

L'AFFIRMATION D'UN « DROIT À L'ENVIRONNEMENT »
ET LA RÉPARATION DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX

s aient des répercussions individuelles ou qu'ils soient purement écologiques, les dommages environnementaux sont traditionnellement appréhendés par le seul droit de responsabilité civile, dont les règles ne sont pas toujours adaptées à la spécificité de ce type de dommage. Or, la consécration récente d'un droit de l'homme à l'environnement a permis de développer, en la matière, des solutions renouvelées.

Les dommages du droit subjectif sont d'abord tangibles en matière de réparation des dommages environnementaux individuels, où la notion d'atteinte au droit permet de caractériser des encombrantes conditions de fait générateur et de préjudice réparables par le droit de la responsabilité. En outre, le mécanisme protecteur du droit subjectif impose une restauration effective de l'environnement là où le juge, statuant en matière de responsabilité civile, peut opter pour une simple réparation pécuniaire.

C'est en matière de réparation du dommage écologique pur que les apports du droit subjectif sont les plus spectaculaires, puisque le recours à cette figure permet de caractériser la difficulté tirée de l'exigence d'un préjudice personnel. La mise en œuvre du droit obéit en outre à une logique plus satisfaisante que celle de certains régimes particuliers de réparation, comme celui instauré par la loi du 1er août 2008, transposant la directive du 21 avril 2004, qui abandonne largement la protection de l'environnement aux seules autorités publiques.

Les apports potentiels que la présente étude se propose de mettre en évidence ont, au préalable, défini les contours du droit à l'environnement.

78-2-85623-178-4
euros

www.defrenois.fr

DEFRENOIS

extenso éditions



9 782856 231784

TOME
42

VINCENT REBEYROL

L'AFFIRMATION D'UN « DROIT À L'ENVIRONNEMENT »
ET LA RÉPARATION DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX

DEFRENOIS

L'AFFIRMATION
D'UN « DROIT À L'ENVIRONNEMENT »
ET LA RÉPARATION DES DOMMAGES
ENVIRONNEMENTAUX

Préface
de Geneviève Vine

TOME 4

Doctorat & Notariat

VINCENT REBEYROL

Collection de Thèses

dirigée par
Bernard BEIGNIER
Doyen de la Faculté de droit
de Toulouse

DEFRENOIS

extenso éditions

En revanche, le droit à l'environnement ne permet pas de s'affranchir de l'exigence d'un lien de rattachement entre l'atteinte environnementale et l'activité d'un pollueur particulier. L'atteinte environnementale doit être imputée à une activité polluante, dans le cadre de la protection offerte par le droit subjectif, tout comme le dommage environnemental doit être rattaché au fait d'un pollueur dans le cadre des règles de responsabilité. Le droit à l'environnement n'offre donc pas de nouvelles perspectives en matière de preuve du lien causal, et dans le cadre de l'action ouverte par ce droit comme dans le cadre de l'action en responsabilité civile il apparaît nécessaire d'apprécier libéralement le lien de rattachement entre pollution subie et activité du pollueur actionné.

Une fois mis en exergue les apports du droit à l'environnement aux conditions de la responsabilité civile, qui ne sont pas négligeables, il convient à présent de confronter le droit à l'environnement aux effets de la responsabilité, pour en étudier les apports potentiels.

Chapitre 2

LE DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE FAC AUX DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX INDIVIDUEL

180. L'effet principal de la responsabilité est d'obliger le responsable à réparer le dommage qu'il a causé. La doctrine la plus autorisée définit d'ailleurs la responsabilité civile comme « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à réparer en offrant à la victime une compensation »¹ et insiste donc sur cette notion essentielle de réparation². Certes, il est également concédé que la responsabilité peut jouer d'autres rôles et notamment qu'elle peut potentiellement avoir des effets préventifs, voire punitifs³. À l'existence de ces autres fonctions de la responsabilité civile est très discrète en droit positif puisque si l'on excepte les dispositions de l'article 809 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile aucun texte n'a conféré au juge civil le pouvoir d'intervenir en amont du dommage⁴ et qu'un Cour de cassation refuse de consacrer explicitement l'existence de dommages et intérêts punitifs. Et même si l'on admet que ces rôles de prévention et de punition puissent occasionnellement jouer par la responsabilité, force est de constater que ces fonctions ressemblent largement à des annexes, secondaires. L'effet réparateur des règles de responsabilité civile est donc prééminent⁵.

¹ G. VINEY, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Introduction à la responsabilité*, LGD, 2001, n° 1.

² Également : « La responsabilité civile a pour objet de réparer [...] les conséquences d'une atteinte à une personne ou à un bien, qu'on les nomme préjudice ou dommage » : G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Les conditions de la responsabilité*, LGD, 2006, n° 246-1.

³ G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 4 s.

⁴ *Contra* : P. LE TOURNEAU, « La vertu de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de la faute) », *RTD Civ.*, 1988 p. 508, pour lequel la fonction première de la responsabilité civile est, « en droit positif, de prévenir les dommages plus que de les réparer ou de les compenser ». Mais si l'affirmation peut partiellement correspondre à une vision doctrinale du rôle à assigner à la responsabilité, elle n'est pas conforme à la réalité qui affirme que la responsabilité joue ce rôle « en droit positif », alors que les règles de responsabilité invoquées devant les tribunaux quasi-exclusivement pour demander réparation d'un dommage qui s'est déjà produit en responsabilité est donc aujourd'hui essentiellement réparatrice, et si la consécration du principe de réparation comme fondement autonome de responsabilité pourrait éventuellement autoriser une action préventive (pour une étude dessinant les contours d'une telle action : M. BOUTONNET, *La prévention en droit de la responsabilité civile*, LGD, 2005, n° 627 s.), une telle consécration est largement sujette à caution et elle n'est pas intervenue en droit positif.

⁵ En ce sens : G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 2.

199. Cette liberté laissée aux juges du fond n'est pas satisfaisante. Certes, elle permet à certains juges audacieux de prononcer des mesures de réparation en nature contraignantes pour les pollueurs, au plus grand avantage des victimes et de l'environnement, sans encourir la censure de la Cour de cassation⁸². Mais dès lors qu'il ne s'agit que d'une simple faculté d'opter pour la réparation en nature, et non d'une obligation de la prononcer à chaque fois qu'elle est possible et utile, la solution appelle la critique pour deux raisons principales.

D'une part, elle est sans contestation possible à la source d'un traitement inégalitaire des victimes, l'appréciation de leur situation étant abandonnée au pouvoir discrétionnaire des juges du fond sans exercice par le juge suprême de son pouvoir régulateur. Une victime de nuisances sonores pourra donc obtenir, par exemple, d'un juge de Lyon qu'il enjoigne au pollueur de procéder à des travaux sous astreinte, pour réduire voire faire cesser la nuisance, alors qu'elle n'obtiendra que des dommages et intérêts devant un juge de Montpellier, compensation bien dérisoire d'une tranquillité perdue. Ne serait-ce qu'en raison de cette potentielle inégalité de traitement des victimes, l'abandon du choix de la mesure de réparation aux juges du fond n'est pas satisfaisant.

Et d'autre part, ce renvoi opéré par la Cour de cassation au pouvoir souverain des juges du fond est critiquable parce que ceux-ci font preuve d'une certaine frilosité en matière de réparation en nature. Cette réticence des juges à prononcer des injonctions à l'égard des pollueurs a été mise en exergue par de nombreux auteurs⁸³. Elle s'explique parfaitement. Le juge du fond, que sa proximité des justiciables rend particulièrement sensible aux données socio-économiques de sa région, n'hésitera souvent pas à faire prévaloir les intérêts des pollueurs, également employeurs et producteurs de richesse, sur ceux des victimes. L'activité économique, surtout si elle est créatrice d'emplois, sera ainsi souvent considérée comme une activité d'intérêt général devant l'emporter, là où les intérêts des victimes apparaîtront comme purement privés, voire égoïstes, et donc suffisamment réparés par l'allocation de maigres dommages et intérêts. Or, si cette prise en compte de l'intérêt économique et social représenté par l'activité du pollueur est nécessaire lorsqu'il s'agit de caractériser l'existence d'une atteinte au droit à l'environnement, elle ne doit plus intervenir lorsque l'existence de l'atteinte a été reconnue. Si atteinte il y a, cette atteinte doit cesser et seules de véritables mesures de réparation en nature permettent de réaliser cet objectif.

Le libre choix laissé par la Cour de cassation aux juges du fond pour fixer les modalités de la réparation du dommage constitue donc, tout comme l'interdiction que s'impose le juge judiciaire de prescrire des mesures incompatibles avec les autorisations administratives, un

⁸² Pour des exemples (contre les arrêts cités en note 81 dans lesquels le juge du fond avait ordonné une réparation en nature) : M. BOUTONNET, *J.-Cl. Environnement*, « Contentieux civil - Responsabilité délictuelle » Fasc. 4960 n° 26.

⁸³ Notamment : P. GINOD, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974, p. 163 s. - F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981, n° 230 - C. LARROUMET, « La responsabilité en matière d'environnement », *D*, 1994 chron. p. 102 - J. KARILA de VAN, « Le droit de nuisance », *RJD Ch.*, 1995 p. 550 et plus récemment : L. NEYRET, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », in *La réparation des atteintes à l'environnement*, colloque à la Cour de cassation du 24 mai 2007. *Contra* : C. BLOCH, *La cessation de l'illégalité*, Dalloz, 2008, n° 476 s., qui soutient que les situations dans lesquelles les juges du fond s'abstiennent d'ordonner la cessation d'un trouble, en présence d'une véritable illégalité, seraient « tout à fait marginales ». Toutefois, la démonstration ne convainc guère parce qu'elle n'est étayée par aucune donnée chiffrée. Et en particulier, s'agissant de la question des troubles anormaux de voisinage, l'auteur ne cite au soutien de sa démonstration qu'un unique arrêt de la Cour d'appel, qui a justement refusé d'ordonner la cessation du trouble, et un arrêt de la Cour de cassation renvoyant au pouvoir souverain des juges du fond en la matière (C. BLOCH, *op. cit.* n° 477 - voir toutefois les quelques arrêts de juridictions du fond cités au n° 281).

obstacle sérieux à la réparation en nature des dommages environnementaux. La reconnaissance d'un droit à l'environnement est sur ce point susceptible d'apporter des solutions plus satisfaisantes.

SECTION 2 LES APPORTS DU DROIT À L'ENVIRONNEMENT EN MATIÈRE DE RÉPONSE AUX ATTEINTES ENVIRONNEMENTALES

200. En présence d'un dommage environnemental, qu'il soit d'ailleurs individuel ou purement écologique, il a été souligné que seule la réparation en nature était satisfaisante. Mais il a également été rappelé que cette réparation en nature se heurte à des obstacles matériels, et en premier lieu au très important coût des mesures de remise en état et de cessation du trouble. Ces obstacles seront évidemment exactement les mêmes lorsque la victime agira sur le fondement de son droit à l'environnement que lorsqu'elle invoquera les règles de responsabilité civile. Le droit à l'environnement n'apporte donc ici aucune solution nouvelle et miraculeuse à une problématique qui est économique et ne relève pas de la technique juridique.

En revanche, lorsque la réparation en nature est possible et qu'elle est souhaitable, le droit à l'environnement se révèle potentiellement plus intéressant que les règles de responsabilité civile, car sa mise en œuvre devrait permettre de tenir en échec les obstacles juridiques à ce mode de réparation. Le droit à l'environnement, plus que ne le faisait la responsabilité civile, joue alors une véritable fonction de rétablissement de la victime (§ 1). Et au delà de ce premier apport, le droit à l'environnement pourrait également être l'instrument d'émergence d'une punition privée des pollueurs fautifs (§ 2).

§ 1 : DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET RÉTABLISSEMENT

201. Marie-Ève Roujou De Boubée, dans sa thèse consacrée à la notion de réparation⁸⁴, a soutenu que la responsabilité civile jouait une fonction de « rétablissement ». Elle a ainsi exposé que la responsabilité visait non seulement à indemniser la victime, mais également à rétablir la situation antérieure au dommage. Or, si une telle fonction de la responsabilité civile peut sembler logique et équitable, elle n'a pas été consacrée par le droit positif⁸⁵. Cela est flagrant en matière de responsabilité environnementale, où il a été rappelé que les mesures de cessation du trouble et de remise en état, qui seules permettraient un véritable rétablissement de la situation initiale, n'ont aucun caractère obligatoire pour le juge qui demeure libre de ne pas les ordonner⁸⁶. Sur ce point, les apports du droit à l'environnement peuvent être importants, que ce soit en matière de cessation du trouble (A) ou en matière de remise en état proprement dite (B).

⁸⁴ M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974.

⁸⁵ M. LEVYS, *L'opposabilité du droit réel*, Economica, 1989, n° 106 s.

⁸⁶ Un auteur, qui milite pourtant pour une reconnaissance du caractère obligatoire de la cessation de l'illégalité (C. BLOCH, *La cessation de l'illégalité*, Dalloz, 2008, n° 437 s.) est ainsi contraint de reconnaître qu'en l'état actuel du droit positif, aucune obligation ne pèse sur le juge d'ordonner la cessation du trouble, même en présence d'une illégalité établie (C. BLOCH, *op. cit.* n° 8 et 436).

A) DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET CESSATION DU TROUBLE

202. Le droit à l'environnement est un outil efficace donné à la victime pour obtenir la cessation d'une atteinte environnementale. Il peut tout d'abord lui permettre de convaincre le juge des référés d'ordonner une telle cessation⁸⁷, ce que la responsabilité ne permet pas vraiment (1). Et même devant le juge du principal⁸⁸, le droit à l'environnement se révèle être un auxiliaire efficace de la protection de l'environnement puisqu'il impose au juge d'ordonner la cessation du trouble, au moins lorsque celle-ci est demandée par la victime (2).

1) Droit à l'environnement et cessation du trouble devant le juge des référés

203. La procédure de référé est celle qui permet d'obtenir une décision provisoire, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires⁸⁹. Les textes instaurent quatre grands types de référés généraux devant les tribunaux civils⁹⁰ : le référé en cas d'urgence (article 808 du Code de procédure civile), le référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, qui permet au juge de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent même en présence d'une contestation sérieuse (article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile), le référé provision et le référé injonction (article 809, alinéa 2 du même Code). Le référé de l'article 809, alinéa 1^{er} a une particularité importante par rapport aux trois autres cas d'ouverture à référé : il est le seul qui permet au juge de prendre des mesures de rétablissement même s'il existe une contestation sérieuse.

En matière de trouble environnemental, c'est donc cette procédure spécifique de référé qui présente un intérêt particulier. Le pollueur s'étant rendu coupable d'une atteinte à l'environnement pourvu en effet presque toujours opposer une contestation sérieuse à la prétention de la victime qui demande cessation de cette atteinte, en invoquant par exemple des précautions techniques ou économiques, ce qui justifierait automatiquement dans les autres procédures de référé un débout de la victime et une invitation à mieux se pourvoir devant le juge du fond. C'est pour cette raison que les apports du droit à l'environnement aux règles de responsabilité civile seront étudiés, en matière de cessation du trouble ordonnée par le juge des référés, sous le seul angle de la procédure spécifique de référé permettant à la victime de saisir le juge en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, même en présence d'une contestation sérieuse.

204. L'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile impose à la victime qui demande au juge des référés de prononcer une mesure de rétablissement de rapporter la preuve soit d'un dommage imminent, soit d'un trouble manifestement illicite. Mais il a été démontré de manière convaincante que si les deux cas d'ouverture étaient *a priori* indépendants et différenciés, les juges faisaient en fait preuve de réticence en présence d'un seul dommage imminent, et exigeaient dans tous les cas du demandeur qu'il rapporte la preuve d'un fait

illicite imputable au défendeur⁹¹. Si cette exigence d'illicéité ne pose pas de difficulté en matière de responsabilité pour faute⁹², elle est en revanche problématique dans les autres hypothèses de responsabilité civile et notamment en présence d'un simple trouble anormal de voisinage. Dans le cadre de cette responsabilité sans faute, en effet, le comportement de l'auteur du trouble n'est pas en soi illicite : aucune violation évidente de la règle de droit ne peut être reprochée au pollueur⁹³.

Les mécanismes civils traditionnels de réparation du dommage environnemental, dont la théorie des troubles de voisinage constitue la clé de voûte, ne permettent donc bien souvent pas à la victime de saisir le juge des référés pour lui demander d'ordonner la cessation d'une atteinte environnementale sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile⁹⁴, faute pour elle de pouvoir se prévaloir d'un comportement manifestement illicite du pollueur.

205. Or, si la responsabilité civile reste étrangère aux mécanismes permettant à la victime de demander au juge des référés la cessation d'une atteinte environnementale, les apports du droit à l'environnement sont en la matière loin d'être négligeables. Le trouble manifestement illicite de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile est en effet traditionnellement défini comme « toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit »⁹⁵. Or, rien ne correspond mieux à cette définition que l'atteinte à un droit subjectif consacré par la loi, la Constitution et des conventions internationales.

⁹¹ S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGD, 2009, n° 47 s. et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

⁹² C'est ainsi que les juges n'ont pas hésité à retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite en présence d'une violation expresse par un pollueur d'un texte environnemental législatif ou réglementaire. L'exploitant d'un terrain de golf a par exemple été condamné à cesser des travaux de terrassement qui avaient pour effet de détruire des espèces végétales protégées par les articles alors numérotés L. 211-1, L. 212-1 et R. 211-1 du Code rural (CA Caen, 6 septembre 1994, *RIE* 1995 p. 121 s. note R. LEOST). Et plus récemment, une entreprise agricole a de nouveau été condamnée à cesser tout travail de décapage et de nivellement de nature à porter atteinte aux espèces protégées par les mêmes textes (TGI Colmar, 6 octobre 2000, *RIE* 2001 p. 255 s. note S. BELIER et R. LEOST). Enfin, on peut signaler une affaire dans laquelle le juge des référés a ordonné à un propriétaire de cesser la construction de remblais responsables d'une atteinte environnementale, après avoir constaté que les remblais étaient interdits par le plan d'occupation des sols dans cette zone protégée (Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Bull.* 1^{re} 158). Dans toutes ces affaires, c'est bien la présence d'une illicéité manifeste qui a convaincu le juge des référés d'ordonner la cessation du trouble sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile.

