



HAL
open science

La réparation du dommage écologique - Rapport de synthèse du séminaire du GRERCA 2018

Benoît Grimonprez

► **To cite this version:**

Benoît Grimonprez. La réparation du dommage écologique - Rapport de synthèse du séminaire du GRERCA 2018. La responsabilité environnementale, Larcier, p. 345, 2018. hal-01872969

HAL Id: hal-01872969

<https://hal.science/hal-01872969v1>

Submitted on 12 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Rapport de synthèse du GRERCA La réparation du dommage écologique

**Benoît Grimonprez
Professeur d'Université**

Au-delà du strict aspect juridique, le sujet de la réparation du dommage écologique soulève des questions d'ordre philosophique. L'homme, après avoir détruit et abîmé l'écosystème, peut-il en restaurer les qualités ? La nature « victime » guérit-elle par les soins prodigués par son « bourreau » ? Ou bien tout mal infligé à l'environnement est-il irrémédiable ? Les réponses que l'on apporte à ces interrogations dessinent, en grande partie, la silhouette de la responsabilité environnementale.

Pour réaliser ce rapport, il a fallu franchir une haie d'obstacles. Le premier fut de discerner la notion de réparation. Le terme est bien connu des juristes de l'ensemble des pays : il désigne le fait de remettre une chose en état, ou encore de corriger ou de compenser les conséquences néfastes d'un acte. Parce qu'elle tend à rendre indemne, la réparation exprime l'essence même de la responsabilité¹. S'il se réfère au mot « réparation », le droit de l'environnement emploie aussi un vocabulaire beaucoup plus fleuri : il parle de restauration, de remise en état, de rétablissements des lieux... Il va même plus en avant, en prêtant à la responsabilité environnementale une fonction préventive, destinée à conjurer la menace imminente de dommage². Or, répare-t-on ce qui n'a pas été affecté ?

Pour brouiller encore les repères, dans certains systèmes³, la responsabilité est occultée par un autre dispositif dit de « compensation écologique ». Il s'agit, là aussi, d'un mode de restauration de la nature endommagée, mais qui est programmé en amont d'un projet d'aménagement validé par l'autorité publique. Un maître d'ouvrage, s'il ne peut éviter et réduire les atteintes à la biodiversité, doit compenser la perte qui subsiste par des mesures spécifiques (C. env. français, art. L. 110-1 et L. 163-1)⁴. A bien des égards, responsabilité et compensation se rejoignent techniquement concernant la réparation. Toutefois, il ne sera ici traité que des seuls dommages « accidentels ».

La lecture des rapports nationaux a révélé une seconde difficulté. Il s'agit de l'existence, dans chaque droit interne, de règles environnementales spéciales à tel ou tel objet écologique : les déchets, les espèces protégées, les sols pollués, connaissent leur propre régime de réparation⁵. Le fait est que le tronc de la responsabilité environnementale est souvent masqué par ce branchage réglementaire dense et anarchique.

Dans le prolongement de cette réflexion, il faut marteler que la réparation du dommage environnemental dépend toujours du fondement juridique de l'« action en responsabilité ». On verra que, dans la plupart des systèmes, un régime purement administratif surplombe tous les autres. Reste que les actions en justice de la part des particuliers, des associations et des

¹ J. Carbonnier, Droit civil, T. 4, Les obligations, PUF, 22^{ème} éd., 2000, n° 287.

² V. les rapports espagnol et français.

³ V. rapport français : Code de l'environnement, chapitre III du titre VI du livre I^{er} intitulé : « Compensation des atteintes à la biodiversité » (art. L. 163-1 et s.). Dans le même sens, v. le rapport belge.

⁴ B. Grimonprez, « La compensation écologique d'après la loi biodiversité », Droit et Patrimoine, nov. 2016, p. 22.

⁵ V. le rapport anglais qui insiste sur ce point.

collectivités publiques ne sont pas à exclure absolument. Or, peu de législations envisagent l'articulation de ces différentes procédures administratives, civiles, pénales⁶.

