

Le décret wallon du 22 novembre 2007 sur la prévention et la réparation des dommages environnementaux (I)

Charles-Hubert Born*
Michel Delnoy**

PLAN

Introduction

I. Les conditions de la responsabilité environnementale

I.1. Principe

I.2. La menace imminente ou la survenance d'un dommage environnemental

I.3. Le fait générateur

I.4. Le lien causal

I.5. Les causes d'exonération

II. Les intervenants et leurs obligations

II.1. L'exploitant responsable

II.2. L'autorité compétente

II.3. Les autres intervenants

III. Les mesures de prévention et de réparation

III.1. Les mesures de prévention

III.2. Les mesures de réparation

III.3. La prise en charge des coûts de prévention et de réparation

IV. Les sanctions

IV.1. L'absence d'incrimination pénales et de sanctions

IV.2. L'intervention du juge dans l'exécution des injonctions de l'autorité compétente

V. L'articulation avec les autres régimes de police administrative

Conclusion

INTRODUCTION

1. L'adoption, le 21 avril 2004, de la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale⁽¹⁾ (ci-après «la directive»), après une longue gestation, marque certainement une étape importante dans l'évolution du droit de l'environnement. Elle reconnaît, à l'échelon communautaire, le concept de dommage écologique «pur», rompant ainsi avec la tradition anthropocentriste consistant à n'envisager la réparation des atteintes à l'environnement que sous l'angle du dommage aux biens et aux personnes. Plus pragmatiquement, ce texte s'attache à améliorer l'effectivité de trois pans du droit communautaire de l'environnement⁽²⁾, en vigueur – le droit de la conservation de la nature et le droit de l'eau – ou à venir – le droit des sols. A cet effet, il les assortit d'un régime de «responsabilité environnementale», tenant plus de la police administrative que de la responsabilité civile⁽³⁾. Son objet est d'assurer la prévention ou, à défaut, la réparation des dommages environnementaux ainsi que l'imputation des coûts qu'engendrent ces mesures, conformément au principe du pollueur-payeur. Pour

les activités les plus dangereuses, c'est par un mécanisme de responsabilité «objective» que le législateur communautaire entend arriver à ses fins. Pour les autres, il instaure un mécanisme de responsabilité pour faute.

2. Le régime mis en place se veut d'abord «largement préventif»⁽⁴⁾, non pas tant par les obligations de prévention découlant de la «menace imminente» de

* Chargé de cours invité à l'UCL, avocat.

** Professeur invité à l'ULg, avocat.

(1) 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 (*J.O.U.E.*, L 143, 30 avril 2004). Sur cette directive, voir e.a., Ch. PIROTTE, «La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale: premiers commentaires», in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen: point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 655-730; N. DE SADELEER, «La directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale: avancée ou recul pour le droit de l'environnement des États membres?», in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *o.c.*, pp. 731-777; M. PRIEUR, «La responsabilité environnementale en droit communautaire», *REDE*, 2004, pp. 129-141; P. STEICHEN, «La directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux: un droit de compromis pour une responsabilité nouvelle», in X. THUNIS et F. TULKENS (eds.), *Entreprises, responsabilités et environnement*, NS Amén-Env., 2004, pp. 109-127; H. BOCKEN, «De richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. Een inleiding», in COLL., *Omzetting en uitvoering van de richtlijn milieuschade*, Verslagboek van de studienamiddag van 21 juni 2007 van de Vakgroep Burgerlijk Recht en het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Gent, Mechelen, Kluwer, 2008, pp. 1-18; H. DESCAMPS, «De Europese Richtlijn milieuschade: wie doet wat?», in *Jaarboek Milieurecht 2004*, pp. 1-54; L. DEMEZ, «Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale», in CEDRE (dir.), *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 11-63.

(2) En ce sens, Ch. W. BACKES, «Samenhang in het Europees milieurecht? De relatie tussen de Richtlijn milieuaansprakelijkheid, de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Kader-richtlijn Water», *TMA*, 5/2005, p. 167; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 737.

(3) Selon le Conseil d'État, «*Les mesures législatives, réglementaires et administratives qui doivent être adoptées sont à considérer comme étant des mesures de police destinées à prévenir ou à réparer les dommages environnementaux*» (Avis L. 42.712/4, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, pp. 46-47). En ce sens, s'agissant du mécanisme mettant à charge de la personne défaillante les frais de l'élimination d'office des déchets, voir C. const., n° 58/94 du 14 juillet 1994. Sur la question, voir X. THUNIS, «Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale. Rapport belge», in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen: point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 34; B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, «La responsabilité environnementale, entre responsabilité civile et mesures de police administrative», in CEDRE (dir.), *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 138 et s.

(4) Exposé des motifs, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 2.

dommages – par définition difficile à contenir, faute de les avoir anticipés – que par le caractère dissuasif des mesures de réparation qui doivent être prises une fois le dommage survenu. Il se présente aussi comme un instrument de nature curative, avec la particularité qu'il vise à assurer la réparation «en nature» d'un dommage... à la nature. Un projet aussi ambitieux ne pouvait qu'être l'objet, par le jeu des amendements, de compromis que d'aucuns trouveront décevants. Le seul fait d'avoir limité le champ du dommage couvert aux seules atteintes «graves» aux espèces et aux habitats protégés, aux eaux et aux sols limitera sans doute sa portée pratique.

3. La transposition et, plus encore, la mise en œuvre de la directive 2004/35/CE dans l'ordre interne n'en représentent pas moins un défi à la fois juridique, scientifique et socio-économique. En Belgique, les trois régions et l'État fédéral ont transposé le texte communautaire, dans les limites de leurs compétences respectives⁽⁵⁾. En Région wallonne, la matière a été introduite, sous une nouvelle Partie VII, dans le Livre I^{er} du Code de l'environnement par un décret du 22 novembre 2007⁽⁶⁾ (ci-après «le décret»), cette matière étant considérée comme «transversale» par le législateur⁽⁷⁾.

4. L'objet de notre contribution se veut modeste. Il s'agit d'effectuer une présentation générale du régime mis en place en Région wallonne, d'évoquer certaines questions juridiques que soulève sa mise en œuvre et d'émettre quelques réflexions critiques sur le texte adopté, en ayant soin de renvoyer à la doctrine déjà abondante sur le sujet⁽⁸⁾ pour éviter trop de redites. Certaines seront cependant inévitables, si l'on souhaite aborder l'ensemble des aspects de ce décret. L'on présentera successivement les conditions auxquelles peut être engagée la responsabilité environnementale (I), les principaux intervenants dans le processus décisionnel (II) et le contenu des mesures de prévention et de réparation à prendre (III). L'on évoquera enfin très brièvement les sanctions – ou plutôt leur absence – (IV) ainsi que l'articulation avec les différents régimes de police existants (V).

I. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE

5. Pour que la responsabilité environnementale de l'exploitant⁽⁹⁾ soit engagée et donc pour qu'il soit tenu de prendre les mesures préventives et de réparation prévues par le décret (I.1.), plusieurs conditions doivent être réunies⁽¹⁰⁾, à savoir l'existence d'un dommage environnemental (I.2.), d'un fait générateur (I.3.) et d'un lien causal (I.4.). Certaines causes d'exonération sont par ailleurs prévues en ce qui concerne l'imputation des coûts (I.5.).

I.1. PRINCIPE

6. Les conditions auxquelles la responsabilité environnementale d'un exploitant est engagée sont fixées,

dans le décret, dans les différentes dispositions réglant son «champ d'application»⁽¹¹⁾. Autrement dit, si l'une de ces conditions n'est pas remplie, aucune des obligations et des habilitations prévues par le décret n'est d'application. Aux termes de l'article D.95 du Livre I^{er} du Code de l'environnement, la Partie VII de ce Livre (contenant le régime de responsabilité environnementale) «s'applique aux :

1^o dommages causés à l'environnement par l'une des activités professionnelles énumérées à l'annexe I^e, et à la menace imminente de tels dommages découlant de l'une de ces activités ;

2^o dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés par l'une des activités professionnelles autres que celles énumérées à l'annexe I^e, et à la menace imminente de tels dommages découlant de l'une de ces activités, lorsque l'exploitant a commis une faute ou une négligence».

7. Cette disposition énonce les deux types de responsabilité qui coexistent dans le décret, à savoir, d'une part, un régime de responsabilité «objective» applicable aux activités considérées comme les plus dangereuses et couvrant trois types de dommages environnementaux (espèces et habitats protégés, eaux et sols) et, d'autre part, un régime de responsabilité «pour faute» applicable aux autres activités professionnelles, mais uniquement en cas de dommage aux espèces et habitats protégés.

8. La charge de la preuve de la réalisation des conditions de la responsabilité, qu'elle soit objective ou pour faute, revient en principe à l'administration⁽¹²⁾. L'exploitant reste évidemment le mieux placé pour apprécier dans quelle mesure sa responsabilité risque d'être engagée. Il pourra être tenté, en cas de doute, de laisser l'autorité compétente prendre les mesures appropriées. Toutefois, l'exploitant qui s'abs-

(5) Sur la transposition de la directive 2004/35/CE au regard des règles de répartition des compétences, voir l'avis de la section de législation du Conseil d'État, L. 42.712/4, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007), n° 1, p. 46 et s. Pour un exposé doctrinal, voir F. TULKENS, «La confrontation de la directive à la répartition des compétences en droit belge», in CEDRE (dir.), *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, p. 65 et s.

(6) Décret du 22 novembre 2007 modifiant le Livre I^{er} du Code de l'Environnement en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*M.B.*, 19 décembre 2007, éd. 2). Voir aussi la circulaire du 6 mars 2008 relative à la mise en œuvre du régime de responsabilité environnementale (*M.B.*, 11 juin 2008, éd. 2). Sauf mention contraire, les articles cités dans la présente contribution sont les articles du Livre I^{er} du Code de l'environnement tel que modifié.

(7) Exposé des motifs, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 4.

(8) En droit wallon, les principales contributions sur la question sont rassemblées dans les actes du colloque organisé à Bruxelles par le CEDRE le 3 octobre 2008 (CEDRE (dir.), *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 323 pp.).

(9) Ce concept est examiné ci-dessous.

(10) Voir le treizième considérant du préambule de la directive.

(11) Art. D.94, D.95, D.98 à D.103 et annexe I.

(12) B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 162.

tient le fait à ses risques et périls⁽¹³⁾. En effet, si sa responsabilité est, *in fine*, engagée, d'une part, il viole ses obligations de prévention et de réparation⁽¹⁴⁾ et, d'autre part, il prend le risque de devoir supporter une charge financière beaucoup plus importante, si le dommage s'est concrétisé ou aggravé entre-temps. La possibilité donnée à l'exploitant de recouvrer les coûts de son intervention auprès de l'autorité compétente au cas où il peut faire valoir que le dommage est le fait d'un tiers ou d'une injonction de l'autorité devrait également l'inciter à intervenir d'initiative.

9. En tout état de cause, il faut insister sur le fait que le régime mis en place privilégie l'action de police, laquelle n'est pas subordonnée à l'établissement préalable de la responsabilité de l'exploitant. L'autorité peut prendre, en cas d'inaction de l'exploitant – au cas par exemple où celui-ci contesterait sa responsabilité –, toutes les mesures préventives et curatives nécessaires pour éviter ou réduire le dommage, voire réquisitionner un tiers pour prendre ces mesures, quitte à en exiger le remboursement par l'exploitant après établissement, le cas échéant par voie d'expertise, de sa responsabilité au sens du décret⁽¹⁵⁾.

10. Cette possibilité offre incontestablement un avantage indéniable sur les mécanismes de responsabilité de droit commun en termes de prévention. Elle n'est cependant pas sans risque non plus pour l'autorité compétente. En effet, elle peut aboutir, *in fine*, à «collectiviser» la prévention ou la réparation du dommage si l'autorité ne parvient pas à établir la responsabilité d'un exploitant⁽¹⁶⁾. En outre, si l'exploitant a été erronément sommé de prendre des mesures de prévention et de réparation et/ou de les rembourser, il semble qu'il faille considérer les décisions prises par l'autorité sur cette base comme illégales, à défaut d'habilitation décrétable pour intervenir⁽¹⁷⁾. Ces irrégularités pourraient constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité civile de l'autorité non seulement pour la prise en charge des frais indûment remboursés par l'exploitant, mais aussi pour les dommages causés, le cas échéant, à l'activité de celui-ci, si par exemple celui-ci a dû l'arrêter momentanément.

I.2. LA MENACE IMMINENTE OU LA SURVENANCE D'UN DOMMAGE ENVIRONNEMENTAL

11. Seule la menace imminente ou la survenance d'un dommage «environnemental» est susceptible d'engager la responsabilité de l'exploitant. On examine d'abord la notion de dommage environnemental et de menace imminente d'un tel dommage (I.2.1), pour ensuite examiner les types de ressources naturelles concernées (I.2.2.), les seuils de gravité du dommage à prendre en considération (I.2.3.), les dommages transfrontières (I.2.4.) et enfin les dommages exclus d'office du régime (I.2.5.).

I.2.1. Notion

12. Quels types de menaces ou de dommages l'exploitant est-il tenu de prévenir ou de réparer?

13. En premier lieu, il faut que l'atteinte à prévenir ou réparer puisse être qualifiée de «dommage». Ce concept est défini de façon autonome par le décret comme «une modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte»⁽¹⁸⁾. On l'a dit, l'innovation majeure introduite par la directive 2004/35/CE est d'axer son dispositif sur la prévention et la réparation d'un dommage écologique «pur», c'est-à-dire les dommages «causés aux ressources naturelles considérées comme 'res communes'»⁽¹⁹⁾, à l'exclusion des dommages classiques causés aux personnes et aux biens⁽²⁰⁾. En d'autres termes, c'est l'atteinte à l'intégrité de certains écosystèmes qu'il importe de prévenir ou réparer, mais non les dommages économiques ou moraux causés aux personnes par cette atteinte. L'approche est, une fois n'est pas coutume, écocentrique et non anthropocentrique⁽²¹⁾.