⁹³ Voir par exemple Cass. civ. 3^e, 20 décembre 2000, pourvoi n° 98-15024, estimant que la caractérisation d'un trouble anormal de voisinage appelle une appréciation sur les droits de propriété respectifs des parties, elle relève des juges du principal, en l'absence de violation évidente de la réglementation.

⁹⁴ Ce constat est partagé par l'intégralité de la doctrine. On peut notamment citer l'étude de C. HUGLO, *Le juge, la prévention et la résolution des litiges en matière d'environnement*, Thèse Paris II, 1994 et du même auteur, « La pratique du juge français en matière de dommage écologique », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Économica, 1992, p. 190, soulignant le caractère souvent « théorique » du référé civil en matière environnementale. Dans le même sens, il a été constaté par un auteur spécialiste du droit privé de l'environnement que les hypothèses dans lesquelles le référé de l'article 809, alinéa 1^{er} était utilisé en matière d'environnement étaient « assez rares en jurisprudence » : G. MARTIN, « Mesures provisoires et irréversibilité en droit français », *RIE* 1998 n° spécial p. 134.

⁹⁵ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome III, Sirey, 1991, n° 1289.

⁸⁷ Sur le rôle fondamental joué par le juge des référés en matière de cessation du trouble, on peut également se reporter à C. BLOCH, *La cessation de l'illicéité*, Dalloz, 2008, n° 179 s.

⁸⁸ Qui est encore appelé le juge du fond, mais ici par opposition au juge des référés, et non pas dans le sens du mot désignant les juridictions du premier et du second degré par opposition au juge de cassation.

⁸⁹ Cette définition est celle de l'article 484 du Code de procédure civile.

⁹⁰ S. GUINCHARD (ss. dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2006/2007, n° 124, 120 s.

Et de fait, les décisions sont légion qui font application de l'article 809, alinéa 1^{er} pour faire cesser l'atteinte à un droit subjectif du demandeur⁹⁶. Est ainsi fréquemment ordonnée, sur le fondement de ce texte, la cessation d'une atteinte à un droit de propriété immobilière⁹⁷, la cessation d'une atteinte à un droit de propriété incorporelle⁹⁸ ou encore la cessation d'une atteinte à un droit de la personnalité⁹⁹. De la même manière, il faut estimer que toute personne pouvant se prévaloir d'une atteinte à son droit à l'environnement peut saisir le juge des référés, sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, pour obtenir la cessation de cette atteinte. De ce point de vue, le droit à l'environnement, qui ouvre à la victime d'une pollution la voie du référé pour trouble manifestement illicite, est infiniment supérieur aux mécanismes traditionnels de réparation des dommages environnementaux. L'atteinte à ce droit subjectif permet en effet de caractériser l'illicéité qui n'existait pas dans le cadre de la théorie des troubles anormaux de voisinage.

206. Cette ouverture de la voie du référé à la victime, grâce au droit à l'environnement, se révèle d'autant plus importante que la Cour de cassation impose au juge des référés, saisi par la victime sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, de prononcer une mesure de rétablissement. Certes, le juge peut choisir librement la mesure qui lui paraît la plus appropriée pour faire cesser le trouble¹⁰⁰. Mais cette liberté accordée au juge dans le choix de la mesure ne lui permet pas de refuser d'ordonner des mesures de cessation du trouble, au moins lorsque cette cessation est encore possible¹⁰¹. La Cour de cassation rappelle en effet de manière constante que le juge des référés « a le devoir » ou qu'il « doit » ou encore qu'« il lui appartient » de faire cesser l'atteinte constatée à un droit subjectif constitutive d'un trouble manifestement illicite¹⁰².

⁹⁶ Il a ainsi été affirmé que le juge des référés intervient comme « gardien des libertés, du droit de propriété, des droits économiques et sociaux, de l'honneur et de la vie privée des citoyens » : J.-F. BURGELIN, J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le juge des référés au regard des principes procéduriers », *D*, 1995 chron. p. 69.

⁹⁷ Parmi de nombreux arrêts, on peut citer : Cass. civ. 3^e, 21 juin 2000, pourvoi n° 98-20704 ; expulsion d'un locataire devenu sans droit ni titre, cette occupation portant atteinte au droit de propriété du bailleur (déjà dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1987, *Bull.* I n° 66 et Cass. civ. 3^e, 4 octobre 1989, pourvoi n° 88-15025). Plus explicite encore, il convient de citer la décision de la Cour de cassation ayant solennellement posé le principe selon lequel « l'atteinte au droit de propriété constitue, par elle-même, une voie de fait et cause un trouble manifestement illicite que le juge des référés a le devoir de faire cesser » : Cass. civ. 3^e, 22 mars 1983, *Bull.* III n° 83.

⁹⁸ Par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 15 octobre 1985, *Bull.* I n° 260, ayant ordonné la cessation de l'atteinte constatée par la reproduction non autorisée du tableau d'un peintre, en interdisant la diffusion du film dans lequel le tableau était illicitement reproduit. Dans le même sens, il a récemment été ordonné à des sociétés de cesser de reproduire ou de représenter les œuvres d'un architecte sans avoir obtenu son autorisation (CA Paris, 13 janvier 2006, RG n° 05/14206, publié par le service de documentation et d'études de la Cour de cassation, décision rendue au visa de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile).

⁹⁹ Sur cette question : P. KAYSER, « Le pouvoir du juge des référés civils à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D*, 1989 chron. p. 11 s. Parmi de multiples arrêts, on peut citer comme particulièrement représentatifs : Cass. civ. 2^e, 19 février 1992, *Bull.* II n° 61 (mentionnée en référence de la diffusion d'un ouvrage portant atteinte à la présomption d'innocence des parents du petit Grégory Villetain) ou encore Cass. civ. 1^{re}, 13 avril 1988, *Bull.* I n° 97 et Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003, pourvoi n° 00-16849 (interdiction prononcée par le juge des référés de diffuser des articles ou des affiches portant atteinte au droit à la vie privée ou au droit à l'image d'un tiers).

¹⁰⁰ Pour reprendre l'expression d'un auteur : « la fin est imposée, les moyens sont libres » : C. BLOCH, *La cessation de l'illicéité*, Dalloz, 2008, n° 435 et sa démonstration n° 500 s. La mesure idéale sera celle qui « suffit à mettre un terme à la situation litigieuse [...] en compromettant le moins possible les droits ou intérêts de chacune des parties » : P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 1998, n° 91.

¹⁰¹ Lorsque la cessation du trouble n'est plus possible, parce que celui-ci est déjà largement consommé, la Cour de cassation admet au contraire que le juge des référés puisse se dispenser d'ordonner une mesure de rétablissement : Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2006, *Bull.* I n° 534.

¹⁰² La règle est posée très clairement par Cass. civ. 3^e, 22 mars 1983, *Bull.* III n° 83, en matière d'atteinte au droit de propriété. Elle est fréquemment rappelée par la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 23 novembre

Sous cet angle, l'apport de la procédure de référé, et donc du droit à l'environnement qu'elle ouvre à la victime les portes de cette procédure, est indéniable. Cette obligation faite au juge, prononcer une mesure de nature à faire cesser le trouble contraste en effet avantageusement avec la solution retenue dans le cadre des actions en réparation introduites au fond sur le fondement de la responsabilité civile, où le juge peut discrétionnairement choisir le mode de réparation, et donc se contenter d'opter pour une réparation pécuniaire¹⁰³. Le droit à l'environnement permet ainsi, par le biais de l'action en référé aux fins de cessation d'un trouble manifestement illicite, de faire obstacle à la possibilité pour le juge d'écartier tout réparation en nature. Il remédie par là-même à l'une des insuffisances principales qui avait été précédemment dénoncée de l'action en responsabilité aux fins de réparation d'un dommage environnemental.

Une précision doit cependant être apportée sur ce point. Il faut en effet rappeler que l'ordonnance de référé a un caractère provisoire, en vertu de l'article 484 du Code de procédure civile. Dès lors, il semblerait souhaitable que les mesures de cessation du trouble ordonnées en référé aient elles-mêmes un caractère provisoire, pour que la situation des parties ne soit pas figée dès la phase de référé. Par exemple, le juge des référés devrait se contenter de prescrire des travaux urgents ou d'ordonner une suspension temporaire de l'activité, afin de faire cesser provisoirement une pollution jusqu'au prononcé de la décision sur le fond. En revanche, il devra s'abstenir d'exiger l'exécution de travaux très coûteux ou d'ordonner une cessation d'activité définitive, mesures lourdes qui méconnaîtraient le caractère nécessairement provisoire de son ordonnance¹⁰⁴. Sous réserve de cette précision, le droit à l'environnement qui permet d'exiger d'un juge des référés qu'il ordonne la cessation du trouble, au moins provisoirement, est indéniablement plus efficace que la responsabilité civile qui laisse toute latitude au juge sur ce point et lui permet d'opter pour l'allocation de simples dommages et intérêts.

207. Plus encore, en permettant de qualifier une atteinte environnementale de trouble manifestement illicite, et donc en permettant à la victime d'une telle atteinte d'agir en référé sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, le droit à l'environnement peut jouer un véritable rôle de prévention des dommages, contrairement au droit positif actuel de la responsabilité civile.

Il a en effet été rappelé que la responsabilité civile a essentiellement une fonction de réparation des dommages¹⁰⁵. Il en va ainsi même pour les régimes de responsabilité ayant des visées préventives. Ainsi, même si l'on admet que le principe de précaution puisse être source de responsabilité, par élargissement du devoir général de prudence et de diligence pesant sur

1999, *Bull.* V n° 452 - Cass. soc., 6 mars 2002, pourvoi n° 99-45244 - Cass. soc., 12 juin 2002, pourvoi n° 00-41959) Dans un arrêt pédagogique, celle-ci a expliqué que le juge des référés avait exactement décidé qu'il lui appartenait de faire cesser ce trouble (Cass. soc., 24 mai 2000, pourvoi n° 99-40820).

¹⁰³ Voir *supra* n° 198 et 199.

¹⁰⁴ Il a été montré que cette précaution n'était pas toujours respectée, le « provisoire » ne portant que sur l'ordonnance de référé et non sur les mesures ordonnées : S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, 2009, n° 138 s. Il est donc possible, pour le juge des référés, d'ordonner des mesures qui rendront la situation nouvelle irréversible, même si son ordonnance n'a qu'un caractère provisoire. Cette possibilité nous paraît cependant poser problème, car si le juge du fond statuait dans un sens différent du juge des référés, la victime se trouverait dans une situation très délicate (*infra* n° 256). Il nous semble par conséquent essentiel que le juge des référés se contente d'ordonner des mesures provisoires de cessation du trouble, et que si cette limitation ne lui est pas imposée par la Cour de cassation, il fasse lui-même preuve d'auto-limitation.

¹⁰⁵ Voir *supra* n° 180.

chacun¹⁰⁶, cet arimage du principe de précaution à la responsabilité civile ne permet pas de véritable prévention des dommages. En effet, même si dans ce cadre le fait générateur de responsabilité (faute de précaution) vise à empêcher la réalisation d'un dommage, il n'en reste pas moins que la sanction issue de l'application des règles de responsabilité (obligation de réparer le dommage) n'intervient ici encore qu'en aval, une fois le dommage réalisé. En droit positif, l'application des règles de responsabilité civile n'a donc ni pour objet ni pour effet d'empêcher la survenance d'un dommage¹⁰⁷.

Certes, il pourrait être fait état d'une réserve à ce constat, par référence aux rares décisions qui, en acceptant d'indemniser le « *risque de dommage* »¹⁰⁸, pourraient être analysées comme une consécration du rôle préventif de la responsabilité civile. Mais une telle objection n'emporte pas l'adhésion. En effet, il nous semble que dans les affaires en question, les juges indemnisent non pas un simple risque de dommage mais un dommage réel, financier ou moral. Ainsi, l'exploitant qui voit son fonds fermé pendant la durée des travaux de consolidation d'une falaise subit un manque à gagner indéfinissable du fait de cette fermeture, même en l'absence d'éboulement. Et le voisin qui redoute à chaque instant un incendie de ses biens subit quant à lui une véritable pression psychologique, assimilable sans difficulté à un préjudice moral. Dans ces affaires donc, le simple risque intervient tout au plus au niveau du fait générateur de responsabilité, mais il n'intervient nullement au niveau du dommage qui, lui, n'est pas simplement éventuel mais est pleinement réalisé¹⁰⁹. La responsabilité civile ne joue dans ce cadre aucun rôle spécifique : elle permet, comme habituellement, de réparer un dommage existant et nullement de prévenir la survenance d'un dommage. La jurisprudence relative à l'indemnisation du prétendu « *risque de dommage* » ne permet donc nullement de conclure à l'existence d'un rôle préventif de la responsabilité¹¹⁰.

La responsabilité ne contribue donc pas à la « *prévention spéciale* » des dommages¹¹¹, c'est-à-dire qu'elle ne se définit pas comme un corps de règles dont la mise en œuvre a pour finalité précise et directe de prévenir la réalisation d'un dommage. Si la responsabilité peut avoir un quelconque rôle préventif, il ne s'agit, au regard du droit positif actuel, que d'un rôle de « *prévention générale* », c'est-à-dire qu'elle peut simplement avoir un effet dissuasif par

¹⁰⁶ Sur cette question : voir *supra* n° 122.

¹⁰⁷ Pour un constat du même ordre, on peut notamment se référer à l'étude de S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, 2009, n° 399 s. (qui prend ensuite l'adoption d'une action préventive dégage des mécanismes de responsabilité civile : n° 452 s.). Il n'en trait autrement que si le principe de précaution était consacré comme un principe autonome de responsabilité, ce qui est souhaité par certains auteurs mais qui n'est pas le cas en droit positif (voir *supra* n° 122).

¹⁰⁸ Sur cette jurisprudence : G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006, n° 278. Pour des arrêts récents, on peut notamment citer Cass. civ. 2^e, 26 septembre 2002, *JCP G* 2003 I 154 n° 34 obs. G. VINEY (conservant une Cour d'appel ayant refusé de réparer le dommage financier causé par la cessation d'une exploitation pendant les travaux destinés à faire disparaître un risque d'éboulement) et Cass. civ. 2^e, 24 février 2005, *JCP G* 2005 II 10100 note F.-G. TREBULLE (approuvant une Cour d'appel d'avoir jugé que la proximité immédiate d'un stock de paille inflammable constituait un trouble anormal de voisinage auquel il devait être remédié).

¹⁰⁹ Lorsque au contraire le risque n'intervient pas au niveau du fait générateur, mais qu'il y a effectivement simple risque de dommage, la Cour de cassation juge que ce simple risque, qui n'est à la source que d'un dommage purement éventuel, ne peut pas être indemnisé : Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, *Bull.* I n° 216 - Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2006, *JCP G* 2007 II 10052 note S. HOCQUET-BERK.

¹¹⁰ En ce sens également, S. GRAYOT, *op. cit.* n° 406 qui, se référant à l'autorité de DEMOGUE, souligne qu'il n'y a là qu'une application du droit commun par indemnisation d'un dommage déjà réalisé. *Contra* : G. VINEY (observations précitées note 108), qui voyait dans une telle indemnisation la « *réparation d'une action préventive* ».

¹¹¹ Sur les notions de « *prévention spéciale* » et de « *prévention générale* » : S. GRAYOT, *op. cit.* n° 5 s.

l'exemplarité des condamnations prononcées. En d'autres termes, il apparaît clairement que prévention n'est pas l'objectif principal poursuivi par la responsabilité. Ses éventuels effets préventifs ne jouent en fait que de façon diffuse, à travers la crainte que fait naître chez les responsables (par exemple chez les pollueurs) le coût d'une éventuelle condamnation réparation¹¹².

208. Au contraire, le droit à l'environnement, qui permet à la victime d'une atteinte environnementale de se placer sur le terrain de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, permet de participer à la prévention spéciale des dommages¹¹³.

Il peut en effet y avoir atteinte environnementale sans qu'un dommage, au sens de la responsabilité civile¹¹⁴, soit encore réalisé. Il en va ainsi, par exemple, lorsque l'émission de fumées potentiellement nocives par une industrie n'a encore eu aucune répercussion sur la santé des riverains. Or, pour raisonner à partir de cet exemple, le référé de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile permet au riverain d'exiger la cessation de l'émission de ces fumées (émission qui caractérise une atteinte à son droit à l'environnement, laquelle est constitutive d'un trouble manifestement illicite) sans avoir besoin de démontrer l'existence d'un dommage. En d'autres termes, la technique du référé, en cas d'atteinte au droit à l'environnement de la victime, va permettre à cette dernière d'obtenir la cessation de l'atteinte environnementale avant même que cette atteinte lui ait causé un dommage physique, patrimonial ou moral.

De ce point de vue, le droit à l'environnement permet effectivement, lorsqu'il est invoqué devant le juge des référés, de prévenir la réalisation de dommages, ce que ne permet pas le simple jeu de la responsabilité civile. L'apport est, ici encore, important. Il ne doit cependant pas être exagéré. En effet, si la technique du référé permet parfois d'empêcher la survenance de préjudices, au sens de la responsabilité civile, elle ne permet pas de prévenir les simples atteintes à l'environnement, lesquelles sont justement nécessaires pour déclencher le mécanisme protecteur de l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile. Le rôle préventif joué par le droit à l'environnement n'est donc que partiel : il n'empêche pas la pollution, il permet seulement d'agir suffisamment tôt pour faire cesser cette pollution avant qu'elle ait eu des répercussions corporelles, économiques ou morales pour la victime ou que ces dernières se soient aggravées. Par contre, les véritables mesures de pure prévention, celles qui permettent

¹¹² Ce rôle de prévention générale est généralement le seul qui est mis en exergue par la doctrine, par exemple par G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995 chron. p. 306 : « La responsabilité joue ce rôle préventif, avant tout, en faisant apparaître les coûts engendrés par les conséquences dommageables - prévues ou non de précaution au droit de la responsabilité civile » et dans le même sens, A. GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *RJE* 2000 p. 158 et P. JOURDAN, « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA* 30/1/00 p. 51, qui soulignent que la responsabilité joue un rôle préventif essentiellement par la crainte de la sanction pécuniaire qu'elle engendre ». Dans le même sens : A. TUNIC, « La responsabilité civile, générale et de « *prévention spéciale* » de celles auxquelles il est ici renvoyé (note n° 108), que « *la prévention par la responsabilité résulte de la menace d'une sanction pesant sur une certaine activité* ». Ici encore, c'est à travers l'éventuel coût de la réparation que le rôle préventif de la responsabilité civile est mis en exergue.