At last but not least, la réparation du dommage écologique est liée au type de préjudice en cause : pur ou dérivé. Le sujet est déjà au cœur de précédentes contributions et nous n'y reviendrons pas. La présente analyse ne rediscutera pas non plus la notion de préjudice réparable. Ainsi, il ne sera question que du préjudice écologique pur générateur d'une obligation de réparation (voire de prévention s'il est au stade de simple risque). Ces précisions méthodologiques données, le rapport cherchera à savoir comment, un peu partout en Europe, la réparation écologique se déroule : quelle est sa mécanique juridique ? Nous décrirons, dans un premier temps, la manière de concevoir la réparation (I), avant d'approfondir, dans un second temps, son mode opératoire concret (II).

I. *Modus vivendi* de la réparation

Globalement, il existe une convergence des différents droits nationaux quant à la façon de réparer les dommages causés à la nature. L'harmonisation découle de la transposition, dans chaque Etat membre, de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 « sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux ». Ce cadre commun de référence fournit un certain nombre de constantes en matière de réparation (A). Mais harmonisation ne signifie pas uniformisation. D'où l'observation concomitante de variables (B).

A. Constantes

Une première constante est la place centrale de l'autorité publique dans le choix du mode de réparation. En présence d'un préjudice écologique pur, les régimes nationaux sont essentiellement de nature administrative⁷. L'Etat⁸, ou une agence publique *ad hoc*⁹, décide généralement des mesures à mettre en place. A l'exception de la France, le juge n'occupe dans les systèmes qu'une place subalterne ; il peut éventuellement être saisi *a posteriori* pour contrôler l'action de l'administration ou compléter son office¹⁰.

Dans la lignée du précédent constat, il se dégage une forme assez originale de négociation des modes de réparation. A l'inverse de la responsabilité civile classique, la réparation administrative est le fruit d'une collaboration. Dans toutes les législations¹¹, l'exploitant doit informer l'autorité compétente sur la nature du dommage et soumettre à son approbation les mesures qu'il compte prendre. L'autorité peut alors demander de les compléter ou de les modifier après avoir consulté les principaux acteurs du territoire (collectivités, associations...) ¹². A l'issue du processus, les prescriptions sont ordonnées.

⁶ V. par ex. en France : C. civ., art. 1249, al. 3 : « L'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du titre VI du livre Ier du code de l'environnement ».

⁷ V. rapport belge.

⁸ V. les rapports italien et français.

⁹ « Agence départementale pour la protection de l'environnement » en Roumanie (v. Rapport roumain) ; « Agence de l'environnement » en Angleterre (v. rapport anglais).

¹⁰ V. rapport espagnol (art. 41.3 de la loi 26/2007 du 23 octobre 2007 dite *Ley de Responsabilidad Medioambiental*).

¹¹ V. les rapports italien, espagnol, belge et français.

¹² V. rapport espagnol.

Cette méthode dialectique rappelle la manière d'élaborer les mesures compensatoires exigées, en France, dans le cadre des études d'impact des projets d'aménagement (C. env. français, art. L. 163-1). L'esprit pragmatique est commun. Mais ici comme là, le pouvoir quasi-discrétionnaire de l'administration est source d'inquiétude. D'où l'intérêt de permettre aux tiers de saisir le juge pour apprécier la légalité des décisions arrêtées.

L'autre enseignement fondamental est la prévalence, dans tous les droits, de la réparation en nature¹³. C'est l'originalité majeure de la responsabilité environnementale : une réparation pécuniaire ne permet pas d'effacer l'atteinte à l'écosystème. La nature n'ayant pas de patrimoine (au sens juridique du terme), elle ne peut être recapitalisée que (bio)physiquement, par des actions concrètes.

Mais si l'argent ne fait pas le bonheur de l'environnement, il peut néanmoins y contribuer. Le système de la directive, adopté par tous les pays, lui conserve une place résiduelle¹⁴. D'abord en vertu du principe « pollueur-payeur », l'exploitant doit supporter le coût financier des travaux qui seraient directement entrepris par l'autorité gardienne de l'environnement¹⁵. Ensuite, la monnaie peut servir à chiffrer certaines actions. Par exemple, quand une équivalence parfaite ne peut pas être trouvée entre des ressources, une évaluation monétaire des pertes de biodiversité est admise pour quantifier économiquement les mesures de réparation nécessaires¹⁶.

