

CHAIRE UNESCO DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA DEMOCRATIE



Université d'Abomey-Calavi
Faculté de Droit et de Sciences
Politiques
01 BP 6025 Cotonou
BENIN
Tél/Fax (229) 21 07 33 77
E-mail : chaire.unesco@uac.bj



PROJET DE RECHERCHE INTERUNIVERSITAIRE

**LA REPARATION DU DOMMAGE ECOLOGIQUE DANS L'ESPACE
FRANCOPHONE : CAS DU BENIN, DE LA ROUMANIE, DU SENEGAL
ET DU TOGO.**

ACTES DU COLLOQUE INTERNATIONAL

“ECOLOGIE, SYSTEMES JURIDIQUES ET SOCIETES”

UNIVERSITES PARTENAIRES

Université d'Abomey-Calavi (UAC, BÉNIN)
Université Babès Bolyai (UBB, ROUMANIE)
Université Gaston Berger (UGB, SÉNÉGAL)
Université de Lomé (UL, TOGO)

*Financement : Bureau Afrique de l'ouest de l'Agence Universitaire de la
Francophonie (AUF)*

© Chaire UNESCO, Colloque du 5 août 2014

LES FONDEMENTS DE LA REPARATION DU DOMMAGE ECOLOGIQUE

Oswald Kpengla-S*

L'interrogation sur « les fondements de la réparation des dommages écologiques » consiste à rechercher sur quelles règles positives, et par conséquent sur quelle base (la faute, le risque ou la garantie) se fonder pour demander et obtenir une réparation pour dommage écologique.

En latin, « fundamentum » est l'assise solide d'un édifice. Le fondement est un socle, il sert de base solide pour soutenir une construction. Au sens figuré, le fondement est ce sur quoi repose une connaissance ou une pratique¹. Fonder, c'est trouver le point d'où partir pour que ce que l'on construit ne puisse être ébranlé ou remis en question. Le fondement est d'une grande importance lorsqu'on se propose de construire l'édifice de la connaissance. Le fondement est ce qui justifie une opinion, ce qui détermine l'assentiment légitime de l'esprit à une affirmation². Selon le Larousse, c'est la base, l'élément essentiel sur lequel s'appuie tout le reste ; ce sont les principes sur lesquels se fonde un système³.

La notion de réparation est intuitivement facile à cerner. Il nous vient généralement à l'esprit qu'il s'agit d'un dédommagement obtenu par des personnes, à la suite de la violation de leurs droits. La Cour interaméricaine propose la définition qui suit : « Les réparations consistent en des mesures qui visent à supprimer, modérer ou compenser les effets des violations commises. Leur nature et leur montant dépendent des caractéristiques de la violation et du dommage causé tant au niveau matériel qu'immatériel »⁴. « Le droit à réparation est un droit générique qui couvre différentes formes

* Docteur en droit privé de l'Université d'Abomey-Calavi, Enseignant-chercheur à l'Université de Parakou (Bénin).

¹ <http://lycee-roland-garros.ac-reunion.fr/spip/IMG/pdf/FONDEMENT.pdf>, p.1

² <http://lycee-roland-garros.ac-reunion.fr/spip/IMG/pdf/FONDEMENT.pdf>, p.1.

³ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fondement/34487>

⁴ Arrêts La Cantuta § 202; Vargas Areco c. Paraguay, Série C n° 155, 26 septembre 2006, § 142.

de restitutio in integrum, indemnisation, satisfaction et garanties de non-renouvellement des violations »⁵.

« Les réparations n’effacent pas le préjudice causé aux victimes - directes ou indirectes - : elles continuent d’être victimes avant et après les réparations – c’est pourquoi il est important d’adopter des mesures en vue de la réhabilitation [...] Les victimes directes ont souffert un dommage irréparable... Les victimes indirectes ont souffert une perte irréparable [...] Rendre justice contribue au moins à restructurer, redonner espoir et repenser les relations humaines [...] Il n’existe pas stricto sensu de réparation véritable ou entière possible, au sens littéral du terme (du latin reparatio, dérivé de reparare « rétablir, renouveler ») ce qui révèle les limites du droit [...] Les réparations, au lieu de véritablement réparer les souffrances des parents survivants, les soulage plutôt, les réhabilitent dans la vie – et pour cette raison les réparations se révèlent absolument nécessaires »⁶.

Pour obtenir réparation, il convient d’administrer la preuve d’un fait ayant provoqué ou participé à la réalisation d’un dommage, et proposer un mode de réparation. En droit interne des pays d’étude, il incombe à la partie qui se prétend victime d’un préjudice d’en démontrer l’étendue et partant, de justifier le montant des dommages et intérêts qu’elle demande à obtenir. Il s’agit de la stricte application d’une règle définie à l’article 1315 du Code civil, selon laquelle, qui réclame l’exécution d’une obligation doit la prouver et, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation. S’agissant, en matière de responsabilité civile, de questions purement factuelles, la preuve est libre et peut donc se faire par tout moyen, sachant que rien n’interdit à l’auteur de la faute, défendeur à l’instance, de prouver, également par tout moyen, que le préjudice subi par la victime n’est pas aussi important que celle-ci le prétend.

Les juridictions employant indifféremment les termes de dommage et de préjudice, il est nécessaire de distinguer préalablement ces deux notions. Les dommages relèvent de l’ordre des faits tandis que les préjudices relèvent de l’ordre du droit et expriment l’atteinte aux droits subjectifs. Ils

⁵ Arrêts Aloeboetoe (réparation), § 43 ; Garrido & Baigorria c. Argentine (réparation) Série C n° 26, n° 39, 27 août 1998, § 41 ; Loayza Tamayo c. Pérou (réparation), Série C n° 42, 27 novembre 1998, § 85 ; Castillo Páez c. Pérou (réparation), Série C n° 43, 27 novembre 1998, § 48 ; Suárez Rosero c. Equateur (réparation), Série C n° 44, 20 janvier 1999, § 41 ; Blake (réparation), § 31.

⁶ Pr C. TRINDADE, arrêt Villagrán Morales (réparation), §§ 38, 43.

désignent les conséquences de la lésion des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux protégés par la loi et qui résulte du dommage. Dans le cadre de ce travail, nous ne tiendrons pas compte de cette distinction.

Ecologique, est un adjectif dérivé du nom de la science créée par le biologiste allemand Ernst Haeckel, en 1866, qui proposa ce terme à partir du grec oikos - demeure, et logos - la parole ou le discours, afin de désigner la science étudiant les rapports entre les organismes et le milieu où ils vivent⁷. La première société d'écologie, fondée à Londres en 1913, composée d'une cinquantaine de naturalistes britanniques, publia le premier numéro d'un bulletin d'écologie, le *Journal of Ecology*⁸. L'écologie précise, en ce début de siècle, son objet et le concept central d'écosystème grâce notamment à Arthur TANSLEY en 1935.

Le terme écologie a depuis quelques décennies, connu une ample vulgarisation, s'étendant, au-delà de l'écologie animale et biologique étudiée par quelques spécialistes, à l'ensemble des relations des éléments de l'environnement entre eux puis aux relations de l'homme avec son environnement. L'écologie couvre, désormais, dans le langage commun, l'ensemble des questions relatives au maintien des équilibres biologiques, à la protection de la faune, de la flore et à la conservation de la nature en général, jusqu'à la survie du milieu naturel, même artificiel⁹.

Le dommage écologique est donc celui qui résulte d'une atteinte aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ainsi qu'aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement et en excluant explicitement les préjudices individuels et certains préjudices collectifs qui sont réparés selon les modalités du droit commun. Le rapport du Professeur Jégouzo¹⁰, définit le préjudice écologique comme étant celui qui « résulte d'une atteinte anormale aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ainsi qu'aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ».

La question de la réparation du préjudice écologique¹¹ est à la fois

⁷ M. LAMOTTE, C.F. SACCHI et P. BLANDIN, *Ecologie*, Encyclopaedia Universalis, pp.861-875, Paris, 1989; Certains historiens des sciences voient la naissance de l'écologie dans la notion d'"économie de la nature" proposée par Linné au XVIIIème siècle, voir J.P. DELEAGE, *Histoire de l'écologie, Une science de l'homme et de la nature*, pp.7-8, La Découverte, Paris, 1992, 330p.

⁸ J.P. DELEAGE, *Idem*, pp.8-9.

⁹ F. RAMADE, *Eléments d'écologie appliquée*, McGraw Hill, Paris, 3è Ed., 1982, p. 310.