¹¹³ Sur ce rôle préventif de l'instance en référé : S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, 2009, notamment n° 52. L'auteur souligne ainsi, en titre de la première partie de son étude, que la prévention est un « *rôle certain* » du juge des référés.

¹¹⁴ C'est-à-dire un dommage traduit en termes physiques, patrimoniaux ou moraux : voir *supra* n° 163 s.

d'empêcher la survenance non seulement de dommages environnementaux mais également d'atteintes environnementales, relèvent quant à elles essentiellement du droit public.¹¹⁵

Les apports du droit à l'environnement en matière de réponse aux dommages environnementaux sont donc bien réels, puisque ce droit subjectif permet à la victime de saisir le juge des référés d'une action en cessation d'un trouble manifestement illicite, ce que ne permet généralement pas la responsabilité civile, sauf en cas de faute caractérisée du pollueur. Mais ces apports ne se limitent pas à l'instance de référé. Le droit à l'environnement fait également preuve de son efficacité devant le juge du principal.

2) Droit à l'environnement et cessation du trouble devant le juge du principal

209. Il a tout d'abord été observé depuis longtemps par la doctrine que la réticence naturelle des juges à ordonner une mesure de réparation en nature s'estompe en présence d'une atteinte à un droit subjectif¹¹⁶. L'autorité judiciaire, gardienne de la propriété et des libertés individuelles, veille en effet scrupuleusement à ce que les droits subjectifs des individus ne soient pas bafoués par l'administration ou par d'autres personnes privées. Par conséquent, les juges n'hésitent généralement pas à ordonner la cessation d'un trouble lorsqu'ils ont constaté la violation d'un droit subjectif¹¹⁷, là où ils se montrent beaucoup plus précautionneux sur le choix du mode de réparation lorsqu'ils se prononcent sur le fondement des règles de responsabilité civile.

210. Mais à l'analyse, il apparaît que la constatation de l'atteinte à un droit subjectif ne devrait pas seulement inciter le juge à ordonner une cessation de l'atteinte : elle devrait l'y **contraindre véritablement**. Ainsi, le juge ayant constaté l'existence d'une atteinte au droit à l'environnement de la victime devrait ordonner la cessation de cette atteinte et ne devrait pas pouvoir se contenter d'opter pour une réparation par équivalent, sous peine d'être censuré par la Cour de cassation pour ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses propres constatations¹¹⁸.

¹¹⁵ Sur ce rôle préventif du droit public de l'environnement : voir *supra* n° 2. On retrouve ainsi la distinction posée par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE dans sa thèse entre les mesures de cessation du trouble, celles de remise en état, et celles de pure prévention, comme la surveillance de l'environnement et l'établissement de réseaux d'alertes, par exemple, qui constituent une troisième catégorie bien distincte : *supra* n° 190.

¹¹⁶ Pour un tel constat, on peut se référer notamment à G. MARTIN, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, PPS, 1978, n° 151 s., qui notait déjà que lorsque les magistrats constatent l'existence d'une atteinte à un droit subjectif consacré par un texte, ils interviennent de manière plus positive que lorsqu'ils statuent sur le seul fondement des règles de responsabilité civile. L'auteur soulignait ainsi que, saisis sur le fondement de la théorie des troubles de voisinages, les juges ne voyaient dans l'activité nuisible qui une activité illicite qu'il suffisait de compenser par l'allocation de dommages et intérêts pour que l'équilibre des intérêts soit rétabli, et n'y voyaient nullement une atteinte portée à un droit qui aurait justifié une intervention plus vigoureuse de leur part. Cette analyse est reprise par M. PICHARD, *Le droit à l'environnement*, LGDJ, 2006, n° 424 in fine et par J. TRAUJILLE, *L'extinction de l'article 1382 du Code civil en matière extraccontractuelle*, LCPD, 2007, n° 342, qui souligne que le droit subjectif présente la supériorité, par rapport à la responsabilité civile, d'inciter le juge à ordonner des mesures de rétablissement.

¹¹⁷ Si l'atteinte est imputable à une personne privée, la solution ne pose aucune difficulté : le juge dispose du pouvoir de faire cesser cette atteinte, l'article 1142 du Code civil ne faisant nullement obstacle au prononcé d'une mesure de réparation en nature (*supra* n° 195). Si l'atteinte est imputable à une personne publique, le juge judiciaire aura recours à la théorie de la faute de fait, d'une part pour s'estimer compétent et d'autre part pour ordonner la cessation du trouble : Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2005, *Bull.*, I n° 287.

¹¹⁸ Dans le même sens, au moins implicitement, T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.*, 2007 p. 238, soulignant que « les sanctions nouvelles qui accompagnent la consécration d'un droit subjectif sont efficaces, notamment pour prévenir ou faire cesser l'atteinte au droit ». L'auteur n'y voit cependant pas un apport manifeste du droit subjectif car il prétend que bien souvent les victimes de l'atteinte ne se placent pas sur le terrain de la cessation de l'atteinte mais sur celui de l'indemnisation pécuniaire, et donc de la

Cette logique, selon laquelle le juge qui constate l'existence d'une atteinte à un droit subjectif est obligé d'ordonner la cessation du trouble observé, a déjà été consacrée par la Cour de cassation dans le cadre de la jurisprudence relative aux constructions irrégulières¹¹⁹. Il est alors haute juridiction juge en effet de manière constante, depuis le début des années 1960, qu'une construction ou qui imposaient le respect de prescriptions particulières, les juges du fond ont l'obligation d'ordonner la démolition de l'immeuble¹²⁰ au moins si celle-ci est demandée par la victime¹²¹. Et il est jugé de façon tout aussi constante que les juges du fond ont l'obligation d'ordonner la démolition des constructions construites en violation des droits réels d'un tiers (droit de propriété ou servitude), par exemple des constructions qui empiètent sur le terrain d'autrui¹²².

Dans ces diverses hypothèses, l'interdiction que la Cour de cassation fait au juge du fond de prononcer une simple condamnation pécuniaire s'explique par sa volonté de faire cesser l'atteinte constatée à un droit subjectif de la victime. Il en va bien sûr ainsi des décisions rendues au visa des articles 544 et 545 du Code civil qui visent à protéger le droit de propriété en censurant les juges qui, ayant constaté une atteinte à ce droit, ne tirent pas les conséquences légales de leurs propres constatations lorsqu'ils n'ordonnent pas la cessation de cette atteinte : c'est-à-dire la démolition de la construction irrégulière¹²³. Quant aux démolitions ordonnées lorsque la construction a été érigée en violation d'une stipulation contractuelle, elles visent à protéger le droit du créancier à l'exécution en nature du contrat, droit consacré tant par l'article 1143 du Code civil en matière de construction que plus généralement par l'article 1184, alinéa 2 du même code qui dispose que le créancier d'une obligation peut toujours opter pour l'exécution forcée de cette obligation lorsque cette exécution est possible.

Il ressort donc de cette jurisprudence que lorsque le juge constate l'existence d'une atteinte à certains droits subjectifs, il a l'obligation d'ordonner des mesures propres à faire cesser cette atteinte et ne saurait opter pour une simple réparation par équivalent¹²⁴. Cette

responsabilité civile. En matière de dommage environnemental, au moins, cette analyse paraît caricaturale, les victimes agissant le plus souvent avant tout pour faire cesser l'atteinte constatée, qu'elle consiste par exemple en des bruits assourdissants ou en l'émission de fumées nauséabondes, la demande de réparation pécuniaire restant secondaire et ne portant que sur l'indemnisation du préjudice passé.

¹¹⁹ Sur cette jurisprudence : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESLIN : Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, n° 48 - M. LEVYS, *L'opportunité du droit réel*, Économica, 1989, n° 28 s. On peut citer, à titre de décisions particulièrement explicites : Cass. civ. 1^{re}, 10 novembre 1965, *Bull.*, I n° 604 - DESVAUX, *Cass. civ. 3^e, 27 mars 1991, Bull.*, III n° 106 - Cass. civ. 3^e, 11 mai 2005, *JCP G* 2005 II 10152 note S. BERNHEM-DEVAUX.

¹²⁰ Cette précision est nécessaire : en effet, en vertu des articles 4 et 5 du Code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les parties de sorte que le juge qui ordonne une démolition quand seuls des dommages et intérêts ont été réclamés statuait *ultra petita*. Sur ce principe de l'immuabilité du litige : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, 2002, n° 81 et 82.

¹²¹ Parmi de très nombreux arrêts, on peut citer à titre d'exemple : Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1962, *Bull.*, I n° 359 et Cass. civ. 3^e, 22 mars 2006, *Bull.*, III n° 81.

¹²² En ce sens, très explicite : Cass. civ. 3^e, 22 mars 2006, précité.

¹²³ Les autres droits réels comme les servitudes, et le droit à l'exécution forcée d'un contrat. En revanche, la solution est moins établie pour les droits de la personnalité. Les articles 9 et 9-1 du Code civil disposent ainsi uniquement que le juge « peut [...] prescrire toutes mesures [...] aux fins de faire cesser l'atteinte ». On ne peut que regretter cette latitude au droit subjectif.

solution devrait être appliquée en cas d'atteinte au droit à l'environnement. En présence d'une telle atteinte, le juge devrait être obligé d'ordonner la cessation de la pollution, définitivement et non plus seulement provisoirement comme il le faisait dans le cadre de l'instance en référé.¹²⁵ Si l'on admet cette solution, ce qu'impose l'analyse de la jurisprudence relative aux constructions irrégulières, le droit à l'environnement fait ici encore preuve de sa supériorité sur les mécanismes de responsabilité civile : il permet d'imposer au juge de prononcer une mesure de rétablissement, là où le droit de la responsabilité lui laissait toute latitude et abandonnait donc la victime à l'arbitraire prétorien. L'apport du droit subjectif à l'environnement est indéniablement d'importance.

211. Le droit à l'environnement permet d'ailleurs de légitimer la solution qui avait été préconisée en son temps par Marie-Ève Roujou De Bouhès, qui exposait que lorsqu'il est possible de supprimer l'état de fait dont souffre la victime, le juge ne peut pas se contenter de « réparer » par équivalent mais a l'obligation de « rétablir », au moins lorsqu'une mesure de rétablissement (cessation du trouble ou remise en état) est possible et qu'elle est demandée par la victime. Cette proposition, qui a par la suite obtenu l'appui d'une doctrine autorisée¹²⁶, est fondée sur l'idée que la victime a un « droit à la cessation de l'illécite ».

Ce dernier fondement ne paraît cependant pas pertinent. En effet, le « droit à la cessation de l'illécite » dont il est fait mention n'est explicitement consacré par aucun texte, au moins en matière de responsabilité délictuelle¹²⁷. Cette observation ne retire pourtant nullement sa pertinence à la proposition visant à faire peser sur le juge une obligation d'ordonner la cessation du trouble. Mais il apparaît que cette obligation ne s'impose pas par application d'un « droit à la cessation de l'illécite » qui n'a pas d'existence actuelle en droit positif. Cette obligation imposée au juge découle en fait de la constatation de l'atteinte à un droit subjectif existant, comme le droit de propriété ou encore le droit à l'environnement, qui commande que le magistrat saisi fasse cesser l'atteinte constatée. En d'autres termes, lorsque la Cour de cassation fait obligation au juge de « rétablir » la victime, elle consacre un mécanisme de protection propre au droit subjectif, mécanisme que ne connaît pas le droit de la responsabilité civile, lequel laisse toute latitude au juge pour choisir le mode de réparation du dommage. C'est donc bien la constatation de l'atteinte à un droit subjectif consacré par un texte qui permet d'imposer au juge de prononcer une mesure de rétablissement ; en revanche, une telle obligation n'existe pas lorsque la victime, qui invoque un dommage sur le fondement du droit de la responsabilité civile, ne peut pas justifier d'une atteinte à l'un de ses droits subjectifs, puisque aucun droit à la cessation de l'illécite n'a été consacré en droit positif¹²⁸. Le droit

¹²⁵ Voir *supra* n° 206.

¹²⁶ G. VINÉY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, n° 52.

¹²⁷ Et notamment pas en matière de troubles anormaux de voisinage. Il a été rappelé qu'en revanche, en matière contractuelle, ce droit ressortait de la formulation des articles 1143 et 1184, alinéa 2 du Code civil qui donnent le droit au créancier d'une obligation contractuelle d'en exiger l'exécution forcée lorsqu'elle est possible.

¹²⁸ Il convient sur ce point de souligner qu'un auteur (C. BLOCH, *La cessation de l'illécite*, Dalloz, 2008) a récemment soutenu que la cessation de l'illécite s'impose au juge non seulement en présence d'une atteinte à un droit subjectif (et pas seulement en présence d'une atteinte à un droit réel, point sur lequel la démonstration est très convaincante : n° 135 s.) mais également sur le fondement du droit commun de l'article 1382 du Code civil (n° 234 s.). Toutefois, après avoir développé cette idée, l'auteur démontre que la cessation de l'illécite ne doit être ordonnée qu'en présence d'un « fait illécite » et d'un « trouble », en écartant la nécessité d'une faute et d'un préjudice (n° 243 s.). Ainsi, après avoir eu recours au fondement de l'article 1382 du Code civil, l'auteur met expressément de côté les conditions d'application de ce texte, pour exiger des conditions de mise en œuvre de la cessation de l'illécite qui se rattachent très nettement au mécanisme de protection des droits subjectifs. L'auteur avoue d'ailleurs lui-même que la

subjectif est par conséquent, notamment en matière environnementale, un outil puissant qui permet d'assurer un véritable rétablissement de la victime en échappant à tout arbitraire des juges du fond. L'apport du droit à l'environnement est ici certain.

La solution a d'ailleurs été pressentie par le courant doctrinal qui milite pour la distinction des concepts de dommage et de préjudice¹²⁹. Si en effet la distinction entre ces deux notions n'emporte pas notre adhésion puisqu'en droit positif les deux termes sont strictement synonymes, cette doctrine a néanmoins bien compris qu'il convenait de distinguer¹³⁰ la lésion, l'atteinte matérielle (en matière environnementale : la pollution) des répercussions de cette atteinte (maladie causée par des fumées nocives ou perte de valeur d'un fonds contaminé, par exemple). Et cette doctrine a justement exposé que le juge doit réparer l'atteinte par des mesures de rétablissement, alors que les répercussions de l'atteinte peuvent être réparées par la simple allocation de dommages et intérêts¹³¹. On ne saurait mieux fonder les solutions précédemment exposées : le droit subjectif impose au juge qui constate une atteinte à ce droit d'en ordonner la cessation, alors que la responsabilité civile, qui ne s'occupe que des dommages ou des préjudices, c'est-à-dire des répercussions de l'atteinte, laisse toute latitude au juge pour choisir une réparation pécuniaire. C'est donc bien le concept d'atteinte à un droit subjectif qui fonde l'obligation faite au juge de prononcer une mesure de rétablissement, et l'apport de cette notion aux règles traditionnelles de la responsabilité civile est certain¹³².

212. Le droit à l'environnement permet donc de jouer une véritable fonction de rétablissement, là où cette fonction n'était jouée que de manière aléatoire par la responsabilité civile, le juge n'étant pas contraint d'ordonner la cessation de trouble constaté. Mais il y a plus : même l'objection à la réparation en nature tirée du nécessaire respect par le juge judiciaire des prérogatives de l'administration¹³³ n'apparaît plus pertinente lorsque la victime se prévaut d'une atteinte à son droit à l'environnement.

L'autorité judiciaire est en effet la gardienne de la propriété privée et des libertés individuelles. Cette fonction commande qu'elle prenne toute mesure utile pour faire respecter les droits subjectifs des individus lorsqu'ils sont menacés et donc pour faire cesser les atteintes à ces droits lorsqu'elles ont été constatées. L'objection tirée de l'existence d'une autorité administrative n'est pas recevable lorsque l'activité autorisée porte atteinte aux droits subjectifs d'autrui. Il est en effet impossible de faire abstraction de la lettre de l'article L. 514-19 du Code

condition de « trouble » qu'il invoque se confond très largement avec le concept d'atteinte à un droit subjectif (n° 379 s.). Des lors, et en l'état actuel du droit positif, il apparaît que c'est bien la seule atteinte à un droit subjectif qui peut obliger le juge à ordonner la cessation du trouble, au moins tant qu'un texte général n'a pas consacré le caractère obligatoire de la cessation en matière de responsabilité civile (pour une telle proposition de texte : C. BLOCH, *op. cit.*, n° 239).

¹²⁹ Sur cette opinion doctrinale : voir *supra* n° 166.

¹³⁰ Pour une formulation très claire : P. LE TOURNEAU (ss. dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2008/2009, n° 1309 - P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, n° 215.

¹³¹ P. LE TOURNEAU (ss. dir.), *op. cit.*, n° 1309.

¹³² On s'explique dès lors relativement mal l'auteur dont fait preuve P. LE TOURNEAU (*op. cit.*) notamment n° 1308) à l'égard du concept de droit subjectif, en consacrant la notion même et en ne voyant dans ces droits que des libertés protégées... par le biais des règles de responsabilité (*op. cit.*, n° 1604 s.). Dès lors qu'il apparaît que le droit subjectif permet une protection accrue de son titulaire, en imposant au juge de prononcer des mesures de rétablissement, à la différence des règles de responsabilité qui laissent une large place à l'arbitraire prétorien, l'apport de cette figure juridique doit au contraire être salué. Et il est paradoxal de proposer que ces droits ne soient protégés que par les seuls mécanismes du droit de la responsabilité, alors que ces mécanismes sont moins efficaces.

¹³³ Sur cette objection : *supra* n° 196.

de l'environnement qui dispose que les autorisations administratives ne sont accordées que « sous réserve des droits des tiers ». Or, même si l'on interprète cet article à minima, c'est-à-dire que l'on refuse de lui donner le sens général selon lequel le texte interdirait au pollueur de se prévaloir de l'autorisation administrative à l'encontre des tiers quel que soit le fondement de leur action, la lettre du texte, qui se réfère aux « droits des tiers », énonce au moins très clairement que l'autorisation administrative ne saurait autoriser l'industriel à porter une atteinte aux droits subjectifs d'autrui.

