

LA DÉTERMINATION DU POLLUEUR ET LA CAUSALITÉ DANS LE CADRE DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR (ART. 191, §2, T.F.U.E.)¹

par

Youri MOSSOUX

Assistant au Centre de droit public
de l'Université Libre de Bruxelles

INTRODUCTION

Avant que soit rendu l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *Standley* (voy. *infra*), la seule définition communautaire du principe du pollueur-payeur était celle de la communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement annexée à la recommandation 75/436² qui affirmait que «*les personnes physiques ou morales, de droit privé ou public, responsables d'une pollution doivent payer les frais des mesures nécessaires pour éviter cette pollution ou la réduire afin de respecter les normes et les mesures équivalentes permettant d'atteindre les objectifs de qualité ou, lorsque de tels objectifs n'existent pas, afin de respecter les normes et les mesures équivalentes fixées par les pouvoirs publics*». Le pollueur était défini comme «*celui qui dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation*». Mais ce texte n'a pas force contraignante et date d'avant l'adoption du principe dans le Traité C.E., à une époque où le principe était encore vu comme concernant principalement les aides d'État et les mesures de prévention. L'article 191, §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne³ (ancien article 130R, puis 174, §2 du Traité C.E.) est laconique : il ne fait que mentionner le principe

du pollueur-payeur sans le définir. L'importance croissante de ce principe dans le droit de l'environnement demande à ce qu'il soit défini de manière claire. Une définition plus précise permet également de servir les objectifs d'uniformité et d'efficacité du droit européen, qui sont indispensables à la réussite d'une politique commune de l'environnement. Cela permettra, enfin, d'achever l'évolution du principe du pollueur-payeur d'un principe économique vers un principe de droit de l'environnement à part entière. Beaucoup d'éléments constitutifs du principe pollueur-payeur sont controversés. Nous nous concentrons dans cette étude sur la détermination du pollueur par les pouvoirs publics et plus précisément sur le lien causal qui unit l'activité du pollueur et la dégradation ou le risque de dégradation de l'environnement.

La causalité étant inhérente au principe du pollueur-payeur⁴, son étude n'est pas seulement relevante dans le domaine de la responsabilité environnementale ou la responsabilité civile pour dommages à l'environnement, mais l'est aussi dans les nombreux domaines du droit de l'environnement qui font intervenir le principe du pollueur-payeur. Elle est pourtant très rarement étudiée de manière générale en dehors du cadre de la responsabilité.

Dans cette étude bien que nous fassions appel à des notions généralement étudiées par les civilistes, nous nous plaçons dans une perspective de droit public dans la mesure où il s'agit pour nous de déterminer ce que le droit «constitutionnel»

¹ Je tiens ici à remercier le professeur Marc Pallemarts d'avoir guidé, éclairé et encouragé mes recherches sur ce sujet. Je remercie également Ivan-Serge Brouhns et Luc Depré, avocats au Barreau de Bruxelles, de m'avoir soufflé l'idée de travailler sur le principe du pollueur-payeur.

² Recommandation 75/436, relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, JO, 3 mars 1975, n° L 194, p. 3.

³ Ci-après «T.F.U.E.» ou «Traité».

⁴ Ludwig Krämer traduit la version allemande du principe par l'expression «*the causer principle*» («The Genesis of EC Environmental Principles», *Research Papers in Law*, College of Europe, 7/2003, p. 24, note 70).

européen permet au législateur européen et par voie de conséquence aux États membres et aux juges nationaux chargés d'appliquer le droit dérivé. Ainsi, la question posée ne sera pas tant celle de savoir quelle est la conception de la cause qu'utilisent le plus souvent les institutions et les juridictions européennes ou nationales, mais quelle est la limite juridique du pouvoir d'appréciation de ces instances en ce qui concerne la détermination des causes de la pollution.

CHAPITRE I. – LE CONTEXTE JURIDIQUE

Avant d'examiner les questions d'imputabilité que pose le principe du pollueur-payeur (ci-après «PPP»), il convient de préciser le contexte juridique dans lequel ces questions seront examinées.

Nous constaterons d'abord que le PPP en droit européen n'est plus inextricablement lié aux conceptions de l'OCDE qui l'a vu naître et que sa définition et ses caractéristiques sont indépendantes du droit international public ou des droits nationaux (section I). Nous verrons ensuite que le PPP ne répond pas aux conditions lui permettant de bénéficier de l'effet direct (section II). Nous pourrions enfin remarquer que, bien que dépourvu d'effet direct, ce principe n'en a pas moins un effet juridique et une force contraignante. Il est également utilisé comme norme de contrôle de «constitutionnalité» par la Cour de Justice (section III).

SECTION I. – L'AUTONOMIE DU DROIT EUROPÉEN DE L'ENVIRONNEMENT

I. Le principe du pollueur-payeur en droit européen et les recommandations de l'OCDE

On fait remonter la naissance du PPP à l'adoption de deux recommandations par l'OCDE : la première concerne les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques d'environnement sur le plan international et date du 26 mai 1972⁵; la seconde est relative à la mise en œuvre du PPP en tant que tel et date de 1974⁶. L'OCDE est

une organisation internationale économique qui n'a, *a priori*, aucune raison de s'intéresser aux problèmes purement environnementaux et elle ne s'y est d'ailleurs pas directement intéressée en adoptant ces deux recommandations. En effet, pour l'OCDE le libre-échange entre États membres doit être promu en réduisant voire en supprimant les obstacles qu'il pourrait rencontrer, qu'ils soient tarifaires ou non. Dans cette optique, les aides que les États octroient aux entreprises doivent être réduites à leur minimum, en ce compris certaines aides qui seraient octroyées aux entreprises en vue de l'adaptation de celles-ci aux nouvelles exigences de protections de l'environnement. L'OCDE a, par conséquent, voulu éviter que certains États subventionnent leurs entreprises créant ainsi une distorsion de concurrence qui fausserait le jeu du libre-échange.

Le PPP tel qu'il était conçu à l'origine par l'OCDE comprend deux aspects : c'est un principe négatif, c'est-à-dire qu'il s'agit fondamentalement d'une interdiction pour l'État de payer pour la pollution; et c'est un principe préventif, il est limité aux coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution qui sont arrêtées par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable⁷.

Il a depuis lors connu une évolution qui lui permet aujourd'hui d'englober tous les coûts de la pollution, y compris les coûts liés à la réparation du dommage; et de constituer un principe du droit de l'environnement et plus uniquement une interdiction aides d'États⁸.

⁷ Pour Nicolas DE SADELEER, (*Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 55-57), le principe ne concerne à l'origine que la pollution chronique – et pas accidentelle – et n'englobera les mesures d'assainissement qu'à partir du moment où il reconnaîtra la réparation du dommage c'est-à-dire en 1991. Pour Henri Smets («Examen critique du principe pollueur-payeur», in *Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 82), le principe originel comprend non seulement l'élimination des polluants et la réduction des dommages, mais aussi le coût des mesures de nettoyage et de décontamination du site même si elle ne comprend pas la remise en état.

⁸ M. BLANQUET, «Du principe pollueur-payeur en tant que principe communautaire», in *Vers une culture juridique européenne?*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 142-143; H. SMETS, «Examen critique...», *op. cit.*, pp. 83-85. Sur l'évolution du contenu du PPP en droit international, voy. : J.R. NASH, «Too Much Market? Conflict Between Tradable Pollution Allowances and the Polluter Pays Principle», *Harvard Environmental Law Review*, 2000, Vol. 24, pp. 468 et s.

⁵ C (72) 128, OCDE, 1972.

⁶ C (74) 223, OCDE, 1974.

Selon Elzéar de Sabran-Ponteves⁹, le principe ayant été créé par l'OCDE pour remplir les deux objectifs précités, il n'est pas adéquat qu'il soit utilisé dans un but de protection de l'environnement et qu'il comprenne les coûts de réparation des dommages causés à l'environnement. Le PPP n'aurait pas vocation à assurer l'internalisation totale des coûts ; cela aboutirait selon cet auteur à une confusion critiquable entre les concepts de pollueur-payeur et d'internalisation. Pour appuyer cette thèse, il se base largement sur les différents textes de l'OCDE qui font référence au principe. Il présente la nouvelle interprétation du principe comme un dévoiement par rapport à la vision d'origine plus cohérente et plus efficace. Bien que cette thèse soit une étude de théorie du droit, elle est par trop détachée du droit positif. En effet, les recommandations de l'OCDE ne sont pas contraignantes seules les décisions peuvent l'être¹⁰ et il faut pour cela qu'elles aient été adoptées à l'unanimité ce qui n'est le cas ni pour la résolution de 1972 ni pour celle de 1974¹¹. Qui plus est, l'UE n'est pas membre à part entière de l'OCDE, seule la Commission européenne est associée aux travaux de l'organisation. Elle peut participer au processus d'élaboration des recommandations, mais ne peut prendre part au vote¹². Or selon l'article 6 § 2 de la Convention de Paris du 14 décembre 1960 relative à l'OCDE : «*Chaque Membre dispose d'une voix. Si un Membre s'abstient de voter une décision ou une recommandation, une telle abstention ne fait pas obstacle à cette décision ou recommandation, qui est applicable aux autres Membres mais pas au Membre qui s'abstient*». En conséquence, l'on aperçoit mal comment ces résolutions pourraient être obligatoires pour l'Union et entrer dans l'ordre juridique européen.

⁹ E. DE SABRAN-PONTEVES, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007. Pour cet auteur, le principe est «*avant tout un principe relatif à l'encadrement des pratiques commerciales internationales*» (op. cit., p. 383).

¹⁰ K. G. RUFFING précise toutefois que les recommandations sont dotées d'une importante force morale («*Environmental law and the OECD*», *The role of the judiciary in the implementation and enforcement of environmental law*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 89-90).

¹¹ Aucune des deux n'est juridiquement contraignante (H. SMETS, «*Les exceptions admises au principe pollueur payeur*», *Droit et pratique du commerce international*, 1994, p. 212.)

¹² Protocole additionnel n° 1 du 14 décembre 1960 à la Convention relative à l'OCDE.

Par ailleurs, même si la recommandation avait été contraignante pour la plupart des États membres de l'Union, elle n'aurait pas forcément fait partie de l'ordre juridique européen. Dans l'affaire de l'Erika, l'avocat général avait défendu que la Convention de Bruxelles et la Convention FIPOL fussent seules à s'appliquer en l'espèce, car le fait que la majorité des États membres les aient ratifiées marquait la volonté de régler la réparation des dommages causés par les hydrocarbures par le biais du droit international plutôt que du droit européen¹³. La volonté conjointe des différents États membres aurait en quelque sorte écarté la directive sur les déchets, comme si cette volonté était dotée d'une force législative dans l'ordre juridique européen. Ce raisonnement peut se rapprocher de celui qu'adopte la Cour de Justice pour dégager des principes généraux du droit à partir des traditions constitutionnelles communes des États membres : le fait qu'un principe soit consacré dans les différents États prouve l'existence d'un consensus européen à cet égard¹⁴. Mais la Cour n'utilise cette technique que pour combler un vide – faire naître un principe général de droit là où les sources écrites du droit européen n'en ont pas prévu – alors qu'ici, il se serait agi pour la Cour d'écarter l'application d'un article du Traité – l'ancien article 174 – et celle du droit dérivé – la directive 2006/12 relative aux déchets -¹⁵. La Cour de Justice n'a pas suivi les arguments de l'avocat général et a écarté l'application des deux conventions en ce qu'elles aboutissaient à limiter la réparation du dommage par le pollueur et méconnaissaient ainsi le PPP¹⁶. Cet arrêt affirme l'autonomie du droit communautaire de l'environnement.

La référence aux travaux de l'OCDE comme guide de l'interprétation de l'article 191, § 2 du Traité nous semble relever d'une vision trop stricte de la méthode d'interprétation historique du droit

¹³ Conclusions de l'AG J. KOKOTT, 13 mars 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*, points 99 et 100.

¹⁴ C.J., 17 décembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹⁵ Les conventions conclues entre des États membres de l'UE et des États tiers sont écartées par le Traité si elles sont postérieures à celui-ci (art. 351, § 1, T.F.U.E.) ou, par analogie, au droit dérivé. L'article 11 de la directive 75/442 portait déjà le PPP et la référence au «*producteur du produit*» alors que le Protocole de Londres de 1992 qui canalise la responsabilité pour dommage résultant de la pollution par les hydrocarbures sur le propriétaire n'avait pas encore été adopté.

¹⁶ C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*, point 82.

qui consiste à remonter à l'intention de l'auteur d'une norme pour l'interpréter¹⁷. En principe, l'interprète se réfère à la personne qui a posé la norme, par exemple, le législateur. Dans le cas qui nous occupe, la réforme du Traité est issue d'un Conseil européen. Mais le Traité n'a pas de travaux préparatoires et le préambule n'éclaire pas le PPP. Sabran-Pontevès se réfère donc aux travaux, principalement économiques, de l'OCDE. Cependant, l'OCDE n'est pas l'auteur de la norme, mais simplement le *créateur du concept*; c'est un «auteur» dénué d'autorité. Il est peu probable que l'interprétation historique permette de remonter aussi loin en amont. En outre, la C.J.U.E. n'utilise pas la méthode historique comme telle. Elle n'utilise que l'interprétation littérale¹⁸, l'interprétation systémique¹⁹, l'interprétation téléologique²⁰ et le critère de l'effet utile du droit européen²¹. Se référer aux travaux de l'OCDE peut être intéressant dans une optique de mise en perspective du droit positif, mais ces travaux n'ont constitué qu'une source d'inspiration pour la Communauté. Le principe n'est pas la possession exclusive de l'OCDE sous prétexte qu'elle fut la première organisation internationale à le mentionner. Dès l'adoption de l'Acte unique, la Communauté s'est approprié le principe dans le cadre son ordre juridique.

Il convient également de préciser que la naissance du PPP en droit européen est quasi concomitante à celle du principe dans les recommandations de l'OCDE. En effet, le principe est apparu pour la première fois dans le premier programme d'action communautaire en matière d'environnement du 22 novembre 1973²² qui avait été préparé par les ministres de l'environnement réunis à Bonn le 31 octobre

1972²³. En 1987, lorsque la Communauté consacre le principe dans l'Acte unique européen, c'est la première fois que le PPP trouve son siège dans une disposition de nature contraignante au niveau international²⁴. La Convention de Barcelone ne prévoit ce principe que dans le préambule du protocole du 17 mai 1980 relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique.

En adoptant l'article 130R, la Communauté européenne n'a donc pas repris un principe de droit international bien établi, mais a forgé une nouvelle règle de droit européen de l'environnement²⁵. Le professeur Krämer remarque que le PPP était à l'origine envisagé par la CE comme un principe de réparation des dommages²⁶. Les arrêts de la Cour de Justice que nous analyserons dans cet article mettent en exergue que le PPP tel qu'il se comprend en droit européen n'est pas un simple décalque du principe économique qu'il était à l'origine.

À cela s'ajoute que l'OCDE, elle-même a évolué vers une définition plus large du principe, reconnaissant la nécessité d'internaliser le coût des dommages environnementaux²⁷.

Enfin, la Cour de Justice elle-même a reconnu dans un arrêt du 22 décembre 2008 rendu sur pourvoi à l'encontre d'une décision du Tribunal de première instance²⁸ que le PPP est doté d'une fonction d'internalisation des coûts environnementaux²⁹. Le T.P.I. avait reconnu qu'une décision de la Commission en matière d'aides d'État peut être motivée implicitement par «*l'internalisation des coûts environnementaux conformément au principe du pollueur-payeur*»³⁰. La Cour va entériner

²³ M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 138.

²⁴ E. DE SABRAN-PONTEVES, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, p. 331.

²⁵ M. BLANQUET, *op. cit.* p. 139.

²⁶ L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire», *Amén.*, 1991/1, p. 3. Voy. le *Projet d'un traité portant création d'une Union européenne* adopté par le Parlement européen en 1984.

²⁷ Recommandation relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, C (90) 177 (Final) OCDE, 1991. Sur l'évolution de la définition au sein de l'OCDE voy. : K. G. RUFFING, «Environmental law and the OECD», *op. cit.*, pp. 96-99.

²⁸ T.P.I., 13 septembre 2006, T-210/02, *British Aggregates*.

²⁹ C.J., 22 décembre 2008, C-487/06, *British Aggregates*, point 128.

³⁰ T-210/02, point 124 à 136, spéc. 124 et 135-136. Notez que la Commission ne dit pas explicitement que le PPP suppose l'internalisation des coûts environnementaux (décision de la Commission du 24 avril 2002, C (2002) 1478 final.), c'est le Tribunal qui le déduit à partir des termes de la décision (probablement les considérants 31 et 34). Voy. dans le même sens les conclusions de l'AG Jacobs, 30 avril 2002, C-126/01, *GEMO*.

¹⁷ Cette méthode d'interprétation fut défendue au XIX^e siècle par Savigny en Allemagne, Baudry-Lacantinerie en France et Laurent en Belgique. Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, pp. 367 et s.

¹⁸ Elle se réfère «aux termes» du Traité dans la droite ligne de l'article 31 de la Convention de Vienne.

¹⁹ C'est la référence à «l'économie» du Traité, qui forme un système cohérent. Voy. pour l'interprétation de l'ancien article 12 du Traité CEE : C.J. 14 décembre 1962, C-2/62 *Commission/Luxembourg*.

²⁰ Elle prend en compte l'objet, le but ou «l'esprit» de la disposition, compte tenu des finalités propres au Traité. Voy. pour l'interprétation de l'article 86 du T.C.E. : C.J., 21 février 1973, C-6/72 *Continental Can*.

²¹ À propos de l'effet direct des décisions : C.J., 6 octobre 1970, C-9/70, *Grad*.

²² Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, *JOCE*, n° C-112, 20/12/1973, p. 1.

la décision du Tribunal sur ce point (C-487/06, point 128 à 131). Si dans un arrêt concernant les aides d'État, la Cour considère que le PPP a un but d'internalisation des coûts environnementaux et non uniquement d'interdiction des interventions étatiques, elle devrait *a fortiori* aller dans le même sens lorsqu'elle applique le principe en droit européen de l'environnement³¹.

Au demeurant, Sabran-Pontevès reconnaît lui-même qu'au sein du droit européen le principe a évolué vers «une affirmation générale de responsabilité du pollueur»³².

II. L'autonomie du droit européen de l'environnement

De manière générale, l'ordre juridique européen se distingue de l'ordre juridique international et des ordres juridiques nationaux. En effet, il constitue «un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains»³³. Ni la Cour de Justice ni les institutions européennes ne sont tenues d'appliquer le PPP de la même façon que les juridictions nationales ou internationales, ou de lui donner un contenu identique à celui des traités internationaux ou des sources de droit national. Le droit européen utilise une terminologie qui lui est propre³⁴.

La Cour de Justice a reconnu la primauté du droit européen sur le droit national³⁵. Le juge national doit laisser inappliqué le droit national contraire au droit européen³⁶. La C.J.U.E. n'est donc pas tenue d'interpréter les notions de droit européen au regard des droits nationaux. Les traditions constitutionnelles communes des États membres auraient éventuellement pu servir à donner une définition plus précise du PPP, mais, à

notre connaissance, aucune constitution ne reprend explicitement ce principe³⁷.

En ce qui concerne les rapports avec les sources du droit international, l'Union n'est tenue que par les traités qu'elle a ratifiés. Ainsi, les définitions du PPP comprises dans la Convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, et dans la Convention de Barcelone du 16 février 1976 pour la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée telle que modifiée en 1995, par exemple, ne lient l'Union que pour l'application de ces conventions³⁸. Dans tous les autres domaines, l'Union peut définir librement le contenu du PPP.

On peut, en outre, se demander si, dans les domaines d'application de ces conventions, l'Union ne peut pas adopter une définition plus large du principe. La Convention d'Helsinki reprend dans son article 2, §5 la définition classique du principe : «le principe pollueur-payeur, en vertu duquel les coûts des mesures de prévention, de maîtrise et de réduction de la pollution sont à la charge du pollueur». Il ne serait pas contraire à l'esprit et aux termes de cette convention que l'Union lorsqu'elle applique celle-ci dans son domaine de compétence ajoute les coûts liés à la réparation des dommages causés par la pollution conformément à la vision qui prévaut aujourd'hui

³¹ Voy. les points 135 et 136 de l'arrêt du T.P.I. qui montrent que ce raisonnement est entièrement transposable en droit de l'environnement. Ce point de vue est défendu par l'avocat général Kokott (Conclusions, 22 octobre 2009, C-378/08, *E.R.G.*, point 85).

³² E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, op. cit., p. 344.

³³ C.J., 5 février 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*; Avis C.J., 17 décembre 1991, *projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'A.E.L.E. portant sur la création de l'Espace Economique Européen*.

³⁴ C.J., 6 octobre 1982, C-283/81, *Cilfit*.

³⁵ C.J., 15 juillet 1964, C-6/64, *Costa/Enel*; C.J., 17 décembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

³⁶ C.J., 9 mars 1978, C-106/77, *Simmenthal*.

³⁷ Le traité d'unification allemande du 31 août 1990 énonce le PPP. (M. BLANQUET, op. cit., p. 139). La Charte de l'environnement intégrée en 2005 dans le préambule la Constitution de la Ve République précise en son article 4 que «toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi». On peut y voir la consécration du PPP. Néanmoins Agathe Van Lang remet en cause cette analyse dans la mesure où l'article 4 est susceptible de viser la contribution de toute personne y compris celle des pollués qui par leur comportement (action, inaction, omission ou consommation du produit pollué) auraient d'une certaine manière contribué à la survenance du dommage à l'environnement («De l'art du trompe-l'œil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale», *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1686 et s.). On peut constater que la définition de la Charte est proche de celle que livrera l'arrêt *Commune de Mesquer* mais elle ne fait pas référence à la «pollution». Or, la pollution – dans le cadre du principe – suppose non seulement un dommage causé à l'environnement, mais aussi un dommage causé par une émission polluante (N. DE SADELEER, op. cit., p. 76), seules les activités émettrices peuvent donc être prises en compte par le principe. En outre, la Charte ne mentionne que l'imputabilité des coûts de réparation sans prendre en compte les coûts de prévention et de précaution alors que l'arrêt *Commune de Mesquer* mentionne le «risque de pollution» ce qui comprend les dommages non encore réalisés, mais dont la survenance est probable.

³⁸ L'UE est partie à ces deux conventions. Voy. pour la Convention d'Helsinki, la décision 95/308 du Conseil, du 24 juillet 1995 et pour la Convention de Barcelone, les décisions 77/585 du Conseil, du 25 juillet 1977 et 1999/802, du Conseil, du 22 octobre 1999.

en droit européen³⁹. On envisage mal que la responsabilité internationale de l'Union puisse être engagée pour avoir été trop volontariste. Il ne pourrait en être ainsi que pour une convention ayant un but distinct de la protection de l'environnement.

En conclusion, les divers textes nationaux et internationaux reprenant le PPP n'exercent, en général, sur son contenu en droit européen qu'une influence comparable à celle de la doctrine. C'est à ce titre seulement qu'ils pourront nous être utiles.

SECTION II. – L'ARTICLE 191 DU T.F.U.E. EST-IL DOTÉ DE L'EFFET DIRECT ?

L'effet direct est «*la capacité de l'Union à être une source de droit sur le territoire des États membres, à conférer directement des droits et à imposer directement des obligations non seulement aux institutions de l'Union et aux États membres, mais aussi aux citoyens de l'Union et à pouvoir être invoqué par ces derniers notamment devant le juge national pour en tirer un droit*»⁴⁰.

Conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice, une disposition du T.F.U.E. est dotée de l'effet direct si elle attribue explicitement des droits aux particuliers – ce qui n'est pas le cas pour l'article 191 – ou si elle remplit un certain nombre de conditions dégagées par la Cour. Il faut une interdiction – obligation de ne pas faire – claire, précise et inconditionnelle; qui ne nécessite pas de transposition en droit interne; que par sa nature cette obligation soit susceptible d'avoir un effet direct dans les relations juridiques entre États membres et justiciables; qu'elle ne fasse pas intervenir une marge d'appréciation de l'État et qu'elle ne nécessite pas de mesures d'exécution.

La Cour a également consacré ce principe pour les obligations de faire⁴¹, mais dans une affaire qui était liée au principe de non-discrimination considéré comme un principe fondamental doté

par essence d'effets directs au profit des particuliers. En outre, les dispositions d'exécution de cet article fixaient une période de transition au bout de laquelle les discriminations devaient être supprimées ce que la Cour a interprété comme une obligation de résultat. Selon une partie de la doctrine, cela revient au fond à interpréter l'obligation d'éliminer les discriminations comme une obligation de ne pas faire – ne pas discriminer –⁴².

La Cour a reconnu un effet direct horizontal à certaines dispositions du Traité.

Le PPP contient, nous l'avons vu, une obligation de ne pas faire – l'État ne doit pas prendre à sa charge les coûts de la pollution – et une obligation de faire – l'État doit faire peser ces coûts sur le pollueur –. L'obligation de ne pas faire est liée au droit des aides d'États et aux articles 107 à 109 du T.F.U.E. Nous ne l'examinerons pas ici.

Pour ce qui est de l'obligation de faire, l'on pourrait éventuellement l'interpréter comme une «obligation de ne pas laisser l'environnement se dégrader sans que les coûts de cette dégradation soient imputés au pollueur». Il s'agirait d'une interdiction faite aux institutions et aux États membres de tolérer des dégradations de l'environnement pour lesquelles le pollueur ne paierait pas. On se rapproche ainsi de l'idée d'internalisation totale des coûts.

Cette interprétation, si elle est prise isolément, aboutit à entériner la théorie du «droit de polluer». En effet, les pouvoirs publics pourraient laisser faire une dégradation de l'environnement si le pollueur paye pour cette dégradation. Il faut cependant s'empresse d'ajouter que le PPP ne s'applique pas seul, mais en parallèle aux principes de précaution et de prévention ainsi qu'au regard du principe de proportionnalité⁴³. De plus, la politique européenne de l'environnement doit viser un niveau élevé de protection de l'environnement. Enfin, si le PPP permet aux autorités de tolérer la pollution pour autant que les coûts y afférant soient imputés au pollueur, il n'oblige pas les États membres ou les institutions européennes

³⁹ Voy. : C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*.

⁴⁰ M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'ULB, 2^e éd., 2008, §417. L'effet direct fut consacré dans l'arrêt *Van Gend en Loos* (*op. cit.*). L'effet direct vertical permet aux citoyens d'invoquer une norme de droit européen à l'encontre des pouvoirs publics. L'effet direct horizontal permet d'invoquer une norme de droit européen à l'encontre d'un autre particulier.

⁴¹ C.J., 21 juin 1974, C-2/74, *Reyners*. Voy. aussi C.J., 16 juin 1966, C-57/65, *Lütticke*.

⁴² M. DONY, *Droit de l'Union européenne, op. cit.*, §421. Voy. également P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 3th ed., 2003, p. 185.

⁴³ X. THUNIS et N. DE SADELEER, «Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif?», *amén.*, 1995, n° spécial, p. 6.

à tolérer tout type de pollution. Toutefois, dans l'affaire *Reyners* l'interdiction de discriminer était une interdiction d'accomplir une action; or ici nous serions en face d'une interdiction de s'abstenir. Il n'est donc pas certain que ce raisonnement soit transposable au PPP.

Quoi qu'il en soit, tous les auteurs n'analysent pas les conséquences de la jurisprudence de la Cour de Justice de manière aussi stricte. Joe Verhoeven considère qu'une obligation de faire peut en tant que telle disposer d'un effet direct. Il est cependant probable qu'elle nécessite des mesures d'exécution⁴⁴. Dans ce cas, le juge peut intervenir uniquement si ces mesures ne supposent pas de pouvoir d'appréciation des Institutions ou des États membres⁴⁵.

En outre, la formulation du PPP tel qu'énoncé dans l'article 191, §2 ne semble pas suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour pouvoir générer un effet direct. La grande marge de manœuvre dont disposent les institutions et les États membres pour mettre en œuvre ce principe s'oppose à ce qu'il confère des droits ou obligations aux citoyens européens⁴⁶. Mais un principe peut devenir clair et précis s'il est interprété adéquatement⁴⁷. Beaucoup de principes de droit constitutionnel des États membres – par exemple, le principe d'égalité – ne sont pas *a priori* formulés de façon nettement plus claire et précise que le PPP. De même, le devoir de loyauté communautaire, aujourd'hui déposé dans les articles 4, §3 et 13, §2 du T.F.U.E., ne semblait à l'origine qu'être une reformulation du principe *pacta sunt servanda*, mais a été largement étendu par la Cour qui considère notamment qu'il suppose une obligation de coopération des États membres envers les institutions,⁴⁸ mais aussi des institutions envers les États membres⁴⁹, des États membres entre eux et même des institutions entre elles⁵⁰ alors

que rien ne laisse supposer ces possibilités eu égard au libellé des articles.

