

Préface

C'est avec grand plaisir que j'ai accepté de préfacier cette étude d'Olivier Fuchs consacrée à la difficile question du dommage écologique. Les lecteurs peuvent avoir confiance : conseiller auprès des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, l'auteur est docteur en droit et lauréat du prix de thèse – ce qui est une distinction exceptionnelle.

Cet opuscule, qui traite de la notion de dommage et de l'essor de la responsabilité des pollueurs, constitue la base essentielle du savoir pour toute personne qui s'intéresse à l'évolution du droit de l'environnement. Le dommage écologique est l'un des thèmes clé de ce droit ; en répondant à la question : « En quoi un dommage lèse-t-il les intérêts particuliers d'une personne publique ou privée, ou d'un groupe ? », l'auteur distingue ici à juste titre la notion de préjudice, qui a un aspect subjectif, et la notion de dommage, beaucoup plus vaste et objective, qui se mesure indépendamment de sa répercussion directe sur les personnes.

Même analysé de façon objective, ce sujet est très délicat : c'est en effet autour du thème du dommage que le droit de l'environnement s'est développé à partir des années 1970, et ce uniquement sur l'intervention du juge, qu'il soit national ou international.

Cette évolution est associée à un arrêt de la Cour de justice du 30 novembre 1976 dans l'affaire des mines de potasse d'Alsace – arrêt qui a affirmé que la victime d'une pollution pouvait assigner à son gré devant le tribunal de l'auteur du dommage ou devant le sien, permettant ainsi, dans chaque cas, aux associations et aux victimes ou aux collectivités publiques de choisir le terrain le plus favorable. Grâce à cette avancée judiciaire, dont la nature première est de traverser les frontières, a pu se poser le problème de la prise en considération du dommage écologique dans un cadre transfrontalier.

Qu'il s'agisse de dommages causés à l'atmosphère (dans des affaires d'essais nucléaires, par exemple) pour lesquels est intervenue la Cour internationale de justice, de dommages causés à la mer (dans l'affaire des boues rouges de la Montedison qui a impliqué le département de la Corse, la ville de Bastia et la prud'homie des pêcheurs en 1974 et en 1985) ou de dommages causés aux fleuves internationaux ou à la qualité des eaux (dans l'affaire de la pollution du Rhin opposant les collectivités du nord de la Hollande et les mines de potasse d'Alsace, un contentieux qui n'est toujours pas réglé à ce jour) – le juge saisi s'est trouvé confronté à trois sortes de difficultés déclinables selon trois thèmes : celui de la preuve et de l'existence du dommage, celui de la responsabilité du dommage (la responsabilité est-elle collective, individuelle ou plurielle ? jusqu'où remonte-t-elle ?) et, surtout, celui de la réparation.

Ces thèmes se sont trouvés réunis pour la première fois dans l'affaire de la Montedison dans laquelle le tribunal de grande instance de Bastia a reconnu comme justifiant réparation le dommage moral des collectivités publiques pour atteinte à leur image et le dommage économique des marins pêcheurs pour privation des ressources liées à la pêche par pollution de la haute mer, sur la base d'un calcul des espèces atteintes du fait de la pollution intense créée par le déversement de 3 000 tonnes par jour d'acide sulfurique et de nombreux métaux lourds (au milieu de la zone de pêche de Bastia dite « zone du haut-fond des veuves », aussi dangereuse qu'attractive). En 1985, le tribunal de grande instance de Bastia a reconnu le dommage causé à la pêche et aux intérêts publics du département de la Corse.

Olivier Fuchs montre ici comment et pourquoi est apparue la prise en considération du dommage écologique par le juge civil, puis par le juge pénal, dans l'affaire de l'Erika, et enfin par le juge administratif (plus lent à réagir que ses confrères de l'ordre judiciaire).

On peut aussi aborder le dommage écologique non par le biais du droit à la réparation, c'est-à-dire de la responsabilité, mais par celui du droit

préventif des polices administratives, par exemple dans le cadre d'expertises liées à l'obligation d'engager une étude d'impact avant la réalisation d'un projet ou d'effectuer des calculs si l'on veut faire réaliser un défrichement qui risque de porter atteinte à l'équilibre biologique d'une région. Dans ce cadre, le juge administratif français a défini clairement une méthode d'exigence scientifique afin d'évaluer les effets potentiels d'un projet comme les remèdes à apporter. Un arrêt du Conseil d'État a par exemple exigé qu'en cas d'ouverture de carrières dans le lit des rivières, le pétitionnaire soit obligé d'effectuer des études sur le terrain et non de procéder à des études documentaires. Un autre arrêt du Conseil d'État a exigé que les documents scientifiques et techniques d'un dossier soient suffisamment récents, sans remonter à plus de deux ans.