En présence d'une atteinte au droit à l'environnement d'autrui, il ressort donc d'une part de l'article L. 514-19 du Code de l'environnement que l'autorisation administrative n'est d'aucune utilité dans le procès opposant le seul titulaire du droit bafoué au pollueur, et d'autre part du rôle de gardienne de la propriété et des libertés dévolu à l'autorité judiciaire que le juge doit ordonner des mesures de nature à faire cesser l'atteinte constatée. La Cour de cassation juge ainsi que même si le juge judiciaire ne peut, *a priori*, prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, il en va différemment lorsque cet ouvrage public a été érigé au mépris du droit de propriété d'autrui : en présence de cette atteinte au droit subjectif d'un tiers, le juge est obligé d'ordonner la destruction de l'ouvrage litigieux, sans que puisse valablement être invoquée l'objection tirée du nécessaire respect de la séparation des pouvoirs¹³⁴. De la même manière, même si l'on estime que le juge ne peut pas, *a priori*, ordonner des mesures qui seraient incompatibles avec l'autorisation accordée par l'administration (fermeture d'un établissement autorisé, injonction de travaux menaçant l'équilibre technique ou économique d'un établissement autorisé), il convient de juger qu'il en va autrement lorsque l'activité autorisée porte atteinte au droit à l'environnement d'autrui : en présence d'une telle atteinte, le juge devrait être contraint d'ordonner des mesures propres à faire cesser l'atteinte, même si ces mesures ne sont pas compatibles avec l'autorisation administrative, laquelle n'a été donnée que sous réserve des droits des tiers et donc de leur droit à l'environnement.

213. Il ressort donc de cette analyse que le droit à l'environnement permet d'exiger du juge qu'il ordonne la cessation du trouble lorsqu'il a constaté l'existence d'une atteinte à l'environnement, à titre provisoire en instance de référé et à titre définitif dans le cadre du procès au fond, sans que puisse valablement être invoquée l'objection tirée de la séparation des pouvoirs. Le droit à l'environnement permet donc d'écartier les deux obstacles juridiques (respect des prérogatives de l'administration et libre choix du mode de réparation par le juge du fond) qui rendaient la réparation en nature aléatoire dans le cadre du procès en responsabilité civile. Ce constat, fait dans le cadre de la cessation du trouble, peut également être opéré en matière de remise en état.

B) DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET REMISE EN ÉTAT

214. Les conclusions dégagées en matière de cessation du trouble peuvent sans difficulté majeure être étendues à la remise en état proprement dite. Tout d'abord, de la même manière que le droit à l'environnement ouvre à la victime la porte de l'instance pour demander la cessation de l'atteinte environnementale, il lui permet de demander au juge du provisoire d'ordonner des mesures de remise en état. Cette possibilité découle de la lettre même de

l'article 809, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile qui permet au juge de « prescrire les mesures de remise en état qui s'imposent ».

Cependant, en matière environnementale, le juge des référés devrait veiller à ne pas ordonner des mesures ayant pour effet de rendre la situation nouvelle irréversible afin de ne pas priver du fond, ce qui pourrait avoir des effets désastreux pour la victime si le juge du principal devait trancher le litige différemment, en refusant de retenir l'existence d'une atteinte au droit à l'environnement de la victime¹³⁵. Il semble dès lors que la victime gagnerait à limiter sa demande, devant le juge des référés, à une simple cessation provisoire de l'atteinte prétendue à son droit à l'environnement et à ne formuler sa demande de remise en état que devant le juge du fond, pour obtenir sur ce point une décision définitive et non seulement une ordonnance provisoire susceptible d'être ultérieurement remise en cause.

215. Devant le juge du principal, il apparaît que, de la même manière que la constatation d'une atteinte au droit à l'environnement de la victime permettrait d'imposer au juge d'ordonner la cessation du trouble, cette constatation l'oblige à prescrire des mesures de remise en état. En effet, l'obligation faite au juge d'ordonner la cessation de l'atteinte a été dégagée à travers une étude de la jurisprudence rendue en matière d'empêchement sur le terrain d'autrui, la Cour de cassation imposant dans ce cas au constructeur indélicat de démolir la construction irrégulière. Or, cette destruction est tout autant une mesure de cessation de l'atteinte (suppression de l'empêchement illicite) qu'une mesure de remise en état (restauration de l'intégrité du terrain, dans son état d'origine)¹³⁶. À travers cette jurisprudence, la Cour de cassation vise ainsi à imposer au juge de rétablir le titulaire du droit bafoué dans sa situation antérieure, ce qui postule à la fois la cessation du trouble et la remise en état.

Le rétablissement apparaît donc comme une fonction essentielle du mécanisme spécifique de protection offert par le droit subjectif, là où cette fonction n'est finalement que facultative en matière de responsabilité civile, le juge disposant d'une totale liberté quant au choix du mode de réparation. Cette finalité de rétablissement s'impose au juge, gardien des libertés, en présence d'une atteinte constatée à un droit subjectif et le juge ne peut pas l'écartier en invoquant par exemple le principe de séparation des pouvoirs.

216. Le droit à l'environnement permet donc de mettre en œuvre un mécanisme efficace et cohérent de protection du titulaire du droit, là où les effets de la responsabilité civile avaient montré leurs limites. Il impose au juge d'ordonner des mesures de cessation du trouble et de remise en état : la réparation en nature de l'atteinte, qui seule apporte une réponse opportune sur le terrain environnemental, doit être obligatoirement prononcée, elle n'est plus seulement facultative pour le juge.

Lorsqu'une atteinte au droit à l'environnement de la victime est constatée, l'allocation de dommages et intérêts dégagés de toute idée de restauration ne sera donc plus possible qu'en présence d'un obstacle matériel à la réparation en nature, c'est-à-dire lorsqu'il sera établi que

¹³⁵ Voir *infra* n° 256.

¹³⁶ C'est pour cette raison qu'il n'apparaît pas particulièrement opportun de diviser la fonction de rétablissement, pour reconnaître une autonomie particulière à la cessation de l'illicite, hors de la réparation en nature (*Contra* : C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, n° 73 s.). En effet, cessation du trouble et remise en état sont souvent indissociables, non seulement en droit positif (C. BLOCH, *op. cit.*, n° 67 s.) mais même pratiquement, comme le montre l'exemple des constructions irrégulières.

¹³⁴ Cass. civ. 3^e 30 avril 2003, *Bull.*, III n° 92 – Cass. civ. 1^{re} 28 juin 2005, *Bull.*, I n° 287, rendus au visa de l'article 544 du Code civil.

cette réparation est strictement impossible ou qu'elle n'est pas souhaitable¹³⁷. Et une condamnation pécuniaire pourra également être prononcée à l'encontre du pollueur s'il s'avère que la remise en état laisse subsister un préjudice non indemnisé, au sens de la responsabilité civile.

Pour prendre un exemple simple, en cas de contamination du sol d'une exploitation agricole par une fuite d'hydrocarbures provenant d'un fonds industriel voisin, l'exploitant agricole pourra en premier lieu, en invoquant son droit à l'environnement, exiger la cessation du trouble, c'est-à-dire obtenir du juge (et notamment du juge des référés) qu'il ordonne à l'industriel de réaliser les travaux nécessaires pour faire cesser la fuite. Ensuite, toujours sur le fondement de son droit à l'environnement, l'exploitant pourra exiger du juge qu'il condamne l'industriel à remettre son terrain en état, c'est-à-dire qu'il procède à une décontamination du site pollué, cette décontamination étant à la fois possible et souhaitable. Et enfin, l'exploitant pourra obtenir des dommages et intérêts pour le manque à gagner résultant du fait qu'il n'aura pas pu, pendant la durée des travaux de décontamination, exploiter sa terre.

Le droit à l'environnement permet donc d'assurer à son titulaire un mécanisme de protection efficace et cohérent, là où les effets de la responsabilité civile n'apportent pas de réponse satisfaisante, le mode de réparation choisi variant au gré des décisions selon le degré de conscience environnementale du juge saisi. L'apport du droit à l'environnement, qui joue une véritable fonction de rétablissement, est donc certain en matière de réparation des atteintes environnementales. Mais cet apport est aussi potentiellement précieux en matière de punition des pollueurs.

§ 2 : DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET PUNITION DES POLLUEURS

217. La responsabilité civile est régie par le principe de la réparation intégrale qui postule que la victime doit être remplacée dans la situation où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit¹³⁸. Deux conséquences découlent de cette règle. D'une part, il est admis que la réparation accordée à la victime doit permettre de compenser entièrement et efficacement tout son préjudice. Mais d'autre part, il est tout aussi fréquemment rappelé par les tribunaux que la victime ne peut pas percevoir une indemnisation qui excéderait la valeur de son préjudice et qui lui procurerait donc un enrichissement. Or, cette seconde conséquence de l'application du principe de la réparation intégrale peut favoriser les pollueurs en matière de dommage environnemental. Il en ira ainsi lorsque les victimes d'une atteinte environnementale n'auront pas pu prouver que cette atteinte leur a causé un dommage corporel, économique ou moral d'un montant supérieur au profit réalisé par l'industriel exerçant l'activité polluante.

¹³⁷ Il convient également de réserver la situation dans laquelle la remise en état est tellement coûteuse qu'elle ne peut manifestement pas être assurée par le pollueur. Dans ce cas, on pourrait envisager que celui-ci ne soit condamné qu'à contribuer à la remise en état. Mais la question se pose davantage encore en matière de dommages écologiques purs qu'en matière de dommages environnementaux individuels. La remise en état d'une surface considérable d'eau de mer polluée par une marée noire est en effet autrement plus coûteuse que la réhabilitation du terrain voisin d'une industrie, contaminé par les rejets de cette dernière. C'est pour cette raison que cette question de la simple contribution du pollueur à la dette de remise en état ne sera abordée que dans le cadre de la troisième partie de la présente étude : voir *infra* n° 373 s.

¹³⁸ Sur ce principe majeur (un auteur a écrit qu'il « *confirmerait au dogme* » : P. JOURDAN, « Fautil moraliser le droit français de la réparation du dommage : rapport introductif », *LPJ* 20/11/02 p. 3), on peut se référer aux développements détaillés de G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN. Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, n° 57 s.

Dans ce cas en effet, malgré l'application des règles de responsabilité civile, le pollueur dégagera un bénéfice net de son atteinte à l'environnement¹³⁹, de sorte que la responsabilité civile n'aura pas d'effet dissuasif incitant les personnes physiques et morales à œuvrer pour la conservation et l'amélioration de l'environnement.

Cette carence de la responsabilité civile ne porterait pas à conséquence si ce rôle de dissuasion était joué par le droit pénal. C'est en effet le droit pénal qui, par les sanctions qu'il édicte, est le mieux à même d'une part de dissuader les délinquants potentiels de passer à l'acte¹⁴⁰ et d'autre part de punir les contrevenants. Dès lors, en présence de règles pénales efficaces, rien n'impose d'assigner un rôle dissuasif à la responsabilité civile. Mais en matière environnementale, la doctrine s'accorde pour reconnaître l'insuffisance du droit pénal dans son rôle de dissuasion des pollueurs et donc de protection de l'environnement¹⁴¹. Les infractions sont en effet multiples, mais elles ne s'attaquent qu'à des épiphénomènes comme par exemple la destruction de poissons en eau douce¹⁴² ou la cueillette non autorisée de champignons ou de fruits dans les zones forestières¹⁴³. Seules sont donc appréhendées par le droit pénal des atteintes environnementales très spécifiques et, en l'absence d'un délit général de pollution¹⁴⁴, les principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale interdisent d'étendre le champ des incriminations existantes¹⁴⁵. Et les causes d'irresponsabilité pénale, telles que l'autorisation de la loi¹⁴⁶ ou la contrainte, sont susceptibles de permettre aux pollueurs d'échapper à toute sanction¹⁴⁷.

¹³⁹ Et ce profit n'est pas forcément illicite : voir *supra* n° 183.

¹⁴⁰ Le droit pénal est la matière par excellence qui joue un rôle de « *prévention générale* » des infractions, par l'exemplarité des sanctions qu'il édicte : S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, LGDJ, 2009, n° 5 s.

¹⁴¹ Pour des constats sévères sur l'incertitude du droit pénal de l'environnement : M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Pécès Dalloz, 2004, n° 1141 qui fait état de la dispersion des textes, de la multiplicité des incriminations spéciales et de l'indagitation des sanctions - V. JAWORSKI, « La charte constitutionnelle de l'environnement face au droit pénal », *RJE* 2005 n° spécial p. 177 s. qui expose que « *le droit pénal actuel n'est guère satisfaisant* » et qu'il « *ne répond pas aux exigences nouvelles d'une protection renforcée de l'environnement* » - D. GUIHAL, « Répression et punes au phénomène de délinquance environnementale - L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, 2006, n° 366 s. qui met en exergue le manque de souplesse du droit pénal, brisé par les principes de légalité et d'interprétation stricte, par les courtes prescriptions et par l'incertitude potentielle du ministère public. Au contraire, un auteur a soutenu que le droit pénal contribuait efficacement à la protection de l'environnement (V. ESCOLANO, « La responsabilité pénale en matière d'environnement », *Gaz. Pal.* 2001 p. 903 s.). Mais l'article en question constitue un ministère public (dont l'auteur est membre) est souvent dénoncée en la matière. Cet article doit donc davantage être analysé comme un texte militant que comme un véritable reflet de l'efficacité du droit pénal en matière de réponse aux atteintes environnementales.

¹⁴² Article L.432-2 du Code de l'environnement.

¹⁴³ Article R.331-2 du Code forestier.

¹⁴⁴ La création d'un tel délit est appelée de ses vœux par une partie de la doctrine : M. PRIEUR, *op. cit.* n° 1139 in fine.

¹⁴⁵ La Cour de cassation a cependant adopté, en violation du principe posé par l'article 111-4 du Code pénal, une interprétation large du délit de l'article L. 432-2 du Code de l'environnement, afin de faire tomber sous le coup de l'incrimination de ce texte la majeure partie des pollutions d'eaux douces. Sur cette question, cf. l'innovation technologique et environnementale : les pollutions », in *Rapport de la Cour de cassation 2005*, La Documentation française, 2006, p. 147 s.

¹⁴⁶ Pour des exemples d'autorisation de la loi, on peut citer l'article L. 427-9 du Code de l'environnement qui dispose que « *tout propriétaire ou fermier peut repousser ou détruire, même avec des armes à feu, mais à l'exclusion du collet et de la fosse, les bêtes fauves qui porteraient dommages à ses propriétés* », et qui autorise donc la destruction d'espèces protégées, ou encore l'article L. 216-6 du Code de l'environnement qui énonce qu'en matière de pollution des eaux par un déversement industriel, l'infraction n'est constituée, « *lorsque l'opération a été autorisée par arrêté, que si les dispositions de cet arrêté n'ont pas été respectées* ».

¹⁴⁷ Sur cette question : P. MISTRETTA, « Les causes d'irresponsabilité pénale en matière d'environnement », *D. env.* 05/98 p. 5 s. L'auteur souligne toutefois que ces causes d'irresponsabilité pénale, et notamment la contrainte ou l'erreur

Or, dès lors que le droit pénal ne joue que très imparfaitement son rôle de dissuasion en matière environnementale, il peut être intéressant de se retourner vers des instruments de droit civil dont l'effet dissuasif permettrait de pallier cette carence. De ce point de vue, le droit à l'environnement peut être intéressant. Il pourrait en effet permettre au juge de prononcer, au moins de façon masquée, des dommages et intérêts punitifs en présence d'une atteinte environnementale (A). En outre, les victimes d'atteintes à leur droit à l'environnement devraient pouvoir obtenir plus facilement des juges qu'ils ordonnent la publication de la décision de condamnation des pollueurs, mesure dont l'effet dissuasif est certain (B).

A) DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET DOMMAGES ET INTÉRÊTS PUNITIFS

218. Les dommages et intérêts punitifs, qui sont reconnus par certains systèmes juridiques étrangers¹⁴⁸, peuvent être utiles lorsque l'application du principe de la réparation intégrale permet au responsable de dégager un bénéfice net de son activité nuisible, c'est-à-dire lorsque la victime n'a pas pu rapporter la preuve d'un dommage dont le montant excéderait le profit réalisé par l'exercice de cette activité nocive.

En présence d'une atteinte environnementale, de tels dommages et intérêts punitifs pourraient utilement être prononcés en premier lieu si le coût des mesures de réparation en nature s'avérait tellement modique que ces mesures ne joueraient aucun effet dissuasif. Il s'agit cependant là d'une hypothèse d'école, tant ces coûts de réparation en nature sont généralement élevés. En revanche, les dommages et intérêts punitifs démonteront toute leur utilité lorsque le juge n'aura pas ordonné la réparation en nature, soit qu'il ait discrétionnairement choisi d'opter pour la réparation par équivalence¹⁴⁹, soit que la réparation en nature se soit avérée impossible ou non souhaitable. Dans cette dernière hypothèse, où le montant des dommages et intérêts permettant de réparer le dommage ne peut pas être véritablement évalué, seul le prononcé d'une peine pécuniaire d'un montant supérieur au profit réalisé par le pollueur¹⁵⁰ joue un effet vraiment dissuasif et contribue, par sa valeur exemplaire, à la protection future de l'environnement.

Or, si une partie de la doctrine appelle de ses vœux la consécration d'une peine privée dans notre système juridique¹⁵¹, la Cour de cassation reste fermement attachée au respect par

sur le droit, sont entendues strictement par les juges pénaux (dans le même sens : « Innovation technologique et environnement : les pollutions », in *Rapport de la Cour de cassation 2005*, op. cit. p. 147 s.).

¹⁴⁸ L'allocation de dommages et intérêts punitifs, qui semble initialement être une « spécificité des pays de common law » (C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LP4* 20/1/02, p. 8), s'est développée dans d'autres systèmes, notamment en droit québécois : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 56 s. - M. YERKEAU et N. CATTANEO, « Les préjudices écologiques », *RJT* 2005 p. 347-348 qui soulignent que de tels dommages et intérêts exemplaires pourraient être prononcés en présence d'une atteinte intentionnelle à l'environnement, si cette atteinte avait pour effet de porter atteinte à la jouissance paisible des biens d'une personne (c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie de la présente étude, s'il existait un dommage environnemental individuel et non un dommage purement écologique).

¹⁴⁹ Possibilité qui lui est offerte, en l'état du droit positif actuel, par le droit de la responsabilité civile mais qui ne lui serait pas ouverte s'il s'agissait sur le fondement du droit à l'environnement ; voir *supra* n° 210 s.