Cela étant, l'on aperçoit mal comment le PPP pourrait dans sa formulation actuelle être mis en œuvre sans mesures d'exécution impliquant une marge d'appréciation des institutions européennes ou nationales. Or cette marge d'appréciation exclut tout effet direct⁵¹. Au demeurant, le principe concerne «la politique de l'Union» dans le domaine de l'environnement, il n'est donc pas destiné à viser directement les États membres en l'absence d'actes des Institutions qui le mettent en œuvre⁵². Le PPP ne semble par conséquent pas susceptible de générer un effet direct.

SECTION III. – LA FORCE CONTRAIGNANTE DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR

La démonstration de la force contraignante du PPP a déjà été effectuée dans les travaux de Nicolas de Sadeleer, nous ne nous étendrons donc pas longuement dessus⁵³.

I. *Le statut juridique du principe du pollueur-payeur*

Le PPP peut-être qualifié de «règle de droit», car il est formulé de manière générale et abstraite. Il est en outre revêtu d'une force obligatoire, car il est contenu dans un instrument juridique contraignant – le T.F.U.E. – et est formulé de manière inconditionnelle : «la politique de l'Union(...) **est fondée** (...) sur le principe du pollueur-payeur.»⁵⁴. Le PPP laisse une marge d'appréciation aux autorités qui doivent l'appliquer. Conformément à l'article 296 du T.F.U.E., les actes juridiques obligatoires des Institutions doivent être motivés au regard du principe. Dans la mesure où il s'applique en parallèle avec les principes de précaution et de prévention et de proportionnalité, l'institution européenne n'est pas contrainte de l'appliquer pleine-

⁴⁴ J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2001, pp. 299-300.

⁴⁵ C.J., 4 avril 1968, C-27/67, *Fink-Frucht*.

⁴⁶ C.J., 19 janvier 1982, C-8/81, *Becker*. La Cour de Justice refuse d'ailleurs de reconnaître l'effet direct à une disposition même si la marge d'appréciation des États est minime. (C.J., 12 décembre 1990, C-100/89 et C-101/89 *Kaefer et Procacci*).

⁴⁷ J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 299. La précision implique l'énonciation en des termes non équivoques (*loc. cit.*).

⁴⁸ C.J., 26 avril 2005, C-494/01, *Commission/Irlande*, point 198.

⁴⁹ C.J., 22 octobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères*, point 81.

⁵⁰ C.J., 30 mars 1995, C-65/93, *Parlement européen/Conseil*, point 23 et 27.

⁵¹ C.J., 19 juin 1973, C-77/72, *Capolongo*.

⁵² C.J., 14 juillet 1994, C-179/92, *Peralta*; C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, point 46. Voy. cependant l'obligation qui pèse sur les États membres en vertu de l'article 4, §3, al. 3 du T.U.E.

⁵³ *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 229 et s. (ci-après «Pollueur-payeur, prévention, précaution»); *Environmental principles. From political slogans to legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁵⁴ Art. 191, §2 T.F.U.E. (nous soulignons). Le texte anglais porte «*shall be based*» et non «*should be based*».

ment, mais elle doit dans ce cas indiquer les motifs qui la poussent à agir ainsi. Le défaut de motivation pourrait faire l'objet d'un recours en annulation (art. 261, T.F.U.E.). La circonstance que les principes de droit de l'environnement s'appliquent en liaison avec le PPP fait qu'il pourra apparaître comme disproportionné d'écarter systématiquement l'application du PPP dans une mesure de droit dérivé. Pour Nicolas de Sadeleer, les principes de droit de l'environnement comportent un noyau dur irréductible auquel les autorités ne peuvent déroger, qui est constitué par la protection de la santé publique, des milieux naturels et des espèces animales dont la disparition serait irréversible et des ressources indispensables aux générations à venir⁵⁵.

Dans la même optique, le PPP peut être qualifié de « principe juridique »⁵⁶. En effet, le principe se caractérise à l'évidence par un large degré de généralité puisqu'il est susceptible de couvrir des mesures préventives et curatives, qu'il peut être intégré dans le droit fiscal, les systèmes de marchés réglementés de droits d'émission et le droit de la responsabilité. De même, le PPP se caractérise par un champ d'application relativement mouvant puisqu'il a vocation à s'appliquer au droit de l'environnement dans son ensemble y compris les domaines qui ne seraient pas encore régis aujourd'hui par ce droit. À cela s'ajoute qu'il peut s'appliquer dans d'autres domaines que le droit de l'environnement en vertu du principe d'intégration (art. 11, T.F.U.E.). Sa position dans le Traité lui confère une autorité supérieure.

Enfin, le PPP est contenu dans une norme de droit primaire – le Traité – et il fonde le droit européen de l'environnement. Le droit européen dérivé doit donc être adopté au regard de ce principe et les États dans leur mise en œuvre du droit européen doivent également le prendre en compte. Même lorsque les règles de droit dérivées ne sont pas en contradiction avec le principe, le juge – européen ou national – devra les interpréter au regard de ce principe⁵⁷. Ainsi, les exceptions seront

d'interprétation restrictive et, à l'inverse, les dispositions qui ont été adoptées en vertu de ce principe devront être interprétées de manière à lui donner sa pleine réalisation⁵⁸.

II. Le principe du pollueur-payeur et le principe de proportionnalité

Dans la mesure où les principes juridiques ont un champ d'application mouvant, deux principes *a priori* antagonistes peuvent s'appliquer simultanément à une situation donnée. Pour ce faire, l'on met en œuvre le principe de proportionnalité⁵⁹ qui consiste à se demander si les moyens utilisés permettent d'atteindre le but fixé, si ce sont les seuls moyens possibles et s'ils occasionnent moins d'inconvénients que les autres. Le juge devra ensuite mettre en balance les intérêts défendus par cette mesure avec les intérêts qu'elle menace.

Le principe de proportionnalité peut aboutir à défendre des intérêts publics ou privés contre une application trop stricte du droit de l'environnement comme il peut aboutir à défendre les intérêts écologiques contre d'autres intérêts. L'objectif d'intérêt général poursuivi par la norme attaquée peut aller jusqu'à « justifier des conséquences économiques négatives, même considérables, pour certains opérateurs (...), d'autant plus que la protection de l'environnement constitue un des objectifs essentiels de la Communauté »⁶⁰.

Le principe de proportionnalité est consacré par l'article 5, §4 du nouveau Traité sur l'Union européenne. Ce principe ne s'applique que pour les actes dont l'adoption fait intervenir un pouvoir d'appréciation de l'institution⁶¹. La C.J.U.E. ne peut toutefois substituer son appréciation à celle de l'institution à moins que celle-ci ait commis une erreur manifeste d'appréciation ou un détournement de pouvoir⁶².

⁵⁸ Voy. art. 15 directive 2006/12 sur les déchets et l'interprétation de l'arrêt *Commune de Mesquer*.

⁵⁹ *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., pp. 354 et s.

⁶⁰ C.J., 15 décembre 2005, C-86/03, *Grèce/Commission*, point 96. Dans le même sens en matière de santé publique : T.P.I., 11 septembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health*, point 456 : « dans ce contexte, la protection de la santé publique, que vise à assurer le règlement attaqué, doit se voir accorder une importance prépondérante par rapport aux considérations économiques ».

⁶¹ C.J., 11 juillet 1989, C-265/87, *Schröder*.

⁶² C.J., 5 février 1987, C-403/85, *F./Commission*.

⁵⁵ *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., pp. 245-246.

⁵⁶ *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., pp. 247-256.

⁵⁷ *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., p. 288.

III. L'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle restreint

L'erreur manifeste d'appréciation est «une erreur qui se caractérise à la fois par sa gravité et par son évidence»⁶³. C'est l'erreur qui dans les circonstances concrètes, est inadmissible pour tout homme raisonnable⁶⁴ ou qu'aucune autorité placée dans les mêmes circonstances et fonctionnant normalement n'aurait décidée⁶⁵. L'erreur manifeste n'est envisageable que lorsque l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il peut y avoir une erreur manifeste dans la qualification juridique des faits⁶⁶ comme dans le choix de la mesure à prendre au regard des faits établis⁶⁷.

L'erreur manifeste d'appréciation n'est pas toujours clairement distinguée du principe de proportionnalité⁶⁸. Ils sont tous deux fondés sur le principe du raisonnable⁶⁹. Cependant, la doctrine⁷⁰ et la jurisprudence européenne tendent aujourd'hui à les distinguer⁷¹.

L'erreur manifeste d'appréciation a progressivement été acceptée au niveau législatif⁷².

⁶³ G. BRAIBANT, *Le droit administratif français*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1984, p. 240, note 4.

⁶⁴ C.E., 20 avril 1994, n° 46.917, *Decamps*.

⁶⁵ C.E., 18 février 1986, n° 26.181, *De Wilde*. Ces deux types d'hypothèses se retrouvent en *Common law*, à travers l'*unreasonableness* ou l'*irrationality* : *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (Lord Green); *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410 (Lord Diplock).

⁶⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 14^e éd., 2000, t. I, p. 1043. En Belgique, l'erreur de qualification ne doit plus être manifeste (C.E. 23 novembre 1995, n° 56.419, *Lesage*). Selon Dominique Lagasse, il en irait de même lorsque la Cour de Justice contrôle la conformité des actes de la Commission (*L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 452, note 107 et la jurisprudence citée). *Contra* : P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 438. Cet auteur cite les arrêts *Philip Morris Holland* (C-730/79) et *Pfizer* (*op. cit.*).

⁶⁷ D. LAGASSE, «L'évolution du contrôle exercé par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation», in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 453.

⁶⁸ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, v° «erreur manifeste d'appréciation», p. 108.

⁶⁹ P. GOFFAUX, *op. cit.* v° «proportionnalité», p. 210.

⁷⁰ Voy. J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles Bruylant-Office de publications officielles des communautés européennes, 1994, pp. 274-417 et pp. 721-911; P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 429 et 655.

⁷¹ C.J., 5 février 1987, C-403/85, *F./Commission*. Etienne Cerexhe relève que la Cour de Justice tend à énoncer le principe sans référence au caractère «manifestement» disproportionné d'une mesure («subsidiarité, proportionnalité, souveraineté, concepts antinomiques?», in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 209).

⁷² La Cour d'arbitrage a, par exemple, accepté de contrôler la conformité d'un décret flamand prévoyant de classer les processus d'élimination et de valorisation des déchets en grandes catégories soumises à des taxes de niveau différent. Selon la Cour, la Région flamande n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en distinguant les déchets de construction et de démolition des déchets de chiffons et des déchets plastiques (C.A., 5 mai 2004, n° 69/2004). Voy. pour la France : Cons. Cont. fr., 20 janvier 2005, n° 2004-510 DC.

Dans la mesure où ni le PPP ni même la notion de pollueur ne sont définis par le T.F.U.E., les Institutions ont d'une large marge d'appréciation dans la mise en œuvre du principe. La C.J.U.E. pourrait cependant sanctionner leurs éventuelles erreurs manifestes d'appréciation que ce soit dans la qualification des faits ou dans le choix des mesures adoptées⁷³. Cette technique est utilisée depuis longtemps en droit européen pour apprécier la validité des actes administratifs de la Commission⁷⁴. Le droit européen connaît lui aussi une évolution qui aboutit à ce que la Cour de Justice contrôle l'erreur manifeste d'appréciation dans le chef du législateur. On peut invoquer l'erreur manifeste en liaison avec le détournement de pouvoir⁷⁵ ou le principe de proportionnalité, dont l'irrespect est sanctionné par le T.F.U.E. Mais la Cour va plus loin et utilise l'erreur manifeste comme critère autonome de contrôle de conformité des actes législatifs européens⁷⁶.

À notre connaissance, aucun arrêt de la Cour n'a annulé une disposition législative européenne pour erreur manifeste du Conseil ou du Parlement. Malgré cela, le contrôle marginal permet d'éviter que le pouvoir discrétionnaire des institutions se transforme en pouvoir arbitraire; il en sera *a fortiori* ainsi si la définition du PPP est précisée.

IV. L'affaire Standley

Dans l'affaire *Standley*, la Cour de Justice dûit répondre à une question préjudicielle de la *High*

⁷³ Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 59; P. WENNERAS, *The enforcement of EC Environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 197. Voy., par exemple, pour l'application du principe de précaution lorsque l'autorité doit effectuer une évaluation complexe : «Dans un tel contexte, le juge communautaire ne peut en effet substituer son appréciation des éléments factuels à celle des institutions à qui, seules, le traité a confié cette tâche. Il doit, en revanche, se limiter à vérifier si l'exercice par les institutions de leur pouvoir d'appréciation dans ce cadre n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si les institutions communautaires n'ont pas manifestement dépassé les limites de leur pouvoir d'appréciation.» (T.P.I., 11 septembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health*).

⁷⁴ Déjà l'article 33, al. 1^{er} du Traité CECA précisait que la Cour ne pouvait contrôler l'appréciation des faits par la Haute Autorité à moins que celle-ci ait «méconnu d'une manière patente» les règles de droit applicables. La Cour parlait d'«erreur évidente dans l'appréciation» (C.J., 21 mars 1955, n° 6/54, *Pays-Bas/Haute Autorité*).

⁷⁵ Cela se fait couramment en France : J.-P. BOURGOIS, *L'erreur manifeste d'appréciation : la décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, Villeneuve d'Ascq, L'Espace juridique, 1988, pp. 137 et s.

⁷⁶ Ce contrôle se limita d'abord aux règlements d'exécution – actes législatifs de second rang par rapport au règlement de base – (C.J., 22 octobre 1991, C-16/90, *Nölle*), puis il toucha les actes législatifs de premier rang (C.J., 19 novembre 1998, C-150/94, *Royaume-Uni/Conseil*).

Court of Justice, Queen's Bench division sur l'interprétation à donner à la directive 91/676 sur la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles⁷⁷. Dans sa seconde question, la *High Court* demande si la directive est conforme au PPP et au principe de proportionnalité dans la mesure où seuls les exploitants agricoles supportent le coût de la réduction de la concentration de nitrate dans l'eau. La Cour va d'abord examiner le principe de proportionnalité (point 46 et s.), ensuite le PPP (point 51) et, enfin, le PPP comme expression du principe de proportionnalité (point 52).

C'est la première fois que la Cour accepte de contrôler la conformité d'un acte de droit dérivé par rapport au PPP⁷⁸. Elle donne par là même une esquisse de définition au principe, qui interdit que «*les exploitants agricoles doivent assumer des charges inhérentes à l'élimination d'une pollution à laquelle ils n'ont pas contribué*»⁷⁹.

La Cour ajoute qu'«*ainsi qu'il a été relevé aux points 46 et 48 du présent arrêt, il incombe aux États membres de prendre en considération, dans la mise en œuvre de la directive, les autres sources de pollution et, compte tenu des circonstances, de ne pas faire supporter aux exploitants agricoles des charges d'élimination de la pollution qui ne sont pas nécessaires. Dans cette perspective, le principe du pollueur-payeur apparaît comme l'expression du principe de proportionnalité*» (point 52). Ce paragraphe pousse les commentateurs à estimer que le PPP ne constitue une norme de contrôle de la C.J.U.E que lorsqu'il est appliqué en relation avec le principe de proportionnalité, dont il serait l'une des multiples expressions⁸⁰. Tout dépend cependant du sens que l'on donne à l'expression «dans cette perspective» – «*viewed in that light*», dans la ver-

sion anglaise –. Si cette expression se comprend comme synonyme de «par conséquent», l'on peut en conclure que pour la Cour le PPP est une application du principe de proportionnalité. Néanmoins si l'expression se comprend comme synonyme de «dans cette hypothèse», les choses semblent plus nuancées, le principe pourrait alors dans certaines hypothèses s'appliquer en parallèle avec le principe de proportionnalité, mais dans d'autres s'appliquer de manière autonome.

Notons enfin que si la Cour doit laisser une large marge d'appréciation au législateur pour ce qui est de la qualification juridique des faits et des choix en opportunité, il n'en va pas de même pour ce qui est de l'interprétation des concepts juridiques présents dans le T.F.U.E.⁸¹ Elle est donc compétente pour définir le sens du PPP.

CHAPITRE II. – LA DÉSIGNATION DU POLLUEUR PAR LES AUTORITÉS PUBLIQUES CHARGÉES D'APPLIQUER LE PRINCIPE – UNE COMPARAISON AVEC LA RESPONSABILITÉ CIVILE POUR FAUTE

Nous devons tirer toutes les conséquences des affirmations présentes dans l'arrêt *Standley* selon lequel «*s'agissant du principe du pollueur-payeur, il suffit de constater que la directive n'implique pas que les exploitants agricoles doivent assumer des charges inhérentes à l'élimination d'une pollution à laquelle ils n'ont pas contribué*» et dans l'arrêt *Commune de Mesquer* selon lequel «*conformément au principe du pollueur-payeur, un(...) producteur ne peut être tenu de supporter ces coûts que si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution*». Ces arrêts livrent une première définition du principe en droit européen et érigent le critère de la «contribution». Il nous faut explorer plus avant les implications de ce critère et vérifier si le principe ne suppose pas une définition plus précise qui permettrait de guider les pouvoirs publics dans la désignation du pollueur. Pour déterminer qui est le pollueur, le législateur doit avant tout se demander quelles sont les causes de la pollution et qui sont les personnes à l'origine de ces

⁷⁷ C.J., 29 avril 1999, C-293/97, *Standley*.

⁷⁸ P. WENNERAS, *The enforcement of EC Environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 199.

⁷⁹ Point 51. Voy également les conclusions de l'AG P. Léger, 8 octobre 1998, C-293/97, *Standley*, point 98 : «*l'article 5 de la directive doit être interprété comme imposant aux États membres de ne faire supporter aux agriculteurs que le coût d'installations permettant de diminuer ou d'éviter la pollution des eaux par les nitrates dont ils sont responsables, à l'exclusion de tout autre coût. Cette interprétation respecte donc strictement le principe du pollueur-payeur.*»

⁸⁰ L. KRÄMER, «*A right to pollute?*», *EU casebook on environmental law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 98.

⁸¹ La Cour peut sanctionner les «erreurs de droit». Voy. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, op. cit., pp. 435-436.

causes⁸². La responsabilité civile est un des domaines du droit dans lesquels la théorie de la cause est la plus développée. Il convient selon nous de comparer la désignation du pollueur avec la désignation du responsable. Cette comparaison est d'autant plus pertinente que dans de récentes conclusions l'avocat général Kokott a précisé qu'«on pourrait ainsi concevoir le principe du pollueur-payeur comme une règle précise d'attribution des coûts qui correspondrait, en quelque sorte, au critère de causalité en droit de la responsabilité non contractuelle»⁸³. En outre, le PPP est parfois qualifié de principe de responsabilité ou défini en référence à ce concept⁸⁴.

Le principe n'est pas comparable avec la responsabilité pénale pour laquelle un élément moral est nécessaire. En effet, la plupart des pollueurs n'ont pas l'intention de polluer, ils ont l'intention d'effectuer une activité économique dont il

s'avère qu'elle entraîne une pollution, parfois ils ignorent que cette activité cause une pollution. Nous verrons en quoi le PPP s'écarte de la responsabilité civile pour faute, dont les éléments constitutifs sont la faute, le dommage et un lien causal reliant les deux⁸⁵. Le concept de faute ne trouve, selon nous, pas à s'appliquer au sein du principe (Section II). Ensuite, nous examinerons si les théories de la causalité dans la responsabilité civile peuvent être d'une quelconque aide aux institutions européennes dans leur application de l'article 191 T.F.U.E. (Section III). Mais avant cela nous évoquerons très sommairement la question du dommage environnemental et de la pollution, qui dépasse le cadre de cette étude (Section I). La réparation – le paiement – ne serait pas abordée ici si ce n'est de manière incidente dans les autres sections, c'est en effet une matière très controversée dans la cadre de l'application du PPP, elle dépasse le cadre de cette étude.

SECTION I. – LE DOMMAGE ENVIRONNEMENTAL ET LA POLLUTION

En principe, l'émission et la pollution sont deux actions de type similaires. L'émission recouvre l'action d'émettre ou de rejeter directement ou indirectement «quelque chose» dans tout ou partie de l'environnement⁸⁶. La pollution recouvre l'action d'y introduire directement ou indirectement et par le biais de l'activité humaine «quelque chose»⁸⁷ qui est susceptible d'entraîner une dégradation de l'environnement⁸⁸. Dans la mesure où l'on admet que la personne qui rejette ou émet «quelque chose» l'introduit par la même occasion dans l'environnement au sens large, la pollution et l'émission ne se distinguent, pour les activités humaines, que par la capacité à nuire à l'environnement. La pollution est donc un certain type d'émission : c'est une émission po-

⁸² C'est un des problèmes majeurs que rencontrent les pouvoirs publics dans leur application du principe (G. J. MARTIN, «Les perspectives d'harmonisation européenne», *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, Paris, La documentation française, 2000, p. 196).

⁸³ Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 36.

⁸⁴ Recommandation 75/436, *op. cit.*, p. 3; Conclusions de l'A.G., C-254/08, *Futura Immobiliare*, *op. cit.*, point 32; Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 2 juillet 2009, C-169/08, *Regione autonoma della Sardegna*, point 72; A. KISS et D. SHELTON, *Traité de droit européen de l'environnement*, Paris, Frison-Roche, 1995, p. 44; R. ROMI, *Droit international et européen de l'environnement*, Paris, Montchrestien, 2005, pp. 65 et 66; L. LAVRYSSEN, *Handboek milieurecht*, Malines, Kluwer, 2006, p. 172. Selon François Ost, les principes de prévention, de précaution, de réduction de la pollution à la source et du pollueur-payeur sont tous les quatre basés sur l'idée de responsabilité («La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement», *Droit et société*, 1995, p. 283). La version allemande du Traité de Rome parle du «*Verursacherprinzip*» qui est tantôt traduit par «principe de responsabilité» (L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («*Verursacher*») en droit communautaire», *op. cit.*, p. 4; N. DE SADELEER, *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, *op. cit.*, p. 63), tantôt par «*the causer principle*» (L. KRÄMER, «The Genesis of EC Environmental Principles», *op. cit.*, p. 24, note 70).

Contra : H. SMETS, «Le principe pollueur payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement?», *R.G.D.I.P.*, 1993, p. 357; N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 534; V. DAVID, S. MAIRESSE et P. MAÎTRE, «Le principe du pollueur-payeur : cohérence des outils et pertinence du principe», *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris, La documentation française, 2002, p. 93; E. DE SABRAN-PONTEVES, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, pp. 301 et s.

Notons que les auteurs qui qualifient le PPP de principe de responsabilité donnent, en général, un sens large à ce terme alors que les auteurs qui s'opposent à cette qualification lui donnent en général un sens restreint. Les deux opinions ne sont donc pas inconciliables à condition de s'entendre sur le sens des mots. Seul Philippe Léger semble donner au terme «responsabilité» une définition proche de la responsabilité civile tout en définissant le PPP au moyen de ce concept (Conclusions de l'AG, 8 octobre 1998, C-293/97, *Standley*, Points 93 et 98). M. Blanquet parle de principe de partage de responsabilité, mais au sens de responsabilité exercée pas assumée («Du principe pollueur-payeur en tant que principe communautaire», *op. cit.*, pp. 142-144). J.-F. Neuray rapproche le principe de la notion de responsabilité (*Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 86 *in fine*) plutôt que de la responsabilité au sens juridique (*ibidem*, note 4).

⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1964, t. 2, p. 874.

⁸⁶ Dans la directive 2008/1 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, par exemple, il s'agit des substances, des vibrations, de la chaleur ou du bruit rejetés dans l'air, l'eau ou le sol (art. 2, 5)). On parle dans d'autres instruments juridiques de matières, objets, produits, préparations, énergies, organismes ou micro-organismes, champs magnétiques ou électriques, radiations ou particules.

⁸⁷ Il s'agit des mêmes choses que pour la définition précédente.

⁸⁸ Nous utilisons ici cette expression de façon large de manière à recourir au moins toutes les hypothèses de dommages mises en exergue dans l'article 2, 2) de la directive 2008/1.

tentiellement dommageable pour l'environnement. Les deux concepts ne s'opposent pas. On peut parler d'émission polluante. Par facilité de langage, il arrive également que l'on nomme ce qui est rejeté⁸⁹ «l'émission». Dans la suite de cette étude, nous utiliserons le terme «émission» dans les deux sens employés précédemment. En revanche, nous n'appellerons pas la conséquence dommageable de l'émission polluante, «la pollution»⁹⁰. Cette conséquence nous l'appellerons «le dommage environnemental» ou «la dégradation de l'environnement».

Notez que pour certains auteurs la différence entre une émission et une pollution est déterminée par l'infraction à une norme de droit, la pollution étant une émission illicite⁹¹. Selon Nicolas de Sadeleer, la pollution implique seulement une émission dommageable pour l'environnement et ne nécessite pas qu'un seuil soit dépassé⁹². Ainsi, la dégradation de l'environnement – ou le risque de dégradation – est une condition minimale pour pouvoir parler de pollution. La circonstance que l'émission soit, par ailleurs, illicite n'est pas nécessaire pour que le législateur la désigne comme polluante et qu'elle donne lieu à paiement dans le droit dérivé. De même, le législateur n'est pas contraint de fixer un seuil d'émission au-delà duquel il y aurait pollution. L'exigence d'illicéité n'est pas intégrée dans le PPP au niveau du droit primaire européen⁹³. Il n'y a pas de seuil en matière de gestion des déchets ou d'émissions de CO₂⁹⁴. En revanche, une émission qui ne cause pas de dégradation de l'environnement n'est pas polluante même si elle est illicite. Si le législateur

interdit d'émettre une substance dont il n'est pas prouvé qu'elle puisse causer un dommage à l'environnement, il ne peut le faire en vertu du PPP⁹⁵.

La nature du dommage environnemental auquel a contribué le pollueur fait l'objet d'au moins autant de controverses que la question de l'imputabilité. Elle est évidemment liée à celle-ci dans le sens où il s'agit pour les pouvoirs publics de désigner un pollueur c'est-à-dire quelqu'un qui a contribué au risque de dommage environnemental. Il faudra donc se poser la question de savoir ce qu'est ce dommage. Si l'on définit grossièrement ce dernier comme toute dégradation de l'environnement, il faut encore définir ce qu'est l'environnement. Cette définition aura bien sûr un impact déterminant sur le champ d'application du principe. Ainsi, en adoptant une définition très large de l'environnement comme étant constitué de tout ce qui environne le sujet qui pose la définition, la pollution pourrait concerner presque tous les types de dommages – au sens de *damnum emergens* –, notamment les dommages aux personnes y compris le préjudice moral, les dommages à la faune et à la flore, à l'environnement inerte tel que les pierres ou les métaux, aux cultures, aux biens meubles et immeubles appropriés, etc. puisque tous ces éléments font partie intégrante de l'environnement. Dans cette optique, c'est tout le droit de la responsabilité qui ne serait qu'une application du PPP!⁹⁶

De même, il faut définir ce qu'est une dégradation. Lors de l'application préventive du principe, comment déterminer s'il y a un dommage potentiel? Quel degré de risque faudra-t-il? Suffi-

⁸⁹ Les substances, les objets, les vibrations, la chaleur, le bruit, les énergies, les organismes vivants, etc.

⁹⁰ Bien que cet emploi du terme pollution dans le sens de dommage environnemental soit relativement courant. *Le Grand Robert de la langue française* définit la pollution tout autant comme l'action de polluer que comme le fait d'être pollué (Paris, Dictionnaires le Robert, 2001, 2^e éd., Vol. V, v° «pollution», p. 913). Voy. aussi *Shorter Oxford English Dictionary*, Oxford, Oxford University Press, 2007, v° «pollution», p. 2271.

⁹¹ L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire», *op. cit.*, p. 5.

⁹² N. DE SADELEER, *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, *op. cit.*, pp. 70-75.

⁹³ Le fait que dans certaines législations particulières le législateur ait exigé que l'émission qui donne lieu à paiement soit illicite ne prouve pas que la notion d'illicéité limite le pouvoir d'appréciation que l'article 191 du T.F.U.E. octroie au législateur, à moins de renverser la hiérarchie des normes.