¹⁰ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf

¹¹ Le Tribunal de grande instance de Narbonne par un jugement du 4 octobre 2007 (réparation obtenue par le parc naturel de la Narbonnaise pour la pollution de l'étang de Bages-Sigean)

récente, de portée considérable mais aussi lourde d'incertitudes. Si l'on se réfère à une première définition approximative du préjudice écologique, c'est-à-dire si on entend par là le préjudice causé à l'environnement indépendamment de celui que subit l'homme sur le plan corporel ou patrimonial, les juristes s'interrogent encore parfois sur sa pertinence. Très longtemps, la réponse qu'ils ont donnée à cette question a été sans ambiguïté. Le droit en général - le droit de l'environnement en particulier - a depuis son origine été fondé sur une conception anthropocentrique. L'animal, le végétal, la chose n'ont pas de droits par eux-mêmes. Ils n'en acquièrent qu'à partir du moment où ils entrent dans le patrimoine de personnes physiques ou morales. En termes de responsabilité, il en découle un principe classique selon lequel, seul le préjudice personnel, c'est-à-dire touchant des sujets de droit, est réparable. Or, cette conception étroite est depuis plusieurs années remise en cause sous la pression sociale, pression qui résulte de la multiplication et de l'aggravation des atteintes à l'environnement, dans les faits. Les plus emblématiques résultent des marées noires successives qu'ont connues différents pays du monde.

Ainsi, par les enjeux environnementaux, économiques et sociaux qu'elle soulève, la question de la réparation du préjudice écologique est probablement la plus importante du droit contemporain de la responsabilité civile. Comme l'a écrit Hans Jonas, dans son ouvrage « principe responsabilité », il faut empêcher « le pouvoir de l'homme de devenir une malédiction pour lui »¹². Les nuisances environnementales étant planétaires avec des conséquences graves et sur le long terme, agir dans le sens de la réparation des dommages écologiques devient un impératif. L'Afrique, par sa vulnérabilité, ne saurait donc restée en marge à cette vogue qui secoue et embrase le droit de la responsabilité civile. C'est pour cela, qu'étudier « les fondements de la réparation du dommage écologique » dans les pays francophones les moins avancés que sont le Bénin, le Sénégal, le Togo et la Roumanie, est d'une utilité pratique.

L'article 1382 du Code civil dispose que « tout fait quelconque de

comme le Tribunal de grande instance de Paris par un jugement du 16 janvier 2008 (Erika) ou le Tribunal de grande instance de Tours par un jugement du 24 juillet 2008 ont reconnu la possibilité de demander réparation du préjudice écologique pur, c'est-à-dire celui « causé directement à l'environnement », après la recevabilité de l'action civile des associations et indépendamment des préjudices économiques éventuels.

¹² J. Hans. *Le Principe responsabilité*, Une éthique pour la civilisation technologique, 1979; coll: « Champs », France, Flammarion, 1995, p. 13.

l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». L'exigence de la preuve de la commission d'une faute à la charge de celui qui a causé le dommage est problématique. Les dommages écologiques présentent en outre un problème spécifique du fait qu'il n'est pas toujours aisé de désigner une victime individualisable et qu'en cas d'identification réussie, l'assainissement de l'environnement dépendra de la volonté de cette victime d'obtenir réparation du dommage subi.

Dans cette complexité conceptuelle, où l'état du doute et de l'incertitude se resserre un peu plus chaque fois, la réparation des dommages écologiques devient presque un cauchemar, surtout quand il s'agit de l'établissement de la causalité. Le célèbre aphorisme d'Esmein¹³, selon laquelle la causalité serait essentiellement une « affaire de sentiment » est des plus adaptés à la question de la réparation du préjudice écologique. La nature du préjudice implique, en effet, un choix entre les règles juridiques sur lesquelles il faut fonder la réparation (I), et les mécanismes à mettre en œuvre pour la détermination du lien causal (II).

I- L'existence du fait générateur d'un préjudice complexe

Pour obtenir réparation, le fait générateur du dommage doit être clairement prévu dans une règle de droit ou sur des principes connus ; autrement dit, la demande doit être soutenue par la violation d'une règle juridique. Au cœur du droit de la responsabilité se trouve la notion de dommage. Le dommage suppose un fait générateur encadré par le droit. La recherche du fondement de la réparation du dommage, consiste à analyser lequel, de la faute, du risque, de la garantie ou désormais de la précaution, il faut se baser pour obtenir réparation (A). Mais encore faut-il connaître les règles protégeant l'écologie et donnant droit à réparation (B).

A. Une réparation fondée sur des règles éparses et imprécises

Le socle juridique de l'obligation la réparation des préjudices écologiques causés réside dans la législation internationale de l'environnement (1) ainsi que dans le droit interne (2) des pays qui font l'objet de cette étude.

¹³ Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, D. 1964, chron. 205.

1- La réparation fondée sur la législation internationale ou communautaire

La responsabilité civile des opérateurs peut être engagée au titre du droit interne (a) ou des règles pertinentes du droit international indépendamment de la licéité de l'activité en cause si celle-ci entraîne des dommages pour l'environnement (b).

a) Les fondements internationaux¹⁴ de la réparation du préjudice écologique

La violation d'une obligation de protection de l'environnement, lorsqu'elle est établie en droit international engage la responsabilité internationale de l'Etat pour fait illicite. En effet, en droit international, la convention de Lugano du 26 juin 1993¹⁵ est le texte de référence posant l'obligation de réparation du dommage écologique. Elle formule en des termes très clairs l'obligation de réparer. Son article 1^{er} énonce que : « La présente Convention vise à assurer une réparation adéquate des dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement et prévoit également des moyens de prévention et de remise en état. »

Cette convention innovatrice en matière de réparation de dommage écologique au plan international, tire sa substance du principe 13 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, aux termes duquel « les Etats doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité pour les dommages causés par la pollution et autres dommages à l'environnement et pour l'indemnisation des victimes ; ils doivent également coopérer avec diligence et de manière plus résolue en vue d'élaborer de nouvelles mesures de droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en ce qui concerne les effets nocifs de dommages causés à l'environnement par des activités relevant de leur compétence ou de leur pouvoir dans des régions situées au-delà des limites de leur juridiction ».

En analysant certains instruments internationaux¹⁶ et certains

¹⁴ http://www.oecd-neo.org/law/nlbfir/documents/203_233_Accordsbilaterauxetmultilateraux.pdf

¹⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=FRE&CM=3&NT=150>

¹⁶ Citons en exemple :

- la Convention sur la protection du patrimoine mondial naturel, la Déclaration de Biscaye sur le droit à l'environnement adopté par le Séminaire international tenu à Bilbao (Espagne) du 10 au 13 février 1999 sous l'égide de l'UNESCO et du Haut Commissariat des Nations

principes généraux du droit international, ainsi que la doctrine et la jurisprudence, il peut être identifié certaines règles à vocation générale ou spécifique qui protègent l'environnement. Les différents pays servant de socle à cette étude, sont parties à ces traités et conventions.

Les victimes des préjudices écologiques ont donc, si la causalité est établie, la faculté de solliciter réparation des préjudices subis en cas de défaillance de l'Etat face à ses obligations de respecter, de protéger et de réaliser que lui impose le droit international.

Si les particuliers ont la possibilité de réclamer réparation des préjudices subis contre leur propre Etat qui, du reste, est un Etat souverain, il semble logique que ces mêmes individus aient le droit de solliciter devant les juridictions internationales la réparation des dommages contre les préjudices découlant des faits illicites des autres Etats souverains.

Unies aux Droits de l'Homme, le Protocole II, les articles 35 alinéa 3 et 55, aux conventions de Genève de 1977, la Convention ENMOD ;

- la convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques - Nations-Unies, 1992 ;

- la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination adoptée par la Conférence des plénipotentiaires de 22 mars 1989 - Entrée en vigueur le 5 mai 1992;

- la convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau - Unesco, février 1971 ;

- la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants - 22 mai 2001 ;

- la convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone - 22 mars 1985 ;

- la convention des Nations-Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique - Octobre 1994 ;

- la convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage - Bonn, 23 juin 1979;

- la convention sur la diversité biologique - Juin 1992 ;

- la convention sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international - PNUE, FAO, septembre 1998 ;

- la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction - Signée à Washington D.C. le 3 mars 1973, amendée à Bonn le 22 juin 1979 ;

- le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques ;

- le protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone - Programme des Nations-Unies pour l'Environnement (PNUE), Beijing, 1999.

b) Les fondements communautaires de la réparation
du préjudice écologique

Dans le champ de notre recherche, deux dispositions communautaires fondent la nécessité de réparer le dommage environnemental. Il s'agit du droit communautaire de l'Union Européenne dont fait partie la Roumanie, et le droit communautaire¹⁷ d'essence africaine.¹⁸

La plus ancienne, au plan communautaire¹⁹, mais malheureusement la plus vague, est la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981²⁰ qui en son article 24 dispose : « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ». Si cette prise de position est bien formelle, il n'en demeure pas moins qu'elle soit floue et imprécise²¹.