S'agissant de la réparation en nature (ou « de la nature »¹⁷), les droits nationaux ont tous repris le cadre de référence figurant à l'annexe II de la directive qui distingue trois modalités possibles :

- la réparation primaire, qui vise au retour à l'état initial des ressources naturelles et de leurs services, ou un état qui s'en approche ;
- la réparation complémentaire, qui intervient en cas d'échec de la première pour fournir un niveau équivalent de ressources à ce qui aurait dû être fourni si le site endommagé avait été correctement rétabli ;
- enfin, la réparation compensatoire, qui corrige les pertes intermédiaires, c'est-à-dire celles constituées entre la réalisation du dommage et le moment où la restauration a produit son effet.

De ce régime, il ressort clairement que la distinction de la réparation en nature et de la réparation pécuniaire n'est pas pertinente dans notre domaine¹⁸. Un autre raisonnement l'emporte pour déterminer la mesure appropriée. Schématiquement, toutes les atteintes réversibles doivent être effacées par un retour à l'état initial du site ; tandis que les pertes indélébiles – qui existent même en présence d'une restauration – doivent être réparées par un équivalent (écologique).

En tous les cas, il est possible d'identifier des bases communes à partir desquelles sont déterminées les modalités de la réparation. Il n'empêche qu'il est illusoire de penser que tous les pays réparent, à l'identique, le préjudice écologique. Des variables existent inévitablement.

¹³ V. les rapports français, roumain, belge, italien, espagnol. V. toutefois le rapport anglais qui met son accent sur la réparation pécuniaire, mais semble-t-il pour ce qui concerne le préjudice écologique dérivé.

¹⁴ V. rapport français

¹⁵ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, art. 8. 1 et 8. 2.

¹⁶ V. infra.

¹⁷ « La réparation du préjudice écologique en pratique », APCEF, 2016, p. 26.

¹⁸ Même sens : « La réparation du préjudice écologique en pratique », préc., p. 25.

B. Variables

De loin, on pourrait croire que la variabilité des régimes est due à la manière qu'ont eu les Etats de transposer la directive européenne. Certes, l'organisation institutionnelle de chaque nation montre des différences au niveau de la gouvernance des mesures de réparation¹⁹. Mais à l'exception de cet élément, les règles rencontrées se ressemblent toutes. La raison est, d'une part, que la directive ne laissait pas beaucoup de marges de manœuvre aux Etats membres. A telle enseigne qu'une procédure d'infraction aux dispositions de la directive avait été ouverte contre l'Italie au motif qu'elle permettait des modes de réparation (en argent) non autorisés par la norme européenne²⁰. D'autre part, alors qu'ils en avaient la possibilité, les Etats n'ont pas vraiment voulu aller plus loin que le minimum prescrit par la directive.

Les variables recensées tiennent davantage à l'existence, dans la plupart des législations, de régimes concurrents à la réparation administrative.

A cet égard, la France s'illustre en Europe par un récent dispositif de responsabilité civile environnementale²¹. Celui-ci s'inspire de mécanismes imaginés en Amériques du Nord et du Sud (Mexique, Chili, Brésil). Créé par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, ce régime adapte le droit commun de la responsabilité civile à la spécificité du préjudice écologique. Les nouvelles dispositions considèrent, là aussi, que la réparation doit s'effectuer prioritairement en nature (C. civ. français, art. 1249, al. 1^{er}). Le juge peut même décider de prescrire les mesures raisonnables pour prévenir ou faire cesser le dommage (C. civ. français, art. 1252). Mais une réparation pécuniaire n'est pas totalement exclue : elle peut être prononcée par le juge à titre subsidiaire, en cas d'impossibilité de droit ou de fait, ou bien d'insuffisance des mesures physiques (C. civ. français, art. 1249, al. 2). En l'occurrence, les sommes sont versées au demandeur, ou sinon, à l'Etat. Par dérogation au principe de libre utilisation des dommages et intérêts, ceux-ci sont « affectés à la réparation de l'environnement ». La formule n'est pas vraiment magique : s'agit-il de l'environnement en général ou de celui impliqué dans la naissance de l'obligation de réparation ?