14. La directive innove également en ce qu'elle couvre non seulement les atteintes directes et indirectes à certaines «ressources naturelles» clairement identifiées – les espèces et habitats naturels protégés, les eaux et les sols (*infra*) – mais aussi les atteintes aux «services» rendus par ces ressources. Il s'agit, selon le texte, des «fonctions assurées» par celles-ci «au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public»⁽²²⁾. Il ne faut donc pas seulement procéder à une réparation superficielle des dommages causés mais s'assurer que les fonctions écologiques, économiques⁽²³⁾ et sociales de la ressource soient rétablies, conformément à une conception écosystémique du dommage environne-

(13) Dans le même sens, Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 686.

(14) Art. D.112 et D.113.

(15) En ce sens, B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 170.

(16) En ce sens, S. LEPRINCE et P. MOERYNCK, *o.c.*, p. 133.

(17) En effet, l'établissement de la responsabilité conditionne l'application du décret et donc de ses habilitations (art. D.95).

(18) Art. D.94, 2°.

(19) Exposé des motifs, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 2.

(20) Art. 3.3 et 14° considérant du préambule de la directive 2004/35/CE; art. D.97 du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(21) Si l'on excepte du moins les dommages causés aux sols, définis par référence à leur impact sur la santé humaine (*infra*).

(22) Art. D.94, 16° et 17°.

(23) L'exclusion des dommages aux biens et aux personnes du champ de la responsabilité environnementale n'exclut pas pour autant de celui-ci, selon nous, les services présentant une valeur économique évaluable, comme par exemple la fonction d'habitat de reproduction que jouent les eaux côtières pour les stocks d'espèces commerciales de poissons ou encore la fonction d'épuration que jouent les cours d'eau. La responsabilité de l'exploitant ne portera pas sur le préjudice économique subi par telle ou telle personne du fait de la perturbation du service considéré, mais sur le coût du rétablissement de ce service. Pour une position moins tranchée, voir N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 745.

mental⁽²⁴⁾⁻⁽²⁵⁾. Cette exigence laisse songeur quant à la portée potentielle du décret et aux difficultés que soulèveront tant l'évaluation du dommage que sa réparation, si celle-ci se fait par équivalent.

15. Une autre particularité du régime, qui confirme sa nature préventive, est d'inclure dans le champ de la responsabilité non seulement le dommage environnemental, mais aussi sa «menace imminente». Celle-ci est établie dès qu'il existe «une probabilité suffisante de survenance d'un dommage environnemental dans un avenir proche»⁽²⁶⁾. Comme le relèvent B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, «cette définition, on en conviendra, est assez vague. Quand pourra-t-on dire que la probabilité est suffisante et que la survenance du dommage est proche? Suffit-il de démontrer que le risque excède 50 %? Une menace 'imminente' au sens propre du terme fait généralement référence à un dommage qui se réalisera presque certainement dans un délai très bref si des mesures de prévention ne sont pas prises. La définition proposée par la directive autorise, nous semble-t-il, une interprétation plus extensive»⁽²⁷⁾. Ceci est d'autant plus vrai que cette interprétation doit se faire à l'aune du principe de précaution⁽²⁸⁾.

I.2.2. Les ressources naturelles concernées

16. La directive comme le décret ne visent pas à prévenir ou réparer les atteintes à toutes les composantes de l'environnement, mais uniquement celles qui affectent trois types de «ressources naturelles», à savoir les espèces et habitats protégés, les eaux et les sols⁽²⁹⁾. Cette approche pragmatique par «secteur» – qui se démarque de l'approche globalisante mais moins réaliste retenue par la Convention de Lugano⁽³⁰⁾ – permet de circonscrire de façon plus précise le dommage couvert, ce qui ne veut pas dire qu'il en soit pour autant plus prévisible (*infra*).

17. Hélas, la directive et le décret wallon s'avèrent, sur ce point, quelque peu déconcertants. La délimitation de leur champ d'application *ratione materiae*, qui repose, à l'exception des sols, sur la référence à des concepts déjà définis juridiquement par ailleurs, souffre d'incohérences et d'approximations qui ne s'expliquent pas par une volonté de se départir des concepts existants⁽³¹⁾. Ces défauts rédactionnels risquent non seulement de nourrir un contentieux juridictionnel interminable mais surtout d'engendrer, au moment où le dommage se présente et nécessite une réaction urgente, d'importantes difficultés dans le chef tant de l'exploitant que de l'autorité compétente pour savoir si oui ou non il faut agir et dans quelle mesure, avec pour effet de retarder d'autant les mesures à prendre. Essayons d'y voir plus clair.

a. Les espèces et habitats protégés

18. Les exploitants sont responsables des dommages qu'ils causent aux «espèces et habitats protégés». Logiquement, le décret wallon renvoie, pour définir ces concepts, aux dispositions correspondantes de la

loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature (ci-après «la loi»). Il faut distinguer les espèces protégées et leurs habitats des habitats naturels protégés.

19. Sont visées les espèces suivantes⁽³²⁾:

– les «espèces visées aux articles 1^{er} bis, 7^o et 8^o» de la loi, soit les espèces définies dans la loi comme étant «d'intérêt communautaire». Celles-ci recouvrent, pour l'essentiel, les espèces pour lesquelles des sites Natura 2000 doivent être désignés et les espèces devant faire l'objet d'une protection stricte en vertu des articles 12 et 13 de la directive 2004/35/CE Habitats. Mais, comme le permet la directive 2004/35/CE⁽³³⁾, le décret couvre aussi d'autres espèces non visées par celle-ci, comme les espèces (principalement de poissons) dont le statut justifie seulement des limitations de prélèvements⁽³⁴⁾ ou encore les espèces strictement protégées en vertu de la Convention de Berne;

– les espèces visées aux articles «2, § 1^{er}» de la loi, soit... toutes les espèces d'oiseaux vivant naturellement

(24) Ainsi par exemple, une baisse drastique de la nappe phréatique suite à un pompage par une carrière qui entraîne l'assèchement d'une zone humide, même non protégée par ailleurs, requerra, sauf décision contraire de l'autorité (*infra*), le rétablissement du régime hydrique nécessaire au maintien de cette zone humide.

(25) La Stratégie nationale de la Belgique pour la biodiversité 2006-2016, adoptée le 26 octobre 2006, donne un aperçu de l'étendue du concept de «service», s'agissant des ressources liées à la biodiversité (p. 14).

(26) Art. D.94, 9^o.

(27) B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 179.

(28) En ce sens concernant «certains risques avérés de dommage», voir X. THUNIS, «Fonctions et fondements...», *o.c.*, p. 65.

(29) Art. D.94, 16^o. Le quatrième considérant du préambule de la directive souligne cependant que «les dommages environnementaux comprennent également les dommages causés par des éléments présents dans l'air, dans la mesure où ils peuvent causer des dommages aux eaux, aux sols, ou aux espèces et habitats naturels protégés».

(30) On sait que la convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, signée à Lugano le 21 juin 1993, vise à organiser la réparation des dommages causés à l'environnement, entendu comme «les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs; les biens qui composent l'héritage culturel; et les aspects caractéristiques du paysage», ce qui est évidemment extrêmement large (art. 2).

(31) Voir le cinquième considérant de la directive, qui atteste de la volonté d'assurer une cohérence entre la directive 2004/35/CE et les autres textes de droit communautaire concernés. Sur cette question, voir Ch.-W. BACKES, *o.c.*; Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 659 et s.

(32) Art. D.94, 3^o, a.

(33) Art. 2.3, c), de la directive 2004/35/CE.

(34) Sont visées plus exactement les espèces qui figurent aux annexes II, a (liste des espèces animales strictement protégées et figurant à l'annexe IVa de la Directive 92/43/CEE et/ou à l'annexe II de la Convention de Berne); IV (liste des espèces animales dont le prélèvement peut être limité. Il s'agit soit d'espèces reprises en annexe V de la directive 92/43/CEE et/ou en annexe III de la Convention de Berne, soit d'espèces dont le statut en Wallonie justifie d'éventuelles limitations de prélèvements, c'est-à-dire en tout cas d'espèces non couvertes par la directive 2004/35/CE); VI, a (liste des espèces végétales strictement protégées et figurant à l'annexe IVb de la Directive 92/43/CEE et/ou à l'annexe I de la Convention de Berne) et IX (liste des espèces visées à l'annexe II de la Directive 92/43/CEE que l'on rencontre sur le territoire de la Région wallonne) de la loi.

à l'état sauvage dans l'Union européenne⁽³⁵⁾. Le champ d'application est ici également nettement plus large que celui de la directive, qui ne vise que les espèces d'oiseaux menacées ou migratrices pour lesquelles des sites Natura 2000 doivent être créés (espèces visées à l'annexe I ou l'art. 4.2 de la directive Oiseaux). Cette extension est à saluer dans la mesure où elle s'applique aux populations d'espèces d'oiseaux menacées et à leurs habitats où qu'elles soient localisées, même en dehors des sites Natura 2000⁽³⁶⁾;

– les espèces visées aux articles «2bis, § 1^{er}, 3, § 1^{er}» de la loi, soit les espèces animales et végétales «protégées intégralement» en Région wallonne, soit parce qu'elles doivent l'être au titre de la directive Habitats ou de la convention de Berne, soit parce qu'elles sont «menacées en Wallonie»⁽³⁷⁾. Cette extension aux espèces menacées en Wallonie mais non protégées au niveau européen est à saluer.

20. Les dommages causés à ces espèces couvrent, d'une part, les perturbations causées à leurs populations – par exemple par un effet de dérangement – et, d'autre part, la détérioration de leurs «habitats»⁽³⁸⁾. Sur ce dernier point, le décret va à nouveau plus loin que la directive, puisqu'il vise tous les «habitats» des espèces, sans limiter son champ d'application, en ce qui concerne les espèces animales «strictement protégées», à leurs sites de reproduction et à leurs aires de repos⁽³⁹⁾. Les habitats des espèces d'oiseaux sont également couverts, alors qu'ils ne sont pas protégés contre les détériorations par l'article 2 de la loi sur la conservation de la nature. N'étant définie ni par la directive 2004/35/CE ni par le décret, la notion d'habitat d'espèce doit être entendue, selon nous, au sens de la directive Habitats, compte tenu du souhait de cohérence du législateur communautaire⁽⁴⁰⁾. Cette directive définit l'habitat d'espèce comme «le milieu défini par des facteurs abiotiques et biotiques spécifiques où vit l'espèce à l'un des stades de son cycle biologique»⁽⁴¹⁾. Tous les milieux, même artificiels, présentant des caractéristiques correspondant aux exigences écologiques de l'espèce sont donc potentiellement concernés⁽⁴²⁾.

21. Quant aux «habitats naturels», sont visés :

– les types d'habitats naturels «énumérés à l'annexe VIII» de la loi, soit ceux pour lesquels des sites Natura 2000 doivent être désignés conformément aux articles 25, §§ 1 et 2, de la loi;

– les «habitats naturels définis en application de l'article 25, §§ 1^{er} et 2, alinéa 1^{er}, de la même loi». Cette catégorie n'est pas claire : s'agit-il de la même catégorie que la précédente, mais spatialement localisée dans les sites Natura 2000? S'agit-il, plus largement, de tous les habitats naturels, d'intérêt communautaire ou non⁽⁴³⁾, présents dans ces sites? Les travaux préparatoires n'apportent pas de réponse à cet égard.

22. Il est frappant de constater que, *ratione loci*, ni la directive ni le décret ne limitent le champ d'application de la responsabilité aux périmètres des sites Natura 2000 effectivement désignés ou à ceux d'autres types

d'aire protégée⁽⁴⁴⁾. Si en droit communautaire la question reste encore controversée, la distinction faite par le décret entre, d'une part, les espèces «visées aux articles 1^{er} bis, 7^o et 8^o» et les «habitats naturels énumérés à l'annexe VIII de la loi» et, d'autre part, les «habitats naturels définis en application de l'article 25, §§ 1^{er} et 2, alinéa 1^{er}», de la loi, c'est-à-dire, semble-t-il, les surfaces reprises en périmètre Natura 2000 (ZPS ou ZSC), semble confirmer la volonté du législateur de couvrir aussi les habitats d'espèces situés en dehors de ces périmètres⁽⁴⁵⁾. Il s'ensuit par ailleurs que les espèces et habitats d'intérêt communautaire présents dans des sites proposés ou susceptibles de l'être mais non encore désignés comme sites Natura 2000 sont également couverts par la responsabilité, ce dès l'entrée en vi-

(35) Il s'agit plus précisément des «espèces vivant naturellement à l'état sauvage sur le territoire européen, notamment celles visées à l'annexe I, y compris leurs sous-espèces, races ou variétés, quelle que soit leur origine géographique, ainsi que les oiseaux hybridés avec un individu de ces espèces».

(36) Il en est ainsi par exemple des espèces menacées vivant dans les terres agricoles (Busard cendré, Bruant proyer, Râle des genêts, Caille des blés, ...). Le régime ne couvrant que les dommages «significatifs» (*infra*), il est peu probable que des espèces «communes» soient touchées au point d'enclencher une obligation de prévention ou de réparation.

(37) Il s'agit plus précisément des espèces reprises aux annexes IIa (liste des espèces animales strictement protégées et figurant à l'annexe IVa de la Directive 92/43/CEE et/ou à l'annexe II de la Convention de Berne), IIb, VIa (liste des espèces végétales strictement protégées et figurant à l'annexe IVb de la Directive 92/43/CEE et/ou à l'annexe I de la Convention de Berne), VIb de la loi.

(38) Art. D.94, 3^o, a.

(39) Il est vrai que la loi sur la conservation de la nature protège tous les «habitats naturels» de ces espèces (voir art. 2bis, § 2, 4^o, et 3, § 2, 3^o, de la loi), ce que n'exige pas la directive Habitats.

(40) Cinquième considérant du préambule de la directive 2004/35/CE.