Dans une vision plus englobante, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juillet 2003²², fait une avancée intéressante, qui peut être étendue à tous les citoyens, sur la base du principe d'égalité. A titre indicatif, on peut noter qu'elle précise clairement en ses articles 16 et 17 la protection de l'environnement, ouvrant par ricochet le droit de demander réparation en cas de violation.

Vient après, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance²³ du 30 janvier 2007. Aussi vague que la première, elle dispose son article 42 que « les États parties mettent en œuvre des politiques et stratégies de protection de l'environnement en vue du développement durable au profit des générations présentes et futures. A cet égard, les États parties sont encouragés à adhérer aux traités et autres instruments juridiques

¹⁷ http://www.gouv.bj/sites/default/files/Traite-revise_CEDEAO.pdf

¹⁸ Le droit communautaire de l'Union Africaine, celui de la CEDEAO, de l'UEMOA...

¹⁹ http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/lpo16.pdf p.2

- M.G.AHANHANZO, «La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Organisation de l'Unité Africaine)». Droit et libertés à la fin du XXe siècle. Influence des données économiques et technologiques – Etudes offertes à C.-A. Colliard. Paris. Pedone, 1984 pp. 511-537.

²⁰ <http://www.afrimap.org/english/images/treaty/file423993be06203.pdf>

²¹ <http://www.memoireonline.com/10/10/4025/Les-droits-fondamentaux-et-le-droit--l'environnement-en-Afrique.html>

²² <http://wgda.int/en/sites/default/files/Protocol%20to%20the%20African%20Charter%20on%20Human%20and%20People%27s%20Rights%20on%20the%20Rights%20of%20Women%20in%20Africa%20-%20French.pdf>

²³ http://www.ipu.org/idd-f/afr_charter.pdf

internationaux. »

La Charte africaine de la jeunesse²⁴ du 2 juillet 2006 est allée dans le même sens. Elle pose en son article 19 les bases « du développement durable et de la protection de l'environnement ».

On peut citer aussi, la Convention de Bamako portant sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle et la gestion de leurs mouvements transfrontières en Afrique.

Le traité du 10 janvier 1994 créant l'UEMOA connaît les éléments de protection de l'environnement à travers l'insertion du protocole additionnel numéro 2 qui fait partie intégrante du traité. Dans l'ensemble, la coopération régionale et sous régionale en ce qui concerne la protection de l'environnement est assez dynamique en Afrique.

Pour ce qui concerne la Roumanie, en tant que membre de l'Union Européenne, toutes les dispositions communautaires européennes lui sont applicables.

Tout comme au plan international, ces nombreuses règles ne posent qu'indirectement le principe de la réparation. Ce qui révèle que le souci de législateur n'était pas la nécessité de réparation.

2- La réparation fondée sur les règles supra ou infra législatives

Presque sous injonction, de la communauté internationale, les différents Etats ont intégré à leur loi fondamentale des normes de protection de l'environnement (a) et essayé d'élaborer des lois d'appoint dans le domaine (b).

a) Les fondements supra-législatifs de la réparation du préjudice écologique : *la Constitution*

Lorsqu'on veut rendre un droit « sacré », on l'insère dans la Constitution qui est le texte de base de l'organisation de l'Etat. Le fait pour la majorité des pays africains d'avoir logé la protection de l'environnement à une enseigne prestigieuse telle que la constitution n'est pas un hasard. C'est que dans la hiérarchie des normes juridiques, la constitution figure au sommet comme étant la norme suprême. Ceci a pour conséquence que toute norme inférieure à la constitution et qui viole le droit à l'environnement

²⁴ <http://africa-youth.org/sites/default/files/African%20Youth%20Charter%20%28French%29.pdf>

devrait être invalidée. Et le juge administratif ou judiciaire devrait être en mesure d'en sanctionner la violation de ce droit.

Qu'il s'agisse du Bénin, du Sénégal, de la Roumanie ou du Togo, tous ont, à des moments divers, intégré dans leur Constitution la protection de l'environnement en des termes plus ou moins lapidaires.

Au Bénin, la Constitution 1990, dans son titre, "Droits et devoirs de la personne humaine", et précisément à l'article 27 dispose : « Toute personne a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et le devoir de le défendre. L'Etat veille à la protection de l'environnement.

Au Togo²⁵, c'est l'article 41, de la Constitution de 1992, qui est le siège de la disposition relative à l'environnement. Elle dispose à cet effet que « Toute personne a droit à un environnement sain. L'Etat veille à la protection de l'environnement. »

Au Sénégal, la Constitution de 2001, dispose à l'article 8 de son titre relatif aux "Libertés publiques et de la personne humaine. Droits économiques et sociaux et droits collectifs", que « La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs. Les libertés et droits sont notamment ... le droit à un environnement sain ... Ces libertés et ces droits s'exercent dans les conditions prévues par la loi. »

Cette lente mais certaine constitutionnalisation de l'environnement, a eu des répercussions au niveau infra-législatif.

b- Les fondements infra-législatifs de la réparation du préjudice écologique

D'entrée, il importe de rappeler que les règles internationales, fondements juridiques de la réparation des dommages écologiques, fondent par ricochet la réparation des mêmes dommages en droit interne.

Les normes régissant l'environnement au plan interne sont nombreuses, mais ne posent pas directement les principes de la réparation. Presque tous les pays se sont dotés d'un code de l'environnement, c'est le cas du Togo et du Sénégal, d'une charte ou d'une loi-cadre, c'est le cas du Bénin.

Le Sénégal s'y est pris un peu plus tôt. En effet, les textes qui s'appliquent à la protection de l'environnement sont assez nombreux²⁶ :

²⁵

http://genre.francophonie.org/IMG/pdf/togo_Constitution_de_la_Republique_du_Togo.pdf

²⁶ - Le Code forestier : la loi n° 65-23 du 9 février 1965 et son décret d'application du 10 février 1965. C'est en 1981 qu'un Plan Directeur de Développement forestier a été mis en place.

- Le Code de l'environnement (loi n° 83-05 du 28 janvier 1983) : il s'agit du premier code de l'environnement du Sénégal et il a été élaboré en 1983 sur la base des priorités suivantes : les installations classées, la pollution des eaux, la pollution sonore et la pollution de l'air et les odeurs incommodantes.

- Le Code de la Chasse et de la protection de la faune : ce texte a été institué par la loi n° 86-04 du 24 janvier 1986 et le décret n° 86-844 du 14 juillet 1986. Il se substitue aux dispositions de la loi n° 67-28 du 23 mai 1968 portant Code de la chasse et la protection de la faune. Son adoption s'est justifiée en raison de l'accélération du braconnage et de la destruction de la forêt et de la savane. C'est ainsi qu'il y a l'introduction de nouveaux éléments : une aggravation des peines qui ont été multipliées par dix ; l'application rigoureuse des peines, quand l'acte est commis dans un espace protégé ; la redéfinition des pouvoirs des agents des Eaux et forêts, en introduisant la possibilité de retirer le permis de chasse dans certains cas ; l'incorporation des textes sur l'usage des armes par les agents des Eaux et forêts ; la responsabilisation des guides de chasse ; l'organisation des chasseurs. De tous ces nombreux textes, seul ces trois posent le principe de la nécessité de réparer le dommage écologique sans en indiquer implicitement le mécanisme.

Au Bénin, de *lege lata*, la loi-cadre²⁷ sur l'environnement en République du Bénin, constitue, en dehors de certains textes et lois spéciales sectorielles qui régissaient alors l'environnement, l'actuel unique texte juridique de référence en matière d'environnement au Bénin.

Le législateur béninois de 1999 a élaboré par le truchement de la Loi-cadre sur l'environnement et ses décrets d'application, un système de protection de l'environnement par secteur. Il s'agit là de l'ébauche de ce qu'on peut appeler un droit sectoriel de l'environnement²⁸.

²⁷ Loi N° 98-030 du 12 février 1999 portant Loi-cadre sur l'environnement en République du Bénin, <http://www.abe.bj/IMG/pdf/Loi-Cadre.pdf>

²⁸ Le droit du sol et du sous-sol qui donne la définition du sol, le régime de sa protection et de sa gestion, les sanctions encourues en cas, d'infraction, etc.