¹⁵⁰ Il est en effet essentiel de mesurer la peine privée à l'aune des profits réalisés, pour éviter une simple condamnation symbolique qui ne dissuaderait pas le responsable de récidiver : P. JOURDAN, « Faute moralisée le droit français de la réparation du dommage : rapport introductif », *LP4* 20/1/02, p. 4 et 5 - S. BONIFASSI et S. DREYFUSS, « Judicialisation à l'américaine et/ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque », *Gaz. Pal.* 2002 p. 1597.

¹⁵¹ Sur la doctrine de la peine privée, pour une liste restreinte de quelques écrits importants, qui n'a rien d'exhaustif : L. HUCQUENY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse Dijon, 1904 - B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*,

les juges du fond du principe de la réparation intégrale. Toute décision qui admettrait avoir alloué à une victime des dommages et intérêts à titre forfaitaire, dans un but de sanction pécuniaire du responsable et non de seule réparation du dommage subi, encourrait inmanquablement la cassation¹⁵². Cela n'interdit pas aux juges du fond de s'arrêter, en réalité, le pouvoir de prononcer des dommages et intérêts punitifs¹⁵³. Mais s'ils le font, ils devront s'abstenir de se référer au caractère punitif et forfaitaire de la somme allouée. Leur décision sera alors inattaquable, au nom du pouvoir souverain dont ils disposent pour procéder à l'évaluation des dommages¹⁵⁴. La reconnaissance des dommages et intérêts punitifs est donc, en droit français, masquée.

219. Or, le droit subjectif est l'un des modes privilégiés de cette consécration masquée des dommages et intérêts punitifs dans notre système juridique. C'est en effet bien souvent en présence d'une atteinte à un droit subjectif que les tribunaux acceptent de prononcer des condamnations pécuniaires d'un montant important, détachées de la seule idée de réparation du dommage subi par la victime de l'atteinte.

Ce rapport étroit entre consécration d'un droit subjectif et condamnation de l'auteur de l'atteinte à payer des dommages et intérêts dont le caractère punitif est (au moins implicitement) reconnu, a été parfaitement mis en lumière par Suzanne Carval, dans la première partie de sa thèse consacrée aux manifestations actuelles de la peine privée en droit positif. Cet auteur a en effet montré que c'était pour sanctionner les atteintes aux droits de la personnalité que les juges du fond prononçaient le plus souvent, en droit français, des dommages et intérêts punitifs contre les profiteurs de « l'industrie du scandale »¹⁵⁵. Et de fait, en matière de droits de la personnalité, lorsque la Cour de cassation juge que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹⁵⁶, elle admet explicitement qu'il peut y avoir allocation de dommages et intérêts sans préjudice prouvé. Lorsqu'elle renvoie aussitôt après au pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier le montant de l'indemnisation à allouer à la victime, elle invite donc implicitement mais nécessairement ces juges à prononcer des dommages et intérêts punitifs, puisqu'elle les exhorte à accorder une compensation pécuniaire à la victime même si cette dernière ne peut justifier d'aucun préjudice. Le droit subjectif à la vie privée joue donc un rôle moteur dans la consécration implicite, en droit français, des dommages et intérêts punitifs. De la même manière, Suzanne Carval a également montré dans sa thèse que, dans les systèmes juridiques étrangers, les « dommages et intérêts exemplaires » avaient pour but de sanctionner une atteinte aux libertés

¹⁵² Thèse Paris, 1947 - S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995 - A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005 - Actes du colloque « Faute moralisée le droit français de la réparation du dommage ? », *LP4* 20/1/02.

¹⁵³ G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, n° 59.

¹⁵⁴ Pour une décision récente publiée, en matière de droit de la consommation : CA Versailles, 15 septembre 2005, *JCP G* 2006 II 10029 note B. FAGGS. Dans cette décision, les juges se sont expressément référés aux « profits incertaines » réalisés par le responsable (ADL) pour apprécier le préjudice de l'association victime. Cette référence au profit réalisé, et non au seul dommage subi, aurait pu justifier une censure de la décision, mais ce point n'a pas été abordé par le pourvoi (Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 2007, pourvoi n° 05-206537).

¹⁵⁵ Sur les pouvoirs respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation en matière d'allocation de dommages et intérêts (et notamment sur le contrôle purement formel exercé par la haute juridiction en la matière) : G. VINEY et P. JOURDAN *op. cit.* n° 61 s.

¹⁵⁶ S. CARVAL, *op. cit.* n° 22 s.

¹⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *Bull.* I n° 378 - Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, *Bull.* I n° 73 - Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003, pourvoi n° 00-16849. Sur cette jurisprudence : voir *supra* n° 165.

Aucune particularité ne peut être observée sur ce point dans le cadre de la responsabilité civile environnementale. Les règles de responsabilité servent ici également à réparer les dommages environnementaux individuels et non véritablement à prévenir la survenance de ces dommages ou à punir leurs auteurs. Or, si ce rôle essentiellement réparateur des règles de responsabilité ne pose pas de difficultés dans certaines matières, parce que d'autres droits interviennent efficacement en matière de prévention et de punition⁶, il en va différemment en matière de dommage environnemental. Les auteurs s'accordent en effet généralement pour souligner l'insuffisance du droit répressif en la matière⁷ et ceux qui militent pour que soit consacrée en matière d'environnement une responsabilité préventive et non plus seulement curative⁸, pour s'adapter au caractère souvent irréversible des dommages environnementaux, doivent admettre qu'une telle évolution n'a pas encore eu lieu⁹.

Mais indépendamment de ces discussions sur l'opportunité de consacrer une responsabilité civile environnementale préventive ou punitive, il a depuis longtemps été souligné que dans le cadre même de sa fonction essentielle de réparation, la responsabilité civile présentait des lacunes, ou à tout le moins qu'elle se heurtait à des obstacles, en matière de réparation des dommages environnementaux. Ce sont ces difficultés qu'il convient dans un premier temps de mettre en exergue (Section 1) avant de confronter le droit à l'environnement aux règles de réparation des dommages pour apprécier ses éventuels apports en la matière (Section 2).

SECTION 1 LES OBSTACLES À LA RÉPARATION DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX PAR LES RÈGLES DE RESPONSABILITÉ CIVILE

181. La prééminence de la fonction de réparation des règles de responsabilité civile « s'accompagne d'une prééminence de fait, sinon de droit, de l'indemnisation pécuniaire »¹⁰. En d'autres termes, la victime souffrant d'un dommage qui n'a parfois rien d'économique se verra souvent allouer, en guise d'unique réparation, des dommages et intérêts. Ce type de réparation par équivalent correspond bien mal aux exigences de réparation du dommage environnemental, ce qui constitue la première limite des effets de la responsabilité civile en matière de réparation de ce type de dommage (§ 1). Cependant, la jurisprudence n'est pas toujours restée sourde aux critiques de la doctrine ayant souligné l'inadaptation d'une réparation pécuniaire des atteintes environnementales. Mais même la réparation en nature des dommages environnementaux pose des difficultés non négligeables (§ 2).

⁶ Ainsi, en présence d'un dommage corporel par exemple, la punition de l'auteur des faits est efficacement assurée par le droit pénal, par le biais des infractions d'homicide ou de violences (volontaires ou involontaires).

⁷ *Ibidem* n° 217.

⁸ C. THIBERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ.* 1999, p. 561 s. - « Avénit de la responsabilité, responsabilité de l'avénit », *D.* 2004 chron. p. 577 s.

⁹ Le même auteur renvoie en effet à la responsabilité du futur, et non au droit positif actuel : C. THIBERGE, « Avénit de la responsabilité, responsabilité de l'avénit », *D.* 2004 chron. p. 577 s.

¹⁰ G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. CHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, n° 2.

§ 1 : LES INSUFFISANCES DE LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT

182. L'allocation de dommages et intérêts a pendant bien longtemps été considérée comme le seul mode de réparation admissible des dommages, y compris des dommages environnementaux individuels. La jurisprudence a alors été largement critiquée par une doctrine sensible aux arguments écologiques qui a souligné les effets dévastateurs, pour l'environnement, d'une telle politique prétorienne (A). Mais indépendamment même de cette inadaptation intrinsèque, force est de toute façon de constater que la mise en œuvre de la réparation pécuniaire est problématique, tant l'évaluation du montant des dommages et intérêts à allouer à la victime pose des problèmes insolubles (B).

A) L'INADAPTATION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS AUX DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX

183. L'allocation d'une simple indemnité aux victimes de pollution, notamment dans le cadre de la théorie des troubles de voisinage, a fait l'objet d'un vaste mouvement de contestation par la doctrine « moderne », c'est-à-dire par les auteurs sensibilisés, depuis les années 1970, aux thèses écologiques¹¹. Il a ainsi été montré que la seule allocation de dommages et intérêts à la victime permettrait aux pollueurs de poursuivre leur activité nocive pour le voisinage et l'environnement en général, sans qu'aucune mesure ne leur soit imposée pour qu'ils réduisent les sources de pollution. Les règles de responsabilité civile ont donc été dénoncées comme permettant de consacrer un véritable « droit de polluer contre indemnité »¹², la monétarisation du dommage ne permettant pas d'agir dans le sens de la protection de l'environnement¹³.

Cette analyse, qui est globalement exacte, doit néanmoins recevoir un tempérant. En effet, les condamnations pécuniaires peuvent parfois avoir un impact environnemental positif lorsque les dommages et intérêts sont alloués pour remettre le site pollué en l'état, et que le montant de la réparation est égal au coût de cette remise en état. Dans ce cas, il ne peut pas être reproché au juge de ne pas avoir condamné directement le pollueur à réparer en nature, car ce pollueur n'aura presque jamais les compétences écologiques nécessaires pour effectuer

¹¹ Il a en revanche été souligné que les auteurs antérieurs se montrèrent plus indulgents quant à la simple allocation de dommages et intérêts, au moins tant qu'aucune faute ne pouvait être imputée au pollueur : G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. CHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, n° 53 et les auteurs cités.

¹² G. MARTINI, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, PPS, 1978, n° 93 et dans le même sens : P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974, p. 156 s. - F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981, n° 230 et 231. Cette doctrine rejoint d'ailleurs l'opinion de MM. MAZEAUD, qui considéraient qu'en toute matière, et non seulement pour les dommages environnementaux, les mesures de « condamnation en nature », qui font réellement disparaître le préjudice, étaient supérieures aux mesures de réparation par équivalent qui n'apportent qu'une simple compensation en laissant subsister la source du dommage (H.-L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle*, tome III, Montchrestien, 1978, n° 2303 s.).

¹³ E. REHBINDER, « Evaluation et réparation du dommage écologique : rapport général », in *Le dommage écologique en droit interne, communitaire et comparé*, Economica, 1992, p. 109 s. et notamment p. 118 s. - A. MICHELOT, « Utilisation durable et irréversibilité(s) : du jeu de la temporalité aux enjeux de la durabilité », *RIE* 1998 n° spécial, p. 18 qui voit dans l'allocation de dommages et intérêts un « avenit d'impuissance » - M. PICHARD, *Le droit à l'économica*, 2006, n° 424.

lui-même les travaux de restauration¹⁴. L'allocation de dommages et intérêts affectés à la remise en l'état du site peut par conséquent être assimilée à une réparation en nature. L'assimilation suppose néanmoins que la victime utilise effectivement les sommes allouées pour restaurer son environnement dégradé. Or, le droit français n'oblige pas les victimes d'un dommage environnemental individuel à affecter les dommages et intérêts perçus à la réparation effective de leur dommage¹⁵. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'indemnité versée par le pollueur, égale au coût de la remise en état, est effectivement affectée à la restauration du site¹⁶ que la réparation pécuniaire peut être assimilée à une réparation en nature.

Si l'on excepte cette hypothèse particulière de l'allocation de dommages et intérêts affectés à la remise en état du site pollué, et que seule est allouée une réparation par équivalent détachée de toute idée de restauration, la critique émise par la doctrine à l'encontre de ce type de réparation retrouve toute sa pertinence. Les pollueurs se contenteront en effet, dans ce cas, de payer les indemnités réclamées par la victime qui seront très inférieures au profit qu'ils retireront de l'exercice de leur activité polluante¹⁷. La responsabilité civile montre ici ses limites puisqu'elle ne permet nullement d'intervenir efficacement pour protéger l'environnement. Cette carence est d'autant plus flagrante que lorsque l'octroi de dommages et intérêts n'est pas rattaché à l'idée de restauration, l'évaluation du montant des sommes à allouer à la victime est nécessairement arbitraire.

B) LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'ÉVALUATION DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

184. La notion de dommage au sens de la responsabilité civile implique que le dommage soit réparable en termes physiques, patrimoniaux ou moraux. C'est cette répercussion du dommage que les juges indemnisent par l'allocation de dommages et intérêts lorsqu'ils refusent d'ordonner une réparation en nature ou de calculer le montant de l'indemnité due en fondant sur le coût de remise en état du site, par exemple. Or, l'évaluation monétaire de ce type de dommages est très souvent problématique¹⁸. Pour pallier ce type de difficultés, il a été proposé de recourir à différentes méthodes d'évaluation des dommages (1) qui ont toutes fait preuve de leurs insuffisances (2).

¹⁴ G. VINÉY, « Le préjudice écologique », *RCA* 05/98, p. 9-10 et dans le même sens, soulignant l'incapacité des pollueurs à remettre eux-mêmes le site en l'état : C. DE KLEMM, « Les apports du droit comparé », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992, p. 148.

¹⁵ V. SOL, « Le point sur la réhabilitation des sites pollués : un droit en pleine évolution », *LEA* 08/08/00, p. 12.

¹⁶ Affection qui engendrait à être rendue obligatoire : E. REHINDER, « Évaluation et réparation du dommage écologique : rapport général », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992, p. 109 s. (notamment p. 113 s.) et sur cette question : voir *infra* n° 369 s.

¹⁷ Il ne s'agit pas pour autant de « profits illicites », et la notion de « faute lucrative » n'est pas toujours en considération, puisque l'activité des pollueurs ne viole pas forcément la loi de sorte qu'elle n'est pas nécessairement fautive ou illicite. Ces profits n'en restent pas moins inadmissibles dans une perspective environnementale.

¹⁸ Le problème, ici encore, ne se pose pas uniquement pour les dommages écologiques purs mais également pour les dommages environnementaux individuels (contra : P. JOURDAN, « Le préjudice écologique », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruylant, 2006, p. 176). Si l'on admet en effet bien volontiers que des préjudices comme la disparition d'une espèce animale ou végétale sont particulièrement difficiles à évaluer en termes monétaires, il en va de même, à notre sens, du préjudice subi par le voisin du fait du bruit assourdissant causé par une usine proche ou de la contamination d'un site qui, quoique occupé par une personne privée, n'est affecté à aucune activité économique.

1) Les méthodes d'évaluation des dommages environnementaux

185. La difficulté en la matière provient de ce que bien souvent, l'intérêt lésé par l'atteinte environnementale, serait-il individuel, n'est pas de type patrimonial. Il en ira ainsi notamment de toutes les agressions qui affectent le bien-être d'un individu sans pour autant porter atteinte à ses biens appropriés. Le dommage environnemental se traduit donc généralement par une « altération de ressources hors marché »¹⁹, alors même que la détermination d'un prix (et donc le calcul du montant des dommages et intérêts qui correspondent au coût du dommage) suppose l'existence d'un marché, c'est-à-dire d'une rencontre entre une offre et une demande²⁰.

186. Pour surmonter la difficulté, la science économique a dès lors proposé de créer artificiellement un marché permettant d'apprécier le coût des dommages environnementaux. Elle part ainsi du principe que les individus sont prêts à payer un certain prix pour bénéficier d'un environnement favorable ou au contraire acceptent de recevoir une certaine somme pour vivre dans un environnement dégradé. Le marché est donc celui sur lequel se rencontrent l'offre et la demande d'environnement sain et équilibré, et l'échange se fait pour un prix appelé « valeur d'usage de l'environnement » qui correspond à la valeur attribuée par les individus aux ressources naturelles qu'ils utilisent et exploitent. Sur ce marché, le coût du dommage environnemental sera égal à la somme que les individus auraient été prêts à payer pour éviter la détérioration de leur environnement²¹. Mais une fois ce principe posé, c'est-à-dire une fois le marché construit et la valeur correspondant au coût du dommage environnemental sur ce marché définie théoriquement, encore convient-il de déterminer en pratique le montant de cette valeur. Autrement dit, il faut calculer le prix exact que les individus sont prêts à payer pour éviter que leur environnement soit dégradé. Pour effectuer un tel calcul, de nombreuses méthodes ont été proposées²².

La première est une technique d'évaluation directe, appelée « analyse contingente » : elle propose d'évaluer la valeur du dommage environnemental en contactant un panel représentatif de citoyens et en leur demandant quel prix ils seraient prêts à payer pour éviter un dommage environnemental considéré²³.

Mais au-delà de cette méthode primaire et quelque peu rustique, les économistes ont également proposé d'avoir recours à des techniques d'évaluation indirecte de la somme que les individus sont prêts à dépenser pour vivre dans un environnement sain. Il a ainsi été proposé de s'intéresser à l'impact des nuisances environnementales sur le prix des terrains et des

¹⁹ P. POINT, « Principes économiques et méthodes d'évaluation du préjudice écologique », in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992, p. 124, qui cite les exemples de la jouissance d'une eau pure pour le pisciculteur ou encore de la jouissance d'un paysage agréable pour le citadin venu s'installer à la campagne.

²⁰ La notion de marché est en effet à la base de la science économique. On pourrait ainsi dire que le marché est aux économistes ce que la personnalité juridique est aux juristes : sans cette notion fondamentale, les constructions intellectuelles de leur science sont dépourvues de fondement.

²¹ Sur ces techniques d'évaluation, évoquées ici très synthétiquement, on peut se reporter à P. POINT, *op. cit.*, p. 123 s., à R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Monchrestien, 2007, p. 141 s. et à I. CRETEAUX, *Questions juridiques liées à l'évaluation du dommage écologique*, Thèse Paris I, 1998, notamment p. 155 s.