(41) Art. 1^{er}, f, de la directive Habitats. La Commission a par ailleurs publié un document relatif aux articles 12 et 16 de la directive Habitats (relatif à la protection stricte des espèces animales de l'annexe IV de cette directive) qui donne d'intéressants développements sur cette notion ainsi que sur celles de sites de reproduction et d'aires de repos (COMMISSION EUROPEENNE, *Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive «Habitats» 92/43/CEE*, février 2007).

(42) Il est certain qu'en pratique, il s'agit sans doute de l'élément le plus difficile à identifier avec précision sur une carte, tant les exigences écologiques desdites espèces sont complexes. Ainsi, une chauve-souris utilise un gîte d'hiver, un gîte d'été (différent), des sites de repos dans les arbres morts et les bâtiments et enfin d'importantes surfaces de prés, de bocage ou de forêts pour se nourrir. L'on reviendra ci-après sur l'importante question de l'information relative à la présence d'espèces protégées, qui conditionne évidemment l'application du régime de responsabilité.

(43) Les «habitats naturels» sont définis, dans la loi, sans référence à une annexe particulière, à savoir comme «les zones terrestres ou aquatiques dont les caractéristiques géographiques et abiotiques et dont les possibilités de colonisation naturelle permettent la présence ou la reproduction de populations d'espèces de faune ou de flore sauvages. Les habitats sont dits naturels, que leur existence soit ou non due à une intervention humaine» (art. 1^{er} bis, 2^o, de la loi).

(44) Voir les considérations détaillées sur cette question en droit communautaire in Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 661 et s.; Ch.-W. BACKES, *o.c.*, p. 168.

(45) L'inclusion dans le champ d'application de toutes les espèces d'oiseaux sauvages ne saurait non plus être interprétée comme se limitant aux populations présentes dans des aires protégées, ces espèces étant toutes protégées par l'article 2, § 1^{er}, de la loi.

gueur du régime. Cet effet est opportun si l'on considère le retard pris par le Gouvernement pour désigner les sites Natura 2000.

23. Il s'ensuit que certaines espèces, ainsi que les types d'habitats naturels de l'annexe VIII, bénéficient des mesures prises dans le cadre du présent décret sur tout le territoire wallon, sans pour autant être nécessairement «protégés» par la loi sur la conservation de la nature. Ceci peut poser question, dans la mesure où l'exclusion du champ d'application de la responsabilité des dommages causés à la suite d'une dérogation délivrée en vertu de l'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature (projet justifié par des raisons impératives d'intérêt public majeur)⁽⁴⁶⁾ (*infra*) n'est pas d'application en dehors du réseau Natura 2000. On peut se demander si cette situation n'est pas discriminatoire. Pour répondre à cette question, il importe de prendre en considération le fait que l'exploitant peut bénéficier de la cause exonératoire pour «permit defence»⁽⁴⁷⁾, qui l'exonérera de la charge du coût de la réparation (mais pas, il est vrai, du respect des obligations de prévention, *infra*). Il conviendra également de tenir compte du fait que si un projet est légalement autorisé en application du mécanisme de dérogation au régime de protection des sites Natura 2000, l'autorité doit imposer au demandeur des mesures de compensation assurant la cohérence globale du réseau Natura 2000, ce qui revient à lui imposer des mesures de réparation proches de celles prévues par la directive 2004/35/CE. Il n'est donc pas certain qu'au final, la situation pourra être considérée comme discriminatoire.

24. La prévention d'une menace imminente de dommage ou la réparation d'un dommage à des espèces ou à des habitats protégés reste évidemment tributaire, en pratique, de l'identification de ces espèces et habitats sur le terrain⁽⁴⁸⁾. C'est sans doute sur ce point que l'effectivité du décret risque d'être mise à l'épreuve. Si la présence d'une espèce protégée sur un site n'est pas connue, sa destruction passera évidemment inaperçue... Le problème est que, en dehors des zones protégées ou inventoriées, la présence des espèces et habitats protégés restera souvent ignorée et le dommage ne sera pas réparé. Dans cette perspective, les inventaires existants⁽⁴⁹⁾ et, dans une moindre mesure, les évaluations des incidences joueront un rôle essentiel dans la mise en œuvre de la responsabilité environnementale. Ces données restent cependant incomplètes en dehors des zones protégées. L'on ne peut donc qu'encourager le gouvernement wallon à procéder à un inventaire des «espèces et habitats protégés» au sens du présent décret sur l'ensemble de son territoire. La loi l'y habilite⁽⁵⁰⁾ et le droit communautaire l'impose en ce qui concerne les espèces visées à l'annexe IV de la directive Habitats⁽⁵¹⁾.

b. Les eaux

25. Les exploitants sont également responsables des dommages qu'ils causent aux «eaux». Celles-ci sont

définies par référence aux eaux «définies à l'article D.2, 30°, 31°, 33°, 34° et 36° à 38°, du Livre II du Code de l'Environnement constituant le Code de l'Eau»⁽⁵²⁾, soit toutes les ressources en eau qui entrent dans le champ d'application de la directive-cadre 2000/60/CE sur l'eau, telle que transposée dans le Code de l'eau. Ceci inclut les eaux côtières⁽⁵³⁾ et, parmi les eaux intérieures, les eaux destinées à la consommation humaine, les eaux de surface, les eaux de transition (estuariennes), les eaux potabilisables et les eaux souterraines.

26. Concrètement, on sait que les États membres sont tenus, en vertu de la directive-cadre sur l'eau, d'identifier, de caractériser et d'évaluer l'état écologique, chimique ou quantitatif des différentes «masses d'eau»⁽⁵⁴⁾ présentes dans chaque bassin hydrographique de leur territoire. Le découpage du réseau hydrographique et des eaux souterraines en masses d'eau figure dans l'état descriptif du réseau hydrographique réalisé à cette occasion⁽⁵⁵⁾. L'état des «eaux» initial est établi pour chaque masse d'eau identifiée (*infra*). Contrairement à ce qui est le cas pour les espèces et habitats protégés, *a priori*, chaque masse d'eau du territoire wallon est donc identifiée sur des cartes mises en ligne, ce qui facilite considérablement l'évaluation du dommage ou de la menace imminente

(46) Art. D. 94, 1°, a, al. 2. Sur les dommages exclus du champ d'application du décret, voir *infra*.

(47) Art. D.126.

(48) Voir p. ex. les problèmes liés à l'identification de l'érablière de ravin dans l'affaire des érablières de Tenneville, in C.E., 4 avril 2001, n° 94.521, ASBL L'ERABLIÈRE.

(49) On pense à l'inventaire des Sites de grand intérêt biologique (SGIB), publié en ligne (<http://biodiversite.wallonie.be/sites/sgib.html>), aux cartes d'habitats annexées aux futurs arrêtés de désignation des sites Natura 2000 figurant ou dans les plans de gestion de réserves naturelles et enfin aux études réalisées dans le cadre des Plans communaux de développement de la nature (PCDN), accessibles sur demande auprès des communes concernées. La circulaire du 6 mars 2008 fait un relevé, incomplet, des bases de données disponibles sur les espèces et les habitats (point 4, c).

(50) Art. 4, § 1^{er}, de la loi sur la conservation de la nature.

(51) La Cour de justice a rappelé, à propos des espèces devant faire l'objet d'une protection stricte (annexe IV de la directive Habitats), que les États membres avaient l'obligation de mettre en place un système de surveillance de ces espèces, ce qui inclut, selon la Commission, un inventaire initial de leurs populations (C.J.C.E., 11 janvier 2007, aff. C-183/05, COMMISSION C/ IRLANDE, point 32, *Amén.*, 2007/3, p. 121, *reflet* C.-H. BORN).

(52) Art. D.94, 5°.

(53) Le Conseil d'État a pourtant fait remarquer que «la compétence des Régions dans les matières de l'environnement et de la conservation de la nature ne s'étend pas aux éléments du milieu marin situés dans la mer territoriale, la zone économique exclusive et le plateau continental» (Avis L. 42.712/4, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 50).

(54) La notion de masse d'eau est définie différemment selon le type d'eau considéré. Ainsi, une masse d'eau de surface est définie comme «une partie distincte et significative des eaux de surface telles qu'un lac, un réservoir, une rivière, un fleuve ou un canal, une partie de rivière, de fleuve ou de canal, une eau de transition ou une portion d'eaux côtières» (art. D.2, 58°, Code de l'eau). En pratique, ces masses d'eau de surface correspondent à des petits bassins versants de quelques kilomètres carrés

(55) Art. D. 16 et s., Code de l'eau. Voir http://environnement.wallonie.be/directive_eau/homepage.cfm.

de dommage et améliore sa prévisibilité⁽⁵⁶⁾. On verra cependant que seules les activités les plus dangereuses sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'exploitant en cas de dommage à ces milieux.

c. Les sols

27. Les sols ne sont quant à eux pas identifiés ni même identifiables, ni dans la directive, ni dans le décret. En effet, l'exploitant est rendu responsable de toute «*pollution des sols qui engendre un risque d'incidence négative grave sur la santé humaine du fait de l'introduction directe ou indirecte en surface ou dans le sol de substances, préparations, organismes ou micro-organismes*» dans le cadre d'activités visées à l'annexe I du décret (*infra*), sans autre précision. Tous les «sols» sont donc potentiellement couverts, sans cependant qu'une définition soit donnée de cette notion⁽⁵⁷⁾. Le décret du 5 décembre 2008 relatif à la gestion des sols les définit lui comme «*la couche superficielle de la croûte terrestre, y compris les eaux souterraines au sens du Livre II du Code de l'Environnement contenant le Code de l'Eau, et les autres éléments et organismes qui y sont présents*»⁽⁵⁸⁾. Cette définition est cohérente avec une approche écosystémique du sol, puisqu'elle prend en compte non seulement ses éléments abiotiques mais aussi les organismes qui y vivent. Toutefois, cette définition inclut les eaux souterraines alors que celles-ci sont appréhendées de façon distincte par le décret sur la responsabilité environnementale.

28. Bien que ni la directive, ni le décret ne définissent non plus la notion de «pollution des sols», il paraît raisonnable de se référer, dans le contexte wallon, à la définition contenue dans le décret du 5 décembre 2008 précité⁽⁵⁹⁾. On notera cependant que, dans le décret commenté, seule la «pollution» du sol (chimique ou biologique) est susceptible d'engager la responsabilité environnementale de l'exploitant et non par exemple les dommages physiques aux sols, comme l'érosion, un glissement de terrain ou une coulée boueuse.

29. De surcroît, ce n'est qu'en cas de risque d'incidence négative grave pour la *santé humaine* – et non pour le sol lui-même, pris en tant qu'écosystème – que le dommage entre dans le champ d'application du régime. Il est donc défini ici, par exception, selon une approche anthropocentrique⁽⁶⁰⁾. Il serait cependant réducteur de croire que seules les pollutions des sols constituant une menace pour l'homme sont visées: celles qui sont susceptibles de causer un dommage aux espèces et habitats protégés ou aux masses d'eau (notamment souterraines) entrent tout simplement dans le champ des dommages causés à ces ressources naturelles (*supra*).

d. Les dommages à des multiples ressources naturelles

30. L'on ajoutera que les dommages qui affectent plus d'un type de ressource naturelle, doivent être réparés cumulativement. Ces dommages peuvent survenir en cascade⁽⁶¹⁾, lorsque l'état d'une ressource

naturelle est affecté par le dommage causé à une autre ressource naturelle. Ce sera notamment le cas des dommages affectant un sol ou une masse d'eau dont dépend l'état de conservation d'une espèce ou d'un habitat protégé.

I.2.3. Le degré de gravité du dommage couvert

a. L'exigence d'un dommage «significatif»

31. Seuls les dommages environnementaux «significatifs» entrent dans le champ d'application de la responsabilité⁽⁶²⁾. La version française de la directive suscite quelques problèmes d'interprétation à cet égard, en ce qu'elle utilise le terme «grave» pour qualifier le dommage à prendre en compte, alors que les autres versions de la directive⁽⁶³⁾ utilisent toutes le terme «significatif». Dès lors que l'interprétation d'une directive doit tenir compte de toutes les versions linguistiques du texte⁽⁶⁴⁾, vu le souhait de cohérence entre les textes affichés par le législateur communautaire⁽⁶⁵⁾ et compte tenu de l'utilisation du terme «significatif» dans l'annexe I, alinéa 1^{er}, de la directive pour qualifier les atteintes à prévenir ou réparer⁽⁶⁶⁾, on devrait considérer le terme «grave» comme synonyme de «significatif»⁽⁶⁷⁾. Cette considération est importante dans la mesure où d'aucuns pourraient tirer argument du terme «grave» pour soutenir l'exclusion du champ d'application de la responsabilité de certains dommages «significatifs» au motif qu'ils n'atteindraient pas un seuil suffisant de «gravité».

(56) La circulaire du 6 mars 2008 fait également un relevé des données disponibles sur les ressources en eau (point 4, a), mais ne renvoie pas aux fiches relatives à l'état des masses d'eau.

(57) La circulaire du 6 mars 2008 fait un relevé des données disponibles sur les sols (point 4, b).

(58) Art. 2, 1^o, décret du 5 décembre 2008 (*M.B.*, 18 décembre 2008).

(59) L'article 2 de ce décret définit la pollution du sol comme «*la présence sur ou dans le sol de polluants qui sont préjudiciables ou peuvent être préjudiciables, directement ou indirectement, à la qualité du sol*» (3^o) et le polluant comme tout «*produit, préparation, substance, déchet, composé chimique, organisme, ou micro-organisme responsable d'une pollution et généré par l'activité humaine*» (2^o).

(60) En ce sens, N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 175.

(61) Pour autant qu'ils surviennent endéans les trente ans à la date de l'émission, de l'événement ou de l'incident ayant donné lieu à ces dommages (art. D.103, 3^o).

(62) Ceci contraste, on le voit, avec le droit commun de la responsabilité civile, qui exige la réparation intégrale de tous les dommages.

(63) Nous avons examiné les versions anglaise, espagnole, italienne et néerlandaise de la directive.