Le droit des eaux continentales et maritimes qui définit les termes eaux, leur statut, le régime de leur inventaire, leur norme de qualité, le régime de leur exploitation et les interdictions y afférent, le régime des autorisations préalables à obtenir, les conditions d'accès, les conditions de rejet des effluents etc.

Le droit de la pollution et nuisances qui concerne l'air, les déchets, les installations et établissements classés, les substances chimiques nocives ou dangereuses, le bruit. Il présente

En Roumanie et au Togo, de semblables dispositions ont été prises.

Au regard de ce qui vient d'être montré, il convient alors de conclure qu'en l'état actuel du droit dans nos pays, il n'est pas impossible d'appliquer dans le cadre du préjudice écologique, les principes classiques d'évaluation du préjudice. En effet, toute personne physique qui se sent victime, ou toute personne morale disposant du droit d'agir au nom de la protection de l'environnement peut demander réparation en se fondant sur lesdits textes, malgré leurs insuffisances et leur flou.

Sur la base de ces règles, il revient au demandeur en réparation de démontrer leur violation. Mais cette violation d'une règle ne suffira pas à elle seule pour assurer la réparation du dommage écologique ; ainsi, seront explorés, indépendamment de la faute, le risque et la garantie, sources de la responsabilité objective.

B- Une réparation fondée sur la faute, le risque ou la garantie

Le système de responsabilité pour faute²⁹ a été chronologiquement le premier régime de responsabilité, il est plus connu et d'application relativement simple ; c'est pour cela que ne nous y attarderons guère, car la seule constatation du non-respect de la règle suffit à établir la faute délictuelle. Mais assez tôt également, se fait jour en jurisprudence civile l'idée selon laquelle l'équité parfois imposerait que l'on répare les dommages causés par son action même en l'absence de faute. Ce mécanisme de

les définitions terminologiques, les exigences et normes de qualité, le régime de traitement, les études d'impact, le régime des autorisations, l'exigence de réaliser un audit environnemental, les mesures conservatoires, les classifications d'installations classées, le régime de l'inspection, le régime des sanctions (fermetures, saisies, destructions, pénalités) etc.

Le droit de conservation de la nature et l'environnement urbain qui concerne la faune et la flore, les établissements humains, présente le régime juridique de la biodiversité, le statut des aires protégées et des forêts, l'obligation de réaliser une étude d'impact, le régime de gestion des établissements humains etc.

²⁹ Constitue une faute tout acte ou omission dont l'auteur est une personne douée de discernement qui a fait défaut de se conformer à une prescription de la loi ou à l'obligation générale de se comporter en personne diligente et raisonnable à l'égard d'autrui. Commet ainsi une faute toute personne faisant défaut de se conformer aux devoirs généraux ou spécifiques de conduite imposés à un moment particulier de l'évolution sociale. Vue sous cet angle, elle paraît parfaitement adaptable à la réalité écologique pour faciliter la réparation du dommage qui lui est causé. Il faut cependant noter que cette démarche a des limites dues à la nature intrinsèque des dommages écologiques.

responsabilité sans faute convient très bien pour la réparation du dommage écologique (1), et certains standards, comme le "pollueur-payeur" et la précaution en facilite la mise en œuvre (2).

1- L'application des bases classiques de la responsabilité sans faute³⁰ à la réparation du dommage écologique

Dans le système de la responsabilité objective, la responsabilité de l'auteur du préjudice écologique est ici recherchée sur le fondement d'une responsabilité sans faute et donc sans preuve, de la faute, à apporter.

Les techniques de responsabilités objective ou responsabilité sans faute reposent sur les théories du risque créé³¹ et du risque profit³².

En matière de réparation de préjudice écologique, la théorie du risque profit pourrait se combiner avec l'approche « *deep pockets* » qui consiste à tenter de faire payer la personne dont les moyens financiers sont les plus importants plutôt que la personne qui a introduit la pollution dans l'environnement.

Quel que soit le fondement utilisé, la technique aboutit à exclure l'appréciation subjective présente dans la détermination de l'existence d'une faute. Le problème de la reconnaissance de la responsabilité ne porte plus sur l'établissement d'une faute, mais sur celui d'un lien de causalité entre l'activité à risque et le dommage puisqu'il faut que le dommage ait été causé par l'activité particulière de la personne à laquelle l'on souhaite imputer la responsabilité.

Les arguments ne manquent pas pour s'opposer à une application généralisée de la responsabilité objective : une telle mesure aboutirait, en effet, à décourager la prise de risque et l'innovation car tout acte même en apparence inoffensif est susceptible de générer un dommage. L'évaluation

³⁰ P. JOURDAIN, Les principes de la responsabilité civile 8e édition, Paris, Dalloz, 2010, p. 15.

³¹ Selon la théorie du risque-créé, celui qui crée une activité génératrice de risque est objectivement responsable des dommages qui en résultent. La personne qui introduit une activité à risque dans la société le fait à ses risques et périls et non à ceux d'autrui. Une variante est la théorie du « risque-maitrise » : celui qui a la direction d'une activité doit en assumer les risques pour lui-même et pour autrui. La théorie des troubles de voisinage est une application de cette théorie.

³² Selon la théorie du risque-profit, celui qui tire profit d'une activité génératrice de risque est objectivement responsable des dommages qui en résultent, il doit corrélativement en supporter les charges. On fait peser la charge du dommage sur celui qui a agi et cherché un bénéfice plutôt que sur celui qui n'a rien fait.

du risque et donc du paiement corrélatif est difficile, et la question de la contribution à la dette n'est pas réglée. En droit de l'environnement, la théorie du risque-créé est en général appliquée pour les dommages catastrophiques, c'est-à-dire des pollutions appréhendées ex post.

Dans ce cas, la victime d'un préjudice environnemental peut fonder son action sur le premier alinéa de l'article 1384 du code civil, qui dispose que l'on est responsable du « fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde »³³. S'agissant « des personnes dont on doit répondre », le juge civil fait notamment application de cet article pour retenir la responsabilité du commettant du fait de son préposé³⁴. De même, les « choses que l'on a sous sa garde » (gaz toxiques, hydrocarbures, carburants...), à l'origine de nombreux dommages environnementaux (débordement d'une cuve de gasoil entraînant la pollution d'un cours d'eau³⁵, émanation de gaz chimiques provenant d'une exploitation³⁶...), donnent lieu à une jurisprudence abondante.

Enfin, le juge africain peut, comme c'est le cas couramment dans les pays de l'Union Européenne, appliquer en matière environnementale la théorie des troubles anormaux du voisinage. Originellement fondée sur la faute, cette théorie prétorienne s'appuie désormais sur un principe général du droit, en vertu duquel, « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage »³⁷.

2- Le principe de précaution et celui du pollueur-payeur comme base de la réparation du préjudice écologique

La mise en œuvre du principe de précaution³⁸ est une voie pour l'intégration du risque³⁹. Le principe jurisprudentiel d'une responsabilité

³³ La garde étant constituée de trois éléments : l'usage, le contrôle et la direction (Cour de cassation, chambres réunies, 2 décembre 1941).

³⁴ Cour de cassation, assemblée plénière, 25 février 2000 « Costedoat » (n° 97-17.378) : un pilote d'hélicoptère, préposé d'une société, dont l'action d'épandage d'herbicides sur une propriété avait endommagé des cultures de riz voisines, n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers, dans la mesure où il a agi dans les limites de la mission qui lui était impartie par son commettant.

³⁵ TGI d'Angers, 27 juin 1996.

³⁶ Cour de cassation, 2^e chambre civile, 17 décembre 1969.

³⁷ Cour de cassation, 3^e chambre civile, 11 mai 2000 (n° 98-18.249).

³⁸ R. CABRILLAC, Droit des obligations, 9^e édition, Paris, Dalloz, p. 189

³⁹ F. TERRE, Droit civil : Les obligations 10^e édition, Paris, Dalloz 2009, p. 694

pour faute posé par l'arrêt Mercier en 1936⁴⁰ est toujours formellement rappelé par la Cour de cassation. Cependant sur le fondement classique de la faute, la jurisprudence judiciaire, comme la jurisprudence administrative ont accompagné une évolution de la notion de faute, rappelant ainsi implicitement le concept de précaution⁴¹.