⁹⁴ La référence à la tonne de CO₂ doit, selon nous, s'interpréter comme la – nécessaire – fixation d'une unité d'émission et non comme la fixation d'un seuil. L'exploitant payera dès la première tonne émise.

⁹⁵ Sauf s'il exige que la nocivité de la substance soit prouvée *in specie* devant le juge ou l'administration (voy. *infra*).

⁹⁶ Pour éviter ce type d'écueil, l'on insère généralement l'idée de l'introduction par l'homme de polluants ce qui permet d'éviter d'englober toute la responsabilité civile. Voy. la définition donnée par l'OCDE dans sa recommandation du 14 novembre 1974 (C (74) 223, OCDE, 1974) : «on entend par pollution, l'introduction par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie dans l'environnement, qui entraîne des conséquences préjudiciables de nature à mettre en danger la santé humaine, à nuire aux ressources biologiques et aux systèmes écologiques, à porter atteintes aux agréments ou à gêner les autres utilisations légitimes de l'environnement». Il reste que cette définition reprend l'idée d'un «préjudice» ou d'une «atteinte» à «l'environnement». Pour un commentaire de cette définition largement reprise en droit international et national : A.-C. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 3^e éd., 2004, pp. 112 et s.

ra-t-il de démontrer l'existence d'indices de risque?⁹⁷

Dans le cadre de cette étude, nous utiliserons une définition fonctionnelle de dommage environnemental; celui-ci étant une dégradation de l'environnement causée par une émission⁹⁸ issue de l'activité humaine⁹⁹.

SECTION II. – LA FAUTE ET L'ACTIVITÉ À L'ORIGINE DE LA POLLUTION

Le PPP fait naître une obligation, néanmoins celle-ci n'est pas à charge des particuliers, mais des institutions européennes et des États membres lorsqu'ils retranscrivent les actes des Institutions. Ce n'est que lorsque ceux-ci mettent en œuvre le principe que des obligations pèsent sur les particuliers.

Même à considérer que le PPP soit rédigé de telle façon à ce qu'il puisse faire peser une obligation sur les particuliers, il faudrait pour que ce principe soit l'équivalent de la responsabilité civile pour faute¹⁰⁰ qu'il existe une obligation générale de ne pas entreprendre d'activité polluante comparable au devoir général de prudence, qui lorsqu'elle serait enfreinte déclencherait l'application du principe. Or une telle obligation à charge des citoyens européens n'existe pas dans la législation et ne peut se déduire *a contrario* du

PPP, même si l'on devait estimer qu'il dispose de l'effet direct. En effet, le PPP a une fonction d'imputation des coûts : c'est un principe d'imputabilité. Si la responsabilité pour dommage à l'environnement est une application souhaitable de ce principe, elle n'est pas la seule et le principe ne contraint nullement les pouvoirs publics à l'instauration d'une responsabilité à base de faute. La fiscalité environnementale, par exemple, ne suppose pas nécessairement que la pollution soit interdite. À suivre ce raisonnement, l'on pourrait considérer que disposer d'un revenu est interdit parce qu'il faut s'acquitter d'un impôt sur le revenu. Dans la même optique, il n'existe pas en droit européen d'obligation générale de réduire la pollution, qui pèserait sur les citoyens et pourrait être enfreinte puisque le pollueur peut être amené à payer encore même s'il réduit sa pollution.

De même, si l'on interprète le principe en combinaison avec le droit à un environnement sain, l'on ne pourrait en déduire une interdiction générale de polluer. Le droit à un environnement sain est reconnu dans divers instruments de droit national et dans l'article 1^{er} de la Convention d'Aarhus¹⁰¹ à laquelle l'UE est partie. Ces dispositions sont rarement dotées d'un effet direct, en particulier l'article 1 de la Convention d'Aarhus s'adresse aux parties à la Convention; il n'est, en outre, pas certain que la C.J.U.E. l'interprète comme imposant une obligation générale de protection d'un environnement sain allant au-delà de la mise en œuvre des droits procéduraux garantis par la Convention¹⁰².

Même si l'on admettait que ce droit existe de manière autonome en droit européen et qu'il serait doté de l'effet direct, il ne pourrait donner lieu qu'à une interdiction de dégrader l'environnement de telle façon à ce qu'il y ait un dommage affectant la santé humaine. Or, si l'on raisonne par

⁹⁷ Il n'est pas certain que l'article 191 du T.F.U.E. contienne de telles définitions. Il laisse en tout cas aux pouvoirs publics une marge d'appréciation. On peut d'ailleurs se demander s'il est opportun ou non de livrer une définition figée de l'environnement, qui limiterait le champ d'application du droit de l'environnement. À l'inverse, cette définition permettrait une stabilité de ce champ d'application et une certaine sécurité juridique. On pourrait à la rigueur envisager que la C.J.U.E. effectue un contrôle marginal dans le cas où la situation considérée ne serait manifestement pas une dégradation ou ne concernerait manifestement pas l'environnement.

⁹⁸ Notez que l'exigence de la présence d'une émission permet d'éviter que les activités des victimes de la pollution soient prises en compte par le principe (voy. *supra* note 37). La présence d'une émission implique que nous n'abordons pas le principe de l'utilisateur-payeur.

⁹⁹ L'environnement comprendrait à tout le moins les eaux, les sols, l'air, les paysages, la faune, la flore, l'environnement sonore et la santé humaine. La dégradation comprendrait toute atteinte aux composantes de l'environnement énoncées ci-dessus *notamment* les atteintes directes ou indirectes à la santé, à la qualité ou à l'agrément de l'environnement ou à l'utilisation légitime de celui-ci. Cette définition est donc plus large que celles de l'art. 2 de la directive 2004/35 (voy. *infra* note 247). Ces indications sont suffisantes pour pouvoir aborder la question de la causalité au sein du PPP. Elles sont énoncées sous forme d'hypothèses puisque des recherches complémentaires sont nécessaires pour les confirmer ou les infirmer. Elles n'ont donc qu'un but fonctionnel et, dans la mesure où elles sont hypothétiques, elles n'engagent pas l'auteur pour la suite éventuelle de ses recherches. Une définition plus rigoureuse de la dégradation de l'environnement demanderait un examen de l'entiereté du droit européen de l'environnement et une mise en perspective avec les interprétations de ces concepts en sciences, en droit international public et en droit comparé, ce qui n'est pas l'objet du présent article.

¹⁰⁰ Tel que contenue dans l'article 1382 des codes civils français et belge.

¹⁰¹ Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998.

¹⁰² Contrairement à la situation qui prévaut au sein de l'Union africaine où le droit à un environnement sain ne se limite pas à ces droits procéduraux (Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 30^e sess. ord., Octobre 2001, Aff. 155/96, *Social and Economic Rights Action Center et al. c/Nigeria*). La Cour de Justice n'a, à notre connaissance, pas encore eu à se prononcer sur le droit à un environnement sain, seul l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer y a fait référence (26 mai 2005, C-176/03, *Commission/Conseil*, point 67).

analogie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance¹⁰³, il faudra un dommage direct à la santé – même si l'on peut inclure dans la santé le bien-être –. Les émissions de gaz à effet de serre ne seraient, par exemple, pas comprises dans cette interdiction. Ainsi, la dégradation d'un écosystème, qui n'affecte pas directement la santé psychique ou physique d'un être humain – sujet de droit – ne serait pas prise en compte par le PPP même si à long terme cette dégradation aura inmanquablement un impact sur les êtres humains. De même, la protection du droit à un environnement sain s'accommode en général de la notion de seuil de pollution, qui suppose qu'il y ait une atteinte «notable», «significative», «grave», ou «importante» à l'environnement, alors que le PPP a vocation à s'appliquer dès le premier déchet ou dès la première tonne de CO₂. Le PPP ne peut donc se limiter à être un auxiliaire du droit à un environnement sain.

À cela s'ajoute que la responsabilité civile consiste en une obligation dérivée – celle de réparer –, qui naît du non-respect d'une obligation primaire ou d'un devoir comme le devoir général de prudence¹⁰⁴. Or le PPP couvre également l'imputation des coûts de prévention voire selon certaines interprétations les coûts d'adaptation aux nouvelles normes de police. Dans ce contexte, le principe se présente comme une obligation primaire et non dérivée. En effet, la personne qui prend en charge les coûts de prévention n'a, par hypothèse, pas encore pollué; elle n'a pas enfreint l'hypothétique obligation de ne pas polluer ou de réduire la pollution et n'a donc pas commis de «faute». Si la responsabilité civile est destinée à agir *a posteriori* dans une optique de réparation, le PPP est quant à lui simplement un principe d'imputabilité, qui a pour rôle d'imputer les coûts de la pollution à un pollueur et il peut donc jouer *a priori* comme *a posteriori*.

Enfin, on peut se demander si une interdiction générale de polluer serait opportune dans la me-

sure où un certain nombre de fonctions essentielles de nos sociétés ne peuvent s'accomplir sans rejeter la moindre pollution, dans l'état actuel des connaissances techniques et scientifiques¹⁰⁵. Pour ce qui est d'une obligation générale de réduire la pollution, elle est envisageable, mais l'on aperçoit mal comment elle pourrait être dotée d'un effet direct¹⁰⁶.

Dans la même optique, l'application du principe ne peut être limitée aux infractions aux conditions contenues dans un permis d'environnement¹⁰⁷. Une personne qui, tout en respectant les conditions du permis, pollue devra tout de même payer pour cette pollution¹⁰⁸.

De plus, le PPP n'est pas limité aux pollutions émises en infraction aux différentes normes du droit européen de l'environnement, infraction qui constitue une faute¹⁰⁹. Le principe n'est pas l'accessoire de ces normes. Au contraire, il constitue le fondement de bon nombre de directives environnementales et de la politique de l'Union en matière de protection de l'environnement (art. 191, T.F.U.E.). Le pollueur ne doit pas non plus enfreindre le devoir général de prudence pour se voir imputer les coûts de la pollution. Enfin, l'exigence que le dommage fut «raisonnablement prévisible» pour qu'une négligence ait lieu¹¹⁰ n'est pas nécessaire pour l'application du principe puisqu'il peut s'appliquer sans que le législateur doive prévoir l'existence d'une faute.

En conclusion, le concept de faute n'est pas une exigence du PPP. Le principe se distingue par conséquent clairement de la responsabilité civile pour faute sur cet aspect¹¹¹. Il y a pourtant un fait

¹⁰⁵ Si l'on considère la pollution comme une émission *excessive* franchissant un certain seuil – *quod non* –, il va de soi qu'une société sans «pollution» serait sensiblement plus facile à réaliser.

¹⁰⁶ D'un point de vue *philosophique*, l'on pourrait considérer que le PPP se fonde sur une obligation à l'égard des générations futures (F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La découverte, 1995, pp. 276 et s.). Une telle obligation n'existe pas dans le droit positif.

¹⁰⁷ Que cela concerne les permis délivrés en vertu de la directive 2008/1, «IPPC», ou en vertu du droit national.

¹⁰⁸ Elle devra, par exemple, payer pour l'élimination des déchets, les quotas de CO₂ et la réparation des dommages à l'environnement.

¹⁰⁹ J.-P. HANNEQUART, *Le droit européen des déchets*, Bruxelles, IBGE, 1993, p. 74; L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire», *Amén.*, 1991/1, p. 10; N. DE SADELEER, *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, loc. cit.

¹¹⁰ Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169.

¹¹¹ Dans le même sens J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 86-87.

¹⁰³ Art. 8, CEDH. Voy. notamment, Cour Eur. Dr. H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra/Espagne*; Cour Eur. Dr. H. 9 juin 2005, *Fadejeva/Russie*

¹⁰⁴ P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, PUB, 1995, 3^e éd., Vol. 2, p. 1985/429.

générateur, à l'origine de la pollution. Il faut que «*par son activité, [le pollueur ait] contribué au risque de survenance de la pollution*». C'est donc l'activité du pollueur qui constitue le fait générateur soit de la pollution (application *a posteriori*) soit de l'existence du risque de celle-ci (application *a priori*). «*Coupable ou non le pollueur est un acteur économique dont l'activité entraîne le paiement d'un coût social*»¹¹². Dans ce contexte, le terme «activité» recouvre également, selon nous, l'absence d'action. Ainsi, le propriétaire qui s'abstient d'empêcher l'exploitant se trouvant sur sa propriété de dégrader l'environnement peut être amené à payer en vertu du principe. Rappelons que si la faute n'est pas une exigence générale du principe, le législateur peut décider que l'activité donnant lieu à l'application du principe devra être en infraction avec une règle de droit¹¹³. Comme nous l'avons vu, l'instauration d'une faute comme fait générateur n'est toutefois possible que lorsque le principe agit *a posteriori* et non lorsqu'il agit de façon préventive. Le PPP n'exige pour se déclencher que la survenance d'un fait générateur, mais la nature de ce fait n'est pas prédéterminée par le principe pour autant qu'il ait causé une pollution.

SECTION III. – LE LIEN CAUSAL

I. Généralités

La causalité se définit comme le «*rapport de la cause à l'effet qu'elle produit*». La cause étant elle-même définie comme «*ce qui produit un*

effet» ou «*ce par quoi un événement arrive, une action se fait*»¹¹⁴.

Aristote et Cicéron combattaient la doctrine des sophistes selon laquelle ce qui suit une chose a été causé par elle : «*post hoc, ergo propter hoc*». Selon eux, les seules vraies causes sont les causes efficaces ou génératrices¹¹⁵ ; elles doivent être distinguées des simples circonstances ou conditions¹¹⁶. En revanche, selon David Hume, d'un point de vue de logique formelle, si un événement est invariablement suivi par un autre, il peut être appelé cause de ce dernier¹¹⁷. C'est partiellement sous l'influence de Hume que le philosophe John Stuart Mill, va forger la définition la plus courante du mot, qui aura une influence majeure sur la théorie de la cause en droit de la responsabilité : «*La cause, donc, philosophiquement parlant, est la somme des conditions positives et négatives prises ensemble, le total des contingences de toute nature qui étant réalisées, le conséquent suit invariablement*»¹¹⁸.

Les théories civilistes de la causalité sont héritières de ces controverses philosophiques.

¹¹⁴ Le Grand Robert de la langue française, *op. cit.*, Vol. I, v° «causalité», p. 2008.

¹¹⁵ ARISTOTE, *Rhétorique*, liv. I, chap. 23, XV ; CICÉRON, *Traité du destin*, XV, 34 : «*La cause est ce qui produit ce dont elle est la cause, comme la blessure l'est de la mort, l'indigestion de la maladie, le feu de la chaleur. Il ne faut donc pas entendre par cause ce qui précède un événement, mais ce qui le précède en le produisant...*».

¹¹⁶ «*... que je sois descendu au Champ de mars, cela n'est pas la cause qui fait que je joue à la balle, et il ne faut pas dire qu'Hécube a causé la perte des Troyens parce qu'elle a engendré Pâris, (...) Car alors on dira que le voyageur bien vêtu est la cause par laquelle le brigand l'a dépouillé.*» (CICÉRON, *loc. cit.*).

¹¹⁷ HUME, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, in *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, Oxford, Clarendon, 1975, 3rd éd., p. 76 : «*we may define a cause to be an object, followed by another, and where all the objects similar to the first are followed by objects similar to the second. Or in other words where, if the first object had not been, the second never had existed.*».

¹¹⁸ J. S. MILL, *Système de logique déductive et inductive*, Paris, Ladrangé, 1866, 6^e éd., t. I, liv. III, chap. V, § 3, p. 375. Selon H.L.A. HART et A. HONORÉ (*Causation in law*, Oxford, Clarendon, 1985, 2^e éd., pp. 2-25) les conceptions philosophiques de la cause ont généralement été écartées par les juristes, car ils doivent s'occuper de cas particuliers impliquant qu'un événement particulier fut la conséquence d'un autre événement particulier. Tout au plus devront-ils appliquer les lois de la causalité générale alors que philosophes et scientifiques découvrent des liens de causalité entre des catégories d'événements et doivent formuler des lois au moyen de généralisations. Ces lois permettront une certaine prédictibilité. Notons déjà que lorsque le législateur européen apprécie lui-même l'existence d'un lien causal, il adopte un raisonnement par catégorie, qui à certains égards se rapproche de celui des scientifiques plutôt que de celui des juristes (*op. cit.* pp. 9-10).

¹¹² F. OST, «La responsabilité, fil d'Ariane...», *op. cit.*, p. 284. On concentre donc l'attention sur «le dédommagement de la victime plutôt que sur la faute du coupable». Cette évolution reflète celle qui a lieu en droit civil vers une responsabilité objective essentiellement tournée vers l'indemnisation (*loc. cit.*).

¹¹³ L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire», *Amén.*, 1991/1, p. 10 ; N. DE SADELEER, *Environmental principles. From political slogans to legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 51 et s. ; X. THUNIS, «Les fondements de la responsabilité. Rapport belge», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, p. 54, § 27. Néanmoins, la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement adoptée le 21 juin 1993 précise – à raison, selon nous – que la responsabilité objective est plus adéquate pour mettre en œuvre le principe (6^e considérant).

II. Le lien causal en droit civil

Le lien causal est un élément essentiel de la responsabilité civile¹¹⁹ y compris la responsabilité sans faute¹²⁰.

La causalité doit être distinguée de l'imputabilité. Le lien causal unit le fait générateur au dommage alors que l'imputabilité unit le fait générateur à une personne qui doit en répondre. En droit de la responsabilité civile, le fait générateur ne doit pas forcément être imputable à la personne qui doit en répondre, notamment dans les de responsabilité du fait d'autrui¹²¹. Le lien causal doit être certain et non vraisemblable¹²². Deux théories s'opposent classiquement en droit civil pour la détermination de la cause : la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate, toutes deux d'origine allemande¹²³. La théorie de l'équivalence des conditions, de la condition *sine qua non* ou *bedingungstheorie* a été forgée par M. von Buri au XIX^e siècle¹²⁴. La théorie de la causalité adéquate ou génératrice a été mise en avant par J. von Kries en réaction à la théorie de l'équivalence des conditions¹²⁵.

¹¹⁹ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 959, n° 954; H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 6^e éd., 1965, t. II, n° 1418; I. DURANT, «A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage», *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 11 et s.; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 1.

¹²⁰ Voy, par exemple, en matière de trouble de voisinage l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 8 novembre 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 501 : «Si l'article 544 du Code civil n'exige pas la preuve d'une faute, celui qui se prétend victime d'un trouble excessif doit établir que le trouble trouve son origine dans un fait une omission ou un comportement quelconque du ou des propriétaires voisins. La preuve de la relation causale à établir entre le dommage et le comportement non fautif du ou des propriétaires voisins n'est pas différente de celle qu'exige l'article 1382 du Code civil».

¹²¹ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 44.

¹²² Cass., 17 sept. 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 190; Cass., 17 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 534.

¹²³ Nous n'aborderons pas ici les spécificités de la théorie de la *causa proxima* que nous assimilons à la causalité adéquate bien qu'elle soit plus stricte dans la sélection des causes. De même, nous rattacherons les théories anglo-saxonnes et allemandes à la causalité adéquate alors que les théories anglo-saxonnes n'entrent pas parfaitement dans cette opposition qui est avant tout continentale (Voy. à cet égard l'ouvrage de H.L.A. HART et A. HONORÉ, *Causation in law*, *op. cit.*, pp. 130-430) et que la théorie allemande de la cause pourrait être vue dans certains cas comme une application de la théorie de l'équivalence des conditions tempérée par un critère de sélection téléologique en fonction du but supposé de législation applicable (c'est ce qu'on appelle la relativité aquilienne : S. GALAND-CARVAL, «La causalité. Rapport français», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, p. 80).

¹²⁴ *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885; *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*, Leipzig, 1894 cités par H. DE PAGE, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, p. 963.

¹²⁵ „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einiger Anwendungen desselben”, *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, 12 (1888), pp. 179-140, 187-323, 393-428 cité par H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1441, p. 530, note 1.

La théorie de la causalité adéquate est la plus répandue en Europe continentale¹²⁶. Elle s'est imposée en Allemagne et en Suisse à la suite des travaux de von Kries puis en France à partir des années trente. Pour les tenants de cette théorie, le simple fait que sans l'occurrence de l'événement considéré le dommage ne se serait pas produit ne suffit pas à le considérer comme une cause. Il faut en outre que, dans le cours normal des choses, l'évènement soit de nature à entraîner systématiquement ce type de dommage. On ne prend en compte que les évènements qui en soi doivent produire un préjudice et pas les autres causes considérées comme fortuites¹²⁷. On dit que le dommage est objectivement prévisible, par opposition à la prévisibilité subjective, qui dépend des connaissances ou des attentes de la personne¹²⁸. Cela revient à dire qu'une action est une cause lorsqu'elle a sensiblement augmenté la probabilité objective que le dommage ait lieu¹²⁹. Hart et Honoré précisent qu'il ne suffit pas que le risque soit augmenté de façon considérable – par exemple, il passe de 0,2% de chances à 0,4% de chance ce qui constitue une augmentation de 100% –, mais qu'il faut également que le risque soit augmenté de façon à ce qu'il devienne un risque considérable – par exemple, il passe de 20 à 40% –¹³⁰. On parle de probabilité objective que le dommage ait lieu. La cause adéquate est donc «l'évènement qui, par sa simple existence, rend objectivement possible la création du dommage»¹³¹. Certains auteurs considèrent que c'est par sentiment que les juges décident si un dommage est objectivement prévisible ou probable¹³². De même, le professeur Dalcq a mis en exergue que tout dommage

¹²⁶ Sur les différentes théories de la causalité existant en Europe et aux Etats-Unis voy. A. HONORÉ, «Causation and remoteness of damage», *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, *Torts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1983, n°s 44 à 105.

¹²⁷ H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n°s 1441 à 1442-2, pp. 530-535; H. DE PAGE, *loc. cit.*

¹²⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, (SDR J. GHESTIN), *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 189.

¹²⁹ A. HONORÉ, «Causation in law», *Stanford Encyclopedia of philosophy*, Stanford, Stanford University, 12 oct. 2005, n° 3.3, URL : <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law>.

¹³⁰ H.L.A. HART et A. HONORÉ, *op. cit.*, p. 471. La plupart des auteurs francophones ne se posent pas cette question, mais il nous semble ressortir implicitement de leurs écrits qu'ils adoptent la même opinion dans la mesure où selon eux le fait générateur doit dans le cours normal des choses être de nature à causer le dommage.

¹³¹ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 28.

¹³² J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 6 et les références citées.

est en soi toujours prévisible, mais que les conditions nécessaires à sa réalisation ne le sont pas toujours¹³³.

En Belgique, en revanche, la jurisprudence¹³⁴ comme la doctrine consacrent depuis longtemps la théorie de l'équivalence des conditions. Cette théorie n'est pas propre au droit, mais a été développée par le philosophe anglais John Stuart Mill dans son ouvrage de logique¹³⁵. Elle dérive de l'idée selon laquelle «*la somme totale des forces qui ont pris une part quelconque à la production du phénomène doit être regardée comme cause de ce phénomène. Car l'existence de celui-ci dépend à tel point de chacune d'entre elles que si l'on supprime une condition, quelle qu'elle soit, le phénomène lui-même disparaît. Par conséquent, chaque condition communique la vie à la masse, sans elle inerte, de toutes les autres; chaque condition rend toutes les autres causales*»¹³⁶. Il suffit donc au juge de constater que sans l'événement considéré le préjudice ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit, qu'il en est une condition *sine qua non*. La causalité juridique se rapproche ainsi de la causalité de fait¹³⁷. Plus précisément, il faut distinguer, d'une part, les cas où le fait générateur est un acte, pour lesquels le juge doit utiliser la procédure d'élimination (*hinwegdenken*), il élimine mentalement l'acte de l'équation et recherche si dans cette hypothèse le dommage se serait produit de la même façon et, d'autre part, les cas où le fait générateur est une omission, pour lesquels le juge utilise la procédure de substitution (*hinzudenken*), il substitue à l'omission l'acte qui aurait dû être accompli et recherche si le dommage ce serait

produit de la même façon¹³⁸. L'événement ne doit pas forcément avoir donné naissance au dommage, il suffit qu'il l'ait aggravé¹³⁹. Le juge est dispensé d'effectuer une sélection parmi les causes potentielles¹⁴⁰. Il doit examiner la situation *in concreto*¹⁴¹. «*L'affirmation que le préjudice aurait pu se réaliser de la même manière à la condition qu'interviennent d'autres conditions qui n'ont qu'un caractère hypothétique, est sans valeur*»¹⁴².

La théorie de la causalité adéquate a été forgée en réaction aux excès de la théorie de l'équivalence des conditions qui, appliquée strictement, pourrait revenir à rendre responsable des personnes qui n'ont en réalité qu'une implication minime dans la chaîne d'événements qui a donné lieu au dommage – même si l'on peut affirmer, du point de vue de la logique formelle que si elles n'étaient pas intervenues le dommage n'aurait pas eu lieu de la même façon¹⁴³. Sur le plan moral, l'on a pu affirmer que l'application de la théorie peut conduire à «*des solutions qui, (...) paraissent injustes et inéquitables, alors que la théorie de la causalité adéquate (...) permettrait parfois une solution qui apparaît plus juste*»¹⁴⁴.

La causalité adéquate est cependant problématique dans la mesure où elle se base sur la prévisibilité du dommage alors qu'une action qui est normalement de nature à entraîner un dommage peut en raison des circonstances ne pas générer ce dommage objectivement probable. De même, une cause considérée comme «non adéquate» peut jouer un rôle déterminant dans la survenance du dommage¹⁴⁵.

¹³³ Il cite l'exemple d'un garagiste qui en faisant son travail allume une cigarette auquel cas le dommage sera considéré comme prévisible. Mais s'il a pris toutes les précautions pour qu'un feu soit évité et que survient tout de même un incendie du fait d'un court circuit, on jugera ce dommage imprévisible alors que le dommage ne l'était pas, c'était le court circuit qui était imprévisible (R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 1962, 2^e éd., t. II, n° 2377).

¹³⁴ Cass., 4 déc. 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201; Cass., 19 mars 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 493; Cass., 5 mars 1953, *R.C.J.B.*, 1955, p. 185, note H. DE PAGE; Cass., 30 mai 2001, *D.C.J.*, 2001, p. 252.

¹³⁵ Voy. *supra*. La théorie peut aussi être reliée à Kant (H.L.A. HART et A. HONORÉ, *op. cit.* p. 423).

¹³⁶ M. VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, p. 1 cité et traduit par H. DE PAGE, *op. cit.*, note 1.

¹³⁷ H. BOCKEN, «Toerekening van aansprakelijkheid op grond van equivalentie», *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, Die Keure, 2004, p. 227, n° 26.

¹³⁸ H.L.A. HART et A. HONORÉ, *op. cit.*, pp. 453-455; A. HONORÉ, «Causation and remoteness of damage», *International Encyclopedia of Comparative Law*, *op. cit.*, n° 117; H. BOCKEN et I. BOONE, «Causaliteit in het Belgisch recht», *T.P.R.*, 2002, p. 1635, n° 9; H. BOCKEN, «Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek», *R.G.D.C.*, 1988, p. 273, n° 8.

¹³⁹ Cass., 28 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 373.

¹⁴⁰ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 188; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 22. «Toutes les conditions sont jugées équivalentes, puisque chacune d'elles a joué un rôle dans la survenance du dommage» (I. DURANT, «L'exigence de causalité. Rapport belge», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, pp. 115-116).

¹⁴¹ Cass., 22 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 330; Cass., 28 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 508.

¹⁴² R.O. DALCQ, *op. cit.*, t. II, n° 2559. La seule circonstance qui peut – et même, qui doit – être éliminée de l'équation par le juge dans son raisonnement sur le lien causal est le fait générateur.

¹⁴³ Voy. les exemples cités par H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1442, pp. 531 à 533.

¹⁴⁴ R.O. DALCQ, *op. cit.*, n° 2554.

¹⁴⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 192; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 29.

À cela s'ajoute que la prévisibilité du dommage dépendra de la description du dommage; ainsi, selon certains auteurs le fait qu'il soit objectivement prévisible, par exemple, parce des études scientifiques l'ont démontré, que l'écoulement d'une nappe de pétrole dans la mer tue des morues, n'implique pas qu'il soit objectivement prévisible que l'écoulement d'une nappe de pétrole tue tout type de poisson¹⁴⁶. La description du dommage prévisible limite donc l'étendue de la responsabilité et doit être interprétée de façon stricte pour éviter que les raisonnements par analogie n'introduisent la subjectivité ou l'arbitraire du juge dans l'appréciation de la prévisibilité. On tombe de Charybde en Scylla! Soit l'on utilise une définition stricte de la prévisibilité, qui exclut les analogies mêmes les plus évidentes¹⁴⁷, soit l'on utilise une définition plus large, qui introduit la subjectivité du juge...