(64) T.P.I.C.E., 6 avril 1995, aff. T-143/89, *FERRIERE NORD C/ COMMISSION, Rec.*, p. II-917.

(65) 5^e considérant du préambule de la directive 2004/35/CE.

(66) L'art. D.104 en reproduit les termes: «*(...) Il convient de définir les atteintes significatives à l'état initial au moyen de données mesurables...*».

(67) Le décret a d'ailleurs utilisé le mot «significativement» et non le terme «gravement» utilisé dans la version française de la directive, précisément pour corriger cette incohérence (voir Commentaire des art., *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n^o 1, p. 4). On pourrait ajouter en faveur de cette position le fait que sont exclus des dommages environnementaux les dommages causés par un projet autorisé par application de l'article 6, § 4, de la directive, qui est d'application dès qu'une atteinte significative est portée à un site.

32. Par ailleurs, on peut se demander si entre dans le champ de la responsabilité le dommage environnemental résultant de l'effet cumulatif d'activités professionnelles qui, prises individuellement, n'engendreraient pas un dommage «significatif»⁽⁶⁸⁾. Ainsi par exemple, l'effet conjugué de pratiques agricoles intensives à l'échelle d'un petit bassin versant pourrait conduire à une détérioration significative de l'état de conservation d'une espèce protégée comme la moule perlière. La directive et le décret ne semblent pas l'exclure, du moins en ce qui concerne la pollution diffuse⁽⁶⁹⁾, pour autant que le lien causal puisse être démontré, ce qui est une évidence. Il resterait à résoudre l'épineuse question de la répartition des mesures à prendre entre les exploitants éventuellement identifiés comme responsables (*infra*). Les textes n'excluent pas non plus qu'un dommage puisse devenir significatif progressivement, par l'effet de l'accumulation d'événements ou d'émissions par une même activité, pour autant qu'il devienne significatif dans les trente ans qui suivent l'émission, l'événement ou l'incident ayant donné lieu à ceux-ci⁽⁷⁰⁾.

b. Le caractère significatif des dommages aux espèces et habitats protégés

33. La perturbation d'une espèce ou la détérioration d'un habitat ne doit faire l'objet de mesures au sens du présent décret que si elle «affecte significativement la constitution ou le maintien d'un état de conservation favorable de tels habitats ou espèces»⁽⁷¹⁾. Le caractère significatif du dommage s'évalue par rapport à «l'état initial» de la ressource, c'est-à-dire son état à la veille de la survenance du dommage⁽⁷²⁾ et au regard de l'objectif à atteindre, à savoir soit «maintenir», soit «constituer»⁽⁷³⁾ l'état de conservation, selon que celui-ci est, respectivement, favorable ou défavorable au moment du dommage.

34. L'annexe I de la directive, transposée par l'article D.104 du Livre I^{er} du Code de l'environnement, donne des détails sur la manière d'évaluer le caractère significatif du dommage aux espèces et habitats protégés. Elle fixe des critères à prendre en considération⁽⁷⁴⁾ et propose une série d'indicateurs (nombre d'individus, surface couverte, rôle des individus concernés ou de la zone atteinte par rapport à la conservation de l'espèce, capacité de régénération naturelle de l'habitat, etc.) qui permettent de mesurer l'impact sur l'état de conservation dans le cadre du régime de responsabilité.

35. L'annexe I énonce par ailleurs quelques présomptions. Elle indique ainsi que les dommages «ayant une incidence démontrée sur la santé humaine» doivent nécessairement être considérés comme «significatifs», ce qui, on l'admettra, a peu de sens d'un point de vue strictement écologique. A l'inverse, elle écarte, sur la base de critères qui ne sont pas uniquement écologiques, certains dommages comme étant non «significatifs», à savoir les dommages qui, soit :

– sont inférieurs aux fluctuations naturelles considérées comme normales pour l'espèce ou l'habitat

concernés;

– sont dus à une «cause naturelle»⁽⁷⁵⁾;
– résultent «des interventions liées à la gestion normale des sites telle que définie dans les cahiers d'habitat, les documents d'objectif ou pratiquée antérieurement par les propriétaires ou exploitants»; cette dernière présomption pourraient faire échapper au régime de la responsabilité un certain nombre d'activités «de gestion» potentiellement dommageables, y compris les pratiques agricoles et forestières intensives «pratiquées antérieurement»;

– surviennent alors qu'il est établi «que les espèces ou les habitats se rétabliront en un temps limité et sans intervention (...)»; ceci ne signifie pas pour autant que seuls les dommages irréversibles soient couverts⁽⁷⁶⁾.

36. On constate qu'à nouveau, la directive et, par conséquent, le décret n'affichent pas une cohérence parfaite avec les concepts correspondants dans la directive Habitats, au risque de susciter des problèmes d'interprétation.

37. En effet, dans le cadre de la responsabilité environnementale, le dommage n'est pris en compte que s'il «affecte significativement la constitution ou le maintien de l'état de conservation favorable» de l'espèce ou de l'habitat concerné⁽⁷⁷⁾. Le concept d'état de

(68) Sur cette question, voir le commentaire de l'article D.101 (*Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 9). Sur l'incapacité de la responsabilité civile classique de prendre en considération ces dommages, voir X. THUNIS, *o.c.*, p. 39.

(69) Art. D.101.

(70) Art. D.103. Il pourrait en être ainsi par exemple de l'épandage d'engrais sur des habitats d'intérêt communautaire pendant plusieurs années de suite au point de conduire à une eutrophisation du sol et à une modification de la composition floristique de l'habitat.

(71) Art. D.94, 1^o, a.

(72) Art. D.94, 1^o, a et D.104. Voir la définition d'état initial, art. D.94, 18^o.

(73) Le terme «constituer» est une traduction maladroite du verbe «to reach» utilisé dans la version anglaise. L'article D.104 utilise pour sa part le terme «réaliser». Pour sa part, la directive Habitats utilise le terme «rétablir une espèce ou un habitat dans un état de conservation favorable», ce qui est beaucoup plus clair.

(74) L'étendue du dommage s'évalue par rapport à «l'état de conservation à l'époque où le dommage a été occasionné, aux services et agréments qu'ils procurent, et à leur capacité de régénération naturelle».

(75) Le cas d'un dommage causé en partie par une cause naturelle et en partie par une activité n'est pas réglé.

(76) Les dommages qui ne sont réversibles qu'après un «temps limité» ou qui requièrent une intervention doivent être pris en considération. En ce sens, B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 182.

(77) La directive 2004/35/CE donne une définition de la notion d'état de conservation d'un habitat naturel ou d'une espèce (art. 2.4) légèrement différente de celle utilisée dans la directive Habitats (art. 1^{er}, e et i), sans que l'on perçoive les raisons ni le sens de ces modifications. Le décret du 20 novembre 2007 a lui choisi de modifier la définition d'état de conservation prévue dans la loi sur la conservation de la nature (voir les art. 4 et 5 du décret modifiant l'art. 1^{er} bis de la loi) en l'alignant sur celle de la directive 2004/35/CE, alors que celle-ci n'a pas modifié explicitement la directive Habitats en ce sens. Une question préjudicielle devrait être posée à la Cour de justice pour déterminer si les deux notions doivent être interprétées de façon synonyme – ce qui nous paraîtrait être la seule solution cohérente et conforme à la sécurité juridique.

conservation est défini de façon presque identique à la définition reprise dans la directive Habitats⁽⁷⁸⁾. Cet état de conservation est évalué tous les six ans par les États membres⁽⁷⁹⁾ et s'apprécie à l'échelle de l'aire de répartition de l'habitat ou de l'espèce concerné, pour la partie de la région biogéographique située à l'intérieur des frontières de l'État⁽⁸⁰⁾, soit à une échelle globale. En revanche, dans le cadre de l'évaluation appropriée des incidences des plans et projets au sens de l'article 6, § 3, de la directive Habitats (art. 29, § 2, L. sur la conservation de la nature), le caractère «significatif» des effets d'un plan ou d'un projet doit être évalué par référence aux «objectifs de conservation du site» et donc à l'échelle du site⁽⁸¹⁾.

38. On est donc en droit de se demander si le caractère significatif des dommages à prendre en considération dans le cadre de la responsabilité environnementale est évalué de la même manière et à la même échelle que dans le cadre de l'évaluation appropriée des incidences des plans et projets. Bien qu'une question préjudicielle à la Cour de justice serait nécessaire pour répondre de façon tranchée à cette question, on serait tenté de répondre par l'affirmative⁽⁸²⁾, compte tenu de la volonté de cohérence du législateur⁽⁸³⁾, des termes utilisés par le décret⁽⁸⁴⁾ et des liens étroits qui existent entre la notion d'objectifs de conservation du site et le concept d'état de conservation favorable⁽⁸⁵⁾. Il semble en tout cas que l'évaluation du dommage doive se faire à l'échelle du site⁽⁸⁶⁾. Cette interprétation n'est cependant pas sans soulever certaines difficultés d'application en dehors des zones protégées, où les objectifs de conservation ne sont pas définis dans un plan de gestion ou un arrêté de désignation.

39. Quoiqu'il en soit, il est clair que plus une espèce ou un habitat sera en état de conservation défavorable, plus un dommage même localisé risquera d'être significatif⁽⁸⁷⁾. Il ne saurait être soutenu qu'un dommage n'est significatif que s'il fait passer une espèce ou un habitat d'un état de conservation favorable à un état défavorable. Il doit être également qualifié comme tel s'il compromet le rétablissement de cette espèce ou de cet habitat (actuellement en état défavorable) dans un état favorable.

40. Enfin, on ne peut que souligner, encore une fois, l'importance des données récoltées par l'administration dans le cadre du suivi de l'état de conservation des espèces et des habitats protégés – lorsqu'il est organisé – pour permettre de déterminer l'état de conser-

(78) Pour rappel, l'état de conservation (EC) d'un habitat naturel ou d'une espèce, au sens de la directive Habitats, correspond, en substance, 1) à la situation globale dans laquelle se trouve un habitat ou une espèce à l'échelle de son aire de répartition naturelle, par rapport à certains paramètres précis et mesurables (surfaces occupées dans l'aire de répartition, état des structures et des fonctions de l'habitat considéré, viabilité des populations, surfaces d'habitats de l'espèce, etc.) et 2) à la tendance qui caractérise l'évolution de cette situation à moyen et long terme. Cet état est «favorable» (ECF) lorsque la situation globale de l'espèce ou de l'habitat, à l'échelle de son aire de répartition et pour la région biogéographique concernée, est stable ou s'améliore par rapport à ces mêmes paramètres. Sur la notion d'état de conservation, voir, outre les définitions légales, COMMISSION EUROPÉENNE, *Assessment, monitoring and reporting of conservation status – Preparing the 2001-2007 report under Article 17 of the Habitats Directive (DocHab-04-03/03 rev.3)*, annexe F; COMMISSION EUROPÉENNE, *Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales...*, o.c., p. 10.

(79) Art. 17.1, directive Habitats. Une première évaluation a eu lieu en 2007.

(80) COMMISSION EUROPÉENNE, *Assessment...*, o.c., p. 7. L'évaluation de l'état de conservation des populations d'espèces à cheval sur une frontière devrait s'effectuer conjointement par les États ou collectivités compétentes concernées.

(81) Pour rappel, la Cour de justice a jugé, dans son arrêt «mer de Wadden», qu'un plan ou un projet a un effet significatif s'il «compromet la réalisation des objectifs de conservation du site» (C.J.C.E., 6 septembre 2004, aff. C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels c/ Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* («mer de Wadden»), points 47 et s.).

(82) En ce sens, Ch. BACKES, o.c., p. 169.

(83) Voir les premier et cinquième considérants du préambule de la directive 2004/35/CE.

(84) Le texte couvre les atteintes qui affectent significativement «la constitution ou le maintien» de l'état de conservation «favorable» des espèces et habitats concernés, ce qui semble indiquer que toute atteinte qui compromet la réalisation de cet état favorable entre dans le champ d'application de la responsabilité. Il faut cependant admettre que la référence à l'état initial dans l'annexe I de la directive (art. D.94, 1^o, a) n'est pas cohérente avec l'article 2.1, a, de la directive (art. D.104), puisque cet état initial peut être défavorable. De deux choses l'une: ou bien on évalue le caractère significatif du dommage par rapport à un état favorable, ou bien par rapport à l'état de conservation initial, même s'il est défavorable.

(85) *A priori*, chaque site Natura 2000 contribue de façon indispensable au maintien ou au rétablissement de l'espèce ou de l'habitat concerné dans un état de conservation favorable, ce qui suppose que lorsqu'un objectif de conservation d'un site est compromis, c'est le rétablissement ou le maintien de l'état de conservation favorable qui est lui-même compromis (en ce sens, COMMISSION EUROPÉENNE, *Gérer les sites Natura 2000 – Les dispositions de l'art. 6 de la directive «Habitats» 92/43/CEE*, Luxembourg, Commission européenne, 2000, p. 19. Pour plus de détails sur cette question fondamentale, voir Ch.-H. BORN, «Quelques réflexions sur le mécanisme de protection des sites Natura 2000 contre les incidences des plans et projets», in COLL., *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 957-986.

(86) Ainsi, l'art. D.104, al. 3, 2^o, exclut du dommage les variations négatives liées à «la gestion normale des sites», ce qui suppose que ces variations sont évaluées à l'échelle du site. De même, l'art. D.106, al. 2, qui traite de la réparation «complémentaire» (*infra*) fait référence à l'état initial «du site endommagé».