Le risque⁴² se définit dans la langue courante comme un danger éventuel plus ou moins prévisible. Dans la langue juridique, il se définit comme « un événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ». Dans le contexte général de l'application du principe de précaution, le risque⁴³ est défini par le Tribunal de l'Union européenne comme « une fonction de la probabilité des effets adverses pour le bien protégé par l'ordre juridique en raison de l'utilisation d'un produit ou d'un procédé ».

Le risque environnemental que l'on souhaite gérer est donc un événement futur dommageable pour l'environnement et prévisible jusqu'à un certain degré. La prévisibilité se réalise notamment par le biais du calcul de probabilité. C'est la raison pour laquelle le risque environnemental est, encore aujourd'hui, défini en premier lieu par les experts scientifiques.

Mais le risque environnemental concerne des équilibres complexes entre des collectivités et leur environnement. Ainsi, la science elle-même éprouve des difficultés croissantes à effectuer ce calcul de probabilité pour les nouveaux risques auxquels nous sommes confrontés. On sait donc que telle substance peut générer tel type de dommage à l'environnement, mais on ne connaît pas la probabilité d'occurrence de ce dommage. Plus fondamentalement, la décision d'appréhender un risque environnemental par le droit incombe à l'auteur de la norme juridique. Or, le risque n'est pas qu'une probabilité, il s'agit de la probabilité qu'ait lieu un événement dont le pouvoir public souhaite éviter l'occurrence, en général, parce que la société considère cette occurrence comme problématique. Le dommage environnemental n'est donc pas une notion déterminée uniquement par la science, les pouvoirs publics ne sont pas liés par les rapports scientifiques. De même, avant de mettre en œuvre des techniques de gestion du risque, le

⁴⁰ Arrêt Mercier, 20 mai 1936, préc.

⁴¹ G. -J. MARTIN, Précaution et évolution du droit, D. 1995, chr., p. 299 ; F. Mignon, Le principe de précaution, Le concours médical, sept. 1998, p. 1993.

⁴² R. CABRILLAC, Droit des obligations, Op. cit p. 184

⁴³ M. REMOND-GOUILLOUD, Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science, la vie des sciences, comptes rendus, série générale, t. 10, 1993, n°4, p. 431.

pouvoir public devra, en principe, déterminer si le risque est « négligeable » ou non, ainsi que la vitesse de réalisation de celui-ci. Ils disposent donc toujours d'un pouvoir discrétionnaire dans la détermination du risque.

Le droit a progressivement généré plusieurs techniques de gestion du risque notamment dans les cas où les institutions classiques de la responsabilité civile ne suffisaient pas à assurer la réparation du dommage subi. La responsabilité objective s'est développée notamment pour faire face aux accidents du travail qui étaient causés par le développement des industries.

Dans ces cas la démonstration de l'existence d'une faute était particulièrement difficile pour le travailleur. La faute a donc été remplacée par l'activité à risque. La mise en œuvre du principe pollueur-payeur constitue une technique de responsabilité environnementale objective⁴⁴.

Le mécanisme de responsabilité environnementale objective permet d'éviter la démonstration de l'existence d'une faute dans le chef du pollueur, sur qui pèse une obligation de résultat. Le règlement des litiges est plus rapide. En outre, dans la mesure où la responsabilité est mise en œuvre par « l'autorité compétente », il n'est pas nécessaire qu'intervienne une victime individualisable qui aurait subi un préjudice et revendiquerait une compensation. Ainsi ; le pollueur, dont la responsabilité a plus de chance d'être engagée dans ce type de régime, bénéficie du plafonnement de la réparation et devra, en conséquence, payer des primes d'assurance moins élevées. Tel n'est pas le cas dans le régime mis en place par la directive, qui ne prévoit pas de plafond pour la réparation du dommage. La directive permet néanmoins aux États membres d'adjoindre diverses causes

⁴⁴ La directive 2004/35, applicable à la Roumanie, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux est basée sur le principe pollueur-payeur et prévoit une responsabilité pour faute et une responsabilité objective. La responsabilité objective concerne les dommages environnementaux causés par une des activités à risque énumérées dans l'annexe III de la directive ainsi que la menace imminente de tels dommages. Il s'agit notamment des activités soumises à permis d'environnement, des opérations de gestion des déchets, de déversements en eaux souterraines. Pour les dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés, elle peut également s'appliquer lorsque le dommage est causé par une autre activité professionnelle pour autant qu'il y ait une faute ou une négligence. Notez que la directive « ne s'applique pas aux dommages corporels, aux dommages aux biens privés, ni aux pertes économiques » : ces questions demeurent donc dans le champ d'application des législations nationales sur la responsabilité extracontractuelle. Pour ce qui est de l'imputabilité, la responsabilité est limitée à la personne de l'exploitant de l'activité à risque. Il y a donc une certaine canalisation de la responsabilité.

d'exonération dans la législation nationale transposant la directive. Ces causes d'exonération couvrent l'hypothèse dans laquelle l'opérateur prouve qu'il n'a pas commis de négligence et qu'il a soit respecté son permis d'environnement (permit defence), soit que l'émission ou une activité n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où elle a eu lieu (*state of the art defence*).

La directive n'est pas un instrument adéquat pour appréhender la pollution diffuse car pour celle-ci, la preuve d'un lien de causalité concret est particulièrement ardue. Or le problème majeur des dommages à l'environnement est l'accumulation de diverses pollutions chroniques ou diffuses plutôt que l'occurrence ponctuelle de catastrophes environnementales.

Le mécanisme mis en place par la directive est conforme au principe pollueur-payeur⁴⁵ puisque la personne qui paie pour le coût de la restauration ou de mesures d'urgence doit avoir causé le dommage environnemental et que son paiement variera en fonction de l'ampleur du dommage. Dans les faits ceci ne sera valable que si cette personne est solvable.

II- L'établissement d'une causalité hypothétique à géométrie variable

La réparation des dommages n'est pas subordonnée uniquement à la double existence d'un dommage (matériel, corporel, moral) et d'un fait générateur de responsabilité (fait personnel, fait d'autrui, fait des choses), encore faut-il que ce dommage se rattache à ce fait générateur de responsabilité par un lien de cause à effet, encore appelé lien de causalité ou lien causal. L'exigence du lien de causalité, découlant des articles 1382 à 1386

⁴⁵ Le principe pollueur-payeur ne requiert pas la démonstration d'une faute ou d'une négligence dans le chef de celui qui pollue pour que le pouvoir public puisse lui imputer le coût de la pollution, la responsabilité objective est donc permise par le principe. Le Traité ne prévoit pas d'interdiction générale de polluer ou d'entreprendre une activité à risque ou d'obligation de réduire le risque environnemental qui pourrait être enfreinte afin de déclencher le principe. Le principe ne contraint pas les pouvoirs publics à faire payer systématiquement tous les pollueurs qu'ils auraient identifiés, mais interdit seulement que lorsqu'ils souhaitent faire payer quelqu'un pour la pollution, cette personne ne soit manifestement pas un pollueur. La prise en charge du coût de la pollution par le pollueur est donc prévue au cas par cas.

du Code Civil, exprime cette nécessité, sans la définir. Saisi d'une demande en réparation d'un préjudice écologique issu de la violation d'une règle juridique, il appartient au juge, dans la vérification du lien de causalité, de fonder son raisonnement et sa démarche sur des techniques sûres et convaincantes. La démonstration de la causalité est, en effet, la pierre angulaire du droit de la responsabilité. A la différence du fait générateur et du dommage, qui sont des faits tangibles et matérialisés, le lien de causalité qui les unit demeure immatériel et « impalpable »⁴⁶. Cette causalité indispensable à la réparation du préjudice écologique correspond-elle aux critères traditionnels connus (A) ou bien la spécificité de l'événement générateur engendre-t-elle une causalité spéciale (B)?

A- La causalité traditionnelle, victime de la nature du dommage écologique

L'exigence d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage est sans doute la condition de la responsabilité civile qui a donné le plus l'occasion à la doctrine de prouver son ingéniosité et son habileté. Pour obtenir réparation, la victime ou son représentant doit prouver l'existence d'un dommage, la faute du défendeur ou équivalent, ainsi qu'établir l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice subi et le fait générateur. Ce principe constant des différents régimes de responsabilité supporte deux interprétations : l'une, dite théorie de la causalité adéquate (1) peu adaptée à la nature du dommage écologique et l'autre dite de l'équivalence des conditions (2) qui s'imprègne des réalités du dommage écologique.