Par ailleurs, la théorie de la causalité adéquate n'est pas toujours facilement applicable en cas de responsabilité sans faute. Le fait générateur n'étant pas une faute, il peut arriver qu'il ne soit pas objectivement prévisible qu'il cause un dommage, il existe pourtant un lien de causalité entre ce fait et le dommage¹⁴⁸. En outre, même si l'on évoque la «prévisibilité objective» du dommage, il est malaisé de la distinguer de la prévisibilité subjective, qui est fonction de la psychologie de l'agent. Or cette confusion pourrait aboutir à confondre la causalité avec la faute¹⁴⁹. La théorie de l'équivalence des conditions présente une plus grande objectivité et permet de minimiser la subjectivité du juge¹⁵⁰. Au surplus, l'application de la théorie dans le cadre de la responsabilité civile n'est pas identique à celle qui en est faite en logique formelle. En effet, d'un point de vue logique il serait légitime de se poser la question de savoir si la mère d'une personne «P» ayant causé

un dommage a, elle aussi, contribué à la réalisation du dommage parce que si elle n'avait pas mis au monde P, ce dernier n'aurait pas pu causer le dommage. On pourrait ainsi régresser à l'infini et «faire peser sur Adam toutes les fautes du monde»¹⁵¹. Toutefois, ce type de raisonnement ne sera en général pas appliqué au droit de la responsabilité puisque la régression est en réalité limitée par la définition du fait générateur ou de la faute. Seuls ceux qui commettent cette faute ou accomplissent ce fait seront tenus responsables¹⁵². Tous ces arguments ont permis le retour à l'avant-plan de la théorie de l'équivalence des conditions dans la jurisprudence française¹⁵³.

Selon les professeurs Viney et Jourdain, il est cependant possible de concilier les deux théories; la théorie de l'équivalence des conditions constituerait la règle de base, qui régit le fond des questions liées à la responsabilité alors que la théorie de la causalité adéquate constituerait une règle subsidiaire de preuve. En effet, dans certains cas, il est difficile de prouver que l'événement qui fait l'objet des débats est une condition nécessaire du préjudice. Les auteurs citent l'exemple d'une maladie contractée par une personne ayant séjourné près d'un réacteur nucléaire. Même si ce type de maladies est favorisé par la radioactivité, il sera difficile à la victime de prouver une relation causale *in specie*. On pourrait dès lors utiliser la probabilité objective comme une présomption de fait en faveur de la victime. Utilisée de cette façon, la théorie revient à étendre le nombre de causes possibles et non plus à le restreindre¹⁵⁴.

Remarquez qu'il ne s'agit pas ici de trancher en faveur de l'une ou l'autre de ces deux théories dans le cadre de la responsabilité civile, mais seulement d'examiner laquelle de ces deux conceptions de la cause se rapproche le plus de celle que suppose le PPP.

¹⁴⁶ L. BERGKAMP, *Liability and environment: private and public law aspects of civil liability for environmental harm in an international context*, The Hague-New York, Kluwer law international, 2001, p. 293.

¹⁴⁷ Y a-t-il vraiment un opérateur économique qui puisse raisonnablement penser que parce que les études sur la nocivité du pétrole n'ont impliqué que des morues, cette substance n'affecte pas les autres poissons?

¹⁴⁸ J.-L. FAGNART, *loc. cit.* L'auteur cite l'exemple du propriétaire d'une voiture qui ignore l'existence d'un vice mais dont la direction casse et cause un accident. Il sera responsable même s'il n'est pas objectivement prévisible que la direction casse (dans la mesure où la probabilité que la direction casse n'est pas très élevée).

¹⁴⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 191

¹⁵⁰ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵¹ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 915.

¹⁵² De Page remarque que dans la pratique, le juge aura tendance à ne pas régresser à l'infini et à ne pas considérer les causes trop éloignées (*op. cit.*, pp. 977-978).

¹⁵³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 197-202

¹⁵⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 192-194; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*. Paris, Armand Colin, 2005, t. 2, *Le fait juridique*, n° 164. Voy. dans un sens similaire, l'article 10 de la Convention de Lugano du 21 juin 1993 qui prévoit que le juge devra «dûment tenir compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à [l'activité dangereuse visée]» lorsqu'il apprécie la preuve du lien causal.

Notons que si la théorie de l'équivalence des conditions a abouti à la désignation de plusieurs causes du dommage et que ces actes sont des fautes ou des faits générateurs, la réparation prendra la forme d'une obligation *in solidum* pesant sur les différents responsables. La victime pourra se retourner pour la totalité de la réparation vers une seule de ces personnes ¹⁵⁵, qui disposera ensuite d'un recours contributoire envers les autres responsables au *pro rata* de leur participation au dommage ou en fonction de la gravité des fautes ¹⁵⁶.

Nous n'aborderons pas les cas de rupture du lien causal comme la force majeure.

III. Le lien causal au sein du principe du pollueur-payeur

III.A. Introduction

En admettant qu'une dégradation de l'environnement ait été causée par une émission issue de l'activité humaine, trois questions se posent pour déterminer le pollueur.

Premièrement, quelle émission entraîne ce type de dégradation? L'émission incriminée sera qualifiée de «polluante». On parle aussi de «pollution» – voy. *supra*.

Deuxièmement, quelle activité humaine suppose ce type d'émissions polluantes? L'activité désignée sera considérée comme une activité à risque ou dangereuse pour l'environnement. Par extension, on parlera d'«activité polluante».

Troisièmement, qui effectue ce type d'activité? Cette personne est le pollueur.

Ces trois questions impliquent la mise en exergue d'un rapport entre deux éléments. Pour les deux premières questions, il s'agit d'un rapport causal. L'activité humaine cause une émission et l'émission cause une dégradation de l'environnement. Ainsi, les membres d'un secteur d'activité donné qui souhaiteraient ne pas se voir appliquer une législation mettant en œuvre le principe pourront prouver que leur activité ne produit pas les émissions polluantes visées ou que ces émissions

ne sont en réalité pas polluantes. La troisième question traite de l'imputabilité au sens strict du terme. La question de la causalité intervient donc à deux reprises dans la détermination du pollueur. Il faut, de manière générale, répondre à la question de savoir si l'activité d'une personne a contribué au risque de pollution. Nous parlerons d'imputabilité au sens large puisqu'il s'agit *in fine* pour les pouvoirs publics de savoir *qui* pourra être désigné comme pollueur et donc comme payeur.

Les théories de la causalité telles qu'elles ont été développées dans le droit de la responsabilité extracontractuelle nous semblent être utiles à l'appréhension du lien causal dans l'application du PPP. Nous avons montré qu'elles sont nées de la philosophie et de la logique formelle et qu'elles ne sont aucunement réservées au domaine de la responsabilité civile. Les circonstances, notamment le développement du contentieux, ont fait que c'est dans ce domaine du droit que la théorie de la cause a été discutée de la façon la plus approfondie.

Même si le pollueur n'est pas forcément le responsable – au sens du droit civil – de la pollution, il faut déterminer une personne qui paye pour la pollution. Cette personne doit, conformément au principe, être un pollueur c'est-à-dire une personne dont l'activité contribue au processus – en général, économique – aboutissant à la pollution. Il faut que ce soit un maillon indispensable de la chaîne aboutissant à la pollution telle qu'elle s'est produite. Cette constatation est valable même lorsque le principe joue de manière préventive pour imputer les coûts des mesures de prévention ou de précaution, pour lesquels il faut avoir contribué au risque. La question de l'imputabilité est donc centrale dans l'application du principe.

Les Institutions ne peuvent pas désigner n'importe qui de manière arbitraire ou se contenter de désigner la personne ou plutôt la catégorie de personnes qui dispose des moyens financiers les plus élevés, il faut apporter la preuve de l'implication de cette catégorie de personne dans le processus donnant lieu à la pollution. Ajoutons que la détermination du pollueur ne préjuge pas forcément de la détermination du responsable de la pollution conformément au droit civil ou à d'autres législations.

¹⁵⁵ Cass., 18 février 1983, *J.T.*, 1985, p. 255.

¹⁵⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, PUB, 1987, vol. 4, pp. 1987/809 à 1987/819.

Le PPP conduira en général à ce que plusieurs catégories de personnes puissent être désignées comme pollueur par les Institutions. Le Traité ne commande pas aux Institutions de choisir entre ces différentes catégories de personnes – elles peuvent les faire payer conjointement – et n'indique pas non plus quelle personne choisir précisément, il ne fait que limiter ce choix aux personnes ayant en raison de leur activité contribué au risque de pollution ¹⁵⁷.

Une personne désignée par la législation pourra en principe se retourner contre une autre qu'elle juge responsable au moyen d'une action récursoire, pour autant qu'elle dispose d'une base légale pour ce faire ¹⁵⁸.

Nous devons à présent examiner laquelle des deux théories de causalité mises en exergue dans la section précédente s'applique dans le cas du PPP.

III.B. *La théorie de la causalité adéquate – Utilisation des probabilités par le législateur lorsqu'il souhaite identifier le pollueur a priori*

La théorie de la causalité adéquate présente l'avantage de sélectionner les causes par rapport à une théorie de l'équivalence des conditions qui prend en compte un large éventail de causes. Elle permet, par conséquent, de canaliser la charge du paiement sur un nombre limité de personnes. Il s'agit de prendre en compte uniquement les activités qui «dans le cours normal des choses» entraînent des dégradations de l'environnement. Sont prises en compte les activités considérées comme étant polluantes par nature, c'est-à-dire celles qui augmentent significativement la probabilité que le dommage environnemental ait lieu.

III.B.1. *L'inapplicabilité de la causalité adéquate comme règle générale de causalité*

Michael Faure et Lucas Bergkamp ¹⁵⁹ se prononcent en faveur de la causalité adéquate dans le

cadre de la responsabilité civile pour dommage à l'environnement. Pour ces auteurs, la prévisibilité du dommage est un élément essentiel, il n'y a que si un événement est prévisible par son auteur que le pollueur peut prendre les mesures préventives nécessaires pour éviter la pollution. Or, l'aspect préventif est, selon eux le but de la responsabilité civile environnementale qu'ils étudient dans une perspective d'analyse économique du droit.

Il n'est pas certain que ces arguments soient valables pour la responsabilité civile pour dommage à l'environnement ¹⁶⁰.

Quoi qu'il en soit, ce raisonnement n'est pas applicable au PPP dans son ensemble. En effet, dans les cas où la personne impliquée dans le processus de pollution ne peut être désignée faute de prévisibilité objective du dommage, soit, personne d'autre ne paie, ce qui est inacceptable parce que l'environnement doit être remis en l'état en vertu du principe, qui joue un rôle d'internalisation des coûts et de réparation du dommage environnemental ¹⁶¹; soit, quelqu'un d'autre paie qu'il soit un pouvoir public, une ONG ou une victime ¹⁶². Dans ce cas la réparation est effectuée, mais les coûts ne sont pas internalisés. À cela s'ajoute que le PPP est aussi un principe d'imputabilité. Même si la fonction préventive et dissuasive du principe est essentielle, il doit au minimum garantir que la réparation sera assurée par quelqu'un qui par son activité a contribué au risque de pollution ¹⁶³. Il est injuste de faire peser sur la collectivité le coût d'une dégradation qui ne lui est pas imputable. Dans la mesure où l'existence de l'environnement profite à l'entière de la collectivité y compris les pollueurs, une personne qui dégrade cet environnement doit se voir imputer les coûts de sa remise en état. Le droit n'a d'ailleurs pas pour fonction

¹⁵⁷ N. DE SADELEER, *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁵⁸ H. SMETS «Le principe pollueur payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement?», *R.G.D.I.P.*, 1993, p. 357.

¹⁵⁹ M. FAURE, «Economic aspects of environmental liability: an introduction», 4 *European Review of Private Law*, 1996, pp. 85-109; L. BERGKAMP, *Liability and environment: private and public law aspects of civil liability for environmental harm in an international context*, op. cit., pp. 293-297.

¹⁶⁰ Voy. les critiques de S. GALAND-CARVAL, «La causalité. Rapport français», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, pp. 79-80.

¹⁶¹ M. BLANQUET, «Du principe pollueur-payeur en tant que principe communautaire», op. cit., pp. 142-143; F. OST, op. cit., p. 283; H. SMETS, «Examen critique...», op. cit., pp. 83-85.

¹⁶² Ou même un autre pollueur, qui paierait au-delà de sa contribution à la pollution en cas de pollution cumulative, voy. *infra*.

¹⁶³ Pour le professeur Ost, un des objectifs fondamentaux du principe «consiste à imputer le plus précisément possible les coûts de réparation des dommages aux personnes qui en sont l'origine» (loc. cit.). Voy. aussi la recommandation 75/436 (op. cit., p. 4), qui précise pour les redevances que bien qu'elles aient une fonction incitative, elles doivent au moins couvrir le coût des mesures d'élimination des nuisances.

exclusive l'efficacité économique. Il est posé par les pouvoirs publics, lesquels doivent servir l'intérêt général qui comprend sans doute le développement économique, mais aussi la protection de l'environnement et la justice. En outre, la science économique n'est pas un outil d'interprétation du droit de l'environnement, elle permet seulement de mettre en exergue les conséquences d'une norme juridique sur le marché et à partir de cela d'effectuer des raisonnements *de lege feranda*. Notons également que l'exclusion du critère de la prévisibilité du PPP encouragera l'application du principe de précaution par les opérateurs économiques. En effet, ce principe concerne précisément les activités pour lesquelles il n'y a pas de probabilité objective qu'elles causent un dommage, mais seulement une probabilité potentielle (voy. *infra*).

En outre, dans la mesure où la sélection des causes serait intégrée dans la définition du principe lui-même et par voie de conséquence dans le Traité, les Institutions et les États membres seraient obligés soit de ne désigner que des activités dont il est objectivement prévisible qu'elles soient polluantes, soit de prévoir que le lien de causalité qui devra être démontré en vertu de la législation respectera la théorie de la causalité adéquate. Cela reviendrait à ce que dans beaucoup de domaines, il soit impossible de légiférer faute d'identification scientifique *a priori* du pollueur qui soit suffisamment précise. Une cause considérée comme «non adéquate» peut jouer un rôle déterminant dans la survenance du dommage. Une directive qui viserait toute activité, quelle qu'elle soit pour autant qu'elle dégrade l'environnement, verrait dès lors son champ d'application limité aux activités dont il était normalement prévisible – par le biais d'études scientifiques et de probabilités – qu'elles entraînent cette pollution. Or, l'on n'aperçoit pas pourquoi une directive – ou sa transcription nationale – qui traiterait, par exemple, de responsabilité environnementale ne pourrait pas trouver à s'appliquer à une activité dont *a priori*, l'on ignorait totalement qu'elle est polluante, pour autant que le caractère polluant soit prouvé *a posteriori* lors d'un procès. Comme cela a été dit plus haut à propos de la responsabilité sans faute, lorsqu'une personne commet une

faute, on peut raisonnablement prévoir que cette faute entraînera un dommage, mais lorsque l'activité n'est pas fautive cela est sensiblement plus difficile puisque c'est une activité ordinaire effectuée dans les règles de l'art. Or le PPP lui non plus ne naît pas d'une faute, la pollution n'est donc pas systématiquement prévisible. Dans la même optique, le lien de causalité devant être démontré dans le cadre de cette directive ne devra pas forcément être lié à la prévisibilité objective du dommage. Le législateur est libre de considérer que toutes les conditions *sine qua non* du dommage sont des causes de celui-ci au sens de la directive ou d'opérer une sélection des causes. De même, rien ne l'empêche de prévoir la présomption comme mode de preuve.

La prévisibilité peut aussi être liée à la personne ou à la chose affectée par le dommage. Ainsi, Mazeaud et Tunc rapportent l'exemple d'une personne qui frappe un léger coup sur le crâne d'une autre personne; cette dernière ayant une malformation crânienne, elle décède des suites de ce coup, ce qui n'est en principe pas objectivement prévisible. Il n'y aurait donc pas de lien causal entre l'acte et le dommage¹⁶⁴. En droit de l'environnement, un tel raisonnement ne peut se concevoir. Une personne dont l'activité émet des substances polluantes, qui dégradent un milieu, ne peut se prévaloir du fait que ce milieu est plus sensible aux polluants que la moyenne – par exemple, parce qu'il comprend des espèces de plantes très fragiles qui n'avaient pas été repérées lors de l'étude d'incidence – et qu'il n'était donc pas objectivement prévisible que son activité y porte atteinte. À tout le moins, le législateur européen n'est nullement contraint par l'article 191 du T.F.U.E. d'instaurer ce type de limitation en faveur des personnes ayant endommagé un milieu plus fragile que prévu.

Par ailleurs, la théorie de la causalité adéquate peut difficilement s'appliquer en dehors de toute idée de faute ou à tout le moins de négligence. La sélection des causes en vertu de la prévisibilité des celles-ci rejoint selon nous une préoccupation de type moral. Il s'agit d'exclure l'activité de certains intervenants parce que bien qu'ayant contri-

¹⁶⁴ H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, n° 1441, p. 530.

bué à la création du dommage, ils ne pouvaient pas raisonnablement prévoir que leur action serait dommageable puisque cela n'était pas «objectivement prévisible»¹⁶⁵. En d'autres termes, ces intervenants n'ont «rien fait de mal». Alors que les personnes qui auraient pu prévoir les conséquences dommageables de leur action – puisqu'elles étaient objectivement prévisibles – sont supposées avoir causé le dommage. On fait peser sur elles une sorte de «culpabilité» adoucie¹⁶⁶. Le PPP n'interdit pas la mise en place d'un système de responsabilité environnementale à base de faute, mais il n'exige pas l'introduction de la faute. Ainsi comme nous l'avons montré plus haut la pollution n'est pas *en soi* une faute bien qu'elle puisse être érigée comme telle par les pouvoirs publics. La question de la prévisibilité devrait se poser uniquement lors de la détermination du fait générateur par les pouvoirs publics¹⁶⁷. En outre, le lien causal devrait rester une notion purement objective détachée de ce type de considération.

Enfin, de manière générale, on peut se demander si la sélection des causes qu'impose la théorie de la causalité adéquate est compatible avec le large pouvoir d'appréciation discrétionnaire qu'octroie l'article 191 du Traité au législateur¹⁶⁸. Dans le cadre de la *Common law*, Hart et Honoré défendent que la conception judiciaire de

la cause doit rejoindre celle l'homme de la rue – «*plain man's notion of causation*» – et non celle des scientifiques ou des philosophes. Pour ces auteurs, la théorie de l'équivalence des conditions confond les causes génératrices avec les simples conditions de la survenance du dommage¹⁶⁹. Cette thèse n'est pas applicable au législateur, qui ne saurait être limité par les connaissances de l'homme de la rue dans son action législative¹⁷⁰ : il peut englober des événements dont l'homme de la rue ne pouvait prévoir les effets¹⁷¹. Rappelons que le PPP a, dès l'origine, été compris comme englobant les conditions de l'occurrence du dommage¹⁷².

En outre, les adversaires de la théorie de l'équivalence des conditions arguent généralement du fait que la causalité n'est pas une pure question de fait, mais une question de droit et de politique juridique. Or, si la causalité dépend du régime juridique adopté, différents régimes juridiques peuvent porter des conceptions différentes de la cause¹⁷³. Ainsi en droit allemand, le droit pénal admet la condition *sine qua non*, ce qui n'est pas critiqué par les opposants de cette théorie en droit civil¹⁷⁴. La théorie de la causalité adéquate est utilisable lorsque l'on agit dans un espace géographique limité en considérant une période temporelle limitée alors que la pollution peut avoir lieu à l'autre bout de la planète, longtemps après que l'activité polluante ait eu lieu et le dommage peut être irréversible¹⁷⁵. La théorie n'est pas «adéquate» pour appréhender ce type de situations.

¹⁶⁵ On rejoint ainsi la théorie de la prévisibilité, qui prévaut en *Common law* où l'on ne prend en compte que les dommages qui sont raisonnablement prévisibles par l'agent (S. GALAND-CARVAL, «La causalité. Rapport français», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, p. 78). Bien que le droit civil ne reprenne pas cette exigence puisqu'il suppose une prévisibilité objective, qui n'est pas spécifiquement liée à la personne de l'agent, il nous semble qu'exiger une prévisibilité objective revient à exiger que ce type d'acte soit susceptible d'occasionner un dommage quelque soit l'agent qui le commet. Dans la mesure où ce type d'acte est dommageable par nature, n'importe quelle personne devrait pouvoir prévoir qu'il l'est même si elle ne l'a pas prévu en l'espèce. On rejoint ainsi, selon nous, la conception anglo-saxonne.

¹⁶⁶ Concernant la responsabilité à base de faute le philosophe Hans Jonas remarque qu'«ici, c'est donc la qualité et non la causalité de l'acte qui est le point décisif dont on porte la responsabilité» (H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, 1990, p. 180). Voy. aussi F. Ost, *La nature hors la loi*, op. cit., pp. 269-270.

¹⁶⁷ Dans le même sens, concernant la responsabilité pour faute dans laquelle la prévisibilité du dommage ne devrait intervenir que pour l'évaluation de la faute : J.-L. FAGNART, op. cit., p. 30; G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., p. 191; P. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., p. 1985/465.

¹⁶⁸ Henri Smets remarque que la formulation large du principe permet aux pouvoirs publics de désigner comme «pollueur» l'agent économique dans la chaîne polluante sur lequel il est le plus efficace d'agir sur le plan économique ou administratif (H. SMETS, «Le principe pollueur payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement?», op.cit., p. 357).

¹⁶⁹ H.L.A. HART et A. HONORÉ, op. cit., pp. 1-2 et *passim*.

¹⁷⁰ Hart lui-même critique dans un ouvrage célèbre la pratique formaliste qui mène à octroyer un seul sens à un terme juridique quelque soit la norme qui l'énonce (*The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, p. 127). Au demeurant, l'article 191, §3 T.F.U.E. précise que les institutions européennes doivent prendre en compte les «données scientifiques et techniques disponibles». Or en sciences, c'est la théorie de la condition *sine qua non* qui est utilisée.

¹⁷¹ C'est *a fortiori* le cas dans la mesure où le droit européen de l'environnement s'applique principalement aux entreprises, qui disposent d'un meilleur accès aux techniques scientifiques.

¹⁷² Puisque la recommandation 75/436 définit le pollueur comme «celui qui dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation» (op. cit.).

¹⁷³ A. HONORÉ, «Causation and remoteness of damage», op. cit., n° 43.

¹⁷⁴ Loc. cit.; H.L.A. HART et A. HONORÉ, op. cit., pp. 325 et s.

¹⁷⁵ Sur ce changement de paradigme, qui influence la façon dont devrait se concevoir la responsabilité, voy. H. JONAS, op. cit., pp. 28-29; K.-O. APEL, *Sur le problème d'une fondation rationnelle de l'éthique à l'âge de la science*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1987, pp. 46 et s.

III.B.2. Application préventive – Une nouvelle vision de la prévisibilité¹⁷⁶

Une différence fondamentale avec la responsabilité civile est que le PPP constitue un principe d'imputabilité qui permet de désigner la personne qui devra supporter les coûts de la prévention. Il agit donc *a priori* comme *a posteriori* contrairement à la responsabilité civile qui n'agit qu'une fois le dommage concrétisé.

Dans cette optique, lorsqu'il s'agit d'imputer les coûts de la prévention, la prévisibilité fait partie du principe dans la mesure où elle est inhérente au principe de prévention. En effet, le principe de prévention concerne les risques établis. Or le risque est une probabilité d'occurrence du dommage. Cela étant, il n'est pas toujours nécessaire que cette probabilité soit significative et par conséquent que le dommage soit objectivement prévisible au sens de la théorie de la causalité adéquate. Nicolas de Sadeleer remarque qu'une probabilité extrêmement faible d'occurrence d'un dommage peut suffire à l'application du principe lorsque le dommage est très important¹⁷⁷. Ainsi, on constate que la prévisibilité est inhérente au principe de prévention, mais qu'elle doit être comprise de manière large.

Ce qui nous mène au second problème de la théorie de la causalité adéquate. Le PPP peut être amené à s'appliquer en concordance avec le principe de précaution¹⁷⁸. Ce principe «*peut être défini comme un principe général de droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques*»¹⁷⁹. Il suppose qu'il y ait un «risque potentiel», le risque peut dans le domaine qui nous occupe être défini comme une fonction de la probabilité des effets adverses sur l'environnement, de l'activité considérée. Le risque potentiel est par conséquent la

possibilité qu'il existe une probabilité de dommage environnemental, cela suppose que des «*incertitudes scientifiques subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé humaine*»¹⁸⁰ ou pour l'environnement. Les institutions européennes peuvent dans ce cas «*prendre des mesures de protection sans attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées*»¹⁸¹.

Dans ce contexte, l'exigence qu'il soit objectivement prévisible qu'une activité cause une pollution reviendrait à mettre à mal le principe de précaution. Même si l'on acceptait une interprétation très large de la prévisibilité objective, qui demanderait seulement l'existence d'une probabilité que le dommage ait lieu sans exiger que cette probabilité soit significative, la théorie de la causalité adéquate risque d'être insuffisante puisque le principe de précaution suppose qu'on ne soit pas certain de l'existence d'un risque.

On pourrait éventuellement livrer une lecture plus large de la prévisibilité partiellement inspirée par «l'heuristique de la peur»¹⁸² de Hans Jonas¹⁸³. Dans ce cas, l'on utiliserait une nouvelle définition de la prévisibilité et de la responsabilité. Il ne serait plus nécessaire pour que le dommage soit prévisible que l'activité augmente significativement la probabilité d'une pollution¹⁸⁴, mais il suffit qu'elle ait une chance aussi infime soit-elle de réaliser ce dommage. Dans la mesure où l'on n'envisage plus seulement les conséquences directes des activités humaines, mais aussi leurs répercussions à long terme, le dommage doit seulement être possible même s'il

¹⁸⁰ T.P.I., 11 septembre 2002, T-70/99, *Alpharma*, point 152.

¹⁸¹ *Loc. cit.* Ces mesures ne peuvent toutefois être «*motivée[s] par une approche purement hypothétique du risque, fondée[s] sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées*» (point 156).

¹⁸² H. JONAS, *op. cit.*, pp. 65 et s. (L'édition originale date de 1979 et constitue un recueil de textes antérieurs).

¹⁸³ Selon François Ewald, la philosophie sous-jacente au principe de précaution est plutôt la prudence – mais une «nouvelle prudence» – et le développement durable que l'abstention et l'opposition au développement et à la technologie que prônerait Jonas («Philosophie politique du principe de précaution», *Le principe de précaution*, Paris, PUF, Que sais-je?, 2009, p. 33). Sans prendre parti dans cette controverse, notons que «la nouvelle prudence» suppose une prévisibilité bien plus large que celle qui prévalait classiquement (*op. cit.*, pp. 34 et s.).

¹⁸⁴ Cette conception n'était valable que lorsque la responsabilité ne concernait que les rapports interpersonnels alors qu'aujourd'hui, suite au formidable développement technologique du siècle dernier et à la mutation de «l'agir humain», certaines actions sont, lorsqu'elles sont cumulées, susceptibles de remettre en cause jusqu'à la survie même de l'humanité à long terme.

¹⁷⁶ L'imputation des coûts de prévention et de précaution n'étant pas le thème central de cette étude nous ne l'aborderons que brièvement pour mieux nous concentrer sur le PPP en tant que tel.

¹⁷⁷ N. de SADELEER, *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁷⁸ Voy. par exemple, les conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 6 mai 2010, C-343/09, *Afton Chemical*, point 96.