²² I. CRETEAUX, *op. cit.*, p. 168 s.
²³ Ainsi, dans le cadre de dommages environnementaux individuels, on demanderait à ces individus le prix qu'ils sont prêts à payer pour que le niveau sonore de leur voisinage soit réduit d'un certain nombre de décibels ou pour que l'air environnant leur propriété soit assaini. Et dans le cadre de dommages écologiques purs, on demanderait aux citoyens contactés d'indiquer le montant de la somme qu'ils sont prêts à dépenser pour la préservation des éléphants, par exemple.

habitations (méthode dite des « prix hedonistes »), aux sommes dépensées par les citoyens pour se rendre sur les sites bénéficiant d'un environnement favorable (méthode dite du « coût du trajet ») ou encore aux sommes dépensées par la collectivité pour éviter que ne survienne un certain type de dommage environnemental (méthode dite des « coûts de prévention »). Toutes ces méthodes visent à convertir, bien souvent artificiellement il faut l'admettre, le dommage environnemental en termes patrimoniaux.

187. Mais cette tentative de construction artificielle d'un marché pour pallier la difficulté liée au fait que, bien souvent, le dommage environnemental est l'altération d'une ressource hors marché, n'est pas l'unique solution envisageable. On peut au contraire prendre acte de ce qu'en l'absence de marché les dommages environnementaux ne peuvent pas être évalués à l'aide des sciences économiques, et proposer d'indemniser ces dommages à hauteur d'une somme fixée forfaitairement par un barème établi en amont de la survenance du dommage.

Cette technique du forfait de réparation²⁴ est celle à laquelle ont recouru plusieurs législations étrangères en matière de dommage environnemental. Elle concerne surtout l'évaluation du dommage écologique pur. Ainsi, en Espagne par exemple, chaque espèce d'animal en danger a un prix ; toute personne responsable de la mort d'un représentant d'une espèce protégée doit s'acquitter du prix fixé par l'État, qui varie selon le degré de menace pesant sur la survie de l'espèce²⁵. Mais cette technique est également utilisée en matière d'évaluation des dommages environnementaux individuels. Il en va ainsi lorsque la loi prévoit que la victime sera indemnisée en fonction de la quantité de substance polluante déversée, de sa toxicité et de l'importance de la zone contaminée²⁶. Dans une telle hypothèse, la victime n'est plus indemnisée à hauteur du dommage qu'elle a réellement subi, en termes physiques, patrimoniaux ou moraux, mais selon un forfait qui est fonction uniquement de la gravité de la pollution. Cette méthode a d'ailleurs parfois été adoptée par des juridictions françaises du fond qui n'ont pas hésité à indemniser les victimes sur le fondement d'une indemnité égale à 1 FF par mètre carré pollué²⁷. Mais cette technique d'évaluation forfaitaire des dommages environnementaux, tout comme les méthodes qui visent à créer artificiellement un marché aux

²⁴ Sur cette technique : I. CRETEAUX, *Questions juridiques liées à l'évaluation du dommage écologique*, Thèse Paris I, 1998, p. 230 s. - C. DE KLEMM, « Les apports du droit comparé », in *Le dommage écologique en droit interne, communication et comparé*, Economica, 1992, p. 157 s. - P. JOURDAN, « Le préjudice écologique », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruyant, 2006, p. 180.

²⁵ L'exemple est donné par M. REMOND-GOULLUOD, « Du préjudice écologique (à propos du naufrage de l'Exxon-Valdez) », D.1989 chron. p. 261. Mais ce type de mesures de « réparation », dès lors que les sommes récoltées ne sont pas affectées obligatoirement à la restauration de l'environnement, s'assimile bien davantage à une amende pénale qu'à une réparation civile.

²⁶ La loi sur la pollution des mers en Alaska, par exemple, établit un tel barème de réparation (M. REMOND-GOULLUOD, *J.-C. Environnement*, « Réparation du préjudice écologique », Fasc. 1060 n° 85). Dans la même logique, un Tribunal de Riga a jugé qu'il n'était pas possible d'ajouter aux victimes d'une manœuvre noire calculée en multipliant le nombre de mètres cubes d'eau polluée par la somme d'un rouble (M. REMOND-GOULLUOD, *op. cit.* n° 85). On peut se reporter aux autres exemples cités par C. HUGLO, « La réparation du dommage écologique au milieu marin à travers deux expériences judiciaires : les affaires *Montedison* et *Amoco Cadiz* », *Gas. Pdl.* 1992, p. 586.

²⁷ Pour des décisions ayant statué en ce sens : voir les jugements et arrêts cités par G. ANGELO, « L'action devant le juge pénal des associations de protection de l'environnement », *RFÉ* 2002 n° spécial p. 75 et par E. ALI, « La responsabilité civile environnementale », *LP4* 21/04/95 p. 9. Cette pratique a couramment été validée par la Cour de cassation (Cass. crim., 23 mars 1999, pourvoi n° 98-81564) alors qu'elle censurait habituellement les juges du fond qui admettent expressément avoir évalué forfaitairement un poste de dommage (G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. CHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 64). Sans doute la solution aurait-elle été différente si l'affaire avait été portée devant l'une des chambres civiles, qui sont moins réfractaires à rendre des arrêts de cassation que ne l'est la chambre criminelle.

fins de proposer une évaluation prétendument rationnelle de ces dommages, ne sont pas satisfaisantes.

2) Les insuffisances des méthodes d'évaluation des dommages environnementaux

188. Les méthodes d'évaluation du dommage environnemental détachées de toute appréciation du coût de la remise en état pèchent manifestement par leur imprecision qui est source de résultats hétéroclites et peu fiables.

Cette critique s'applique tout d'abord aux méthodes à prétention scientifique qui mobilisent les modèles économiques pour prétendre à une évaluation objective. En fait, l'observation des résultats obtenus à l'aide de ces méthodes montre leur absence de fiabilité. La pertinence de l'analyse contingente, par exemple, doit être mise en doute dès lors qu'il apparaît que le montant des sommes que chacun est prêt à déboursier pour éviter un même dommage environnemental varie considérablement selon les individus, sans que ces variations ne soient expliquées par des disparités régionales ou par une différence de catégorie socioprofessionnelle²⁸. La disparité des résultats obtenus illustre l'absence de consensus et donc l'impossibilité de parvenir par le biais de cette méthode à une évaluation objective. La méthode des prix hedonistes, qui pourrait paraître plus sérieuse, n'est pas plus convaincante des lors qu'une rapide étude de marché apprend sans difficulté que le prix des terrains et des habitations est bien plus élevé en région parisienne, espace pollué et bruyant, que dans les départements de la Creuse ou de la Corrèze qui correspondent pourtant à des territoires nettement plus sains d'un point de vue environnemental. Enfin, et c'est sans doute l'argument décisif qui tend à rejeter ces méthodes à prétention scientifique, toutes donnent des résultats différents²⁹ ce qui montre bien leur incapacité à proposer une évaluation incontestable du dommage environnemental. Il apparaît donc vain de vouloir créer un marché là où il n'en existe manifestement pas³⁰ : le dommage environnemental reste en fait inévaluable en argent³¹, au moins lorsque l'on refuse de s'attacher au coût de la remise en état.

Quant aux forfaits de réparation, la notion même indique son manque d'objectivité. Et la disparité des sommes mises à la charge des responsables est telle dans les différents pays où de tels forfaits existent³² qu'ils s'apparentent davantage à une punition arbitraire qu'à une évaluation raisonnée du dommage environnemental³³.

189. Cette imprecision, voire cet arbitraire, des méthodes d'évaluation du dommage environnemental se traduit par l'allocation aux victimes d'indemnités d'un montant injustifiable.

²⁸ Ainsi, lors d'une étude menée aux États-Unis, il est apparu que les sommes que les individus étaient prêts à payer pour éviter la disparition d'une espèce de tapage protégée étaient tellement hétérogènes qu'aucune systématisation valable n'était possible : I. CRETEAUX, *Questions juridiques liées à l'évaluation du dommage écologique*, Thèse Paris I, 1998, p. 216 s.

²⁹ En ce sens : M. REMOND-GOULLUOD, « Le prix de la nature (à propos de l'affaire du Zec Colocoiron) », D.1982 chron. p. 34-35.

³⁰ C'est notamment la conclusion de I. CRETEAUX, *op. cit.* p. 229, également en ce sens : I. HUET, « Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *LP4* 07/01/94 p. 12.

³¹ Voir les exemples donnés par I. CRETEAUX, *op. cit.* p. 232 à 234.

³² On voit bien cet arbitraire lorsqu'un juge condamne un industriel à payer une certaine somme par mètre carré ou mètre cube de zone polluée. Avant 2001, les condamnations prononcées étaient généralement égales à 1 FF par mètre cube pollué. Aujourd'hui, il y a fort à parier que le juge prononcerait une condamnation égale à 1 € par mètre cube pollué... simple changement d'unité monétaire pour le juge, mais indemnité 6,559 fois plus lourde mise à la charge du pollueur !

Soit en effet ces montants sont trop faibles par rapport au préjudice réellement subi par la victime. Dans ce cas, on retrouve l'objection traditionnelle selon laquelle les pollueurs achètent à bon compte des permis de polluer, moyennant une indemnité symbolique³⁴. Soit au contraire les sommes allouées à la victime sont bien supérieures au montant réel de son préjudice et l'on procure alors un enrichissement indu à cette victime³⁵. Dans les deux cas, le principe de la réparation intégrale est méconnu.

Certes, l'enrichissement indu de la victime pourrait être justifié si l'on admettait explicitement que les dommages et intérêts alloués ont pour vocation non pas de réparer un préjudice mais de punir l'auteur d'une pollution³⁶. Mais il faut alors, pour être cohérent, juger que ces dommages et intérêts punitifs ne pourront être alloués qu'en présence d'une faute grave de l'auteur de la pollution³⁷ et indiquer le montant des dommages et intérêts sur la nature et la gravité du comportement punissable et non sur la situation supposée de la victime³⁸. C'est d'ailleurs ce que fait le droit italien qui admet que le juge alloue des dommages et intérêts à la victime pour sanctionner les fautes licitatives du pollueur, en tenant compte de la gravité de la faute et du profit réalisé par le responsable de la conduite illicite³⁹. Ce n'est que dans une telle optique que les forfaits de « réparation » arbitraires peuvent être justifiés. Mais si une partie de la doctrine n'est pas hostile à une telle solution⁴⁰, le droit positif ne l'a pas encore consacrée.

En l'état, la réparation pécuniaire du dommage environnemental montre donc largement ses limites, d'une part parce qu'elle ne permet aucune amélioration de l'environnement et d'autre part parce qu'en raison des difficultés d'évaluation de nombreux dommages environnementaux, les montants alloués à la victime à titre de dommages et intérêts sont bien souvent arbitraires. Il paraît donc essentiel de privilégier, en matière de réponse aux dommages environnementaux, la réparation en nature et de ne faire jouer à la réparation par équivalents un rôle subsidiaire, lorsque la réparation en nature est impossible ou que, pour une raison spécifique, elle n'est pas souhaitable. Mais s'il est certain que la réparation en nature doit être préférée, force est de constater qu'elle se heurte elle aussi à d'importants obstacles.

§ 2 : LES OBSTACLES À LA RÉPARATION EN NATURE

190. La logique qui préside à l'idée de réparation en nature, plus qu'une logique d'indemnisation de la victime, est une logique de restauration, de rétablissement de la situation

³⁴ *Supra* n° 183.

³⁵ Ce risque de dérive est notamment dénoncé par M. PICHARD, *Le droit à l'économie*, 2006, n° 424, pour lequel « il serait choquant de voir le prometteur privé de sa balade privilégiée sur polluée, égarer de l'argent sur ce fondement ». Dans une optique de préservation de l'environnement, l'enrichissement indu de la victime d'une pollution nous paraît quant à nous moins choquant que la possibilité offerte au pollueur de détériorer l'environnement en échange d'une simple indemnité symbolique.

³⁶ Cette finalité punitive ne fait aucun doute lorsque les juges allouent à la victime un forfait de réparation, égal à une indemnité d'un franc ou d'un euro par mètre carré de zone polluée.

³⁷ Les dommages et intérêts punitifs visent en effet à réprimer, par le jeu des règles de responsabilité civile, le comportement blâmable d'un individu. Il n'y a donc pas de peine privée sans faute : S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, n° 288 s.

³⁸ S. CARVAL, *op. cit.*, n° 313 s.

³⁹ F. GIAMPIETRO, « La spécificité du dommage écologique en droit italien », in *Le dommage écologique et droit interne, commentaire et comparé*, Economica, 1992, p. 93 s.

⁴⁰ Outre les travaux de S. CARVAL, notamment, il convient de souligner que les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, rédigé sous la direction du professeur CATALA, ont proposé d'introduire à l'article 1371 du Code civil une possibilité pour le juge de prononcer des dommages et intérêts punitifs.

antérieure au dommage⁴¹. En matière de réparation des dommages environnementaux, qu'ils soient individuels ou purement écologiques, la doctrine s'accorde pour penser que c'est bien cette logique qui doit prévaloir⁴². C'est ce qui explique que certaines législations étrangères imposent au juge d'ordonner une mesure de réparation en nature lorsque celle-ci est possible⁴³ mais aucune obligation de ce genre n'est posée en droit français⁴⁴.

Pour bien cerner la notion de réparation en nature, il convient de poser une distinction entre trois types de mesures distinctes : celles qui tendent à prévenir la réalisation du dommage, celles qui ont pour objet de mettre fin à la source du dommage et celles qui visent à remettre en état le milieu détruit ou dégradé⁴⁵. Les premières mesures, de pure prévention, comme celles qui consistent à instaurer une surveillance de l'environnement par exemple, ne s'inscrivent pas véritablement dans une logique de réparation en nature, laquelle n'agit que sur un dommage consommé ou dont la réalisation est inéluctable⁴⁶. En revanche, les mesures de cessation de la situation dommageable d'une part et de remise en état d'autre part sont toutes les deux des mesures de réparation en nature.

En effet, bien souvent, la restauration de l'état antérieur à la survenance du dommage environnemental nécessite que le juge ordonne à la fois des mesures de cessation du trouble et des mesures de remise en état. Dans le cadre de la contamination d'un terrain par une fuite d'hydrocarbures provenant des cuves d'une industrie voisine, par exemple, le juge qui veut réparer le dommage en nature, et donc restaurer la situation antérieure au dommage, devra non seulement condamner l'industriel à remettre en état le terrain pollué, mais également lui imposer d'entreprendre les travaux nécessaires pour faire cesser la fuite, faute de quoi la remise en état serait dénuée de tout intérêt. Dans le cadre de la réparation en nature, les mesures de suppression de la source du dommage sont donc aussi essentielles que les mesures de remise en état proprement dites⁴⁷.

⁴¹ Cette notion de rétablissement a été mise en exergue dans sa thèse par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, notamment p. 135 s.

⁴² On peut ainsi citer, s'agissant de la réparation des troubles anormaux de voisinage, M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p. 247 - P. GROS, *La réparation du dommage écologique*, LGDJ, 1974, p. 156 s. - F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981, n° 230 et s'agissant des dommages environnementaux plus généralement : E. REHBINDER, « Évaluation et réparation du dommage écologique », in *Le dommage écologique en droit interne, commentaire et comparé*, Economica, 1992, p. 109 s. - M. REMOND-GOULLUOD, J.-C. ENTHOUEN, « Réparation du préjudice écologique », Fasc. 1060 n° 37 - P. JOURDAN, « Le préjudice écologique », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruyant, 2006, p. 166 s. - M. PICHARD, *Le droit à l'économie*, 2006, n° 424.

⁴³ Cette obligation est par exemple posée par le droit italien, le juge ne pouvant avoir recours à la réparation par équivalents que lorsque la réparation en nature est impossible : F. GIAMPIETRO, « La spécificité du dommage écologique en droit italien », in *Le dommage écologique en droit interne, commentaire et comparé*, Economica, 1992, p. 93 s.

⁴⁴ *Infra* n° 198 s.

⁴⁵ La distinction entre ces trois types de mesures a été mise en lumière par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974. Elle est reprise, dans le cadre de la réparation des dommages environnementaux, par P. JOURDAN, *op. cit.*, p. 169 s. Elle n'est pourtant pas toujours bien opérée par les juridictions.

⁴⁶ B. DE CONINCK, « Le préjudice écologique », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruyant, 2006, p. 199.

⁴⁷ Dans sa thèse, M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE semblait au contraire exclure de la réparation proprement dite les mesures visant à tarir la source du dommage (p. 209 s. - Voir également, militant pour une franche séparation des fonctions de réparation et de cessation de l'illicite : C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008, n° 73 s.). Mais au regard du lien existant entre cessation du trouble et remise en état, dans une logique de rétablissement, cette réparation nous semble artificielle (voir notamment *infra* n° 215 note 135). C'est d'ailleurs dans le cadre d'études consacrées à la notion de réparation en nature que la doctrine s'accorde pour souligner l'importance des mesures visant

Mais, si les auteurs s'accordent pour reconnaître la supériorité de la réparation en nature en matière de réponse aux dommages environnementaux, et donc la nécessité de rétablir les victimes dans la situation antérieure au dommage par l'adoption de mesures de cessation du trouble et de remise en état, cette réparation en nature se heurte à des obstacles tant matériels (A) que juridiques (B).

A) LES OBSTACLES MATÉRIELS À LA RÉPARATION EN NATURE

191. Il est tout d'abord des cas où la réparation en nature ne peut qu'être écartée par le juge tout simplement parce qu'elle est strictement impossible. Cette hypothèse se rencontre lorsque le dommage environnemental est totalement irréversible, c'est-à-dire précisément lorsqu'il est impossible de revenir à la situation initiale. Ce type d'irréversibilité absolue peut parfois se rencontrer en matière de dommage écologique pur. À titre d'exemple, il est impossible de faire revivre une espèce définitivement éteinte et même de remplacer cette espèce par une autre dans l'écosystème, au moins en présence de niches écologiques uniques ou d'espèces endémiques⁴⁶. Mais ce type d'irréversibilité existe également en présence d'un dommage environnemental individuel. Il en ira ainsi, par exemple, lorsque l'exposition prolongée d'un individu à une pollution lui a causé une maladie incurable. Dans ce cas, si la cessation du trouble peut être ordonnée, la remise en état est en revanche impossible : la maladie étant incurable, la victime ne pourra pas retrouver son état initial de bonne santé.