1. Le quasi échec de la théorie de la causalité adéquate pour la réparation de certains dommages écologiques

La théorie de la causalité adéquate exige, par ailleurs, que l'événement ait été de nature à produire normalement le dommage selon la prévisibilité objective du résultat: seules les causes devant normalement produire le dommage sont retenues, le rapport entre l'événement et le dommage doit être non seulement "fortuit", mais "adéquat".

⁴⁶ WESTER-OUISSE (V.), Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité, Rapport au séminaire de Genève, grerca.univ-rennes1.fr, p.13.

La théorie de la causalité adéquate postule, qu'il faut faire un tri parmi toutes les causes à l'origine du dommage. Ici, on considère que tous les éléments concourant au dommage ne sont pas équivalents : il s'agit alors de distinguer les conditions rendant le dommage objectivement probable ("cause efficiente"), et les conditions qui sont incapables de créer le dommage sans le concours fortuit des autres. On prendra ainsi en considération les faits qui, selon le cours normal des choses et l'enchaînement ordinaire des causes et des effets, devaient (...) rendre probables le dommage. Problème : qu'est-ce que le cours normal des choses ? N'y a-t-il pas un risque d'arbitraire ? Et puis, cela oblige à certains pronostiques hasardeux : aussi, est-il délicat de l'appliquer aux dommages écologiques qui peuvent être diffus ou transfrontière.

Le caractère diffus du dommage écologique constitue un trait important de son originalité, qui ne grève pas, malgré les apparences, son caractère certain. Est diffus, dans le langage courant, ce qui se répand dans toutes les directions, ou ce qui est dû à une réflexion irrégulière. Rapporté au dommage écologique, cela désigne un dommage qui s'étend en utilisant les multiples relations existant entre les différents éléments naturels : l'eau de pluie salie par la pollution atmosphérique, va polluer les récoltes et les terres, l'eau dite potable, les personnes et les animaux qui la boiront, ainsi que les personnes qui mangeraient ces poissons. Le dommage se diffuse par le canal des diverses interactions entre les éléments d'un milieu, et les corps vivants qui y vivent et qui en vivent. Il s'avère, par conséquent, difficile, voire impossible pour le juriste de désigner un responsable puisque la chaîne de causalité est presque infinie, les conséquences autant que les relations se révélant multiples et variées.

Le dommage transfrontière recouvre une double notion : reconnaissant, d'une part, le caractère plural du dommage en tant que phénomène irrespectueux des frontières étatiques, soit le caractère diffus du dommage appliqué au découpage des pays, elle y adjoint la considération, précisément, de la frontière. En effet, le vocable de dommage transfrontière replace le dommage dans le cadre de la souveraineté étatique qu'induit la mention de frontière. En retrouvant ce cadre physique et juridique, la notion ménage les rapports interétatiques autant qu'elle replace le débat sur un terrain mieux connu et plus cadré, épargnant l'incontournable souveraineté de tout Etat, pilier du droit international public, en même temps qu'elle permet à une souveraineté résurgente de renforcer la première.

L'incapacité de cette théorie à s'appliquer à tous les types de dommages écologiques autorise à explorer le champ de la théorie concurrente.

2. *L'adaptabilité de la théorie de l'équivalence des conditions à la réparation du dommage écologique*

La théorie de l'équivalence des conditions comble plusieurs lacunes de la théorie précédente. Elle estime que tous les événements ayant conditionné le dommage sont équivalents, que toute condition du dommage en est la cause juridique⁴⁷ ; doivent donc être considérés les événements sans lesquels le dommage ne se serait pas produit.

Selon les professeurs Viney et Jourdain, il est possible de garder la théorie de l'équivalence des conditions en tant que règle de base⁴⁸, qui régit le fond des questions liées à la responsabilité civile, tout en utilisant une théorie de la causalité probabiliste en tant que règle subsidiaire de preuve. En effet, dans certains cas, il est difficile de prouver que l'événement qui fait l'objet des débats est une condition nécessaire du préjudice. Les auteurs citent l'exemple d'une maladie contractée par une personne ayant séjourné près d'un réacteur nucléaire. Même si ce type de maladies est favorisé par la radioactivité, il sera difficile à la victime de prouver une relation causale *in specie*. On pourrait dès lors utiliser l'existence d'une probabilité objective considérable que la radioactivité cause ce type de maladie comme une présomption de fait en faveur de la victime⁴⁹. Cette proposition est transposable à la responsabilité environnementale⁵⁰ qui permettra de réparer

⁴⁷ H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, op.cit. p.651, §566; A. WEIL et F. TERRE, op.cit. p.763, §743; T.G.I. Bobigny, 19 déc.1990, Gaz.Pal., 7-9 avril 1991, p.2.

⁴⁸ La théorie de l'équivalence des conditions ou de la condition sine qua non suppose qu'afin d'apprécier la causalité le juge doit se demander si en l'absence de l'événement considéré le dommage se serait produit tel qu'il s'est produit.

⁴⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil, (SDR J. GHESTIN), Les conditions de la responsabilité, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 192-194.

⁵⁰ Dans le même sens B. DUBUISSON, op. cit., p. 855, n° 15. Un parallèle peut être dressé avec l'article 10 de la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 juin 1993 qui prévoit que le juge devra « dûment tenir compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à cette activité » lorsqu'il apprécie la preuve du lien causal entre le dommage et l'activité dangereuse. De même, la loi allemande du 10 décembre 1990 sur la responsabilité environnementale suppose que le demandeur prouve que l'activité du défendeur est « susceptible » d'avoir causé un dommage. (S. GALAND-CARVAL, « La causalité. Rapport français », op. cit., p. 85 ; O.

le dommage écologique.

Ainsi, dans des circonstances où la preuve d'un lien certain est difficile à établir, ce qui constitue la particularité en matière écologique, et où un degré de probabilité suffisant de relation causale peut être relevé, le droit vient au secours de la victime et admet une présomption de causalité ; présomption tantôt jurisprudentielle et tantôt légale, tantôt de droit et tantôt de fait. Le plus souvent, ces présomptions s'appuient sur une loi générale de causalité scientifiquement établie ou tout simplement sur l'expérience courante.

Cette théorie peut par exemple bien s'appliquer à la réparation des dommages écologiques dits décalés et futurs. Dans ce type de dommages, la catastrophe couvre, en outre, le dommage futur, soit le dommage qui ne s'est pas produit mais dont les conditions de réalisation croissent, auquel s'apparente le dommage décalé dont la réalisation est différée par rapport à sa constitution. Ce préjudice apparaît avec un décalage dans le temps: par exemple, concernant des produits ou procédés, le dommage apparaît après leur mise au point et leur commercialisation.

Le préjudice dit de développement en est une illustration typique. Il « est celui qui résulte d'effets nocifs d'un produit ou d'un procédé indécélables à l'instant où ce produit est mis sur le marché ou ce procédé utilisé »⁵¹. F. EWALD a défini le risque de développement, comme: « les dommages susceptibles d'être causés à autrui : par un produit après sa mise en circulation, du fait d'un défaut qui lui était inhérent, qui, au moment même de sa mise en circulation, était imprévisible, insoupçonné, indécélable, voire inévitable, car l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de sa mise en circulation ne permettait pas de l'identifier, et dont les conséquences dommageables vont se révéler, se développer, après cette mise en circulation du produit »⁵². Ce type de dommage s'apparenterait à un risque : l'auteur du produit ou du procédé, inconscient de ses développements potentiels, n'a pu commettre une faute, à condition que "le préjudice en cause ait bien été impossible à connaître "en l'état de la science

FUCHS, op. cit., p. 54). Compar. : Fairchild v. Glenhaven Funeral services Ltd and others, House of Lords, 20 June 2002, The Law Reports [2003], 1 AC 32.

⁵¹ M. REMOND-GOUILLOUD, La réparation du préjudice écologique, p.12, §67, J.C., 1992, Fasc 1060.

⁵² F. EWALD, La véritable nature du risque de développement et sa garantie, in Risques, Cahiers de l'Assurance, n°14, Innovation, Assurance, Responsabilité, Avril-Juin 1993, pp.9-47.

et de la technique" au moment où l'acte générateur est intervenu".⁵³

Dans ce contexte d'incertitude, la jurisprudence française se contente, en présence d'un doute scientifique, de présomptions de fait tirées des circonstances des espèces, comme en cas de vaccination contre l'hépatite B suivie de maladies démiélynisantes⁵⁴. Et l'on sait que, bien souvent, en d'autres circonstances, elle recourt à la perte d'une chance d'éviter le dommage pour pallier l'incertitude pesant sur le lien de causalité, offrant ainsi indirectement aux victimes une indemnisation au moins partielle.