¹⁷⁹ T.P.I., 26 novembre 2002, T-74/00, *Artegodan*, point 184.

est improbable¹⁸⁵. Tout être humain et toute personne morale devront garder à l'esprit que leurs activités quelles qu'elles soient sont susceptibles de causer un dommage. Une obligation de prudence pèse sur eux. Dans ce cas, la plupart des dommages sont, en principe, prévisibles quelle que soit l'activité menée¹⁸⁶. Mais l'intérêt de la théorie de la causalité adéquate est précisément la sélection des causes, une interprétation aussi large de la prévisibilité serait en décalage avec le but de la théorie et la rapprocherait étroitement de la théorie de l'équivalence des conditions¹⁸⁷. On pourrait cependant dans le cadre du droit de l'environnement considérer que ces deux approches se recouvrent, qu'elles constituent un angle d'analyse différent de la même réalité. Une utilisation de la prévisibilité détachée de l'exigence de la probabilité significative qu'une activité cause un dommage n'est pas en contradiction avec la théorie de l'équivalence des conditions, mais lui donne plutôt un fondement éthique. Il n'est néanmoins pas certain que le droit européen comprenne la prévisibilité dans le sens que l'on peut lui donner suite à cette lecture de Jonas, en dehors de l'application du principe de précaution. La théorie de l'équivalence des conditions nous semble donc être plus apte – à tout le moins dans l'état actuel du droit européen – à rendre compte de la causalité dans le cadre du PPP envisagé dans son ensemble.

III.B.3. *Le rôle de la prévisibilité dans la pré-détermination du pollueur par le législateur*

a) *Généralités*

Nous avons déjà vu que le principe pouvait s'appliquer *a priori* dans le cadre des principes de prévention et de précaution. Cependant même lorsque la législation adoptée en vertu du principe a vocation à imputer les coûts d'une pollution actuelle ou passée – application *a posteriori* – le législateur peut souhaiter déterminer à l'avance

dans la législation elle-même, qui pourra être désigné comme pollueur en limitant le pouvoir d'appréciation du juge ou de l'administration nationale. Dans ce cas, il ne peut le faire que dans la mesure où il peut prévoir qui sera le pollueur. Plus précisément, il pourra déterminer à l'avance dans la législation les émissions polluantes – par exemple, le CO₂ –, les activités polluantes – la cokerie – et la catégorie de personne devant en répondre – les exploitants –.

En effet, contrairement à ce qui prévaut pour la responsabilité civile, l'entière situation ne doit pas forcément être examinée *in specie*. C'est la deuxième différence fondamentale entre les deux régimes. L'examen *in specie* ne doit avoir lieu que dans les cas où la législation élaborée en vertu du principe exige explicitement ou implicitement la démonstration d'un lien causal devant le juge ou une autorité publique.

Dans l'hypothèse où le législateur européen décide de se poser la question du choix du pollueur au moyen d'un raisonnement *in abstracto* impliquant des catégories globales, il faudra, lors de l'application de la législation, démontrer que la situation concernée entre dans les catégories établies par le législateur. La loi, comme la directive ou le règlement étant une norme générale, abstraite et impersonnelle¹⁸⁸, elle modifie la situation juridique de catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble¹⁸⁹. Par conséquent, s'il y a des preuves scientifiques valables que tel type d'activité cause tel type de pollution, cette activité peut être désignée comme polluante. Il ne s'agit pas pour le législateur de rechercher le dommage effectif causé par chaque personne accomplissant ce type d'activité, qui pourrait d'ailleurs avoir lieu en dehors des frontières de l'UE. Cette mission-là sera du ressort des juridictions nationales¹⁹⁰, elle est incompa-

¹⁸⁵ P. RICOEUR, «Postface au *Temps de la responsabilité*», *Lectures 1. Autour du politique*, Paris, Le Seuil, 1991, pp. 278-289, spéc. 284; F. OST, *op. cit.*, p. 270.

¹⁸⁶ Pour F. Ost cela revient à un renversement de la charge de la preuve : ce ne sera plus à l'autorité à prouver la nécessité de légiférer dans tel ou tel domaine, mais au secteur industriel concerné à faire la preuve de l'innocuité des techniques qu'il met en œuvre («La responsabilité, fil d'Ariane ...», *op. cit.*, p. 297).

¹⁸⁷ Voy. à propos de la responsabilité sans faute : J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 30

¹⁸⁸ O. CORTEN et A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie. Introduction critique au droit*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 95; G. CORNU (SDR), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF-Quadrige, 2007, 8^e éd., v^o «loi», p. 561, col. 2. Plus précisément pour ce qui est de la directive, elle n'a pas de portée générale puisqu'elle est destinée aux États, mais elle régit tout de même la situation juridique de catégories générales et abstraites et peut viser un nombre indéterminé de cas.

¹⁸⁹ Voy. à propos des règlements : C.J., 14 décembre 1962, C-16/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*.

¹⁹⁰ Sauf dans les cas où le dommage est présumé *iuris et de iure* dans la législation comme c'est le cas pour l'existence des changements climatiques, dont il ne faut pas prouver l'existence pour chaque litige (voy. *infra*).

tible avec la fonction législative. Il s'agit ici d'identifier ceux qui disposent du «pouvoir causal»¹⁹¹ et dont l'activité est par conséquent à risque. En ce sens, l'application de la théorie est différente de celle qu'opère le juge pour déterminer la personne civilement responsable. La raison en est que le principe, comme nous l'avons vu, n'est pas doté d'effet direct. Tant que la législation qui le met en œuvre n'est pas appliquée, il ne joue que dans les rapports entre droit primaire et droit dérivé, rapports qui seront sanctionnés par le biais du recours en annulation ou des questions préjudicielles en validité du droit dérivé. C'est donc avant tout un principe de «droit public» européen, qui détermine l'ampleur du pouvoir d'appréciation du législateur avant de régir la situation des particuliers.

Le PPP peut, par exemple, justifier la mise en place d'une taxe sur une catégorie globale de pollueur. Chaque entreprise taxée le serait parce qu'elle appartient à cette catégorie dont il est prouvé que les émissions causent une dégradation de l'environnement. L'ampleur de la taxe devrait être proportionnelle à l'ampleur des émissions considérées comme polluantes et causées par cette entreprise. Le législateur n'est évidemment pas contraint par le principe de prouver systématiquement le lien causal entre les émissions d'une entreprise particulière et une dégradation particulière de l'environnement¹⁹². De même l'administration, chargée de percevoir la taxe devra simplement prouver que l'activité particulière taxée entre bien dans la catégorie des activités polluantes visée par la législation, mais sans devoir prouver qu'il y a un lien causal entre ces émissions polluantes particulières et un dommage particulier puisque la causalité a déjà été établie par un raisonnement général qu'a effectué le législateur. On pourrait aussi dire que le lien causal est implicitement requis dans le cadre de cette législation, mais que du point de vue de la preuve, il existe une présomption *iuris et de iure* de son

existence pour autant que l'activité appartienne à la catégorie visée.

Dans ce type de situation, le législateur se demandera si l'activité ou l'émission sont des causes du dommage, mais ne pourra répondre qu'au moyen de lois générales de causalité issues du calcul de probabilités. Cependant, si le législateur choisit des activités dont il est prévisible qu'elles causent une pollution ce n'est pas parce qu'il entérine une conception restrictive de la cause dans le PPP, mais parce qu'il ne peut utiliser d'autres moyens pour prédéterminer le pollueur. Dans la mesure où la législation concernera principalement des dommages n'ayant pas encore eu lieu, l'utilisation de la prévisibilité est une exigence logique et non juridique. En outre, dans la responsabilité civile, la prévisibilité objective suppose qu'une personne normalement prudente et diligente devrait pouvoir prévoir que l'évènement causera un dommage, si c'est le cas la personne qui est à l'origine de cet événement pourra être tenue responsable même si elle ne l'a pas prévu alors que dans le cas qui nous occupe le législateur choisit des activités ou des émissions dont les conséquences sont prévisibles, mais ne peut être tenu pour responsable du dommage environnemental. En revanche, la C.J.U.E. pourra sanctionner une loi si le législateur a fait peser l'entière responsabilité du coût de la pollution sur une catégorie de pollueur alors qu'il est objectivement prévisible pour un législateur «*placé dans les mêmes circonstances et agissant normalement*» que d'autres catégories de pollueurs étaient impliquées. Notez également que pour l'application du principe, il n'y a que dans les situations où le législateur souhaite instaurer une présomption *irréfragable* de causalité qu'il est indispensable que la probabilité d'occurrence du dommage soit «significative». En revanche, il pourra désigner dans la législation une activité ou une émission qui ne fait qu'augmenter à un niveau marginal la probabilité d'occurrence d'un dommage environnemental, mais à condition d'exiger que le lien causal soit démontré *in specie*¹⁹³.

¹⁹¹ Le pouvoir de causer un phénomène, que ce pouvoir ait été utilisé ou non (H. JONAS, *op. cit.*, pp. 182 et s.).

¹⁹² H. Smets fait valoir qu'il est conforme au principe qu'un pollueur – donc une personne dont il est prouvé que les émissions sont polluantes – paye une redevance pour la pollution des eaux même si cette redevance sert à financer la lutte contre la pollution des eaux causée par d'autres pollueurs de son bassin («Examen critique...», *op. cit.*, p. 83).

¹⁹³ E. de Sabran-Pontevès critique l'arrêt *Standley* parce qu'il introduirait dans la définition du principe «l'exigence d'une causalité stricte» à l'identique de ce qui existe pour la responsabilité civile (*Les transcriptions juridiques...*, *op. cit.*, pp. 351 et s.). Il est vrai que les conclusions de l'avocat

Le recours à la présomption *iuris et de iure* ne doit, selon nous, pas être censurée par la C.J.U.E. dans la mesure où le législateur a prouvé l'existence du lien causal entre ce type d'émissions et ce type de dommage environnemental lors de l'élaboration de la législation, qui est soumise au contrôle de conformité au droit primaire qu'effectue la C.J.U.E.¹⁹⁴ En effet, l'article 191, §3 du T.F.U.E. prévoit que l'Union tient compte lors de l'élaboration de la législation des données scientifiques et techniques disponibles. Selon Pal Wenneras, c'est l'exigence la plus importante de ce paragraphe. Il considère que l'Union ne bénéficie pas d'une marge d'appréciation à cet égard au contraire de ce qui prévaut pour les autres règles consacrées par l'article. Toute décision basée sur des informations scientifiques erronées sera automatiquement annulée¹⁹⁵. Cette constatation ne nous semble être valable que pour les décisions administratives et non pour les normes législa-

général étaient ambiguës (*op. cit.*, point 93 : «il doit être compris comme imposant de mettre (...) les coûts consécutifs à la réparation des pollutions environnementales à la charge de celui qui les a causées et à lui seul...»). Mais la Cour n'a jamais repris cette formulation restrictive. Comme nous l'avons vu, lors de l'élaboration de la norme le législateur peut utiliser les probabilités pour la recherche des causes et travailler par catégories globales. Dans la mesure où l'arrêt *Standley* concernait une application préventive, la probabilité ne doit pas forcément être significative. De même, le législateur peut instaurer diverses présomptions de manière à faciliter l'imputation de coûts. On est très loin d'une exigence de causalité stricte.

¹⁹⁴ Selon Paul Craig les modes de preuve qu'utilisent les institutions européennes comprennent en fonction des cas, un haut degré de probabilité, une probabilité, une possibilité, etc. C'est le rôle de la C.J.U.E. de déterminer quel est le mode de preuve requis pour l'institution en application de la disposition litigieuse (*op. cit.*, p. 465).

¹⁹⁵ *Op. cit.*, p. 200. Il cite les arrêts *Danemark/Commission* (C-3/00) et *Artegodan* (T-74/00) à l'appui. La Communauté est obligée de se tenir au courant des dernières données disponibles (*op. cit.*, p. 201). Cette analyse peut sembler être en porte à faux avec l'arrêt *Pfizer Animal Health* (T.P.I., 11 septembre 2002, T-13/99) qui a précisé que l'institution européenne pouvait apprécier la nature probante de l'avis d'un comité scientifique et pouvait s'en écarter moyennant motivation au motif que la Commission est responsable politiquement devant le Parlement et qu'elle dispose ainsi d'une légitimité démocratique supérieure à la légitimité scientifique (points 198-201). Le TPI n'effectue qu'un contrôle marginal (points 168 et 169). Néanmoins, dans cette affaire la directive prévoyait que le comité en question était un organe consultatif (point 196), la Cour a précisé que la motivation devait «être d'un niveau scientifique au moins équivalent à celui de l'avis» (point 199) et une évaluation scientifique préalable des risques aussi exhaustive que possible est requise avant d'adopter une mesure de préventive (point 155 et 162). En outre, la Commission s'était écartée de l'avis dans un but de protection de la santé humaine et dans le cadre du principe de précaution (point 203). De même, Paul Craig remarque qu'alors que le contrôle marginal aurait dû impliquer que le Tribunal aborde l'appréciation des faits en un ou deux paragraphes – puisqu'elle doit se limiter au manifeste –, elle y consacre 125 paragraphes (et seulement 91 à l'erreur manifeste de qualification juridique des faits) et effectue même une analyse approfondie (sur 35 paragraphes) pour démontrer que le Conseil et la Commission n'avaient pas déformé les conclusions du comité scientifique (*op. cit.*, pp. 448-449). En outre, l'affaire *Tetra Laval* (T-5/02 et C-12/03) a montré l'évolution de la Cour vers une évaluation sévère de l'appréciation des faits par la Commission même lorsqu'il s'agit de faits complexes. Voy. à ce propos le commentaire et la critique de P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 453-457 et 466-473.

tives spécialement lorsque le législateur doit «apprécier des éléments factuels d'ordre scientifique et technique hautement complexes»¹⁹⁶. Ainsi, il nous semble que le pouvoir de contrôle de la Cour lui permet d'estimer si la mesure adoptée par le législateur peut se baser sur des éléments scientifiquement établis c'est-à-dire qu'il faut que des études scientifiques existent¹⁹⁷ et qu'elles soient *de nature* à être convaincantes ou objectivement convaincantes – il faudra notamment qu'elles aient un niveau scientifique équivalent à celui des autres études existantes qui iraient en sens contraire, qu'elles fournissent une information suffisamment fiable et solide et qu'elles prennent en compte les meilleures données scientifiques disponibles et les résultats les plus récents de la recherche¹⁹⁸ –. En revanche, dès lors qu'il est établi que ces études ont un niveau scientifique suffisant, la Cour ne peut pas se demander si les conclusions présentées dans l'étude l'auraient convaincue – si elles sont *subjectivement convaincantes* – ou si elle les aurait considérées comme plus probantes que les études en sens contraire. Elle ne peut substituer son appréciation à celle du législateur¹⁹⁹. De même, le législateur

¹⁹⁶ Dans le même sens, de manière générale : C.J., 10 janvier 2006, C-344/04, *IATA et ELFAA*, point 80.

¹⁹⁷ Dans l'affaire *Artegodan*, les données scientifiques nouvelles étaient inexistantes (points 220-221). Dans l'affaire *Danemark/Commission* (C-3/00) une étude existait, mais la Commission a prétendu que cette étude reprenait simplement les recommandations faites en 1990 alors qu'une nouvelle directive avait été adoptée en 1995 (décision de la Commission du 26 octobre 1999, 1999/830, point 42). En réalité, l'étude se référait expressément à la nouvelle situation et ne faisait que préciser que ses conclusions allaient dans le même sens que celles de 1990 (C-3/00, points 109-112). Dans ce type de cas, la Cour examine le contenu de l'expertise scientifique, mais uniquement pour vérifier si elle n'est pas en décalage avec ce qu'affirme l'Institution qui y fait référence et non pour vérifier l'exactitude des faits allégués par les experts. Il s'agit bien d'une erreur manifeste.

¹⁹⁸ Voy. les points 162, 172 et 199 de l'arrêt *Pfizer* (*op. cit.*). Eloise Scotford parle de «*test of adequate scientific cogency and objectivity*» («Mapping Article 174 EC Case law on Environmental Law Principles», *Yearbook of European Environmental Law*, 2008, p. 31). Elle montre que ce test fut développé en lien avec le principe de précaution parce que le TPI avait utilisé la Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution (COM/2000/0001 final) qui mettait en évidence la nécessité de fonder les mesures de précaution sur des évaluations scientifiques fiables prenant en compte les dernières données disponibles (point 5.1.2.). Cette communication se fonde notamment sur l'ancien article 174, §3, aujourd'hui art. 191, §3 T.F.U.E. (Annexe I). Il nous semble par conséquent que les exigences liées au niveau d'excellence et à la nature des études scientifiques peuvent être transposées au PPP. De même, il s'agissait dans l'affaire *Pfizer* d'évaluer la qualité de l'appréciation scientifique du risque (E. SCOTFORD, *op. cit.*, p. 36). Or, lorsque le législateur identifie *a priori* un pollueur dans la législation, il ne peut, comme nous l'avons vu, choisir que des activités dont il est probable qu'elles causent une pollution, c'est-à-dire des activités à risque.

¹⁹⁹ Elle ne peut pas non plus contrôler les déductions, extrapolations ou raisonnement prospectif que ferait le législateur sur base de l'étude à moins d'une erreur manifeste. En définitive, la Cour se demande si un législateur raisonnable pouvait considérer la probabilité comme établie au regard des éléments en sa possession.

conserve une marge d'appréciation pour ce qui est de savoir si la probabilité que le dommage environnemental ait lieu est significative, pour la qualification juridique des faits et bien sûr pour les mesures à adopter. Le contrôle est donc limité à l'erreur manifeste et au principe de proportionnalité²⁰⁰.

b) La prédétermination des émissions polluantes

Plus précisément, lorsque le principe s'applique pour un domaine spécifique et bien déterminé, le législateur peut viser des dommages prévisibles et faire usage de probabilités. Une fois le dommage environnemental identifié la première question que se pose le législateur est celle de savoir quelle émission l'a causé.

Pour répondre à cette question, il utilise les études scientifiques et le sens commun. Ainsi pour savoir quelle émission a causé la présence d'un déchet dans l'environnement, il utilisera en principe le sens commun et pourra considérer que c'est la défection d'un objet ou d'une substance qui a causé la présence d'un déchet dans l'environnement²⁰¹. Le législateur peut également se baser sur des études qui mettent en exergue une probabilité que tel type d'émission déterminé, par exemple le nitrate, cause une dégradation environnementale, comme la pollution des nappes phréatiques. Ces études scientifiques sont le moyen dont dispose le législateur pour appréhender la réalité et lui permettre une certaine prédictibilité.

Si un type de dommage – par exemple, l'impossibilité pour telle espèce de plantes d'avoir des fruits – a lieu dans 15% des cas en temps normal, mais que ce dommage a lieu dans 20% des cas lorsqu'une substance particulière «B» est émise, il y a une augmentation significative de la probabilité que le dommage ait lieu lorsque la substance est émise – augmentation de 5%, soit un tiers – et cette probabilité est significative dans l'absolu – 20%, soit une chance sur cinq. Le législateur peut considérer que cette émission est une des causes du dommage. Il faut donc qu'il soit prévisible que ces émissions cau-

sent cette dégradation parce qu'elles l'ont déjà causé régulièrement. Il s'agit d'une loi de probabilité.

Le coût n'est imputé que lorsque l'émission est effectivement rejetée. En conséquence, le payeur pourra, en principe, prouver qu'il n'est pas pollueur s'il n'a pas émis la substance, l'énergie, l'organisme vivant ou l'objet visé par la législation. En revanche, dès le moment où il y a émission, il suffira de vérifier si la «chose» émise est bien celle visée par la législation²⁰². Cette émission est présumée causer un dommage qui lui aussi est présumé parce que le législateur a prouvé lors de l'élaboration de la législation que le dommage existait – par exemple les changements climatiques – et qu'il était causé par ces émissions – les gaz à effet de serre. Dans d'autres cas, seul le lien causal est présumé – par exemple, le lien avec le fait de délaissier un objet ou une substance –, le dommage devant être prouvé *in speciem* – la présence d'un déchet dans l'environnement²⁰³. La présomption de l'existence d'un lien causal et dans certains cas de l'existence d'un dommage²⁰⁴ étant irréfragable, le payeur potentiel pourra seulement prouver que le dommage global présumé n'existe manifestement pas, que ce type d'émissions considérées dans leur ensemble ne causent pas ce type de dommage et que les études scientifiques antérieures s'étaient trompées ou encore, que la part de ce genre d'émissions dans le dommage d'ensemble est plus petite que ce qui était prévu à la base et que d'autres catégories de

²⁰² Cette démarche se distingue de celle adoptée dans la responsabilité objective où il faut en général prouver que la personne appartient à une certaine catégorie – par exemple, le gardien de la chose – et, ensuite, qu'il y a un lien de causal entre cette catégorie et le dommage – par exemple, parce que la chose en question a causé un dommage –. Ici, le lien causal est présumé irréfragablement.

²⁰³ Lorsqu'il existe une obligation ou une intention de se défaire de l'objet ou de la substance, il y a un risque de dommage.

²⁰⁴ Les changements climatiques n'étant qu'un seul dommage global pour lequel il est impossible de prouver *in speciem* l'existence d'un dommage particulier causé par les émissions d'une entreprise particulière, il suffit de prouver une fois que les émissions de gaz à effet de serre causent le dommage global sans qu'il soit nécessaire de le prouver à nouveau pour chaque émission particulière, d'où que le législateur peut instaurer une présomption *iuris et de iure* quant à l'existence du dommage. Lors de l'application de la législation, il ne faudra plus prouver l'existence des changements pour pouvoir présumer irréfragablement que telles émissions particulières l'ont causé. Il n'en va pas de même pour la présence de déchets dans l'environnement pour laquelle il s'agit d'une multitude de dommages différents; il faudra systématiquement prouver qu'un déchet est présent dans l'environnement pour qu'on puisse présumer irréfragablement que sa présence est due au délaissement par une personne. Voy. cependant *infra* la possibilité de considérer fictivement une multitude de dommages distincts comme un seul dommage global en cas de fortes difficultés pour apporter la preuve du lien causal.

²⁰⁰ Dans le même sens : P. CRAIG, *loc. cit.* ; E. SCOTFORD, *op. cit.*, pp. 26-47, spéc. p. 34. Scotford fait valoir qu'après l'arrêt *Artegodan* la Cour n'a plus soumis de norme européenne à un contrôle aussi poussé de l'appréciation des faits en application de l'ancien article 174 du T.C.E.

²⁰¹ C'est en fait une probabilité extrêmement proche de 100%. Voy. *infra*.

pollueur devraient aussi porter leur part du fardeau.

À cet égard, le législateur doit veiller à décrire l'émission polluante de façon suffisamment précise. Ainsi s'il prend en compte l'émission B, mais qu'en réalité seules les émissions de type B1, B2, B3 et B4 causent le dommage et que l'émission B5 ne le cause pas, la directive sera opposée au principe en ce qu'elle vise aussi les émissions B5²⁰⁵.

Le législateur n'est pas obligé d'instaurer une présomption irréfragable chaque fois qu'il vise une catégorie particulière d'émission causant une catégorie particulière de dommage, il peut décider d'exiger dans la législation qu'il y aura tout de même un lien causal à prouver *in specie* notamment s'il n'existe pas d'étude lui permettant de prévoir que l'émission causera ce type de dommage. Il peut également prévoir une présomption *iuris tantum*²⁰⁶.

c) La prédétermination des activités causant les émissions polluantes

Les développements que nous avons livrés pour la prédétermination des émissions polluantes sont valables *mutatis mutandis* pour la prédétermination des activités causant ces émissions. En principe, le législateur ne prédétermine certaines activités spécifiques que s'il a déjà présumé que les émissions corrélatives étaient polluantes²⁰⁷.

Néanmoins dans ce cas-ci le législateur européen n'a dans la majorité des cas fait que désigner les catégories d'activités pouvant être considérées

comme polluantes, il n'a généralement pas instauré de présomption *iuris et de iure* que l'activité cause l'émission, ni même de présomption *iuris tantum*. Ainsi, la détention de déchet est considérée comme une activité à risque, mais pour pouvoir imputer les coûts de la gestion de déchets, il faudra prouver *in specie* l'existence de chaque «unité d'émission» de déchet²⁰⁸ et le fait que chaque unité d'émission de déchet était détenue par la personne à laquelle on veut imputer les coûts. De même, il désigne la production de produit générateur de déchets comme activité polluante, mais il faudra prouver l'existence d'un déchet au sens de l'article 3 de la directive 2008/98 ainsi que le lien causal entre le produit et le déchet, etc. Il en va de même pour les activités de l'annexe III de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale, pour lesquelles il faudra encore démontrer un lien causal avec le dommage à l'environnement.

On pourrait, dans certains cas analyser ces situations en mettant en exergue que le lien causal est présumé dès le moment où l'activité appartient à la catégorie visée par la législation, par exemple, le producteur de produit *générateur* de déchets. Néanmoins, prouver que l'activité ressort de cette catégorie, c'est prouver un lien causal entre l'activité et l'émission polluante puisque les catégories visées sont des catégories d'activités *polluantes*. Pour prouver que l'activité visée est bien la production du produit générateur de déchets, il faudra prouver *in specie* le lien causal entre l'activité de production et le déchet en démontrant que le produit a bien généré le déchet. L'exigence de la démonstration d'un lien causal est ici implicite mais certaine puisqu'indispensable.

Le principe de proportionnalité s'oppose *a priori* à ce que le législateur instaure une présomption irréfragable que tel type d'activité cause tel type d'émission²⁰⁹. Le pollueur ne peut payer qu'au *pro rata* de ses émissions polluantes. Il faut donc systématiquement prouver *in specie* l'existence et l'ampleur des émissions visées par la lé-

²⁰⁵ La directive devra être interprétée comme ne visant pas les émissions B5, à défaut la disposition litigieuse sera annulée – recours en annulation – ou la législation nationale de transcription sera laissée inappliquée par les juges nationaux – question préjudicielle –. Dans ce cas, la Commission devra prévoir une réforme de la directive.

²⁰⁶ Que se passe-t-il dans les cas où un nouveau type d'émission n'a jamais été appréhendé par la science? Le législateur peut réfléchir par analogie pour autant que les études scientifiques le permettent. La Cour de Justice contrôlera le respect du principe de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation. Si le raisonnement par analogie est impossible, il sera obligé d'exiger la démonstration d'un lien causal *in specie*.

²⁰⁷ Ainsi, il désigne la détention de déchet comme activités ayant causé l'émission ou le risque d'émission de déchet alors qu'il a déjà présumé que cette émission était nocive pour l'environnement; il désigne les raffineries de pétrole alors qu'il a présumé que le CO₂ cause les changements climatiques; ou encore, il désigne certaines activités professionnelles reprises à l'annexe I de la directive 2004/35 alors que toutes ces activités sont susceptibles de provoquer des émissions déjà considérées comme polluantes par les directives ou règlements qui les régissent.

²⁰⁸ Par exemple : le sac-poubelle, le conteneur, le kilo de déchet ou simplement le déchet individualisé.

²⁰⁹ *Contra* : Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, *op. cit.*, point 61 et s. (voy. *infra*). Il n'en va pas de même pour les principes de prévention et de précaution dans pour lequel il nous semble qu'une présomption *iuris et de iure* de lien causal entre l'activité et les émissions polluantes ou potentiellement polluantes peut être instaurée, mais le principe de proportionnalité ne s'applique pas de la même façon dans le cadre de ces principes.

gislation et le fait que l'activité de la personne les a causés. Il faudra, par exemple, prouver que l'activité est la cause de chaque ensemble de déchets. Le législateur dispose bien sûr d'une marge d'appréciation pour déterminer quelle sera l'unité d'émission²¹⁰. Les directives, en visant des activités particulières, ne font ici que limiter le nombre d'activités qui pourront être considérées comme polluantes et indiquent une loi de causalité générale à partir des probabilités. Le législateur identifie certaines activités comme étant à risque. On pourrait éventuellement imaginer faire déclarer invalide une partie de l'annexe III de la directive 2004/35, s'il était établi qu'une des activités visées ne cause jamais de dommage à l'environnement, mais le PPP n'est pas réellement mis à mal par la simple indication que les activités soumises à la directive «IPPC», par exemple, comportent un risque de causer un dommage à l'environnement, dans la mesure où les exploitants de ces activités ne se verront imputer les coûts de la pollution que dans l'hypothèse où elles causent effectivement un dommage.

Le législateur dispose, néanmoins, de la faculté d'instaurer une présomption réfragable qu'une activité cause une certaine quantité d'émissions, les personnes accomplissant les activités concernées pourront prouver le contraire. Le payeur potentiel peut également dans tous les cas prouver que ses activités n'appartiennent pas à la catégorie de visée²¹¹.