Dans ce type d'hypothèses, où la réparation en nature est strictement impossible, l'allocation de dommages et intérêts à la victime reste la seule possibilité. Toutefois, cette solution de pis-aller ne doit trouver à s'appliquer que lorsque l'irréversibilité est véritablement absolue. Or, bien souvent, l'irréversibilité n'a rien de certain, elle est simplement redoutée⁴⁷, ce qui n'interdit évidemment pas la réparation en nature mais constitue au contraire une raison supplémentaire de l'ordonner. Les juges devraient donc veiller à n'exclure la réparation en nature que lorsque celle-ci est strictement impossible et non pas seulement lorsque les pollueurs invoquent une prétendue irréversibilité pour échapper à ce mode coûteux de réparation.

192. Outre ce premier cas de figure, dans lequel la réparation en nature est impossible, il faut faire mention de l'hypothèse relativement marginale dans laquelle la remise en état n'est pas souhaitable car elle n'a aucun effet bénéfique pour l'environnement, bien au contraire. Il a par exemple été remarqué⁴⁸ qu'en matière de pollution par hydrocarbures, l'emploi de détergents destinés à dissoudre les plaques de pollution pouvait se révéler plus nuisible que la pollution originelle elle-même. Et même si les moyens utilisés pour réparer en nature ne se révèlent pas nocifs, il est de toute façon des cas où les capacités de régénération du milieu sont supérieures à tous les résultats qui pourraient être obtenus par d'éventuelles interventions humaines⁴⁹, de sorte qu'il est préférable de laisser faire la nature plutôt que d'ordonner une

remise en état⁵². Dans ces hypothèses également, la réparation en nature, nuisible ou sans incidence marquante, doit être exclue. Les victimes n'auront droit qu'à l'indemnisation monétaire de leur préjudice, tiré par exemple des désagréments subis pendant la durée de régénération du milieu⁵³.

193. Mais si l'on excepte ces hypothèses finalement peu fréquentes, dans lesquelles la réparation en nature ne peut pas ou ne doit pas être ordonnée, les obstacles matériels à ce type de réparation sont essentiellement à rechercher du côté des problèmes soulevés par la mise en œuvre de la réparation.

Le premier obstacle réside dans la difficulté de déterminer l'état initial de l'environnement dégradé que l'on souhaite restaurer⁵⁴. Ce sont parfois les connaissances scientifiques qui font défaut dans le cadre d'une telle détermination. Ainsi, dans l'affaire *Montedison*, où les juges étaient saisis d'une demande émanant de pêcheurs en réparation de leur préjudice économique causé par la disparition des poissons à la suite du déversement de déchets en mer Méditerranée, l'impossibilité de déterminer la quantité de poissons présente dans les eaux avant la survenance de la pollution s'est révélée problématique⁵⁵. Et lorsque ce ne sont pas les connaissances scientifiques qui font défaut, la mauvaise foi de la victime peut également être source de difficultés pour déterminer l'état initial. Ainsi, à la suite d'une contamination de son terrain, une victime pourrait être tentée de soutenir que le fonds était parfaitement sain pour obtenir sa décontamination intégrale alors même que le terrain était déjà pollué au moment de la survenance du dommage. La détermination de l'état initial est donc problématique en matière de réparation en nature, de sorte que cette détermination nécessitera parfois de recourir des expertises extrêmement longues, coûteuses, et dont les résultats seront sujets à caution.

194. Outre cette première difficulté, le principal obstacle à la réparation en nature réside dans le coût souvent très important des mesures de réparation⁵⁶. Quelques exemples permettent de donner tout son relief à cette objection. Ainsi, dans le cadre de la pollution du Rhin par une usine chimique du groupe Sandoz en novembre 1986, les dépenses à engager pour éviter l'extension de la pollution, pour mettre sur pied un suivi scientifique de la situation, pour restaurer les écosystèmes et pour prévenir la survenance de nouveaux dommages furent estimés à la somme de 257 541 000 FF⁵⁷. De même, en matière de réhabilitation des sites pollués,

⁵² C. DE KLEMM, *op. cit.* p. 150. Ce fut la position adoptée par le juge américain dans l'affaire de l'Amoco Cadiz : il rejeta les demandes formulées au titre de la remise en état des sites pollués au motif que la mer réparait elle-même les dommages, si elle ne l'avait déjà fait (C. HUGLIO, « La réparation du dommage écologique au milieu marin à travers deux expériences judiciaires : les affaires *Montedison* et *Amoco Cadiz* », *Gaz. Pal.* 1992 p. 588).

⁵³ À condition toutefois qu'un tel préjudice soit considéré comme certain, ce qui n'a rien d'évident : *supra* n° 134.

⁵⁴ C. DE KLEMM, *op. cit.* p. 150 - V. SOL, « Le point sur la réhabilitation des sites pollués : un droit en pleine évolution », *LPJ* 08/08/00 p. 19.

⁵⁵ De la même manière, pour un préjudice purement écologique, cette fois, et non plus pour un préjudice environnemental individuel, il est presque toujours impossible de déterminer quel était l'état initial d'un territoire avant l'invasion du site par une espèce exotique : C. CANS et C. DE KLEMM, « Un cas d'irréversibilité : l'introduction d'espèces exogènes dans le milieu naturel », *RJE* 1998 n° spécial p. 101 s. et notamment p. 108.

⁵⁶ C. LARROUMET, « La responsabilité civile en matière d'environnement », *D.* 1994 chron. p. 103-104 - M. REMOND-GOUILLOD, *J.-Cl. Environnement*, « Réparation du préjudice écologique », Fasc. 1060 n° 38.

⁵⁷ M. DUROUSSEAU, « L'affaire Sandoz et la pollution du Rhin de novembre 1986 », in *Le dommage écologique en droit interne, commentaire et comparé*, Economica, 1992, p. 211 s. Sur ce montant global, la société Sandoz accepta, aux termes d'une transaction, de payer la somme de 46 millions de francs, le surplus restant à la charge de la collectivité.

à partir la source du dommage ou du moins à empêcher son aggravation : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 50 s. - G. MARTIN, « Mesures provisoires et irréversibilité en droit français », *RJE* 1998 n° spécial p. 131 s.

⁴⁶ M. PUTZ-L'EGENDRE, « Biodiversité et irréversibilité », *RJE* 1998 n° spécial p. 79 s. et notamment p. 85-86.

⁴⁷ G. MARTIN, *op. cit.* p. 131.

⁴⁸ C. DE KLEMM, « Les apports du droit comparé », in *Le dommage écologique en droit interne, commentaire et comparé*, Economica, 1992, p. 150-151.

⁴⁹ Une forêt, par exemple, peut mieux se régénérer naturellement que si l'on procède à des replantations artificielles.

Les travaux de remise en état du site de l'usine Rodanet (Essonne) se sont élevés à 19 millions de francs et ceux de réhabilitation du site de l'usine Gerbair (Essonne) ont coûté plus de 27 millions de francs. Dans les deux cas, les coûts de remise en état n'ont pas pu être assurés par les industriels qui ont déposé leur bilan⁵⁸. Et à l'heure actuelle, le site Internet de l'Ademe indique que le marché de la réhabilitation des sites et sols pollués a représenté un chiffre d'affaires de 340 millions d'euros en 2003⁵⁹. Ces chiffres sont encore plus impressionnants aux États-Unis puisque dans les années 1990, d'après le chiffrage de l'agence chargée de la protection de l'environnement, le coût moyen de reprise en état d'un site s'élevait à 35 millions de dollars⁶⁰. Le coût colossal de ces opérations de remise en état constitue à l'évidence un obstacle de taille à la condamnation systématique du pollueur à réparer le dommage en nature, surtout lorsque les industriels font valoir, ce dont ils ne se privent pas, que ces dépenses les forcent à se restructurer et donc à licencier.

Le problème est d'autant plus complexe que bien souvent il ne s'agit pas tant de condamner le pollueur à remettre lui-même le site en état, puisqu'il n'a pas les compétences écologiques requises, que de mettre à sa charge le coût de la réparation en nature. Or, ce coût est extrêmement difficile à déterminer avant la réalisation effective des opérations de restauration⁶¹. Dès lors, la détermination en amont de ce coût, au jour où le juge statue, nécessitera presque toujours des expertises... qui sont elles-mêmes ruineuses⁶².

Cet obstacle matériel tiré du coût de la réparation en nature explique que les textes sont toujours plus nombreux, en matière environnementale, à subordonner la réparation en nature à son « *coût raisonnable* ». C'est en ce sens que se prononcent les quelques textes qui prévoient une certaine forme de réparation des dommages écologiques purs⁶³. Et cette limitation est également édictée par des textes applicables en matière de réparation de dommages environnementaux individuels, comme l'article L. 514-20 du Code de l'environnement, relatif à la responsabilité contractuelle du vendeur d'un site pollué⁶⁴. Ce texte prévoit en effet que l'acquéreur du site qui n'a pas été correctement informé ne peut demander la réhabilitation du sol que si le prix de cette remise en état n'est pas disproportionné par rapport au prix de vente⁶⁵. Ainsi, lorsque la réparation en nature est envisagée spécifiquement par la loi, c'est

⁵⁸ Sur ces deux espèces : F. BAVOILLON, « La réparation des dommages causés à l'environnement : l'exemple français de la réhabilitation des sites pollués », *Gaz. Pal.* 1994 p. 551-553.

⁵⁹ www.ademe.fr, l'agence, quant à elle, ne consacrera en 2007 que 72 millions d'euros à la gestion des déchets et à la réhabilitation des sites pollués.

⁶⁰ Cité par C. LONDON, « De l'opportunité des aides et fonds en matière d'environnement », *JCP G* 1992 I 3624 n° 54.

⁶¹ Également, pour une telle constatation : J. HUET, « Le développement de la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *LP4* 07/01/94 p. 19.

⁶² En ce sens : M. REMOND-GOULLUOD, J.-Cl. *Environnement*, « Réparation du préjudice écologique », Fasc. 1060 n° 60.

⁶³ Ainsi, dans le cadre d'une pollution marine par hydrocarbures, les indemnités versées par le FIPOL sont « *limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état* » (P. DELBECQ, « Responsabilité et indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures », *JCP G* 2000 act. p. 126). De même, la Convention de Lugano renvoie à des « *mesures raisonnables* » en matière de remise en état (article 2-10) et l'annexe II de la directive 2004/35 du 21 avril 2004 expose qu'en matière de choix des « *options de réparation raisonnables* », il convient de tenir compte du « *coût de la mise en œuvre de l'option* » : *infra* n° 332, 340 et 349.

⁶⁴ Sur cette disposition spécifique : voir *supra* n° 128.

⁶⁵ Le caractère raisonnable ou proportionné du coût de la remise en état est laissé à la libre appréciation des juges du fond. Dans l'un des premiers arrêts publiés sur le sujet, ceux-ci ont adopté une position favorable à la victime, en jugeant que des frais de remise en état d'un montant égal à près de 30 % du prix de vente n'étaient pas disproportionnés (CA Paris, 13 février 2003, *JCP G* 2003 II 10075, note F.-G. TREBULLE).

presque toujours pour subordonner son prononcé à la vérification de l'acceptabilité économique de son coût⁶⁶.

La réparation en nature, lorsqu'elle est possible et souhaitable, ce qui est souvent (mais pas systématiquement) le cas, se heurte donc à des obstacles matériels de taille, tirés essentiellement du coût engendré par les mesures qu'elle commande de prendre. Mais à ces obstacles matériels inévitables viennent s'ajouter des obstacles juridiques dont la pertinence doit être discutée.

B) LES OBSTACLES JURIDIQUES À LA RÉPARATION EN NATURE

195. Le premier obstacle à la réparation en nature qui a traditionnellement été mis en avant est celui tiré de la rédaction de l'article 1142 du Code civil qui dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Mais cet obstacle n'a rien de dirimant. D'une part en effet, il a été brillamment démonté⁶⁷ que cet article signifie simplement que le juge a le pouvoir de condamner le débiteur d'une obligation (et notamment d'une obligation de réparation) à payer des dommages et intérêts en cas de refus de ce débiteur de déferer à la condamnation initiale à exécuter l'obligation en nature. En d'autres termes, le juge peut parfaitement condamner à réparer en nature et ce n'est qu'en cas d'inexécution de cette première condamnation que le débiteur se verra condamné à payer une indemnité. Et d'autre part, en matière de dommages environnementaux, il a été rappelé que le pollueur, débiteur de l'obligation de réparer, est bien souvent dans l'incapacité technique de procéder lui-même aux opérations de remise en état. De ce point de vue, la condamnation au versement d'une indemnité égale au montant de la remise en état peut être assimilée à une réparation en nature, au moins tant que les sommes versées sont effectivement affectées au rétablissement du site pollué.

Il apparaît donc que le prétendu obstacle qui pouvait être pressenti à la lecture de l'article 1142 du Code civil n'en est pas un. En revanche, constituent des freins beaucoup plus considérables à la réparation en nature la jurisprudence qui impose au juge judiciaire de respecter les prérogatives de l'administration (1) et, plus généralement, celle qui reconnaît au juge du fond le pouvoir de choisir librement le mode de réparation ordonné (2).

1) Le respect des prérogatives de l'administration

196. Le problème que se pose notamment en matière d'installations classées, et plus généralement à chaque fois qu'une activité polluante a été autorisée par l'administration. En effet, si une telle autorisation n'est accordée que « *sous réserve des droits tiers* »⁶⁸, ce qui autorise toute personne à laquelle l'activité autorisée cause un dommage à saisir le juge judiciaire d'une action en réparation, il n'en reste pas moins qu'au stade de la réparation, le juge ne peut pas ordonner des mesures qui seraient incompatibles avec l'autorisation accordée par l'administration. Cette règle a été posée par un arrêt ancien du Tribunal des conflits⁶⁹ et n'a jamais été remise en cause par la jurisprudence.

⁶⁶ Sur cette notion : O. GODDARD, « Réflexions d'un économiste sur des questions posées par des juristes », *LP4* 30/1/00 p. 58.

⁶⁷ Cette démonstration est l'œuvre de P. WERY, dans sa thèse intitulée *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, éd. Kluwer, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993.

⁶⁸ Article L. 514-19 du Code de l'environnement.

⁶⁹ TC, 23 mai 1927, S. 1927, 3, 94 (prenant d'ailleurs lui-même la solution retenue antérieurement par la Cour de cassation) : « *Les tribunaux judiciaires ont compétence pour se prononcer [...] sur les mesures propres à faire cesser le*

Concrètement, la règle signifie que le juge judiciaire ne pourra pas ordonner la fermeture d'un établissement autorisé par l'administration⁷⁶ ou même simplement régulièrement déclaré⁷¹, même si la fermeture de cet établissement est la seule mesure permettant de faire cesser le dommage. Et plus généralement le juge de la réparation ne peut pas ordonner le pollueur d'effectuer des travaux importants qui seraient de nature à menacer l'équilibre technique ou économique d'un établissement autorisé par l'administration ou régulièrement déclaré car de telles mesures, qui menaceraient la pérennité de l'établissement, risqueraient de réduire à néant la décision administrative d'autorisation⁷². Le juge ne peut donc qu'ordonner la réalisation de travaux⁷³, le déplacement d'une activité polluante⁷⁴, voire la suspension provisoire de cette activité⁷⁵, mais à la condition expresse que ces mesures ne mettent pas en péril la pérennité de l'activité autorisée ou régulièrement déclarée.

197. Cette restriction aux pouvoirs du juge d'ordonner une réparation en nature fait l'objet d'une appréciation sévère de la doctrine⁷⁶. En effet, d'une part la solution est contestable en ce qu'elle sacrifie les intérêts de la victime et de l'environnement, et consacre ainsi au profit du pollueur le « droit de polluer contre indemnité » si souvent dénoncé⁷⁷. Et d'autre part, la solution n'est nullement imposée par le principe de séparation des pouvoirs. En effet, le procès en réparation n'a pas pour objet ni même pour effet de statuer sur la légalité de l'autorisation administrative : il se contente de statuer sur la situation de la seule victime, laquelle n'est pas partie aux relations entre l'administration et le pollueur. Dès lors, l'injonction faite par le juge à une installation classée de réparer en nature le dommage, y compris si cette réparation met en

péril la pérennité de l'installation, ne remet nullement en cause l'autorisation administrative⁷⁸. Elle se contente, en statuant sur un procès opposant deux personnes privées, qui n'a rien à voir avec un recours pour illégalité de la décision administrative, de faire une stricte application de l'article L. 5114-19 du Code de l'environnement qui dispose que les pollueurs ne peuvent pas prévaloir de l'autorisation administrative à l'encontre des tiers.

Malgré ces critiques, la solution de principe, selon laquelle le juge ne peut pas ordonner une mesure de réparation en nature qui menacerait la pérennité d'une installation autorisée par l'administration ou régulièrement déclarée, perdure. Il s'agit là d'un premier obstacle de taille à la réparation en nature du dommage environnemental individuel. Mais outre cette première difficulté, il faut également faire mention d'une autre règle préfontaine qui, plus insidieusement, fait en pratique obstacle au prononcé de mesures de réparation en nature. Il s'agit du principe selon lequel les juges du fond sont souverains pour décider du mode de réparation (pécuniaire ou en nature) qui doit être ordonné.

2) Le libre choix du mode de réparation par les juges du fond

198. La Cour de cassation juge de manière constante que les juges du fond sont souverainement appréciés le mode de réparation d'un dommage et aucune exception à cette solution générale n'existe en matière de réparation des préjudices environnementaux⁷⁹. Sauf dans de rares hypothèses⁸⁰, les juges du fond n'ont donc pas l'obligation de condamner le pollueur à réparer le dommage en nature : ni la cessation du trouble, ni la remise en état ne doivent être obligatoirement ordonnées. Cette règle est notamment rappelée dans le cadre de contentieux des troubles anormaux de voisinage⁸¹.

⁷⁶ D. COHEN, *op. cit.*, p. 304 s.

⁷⁷ Sur ce principe constant, on peut se reporter notamment à J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVVAUX, *Les obligations*, t.2, *Le fait juridique*, Armand Colin, 2007, n° 385, à Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983, n° 388 et à J. et L. BOREL, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action 2009/2010, n° 67, 158 qui soulignent que « Le juge du fond renvoie indistinctement sa souveraineté lorsqu'il s'agit d'apprécier, dans les limites de la demande, le mode [...] de la réparation du dommage ». Les arrêts qui rappellent la règle sont légion. En matière de réparation des dommages environnementaux on peut citer, particulièrement topiques : Cass. civ. 2^e, 17 février 1972, *Bull.* II n° 50 qui se réfère au « pouvoir souverain » du juge du fond pour « apprécier le mode le plus utile de réparation » ; Cass. civ. 3^e, 12 février 1974, *Bull.* III n° 72, qui rappelle que la Cour d'appel était « souverainement » à un « pouvoir souverain d'apprécier les modalités de réparation du préjudice subi ». Et plus récemment, si l'on trouve moins d'arrêts publiés ou même simplement diffusés rappelant la règle, c'est tout simplement parce que les pourvois faisant grief aux juges du fond d'avoir choisi un mode de réparation au détriment d'un autre ne dépassent pas le cap de la non-admission.