Enfin, l'évolution du droit de la biodiversité, qui tient une grande place dans les lois Borloo et dans les études brillamment conduites par Bernard Chevassus-au-Louis (évaluation précise du prix de la nature et, « par anticipation » si l'on ose dire, du dommage écologique), va changer la problématique. Car c'est là une perspective révolutionnaire. Il ne s'agit plus dès lors d'opposer économie et écologie mais de trouver un cadre harmonieux et de construire ce que certains appellent une « éco-écologie ». En clair, il s'agit d'attribuer un prix à la nature ou, du moins, d'évaluer de manière chiffrée les services qu'elle rend. Le rapport Chevassus-au-Louis aboutit concrètement à créer une unité dite de « biodiversité » qui se quantifie selon les milieux et en fonction de la surface qu'ils occupent (un hectare de forêt, par exemple, vaut en services rendus par la nature entre 800 et 1 000 euros l'hectare, tandis que dans certains milieux beaucoup plus fragiles, comme les barrières ou les récifs de corail, il vaut de 5 000 à 10 000 euros l'hectare).

Cette méthode de calcul, et c'est bien notre propos, a été entérinée en 2010 par l'arrêt de la cour d'appel de Paris dans l'affaire de l'Erika où le dommage causé au territoire concédé aux collectivités locales de Loire-Atlantique a été évalué à 0,10 centime d'euro le m² d'estran pollué. La

théorie est ainsi consacrée par la pratique judiciaire, et cette décision fera jurisprudence.

Faut-il pour autant considérer que l'on emprunte ainsi une voie dangereuse ? Je ne le pense pas. Si l'on observe l'histoire du droit de l'environnement sur les trente dernières années, l'œuvre accomplie par le législateur et par la jurisprudence a écarté le droit de détruire au profit du droit à créer de la richesse. Vu sous un certain angle, le droit de l'environnement, tel qu'il avait été conçu à l'origine, justifiait des atteintes perpétuelles audit environnement. Car l'autorisation de créer une décharge ou d'exploiter une installation pouvait apparaître comme une autorisation à polluer le milieu naturel : tout en réglementant les rejets dans l'air, dans l'eau, etc., elle les autorisait *de facto*.

Un autre élément de réponse réside dans le fait que dans nos sociétés dominées par les questions financières et monétaires, ce qui n'a pas de prix est totalement négligé. Pourquoi considérer alors que la destruction devrait être gratuite ? Le droit positif, et en particulier la loi Grenelle dans ses nouveaux articles L. 371-2 et 371-3 du Code de l'environnement, impose une réflexion sur la nature et sur le contenu de l'obligation de compenser les dommages, dès lors que la « trame verte et bleue » se verrait irrémédiablement atteinte.

Sans doute la compensation vient-elle après l'obligation faite par la loi d'éviter ou de tenter de réduire les impacts de décisions compromettant la biodiversité ; mais la loi n'élimine pas, au contraire, les réflexions futures sur la création de droits de compensation fondés sur l'évaluation d'unités de biodiversité dont la jurisprudence a consacré la pertinence.

On voit la portée du sujet traité ici par Olivier Fuchs : il concerne non seulement le passé, mais l'avenir. Ceux qui, encore opposés au droit de l'environnement, n'auraient pas compris que ce droit pouvait tracer la voie de l'avenir sans pour autant freiner le progrès, devraient faire la constatation suivante : le mouvement, né il y a trente ans, qui oblige le droit à prendre en considération le dommage écologique, est non seulement

inélucltable mais nécessaire pour imaginer ce que pourrait être son avenir – c'est-à-dire un droit de bonne gestion de notre maison commune, même s'il rencontre, et la seconde partie de cet opusculc le montre, des difficultés d'ordre technique qui sont parfaitement cernées par l'auteur.

Christian HUGLO
Avocat à la Cour, docteur en droit,
codirecteur du *Jurisclasscscr Environnement*