Toutefois dans les cas où il est impossible ou excessivement difficile de prouver *in specie* le lien causal entre l'activité et l'unité d'émission ou si cela entraîne un coût excessif, la mise en place d'une présomption *iuris et de iure* est possible. Dans ce cas, l'on sait que tel type d'émission cause tel type de dommage et l'on sait que ces émissions polluantes sont causées par une catégorie d'activité particulière, mais l'on éprouve de grandes difficultés à effectuer pour chaque entreprise le décompte précis des émissions effectuées

notamment parce qu'on ne dispose pas de méthodes scientifiques fiables à cet égard ou parce que leur usage entraînerait un coût disproportionné pour les pouvoirs publics ou les opérateurs concernés²¹². Dans cette situation, l'on peut lier la quantité d'émission à un autre critère en présument, par exemple, que la quantité d'émission augmente en fonction du chiffre d'affaires ou de l'étendue de l'exploitation, de l'énergie ou des combustibles consommés ou des procédés utilisés par l'exploitation. La méthode de calcul doit permettre d'aboutir à un résultat qui soit le plus proche possible de la réalité²¹³. Dans ce cas, l'instauration d'une présomption *iuris et de iure* n'est pas manifestement excessive²¹⁴.

Dans l'hypothèse du lien causal entre l'activité et l'émission polluante, le législateur se trouvera fréquemment face à une chaîne de causalité dans laquelle une succession d'activités est nécessaire pour que l'émission ait lieu²¹⁵; il n'est pas contraint de se limiter aux activités qui sont la cause directe de l'émission²¹⁶.

d) La prédétermination des personnes responsables des activités polluantes

Du point de vue du législateur, la prédétermination des personnes devant répondre des activités polluantes s'effectue par catégories. Ainsi, le

²¹² L'Union européenne doit en effet tenir compte «des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action» (art. 191, § 3 T.F.U.E.).

²¹³ «Si les impératifs de simplicité du droit fiscal peuvent conduire à une certaine atténuation de l'exigence de proportionnalité, un rapport raisonnable doit exister entre la base de calcul (...) et l'importance de la nuisance produite» (N. DE SADELEER, *Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., p. 84).

²¹⁴ Voy., par exemple, la méthode de calcul des émissions de CO₂, qui prend en compte les données d'activité (combustible utilisé, rythme de production, etc.), qu'on multiplie par un facteur d'émission et un facteur d'oxydation (Annexe IV de la directive 2003/87). Plus précisément, l'exploitant calcule lui-même chaque année ses émissions conformément aux lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre (décision 2007/589 du 18 juillet 2007, C (2007) 3416) et les déclare ensuite (art. 14, § 3 de la directive). L'autorité compétente devra vérifier si la déclaration est exacte (art. 15 et annexe V).

²¹⁵ On peut envisager, par exemple, une chaîne qui irait du producteur d'emballages destinés à des produits de consommation courante au consommateur de ce type de produits emballés en passant par le distributeur d'emballages, le producteur de produits emballés et le distributeur de produits emballés. Il est objectivement prévisible que chacune de ces activités cause l'émission. Elles peuvent toutes être désignées comme polluantes.

²¹⁶ Comme le remarque Benoît Jadot à propos des écotaxes : «en frappant les opérateurs économiques qui ont le pouvoir d'orienter dans un sens favorable à l'amélioration de la qualité de l'environnement, les modes de production et de consommation de biens, les écotaxes touchent des personnes qu'il est permis de qualifier de 'pollueur'» («Les écotaxes, instrument pertinent de droit de l'environnement», *L'introduction des écotaxes en droit belge*, Bruxelles, FUSL, 1994, p. 191).

²¹⁰ Ainsi pour les déchets municipaux, le législateur peut décider que le sac-poubelle sera l'unité d'émission sans qu'il soit nécessaire de peser les sacs, ni *a fortiori* de prendre en compte chaque déchet dans chaque sac pour déterminer quelle est sa capacité polluante (voy. *infra*).

²¹¹ Si ce n'est que dans le régime particulier de la directive 2003/87, le payeur potentiel aura reçu une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre et que la preuve de l'appartenance à une des catégories de l'annexe I aura été discutée à ce moment-là. Évidemment, il peut changer d'activité par après.

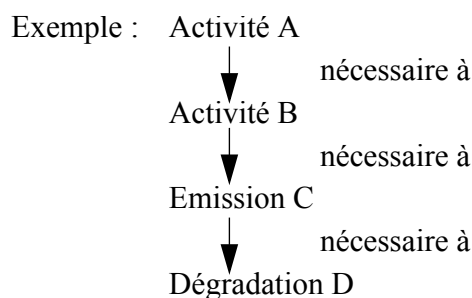
responsable d'une activité sera par exemple, l'exploitant. Le juge, lui, devra en toute hypothèse se poser la question de savoir qui est l'exploitant. Est-ce bien M. Dupont? Le législateur ne peut bien évidemment jamais déterminer cela à l'avance. Dans certains cas, le législateur a désigné la catégorie de personnes qui devront répondre de l'activité; en principe, parce qu'elles ont le contrôle de celle-ci²¹⁷. Par exemple, dans la directive 2003/87, l'exploitant de l'installation où se déroule une activité visée à l'annexe I. Cependant, ces catégories sont susceptibles d'interprétation extensive²¹⁸. En conséquence, des personnes qui accomplissent une activité qui, considérée au sens strict, n'est pas de nature à causer des émissions polluantes seront tout de même redevables pour ces émissions parce qu'elles exercent d'une façon ou d'une autre un contrôle sur une activité qui, elle, est polluante²¹⁹. Aux États-Unis, les juges ont été jusqu'à considérer que le banquier, créancier hypothécaire de l'exploitant, exerçait un contrôle sur l'activité polluante²²⁰. Notez que l'imputabilité ne doit pas être limitée aux personnes dont il est objectivement prévisible qu'elles causent la pollution ou qu'elles contrôlent l'activité polluante et que la notion de contrôle de fait peut être utilisée.

e) *La causalité multiple et l'existence éventuelle d'une obligation solidaire ou in solidum*

En cas de causalité multiple, la répartition des coûts suppose de distinguer deux hypothèses.

Premièrement, l'on peut se trouver face à un processus linéaire, examiné de façon verticale dans lequel plusieurs activités se succèdent pour causer le dommage environnemental. On peut parler d'une «chaîne de pollueurs»²²¹. Dans ce

cas une catégorie d'activité «B» ne peut avoir lieu que parce qu'une catégorie d'activité «A» a eu lieu. Ainsi en matière de déchets, la défection suit en principe la production du déchet, qui elle-même suit la détention, qui en toute hypothèse est précédée par la production du produit ayant généré le déchet, même s'il est possible que la même personne accomplisse les quatre activités. Chaque phase est indispensable pour la naissance de la dégradation de l'environnement – la présence de déchets dans l'environnement.



Dans cette hypothèse, l'on ne peut diviser juridiquement la réparation – le paiement – en fonction de la part d'émission polluante qui a été produite par chaque catégorie de personne impliquée dans le processus puisque chacune de ces personnes est en réalité responsable pour la totalité de l'émission polluante et peut se voir imputer la totalité des coûts du dommage causé par cette émission. C'est une autre différence fondamentale avec la responsabilité civile, qui est due au fait que le PPP est un principe de droit primaire, qui s'applique au législateur européen et aux législateurs nationaux lorsqu'ils mettent en œuvre le droit européen. Si les théories de la causalité dans la responsabilité civile imposent que tous les faits générateurs désignés en application des théories soient considérés comme ayant causé le dommage et que les personnes auxquelles ces faits générateurs sont imputés *doivent* être désignées comme responsables²²², l'application du PPP par le législateur ne lui *impose* nullement de désigner

²¹⁷ Dans le domaine de la gestion des déchets, l'imputabilité et la détermination de l'activité se recouvrent partiellement (voy. *infra*).

²¹⁸ Voy. *infra* la section responsabilité environnementale

²¹⁹ Le critère du contrôle nous semble indispensable à l'imputabilité. La théorie de l'équivalence des conditions n'est pas applicable ici, car si l'on prenait en compte toutes les personnes dont l'intervention fut nécessaire à l'accomplissement de l'activité, l'on régresserait à l'infini (voy. *supra*).

²²⁰ Voy. *infra*.

²²¹ Selon la terminologie qu'utilise la recommandation 75/436 : «Si la détermination du pollueur se révèle impossible ou trop difficile, et partant arbitraire, et dans le cas où la pollution de l'environnement est le résultat, soit du jeu simultané de plusieurs causes – pollution cumulative (3) – soit de la succession de plusieurs de ces causes – chaînes de pollueurs (4) – les coûts de la lutte antipollution devraient être imputés aux points – par

exemple de la chaîne ou de la pollution cumulative – et par les moyens législatifs ou administratifs qui offriront la solution la meilleure aux plans administratif et économique et qui contribueront de la manière la plus efficace à l'amélioration de l'environnement. Dans le cas de pollutions en chaîne, l'imputation des coûts peut donc se faire au point où le nombre des opérateurs est le plus faible possible et le plus facile à contrôler, ou bien là où il est contribué le plus efficacement à l'amélioration de l'environnement, et où sont évitées les distorsions de concurrence.»

²²² Même si, en cas d'obligation solidaire ou *in solidum*, il n'y a qu'une seule personne qui paie dans un premier temps, les autres devront payer à la suite du recours contributoire.

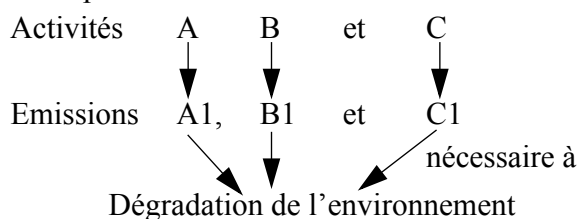
comme «payeurs» toutes les personnes qui auront été désignées comme «pollueurs» à la suite de ce raisonnement. Il dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation²²³. Le PPP lui interdit seulement de désigner comme payeur quelqu'un dont on ne pourrait pas considérer que l'activité a causé le risque de pollution²²⁴. De plus, les pouvoirs publics ne sont pas forcés par le PPP ou le principe de proportionnalité d'instaurer un recours contributoire en faveur de la personne qui devra supporter l'ensemble des coûts, bien que le principe n'interdise pas que les pouvoirs publics mettent en place ce type de recours. En outre, sur le plan économique, rien n'interdit bien sûr le pollueur de répercuter les coûts que le principe engendre sur d'autres personnes impliquées dans la chaîne économique²²⁵.

Ces constatations sont principalement valables pour l'appréciation du lien causal entre les activités de plusieurs personnes et l'émission polluante.

Deuxièmement, l'on peut se trouver face à un processus horizontal, dans lequel plusieurs catégo-

ries d'activités autonomes l'une de l'autre causent simultanément un dommage environnemental. La recommandation 75/436 parle de «pollution cumulative»²²⁶. L'activité «A» n'implique pas l'existence de l'activité «B» et l'activité «B» ne nécessite pas l'occurrence de l'activité «A» pour pouvoir être accomplie. Chacune de ces activités cause cependant la dégradation de l'environnement ou son aggravation²²⁷. Elles sont donc des conditions *sine qua non* du dommage tel qu'il se présente. Trois catégories d'usines chimiques rejettent, par exemple, des substances polluantes dans les étangs qu'elles bordent²²⁸.

Exemple :



Dans ce cas, le PPP lu en combinaison avec le principe de proportionnalité suppose qu'on ne fasse pas peser le coût de la pollution sur une catégorie d'activité seule, mais que le législateur répartisse ce coût en fonction de la contribution de chaque type d'émission polluante au dommage. Cela devra évidemment se faire au mieux des connaissances scientifiques de l'époque. Par conséquent, s'il est prouvé que plusieurs catégories d'activités causent le dommage, le législateur ne peut faire peser le coût de la réparation sur une seule de ces catégories de personnes – obligation solidaire – que s'il prévoit simultanément une possibilité pour ces personnes de se retourner contre les autres catégories pour que ces dernières paient au *pro rata* de leur contribution au dommage. On rejoint dès lors le concept d'obligation solidaire présent dans le droit de la responsabilité civile.

²²³ Il peut également comme en matière de déchets, délimiter «le cercle des personnes qui peuvent être appelées à [payer]», sans le cerner de manière définitive, laissant ce soin au législateur national (Concl. de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 27). Selon Nicolas de Sadeleer, «le pollueur doit être identifié en faisant appel aux principes de prévention et de correction de la pollution à la source». Une redevance devrait, par exemple, frapper l'agent qui a le plus grand pouvoir sur la nuisance en remontant en amont la chaîne des pollueurs (*Pollueur-payeur, prévention, précaution*, op. cit., p. 81). Dans l'état actuel du droit positif, ce raisonnement n'est pas appliqué (Voy. C.J., 16 juillet 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*).

²²⁴ Le PPP permettrait ainsi de désigner alternativement ou conjointement toutes les personnes dont l'action fut indispensable à la réalisation du dommage environnemental.

Henri Smets fait valoir que «même dans le cas d'une pollution émanant d'une entreprise industrielle, il n'est pas toujours aisé de savoir qui est le pollueur. En effet il peut s'agir par exemple de :

a) la personne qui avait la propriété, la possession, la charge, la garde ou le contrôle de la substance polluante avant qu'elle ne cause une pollution;

b) la personne qui possède ou occupe le terrain (ou le bâtiment ou l'installation) d'où la substance polluante s'est échappée;

c) la personne qui exerce la gestion ou le contrôle sur l'installation d'où provient la substance polluante lorsqu'elle a causé une pollution;

d) le détenteur du permis d'exploitation de l'installation polluante;

e) la personne qui a causé la pollution ou qui a autorisé ou toléré l'activité menant à la pollution;

f) le fabricant de l'équipement dont la défaillance a causé la pollution (responsabilité pour les produits ou responsabilité du constructeur)» («Le principe pollueur payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement?», op. cit., p. 355, note 28).

Toutes ces catégories de personnes peuvent, selon nous, être désignées comme pollueur, pour autant que le législateur européen démontre que leur activité a contribué au risque de pollution et que sans celle-ci le risque ne se serait pas présenté de la même façon. La question de savoir si ces différentes hypothèses tombent dans le champ du principe dépendra aussi de la détermination du fait générateur – l'activité – par le législateur européen.

²²⁵ Pour des questions de transparence et de respect du consommateur, il serait opportun d'obliger les entreprises à publier dans leurs factures ou sur leurs sites internet quels sont les coûts issus du PPP.

²²⁶ Voy. *supra* note 224.

²²⁷ Néanmoins dans les cas où la conjonction des deux activités est indispensable pour créer la dégradation, il nous semble qu'il faut revenir à la première hypothèse et que l'on ne peut diviser le paiement en fonction de la part d'émission de chacune de personnes impliquées.

²²⁸ Notez que la situation serait différente en cas de dommage divisible, par exemple lorsque trois usines chimiques polluent un lac, mais que les caractéristiques des substances utilisées font que chaque pollution est concentrée dans une zone particulière du lac. On pourra à ce moment-là diviser le dommage en trois dommages distincts et sortir de l'hypothèse d'une causalité multiple.

Ces constatations sont principalement valables pour l'appréciation du lien causal entre les émissions polluantes d'une activité et le dommage causé à l'environnement.

III.C. *La théorie de l'équivalence des conditions – L'administration ou le juge déterminent le pollueur*

III.C.1. *L'absence de limite au choix du législateur pour autant qu'il exige la démonstration d'un lien causal in specie*

Lorsque le principe s'applique sans que le législateur désigne un domaine d'activité spécifique ou un type d'émission spécifique les probabilités n'interviennent aucunement. Le législateur n'est donc nullement contraint par l'article 191 du T.F.U.E. de désigner dans les normes qu'il adopte des activités ou des émissions dont il est objectivement prévisible qu'elles sont polluantes. Il peut désigner n'importe quelle activité ou n'importe quelle émission pour autant que l'exigence de la démonstration d'un lien causal soit présente dans la norme. Ainsi, comme nous l'avons remarqué plus haut, une directive sur la responsabilité environnementale pourrait tout à fait désigner comme polluante n'importe quelle activité économique susceptible d'occasionner un dommage à l'environnement²²⁹. Une telle législation serait donc susceptible de viser des activités pour lesquelles il n'existe aucune probabilité ni même des indices de probabilité qu'elles causent un dommage. La C.J.U.E. ne pourrait pas annuler cette directive au motif qu'elle aurait dû, en vertu du PPP, exclure les activités dont il est objectivement prévisible qu'elles ne soient pas polluantes²³⁰. En application du principe, le législateur devra cependant

prévoir la démonstration d'un lien causal devant le juge ou l'administration.

La Cour de Justice est compétente pour interpréter le droit européen et la validité du droit national dans le cadre des questions préjudicielles que lui posent les juridictions nationales. Mais la Cour ne se prononce pas sur le dommage effectif, elle n'a pas de pouvoir d'appréciation quant aux faits et vérifie simplement si le droit national tel que l'interprète le juge est conforme au droit européen. Elle renverra ensuite l'affaire au juge national, qui devra trancher conformément à l'interprétation que la Cour a donnée, mais pourra toujours apprécier si *in specie* les conditions posées par la Cour sont réunies ou non.

III.C.2. *Le lien causal apprécié in specie et la théorie de l'équivalence des conditions*

Lorsque le législateur détermine une large catégorie de payeurs potentiels comme les exploitants d'activités professionnelles, il laissera au juge national et à l'administration nationale le soin de déterminer l'existence d'un lien causal entre l'activité et la dégradation de l'environnement. De même, comme nous l'avons vu plus haut, ces deux instances devront en toute hypothèse se poser la question de savoir si l'activité prise en compte a causé les émissions polluantes visées par la législation.

La théorie de l'équivalence des conditions permet, en droit civil, d'intégrer plus de personnes dans la catégorie des responsables. L'adoption de cette théorie pour le PPP est plus conforme au principe d'un niveau élevé de protection de l'environnement et renforce l'effet utile du principe. Elle prend mieux en compte la spécificité des dommages à l'environnement.

Cela permet de rapprocher la causalité juridique de la causalité de fait. Le principe commande donc que celui qui est désigné comme pollueur par le pouvoir public ou par le juge soit impliqué dans le processus de pollution et que sans cette implication le dommage environnemental n'ait pas eu lieu de la même façon. Pour pouvoir désigner une personne ou une catégorie de personnes comme pollueur dans une norme de droit ou un jugement, les instances nationales doivent constater que sans l'évènement considéré la

²²⁹ Le législateur peut édicter une directive qui concerne toute activité causant n'importe quel dommage à l'environnement – la prévisibilité n'est pas non plus requise quant au milieu protégé –, comme il peut édicter une directive visant un milieu particulier, mais concernant toute activité polluante. De même, il peut viser au niveau du lien causal entre l'émission et la dégradation de l'environnement, un type d'émission dont il est objectivement prévisible qu'elle dégrade l'environnement – par exemple, le fait de se défaire un objet ou d'une substance – mais au niveau du lien causal entre l'activité et l'émission prévoir que toute activité est susceptible d'être visée.

²³⁰ Voy. *infra* la directive 2004/35 a fait une application de cette idée en précisant que toute activité professionnelle était susceptible de causer un dommage aux espèces et habitats naturels protégés.

pollution ne se serait pas produite telle qu'elle s'est produite – procédure d'élimination²³¹. Le raisonnement permettra de faire apparaître que le fait générateur est une condition *sine qua non* de l'occurrence du dommage sans qu'il y ait besoin d'opérer une sélection des causes. Il suffit que l'activité ait aggravé la dégradation de l'environnement. Notons que la théorie de l'équivalence des conditions n'aboutira pas à ce que le juge régresse à l'infini puisque seules les activités visées par la législation peuvent être considérées comme polluantes²³².

Jean-Marc Binon considère que la théorie de l'équivalence de conditions est utilisée au niveau européen par la Cour de Justice dans le cadre du contrôle de la responsabilité extracontractuelle des institutions²³³. Elle n'est donc pas inconnue dans le droit européen.

Notons également que l'utilisation dans la définition du PPP du terme «contribué»²³⁴ pousse à adopter une lecture large de la causalité au sein du PPP puisque «contribuer à» signifie «aider à l'exécution d'une œuvre commune; avoir part (à un résultat)»²³⁵. L'usage de ce terme suppose en tout cas que même les activités qui ne sont pas la cause la plus proche du dommage peuvent être

prises en compte²³⁶. Nous analyserons plus bas que la Cour de Justice a, en opposition avec la thèse implicitement proposée par l'avocat général, choisi de ne pas limiter à la théorie de la causalité adéquate l'appréciation du lien causal.

IV. Conclusions

En résumé, nous présenterons ici les étapes successives du raisonnement que devrait respecter le législateur européen lorsqu'il adopte une norme se basant sur le PPP.

En ce qui concerne l'application du principe en concordance avec le principe de prévention ou de précaution, la nature de ces principes suppose que le législateur vise les causes prévisibles de la pollution. Il identifie les risques. Néanmoins, l'appréciation de l'ampleur de la probabilité d'occurrence du dommage dépendra de l'importance de celui-ci et la prévisibilité ne sera pas limitée aux dommages objectivement probables, mais comprendra sous certaines conditions les dommages simplement possibles.

En ce qui concerne l'application *a posteriori*, le législateur européen constatera, tout d'abord, l'existence d'un dommage environnemental ou du risque d'un tel dommage.

Ensuite, il décidera de faire supporter les coûts de la réparation à une personne, le payeur, qui doit être un pollueur.

Si le législateur souhaite viser des activités particulières, il doit se demander quels types d'activités ont causé la pollution (1^{re} apparition du lien causal). La prévisibilité joue un rôle, mais pour une raison logique et non juridique. Ainsi, il est impossible de déterminer à l'avance des activités polluantes sans recours à la prévisibilité et en conséquence aux probabilités ou au sens commun. Toutefois, cela ne permet en rien d'inférer que le lien causal au sein du principe doit intrinsèquement être limité par les probabilités. Le législateur ne peut désigner une activité dont il n'est pas prévisible qu'elle cause une pollution que s'il

²³¹ Si l'activité du pollueur est une abstention, la procédure de substitution sera utilisée Voy. *supra*.

²³² Ainsi, l'A.G. Kokott a raison de considérer qu'il peut être conforme au PPP d'imputer une partie des coûts de la pollution à la collectivité (Concl., 13 mars 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*, point 142). Mais cette imputation ne peut se faire que si l'activité effectuée par l'autorité entre dans la définition des activités soumises au régime particulier. Ainsi pour imputer les coûts la marée noire de l'Erika aux pouvoirs publics, il faudrait qu'ils puissent être considérés comme producteurs du produit ou détenteur du déchet. C'est donc une question d'imputabilité. Bien que nous défendions une vision large de l'imputabilité partiellement inspirée de celle qui prévaut aux Etats-Unis pour le CERCLA (voy. *infra*), il nous semble que l'exigence d'un certain contrôle de l'activité est indispensable pour pouvoir l'imputer à une personne – on n'applique donc pas la théorie de la condition *sine qua non* –. Or le fait que les États autorisent le commerce d'hydrocarbures et son transport ne nous semble pas constituer un contrôle suffisant pour pouvoir leur imputer les activités de détention de déchets ou de production de produits générateurs de déchets.

²³³ J.-M. BINON, «La responsabilité extracontractuelle de la communauté européenne : régime propre ou reflet d'un "ius commune"», *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 353 et s., n° 20. L'auteur cite à l'appui les arrêts *Adams c. Commission* (C-145/83), *Grifoni c. Commission* (C-308/87) et *Fresh Marine Company c. Commission* (T-178/98).

²³⁴ C.J., *Commune de Mesquer*, précité, point 82.

²³⁵ Le *Grand Robert de la langue française* (S.D.R., A. REY), Paris, Dictionnaires le Robert, 2001, 2^e éd., Vol. II, v° «contribuer», p. 551. Le *Grand Robert* ajoute comme expression synonyme «Apporter sa pierre à l'édifice, être pour qqch. dans...». Hart et Honoré définissent la théorie de l'équivalence des conditions dans la responsabilité civile comme suit, «one who takes part in an illegal activity is responsible for all harm which would not have occurred but for his participation.» (op. cit., p. 442; nous soulignons).

²³⁶ Rappelons également que la recommandation 75/436 définit le pollueur comme étant «celui qui dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation» (op.cit.). Adde : Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, point 70, (26).

demande la démonstration d'un lien causal *in specie*.

Le législateur utilise un raisonnement *in abstracto* et impliquant des catégories d'ensemble ce qui est inhérent à la fonction législative. Le lien causal entre l'émission et le dommage ainsi que l'existence du dommage lui-même peuvent faire l'objet d'une présomption irréfragable²³⁷. Le législateur conserve une marge d'appréciation pour la détermination de l'unité d'émission.

En générale, plusieurs activités pourront être désignées comme polluantes. Le PPP n'impose ni que les activités sélectionnées puissent être qualifiées de fautives, ni que le législateur intègre dans la norme qu'il élabore toutes les activités sélectionnées par le biais de la recherche des causes. Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire à cet égard. Il n'est obligé d'intégrer toutes les activités mises en lumière que si ces activités causent des émissions différentes ou, plus généralement, sont autonomes l'une de l'autre. La recherche des causes du dommage environnemental lui permet en quelque sorte d'effectuer une «présélection» des payeurs potentiels. Il peut laisser aux législateurs nationaux la possibilité de désigner le payeur au sein de cette présélection.

Dès que les activités polluantes seront déterminées, il devra se poser la question de l'imputabilité au sens strict, qui conduira à la désignation du pollueur. Il s'agit de déterminer quelle catégorie de personnes effectue ces activités. Ici également, le législateur dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, il peut désigner plusieurs catégories de personnes en tant que responsable de l'activité comme il peut choisir de canaliser l'imputabilité sur une personne. Le critère le plus important pour l'imputabilité nous semble être le contrôle de l'activité. Le législateur européen n'est pas obligé de désigner les catégories de personnes dont il est objectivement prévisible qu'elles causent un dommage à l'environnement.

Lorsque les activités polluantes et les pollueurs sont déterminés, mais que le lien causal n'est pas présumé de façon irréfragable ou dans les cas où le législateur ne souhaite pas les prédéterminer, il

devra encore en application du principe veillé à ce que soit intégrée dans la législation –implicitement ou explicitement–, l'exigence de la démonstration *in specie* d'un lien causal, soit uniquement entre l'activité et l'émission soit également entre l'émission et la dégradation de l'environnement (seconde apparition du lien causal). L'existence de ce lien causal propre à la législation considérée sera apprécié *in specie* par l'administration ou le juge en application de la législation européenne ou le cas échéant nationale. Ce dernier n'utilisera pas de catégories globales pour son évaluation au contraire du législateur, mais devra décider si telle activité particulière a causé tel dommage environnemental particulier. Le législateur européen peut décider de la nature du lien causal qui doit être démontré, le PPP n'impose pas de choisir une théorie plutôt qu'une autre dans la mesure où le législateur peut choisir la théorie de la condition *sine qua non*, il peut *a fortiori* choisir la causalité adéquate. De même, le principe ne préjuge en rien du mode de preuve utilisé pour démontrer l'existence de ce lien particulier. Le législateur européen peut également ne pas trancher entre les deux théories et renvoyer à la compétence du législateur national ou à l'interprétation de la C.J.U.E. Il nous semble plus conforme à l'article 191, § 2 que celle-ci privilégie par principe la théorie de l'équivalence des conditions à moins que les termes, l'économie et l'esprit de la directive poussent à adopter la théorie de la causalité adéquate. Ainsi, le PPP exigera toujours la démonstration d'un lien causal à un stade du processus²³⁸. Soit, en amont, par le législateur, qui peut instaurer des présomptions irréfragables : l'existence du lien causal sera alors vérifiée par la C.J.U.E. au travers de son contrôle de validité du droit dérivé que ce soit lors d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle. Soit, en aval, lors de l'application du droit dérivé ou de sa transcription nationale : l'existence du lien causal

²³⁷ Ainsi que dans certaines hypothèses limitées le lien causal entre l'activité et l'émission polluante.

²³⁸ Dans le cas contraire, le principe serait vidé de tout effet utile et ressemblerait à un «slogan publicitaire» selon l'expression de Michel Prieur (*Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 1984, 1^{re} éd., p. 170). Elzéar de Sabran-Pontevès reconnaît le phénomène de «juridicisation» qu'a subit le PPP d'origine économique dans l'ordre juridique européen sous l'influence des critères traditionnels de la responsabilité, en particulier l'exigence du lien causal (*Les transcriptions juridiques...*, op. cit., pp. 344 et s.). Sur l'importance de l'effet utile dans l'interprétation de la Cour de Justice, voy. : P. CRAIG, op. cit., pp. 277-278

sera alors vérifiée par l'administration ou le juge national; la Cour de Justice conserve sa compétence d'interprétation du droit européen lors des questions préjudicielles ²³⁹.

CHAPITRE III. – L'APPLICATION DANS LE DROIT DÉRIVÉ

Il nous faut maintenant examiner si ce raisonnement est compatible avec les systèmes qui ont été mis en place par le droit dérivé en application du PPP. Nous nous concentrerons sur la responsabilité environnementale et la gestion des déchets.