Se pose alors l'inévitable question du montant des dommages et intérêts censés représenter la valeur des altérations causées au milieu naturel²². Le rapport « économique » apporte de précieux éclairages sur les méthodes disponibles²³. Sachant que, comme la Cour de cassation française a pu l'affirmer récemment, il appartient aux juges du fond de chiffrer le préjudice « en recourant si nécessaire à une expertise »²⁴. Force est donc de s'en remettre aux experts judiciaires qui, à l'époque où ces lignes sont écrites, ne sont pas véritablement aguerris pour ce genre de mission²⁵.

Un autre phénomène de perturbation est, cette fois-ci, commun à tous les pays. Il s'agit de la prolifération des polices environnementales spéciales. Celles-ci sont relatives à l'eau, aux sols pollués, aux déchets, aux installations classées ou dangereuses pour l'environnement... Or

¹⁹ V. rapport espagnol qui signale une répartition des compétences entre l'Etat et les communautés autonomes. V. aussi, sur cet aspect, le rapport roumain.

²⁰ V. rapport italien.

²¹ V. rapport français.

²² V. rapport français.

²³ V. rapport « économique » de M. Hay.

²⁴ Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650.

²⁵ V. « La réparation du préjudice écologique en pratique », préc., p. 42 et s.

à l'évidence, dans beaucoup de systèmes, ces règles monopolisent la pratique administrative²⁶. C'est pourquoi, nonobstant le cadre de référence instauré pour la réparation du préjudice écologique, le doute subsiste sur son application effective. Au moins les critères de la directive devraient-ils servir de matrice intellectuelle pour déterminer les mesures de restauration²⁷, quel que soit au final le fondement juridique utilisé.

Les principes gouvernant les modes de réparation du dommage dessinés à grands traits, il faut bien voir que l'essentiel des difficultés a trait à la manière d'exécuter concrètement la réparation.

II. *Modus operandi* de la réparation

Dans tous les systèmes, la mise en œuvre de la réparation est le résultat d'un compromis. Son contenu dépend, à la fois, des caractères du préjudice écologique et de ses manifestations. En présence de dommages réversibles, l'exécution forcée en nature est privilégiée (A), dans la mesure où elle permet un retour au statu quo ante. Cela dit le plus souvent, les dégâts sont définitifs ou la restauration ne comble pas les pertes intermédiaires subies par les écosystèmes : la bascule se fait alors sur une exécution forcée par « équivalent écologique » (B).

A. L'exécution forcée en nature

Chaque fois que c'est possible, les mesures doivent rendre aux « biens environnementaux » leurs qualités originelles. En pratique, on parle d'ailleurs plus de remise en état que de réparation²⁸. Il peut s'agir de la dépollution d'un site ou d'une ressource (aquifère), de la régénération accélérée d'un sol ou d'une forêt, de la réintroduction d'une espèce détruite. Ce régime appelé « primaire », l'est également au sens où il sert de socle à toutes les variétés de mesures. De ce point de vue, il appelle deux séries de précisions : les unes concernent le débiteur de l'obligation, les autres le contrôle de son exécution.

1°) Débiteur de l'obligation

Conformément à la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, toutes les législations désignent l'exploitant du site affecté comme débiteur de la responsabilité environnementale ou de son coût²⁹. Par exploitant, on entend « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative » (C. env. français, art. L. 160-1). La notion de contrôle effectif semble ici riche de potentialités : elle pourrait notamment permettre de poursuivre les sociétés mères du fait de leurs filiales impécunieuses. Ce filon est parfois exploité, comme en Belgique³⁰ ou en Espagne³¹, mais avec des conditions supplémentaires (la faute ou l'abus de la personnalité morale). Quoi qu'il en soit, seul l'exploitant à l'origine du fait dommageable supporte la charge de la réparation. En atteste, la

²⁶ V. les rapports anglais et belge. L'Espagne semble faire exception, en privilégiant nettement la loi sur la responsabilité environnementale (issue de la directive) pour fonder la réparation des dommages écologiques purs (v. rapport espagnol).