(87) Ainsi, si l'état de conservation d'une espèce est déjà défavorable à l'échelle de son aire de répartition – comme c'est le cas de la plupart des espèces pour lesquelles des sites Natura 2000 doivent être désignés –, il se peut qu'un dommage même peu étendu en termes de surface à un site soit considéré comme significatif, si par exemple il entraîne une hausse importante de la probabilité d'extinction d'une population de cette espèce et, partant, un recul des surfaces qu'elle occupe dans son aire de répartition déjà fort réduite. A l'inverse, la dynamique de population d'une espèce en état de conservation favorable est telle que la perte d'une petite population locale n'affectera guère les surfaces qu'elle occupe dans son aire de répartition. Dans ce cas, le caractère significatif du dommage sera plus difficile à établir s'il ne dépasse pas une certaine envergure.

vation initial de l'espèce ou de l'habitat considéré⁽⁸⁸⁾. A défaut, il sera très difficile d'établir l'état initial et donc de déterminer si la responsabilité est engagée. En dehors des zones protégées, cet état initial risque d'être très difficile à établir si aucun inventaire ne recense l'espèce ou l'habitat considéré (*supra*).

41. En tout état de cause, il va sans dire que seuls des experts pourront se prononcer sur le caractère significatif du dommage, les concepts en jeu étant éminemment techniques. L'avis du Département de la nature et des forêts (DNF) et/ou du Département de l'étude du milieu naturel et agricole (DEMNA) devraient donc être sollicités par l'autorité compétente chaque fois qu'un dommage à une espèce ou un habitat protégé survient ou risque de survenir. Toutefois, pour éviter tout arbitraire de la part de ces services, il serait judicieux que l'administration se dote d'indicateurs objectifs, validés et publiés permettant d'évaluer le caractère significatif des dommages locaux sur l'état de conservation à l'échelle globale de chaque espèce et de chaque habitat. De tels indicateurs sont en cours d'élaboration en ce qui concerne les espèces et habitats visés par le réseau Natura 2000, dans le cadre du mécanisme d'évaluation appropriée.

c. Le caractère significatif des dommages aux eaux

42. Le décret n'inclut dans la notion de dommage environnemental aux eaux que celui qui «affecte de manière grave (lire: significative, voir *supra*) et négative l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernées». Le décret renvoie au Code de l'eau en ce qui concerne les notions «d'état» des eaux, comme l'exige la directive 2004/35/CE. Pour rappel, le gouvernement wallon doit établir un «état descriptif» de chaque bassin hydrographique, dans lequel il caractérise chaque masse d'eau et détermine son état écologique, chimique et/ou quantitatif ou son potentiel écologique sur une échelle préétablie distinguant l'état «très bon», «bon», «moyen», «médiocre» et «mauvais» par rapport à différents paramètres de référence⁽⁸⁹⁾. Chaque masse d'eau fait ainsi l'objet d'une fiche indiquant, entre autres, le type d'eau concerné et son état en 2006, ces fiches étant consultables sur internet⁽⁹⁰⁾. Les données sur l'état des masses d'eau⁽⁹¹⁾ sont mises à jour tous les six ans, conformément au programme de surveillance que doit mettre en œuvre la Région wallonne⁽⁹²⁾. Toutes les données et tous les indicateurs nécessaires sont donc en principe disponibles pour déterminer le caractère significatif d'un dommage. Leur interprétation nécessitera cependant l'intervention d'experts. A ce titre, l'avis du département de l'Eau (DE) devrait donc être sollicité par l'autorité compétente chaque fois qu'un dommage à une masse d'eau survient ou risque de survenir.

43. A cet égard, soulignons que rien dans le texte du décret n'indique que le caractère significatif du dommage n'est établi que si la masse d'eau passe d'un état déterminé à un moins bon état (p. ex. de «bon» à «médiocre»). L'appréciation doit se faire au cas par

cas, en fonction de l'influence de l'activité sur les paramètres déterminant l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique de la masse d'eau concernée.

d. Le caractère significatif des dommages aux sols

44. Les dommages aux sols à prendre en considération couvrent uniquement, on l'a dit, la «pollution du sol» qui «engendre un risque d'incidence négative grave (lire: significative, voir *supra*) sur la santé humaine». Comme le relève Ch. PIROTTE, un simple risque d'incidence grave entre dans le champ d'application de la responsabilité⁽⁹³⁾, ce qui pose la question de savoir si un tel «risque» doit s'interpréter plus largement que la notion de «menace imminente». Ni la directive, ni le décret ne fournissent par ailleurs de définition de la notion d'incidence grave/significative sur la santé humaine. Toutefois, bien qu'elle vise avant tout la réparation du dommage, l'annexe II.2 de la directive, transposée à l'article D.111, donne des indications sur la manière d'établir ce risque⁽⁹⁴⁾.

45. On notera que la notion de «pollution du sol constituant une menace grave» visée dans le décret du 5 décembre 2008 relatif à la gestion des sols ne paraît pas constituer une référence pertinente, dans la mesure où elle ne se limite pas aux atteintes à la santé⁽⁹⁵⁾. L'étude de risque prévue par l'article 44, § 3, dudit décret pourra cependant apporter des éléments de fait très utiles à cet égard, comme le suggère au demeurant l'article D.111.

(88) Voir le relevé (incomplet) des bases de données disponibles dans la circulaire du 6 mars 2008 (point 4, c).

(89) Art. D.16 et D.17, Code de l'eau.

(90) http://environnement.wallonie.be/directive_eau/masses/me.asp

(91) Voir le relevé des bases de données disponibles dans la circulaire du 6 mars 2008 (point 4, a).

(92) Art. D.19, Code de l'eau.

(93) Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 660, note 29.

(94) L'article D.111 donne une série de critères à prendre en considération (caractéristiques et fonctions des sols, nature, concentration, dangerosité et possibilités de dispersion des substances, préparations, organismes et micro-organismes nocifs, utilisation du sol telle qu'établie sur la base des «réglementations relatives à l'utilisation du sol» (c'est-à-dire, notamment, le zonage dans les plans d'affectation du sol) ou d'autres réglementations pertinentes en vigueur, le cas échéant, au moment de la survenance du dommage). En l'absence de ces réglementations, «la nature de la zone concernée où le dommage est survenu détermine, eu égard au potentiel de développement de cette zone, l'usage de la zone de sols en question».

(95) Selon l'article 2, 6°, du décret du 5 décembre 2008, la pollution du sol constituant une menace grave est définie comme suit: «a) pollution du sol qui, eu égard aux caractéristiques du sol et aux fonctions remplies par celui-ci, à la nature, à la concentration et au risque de diffusion des polluants présents, constitue ou est susceptible de constituer une source de polluants transmissibles aux hommes, aux animaux et aux végétaux, portant certainement ou probablement préjudice à la sécurité ou à la santé de l'homme ou à la qualité de l'environnement;

b) pollution du sol susceptible de porter préjudice aux réserves en eau potabilisable».

46. Sur un territoire aussi exigu que celui de la Région wallonne, la question des dommages transfrontières – survenant sur le territoire d'une autre Région ou d'un autre État membre du fait d'une activité exercée en Région wallonne ou, à l'inverse, survenant sur le territoire wallon du fait d'activités exercées ailleurs – risque de se poser fréquemment. Le principe d'exclusivité territoriale des compétences régionales en matière d'environnement et de conservation de la nature⁽⁹⁶⁾ n'autorise *a priori* pas le législateur wallon à réglementer des situations en dehors du territoire wallon⁽⁹⁷⁾. On verra que des obligations de coopération sont prévues dans cette hypothèse (*infra*), mais en l'absence de dispositions coordonnées, les dommages transfrontières risquent de rester hors cadre juridique. D'épineuses questions de droit international privé (ou de droit «interrégional», à défaut d'accord de coopération) risquent en tout état de cause de se poser pour déterminer la loi applicable à l'évaluation du dommage et à l'établissement du lien causal, à l'application des causes d'exonération, etc. Elles ne seront pas examinées ici⁽⁹⁸⁾.

1.2.4. Les dommages exclus d'office

47. La directive et le décret excluent d'office de leur champ d'application une série de dommages environnementaux. Il s'agit, *ratione materiae*, des dommages qui :

– résultent d'un acte ayant fait l'objet d'une dérogation en vertu des dispositions de la loi sur la conservation de la nature⁽⁹⁹⁾, de la loi sur la chasse⁽¹⁰⁰⁾ ou encore du Code de l'eau⁽¹⁰¹⁾. A l'évidence, ces exclusions relèvent plus d'une cause d'exonération pour «permis de défense» (*infra*). Toutefois, l'exclusion rend inapplicable le régime de responsabilité, alors que le «permis de défense», s'il est activé par l'État membre, n'exonère l'exploitant que de l'obligation de supporter les coûts de la réparation et non des autres obligations prévues par le décret (*infra*);

– ne sont pas «significatifs» (*supra*);
– sont causés par des cas de force majeure⁽¹⁰²⁾;
– résultent d'activités «menées principalement dans l'intérêt de la sécurité internationale» ou d'activités «dont l'unique objet est d'assurer la protection contre les catastrophes naturelles»⁽¹⁰³⁾;
– résultent d'activités ou d'incidents relevant du champ d'application de différentes conventions internationales établissant des obligations de réparation de dommages dus à la pollution du milieu marin par les hydrocarbures ou à des activités nucléaires⁽¹⁰⁴⁾.

48. *Ratione temporis*, sont exclus :

– les dommages causés par une émission, un événement ou un incident survenus soit avant le 30 avril 2007, soit après cette date, lorsqu'ils résultent d'une activité spécifique qui a été exercée et menée à son terme avant ladite date; sont donc exclues toutes les «pollutions historiques», ce qui a été très critiqué⁽¹⁰⁵⁾ mais répond à un souci de sécurité juridique évi-

dent⁽¹⁰⁶⁾;

– les dommages survenus plus de trente ans après l'émission, l'événement ou l'incident ayant donné lieu à ceux-ci. Il résulte de cette forme de prescription trentenaire que la responsabilité peut être engagée pour un dommage apparu des années après l'exercice de l'activité qui en est la cause (hypothèses de l'effet «retard»). Ces hypothèses sont fréquentes en ce qui concerne les

(96) Voir F. TULKENS, *o.c.*, p. 68.

(97) On notera qu'en droit international, il est admis qu'un législateur peut en principe prétendre à l'extraterritorialité de ses textes si cela n'entraîne pas de contrainte sur un sol étranger (voir P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1998, p. 62 et s. et p. 75; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 144 et s.). Comme le notent P. DAILLIER et A. PELLET, «Le droit international reconnaît aux États une compétence normative extra-territoriale; il exclut en revanche toute compétence d'exécution extra-territoriale forcée» (P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 506).

(98) Sur ces aspects, voir Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 704 et s.; B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 203 et s.; M. FALLON, B. FAUVARQUE-COSSON et S. FRANCO, «Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale: en marche vers un droit spécial des conflits de loi?», in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen: point de vue franco-belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 548-652.

(99) A savoir les dérogations délivrées en vertu des dispositions relatives à l'évaluation appropriée Natura 2000 (art. 29, § 2, al. 3 à 5, de la loi) ou des dispositions relatives à la protection des espèces (art. 5, §§ 1 à 3, et 5bis, de la loi).

(100) A savoir les dérogations délivrées en vertu des articles 1^{er}, alinéa 3 (dérogation à l'arrêté fixant les dates d'ouverture et de fermeture de la chasse des espèces classées comme gibier) et 7, § 1^{er}, (dérogations pour la capture ou la destruction d'espèces d'intérêt communautaire classées comme gibier) de la loi du 28 février 1882 sur la chasse. L'explication donnée par le commentaire des articles est assez obscure sur le sens à donner à cette disposition (Commentaire des art., *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007), n° 1, pp. 4-5). Il nous semble que la seule interprétation cohérente possible est que cette exclusion vise, en réalité, les dommages résultant des dérogations visant des espèces d'oiseaux gibiers visées à l'article 2, § 1^{er}, de la loi sur la conservation de la nature (mais soustraites, en vertu de l'art. 2, § 3, de la même loi, au régime de protection établi par celle-ci) et incluses à ce titre dans les ressources naturelles couvertes par le décret commenté (voir *supra*).

(101) Sont exclues les incidences négatives «auxquelles s'applique l'article D.22, § 9» du Code de l'eau. Cette disposition prévoit que, notamment, «l'autorité de bassin peut décider qu'il est admis de ne pas rétablir le bon état d'une eau souterraine, le bon état écologique ou, le cas échéant, le bon potentiel écologique ou de ne pas empêcher la détérioration de l'état d'une masse d'eau de surface ou d'eau souterraine» en fonction de certains critères. Elle peut aussi, dans certaines conditions, autoriser la détérioration d'une masse d'eau en très bon état vers un bon état. Dans tous les cas, une décision explicite et formellement motivée est nécessaire dans le chef de l'autorité de bassin. Ce n'est que si cette décision est prise que l'exclusion est applicable.

(102) A savoir les dommages causés soit par un conflit armé, des hostilités, une guerre civile ou une insurrection, soit par un phénomène naturel de nature exceptionnelle, inévitable et irrésistible (art. D.98). On peut se demander si cette exclusion est utile dans la mesure où de toute façon, elle n'implique pas l'exercice d'activités professionnelles.

(103) Art. D.102.

(104) Voir art. D.99 et D.100. Ces hypothèses restent assez théoriques en Région wallonne.

(105) Voir L. DEMEZ, *o.c.*, p. 35 et les références citées.

(106) Les législations relatives à la lutte contre la pollution des sols offrent des mécanismes plus adaptés et proportionnés pour gérer ces pollutions.

dommages causés aux espèces et aux habitats⁽¹⁰⁷⁾ et les pollutions du sol⁽¹⁰⁸⁾. Elles soulignent l'importance du suivi environnemental des plans et programmes et, idéalement, des projets soumis à évaluation des incidences. Le suivi de l'état de conservation des espèces et des habitats ou de l'état des masses d'eau permettra également de mettre en évidence des dommages «à retardement».

I.3. LE FAIT GÉNÉRATEUR

49. La responsabilité environnementale n'est engagée que si un fait générateur peut être établi conformément aux critères fixés par le décret. Celui prévoit que, parmi les dommages environnementaux, seuls ceux qui sont causés par des «activités professionnelles» (I.3.1.) sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'exploitant. Il définit ensuite deux régimes de responsabilité, l'un de nature «objective» (I.3.2.), l'autre reposant sur un comportement fautif ou négligent, en fonction de la dangerosité de l'activité professionnelle qui est à l'origine du dommage (I.3.3.).