L'auteur présumé du fait dommageable pourra cependant toujours prouver que malgré cette probabilité il n'a aucun rapport avec le dommage. On peut dire qu'une telle présomption du juge n'est possible que si l'existence du risque est certaine, le calcul de probabilité a pu être effectué avec une relative précision et la probabilité est considérable. Elle sera donc appliquée de façon limitée, mais pourrait tout de même concerner un nombre non négligeable de cas spécifiques aux dommages écologique.

De ces deux théories, c'est celle de l'équivalence des conditions qui est plus proche du dommage écologique et son lien avec la victime car, si l'événement générateur, c'est à dire la catastrophe, peut, le plus souvent, être cerné avec précision, la catastrophe peut rarement être ramenée à une cause unique. Son importance varie selon sa violence initiale, la géographie du lieu sinistré et la vulnérabilité de la victime ; le phénomène catastrophique constituant le déclencheur, amplifié ou restreint selon les cas.

Différents auteurs soulignent la difficulté de cerner, avec les outils traditionnels, la causalité écologique. Selon M. PRIEUR, "les dommages écologiques (...) sont diffus (...) dans l'établissement du lien de causalité : ils sont répercutés dans la mesure où ils portent atteinte d'abord à un élément naturel et ensuite aux droits des individus"⁵⁵. Il est, encore, possible que l'atteinte porte sur plusieurs éléments naturels avant de se répercuter sur les personnes. La notion de causalité en matière écologique acquiert un contenu particulier, devenant pluralité des causes ou chaîne de causalité⁵⁶. Où s'arrête, dans ce cadre, le lien de causalité ?

⁵³ M. REMOND-GOUILLOUD, *op.cit.*, Art 68; M.A. HERMITTE, *Du vice indécélable au risque de développement*, pp.279-284, in *Le Sang et le droit*, *op.cit.*

⁵⁴ QUEZEL-AMBRUNAZ (C.), *Définition de la causalité en droit français*, séminaire de Genève, grca.univrennes1.fr, rapport p.14.

⁵⁵ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Ed. 1991, p.730, §932.

⁵⁶ M. DESPAX avait tôt relevé l'interdépendance des phénomènes écologiques, voir notamment J.C.P. 1970, I, 2359, p.54, n°11.

B- La nature du dommage écologique, source d'inspiration pour une causalité spéciale

Le dommage écologique peut avoir plusieurs causes possibles, sans qu'il soit toujours évident d'identifier celle qui est à l'origine du préjudice. Elle peut également avoir plusieurs auteurs potentiels (1). Parfois, la difficulté découle des incertitudes scientifiques qui peuvent exister quant aux effets hypothétiquement dommageables pour la personne humaine ou la nature, de certains événements ou activités, une présomption suffira donc pour conclure de la nécessité de réparer (2).

1- La preuve sujette à la pluralité de causes

Quand les événements concourant à la réalisation du dommage s'entraînent l'un l'autre, où commence et où s'arrête le dommage ?

Inspirés de Pothier, les rédacteurs du Code Civil ont posé le principe de la non-réparation des dommages indirects en matière de responsabilité contractuelle, art.1151 C. Civ., seule la cause immédiate du dommage⁵⁷ étant considérée. La règle s'étendit, ensuite, à tous les domaines de la responsabilité, la jurisprudence prenant, cependant, quelque distance avec le principe de l'article 1151 pour substituer au dommage direct stricto sensu, le dommage nécessaire, soit le dommage apparaissant comme la suite nécessaire de l'acte initial.

En cas de pluralité des causes, le juge considère l'événement ayant joué un rôle prépondérant dans la réalisation du dommage. Si donc, en principe, seules les victimes immédiates du dommage direct peuvent agir, d'autres personnes que ces victimes peuvent, dans certains cas, obtenir réparation : la victime médiate peut être victime directe⁵⁸, la réparation du dommage par ricochet posant problème. Les tribunaux français, par exemple, retiennent comme cause du dommage tout événement sans lequel celui-ci ne se serait pas produit⁵⁹. Il suffit que le fait considéré ait eu un rôle

⁵⁷ G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, §355-358, p.421; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op.cit.* p.654, §569&s. Cette jurisprudence souffre quelques exceptions concernant, par exemple, une automobile volée ayant causé la mort d'un piéton, voir Obs. DURRY, R.T.D.C, 1970, p.174.

⁵⁸ F. TERRE, P. SIMPLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.* p.520, §1679-80.

⁵⁹ Cass. civ. 2ème, 27 mars 2003, Bull. civ. III, n° 76 : la « pluralité des causes, à supposer qu'elle soit démontrée, n'est pas de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entier dommage par

dans la réalisation du dommage⁶⁰ pour être retenu.

Cette flexibilité du droit correspond aux situations de catastrophe écologique engendrant des victimes directes et immédiates ou des victimes directes mais médiates.

La conséquence naturelle de la pluralité de causes, souvent de responsables, est l'obligation *in solidum*, également dénommée obligation solidaire. Si ce mécanisme permet la facilitation du dommage écologique qui peut être le fruit du concours de faits ou d'actes posés par différents auteurs, il faut de même savoir raison garder. En effet, la solidarité ne se présument pas, le juge n'a pas le pouvoir, en dehors des cas prévus par la loi ou par la coutume, d'assortir de la solidarité ses décisions condamnant plusieurs personnes à la réparation d'un dommage écologique. Cette situation est singulièrement gênante en présence de coresponsables. C'est pour cela, que la jurisprudence française, qui inspire profondément les juridictions de nos pays francophones, a dégagé la notion d'obligation *in solidum* et en a bâti le régime⁶¹. Sérieusement critiquée, l'obligation *in solidum* apparaît comme une faveur faite à la victime. Elle ne peut s'expliquer à la seule aune de la causalité. Ainsi que l'écrivent M.M. Flour, Aubert et Savaux, le raisonnement fondé sur la causalité ne « constitue sans doute qu'une justification a posteriori. Fondamentalement, c'est une pensée de faveur à l'égard de la victime, l'écologie, qui est déterminante : la protéger contre l'insolvabilité éventuelle d'un de ses débiteurs »⁶². Il serait pour le moins inique d'obliger la victime à multiplier ses recours alors qu'elle est étrangère au dommage qui lui est survenu⁶³.

Mais cette méthode à elle seule ne suffit pas pour prouver le lien

l'auteur initial par application du principe de l'équivalence des causes dans la production d'un même dommage en matière de responsabilité délictuelle ».

⁶⁰ Cass. civ., 4 déc. 1939, DC 1941, p. 125, note HOLLEAUX.

⁶¹ Pendant quelques années, la Cour de cassation française a affirmé avec rigueur la différence de nature entre l'obligation solidaire et l'obligation *in solidum*. Elle cassait les décisions qui condamnaient des coresponsables solidairement, alors que l'on se trouvait en dehors des cas où la solidarité résultait de la convention ou de la loi. Elle s'est aujourd'hui départie de cette rigueur. Lorsqu'il apparaît que les juges ont commis une simple erreur de terminologie en employant le terme de solidarité et non celui d'obligation *in solidum* et que cette erreur est sans conséquence préjudiciable pour le demandeur, leurs décisions échappent à la cassation : Cass. ch. Mixte, 26 mars 1971, Bull. civ. n° 6.

⁶² FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), Droit civil, Les obligations, T. 2, Le fait juridique, 12ème éd., p.150.

⁶³ BRUN (Ph.), Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, n° 257 : évoque à ce sujet de « regain de l'équivalence des conditions ».

causal tant recherché en vue de la réparation du dommage écologique. Pour atténuer ces difficultés, l'article 1353 du code civil autorise le juge à tirer des faits, l'existence de présomptions. La preuve du lien de causalité résulte alors de « présomptions graves, précises et concordantes ».

2- La preuve, fruit de la présomption légale

Selon les dispositions de l'article 1353 du Code civil, « les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ». Le recours à cette technique par le magistrat va alors alléger la charge de la preuve qui pèse sur la victime. Mais cette technique n'est pas moins critiquable. En effet, le domaine général où la présomption joue un rôle est la théorie de la justification, qui s'intègre à la théorie de l'argumentation. Une théorie quelque peu générale de l'argumentation ne peut faire l'économie d'un fait fondamental: on argumente quand cela est possible et nécessaire, c'est-à-dire dans l'incertitude. La présomption représente ainsi l'un des différents procédés permettant de gérer cette incertitude - c'est le cas le plus souvent en matière environnementale- et, partant, de répondre au défi sceptique. Il ne s'agit pas tant, par l'argumentation en général ou par la présomption en particulier, de lever entièrement l'incertitude, mais de prendre position sur une question irrésolue, le cas échéant de poser un acte, de manière à pouvoir gérer d'une manière décente notre rapport au monde⁶⁴.