²⁷ V. « Comment réparer les dommages écologiques de moindre gravité ? », par H. Gaubert, S. Hubert et F. Quétier, mai 2017.

²⁸ « Comment réparer les dommages écologiques de moindre gravité ? », préc., p. 17.

²⁹ V. notamment les rapports italien, espagnol, français, roumain.

³⁰ V. rapport belge.

³¹ V. rapport espagnol.

nécessité pour l'administration de prouver un lien de causalité entre l'activité litigieuse et le préjudice causé³².

Deux points méritent d'être relevés à propos de la personne du débiteur. Le premier vise l'exploitant délesté du coût de la réparation en raison de causes listées par la directive³³. Certaines d'entre elles étaient forcément exonératoires (le fait d'un tiers, l'ordre de l'autorité publique). D'autres l'étaient sur option des Etats. Ainsi, de ne pas faire supporter le coût des actions à l'exploitant qui n'a commis aucune faute ou négligence, et dont le risque ne pouvait être décelé en l'état des connaissances au jour du dommage. La Roumanie, la France ou encore l'Espagne se sont rangées à cette idée³⁴.

L'autre point saillant concerne l'exploitant inconnu ou disparu. A ce sujet, les droits nationaux suivent timidement les prescriptions de la directive³⁵. Certes, les tiers ou l'administration peuvent agir d'office dans ces cas (v. par ex. C. env. français, art. L. 162-16), mais souvent sans espoir de recouvrer les frais engagés. L'autorité publique n'a pas en revanche l'obligation de se substituer au responsable et de garantir l'effectivité de la réparation. Ce déficit normatif est particulièrement problématique lorsque l'exploitant professionnel est en situation de faillite, qui plus est lorsqu'il s'agit d'une personne morale en phase de liquidation. On observe, ici ou là, que c'est alors l'action pénale qui prend le relais pour punir les personnes physiques auteurs des infractions³⁶. Vengeance de la société qui, hélas, n'améliore pas le sort de la nature...

La vérité est que, dans les droits internes, d'autres types de polices environnementales élargissent le cercle des débiteurs possibles de la remise en état. Les législations sur les déchets ou les sols pollués peuvent cibler des personnes étrangères à l'activité incriminée : par exemple, l'occupant du site, le détenteur des déchets, ou le propriétaire (même innocent) du terrain³⁷. Dans un arrêt du 4 mars 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé, à propos du droit italien, que ces dispositions n'étaient pas incompatibles avec le système de la directive³⁸.

2°) *Contrôle de l'exécution de la réparation*

Généralement c'est l'autorité publique qui a arrêté les mesures de réparation qui est aussi en charge du suivi de leur mise en œuvre. Elle dispose, à cet effet, de pouvoirs de coercition importants : mise en demeure, consignation des sommes entre les mains d'un tiers, exécution aux dépens de l'exploitant, jusqu'au prononcé de sanctions pénales³⁹.

³² CJUE 9 mars 2010, n° C-379/08 : Rec. CJUE I-01919.

³³ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, art. 8. 3 et 8. 4.

³⁴ V. les rapports roumain, français et espagnol.

³⁵ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, art. 14. 1 : enjoignant aux Etats de prendre « des mesures visant à encourager le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière, y compris des mécanismes financiers couvrant les cas d'insolvabilité, afin de permettre aux exploitants d'utiliser des instruments de garantie financière pour couvrir les responsabilités qui leur incombent en vertu de la présente directive ».

³⁶ V. en ce sens le rapport italien.

³⁷ V. les rapports belge et anglais explicites à cet égard. V. en droit français, l'article L. 556-4 du Code de l'environnement.

³⁸ CJUE 4 mars 2015, Fipa Group, C-534/13 : Dr. envir. 2015. 96 ; Énergie-Env.-Infrastr. 2015, n° 53, note F.-G. Trébulle ; RJE 2015, p. 571, note Touzot.