I.3.1. La notion d'activité professionnelle

50. La notion d'activité professionnelle est entendue au sens le plus large, comme «*toute activité exercée dans le cadre d'une activité économique, d'une affaire ou d'une entreprise, indépendamment de son caractère privé ou public, lucratif ou non lucratif*»⁽¹⁰⁹⁾. Elle ne se limite donc pas à la notion d'exploitation au sens du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement⁽¹¹⁰⁾. Elle peut être le fait d'une personne morale de droit public comme de droit privé⁽¹¹¹⁾. Les activités de service public, comme les travaux d'égouttage et d'assainissement des eaux usées, sont incluses dans cette notion. En revanche, les dommages causés par des activités exercées dans la sphère privée, même soumises à permis ou déclaration – par exemple la fuite de la citerne à mazout d'un particulier – restent en dehors du cadre de la responsabilité⁽¹¹²⁾, sauf s'ils sont en réalité le fait d'un professionnel – dans notre exemple, si c'est le vendeur de mazout qui est responsable d'un débordement de ladite citerne⁽¹¹³⁾.

51. Deux catégories d'activités professionnelles sont distinguées en fonction de leur dangerosité. Elles déterminent le régime de la responsabilité – objective ou pour faute – applicable ainsi que l'étendue des dommages devant faire l'objet de mesures de prévention ou de réparation.

I.3.2. L'exercice d'une activité visée à l'annexe I

52. Un régime de responsabilité «objective» est applicable à toutes les activités professionnelles reprises dans l'annexe I du Livre I^{er} du Code de l'environnement (transposant l'annexe III de la directive). Il importe d'examiner tout d'abord le contenu de l'annexe I, pour ensuite évoquer le régime de responsabilité objective qui s'y applique.

a. Les activités reprises à l'annexe I

53. Cette annexe regroupe les activités considérées comme les plus dangereuses, réglementées au niveau communautaire. Il n'est pas possible d'analyser ici en détail cette annexe⁽¹¹⁴⁾. Elle inclut tout d'abord une série d'activités industrielles et agricoles soumises à permis d'environnement par le décret du 11 mars 1999, conformément aux dispositions de la directive 96/61/CE sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution («IPPC»), refondue en 2008⁽¹¹⁵⁾. Certaines sont définies par référence à des seuils, d'autres non, ce qui implique que certaines activités de faible envergure – comme par exemple l'épandage de pesticides ou l'exploitation d'un captage d'eau – soient soumises au régime de responsabilité objective. Les seuils repris dans l'annexe I précitée ne sont cependant pas ceux utilisés dans l'arrêté du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations classées⁽¹¹⁶⁾.

54. Sont également visées d'autres activités, soumises à permis d'environnement ou, le cas échéant, à d'autres formes d'autorisation ou d'enregistrement, y compris : les opérations de gestion des déchets (ramassage, valorisation, élimination)⁽¹¹⁷⁾, y compris les déchets d'extraction au sens de la directive 2006/21/CE du 15 mars 2006, transposée récemment⁽¹¹⁸⁾, les rejets et l'introduction de polluants ou de substances dangereuses dans les eaux de surface et souterraine, les captages, l'exploitation d'installations industrielles rejetant des

(107) LOVENHAFT et al. ont ainsi mis en évidence des effets «retard» de plusieurs dizaines d'années de l'urbanisation à Stockholm sur les populations de batraciens qui, selon eux, continueront de décliner dans les années à venir quand bien même tous les habitats actuels seraient protégés, en raison de l'actuelle distribution des zones habitées et de la densité du réseau routier, qui empêchent notamment les échanges génétiques (LOFVENHAFT, K., RUNBORG, S., SJÖGRN-GULVE, P., «Biotop patterns and amphibian distribution as assessment tool in urban landscape planning». *Landscape and Urban Planning*, 2004, vol. 68, p. 423 et s.).

(108) Du fait de la lenteur de la migration des polluants dans le sol. Les pollutions liées aux décharges en sont un exemple.

(109) Art. D.94, 7°.

(110) Commentaire des articles, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 6.

(111) Ainsi, la construction d'une autoroute par l'administration compétente pour les transports est susceptible d'engager la responsabilité de la Région wallonne, sous réserve des causes éventuelles d'exonération (*infra*).

(112) En ce sens, L. DEMEZ, *o.c.*, p. 31 et réf. citées en note 75.

(113) En ce sens par analogie, C.J.C.E., 4 septembre 2004, aff. C-1/03, PAUL VAN DE WALLE ET CRTS, point 60 (*infra*, point c).

(114) Voir les réflexions de N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 740.

(115) A savoir les activités liées à l'industrie d'activités énergétiques, l'industrie sidérurgique, l'industrie minière, l'industrie chimique, certaines installations d'élimination et de gestion des déchets, divers procédés industriels et l'élevage intensif.

(116) Commentaire des articles, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 18.

(117) L'épandage des boues provenant des stations d'épuration, bien que constitutif d'une opération de gestion de déchets, a été exclu de ces activités conformément à ce que permet la directive (point 2, al. 3, annexe III) (Commentaire des art., *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 18).

(118) Voir le décret du 18 décembre 2008 relatif à la gestion des déchets de l'industrie extractive (*M.B.*, 21 janvier 2009).

substances polluantes couvertes par la législation sur la protection de l'air, l'utilisation confinée d'OGM ou encore le transfert transfrontalier de déchets à l'entrée et à la sortie de l'Union européenne.

55. Enfin, sont également concernées des activités qui ne sont pas nécessairement soumises à un contrôle. Ainsi, sont couvertes, outre la fabrication et le stockage (soumis à contrôle), «l'utilisation, (...), le traitement, le conditionnement, le rejet dans l'environnement et le transport sur le site» d'une série de substances dangereuses, ce qui inclut par exemple l'épandage de pesticides ou le nettoyage des cuves utilisées à cet effet par un agriculteur le long d'un cours d'eau par exemple. Le transport de marchandises dangereuses ou polluantes est également inclus dans cette annexe.

56. On rappellera enfin que l'État fédéral est resté exclusivement compétent pour réglementer certaines activités professionnelles visées à l'annexe I de la directive, ce qui explique que ces dernières n'ont pas été visées par le législateur wallon. Elles sont couvertes par des réglementations spécifiques fédérales⁽¹¹⁹⁾.

b. Un régime de responsabilité « objective » ?

57. Le seul exercice d'une activité visée à l'annexe I suffit à engager la responsabilité de l'exploitant pour l'ensemble des dommages environnementaux qu'elle a causé (aux espèces et habitats protégés, aux eaux et aux sols⁽¹²⁰⁾), ce sans qu'une faute ou une négligence doive être démontrée dans le chef de l'exploitant⁽¹²¹⁾. Ce type de responsabilité, qui privilégie la prévention et la réparation sur la sanction, repose sur la théorie du «risque créé» et non plus sur un comportement fautif⁽¹²²⁾.

58. Plusieurs auteurs font cependant remarquer que, lorsque l'État membre y recourt, la cause d'exonération pour «*permit defence*» ou pour «*state of the art defence*» (*infra*) déforce quelque peu le caractère «objectif de la responsabilité» mise en œuvre, dans la mesure où l'exploitant peut invoquer l'absence de faute ou de négligence⁽¹²³⁾. Comme le souligne X. THUNIS, «un régime de responsabilité sans faute s'évalue à la lumière des causes d'exonération prévues en faveur du pollueur, de l'exploitant sur lequel la responsabilité est canalisée»⁽¹²⁴⁾. Or, les deux clauses précitées réintroduisent un élément d'appréciation du comportement de l'exploitant. D'aucuns y voient donc un régime hybride de responsabilité.

1.3.3. L'exercice d'une autre activité professionnelle et la nécessité d'une faute

a. Les autres activités professionnelles

59. L'exercice de toute autre activité professionnelle, quelle qu'elle soit, peut également engager la responsabilité de l'exploitant aux conditions énoncées au point suivant⁽¹²⁵⁾. Cette catégorie résiduelle est évidemment fort large puisqu'elle inclut toute une série d'ac-

tivités professionnelles même non soumises à permis ou à déclaration. Elle inclut notamment les activités professionnelles récréatives (compétitions de V.T.T., rallyes, etc.) et les pratiques agricoles et sylvicoles intensives – potentiellement très dommageables pour la biodiversité –, comme par exemple l'épandage d'engrais ou l'enrésinement en zone forestière⁽¹²⁶⁾.

b. Un régime de responsabilité pour faute ou négligence

60. Lorsque l'activité professionnelle d'un exploitant ne figure pas dans l'annexe I, sa responsabilité environnementale ne peut être engagée que si l'existence d'une faute ou d'une négligence peut être établie dans le chef de l'exploitant. Encore cette responsabilité ne couvre-t-elle que les dommages causés aux espèces et habitats protégés – ce qui se justifie difficilement au regard du principe du pollueur-payeur et des objectifs de la directive. C'est donc un régime de responsabilité pour faute au champ d'application restreint que le législateur a mis en place. Ce dernier a renvoyé au droit commun de la responsabilité civile pour l'interprétation des notions de faute et de négligence⁽¹²⁷⁾.

61. L'on sait que, à défaut d'être définie par le Code civil, la faute est entendue comme «un manquement à une norme de comportement soit prévue par une disposition légale spécifique, soit définie par rapport à l'obligation générale de prudence et de diligence requise du 'bon père de famille' dans la vie sociale»⁽¹²⁸⁾.

(119) Voir p. ex. l'A.R. du 3 août 2007 concernant la prévention et la réparation des dommages environnementaux lors de la mise sur le marché d'organismes génétiquement modifiés ou de produits en contenant (*M.B.*, 20 septembre 2007); l'A.R. du 8 novembre 2007 concernant la prévention et la réparation des dommages environnementaux dus au transport par la route, la voie ferrée, par voie navigable ou par les airs: d'espèces végétales non indigènes et d'espèces animales non indigènes, ainsi que les dépouilles de ces derniers à la suite de leur import, export et transit; ainsi que de déchets lors de leur transit (*M.B.*, 9 novembre 2007). Pour plus de détails, voir F. TULKENS, *o.c.*, p. 75 et s.

(120) On a vu cependant que seule une «pollution» du sol est susceptible d'engager la responsabilité environnementale de l'exploitant.

(121) Art. D.95, 1^o.

(122) X. THUNIS, «Fonctions et fondements...», *o.c.*, p. 27.

(123) Ch. BACKES, *o.c.*, p. 170; N. DE SADELEER, *o.c.*, p. 736, note 9 et réf. citées.

(124) X. THUNIS, *o.c.*, p. 47.

(125) Art. D.95, 2^o.

(126) Toutefois, on a indiqué ci-avant que les dommages qui résultent «des interventions liées à la gestion normale des sites telle que (...) pratiquée antérieurement par les propriétaires ou exploitants» sont présumés ne pas être significatifs, sans que cette présomption puisse être renversée (art. D.104, al. 3). C'est donc le changement d'utilisation d'un sol – par exemple la conversion d'une prairie permanente en culture ou d'une forêt feuillue en résineux – qui est susceptible d'engager la responsabilité environnementale de l'exploitant.

(127) Art. 1382, C. civ. Pour un aperçu de l'application du droit commun de la responsabilité civile aux dommages causés à l'environnement, voir X. THUNIS, «Responsabilité civile en matière d'environnement: permanences et transformations», in F. HAUMONT, B. JADOT et Ch. THIEBAUT (dir.), *Urbanisme et environnement*, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2007, vol. X, p. 1333 et s., n^o 2214 et s.

(128) *Ibid.*, n^o 2218.

62. Dans ce contexte, conformément à la théorie de l'unité des notions de faute et d'illégalité admise, selon une majorité des auteurs, par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 13 mai 1982⁽¹²⁹⁾, la faute découlera de la simple violation d'une disposition légale imposant un comportement déterminé⁽¹³⁰⁾. En l'espèce, il pourra s'agir soit d'une règle de protection des espèces ou du statut de protection d'une zone protégée, soit de toute autre norme légale de comportement si sa violation conduit à un dommage ou une menace de dommage⁽¹³¹⁾. En pratique, c'est surtout lorsqu'un dommage a été causé que la violation de la norme sera établie, le législateur n'incriminant généralement pas le fait de menacer une ressource naturelle⁽¹³²⁾. A l'élément matériel de la faute, s'ajoute cependant un élément moral, qui tempère l'unicité de la faute avec l'illégalité: seul l'exploitant qui aura violé librement et consciemment une telle norme pourra être considéré comme en faute⁽¹³³⁾. A ce titre, il est admis que la prévisibilité du dommage est une condition de la faute, du moins lorsqu'elle consiste dans la violation d'une obligation de prudence⁽¹³⁴⁾. Cette condition peut s'avérer très délicate à démontrer en cas de dommages causés aux espèces et habitats en dehors des zones protégées⁽¹³⁵⁾. Elle ne signifie cependant pas que la connaissance précise des conséquences possibles de l'acte doive être démontrée dans le chef de son auteur. Il suffit que l'auteur de l'acte ne puisse légitimement exclure «l'éventualité d'un risque à agir comme il l'a fait»⁽¹³⁶⁾. Le principe de précaution devrait au demeurant inciter le juge à interpréter souplesment cette «condition» de la faute⁽¹³⁷⁾.

63. A défaut de violation d'une norme de comportement déterminée, la faute découlera du non respect de l'obligation générale de prudence et de diligence qui s'impose à toute personne. Elle sera établie si le comportement de l'exploitant s'écarte de celui d'un exploitant prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait⁽¹³⁸⁾. Une telle faute pourra être invoquée notamment si aucune infraction n'est établie, à défaut de démontrer l'élément moral de ladite infraction.