SECTION I. – LA RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE

I. *L'activité ne doit pas forcément être fautive*

La directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux ²⁴⁰ fait peser sur l'exploitant «*les coûts des actions de prévention et de réparation entreprise en application de la (...) directive*» ²⁴¹. C'est la première directive dont le but principal est de mettre en œuvre le PPP à travers sa fonction réparatrice et préventive ²⁴². Son champ d'application ne semble néanmoins pas se limiter aux dommages issus de la pollution ²⁴³. Elle concerne toutes les activités professionnelles, c'est-à-dire «*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», ²⁴⁴ pour autant qu'elles causent un dommage aux espèces et habitats naturels protégés, ou simplement les activités professionnelles énumérées à l'annexe III, c'est-à-dire la plupart des activités déjà régies par le droit européen de l'environnement, pour autant qu'elles causent un dommage à l'environnement ²⁴⁵. Les faits générateurs sont donc définis de manière large ²⁴⁶ bien qu'elle exclut implicitement les activités des particuliers dans leur sphère privée et, expressément, un certain nombre d'activités pour lesquelles un régime juridique spécifique existe déjà ²⁴⁷ ou qui sont considérées comme essentielles pour la mission d'intérêt général de l'État ²⁴⁸. On constate que la directive s'applique aux activités professionnelles autres que celles qui sont déjà identifiées par la législation européenne comme présentant un risque réel ou potentiel pour la santé ou l'environnement ²⁴⁹. Cependant dans ces cas, «*il convient que l'exploitant ne soit tenu pour responsable (...) que s'il a commis une faute ou une négligence*» ²⁵⁰. La faute est donc réintroduite dans ces circonstances spécifiques ce que le PPP n'interdit nullement. En revanche, la directive instaure un régime plus sévère pour les activités présentant un risque pour la santé ou l'environnement énumérées à l'annexe III. Pour ces activités, aucune faute n'est exigée puisqu'il suffit qu'elles soient régies par une des directives énumérées à l'annexe III pour être prises en compte,

²³⁹ Voy. C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*. Cet arrêt concerne la directive-cadre sur les déchets dans laquelle l'exigence d'un lien causal entre l'activité du producteur et la défection de l'objet ou de la substance qualifiée de déchet n'est pas expressément prévue, mais la Cour de Justice a pourtant rappelé qu'en vertu du PPP, il fallait démontrer que le producteur a contribué à la création du risque de pollution. Elle réserve évidemment au juge national le droit d'apprécier si la démonstration était faite en l'espèce.

²⁴⁰ Il aurait peut-être été plus exact d'intituler la directive «directive sur l'imputabilité des coûts de prévention et de réparation des dommages environnementaux».

²⁴¹ Art. 8, § 1 de la directive 2004/35. Ces coûts ne sont pas plafonnés, mais les États membres peuvent prévoir que la réparation ne sera pas intégrale (Annexe II, point 1.3.3.).

²⁴² Art. 1; N. DE SADELEER, «La directive responsabilité environnementale : avancée ou recul pour le droit de l'environnement des États membres?», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, op. cit., p. 733, n° 3 et pp. 734-735, n° 5; CH. PIROTTE, «La directive 2004/34/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale : premiers commentaires», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, op. cit., p. 658, n° 2.

²⁴³ La présence d'une émission n'est pas une exigence de la directive, les termes «événements» et «incidents» sont utilisés en divers endroits. L'annexe III, § 6 concerne l'utilisateur-payeur plutôt que le PPP au sens strict.

²⁴⁴ Art. 2, § 7.

²⁴⁵ Art. 3, § 1, a) et b). La notion de «dommage à l'environnement» reçoit ici une définition spécifique, qui ne comprend outre les dommages aux espèces et habitats naturels protégés, que les atteintes aux sols et aux eaux (art. 2, § 1). Le dommage environnemental ne vise qu'une partie de ce qu'on appelle le «dommage écologique», qui concerne tout dommage à l'environnement indépendamment du fait de savoir si le patrimoine affecté est approprié ou non (M. PRIEUR, «La responsabilité environnementale en droit communautaire», *Rev. eur. dr. env.*, 2004, p. 131). Cette définition aussi est plus restreinte que celle que nous donnons à cette expression qui, selon nous, recouvre toute dégradation de l'environnement (y compris, par exemple, la pollution de l'air).

²⁴⁶ Compar. avec la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 juin 1993.

²⁴⁷ Art. 4, § 2, 3, 4. D'autres exclusions sont prévues par les §§ 1 et 5.

²⁴⁸ Art. 4, § 6.

²⁴⁹ Il peut par exemple s'agir d'activités aéroportuaires, ferroviaires, d'installations autoroutières ou d'installations touristiques en milieu naturel (P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne. Eléments de droit comparé américain, chinois et indien*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 607-608). Voy aussi les exemples cités par N. DE SADELEER, op. cit., p. 742, n° 13.

²⁵⁰ Considérant n° 9

sans qu'il soit nécessaire qu'elles enfreignent ces directives²⁵¹.

II. La causalité

II.A. Le lien causal apprécié *in abstracto* : pas de limitation aux causes objectivement prévisibles du dommage

La directive vise un certain nombre d'activités dont il est objectivement prévisible qu'elles causent un dommage à l'environnement puisqu'elles sont déjà réglementées par le droit européen de l'environnement. Ce sont les activités de l'annexe III qui tombent sous le coup de la directive lorsqu'elles causent un dommage à l'environnement. Pour cette partie de la directive, le législateur a repris l'exigence de la prévisibilité du dommage propre à la théorie de la causalité adéquate. Cela était nécessaire dans la mesure où il a désigné des activités spécifiques. Néanmoins, il n'a pas prévu ici de présomption *iuris et de iure*. Il faudra donc prouver *in specie* l'existence du dommage à l'environnement, de l'éventuelle émission polluante et de l'activité ainsi que les liens de causalité entre ces éléments.

La directive s'étend à des activités dont il n'est pas normalement prévisible qu'elles créent un dommage aux espèces et habitats naturels protégés – la probabilité d'un dommage est faible pour les activités qui ne sont pas énumérées à l'annexe III puisqu'aucune législation communautaire ne les identifie comme présentant un risque pour l'environnement –. Cet aspect de la directive n'aurait pas pu être mis en place si le PPP exigeait que le législateur européen désigne exclusivement des activités dont il est objectivement probable qu'elles causent un dommage. Même si le milieu considéré – notamment les zones du réseau Natura 2000²⁵² – demande une

protection spéciale, l'on ne peut en déduire que toute activité professionnelle serait par nature risquée pour ces zones²⁵³ et qu'il serait par conséquent objectivement prévisible que chacune de ces activités cause un dommage aux espèces et habitats naturels protégés. Il y a des activités professionnelles dont il n'est pas prévisible qu'elles polluent les milieux ordinaires comme les zones protégées. Cette constatation est *a fortiori* valable dans la mesure où le préjudice exigé doit affecter *gravement* la constitution ou le maintien de leur état de conservation²⁵⁴. La nature dommageable de l'activité devra s'examiner au cas par cas, spécialement dans la mesure où il s'agit d'activités qui ne sont pas identifiées par le reste du droit européen de l'environnement comme présentant un risque.

Le fait que la responsabilité environnementale soit, dans ce cas particulier, à base de faute ne remet pas en cause cette constatation. En effet, comme nous l'avons vu, la théorie de l'équivalence des conditions s'applique principalement dans le cadre de la responsabilité civile pour faute. Tout au plus, le critère de la prévisibilité raisonnable devrait jouer un rôle dans l'appréciation que fait le juge de l'existence d'une faute. Pour que le comportement soit fautif, il faut, à tout le moins en droit belge, que l'agent puisse «raisonnablement prévoir» que ce comportement est de nature à causer un dommage, quel qu'il soit. En revanche, en ce qui concerne le lien causal si ce comportement «susceptible de causer un dommage» cause un dommage, mais imprévisible, l'on considérera tout de même qu'il y a un lien entre les deux et le dommage imprévisible sera réparable²⁵⁵. Ainsi, l'on ne se cantonnera pas aux comportements dont l'auteur peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de causer un dommage *aux espèces et habitats naturels*

²⁵¹ Voy. cependant, la *possibilité* laissée aux États de prévoir pour les exploitants de ces activités un régime de responsabilité à base de faute : art. 8, §4. La faute sera cependant présumée dans ce régime. Michel Prieur, s'appuyant sur la réponse de la Commission à une question écrite relève que la possibilité d'exemption prévue au point «a») ne peut concerner que les émissions et non pas les activités en soi. En conséquence, l'exploitant sera par exemple toujours responsable en cas d'accident. (*op. cit.*, p. 136)

²⁵² Les «espèces et habitats naturels protégés» ne sont toutefois pas limités à ces zones selon Charles Pirotte (*op. cit.*, pp. 662-664, n° 4). *Addé* : M. PRIEUR, *op. cit.*, p. 132. *Contra* : P. STEICHEN, «Chapitre V. La directive 200/35 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux – Un droit de compromis pour une responsabilité nouvelle», *Entreprises, responsabilités, environnement*, Bruxelles, Kluwer, Aménagement-Environnement, n° spécial, 2004, p. 115.

²⁵³ Dans le même sens, Philippe Brun affirme, au contraire que le degré de risque est moindre pour ces activités que pour celles de l'annexe III et que c'est précisément pour cette raison que l'exigence de la faute a été ajoutée. («Les fondements de la responsabilité. Rapport français», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. point de vue franco-belge*, *op. cit.*, p. 20, n° 25). *Addé* : P. STEICHEN, *op. cit.*, p. 117; O. FUCHS, *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale. Comment appliquer le principe pollueur-payeur?*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 84.

²⁵⁴ Art. 2, §1, (a). Il n'est pas objectivement prévisible que n'importe quelle activité professionnelle affecte gravement les zones protégées

²⁵⁵ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Maklu, 1989, §27.

protégés, mais on prendra en compte tous les comportements fautifs même ceux pour lesquels le dommage prévisible n'est pas du tout lié à la pollution pour autant qu'il soit établi qu'ils ont effectivement causé le dommage visé.

Notons également que la directive concerne tant la réparation du dommage que sa prévention²⁵⁶ confirmant ainsi que le PPP n'est, contrairement à la responsabilité civile, pas limité à la réparation des dommages²⁵⁷.

Le législateur européen n'a cependant pas souhaité aller au bout de son raisonnement puisqu'il a, pour ce qui est de l'imputabilité, limité la responsabilité à la personne de l'exploitant²⁵⁸. Comme nous l'avons vu, cette limitation n'est pas interdite par le PPP. Le Traité n'interdit donc pas la canalisation de la responsabilité. Cette dernière permet classiquement d'éviter tout risque de dilution de la responsabilité, de limiter les difficultés procédurales des victimes potentielles, les recours en cascades²⁵⁹ et de favoriser «l'assurabilité» des risques liés à l'activité²⁶⁰. À ceci près que le recours au juge sera beaucoup moins systématique dans cette directive, qui n'instaure pas de droit au recours dans le chef des particuliers ou des associations de défense de l'environnement, mais charge «l'autorité compétente» de récupérer les coûts de la réparation et de la prévention. Au demeurant, cette limitation n'a pas eu lieu au motif que l'Union européenne aurait eu peur d'agir *ultra vires* en désignant une large gamme de responsables potentiels, mais plutôt par peur des excès du régime américain de responsabilité environnementale²⁶¹.

²⁵⁶ Art. 5 et 6.

²⁵⁷ Même lorsque la directive agit au niveau préventif – qui suppose en principe une certaine prévisibilité –, «toute activité professionnelle» peut être concernée alors qu'il n'est intrinsèquement pas objectivement prévisible pour chaque activité professionnelle qu'elle cause un dommage. La raison en est qu'il faudra démontrer *in specie* l'existence d'un dommage imminent et donc la prévisibilité du dommage.

²⁵⁸ Art. 8, §§1 et 2.

²⁵⁹ N. DE SADELEER, *op. cit.*, p. 760, n° 36.

²⁶⁰ B. DUBUISSON, «Conclusions – Les responsabilités environnementales dans l'espace européen», *responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, *op. cit.*, p. 843, n° 4. Mais il semblerait que l'analyse économique du droit ait démontré que la canalisation diminue les capacités d'assurance sur le marché et dessert la fonction de prévention de la responsabilité civile (*ibidem*).

²⁶¹ P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne...*, *op. cit.*, pp. 606 et 611. À cela s'ajoute que l'exploitant détient, en principe la connaissance technique, les ressources et le contrôle opérationnel de l'activité dommageable (Considérant n° 18). Voy. aussi sur les avantages et désavantages du système américain : F. OST, *op. cit.*, pp. 308-309.

Le *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA)*²⁶² prévoit que peuvent être tenus pour responsables l'exploitant et le propriétaire ou toute personne qui avait ces qualités au moment où il a disposé des substances dangereuses visées par la législation, ainsi que toute personne organisant le traitement ou le transport avant traitement de la substance²⁶³. Les directeurs d'usine disposant d'un «pouvoir de direction sur le traitement et l'élimination des substances dangereuses qui est déterminant du dispositif légal» peuvent être qualifiés d'exploitant²⁶⁴. De même, le propriétaire actuel peut être mis en cause même s'il n'était pas propriétaire au moment de l'émission polluante²⁶⁵. Le sous-traitant peut également être qualifié de personne organisant le traitement de la substance²⁶⁶. En outre, un actionnaire-propriétaire qui est impliqué dans la gestion de la société peut voir sa responsabilité directement engagée sous certaines conditions²⁶⁷. La Cour suprême considère qu'il peut aussi être indirectement mis en cause par le truchement de la théorie de la levée du voile social²⁶⁸. La responsabilité va même jusqu'à s'étendre à l'organisme bancaire ou au prêteur qui intervient effectivement dans la gestion ou les affaires opérationnelles de l'exploitant²⁶⁹. Enfin, elle peut également concerner les personnes physiques qu'elles soient dirigeants, administrateurs ou actionnaires majoritaires²⁷⁰. Ces personnes sont toutes présumées responsables et tenues solidairement du paiement à l'En-

²⁶² 42 USC 9601 et s. <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=42USCC103>

²⁶³ 42 USC 9607 (a). «The term "person" means an individual, firm, corporation, association, partnership, consortium, joint venture, commercial entity, United States Government, State, municipality, commission, political subdivision of a State, or any interstate body» (42 USC 9601 (21)).

²⁶⁴ U.S. v. *Northeastern Pharmaceutical and Chemical Co., Inc.* cité par P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p. 638.

²⁶⁵ *State of New York v. Shore Realty Corp.* 759 F. 2d 1032 (C.A. 2 1985) cité par P. THIEFFRY «L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur. Les distorsions entre les États membres et les enseignements de l'expérience américaine.», *R.I.D.C.*, 1994, p. 120

²⁶⁶ U.S. v. *Aceto Agricultural Chem. Corp.*, 872 F. 2d 1373 (8th Circ. 1989). cité par P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p. 639.

²⁶⁷ Voy. à cet égard P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne...*, *op. cit.*, pp. 639-640.

²⁶⁸ U.S. v. *Bestfoods*, 524 US 51, 118 S. Ct. 1876, 141 L. Ed. 2d 43 (1998).

²⁶⁹ 42 USC 9601 (20) (E) et (F)

²⁷⁰ *Kelley v. Thomas Solvant Co.*, 727 F., Supp. 1532 (W.D. Mich. 1989), at 1543 cité par P. THIEFFRY «L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur...», *op. cit.*, pp. 117-118

vironmental Protection Agency²⁷¹. On le voit le champ d'application de cette législation est extrêmement large.

Rien de tel au niveau européen puisque seuls l'exploitant et, subsidiairement, l'autorité compétente peuvent être tenus pour responsable. La canalisation de la responsabilité a pour corollaire qu'il n'est pas permis d'engager la responsabilité d'autres personnes qui auraient causé le dommage, ce qui est problématique lorsque l'exploitant ne dispose pas de moyens financiers suffisamment importants²⁷². La notion d'exploitant est cependant susceptible d'une interprétation large. L'exploitant se définit comme «*toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité*»²⁷³. La directive peut viser l'exploitant «de fait» grâce au critère du contrôle²⁷⁴. Les exploitants successifs de l'activité sont pris en compte²⁷⁵. Le transporteur peut être tenu responsable sous certaines conditions²⁷⁶. En revanche, lors d'une activité de sous-traitance seul l'exploitant sera mis en cause à l'exclusion de l'entreprise commanditaire de l'opération²⁷⁷. La directive ne comprend pas expressément la mise en cause des

actionnaires et des sociétés mères alors que la proposition de directive le prévoyait expressément. Il n'est cependant pas impossible que la Cour de Justice interprète la notion de «contrôle» de l'activité comme pouvant s'étendre aux propriétaires impliqués dans la gestion de l'exploitation dans des conditions similaires à celles qui existent aux États-Unis. Au surplus, la théorie de la levée du voile social devrait pouvoir s'appliquer également bien que la théorie soit quelque peu différente en Europe.

Les autres cas de figure visés par le CERCLA semblent *a priori* exclus du champ d'application de la directive, mais l'interprétation en reviendra à la C.J.U.E.

L'autorité compétente peut prendre elle-même les mesures de prévention ou de réparation prévues dans la directive en cas de carence de l'exploitant²⁷⁸ ou s'il ne peut être identifié, ou n'est pas tenu de supporter les coûts en vertu de la directive²⁷⁹.

On peut se demander si, du point de vue du PPP en tant qu'interdiction des aides d'État²⁸⁰, il est opportun d'instaurer une responsabilité subsidiaire des pouvoirs publics alors que la société mère, par exemple, ne serait pas tenue de réparer le dommage. En effet, nous avons là une personne qui pourrait être considérée comme pollueur du point de vue du principe, mais que l'on ne désigne pas comme tel, même subsidiairement. Pour pallier cela, l'on désigne une autorité publique, mais son intervention pourrait constituer une distorsion de concurrence. Cette intervention ne serait pas problématique si elle était financée par un fonds alimenté par des entreprises impliquées dans la pollution ou dans la création du risque de pollution. Mais un tel fonds n'existe pas pour l'instant²⁸¹. En amont, le recours aux assurances par

²⁷¹ F. OST, *op. cit.*, p. 308.

²⁷² En outre, comme le remarque Bernard Dubuisson (*loc. cit.*), la canalisation a parfois pour effet que les opérateurs économiques mettent en place de montages financiers complexes notamment au moyen de sociétés-écrans comme ce fut le cas dans l'affaire de l'Erika (voy. *infra* notre analyse de l'affaire). La canalisation dans le cadre de cette directive n'est cependant pas exclusive de la responsabilité d'autres acteurs que l'exploitant dans le cadre d'autres législations. Ainsi, l'article 9 prévoit que la directive s'applique sans préjudice des règles assurant «le partage des responsabilités entre le producteur et l'utilisateur d'un produit». Une personne dont la responsabilité n'est pas engagée par l'application de la directive pourrait voir sa responsabilité engagée du fait de sa gestion des déchets en application de la directive 2008/98 (C. VERDURE, «Gestion des déchets, protection de l'environnement et responsabilité», *R.G.A.R.*, 2009, p. 14449/1).

²⁷³ Art. 2, § 6 de la directive 2004/35. La définition est un peu plus étendue que celle qui existe dans les directives IPPC et Seveso. La question de savoir si le simple exercice de la direction opérationnelle des activités sur le site suffit à engager la responsabilité est controversée (P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*..., *op. cit.*, p. 612).

²⁷⁴ Ch. PIROTTE, *op. cit.*, p. 667, n° 9.

²⁷⁵ THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*..., *op. cit.*, pp. 613-614.

²⁷⁶ Annexe III, § 2, 7, 8, 10 et 11.

²⁷⁷ P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*..., *op. cit.*, p. 612.

²⁷⁸ L'autorité disposera d'une action récursoire, mais l'exploitant pourrait ne pas avoir les moyens d'y faire face.

²⁷⁹ Art. 5, § 4 et art. 6, § 3. L'article 8, § 2, al. 2 énonce également que l'autorité peut s'abstenir de récupérer les frais engagés si le coût du recouvrement excède le coût du dommage.

²⁸⁰ Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, 1^{er} avril 2008, 2008/C 82/01.

²⁸¹ L'article 14 § 1 de la directive prévoit seulement que les États membres prennent «des mesures visant à encourager le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière» (nous soulignons). Mais cet article ne concerne que «les responsabilités qui (...) incombent [aux exploitants] en vertu de la présente directive», ce qui semble exclure les cas où aucun responsable ne peut être identifié ou ceux dans lesquels l'exploitant n'est pas responsable.

les exploitants permettrait d'éviter les problèmes d'insolvabilité²⁸². Le principe n'interdit pas le paiement par l'assureur dans la mesure où il garantit la solvabilité du pollueur²⁸³ et, en principe, le montant des primes sera modulé en fonction du coût probable de la pollution. Néanmoins, les assureurs ne prendront pas en charge les situations dans lesquelles le paiement est certain – par exemple, les émissions de CO₂ – puisqu'il n'y a plus d'aléa, ni les situations dans lesquelles le risque ou le coût du dommage sont très difficiles ou impossibles à évaluer. De même, l'allègement des exigences requises pour la démonstration du lien causal entraîne une augmentation des coûts de l'assurance²⁸⁴. Notons également que le recours à l'assurance ne dispense pas d'identifier *in specie* le pollueur.

Pour les situations dans lesquelles l'exploitant est insolvable ou même en cas de carence de celui-ci, ne serait-il pas plus adéquat de mettre en place une banque de garanties alimentée par les contributions des pollueurs potentiels c'est-à-dire les activités visées à l'annexe III de la directive? Chaque pollueur potentiel y disposerait d'un compte qui devra être suffisamment alimenté. La garantie peut être constituée sur plusieurs années et son montant dépendra de l'estimation des coûts du type de dommage que cause ce genre d'activité et du risque d'occurrence du dommage. Si un dommage a lieu et que l'exploitant ne peut pas y faire face financièrement ou qu'il n'agit pas avec diligence, on prélèvera les coûts supplémentaires sur son compte. Le PPP est donc scrupuleusement respecté, car le pollueur ne paie que pour sa pollution. L'entreprise pourra récupérer les fonds si elle est dissoute, liquidée ou qu'elle change d'activité. Il nous semble nécessaire de mettre en place une banque de garanties et pas simplement des garanties individuelles. Ainsi dans les cas où

le montant présent sur le compte ne serait pas suffisant, l'on pourra prélever le restant sur le capital global dont dispose la banque. Le pollueur devra ensuite rembourser ce montant. La banque pourrait disposer d'un privilège pour récupérer les montants engagés.

La directive n'a pas d'effet rétroactif²⁸⁵ et connaît un délai de prescription²⁸⁶. Mais cela n'énervé pas l'application de la théorie de l'équivalence des conditions.

II.B. *Le lien causal apprécié in specie : pas de limitation particulière*

La directive prévoit qu'un «lien de causalité devrait être établi entre le dommage et le ou les pollueurs identifiés»²⁸⁷. L'article 4 §5 étend expressément cette obligation à la pollution diffuse²⁸⁸. Comme nous l'avons mis en exergue plus haut, ce lien de causalité peut être divisé en deux. Il faut un lien causal entre le dommage à l'environnement et l'émission et un lien entre l'émission et l'activité, outre un rapport d'imputabilité entre cette activité et le pollueur. Le lien de causalité auquel il est fait référence dans la directive est celui qui s'apprécie *in specie* par «l'autorité compétente» puis par le juge dans le cadre spécifique du régime de responsabilité érigé en vertu du PPP. Il se distingue de celui que le législateur a apprécié *in abstracto* pour la désignation d'activités polluantes spécifiques. Pour ce qui est du lien de causalité instauré par la directive, il n'est pas expressément défini²⁸⁹. Il est donc possible que les diverses juridictions des États membres en donnent des définitions divergentes en fonction de leurs traditions nationales. En cas de causalité multiple, la responsabilité *in solidum* devrait prévaloir en Belgique et en

L'article 14, §2 prévoit la possibilité pour la Commission de soumettre des propositions relatives à un système de garantie financière obligatoire harmonisée. À notre connaissance, cela n'a pas encore été fait. En revanche, la Convention de Lugano prévoit que les exploitants «soient tenus de participer à un régime de sécurité financière» (art. 12).

²⁸² B. DUBUISSON, *op. cit.*, pp. 873 et s.; X. THUNIS, «Chapitre VIII. En guise de conclusion : le poids des responsabilités», *Entreprises, responsabilités, environnement*, Bruxelles, Kluwer, Aménagement-Environnement, n° spécial, 2004.

²⁸³ Cela renforce la fonction indemnitaire du PPP (F. OST., *op. cit.*, pp. 283 et 285).

²⁸⁴ O. FUCHS, *op. cit.*, p. 76.

²⁸⁵ Art. 17. Contrairement au CERCLA.

²⁸⁶ Art. 10. Ce qui n'est pas habituel dans la mesure où elle se présente comme une police des dommages environnementaux. Elle ressort donc plutôt du droit administratif que du droit civil (N. DE SADELEER, «La directive responsabilité environnementale : avancée ou recul pour le droit de l'environnement des États membres?», *op. cit.*, p. 732, n° 1).

²⁸⁷ Considérant n° 13 et art. 3, §1 et 2; C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, point 52.

²⁸⁸ Voy. *infra*.

²⁸⁹ Ce que regrettent certains auteurs : L. BERGKAMP, «The proposed environmental liability directive», *Eur. Env. Law Rev.*, novembre 2002, p. 293; S. GALAND-CARVAL, «La causalité. Rapport français», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, *op. cit.*, p. 96.

France²⁹⁰. En outre, l'article 9 de la directive énonce qu'en cas de causalité multiple cette dernière s'applique sans préjudice des règles de droit national relatives à l'affectation des coûts, «*en particulier celles relatives au partage des responsabilités entre le producteur et l'utilisateur d'un produit*».

Dans la mesure où le lien de causalité n'est pas expressément défini, la doctrine considère que la directive renvoie implicitement aux États membres pour la définition de la causalité²⁹¹. Dans le respect des objectifs d'uniformité et d'efficacité du droit européen, la Cour de justice sera probablement amenée à donner une définition uniforme de la causalité. Selon nous, elle devrait choisir la théorie de l'équivalence des conditions²⁹². L'article 8, § 4 (b) de la directive octroie aux États membres la possibilité de prévoir que l'opérateur ne supportera pas les coûts de la réparation pour autant qu'il prouve qu'il n'a pas commis de faute et que son activité ou émission «*n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où l'activité a eu lieu*». On peut en conclure qu'*a contrario*, la règle de base suppose que l'opérateur paie même lorsque son activité ou émission n'est pas considérée comme susceptible de causer un dommage à l'environnement. La théorie de la causalité adéquate, plus restrictive, ne devrait être utilisée que lorsque le législateur le prévoit expressément dans la directive ou lorsque l'esprit et l'économie de celle-ci poussent à choisir cette interprétation. En l'occurrence, l'exigence de prévisibilité est déjà suffisamment remplie au niveau de la faute – même s'il ne faut pas forcément qu'une pollution soit prévisible, mais seulement qu'un dommage quelconque le soit – ou au niveau de l'activité visée à l'annexe III, qui est une activité à risque.

²⁹⁰ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 856, n° 17; Considérants n° 9 et 22 de la directive.

²⁹¹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 854, n° 15; I. DURANT, *op. cit.*, p. 100; Ch. PIROTTE, *op. cit.*, p. 670, n° 13.

²⁹² Comme elle l'a fait pour le lien entre l'activité de production de produit et le déchet (voy. *infra*).

III. Le dommage environnemental²⁹³

Le dommage est défini 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*»²⁹⁴. Il doit être mesurable et satisfaire à un test de gravité significative²⁹⁵. Il ne s'agit pas d'un dommage environnemental au sens strict, mais plutôt d'un dommage à certaines composantes de l'environnement²⁹⁶. C'est un dommage collectif de caractère écologique et non pas économique²⁹⁷. La directive ne concerne pas les dommages occasionnés aux personnes privées et ne leur confère pas de droit à indemnisation²⁹⁸.

Aux termes de l'article 4 § 5, «*la présente directive s'applique uniquement aux dommages environnementaux ou à la menace imminente de tels dommages causés par une pollution à caractère diffus, lorsqu'il est possible d'établir un lien de causalité entre les dommages et les activités des différents exploitants*»²⁹⁹.