³⁹ V. rapport français.

Deux failles apparaissent néanmoins dans les ouvrages législatifs. En premier lieu, le fait que le contrôle soit laissé à la discrétion de l'autorité compétente. Qu'advient-il si, faute de volonté (complaisance envers une activité économique essentielle) ou de moyens, elle ne prend pas les décisions nécessaires ? La directive européenne prévoit, en l'occurrence, un dispositif de recours en justice de la part des tiers intéressés⁴⁰. Difficile cependant d'affirmer que toutes les législations mettent en place un tel régime⁴¹.

En second lieu, il est à craindre que toutes les injonctions administratives restent inefficaces en présence d'un débiteur insolvable. En effet, l'obligation pour les exploitants de prendre des garanties financières est très variable d'un pays à l'autre. La Roumanie en a posé les jalons⁴², mais apparemment sans effectivité. L'Espagne contient des règles plus détaillées sur les mécanismes assurantiels et la création d'un fonds spécifique⁴³. Leur exigibilité semble toutefois encore suspendue.

Au final, même si elle est rendue nécessaire, l'exécution en nature demeure soumise à un certain nombre d'aléas. Surtout, elle n'est jamais suffisante, et doit toujours être complétée par une exécution par équivalent écologique.

B. L'exécution forcée par équivalent (écologique)

La remise en état ne pouvant effacer tout le préjudice, des mesures de réparation (complémentaire ou compensatoire) sont ordonnées par la directive. Elles consistent dans la fourniture de services écologiques équivalents à ceux détruits. Ce type de réparation est au cœur des discussions en ce qu'elle pose deux problèmes.

Le premier est de savoir mesurer et procurer la fameuse équivalence. Les écologues s'accordent à dire que les éléments naturels ne sont pas des choses fongibles, substituables les unes aux autres⁴⁴. Comment, dans ces conditions, donner une valeur à la biodiversité perdue⁴⁵ ? Des lignes directrices sont prévues par la directive à destination des Etats membres⁴⁶. On y trouve des critères d'évaluation, relativement précis, du préjudice écologique. Par exemple, en matière de contamination des sols, il convient de se baser sur les caractéristiques et les propriétés du sol, sur sa nature, sur la concentration, la dangerosité et les possibilités de dispersion des contaminants⁴⁷.

S'agissant de la méthode à employer, priorité doit être donnée à une approche « ressource-ressource » ou « service-service »⁴⁸. Celle-ci consiste à fournir des « biens » de type, de qualité et de quantité équivalents à ceux détruits. Si cette stratégie échoue, une approche par l'évaluation monétaire est préconisée : elle doit servir à dimensionner les mesures de réparation nécessaires. Ainsi, les autorités peuvent opter pour des mesures dont le coût est équivalent à la valeur monétaire estimée des ressources ou services perdus. En pratique cela dit,

⁴⁰ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, art. 13. 1.

⁴¹ V. rapport italien qui souligne les conflits pouvant naître entre les différents « gardiens » de l'environnement. V. en droit français : C. env., art. L. 165-1.

⁴² V. rapport roumain.

⁴³ V. rapport espagnol.

⁴⁴ En ce sens : F. Quétier, S. Pioch, N. Roques, « Que peut-on attendre de la restauration écologique dans la réparation du préjudice écologique ? », Env. et dév. Durable, 2014, Dossier 11.

⁴⁵ Sur cet enjeu : N. Dumax, « La réparation économique du préjudice écologique », RJE 2009/1, p. 51.

⁴⁶ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, Annexe II.

⁴⁷ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, Annexe II, 2.

⁴⁸ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, Annexe II, 1. 2. 2.

déterminer les éléments constitutifs de la valeur économique d'un actif naturel s'avère extrêmement complexe : il faut donner un prix à des biens hors du commerce juridique, et connaître les valeurs d'usage et de non-usage que les individus retirent de l'environnement⁴⁹. Mais que vaut le plaisir de se promener en automne dans une forêt et d'y observer un groupe de chevreuils⁵⁰ ?