1.3.4. Les activités exclues

64. Certaines activités restent exclues du champ de la responsabilité, à savoir:

- les activités à l'égard desquelles la responsabilité ou l'indemnisation relève des conventions internationales déjà évoquées⁽¹³⁹⁾ (*supra*);
- les activités menées principalement dans l'intérêt de la sécurité internationale⁽¹⁴⁰⁾. En revanche, à la suite d'un amendement, les activités menées principalement dans l'intérêt de la défense nationale ont été incluses dans le champ d'application de la responsabilité⁽¹⁴¹⁾, comme le permettent tant la directive⁽¹⁴²⁾ que les règles de répartition de compétences⁽¹⁴³⁾. Il s'ensuit que la responsabilité de l'État fédéral peut être engagée si des activités militaires viennent à détériorer des espèces ou habitats protégés et qu'une faute ou une négligence est

(129) Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056.

(130) Soit, selon B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, «une norme impérative qui impose à son destinataire de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée» (B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 164).

(131) Par exemple, la violation des règles sur l'évaluation des incidences ou des conditions du permis.

(132) En l'espèce, si un dommage survient, la faute découlera généralement soit de la violation de l'interdiction de perturber les espèces protégées et, sauf en ce qui concerne les oiseaux, de détériorer leurs habitats (art. 2, 2bis et 3, de la loi) ainsi que des diverses interdictions de perturber les espèces et de détériorer les habitats dans les zones protégées (voir not. les art. 11 à 13, 18, 24 et 28, de la loi), soit de la violation des conditions imposées par une dérogation à ces dispositions (ou si la dérogation s'avère illégale). Ces interdictions ne couvrent cependant pas, on l'a dit, toutes les espèces et tous les habitats «protégés» au sens du présent décret. Par ailleurs, la loi sur la conservation de la nature n'incrimine pas la «menace imminente» de perturbation ou de détérioration d'habitats. Pour ces situations, la faute découlera de la violation d'autres normes ou du devoir général de prudence (*infra*).

(133) Cette exigence risque d'être parfois difficile à satisfaire dans le cas précis des dispositions relatives à la protection de la nature. En effet, on a déjà dit que, en dehors des zones protégées et en l'absence d'un inventaire systématique cartographié et publié des ressources et de leur état initial, rares seront les exploitants qui se rendront compte de l'impact potentiel de leur activité, fût-ce pour la simple raison qu'ils ignorent la présence de l'espèce ou de l'habitat protégé sur leur terrain. C'est au demeurant ce qui rend si rarement opposables les dispositions de protection des espèces (art. 2 et s., L. sur la conservation de la nature), faute pour le ministère public de pouvoir démontrer l'élément moral de l'infraction.

(134) Voir J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, p. 43 et les références doctrinales citées en note 65. Voir aussi L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, Bruxelles, Anvers, Bruylant, Maklu, 1991, p. 25 et s.; X. THUNIS, «Fonctions et fondements...», *o.c.*, p. 41.

(135) Par exemple, lorsque l'auteur de l'acte invoque son ignorance quant à la présence d'une espèce protégée sur son terrain. Sur l'importance des inventaires publiés à cet égard, voir *supra*.

(136) Liège, 30 novembre 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 240; Cass., 10 mai 1994, *Dr. circ.*, 1995, p. 19, cités par J.-L. FAGNART, *o.c.*, p. 43.

(137) En ce sens, X. THUNIS affirme que «L'exigence d'anticipation qui est au cœur du principe de précaution conduira, en responsabilité civile, à une appréciation plus stricte de la faute, de la prévisibilité du dommage ou des causes exonératoires» («En guise de conclusion: le poids des responsabilités», in X. THUNIS et F. TULKENS (eds.), *Entreprises, responsabilités et environnement*, NS Amén-Env., 2004, p. 246).

(138) En pratique, ce cas de figure devrait, on l'a dit, surtout se présenter soit lorsqu'une menace imminente de dommage se présente (*supra*), soit, si un dommage est survenu, lorsque ce dommage est causé aux espèces et habitats qui ne bénéficient pas, justement, d'une protection légale par la loi sur la conservation de la nature, comme par exemple un type d'habitat prioritaire situé en dehors d'un site Natura 2000.

(139) Art. D.99 et D.100.

(140) Art. D.102.

(141) Amendement de M.-C. Di Antonio et crts, *Doc. parl. w.*, 646 (2006-2007) n° 3. Rappelant la jurisprudence en matière de responsabilité des pouvoirs publics et la pratique selon laquelle la défense indemnise les personnes pour les dommages causés lors des activités militaires, les auteurs de la proposition d'amendement ont justifié celle-ci au regard «de l'état de notre droit positif applicable en Région wallonne qui responsabilise la défense nationale et du principe visé à l'article 24 de la Constitution (principe du droit à la protection de l'environnement - effet de standstill -)».

(142) Art. 16.1, la directive 2004/35/CE.

(143) Le Conseil d'État a confirmé que la Région était compétente pour inclure dans le champ de la responsabilité environnementale (y compris son volet préventif) les activités professionnelles dont la réglementation relève en principe de la compétence fédérale, sauf lorsque le législateur spécial prévoit une exception explicite en faveur de l'État fédéral, comme en matière de normes de produits (avis L. 42.712/4, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 49 et s.).

démontrée⁽¹⁴⁴⁾. Il faut saluer cette initiative du législateur wallon, dans la mesure où nombre de terrains d'exercice militaire comme le camp de Marche-en-Famenne ou de Lagland présentent un grand intérêt biologique et sont repris à ce titre dans le réseau Natura 2000⁽¹⁴⁵⁾;

– les activités dont l'unique objet est d'assurer la protection contre les catastrophes naturelles. La notion de «catastrophes naturelles» renvoie, selon le commentaire des articles, à un «*phénomène naturel de nature exceptionnelle, inévitable et irrésistible*» au sens de la législation sur la réparation des dommages causés par des calamités naturelles⁽¹⁴⁶⁾.

I.4. LE LIEN CAUSAL

65. La troisième condition à établir pour engager la responsabilité environnementale d'un exploitant est l'existence d'un lien causal entre, d'une part, le dommage ou la menace imminente de dommage et, d'autre part, le fait générateur. Sur ce point, le décret ne donne que très peu d'indications. Or, cet aspect est d'une grande importance dans le contexte particulier des dommages écologiques purs, où la relation causale est fonction d'une série de paramètres techniques qui peuvent rendre très difficile son établissement (causes multiples, effets cumulatifs, dommages en cascade, effet retard, etc.)⁽¹⁴⁷⁾. Ce sont, selon l'expression de X. THUNIS, les «*affaires de la causalité*»⁽¹⁴⁸⁾.

66. Sous réserve des quelques dispositions pertinentes du décret, il importe donc de retourner vers le droit commun de la responsabilité civile. Celui-ci exige la preuve d'un lien causal entre, d'une part, le dommage et, d'autre part, le fait générateur, c'est-à-dire soit, dans le cas de la responsabilité objective, un événement, une action ou une omission survenu(e) dans le cadre de l'activité professionnelle concernée, soit, dans le cas de la responsabilité pour faute, un comportement fautif ou négligent de la part de l'exploitant. La relation causale peut être directe ou indirecte⁽¹⁴⁹⁾.

67. En cas de pluralité de causes, la question se pose de savoir si les exploitants concernés seront tenus chacun pour le tout ou uniquement en proportion de la contribution de leur activité au dommage ou à la menace imminente de dommage. En principe, le droit commun commande l'application, on le sait, de la théorie de «l'équivalence des conditions», consacrée par la Cour de cassation et en vertu de laquelle sont susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto*⁽¹⁵⁰⁾. En droit commun, la jurisprudence en déduit que les exploitants qui ont contribué au dommage sont tenus par une obligation *in solidum* de réparer le tout, quitte à introduire ensuite une action récursoire contre les autres co-auteurs du dommage⁽¹⁵¹⁾.

68. Dans le cadre du présent décret, la question reste posée. Il faut, semble-t-il, distinguer les obligations de prévention et de réparation de l'affectation des coûts

de ces mesures. Dans le premier cas, ni le décret ni les travaux préparatoires ne donnent d'indice sur la réponse à apporter à la question. D'aucuns considèrent que, dans la directive, «*la solidarité ne paraît pas de mise à ce niveau, à défaut d'avoir été expressément stipulée*»⁽¹⁵²⁾. L'on pourrait avancer que, dans le décret, la nature de police administrative des mesures de prévention et de réparation⁽¹⁵³⁾ ainsi que le principe de proportionnalité qui s'applique en conséquence, exigent une interprétation restrictive du texte et n'autorisent pas l'autorité à s'adresser aux différents exploitants pour le tout, à défaut d'habilitation en ce sens. Ceci n'affranchit cependant pas les différents exploitants responsables de leur obligation de prendre les mesures qui s'imposent en vertu du décret, au moins pour la partie du dommage qui leur est imputable. En ce qui concerne l'affectation des coûts, il semble en revanche, d'après les travaux préparatoires, que le législateur a souhaité maintenir le droit commun – en l'occurrence l'obligation *in solidum*⁽¹⁵⁴⁾. L'autorité pourrait donc réclamer l'ensemble des coûts au plus

(144) L'annexe I précitée n'inclut pas d'activités militaires.

(145) *A fortiori*, l'exclusion «*ne peut concerner des activités qui n'ont qu'un lien accessoire ou indirect avec les besoins de la défense nationale ou de la sécurité internationale. Ainsi, des expérimentations menées par une entreprise privée produisant du matériel militaire et d'armement ne relèvent pas de l'exonération*» (Commentaire des art., *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 10).

(146) Commentaire des articles, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 8. Selon le commentaire, «*Sont notamment considérés comme phénomènes naturels de nature exceptionnelle, inévitable et irrésistible les phénomènes naturels visés à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 12 juillet 1976 relative à la réparation de certains dommages causés à des biens privés par des calamités naturelles et identifiés conformément à l'article 2, § 2, de cette loi*» (*ibid.*). Et d'ajouter «*Il résulte de l'application combinée de ces deux législations que de tels phénomènes devront être pris en charge, tant dans leurs conséquences individuelles qu'environnementales, uniquement par la collectivité, hormis l'hypothèse d'application de certaines polices d'assurances couvrant exceptionnellement ce type de phénomènes*» (*ibid.*, p. 9).

(147) Ainsi par exemple, le cas d'une pollution de l'eau suite au rejet continu de petites quantités de métaux lourds dans un cours d'eau par trois entreprises riveraines. Cette pollution peut causer elle-même un dommage à une population d'espèce aquatique protégée par perturbation de sa dynamique de reproduction à la suite d'une bioaccumulation de ces substances dans leurs tissus, dommage qui peut très bien n'apparaître qu'après vingt ans... On n'est pas dans le cas de figure d'une pollution diffuse, puisqu'ici les entreprises à l'origine des rejets sont identifiables.

(148) X. THUNIS, «Fonctions et fondements...», *o.c.*

(149) Art. D. 94, 2°.

(150) Voir spéc. Cass., 8 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 338.

(151) En droit commun, voir dans des litiges environnementaux, Liège, 16 septembre 1996, *R.R.D.*, 1996, n° 80, p. 590 et s.; Civ. Liège, 12 octobre 1992, *Amén.*, 1993/3, p. 172 et s.

(152) B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 171.

(153) Avis L. 42.712/4, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, pp. 46-47.

(154) Le commentaire de l'article D.122, qui concerne l'affectation des coûts, affirme que «*L'intégration du contenu de l'article 9 de la directive [qui renvoie au droit national des États membres en ce qui concerne l'affectation des coûts en cas de causalité multiple] est faite de manière implicite, dans la mesure où il n'est pas dérogé aux dispositions législatives et réglementaires relatives à l'affectation des coûts en cas de causalité multiple et de responsabilité solidaire, en particulier la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux qui règle les problèmes de partage de responsabilités entre le producteur et l'utilisateur d'un produit (voir également le considérant n° 22 de la directive)*» (Commentaire des art., *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 13).

les ré-ent de nt lé- de de ci-ri- s. vi- es ns n le n é s

solvable, ce qui n'est pas sans inconvénient pour l'exploitant concerné (phénomène de la «deep pocket»). Mais à nouveau, aucune habilitation explicite ne le prévoit.

69. En ce qui concerne la charge de la preuve, il revient à l'autorité compétente de prouver le lien causal. Celui-ci doit être en principe certain⁽¹⁵⁵⁾, c'est-à-dire ne pas reposer sur de simples vraisemblances ou des probabilités. Comme le soulignent B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, «ceci n'exclut pas que la certitude de la relation causale puisse se déduire de présomptions graves, précises et concordantes. Il s'agit en effet d'une certitude judiciaire, et non d'une certitude scientifique qui ne tolérerait aucune marge d'erreur. Il nous semble que la relation causale peut être considérée comme établie sur la base d'un haut degré de vraisemblance»⁽¹⁵⁶⁾. S'agissant des menaces imminentes de dommages, il ne saurait en tout état de cause en être autrement, le dommage n'étant pas encore survenu.

70. On peut regretter qu'aucun mécanisme de présomption n'allège cette charge de la preuve⁽¹⁵⁷⁾. Au contraire, dans la mesure où le régime mis en place par le décret se présente comme un mécanisme de police administrative, a priori l'appréciation du lien causal devrait être restrictive. Tout au plus pourrait-on considérer que le principe de précaution, applicable aux autorités dans leurs missions de police⁽¹⁵⁸⁾, devrait autoriser l'autorité à assouplir cette exigence. Ce n'est pas l'avis de la majorité de la doctrine, du moins en droit commun de la responsabilité civile⁽¹⁵⁹⁾. Il s'agit, en tout état de cause, du point de vue de la protection de l'environnement, d'une faiblesse importante du régime mis en place. En effet, cette lacune, si elle n'empêche pas l'autorité de prendre des mesures préventives ou curatives, risque de l'inciter à la prudence dans ses initiatives, dès lors que la prise en charge du coût dépendra de l'établissement de ce lien causal (*supra*).