Dans son acception la plus générale, la présomption est une supposition fondée sur des signes de vraisemblance ou encore une anticipation sur ce qui n'est pas prouvé⁶⁵. « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » : la présomption serait ainsi un « mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas

⁶⁴ S. GOLTZBERG : « Présomption et théorie bidimensionnelle de l'argumentation », in Revue de philosophie politique de l'ULg – N°3 – Février 2010 – p. 89

⁶⁵ A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, Paris, PUF, Quadrige, 1926, vol. 2, « Présomption ».

prouvé »⁶⁶

Bien qu'elle ne soit pas exempt de critiques⁶⁷, la présomption sera de beaucoup, utile pour la mise en œuvre de la responsabilité pour préjudice écologique. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner rapidement le mode opératoire de la présomption, facteur d'allègement de la preuve.

En somme, la présomption a partie liée avec l'implicite : elle est l'une des manières de coder l'implicite, de lui donner une fonction visant à éliminer l'incertitude.

Il est indispensable enfin de constater que la définition du Code civil présente, quand même, plusieurs imperfections : elle ne semble pas entièrement claire. En outre, elle ne mentionne pas le caractère renversable ou non du procédé. Enfin, elle présuppose connues ou aisément compréhensibles des notions aussi floues que « fait connu » et « fait inconnu » : s'agit-il de faits particuliers ou généraux ? De faits construits, sociaux ou « bruts » ? Ces faits sont-ils connus ou inconnus du magistrat, du législateur, du justiciable, de l'expert, de l'homme raisonnable ? Cette définition soulève manifestement plus de difficultés, qu'elle n'en résout. La faute doit avoir un lien certain et direct avec le dommage ; le fait de la chose doit avoir été « en quelque manière et ne fût-ce que pour partie, l'instrument du dommage » pour caractériser la certitude du lien de causalité⁶⁸. En cas de causes multiples possibles, lorsque le rôle exact de chaque fait générateur est ignoré ou seulement vraisemblable, les juges considèrent qu'il n'y a pas de présomptions graves, précises et concordantes établissant un lien de causalité et rejettent les prétentions de la victime. La Cour de cassation française, a en effet précisé, non sans intérêt, qu'il n'est pas nécessaire de rapporter une preuve scientifique certaine du rôle causal, de « simples

⁶⁶ S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16ème éd., Paris, Dalloz, 2009. V. aussi la définition du Professeur LARROUMET selon laquelle « la présomption est une opération intellectuelle qui consiste à se fonder sur un fait connu, lequel permet de supposer l'existence d'un fait inconnu (...) » (C. LARROUMET, *Droit civil – Introduction à l'étude du droit privé*, 3ème éd., Paris, Economica, 1998, p. 90, n° 149).

⁶⁷ Selon Françoise LLORENS-FRAYSSÉ (entre autres auteurs), il est même possible de « reprocher à l'assimilation entre syllogisme et présomption (...) d'occulter le travail de construction de la majeure et par là de masquer l'incertitude qui préside à la détermination des prémisses du raisonnement ».

⁶⁸ Cass. 2^e civ., 13 septembre 2012, n° 11--19941 ; 3 février 2011, n° 10--13945 ; 13 octobre 2005, n° 04-- 15624 ; 3 avril 1978, Bull. n° 110

présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes »⁶⁹ étant suffisantes.

L'exemple de la Roumanie en cette matière est illustratif. En effet, la lecture de l'article 3, § 1er de la directive 2004/35 conformément au principe pollueur-payeur, pose aussi le principe de la présomption de lien de causalité basée sur le risque. S'il est vrai que l'article 11, § 1er de la proposition de directive prévoyait qu'il suffisait à l'autorité compétente de démontrer « de manière suffisamment plausible et probable » l'existence d'un lien causal, cette possibilité n'a tout de même pas été reprise dans la directive, néanmoins, l'on admet classiquement que la preuve de l'existence du lien causal peut se déduire de présomptions graves, précises et concordantes. Selon les professeurs Viney et Jourdain, il est possible de garder la théorie de l'équivalence des conditions en tant que règle de base, qui régit le fond des questions liées à la responsabilité civile, tout en utilisant une théorie de la causalité probabiliste en tant que règle subsidiaire de preuve. En effet, dans certains cas, il est difficile de prouver que l'événement qui fait l'objet des débats est une condition nécessaire du préjudice. Cette proposition est transposable à la responsabilité environnementale. La directive ne prévoyant pas de règle de preuve spécifique cette tâche incombe aux États membres dans le respect du Traité. Les règles de preuve ne peuvent toutefois pas aboutir à ce que quelqu'un qui ne serait manifestement pas le pollueur soit désigné comme responsable.

Conclusion

Le droit est en principe l'expression d'une volonté partagée, parfois d'un rapport de forces; mais il lui arrive aussi d'exprimer un idéal⁷⁰. C'est le cas de l'obligation de réparer les dommages subis par l'environnement

⁶⁹ Cass. 1ere civ., 25 juin 2009, 08--12781, Bull. I, n° 141, RTC civ 2009, p. 723, obs. P. JOURDAIN ; RCA 2009, Etude 13, C. RADE ; Gaz. Pal. 12--13 août 2009, avis LEGOUX ; JCP 2009, n° 41, 308, note P. SARGOS. Voir aussi not. Cass. 1ere civ., 22 mai 2008, n° 05--20317, Bull. I, 148 ; RTC civ 2008, p. 492, obs. P. JOURDAIN : une cour d'appel ayant rejeté une demande d'indemnisation faute de preuve scientifique de la relation causale, la Cour de cassation casse l'arrêt affirmant qu'il suffit de présomptions graves, précises et concordantes.

⁷⁰ P. BOSSET, Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable,

http://www.cdpedj.qc.ca/publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf, p.5

encore appelés dommages écologiques, construction juridique récente qui se veut au service du développement durable, et qui est aussi le produit des « forces imaginantes du droit »⁷¹. Par ce nouveau courant qui traverse le droit de la responsabilité civile, le droit ouvre désormais ses portes, jusqu'alors fermées à l'éthique et à la morale qu'il semblait avoir repoussé.

Le propre de la réparation est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de placer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu. Mais le droit de la responsabilité civile dans son état actuel, dans notre champ de réflexion, doit faire preuve d'une plasticité considérable pour réussir à s'adapter aux spécificités environnementales du fait de la pluralité des fondements évoqués au soutien de la réparation des préjudices écologiques. Ainsi, le fait qu'un dommage en matière d'environnement soit diffus ou non quantifiable n'exonère pas de l'obligation de réparer. L'entité qui cause un dommage à l'environnement d'un caractère irréparable ne doit pas se trouver en fin de compte dans une situation éventuellement plus favorable que d'autres entités qui ont causé des dommages quantifiables. Lorsque des dommages sont irréparables en raison de conditions physiques, techniques ou économiques déterminées, il convient de recourir à d'autres critères pour les évaluer. La dégradation de l'usage des biens, de la qualité esthétique et d'autres valeurs non liées à l'usage, les lignes directrices nationales ou internationales existantes, l'équité intergénérationnelle et une évaluation équitable dans son ensemble devraient être considérées comme des critères subsidiaires pour la fixation des indemnités. La réparation intégrale des dommages causés à l'environnement ne devrait pas donner lieu à l'imposition d'indemnités excessives, exemplaires ou punitives. La prise en considération de l'atteinte à l'environnement, indépendamment des dommages matériels et moraux, constituera sans nul doute une véritable révolution juridique alors que la jurisprudence hésite encore à indemniser des dommages sans caractère personnel. Si le dommage écologique est réparable, tous les dommages écologiques ne le sont pas encore.

Une réforme serait donc bienvenue en Afrique, comme c'est le cas en France. Elle consistera en l'introduction de la responsabilité environnementale dans nos codes civils et le codes des obligations civiles de

⁷¹ R. DWORKIN, *L'empire du droit* (trad. fr. E. Soubrenie), Paris, Presses Universitaires de France, coll. Recherches politiques, 1994, p. 450.

nos Etats, à définir très clairement le dommage écologique et à renforcer la compétence du juge. Mais ceci ne sera pertinent que si le législateur détermine des modalités claires de réparation. De ces épineuses questions liées à la réparation du préjudice écologique, ni le droit ni les juristes ne sortiront sans meurtrissures.