Une seconde aporie vient de la réparation mise en œuvre *ex-situ*, c'est-à-dire sur un autre site que celui endommagé⁵¹. C'est malheureusement souvent la seule solution quand le mal est incurable, et ne peut pas être physiquement guéri (une zone humide bétonnée par exemple). Le choix du site alternatif est alors décisif. L'idée est qu'il soit géographiquement lié à l'endroit affecté⁵², mais l'exigence ne semble pas absolue. Or, plus l'on s'éloigne, plus l'équivalence risque d'être artificielle. Des dérives de ce type se rencontrent pour les mesures compensatoires *ex ante*, prévues en amont des projets d'aménagement.

Un autre enjeu est, pour l'exploitant responsable, de s'assurer la maîtrise du foncier destiné à accueillir les mesures de réparation. La première démarche est alors de négocier, par voie contractuelle, avec les occupants des lieux (propriétaires, locataires) pour qu'ils acceptent la mise en place, chez eux, des prestations écologiques⁵³. Mais les résistances sur le terrain condamnent souvent cette méthode douce. Certains droits (comme en France) vont donc plus loin en sacrifiant les prérogatives des propriétaires privés (C. env., art. L. 162-12). L'autorité administrative peut ainsi ordonner l'institution de servitudes d'utilité publique ou demander que les travaux de réparation soient déclarés d'utilité publique. Toutefois, ces procédures ne sont prévues que pour la responsabilité administrative et encore, pas dans tous les pays.

Une remarque supplémentaire est que la réparation *ex-situ* suppose une approche territoriale cohérente⁵⁴. Comme en matière de compensation écologique, les terres d'accueil des mesures réparatrices doivent être soigneusement choisies, au regard de l'écosystème local, humain comme non-humain. L'administration, ou même le juge, ne peut se contenter d'une approche exclusivement scientifique, hors-sol et déconnectée du contexte socio-économique.

En dépassant le strict cadre des droits positifs, nous vient une ultime question : le mécanisme des « sites naturels de compensation » ne pourrait-il pas, à l'avenir, servir d'instrument de la réparation environnementale ? La France, par exemple, a autorisé que des espaces naturels soient agréés par l'autorité publique afin de constituer des réservoirs de biodiversité (C. env. français, art. L. 163-3). Des « unités de compensation » (variété de titres immatériels) y sont attachées, pour être ensuite vendues à des maîtres d'ouvrage dans le but d'éteindre leurs obligations de compensation écologique (C. env. français, art. L. 163-1, II). Bien que le dispositif fasse l'objet de vifs débats, il s'agit d'une autre manière de faire payer les pollueurs, en créant par anticipation un stock substantiel de biodiversité destiné à contrebalancer son irrésistible érosion. Le paradoxe, auquel il faut prendre garde, est qu'une réparation trop efficace du préjudice écologique peut entraîner une forme de déresponsabilisation des acteurs. Au risque de verser dans le principe « payeur-pollueur »...

⁴⁹ V. rapport « économique » de M. Hay.

⁵⁰ Valeur pouvant varier si l'on est chasseur ou simple cueilleur.

⁵¹ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, Annexe II, 1. 1. 3.

⁵² Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, Annexe II, 1. 3. 1.

⁵³ V. en France, C. env., art. L. 162-5.

⁵⁴ B. Grimonprez, « Ethique de la compensation : réparer le vivant », RJE 2017/4, p. 200.

En guise d'ouverture, il est important de souligner que la réparation du dommage écologique se heurte à plusieurs réalités, que le droit ne saurait ignorer. La première réalité est scientifique : il s'agit de la faible maîtrise des processus naturels, en sorte que l'aléa toujours et l'impuissance parfois caractérisent les actions menées. La seconde réalité est sociale. Par là, on veut signifier que la plupart des mesures réparatrices doit faire l'objet d'un dialogue entre toutes les parties prenantes (exploitant, Etat, collectivités, associations, propriétaires, entreprises, tribunaux). La responsabilité ne peut ici s'épanouir que dans le champ du contrat. Dit autrement, la réparation écologique est tributaire d'une contractualisation multilatérale d'un genre complètement nouveau.