⁷⁸ Sur ces exceptions où le juge de cassation semble contraindre les juridictions du fond à opter soit pour la réparation par équivalent, soit pour la réparation en nature, il convient de se reporter à G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. CHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 40 s. Au titre des exceptions au principe du libre choix, par le juge du fond, du mode de réparation, les auteurs signalent l'obligation faite au juge d'ordonner dans certains cas la démolition des constructions irrégulières (ce qui constitue une mesure de réparation en nature du trouble subi par le propriétaire). Cette exception intéressante s'explique à notre sens par des considérations juridiques, car la victime peut dans le cadre de ce type d'atteinte invoquer des règles qui tiennent en fait le droit commun de la responsabilité : voir *infra* n° 210.

⁷⁹ G. VINEY et P. JOURDAN, *op. cit.*, n° 53. Pour des arrêts rendus en matière de nuisances sonores, on peut citer Cass. civ. 2^e, 9 octobre 1996, *Bull.* II n° 231 et Cass. civ. 2^e, 12 novembre 1997, *Bull.* II n° 273. Et si certains auteurs croient voir des exceptions à cette règle, en présence d'un préjudice anormal double d'une contenance à la loi P. MAILLURE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2007, n° 126), leur démonstration sur ce point n'est guère étayée, puisque l'arrêt censé appuyer cette thèse est rendu au visa de l'article 1143 du Code civil, texte spécial (sur lequel : voir *infra* n° 210), et non sur le fondement de la théorie des troubles anormaux de voisinage. D'ailleurs, à un autre paragraphe (n° 249), leur ouvrage rappelle le pouvoir souverain reconnu aux juges du fond, sauf exception, pour apprécier les modalités de réparation du préjudice.

préjudice que cet établissement pourrait causer dans l'avenir, à condition que ces mesures ne contraignent point les prescriptions édictées par l'administration dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique ». Sur cette décision et ses applications ultérieures par la Cour de cassation, on peut se référer notamment à F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGD, 1981, n° 226 s. — G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. CHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 46-1 — C. BONNEUX, *La responsabilité civile pour atteinte aux éléments naturels composant l'environnement eau-air-sol*, Thèse Paris I, 2004, n° 149 s. — M. BOUTONNET, *J.-Cl. Environnement, « Contentieux civil - Responsabilité délictuelle »* Fasc. 4960 n° 41 s.

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1963, *Bull.* I n° 477 — Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 1996, *Bull.* I n° 43 — CA Remes, 6 juillet 1999, non publié.

⁷¹ Cass. civ. 3^e, 17 novembre 1971, *Bull.* III n° 566.

⁷² En ce sens : J. KARILA de VAN, « Le droit de nuire », *RTD Civ.* 1995, p. 550, principe très nettement formulé par Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1963, *Bull.* I n° 126. La règle est mise en œuvre par les juges du fond. Par exemple, la Cour d'appel de Toulouse a refusé d'imposer à une entreprise polluante d'installer un dispositif anti-pollution qui apparaissait trop onéreux en regard aux capacités financières de cette entreprise : CA Toulouse, 17 mars 1970, *JCP G* 1970 II 16334 note M. DESPAX.

⁷³ Cass. civ. 3^e, 12 février 1974, *JCP G* 1975 II 18106 note M. DESPAX, rejetant le pourvoi contre l'arrêt ayant enjoint à un agriculteur pollueur de procéder à l'installation d'une station d'épuration pour apurer les eaux usées déversées dans une rivière.

⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1989, *Bull.* I n° 158, rejetant le pourvoi contre l'arrêt ayant ordonné à la SPA de déplacer un refuge pour animaux abandonnés, causant des inconvénients anormaux au voisinage, sur d'autres terrains dont elle était propriétaire sur le territoire de la commune.

⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 juillet 2004, *Environnement* I 1104 p. 26 s. note D. GILLIG, rejetant le pourvoi contre l'arrêt ayant ordonné la suspension des activités d'une porcherie si, passé un délai d'un an à compter de la notification de l'arrêt, les exploitants de cette installation autorisée n'avaient pas mis en œuvre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les nuisances olfactives imputables à leur exploitation. Pour rendre l'injonction véritablement contraignante, les juges du fond avaient en outre assorti d'une astreinte la peine de suspension de l'activité.

⁷⁶ On peut notamment citer les critiques de P. GIRDOD, *La réparation du dommage écologique*, LGD, 1974, p. 156 s. — J.-P. HARRILLARD, *Les inconvénients du voisinage*, Thèse Paris, 1975, p. 210 — M. DESPAX, « Rapport français », in *La protection du voisinage et de l'environnement*, TAC, PPS, 1978, p. 90 — D. COHEN, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, Economica, 1987, p. 267 s. et p. 302 s.

⁷⁷ Voir *supra* n° 183.

publiques par les forces de l'ordre (en droit anglais)¹⁵⁷ ou une atteinte aux droits et libertés consacrés par la charte du 27 juin 1975 (en droit québécois)¹⁵⁸.

L'atteinte à un droit subjectif est donc bien souvent, en droit français comme en droit comparé, le moteur qui décide le juge à condamner l'auteur de l'atteinte à payer des dommages et intérêts punitifs. Le droit à l'environnement pourrait donc permettre la consécration au moins implicite de dommages et intérêts punitifs en matière environnementale. En présence d'une atteinte au droit à l'environnement d'une victime, le juge du fond pourrait décider de prononcer une telle condamnation civile lorsque la réparation en nature est trop peu coûteuse, qu'elle est impossible ou qu'elle n'est pas souhaitable, afin d'éviter que le pollueur dégage un bénéfice net de son activité polluante.

En l'absence de consécration textuelle des dommages et intérêts punitifs en droit positif actuel¹⁵⁹, ce qui interdit notamment au juge de s'affranchir du principe de la réparation intégrale lorsqu'il statue en matière de responsabilité civile, le droit à l'environnement pourrait donc permettre une consécration implicite de ce mode de sanction civile. L'effet dissuasif du droit à l'environnement viendrait ainsi se mettre au service de la conservation et de l'amélioration de l'environnement. Et le droit à l'environnement peut également jouer un effet dissuasif du même ordre sur le terrain de la publication des décisions de condamnation des pollueurs.

B) DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET PUBLICATION DES DÉCISIONS DE CONdamnATION

220. L'opinion publique a été, au cours des dernières années, sensibilisée aux questions écologiques. Cette sensibilisation est notamment l'œuvre d'associations de défense de l'environnement engagées qui font tout pour porter leurs principales actions sur la scène médiatique¹⁶⁰. Or, dans une société qui se sent toujours plus concernée par les questions environnementales, la publication d'une décision de justice condamnant une entreprise polluante a un effet dissuasif certain. Cette publication jette publiquement l'opprobre sur le comportement de cette entreprise et souligne publiquement le caractère nuisible, socialement inacceptable, de ses activités. Une telle publicité négative, qui peut contribuer à affaiblir considérablement la situation économique du pollueur, est donc très redoutée par le monde

¹⁵⁷ S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGD, 1995, n° 43 s.

¹⁵⁸ S. CARVAL, *op. cit.* n° 56 s.

¹⁵⁹ Sur cette question, il convient de souligner que les auteurs du rapport CATALA ont proposé de reconnaître au juge la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs, dans un article 1371 ainsi rédigé : « L'auteur d'une faute manifestement délictueuse, et notamment d'une faute incartable, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ». Le rapport LEPAGE comprend une proposition du même ordre (voir supra n° 63 note 93). Une telle consécration textuelle aurait l'avantage d'officialiser le recours aux dommages et intérêts punitifs, tout en encadrant prudemment le prononcé de ce type de condamnation civile, excluant ainsi les risques de dérives engendrés par le non-dit du système actuel, justement stigmatisés (G. VINEY, « Faute-I mobiliser le droit français de la réparation du dommage : rapport de synthèse », *LP4* 2001/02 p. 67).

¹⁶⁰ On pense bien sûr à la stratégie de communication agressive de l'association GREENPEACE. De la dénonciation des essais nucléaires français en 1995 à la campagne organisée contre la compagnie pétrolière SHELL pour éviter le sabotage en mer de la plate-forme pétrolière BRENT STAR ou encore à la lutte actuelle contre l'énergie nucléaire ou contre la pêche au thon en Méditerranée, l'association écologiste dépense des sommes considérables pour assurer la médiatisation de ses opérations (par exemple : 350 000 livres sterling pour l'opération BRENT STAR - source : <http://www.infogreec.com>).

industriel. De ce point de vue, la publication des décisions de justice s'apparente, au moins en matière environnementale, à une véritable mesure de sanction et non à une mesure de réparation en nature¹⁶¹, dont l'effet dissuasif, le rôle de « *prevention générale* », peut s'avérer utile pour éviter que se reproduisent de graves atteintes environnementales¹⁶².

Le juge civil dispose *a priori* toujours du droit d'ordonner la publication de sa décision, quelle que soit la règle dont il a fait application, responsabilité civile ou texte consacrant un droit subjectif. Mais si l'on excepte le contentieux de la concurrence déloyale, il est en fait rare que le juge fasse application de son pouvoir d'ordonner la publication de sa condamnation lorsqu'il n'a ni constaté l'existence d'une infraction pénale, ni relevé l'existence d'une atteinte à un droit subjectif de la victime¹⁶³. Au contraire, le juge se révèle moins timide lorsqu'un atteinte a été portée à un droit subjectif de la victime. La publication des décisions de condamnation est ainsi fréquemment ordonnée en présence d'une atteinte à la vie privée ou à l'présomption d'innocence, par exemple¹⁶⁴. L'existence d'un droit subjectif à l'environnement pourrait donc décider le juge à ordonner la publication de sa décision lorsqu'il constate qu'un atteinte à ce droit a été commise, plus facilement qu'il ne le ferait s'il statuait sur le seul fondement des articles 1382 et suivants du Code civil¹⁶⁵. Cet effet dissuasif du droit à l'environnement, au service de la protection de l'environnement, compléterait titlement le rôle de rétablissement qu'il joue indiscutablement.

¹⁶¹ Contra : G. VINEY et P. JOURDAN, *Traité de droit civil sous la direction de J. CHESTIN : Les effets de la responsabilité*, LGD, 2001, n° 33 qui classent les mesures de publicité données aux droits de la victime ou à la responsabilité de l'auteur parmi les mesures de réparation en nature. Une telle classification ne nous convainc pas, à moins lorsqu'il s'agit de dommages environnementaux, car la mesure de publication a dans ce cadre essentiellement un objet de stigmatisation du comportement de l'auteur des faits, et non pas de rétablissement de la victime dans sa situation antérieure au dommage.

¹⁶² En ce sens également : A. GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *RE* 2001 p. 159.

¹⁶³ Cass. com., 5 décembre 1989, *Bull.* IV n° 307 pour une action en responsabilité civile - Cass. civ. I^{re} 12 décembre 2000, *D.* 2001 juris. p. 2434 s. note J.-C. SAINT-PAU pour une action fondée sur l'atteinte au droit à la vie privée. Le juge civil dispose sur ce point d'une plus grande liberté que le juge pénal qui ne peut prononcer les peines complémentaires de l'affichage et de la publicité de la décision que lorsqu'un texte formel l'y autorise : Cas crim., 4 février 1986, *Bull. crim.* n° 46 - Cass. crim., 15 janvier 1991, *Bull. crim.* n° 25.

¹⁶⁴ Ainsi, en matière environnementale, la publication des décisions de justice est essentiellement ordonnée en matière de pollution marine volontaire par hydrocarbures (pour un exemple récent, on peut se reporter aux arrêts commentés par D. ROY, « Pollution en mer par rejets illicites d'hydrocarbures des navires : trois arrêts de la Cour d'appel de Rennes », *RE* 2006 p. 265 s.), c'est-à-dire lorsque l'atteinte environnementale est constitutive d'un infraction pénale.

¹⁶⁵ Pour de nombreuses références jurisprudentielles : G. VINEY et P. JOURDAN, *op. cit.* n° 33.

¹⁶⁶ Le juge devra cependant veiller à utiliser prudemment cette faculté d'ordonner la publication de sa décision dans les cas où les besoins d'une dissuasion se font véritablement sentir, tant les effets de cette mesure peuvent être dévastateurs pour les industriels.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

221. Il ressort de cette confrontation entre droit à l'environnement et effets de la responsabilité civile, en matière de réponse aux dommages environnementaux individuels, que les apports du droit subjectif sont importants.

Tout d'abord, et à titre principal, le mécanisme de protection offert par le droit subjectif permet des mesures de réparation plus efficaces que les règles de responsabilité civile. En effet, en imposant au juge d'ordonner la cessation du trouble environnemental et la remise en état, en cas d'atteinte environnementale constatée, le droit à l'environnement joue une fonction de rétablissement indiscutable. Au contraire, cette fonction n'était remplie par le droit de la responsabilité que de façon incertaine, le juge demeurant libre, dans le cadre des systèmes de responsabilité et notamment de la théorie des troubles anormaux de voisinage, d'opter soit pour la réparation pécuniaire, soit pour la réparation en nature. Et le droit à l'environnement permet en outre d'écartier la difficulté tirée du nécessaire respect des prescriptions administratives, l'autorité judiciaire disposant des pouvoirs les plus étendus pour faire cesser et réparer, en nature, toutes les atteintes aux libertés individuelles.

Le droit à l'environnement permet donc de construire un système efficace de réponse aux atteintes environnementales, obligatoire pour le juge : celui-ci doit prononcer des mesures de réparation en nature à titre principal et il ne peut allouer des dommages et intérêts qu'à titre subsidiaire, lorsque la réparation en nature est impossible, qu'elle n'est pas souhaitable ou qu'elle a laissé subsister un préjudice. Ce système cohérent et uniforme, s'il était adopté, se substituerait utilement aux réponses apportées par le droit de la responsabilité civile qui sont fluctuantes puisqu'elles dépendent du bon vouloir de chaque juge. Cet apport du droit à l'environnement, qui met sur pied un mécanisme de protection obligatoire pour le juge, et qui fait par conséquent échapper les modalités de la réparation au pouvoir discrétionnaire et donc à l'éventuel arbitraire de ce juge, est assurément considérable.

Ensuite, plus secondairement, le droit à l'environnement peut remplir une fonction dissuasive puisqu'en présence d'une atteinte à un droit subjectif, les juges se révèlent moins timides pour prononcer implicitement des dommages et intérêts punitifs ou pour ordonner la publication de leur décision qu'ils ne le sont habituellement lorsqu'ils statuent sur le seul fondement des règles de responsabilité civile.

Ainsi, alors qu'il apparaissait déjà que, au regard des conditions de la responsabilité civile, les apports du droit à l'environnement n'étaient pas négligeables, force est de constater que ces apports sont véritablement importants lorsque l'on compare le droit à l'environnement aux effets de la responsabilité civile. Mais après avoir mis en exergue ces apports de manière statique, il convient à présent de se livrer à une analyse dynamique du droit à l'environnement en étudiant comment celui-ci sera mis en œuvre dans le cadre du procès statuant sur la réparation des atteintes environnementales individuelles.

Chapitre 3

LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À L'ENVIRONNEMENT DANS LE PROCÈS STATUANT SUR LES ATTEINTES ENVIRONNEMENTALES INDIVIDUELLES

222. La règle de droit n'a pas pour vocation ultime d'être appliquée par un tribunal étatique dans le cadre d'un procès. Elle vise bien au contraire à régir les relations des sujets droit pour éviter que naissent entre eux des différends. Et même lorsqu'un conflit naît, procès n'est pas l'unique voie de résolution de ce désaccord entre individus. La vaste majorité des relations juridiques se résolvent en effet par des accords amiables non formalisés à l'issu de procédures de négociation et de conciliation discrètes et imperceptibles¹. Et même lorsque contentieux est tel qu'il doit être fait appel à un tiers pour trancher la difficulté, les parti peuvent éviter de saisir la justice étatique en investissant un arbitre du pouvoir de trancher litige. L'arbitrage, dont les vertus de célérité et de discrétion sont souvent louées, connaît air un succès croissant en matière environnementale². Ce n'est donc finalement que par exceptio qu'il sera fait appel au juge étatique pour trancher un différend privé d'ordre environnemental.

Cependant le procès, même s'il doit rester exceptionnel, n'en reste pas moins intéressa car il sert à la fois de révélateur de l'état d'une société et de guide en matière de résolution d conflits. La fréquence avec laquelle une question est portée devant les tribunaux illust l'importance que revêt cette question pour la société actuelle. Et les réponses apportées par juge à cette question permettent d'anticiper, pour le futur, les solutions qui seront retenues r présence d'un problème de même nature³. La mise en œuvre de procédures de négociation de conciliation sera ensuite possible et efficace justement parce que les parties auront p prévoir quelle serait la réponse apportée par la justice étatique et auront pu mesurer leu intérêts respectifs à l'aune de cette réponse de principe.

¹ S. BONIFASSI et S. DREYFUSS, « Judiciarisation à l'américaine et / ou pénalisation à la française : sortir l'équivoque », *Gaz. Pal.* 2002 p. 1597 s. Voir également, sur la tendance à l'émergence de modèles de règlement amiables en présence de préjudices d'une grande ampleur : A. GUEGAN-LECUYER, *Domages de masse responsabilité civile*, L.G.D.J., 2006, n° 293 s.

² T. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal.* 2003 p. 1489 s.

³ C'est bien le rôle de la jurisprudence d'être suffisamment constante pour permettre aux sujets de droit r prévoir les incidences de leurs actions. La jurisprudence est donc à l'évidence une source de droit, au moins masqué et si le contraire a été récemment soutenu avec véhémence (V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements c jurisprudence », *JCP G* 2005 I 130), cette position, qui relève d'une certaine conception politique et philosophique de l société, tout à fait respectable, n'est pas conforme à la réalité actuelle.