I.5. LES CAUSES D'EXONÉRATION

I.5.1. Principe

71. Plusieurs dispositions du décret prévoient la possibilité pour l'exploitant d'invoquer des causes d'exonération afin de s'affranchir de l'obligation de supporter les coûts de la prévention et/ou, selon le cas, de la réparation du dommage environnemental. Elles ne sont pas à confondre avec les dispositions qui délimitent le champ d'application du décret, car la charge de la preuve incombe, pour leur mise en œuvre, à l'exploitant et non à l'autorité compétente⁽¹⁶⁰⁾. En outre, alors que l'exclusion de certaines activités du champ d'application de la responsabilité exonère l'exploitant de toute obligation, il n'en est pas de même des causes d'exonération, qui ne jouent qu'au stade de l'imputation des coûts.

72. Le décret prévoit quatre causes d'exonération susceptibles d'être invoquées à ce stade, à savoir le fait

d'un tiers, l'ordre ou l'injonction des pouvoirs publics, le «*permit defence*» et le «*state of the art defence*»⁽¹⁶¹⁾⁻⁽¹⁶²⁾ (*infra*). Pour autant, ces dispositions empêchent-elles l'exploitant de soulever d'autres causes d'exonération conformément au droit commun, qu'il s'agisse, selon la distinction faite par les civilistes, des «causes de justification» (état de nécessité, erreur invincible, ...), supprimant le caractère fautif du comportement, ou des «causes étrangères» (faute de la «victime»⁽¹⁶³⁾, ...), portant sur le lien causal? Dès lors que le décret renvoie au droit commun de la responsabilité civile en ce qui concerne l'établissement du lien causal et, le cas échéant, de la faute⁽¹⁶⁴⁾ et en l'absence de toute disposition contraire, l'on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas ainsi, du moins s'agissant des causes non réglées par le décret⁽¹⁶⁵⁾.

I.5.2. Le fait du tiers

73. Cette cause étrangère tend à interrompre le lien causal⁽¹⁶⁶⁾⁻⁽¹⁶⁷⁾. Elle peut être invoquée lorsque l'exploitant peut démontrer que le dommage ou sa menace imminente «est le fait d'un tiers, en dépit de mesures de sécurité appropriées (...)»⁽¹⁶⁸⁾, ce qui suppose qu'il ait pris ses précautions au préalable. Cette cause d'exonération ne s'applique qu'au stade de l'affectation des coûts supportés tant pour la prévention que la réparation, et non en ce qui concerne les obligations de prévention et de réparation elles-mêmes.

74. Le texte indique explicitement que la charge de la preuve incombe à l'exploitant, conformément au droit commun. Ainsi qu'on l'a dit, il ne semble pas possible de considérer comme «tiers» la personne qui répond, techniquement, à la qualification d'exploitant (p. ex. la personne qui a le contrôle sur l'activité, si l'autorité

(155) Civ. Bruxelles, 10 novembre 1995, *Journ. Proc.*, 1995, n° 294, p. 26.

(156) B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 170.

(157) Le Livre blanc sur la responsabilité environnementale le suggérerait pourtant (COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre blanc sur la responsabilité environnementale*, 9 février 2000 (COM(66)2000), p. 19).

(158) Art. D.2, Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(159) Sur cette question en droit commun, voir X. THUNIS, «Fonctions et fondements...», *o.c.*, p. 64 et les références doctrinales citées en note 145.

(160) En ce sens, B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 193.

(161) Respectivement les art. D.126 et D.128.

(162) Ces deux dernières causes d'exonération sont expressément prévues à l'article 8, § 4, de la directive. Elles ont été retenues par le législateur pour «assurer une sécurité juridique aux acteurs économiques» (*Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 16).

(163) Ici l'autorité compétente censée représenter les intérêts de l'environnement.

(164) Voir p. ex., en droit commun appliqué aux dommages environnementaux, X. THUNIS, «Responsabilité civile en environnement...», *o.c.*, n° 2222.

(165) Voir B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 201.

(166) Commentaire des articles, *Doc.parl.w.*, 646 (2006-2007) n° 1, p. 14.

(167) L'exclusion des dommages causés par les cas de force majeure (*supra*) est une autre forme de cause d'exonération déguisée, mais dont les effets juridiques sont différents.

(168) Art. D.126, 1°.

s'est adressée au titulaire du permis). Dans ce cas de figure, l'autorité compétente peut être sommée par l'exploitant de lui rembourser ses dépenses éventuelles. Dans ce cas, elle doit ensuite poursuivre le recouvrement des sommes remboursées auprès du tiers responsable, «à moins que les dépenses nécessaires à cet effet soient supérieures à la somme à recouvrer ou que le tiers responsable ne puisse pas être identifié»⁽¹⁶⁹⁾. Toutefois, le tiers ne peut être tenu d'en supporter la charge que s'il se trouve lui-même dans les conditions de responsabilité fixées par le décret⁽¹⁷⁰⁾. Il doit donc lui-même être l'exploitant d'une activité professionnelle couverte.

1.5.3. L'ordre de l'autorité

75. Une deuxième cause d'exonération, imposée elle aussi par la directive, peut être soulevée lorsque l'exploitant peut prouver que le dommage ou sa menace imminente «résulte du respect d'un ordre ou d'une instruction émanant d'une autorité publique» sauf si cet ordre ou cette injonction n'est pas consécutive à une émission ou un incident causé par l'activité concernée⁽¹⁷¹⁾. Cette cause relève plutôt de la cause de justification, au sens du droit pénal et du droit civil, dans la mesure où elle fait disparaître la faute dans le chef de l'exploitant. L'ordre doit cependant être conforme au droit en vigueur pour que la cause puisse être invoquée. Elle n'exonère en outre l'exploitant que de l'obligation de supporter les coûts de la prévention et de la réparation.

1.5.4. Le «permis de défense»

76. La plupart des activités professionnelles présentant un risque sérieux pour l'environnement sont aujourd'hui soumises à autorisation. Comme l'y autorise la directive, le législateur wallon a décidé de prévoir une cause d'exonération pour «permis de défense»⁽¹⁷²⁾. Celle-ci exonère l'exploitant de l'obligation de supporter les coûts de la réparation du dommage – mais non ceux de la prévention ni des autres obligations découlant du décret – lorsqu'il peut démontrer que, d'une part, il n'a pas commis de faute ou de négligence et, d'autre part, que le dommage est dû à «une émission ou un événement expressément autorisé et respectant toutes les conditions liées à une autorisation ou un permis qui est d'application à la date de l'émission ou de l'événement, délivré conformément à une réglementation visée à l'annexe I^e de la partie décrétable du Livre I^{er} du Code de l'environnement pour l'exploitation d'une activité qui y est énumérée»⁽¹⁷³⁾. Il revient donc à l'exploitant, on l'a dit, de démontrer non seulement qu'il n'a enfreint aucune condition de son permis mais aussi, conformément au droit commun, qu'il a respecté son devoir général de prudence. La cause d'exonération ne peut cependant être invoquée que si le permis couvre explicitement l'émission ou l'événement concerné. Ceci n'est pas toujours le cas⁽¹⁷⁴⁾.

77. On notera que la cause d'exonération ne s'applique pas aux dommages causés par une émission ou

un événement couvert par une déclaration ou un enregistrement. Il en est de même si le dommage est causé par un permis délivré en vertu d'une réglementation non visée par cette annexe (projets mixtes), sous réserve des dérogations délivrées en vertu de la loi sur la conservation de la nature ou du Code de l'eau, qui ont pour effet d'exclure ledit dommage du champ d'application de la responsabilité⁽¹⁷⁵⁾ (*supra*). C'est le cas notamment lorsque le dommage résulte d'un permis ou d'une dérogation délivré(e) en vertu du C.W.A.T.U.P.⁽¹⁷⁶⁾, du Code de l'eau⁽¹⁷⁷⁾ ou de la loi sur la conservation de la nature⁽¹⁷⁸⁾, réglementations qui ne sont pas visées à l'annexe I.

78. En outre, la cause d'exonération ne s'applique que si le permis est délivré conformément à la réglementation qui l'impose. Il s'ensuit que, si ledit permis est illégal au regard de cette réglementation et *a fortiori* s'il est annulé ou retiré, l'exploitant est tenu de supporter les coûts de la réparation, quand bien même il

(169) Art. D.127, 9°.

(170) En effet, à défaut, le décret ne s'applique pas (art. D.95).

(171) Art. D.126, 2°.

(172) Pour des considérations détaillées sur cette cause d'exonération dans la directive, voir Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 674 et s. Pour une critique de ce mécanisme en droit commun de la responsabilité civile dans le domaine de l'environnement, voir X. THUNIS, «Responsabilité civile en environnement...», *o.c.*, n° 2261. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État avait indiqué que l'exonération dont il est ici question devait, pour être conforme à la directive, être limitée aux autorisations délivrées en vertu de dispositions de droit interne «mettant en œuvre les mesures législatives arrêtées par la Communauté et visées à l'annexe III de la directive». Le législateur avait exprimé sa volonté d'aller effectivement dans ce sens (voir *Doc. parl. w.*, 646 (2006-2007), n° 1, p. 16). Il ne nous semble pas, pourtant, que le texte du décret aille effectivement dans ce sens.

(173) Art. D.128, 1°. Le champ d'application de cette cause d'exonération est limité aux seuls permis délivrés conformément aux législations sectorielles visées par l'annexe I du Livre I^{er} du Code de l'environnement, puisque pour les autres activités professionnelles, la responsabilité n'est de toute façon pas engagée si aucune faute ne peut être reprochée à l'exploitant. Toutefois, celui-ci pourra invoquer le respect d'un permis non visé par ces législations pour établir l'absence de faute ou de négligence dans son chef.

(174) Ainsi par exemple, l'épandage d'engrais et de pesticide au champ et en prairie n'est pas couvert par le permis d'environnement nécessaire pour une exploitation agricole d'une certaine taille, celui-ci ne couvrant que les émissions et rejets au niveau des bâtiments autorisés.

(175) Art. D.94, 1°, a et b.

(176) Il en est ainsi par exemple du défrichement et de la modification de la végétation dans les habitats d'intérêt communautaire dans les sites proposés comme sites Natura 2000 (art. 84, § 1^{er}, 12° et 452/27, C.W.A.T.U.P.) lorsque l'activité n'est pas soumise à permis unique.

(177) Voir p. ex. les dérogations ministérielles accordées aux interdictions applicables dans les zones de prévention rapprochée de captage pour l'emploi de certaines substances dangereuses (art. D.173 et D.174, R.151, Code de l'eau).

(178) Il en est ainsi de certains actes et activités soumis à autorisation dans les sites Natura 2000 en vertu de l'article 28, §§ 4 et 5, de la loi et de l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 octobre 2008 fixant certaines modalités du régime préventif applicable aux sites Natura 2000 (*M.B.*, 27 novembre 2008), comme par exemple l'interdiction d'épandage de certains pesticides sauf dérogation prévue à l'article 2, 2° et 5° à 7°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 octobre 2008 portant les mesures préventives générales applicable aux sites Natura 2000 (*M.B.*, 27 novembre 2008).

n'aurait commis aucune faute ou négligence. Ceci déroge au droit commun, qui permet à l'exploitant d'invoquer l'erreur invincible s'il démontre que, malgré son comportement normalement diligent et prudent, il ne pouvait pas et ne devait pas connaître l'irrégularité de son autorisation⁽¹⁷⁹⁾. Dans cette hypothèse cependant, l'exploitant pourra se retourner contre l'autorité qui a délivré le permis irrégulier sur la base de l'article 1382 du Code civil⁽¹⁸⁰⁾. Enfin, avec Ch. PIROTTE, il faut considérer que cette cause ne couvre que les dommages causés par une exploitation normale et non un accident⁽¹⁸¹⁾, hypothèse fréquente de dommage environnemental.

I.5.5. Le «state of the art defence»

79. Le décret exonère par ailleurs l'exploitant de l'obligation de supporter les coûts de la réparation (pas de la prévention) s'il démontre que le dommage est causé par une émission ou une activité qui «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 des faits⁽¹⁸²⁾. En d'autres termes, l'exploitant peut s'exonérer s'il prouve qu'il s'est conformé à «l'état de l'art», c'est-à-dire qu'il a respecté le niveau des connaissances techniques habituellement utilisées dans son secteur d'activité. Cette cause d'exonération pour «risque de

développement» ou «state of the art defence», qui s'inspire d'une clause similaire de la directive 85/374/CEE sur la responsabilité des produits défectueux⁽¹⁸³⁾, a pour effet de supprimer le caractère fautif du comportement de l'exploitant (cause justificative). Elle soulève évidemment la question de savoir comment définir «l'état des connaissances scientifiques et techniques»⁽¹⁸⁴⁾ et à quel moment précis, lorsque l'activité est de type continu. Nous ne nous étendrons pas, dans les présentes colonnes, sur ces aspects⁽¹⁸⁵⁾.

(À SUIVRE)

(179) Bruxelles, 26 avril 2000, *J.T.*, 2001, p. 267 et s.

(180) Par ex. Mons, 20 juin 1995, *Amén.*, 1996/3 (en bref), p. 176 et s.; Anvers, 27 octobre 1992, *Amén.*, 1995/2, p. 112 et s., note G. VANDER STICHELE).

(181) Ch. PIROTTE, *o.c.*, p. 680.

(182) Art. D.128, 2°.

(183) Art. 7, e, de la directive 85/374/CEE sur la responsabilité des produits défectueux

(184) Sur ce point, la jurisprudence communautaire et interne sur la clause similaire prévue par l'article 7, e, de la directive 85/374/CEE précitée pourrait être utilisée comme référence (not. C.J.C.E., 29 mai 1997, aff. C-300/95, *COMMISSION C. ROYAUME-UNI*, *Rec.*, p. I-2649; Cass., 2 avril 2006, RG n° C.05.0156N, *R.G.D.C.*, 2007, p. 188).

(185) Sur ces questions, Ch. PIROTTE, *o.c.* p. 682; B. DUBUISSON et Ch. THIEBAUT, *o.c.*, p. 200. Sur le concept d'état de l'art en droit, voir A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 70 et s.