L'exigence d'un lien causal se retrouve dans cette disposition conformément au PPP. Olivier Fuchs rapporte que l'article 11, § 1 de la proposition de directive prévoyait qu'il suffisait à l'autorité compétente de démontrer «*de manière suffisamment plausible et probable*» l'existence d'un lien causal³⁰⁰. Cette possibilité n'a pas été reprise dans la directive, néanmoins, l'on admet classiquement que la preuve de l'existence du lien

²⁹³ Nous nous tiendrons à une présentation sommaire.

²⁹⁴ Art. 2, § 1. La disposition énonce également que le dommage causé aux espèces et habitats naturels protégés «*affecte gravement la constitution ou le maintien d'un état de conservation favorable de tels habitats ou espèces*», le dommage affectant les eaux, «*affecte de manière grave et négative l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernées, tels que définis dans la directive 2000/60/CE [NDLR : il s'agit des eaux intérieures de surface, des eaux de transition, des eaux côtières et des eaux souterraines], à l'exception des incidences négatives auxquelles s'applique l'article 4, paragraphe 7, de ladite directive*» et le dommage aux sols concerne «*toute contamination 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*». Michel Prieur met en exergue les différentes possibilités d'interprétations de ces définitions (*op. cit.*, pp. 131 et s.). Comparez avec la définition du dommage dans l'article 2, § 9, c. de la Convention de Lugano.

²⁹⁵ P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p. 621; Ch. PIROTTE, *op. cit.*, p. 660, n° 3.

²⁹⁶ X. THUNIS, «Les fondements de la responsabilité. Rapport belge», *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, *op. cit.*, p. 32, n° 7.

²⁹⁷ N. DE SADELEER, *op. cit.*, p. 743, n° 14.

²⁹⁸ Art. 3, § 3 et considérant 14.

²⁹⁹ Voy. aussi C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, point 52-54.

³⁰⁰ O. FUCHS, *op. cit.*, p. 95.

causal peut se déduire de présomptions graves, précises et concordantes³⁰¹. On pourrait dès lors également utiliser la combinaison que proposent Geneviève Viney et Patrice Jourdain pour la responsabilité civile³⁰², qui suppose que l'équivalence des conditions soit la règle de fond, mais que la causalité adéquate joue un rôle subsidiaire de preuve. Un certain nombre d'activités présentent une probabilité objective de causer certains types de dommages à l'environnement, si la probabilité est suffisamment élevée, le lien causal peut être prouvé sans qu'il soit besoin de prouver que l'activité particulière considérée a effectivement causé le dommage particulier pris en compte³⁰³. L'exploitant de l'activité pourra toujours prouver que malgré cette probabilité il n'a aucun rapport avec le dommage par exemple parce qu'une autre exploitation est à l'origine de celui-ci³⁰⁴.

Du point de vue de l'application du PPP par le législateur, cette fois, l'on peut se demander s'il n'aurait pas été plus adéquat de prévoir qu'un fonds public d'indemnisation³⁰⁵ intervienne lorsqu'aucun lien causal ne peut être prouvé *in specie* entre la pollution et l'activité d'un exploitant notamment en cas de pollution diffuse ou chronique. P. Thieffry³⁰⁶ critique la mise en place de fonds parce qu'ils distendent le lien causal entre l'auteur de la pollution et celle-ci. Rappelons à cet égard que le PPP est un principe de droit primaire qui ne dispose pas de l'effet direct et contraint les législateurs européen et nationaux lors de l'adoption d'actes normatifs. Conformément au prin-

cipe, il faudrait que le fonds soit alimenté par les contributions de toutes les personnes exerçant une activité dont il sera prouvé *in specie* qu'elle entraîne un certain type d'émissions polluantes – sans devoir déterminer ensuite quel dommage particulier est causé par ces émissions particulières—. On pourrait considérer que le principe permet au législateur, conformément au large pouvoir d'appréciation dont il dispose, de travailler par catégories globales lorsque la démonstration d'un lien causal *in specie* est impossible comme ce fut le cas dans la directive sur les changements climatiques³⁰⁷. Ainsi, le législateur européen pourrait, selon nous, prendre en compte une catégorie globale de dommages dont l'existence est prouvée³⁰⁸. Si, par ailleurs, il est prouvé *in abstracto* qu'un certain type d'émissions causent dans le cours normal des choses ce type de dommages, l'administration sera fondée à exiger une contribution des pollueurs à un fonds public d'indemnisation au *pro rata* de leurs émissions polluantes dans la mesure où l'on présume que ces émissions causeront ce dommage apprécié dans son ensemble ou une partie de ce dommage³⁰⁹. Le payeur potentiel ne pourra se prévaloir du fait que ses émissions particulières n'ont pas causé de dommage particulier. En effet, dans la mesure où ces émissions sont de nature à créer ce type de dommages chaque émission individuelle contribue à la création du *risque* de dommage à l'environnement. Il ne reste en principe à l'administration chargée de collecter les fonds qu'à prouver *in specie* le lien causal entre l'activité et les émissions polluantes. Si après l'intervention du fonds, le lien causal du dommage avec une entreprise particulière peut être prouvé, le fonds pourra se faire rembourser auprès de cette entreprise³¹⁰. Il pourrait comme le propose François Ost moduler le montant des cotisations en fonc-

³⁰¹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 854, n° 15.

³⁰² Voy. *supra*.

³⁰³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 192-194. Dans le même sens B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 855, n° 15. Un parallèle peut être dressé avec l'article 10 de la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 juin 1993 qui prévoit que le juge devra «*dûment tenir compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à cette activité*» lorsqu'il apprécie la preuve du lien causal entre le dommage et l'activité dangereuse. Le risque est également une probabilité. De même, la loi allemande du 10 décembre 1990 sur la responsabilité environnementale suppose que le demandeur prouve que l'activité du défendeur est «susceptible» d'avoir causé un dommage. (S. GALAND-CARVAL, «La causalité. Rapport français», *op. cit.*, p. 85; O. FUCHS, *op. cit.*, p. 54). *Adde* : *Fairchild v. Glenhaven Funeral services Ltd and others*, House of Lords, 20 juin 2002, *The Law Reports* [2003], 1 AC 32.

³⁰⁴ S. GALAND-CARVAL, *loc. cit.*. La loi allemande quant à elle prévoit seulement que le défendeur prouve qu'il existe une autre cause possible au dommage (*ibidem*).

³⁰⁵ Hypothèse qui se distingue d'une banque de garantie.

³⁰⁶ P. THIEFFRY, «L'opportunité d'une responsabilité communautaire du pollueur. Les distorsions entre les États membres et les enseignements de l'expérience américaine.», *op. cit.*, pp. 104 et s., spéc. p. 123.

³⁰⁷ Voy. *supra* note 191.

³⁰⁸ Par exemple, la pollution d'un certain type d'étendues d'eau. On ne prend pas en compte chaque dommage causé dans chaque étendue d'eau particulière, mais on les transforme fictivement un dommage d'ensemble à l'image des changements climatiques. Il faudra ensuite donner un coût à ce dommage.

³⁰⁹ Toute la difficulté pour le législateur est ici de déterminer le lien entre une unité d'émission et la fraction du dommage d'ensemble qu'il cause, de façon à pouvoir donner à l'unité d'émission un «prix» qui soit le plus proportionnel possible au coût du dommage environnemental.

³¹⁰ F. OST, *op. cit.*, p. 313. Mais l'auteur n'opère pas de distinction entre mécanisme de garantie et mécanisme de compensation.

tion des mesures préventives adoptées par les contributeurs³¹¹. Ce fonds n'aura pour seul but que de réparer la part du dommage causé par les émissions de cette catégorie d'entreprises. Si l'activité d'une autre catégorie d'entreprise est également en cause, le principe suppose que celles-ci supportent leur part du fardeau en fonction de leur contribution à la création du risque³¹². Si la part restante du dommage n'est imputable à aucun type d'émission au regard des connaissances scientifiques actuelles cette part devra être supportée par la collectivité.

Les difficultés inhérentes à la démonstration du lien causal pour la pollution diffuse ou même chronique font qu'elles doivent avant tout être appréhendées au travers du principe de prévention³¹³.

IV. Conclusions

La directive 2004/35 confirme l'analyse que nous avons livrée dans la section théorique. La faute n'est pas une exigence du principe puisque pour les activités de l'annexe III, elle n'est pas requise. Elle peut cependant être exigée si les pouvoirs publics le souhaitent comme c'est le cas pour les activités non visées par l'annexe III et qui sont susceptibles de causer un dommage aux espèces et habitats naturels protégés. En outre, le fait que toute activité professionnelle puisse être visée par la directive et non uniquement les activités qui présentent une forte probabilité de porter atteinte aux espèces et habitats naturels protégés prouve que le législateur européen n'est pas limité par la théorie de la causalité adéquate. Il peut néanmoins, opter pour une plus forte canalisation de la responsabilité comme il l'a fait pour les activités relevant de l'annexe III et pour l'imputabilité à l'exploitant. Quoi qu'il en soit, la directive n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation pour cause de non-conformité au PPP³¹⁴.

Les nombreuses possibilités de limitation du régime, qui sont laissées à la discrétion des États, si elles ne sont pas incompatibles avec le principe n'y

sont pas forcément conformes puisqu'elles aboutissent en cas d'insolvabilité des personnes visées à ce que la collectivité supporte le coût de la pollution alors qu'il existe parfois d'autres personnes solvables qui pourraient être désignées comme pollueur selon le régime de base de la directive³¹⁵.

L'appréciation *in specie* du lien causal devrait s'effectuer à l'aide de la théorie de l'équivalence des conditions.

SECTION II. – LA GESTION DES DÉCHETS

I. L'activité ne doit pas être fautive

Toutes les activités professionnelles sont potentiellement visées pour autant qu'elles aboutissent à la détention ou la production de déchets³¹⁶. La directive 2008/98 dispose que les États membres peuvent faire supporter les coûts de la gestion des déchets «*en tout ou en partie par le producteur du produit qui est à l'origine des déchets et faire partager ces coûts aux distributeurs de ce produit*»³¹⁷. La gestion des dé-

³¹⁵ Dans le même sens : A. VAN LANG, «De l'art du trompe-l'œil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale», *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, op.cit., pp. 1689 et s.; P. WENNERAS, *The enforcement of EC environmental law*, op. cit., p. 199. Elles s'inscrivent toutefois dans une tendance lourde de l'évolution du droit européen de l'environnement depuis plus de 15 ans. Sous l'effet d'une certaine lecture du principe de subsidiarité, la Communauté considère que les mesures européennes devraient instaurer un nombre minimal de prescriptions et laisser une large marge d'appréciation aux États membres, l'harmonisation étant parfois génératrice de «coûts excessifs» (M. PALLEMAERTS, «The decline of law as an instrument of Community environmental policy», *R.A.E.*, 1999, pp. 339, 348-350). La Commission considère néanmoins que l'approche contraignante n'est pas opportune en tant que «premier pas» dans un domaine (op. cit., p. 339). Ainsi, l'on pourrait espérer que ces limitations sont transitoires.

³¹⁶ Art. 14 de la directive 2008/98 du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives. L'article 2 de la directive exclut cependant un certain nombre d'hypothèses du champ d'application de la législation soit parce qu'elles sont déjà régies par d'autres normes européennes soit pour des raisons d'opportunité. Pour une critique de ces dernières exclusions, voy. P. THIEFFRY, «Le nouveau droit des déchets est arrivé : la responsabilité élargie du producteur est morte, vive la responsabilité élargie du producteur», *Les Petites Affiches*, n° 41, 26 février 2009, pp. 6-9.

³¹⁷ Art. 8 et 14, §2. Ce qui apparaît comme une régression par rapport à la directive de 2006 qui, certes, ne prévoyait pas expressément la possibilité d'imputer les coûts au producteur initial du déchet, mais prévoyait que les coûts étaient supportés par le producteur du produit sans que les États disposent d'une marge de manœuvre à cet égard. Or le producteur de produit fait en général partie des personnes les plus solvables impliquées dans ce processus. (P. THIEFFRY, op. cit., pp. 16-17). Le législateur européen n'a-t-il pas oublié que «*tout produit devient tôt ou tard un déchet*»? En 2006, le professeur Krämer dénonçait déjà le manque de courage politique de l'Union européenne et regrettait qu'«*une telle politique de produits visant à prévenir la production de déchets (...) n'[ait] jamais constitué l'objectif de l'Union européenne qui s'était complètement orientée vers le principe de l'économie de marché et ignorait systématiquement les problèmes sociétaux causés par la quantité et la qualité (présence de substances indésirables) des produits commercialisés*» («Perspectives du droit et de la réglementation en matière de déchets pour l'Europe élargie», *Les déchets. Droits de propriété, économie et environnement*, Bruxelles Bruylant, 2006, pp. 74 et 83).

³¹¹ Loc. cit.

³¹² Pour plus de précisions à ce sujet voy. *supra* nos développements à propos de la causalité multiple.

³¹³ F. OST, op. cit., p. 292.

³¹⁴ Voy. *infra* notre analyse de l'affaire *E.R.G.*

chets s'entend comme «*la collecte, le transport, la valorisation et l'élimination des déchets, y compris la surveillance de ces opérations ainsi que la surveillance des sites de décharge après leur fermeture et notamment les actions menées en tant que négociant ou courtier*»³¹⁸. Pour pouvoir être qualifié de déchet, il faut que le détenteur se défasse ou ait l'intention ou l'obligation de se défaire de la substance ou de l'objet pris en compte³¹⁹. En outre, la production de déchet recouvre tant l'activité de production des déchets initiale, que l'accomplissement d'opérations «*de prétraitement, de mélange ou autres conduisant à un changement de nature ou de composition de ces déchets*»³²⁰. Le détenteur de déchets se définit comme «*le producteur des déchets ou la personne physique ou morale qui a les déchets en sa possession*»³²¹. La doctrine considère que le terme possession doit recevoir une acception plus large qu'en droit civil interne puisque le détenteur est toute personne susceptible de se débarrasser de déchets³²². Enfin, le producteur du «produit qui est à l'origine du déchet» est toute «*personne physique ou morale qui élabore, fabrique, manipule, traite, vend ou importe des produits*»³²³. Ces produits sont ceux qui en fin de vie deviendront des déchets³²⁴. Le producteur du produit peut être soumis à la responsabilité élargie du producteur³²⁵ en plus de la responsabilité de la gestion des déchets³²⁶. Le considérant 45 de la directive mentionne les «*personnes physiques ou morales responsables de la gestion des déchets, telles que les producteurs, les détenteurs, les courtiers, les négociants, les transporteurs et les collecteurs de déchets, les établissements ou entreprises mettant en œuvre des opérations de traitement de déchets ou des systèmes de gestion de déchets*». Les activités susceptibles d'être concernées sont donc très nombreuses et l'im-

putation des coûts peut concerner chaque maillon de la chaîne aboutissant à la défection du déchet puisqu'elle concerne le producteur du produit, le distributeur du produit, le détenteur actuel ou antérieur du déchet et le producteur du déchet. Les différents acteurs concernés peuvent respecter toutes les normes en vigueur, ils se verront tout de même imputer les coûts de la gestion des déchets. L'existence d'une faute n'est donc pas nécessaire pour déclencher l'application de la législation³²⁷.

II. Le dommage et le lien causal

Il ressort, selon nous, de la lecture de la directive 2008/98 que le législateur européen considère comme un dommage environnemental le simple fait qu'un déchet ait été délaissé dans l'environnement sans qu'il soit nécessaire de prouver que la présence de ce déchet aurait dégradé la faune ou la flore³²⁸. En effet, la simple présence de ce déchet dans l'environnement est vue comme une dégradation de celui-ci. Pour éviter que ce dommage ait lieu, la directive rend le détenteur, le producteur de déchet voire, à la discrétion des États membres, le producteur de produit et le distributeur, responsables de la gestion des déchets ou de leur prise en charge par d'autres organismes et leur impute les coûts de ces opérations³²⁹. L'émission polluante est constituée par l'action de «se défaire» du déchet; un risque – très élevé – d'émission survient lorsque le détenteur à l'intention ou l'obligation de s'en défaire.

Cette pollution est la résultante d'une activité particulière. La directive ne limite pas son champ d'application à des secteurs d'activité déterminés. Mais la détermination de l'activité donnant lieu à la pollution s'est effectuée de manière différente. C'est, selon nous, en visant des fonctions comme le détenteur, le producteur, etc. que le législateur détermine l'activité causant la pollution. Ces activités sont donc la détention de déchets, la produc-

³¹⁸ Art. 3, 9). La directive 2006/12 ne visait que l'imputation des coûts de l'élimination des déchets.

³¹⁹ Art. 3, 1).

³²⁰ Art. 3, 5).

³²¹ Art. 3, 6).

³²² N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 240.

³²³ Art. 8, § 1.

³²⁴ P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 16.

³²⁵ Art. 8. La responsabilité élargie du producteur a également un but préventif : elle encourage le producteur à modifier la composition de ses produits de façon à ce que l'environnement soit affecté le moins possible. Elle permet dans certains cas de décharger les collectivités publiques du poids financier de la gestion des déchets (C. VERDURE, «Gestion des déchets, protection de l'environnement et responsabilité», *R.G.A.R.*, 2009, p. 14449).

³²⁶ Art. 15.

³²⁷ Dans le même sens Conclusions de l'AG J. KOKOTT, 22 octobre 2009, C-378/08, *E.R.G.*, point 134.

³²⁸ Voy. notamment l'article 36, § 1. L'impact négatif des déchets peut avoir lieu au niveau du sol, des eaux, de l'air, des odeurs, du bruit, de la santé publique ou de l'espace occupé. La Cour de Justice a même considéré que des déchets mis en décharge portaient atteinte à l'environnement – aux paysages et aux sols et substrats – s'ils étaient accumulés sans aucun contrôle pendant une durée suffisamment longue, en l'occurrence 24 ans! (C.J., 10 mars 2005, C-449/03, *Commission/France*).

³²⁹ Art. 14 et 15.

tion de déchet et la production ou la distribution de produit ayant généré des déchets³³⁰.

Nous pouvons constater qu'une large gamme de personnes impliquées dans le processus donnant lieu au délaissement de l'objet ou de la substance sont susceptibles de se voir imputer les coûts de la gestion du déchet. Les États membres ne sont pas contraints d'effectuer une sélection et de canaliser l'imputation des coûts.

Certaines catégories ont été choisies parce qu'il était objectivement prévisible qu'elles causent le dommage comme le détenteur ou le producteur de déchet. À cet égard, la directive de 2006/12 relative aux déchets prévoyait que la notion de déchet était limitée par l'annexe I de la directive qui énonçait diverses catégories prédéterminées de déchets³³¹. Cette liste n'était cependant pas limitative puisqu'elle comprenait «*toute matière, substance ou produit qui n'est pas couvert par les catégories ci-dessus*»³³². *A fortiori*, la nouvelle directive supprime toute référence à cette liste dans la définition du déchet³³³. Dans la mesure où, n'importe quelle substance ou n'importe quel objet peut être qualifié de déchet pour autant qu'il réponde à la définition³³⁴, l'on pourrait arguer qu'ici aussi la prévisibilité est absente. Mais le dommage environnemental est ici constitué par la simple présence d'un déchet dans l'environnement et la définition suppose que le détenteur se

défasse de ce déchet; ainsi, il nous semble qu'il est objectivement prévisible que le délaissement d'un objet ou d'une substance dans l'environnement constitue une dégradation de celui-ci.

En revanche, il n'est pas certain que l'on puisse considérer que la distribution de produits ou la production de produit soit *par nature* une activité qui est entraînée la défection de déchets de quelque type que ce soit et leur présence dans l'environnement. Le but de la mise en cause du producteur de produit est précisément qu'il conçoive des produits générant peu ou pas de déchets. Les produits supposent en général un certain nombre de déchets, mais les détenteurs ultérieurs peuvent parfois s'en défaire de façon non objectivement prévisible³³⁵. La probabilité étant trop faible pour pouvoir mettre en œuvre une présomption irréfutable, le législateur a exigé que l'on prouve *in specie* que le produit visé est à l'origine du déchet. En ce qui concerne l'appréciation du lien causal par le juge ou l'administration les mêmes considérations sont valables puisqu'un certain nombre d'hypothèses de défection ne se produisent pas dans le cours normal des choses. Le producteur de produit ne doit pas forcément être quelqu'un de négligent, qui aurait objectivement pu prévoir que son produit générerait le déchet pour lequel il doit payer et qui s'est abstenu de prendre les mesures adéquates. Dans la mesure où une vision large de la prévisibilité ne semble pas admise en dehors du principe de précaution pour l'instant, c'est bien la théorie de l'équivalence des conditions qui est utilisée.

Au surplus, les concepts de détenteur, producteur du déchet initial et producteur du produit à l'origine des déchets sont définis largement par la directive – voy. *supra* –. La jurisprudence elle-même leur donne une définition relativement large. La Cour de Justice rappelle toutefois l'exigence de la démonstration *in specie* d'un lien causal entre l'activité de la personne et le risque de pollution tout en laissant au juge national le soin d'examiner si cette démonstration est convaincante ou pas³³⁶. L'arrêt *Van de Walle* a précisé que l'exploitant d'une station-service qui avait en

³³⁰ La question est donc partiellement mêlée à celle de l'imputabilité, mais ce n'est pas systématiquement le cas. Ainsi, la directive ne dit pas quelle catégorie de personne doit être considérée comme producteur du produit générateur de déchets. Est-ce l'exploitant de l'usine qui produit le déchet? La société mère est-elle concernée?

³³¹ Art. 1, a) de la directive 2006/12 relative aux déchets.

³³² Q 16, Annexe I.

³³³ Art. 3, § 1 de la directive 2008/98. Voy. l'arrêt C.J., 7 septembre 2004, C-1/03, *Van de Walle*, qui applique la notion de déchet à des hydrocarbures s'étant déversés accidentellement des citernes d'une station-service ainsi qu'aux sols contaminés par les hydrocarbures dans la mesure où les hydrocarbures ne sont pas séparables des sols et ne peuvent être valorisés ou éliminés que si ces terres font également l'objet des opérations nécessaires de décontamination. Notons que l'art. 2 de la directive 2008/98 exclut de son champ d'application les sols contaminés remettant ainsi en cause certains enseignements de l'arrêt *Van de Walle*. Cela n'affecte cependant pas la possibilité de qualifier les hydrocarbures de déchets sous certaines conditions. En outre, les limitations au champ d'application de la directive n'ont pas été introduites au motif que la directive enfreindrait le PPP, mais pour des raisons d'opportunité probablement d'ordre économique (P. THIEFFRY, «Le nouveau droit des déchets est arrivé...», *op. cit.*, p. 9). Notons également que la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale bien que concernant les dommages aux sols canalise la responsabilité sur l'exploitant contrairement à ce que permettait la directive 2006/12. Voy. également sur le concept de déchet : C.J., 10 mai 2007, C-252/05, *Thames Water Utilities* (mais les enseignements de cet arrêt sont également remis en cause par la nouvelle directive...) et C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*.

³³⁴ Et qu'elle ne soit pas un sous-produit (art. 5 de la directive 2008/98) ou un produit.

³³⁵ Voy. *infra* notre analyse de l'arrêt *Commune de Mesquer*.

³³⁶ C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*.

sa possession pour les stocker les hydrocarbures accidentellement déversés au moment où ils sont devenus des déchets devait être regardé comme le détenteur. Néanmoins, la société pétrolière approvisionnant la station-service peut être considérée comme détentrice «*si la fuite des installations de stockage de la station-service, qui est à l'origine des déchets, est imputable au comportement de cette entreprise*»³³⁷. L'enseignement de cet arrêt est toujours valable de nos jours, mais les États membres peuvent décider d'exclure l'imputabilité des coûts au producteur du produit ayant généré le déchet³³⁸.

III. L'affaire de l'Erika

Le pétrolier Erika transportait une cargaison de fioul lourd de Dunkerque vers l'Italie. Le fioul avait été acheté par ENEL à Total International. Le 12 décembre 1999, le pétrolier fait naufrage près des côtes Bretonnes; 10 000 tonnes de fioul lourd sont répandues dans l'Atlantique sur 400 Km de côtes entraînant la mort d'environ une centaine de milliers d'oiseaux en hibernation. Les communes du littoral doivent dans un premier temps assumer seules toute une série de coûts liés au nettoyage³³⁹. La commune de Mesquer assigne Total en remboursement de ces coûts.

À la suite des naufrages de l'*Amoco Cadiz* et de l'*Exxon Valdez*, les compagnies pétrolières ont pris l'habitude de ne plus être propriétaire des na-

vires transportant leur pétrole par peur de devoir supporter les coûts en cas de marée noire³⁴⁰. On a donc créé un montage particulier³⁴¹. La Convention internationale du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures – «Convention de Bruxelles» – et la Convention FIPOl du 18 décembre 1971 étaient applicables en l'espèce. La Convention de Bruxelles désigne le propriétaire comme responsable du dommage par pollution causé par son navire. C'est une responsabilité objective. Il n'y a pas de faute à démontrer, mais en échange l'indemnité est plafonnée, en l'occurrence le plafond était de 13 millions d'euros. L'intervention du fonds créé par la Convention FIPOl est également plafonnée, dans l'affaire de l'Erika cela représentait environ 185 millions d'euros.

La Cour de Justice a eu à connaître de l'affaire par le biais des questions préjudicielles posées par la Cour de cassation française. Il s'agissait de savoir si le fioul lourd pouvait constituer un déchet. Ce à quoi la Cour répondit par la négative. En revanche, la Cour de Justice a considéré que le fioul lourd accidentellement déversé en mer et qui se retrouve mélangé à l'eau et à des sédiments peut être qualifié de déchet³⁴².

Dès lors, la question se posait de savoir si le producteur du fioul lourd – Total raffinage – et/ou le vendeur et affréteur – Total international Ltd – pouvaient être considérés comme producteur et/

³³⁷ C.J., 7 septembre 2004, C-1/03, *Van de Walle*, point 61. En particulier, «s'il apparaissait (...) que le mauvais état des installations de stockage de la station-service et la fuite des hydrocarbures sont imputables à une méconnaissance des obligations contractuelles de l'entreprise pétrolière qui approvisionne cette station-service ou à divers agissements susceptibles d'engager la responsabilité de cette entreprise, il serait possible de considérer que ladite entreprise pétrolière a, du fait de son activité, «produit des déchets» (...), et qu'elle peut, dès lors, être regardée comme la détentrice de ces déchets» (point 60). Notez que la Cour semble réintroduire l'exigence d'une faute; néanmoins les «divers agissements susceptibles d'engager la responsabilité de cette entreprise» peuvent être liés à la responsabilité objective de l'entreprise. Au demeurant, il s'agit ici d'intégrer dans la catégorie des détenteurs des personnes qui *prima facie* ne semble pas en faire partie puisqu'elles ne détiennent pas le *corpus* de la substance – ici c'était l'exploitant de la station-service qui détenait le *corpus* –. L'exigence d'une faute n'est pas concevable pour les détenteurs «ordinaires».

³³⁸ C'est probablement en réaction à cet arrêt et au lobbying des entreprises pétrolières que la possibilité d'imputer les coûts au producteur du produit est devenue facultative (P. THIEFFRY, «Le nouveau droit des déchets est arrivé...», *op. cit.*, pp. 9 et 17). On peut raisonnablement supposer que les États membres qui avaient prévu la responsabilité du producteur de produit dans leur législation nationale ne remettront pas en cause ces dispositions lors de la transcription de la directive 2008/98.

³³⁹ B. HOPQUIN, «L'agonie de l'Erika», *Le Monde*, 30 mars 2007, p. 24; Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les pollutions accidentelles des eaux, «Erika», URL : <http://www.cedre.fr/fr/accident/erika/erika.php>, mise à jour au 28 février 2007.

³⁴⁰ Ainsi que pour éluder l'application du droit social et fiscal. Voy. L. CARROUÉ, «Ces espaces hors la loi du transport maritime», *Le Monde diplomatique*, février 2000, p. 24.

³⁴¹ Total France vend le pétrole à Total International Ltd qui affrète l'Erika pour le transport géré conjointement avec Total Transport Corp. Total international est enregistré aux Bermudes et en réalité basée à Londres, Total Transport est enregistré au Panama. Pour affréter le navire, les filiales de Total passent par l'intermédiaire d'un courtier londonien et d'un courtier vénitien qui trouvent en Suisse une société des Bahamas appartenant à un trust bermudien et géré par un bureau panaméen. La société des Bahamas agit par l'intermédiaire d'une société suisse, celle-ci rétrocède l'utilisation du navire à Total en tant que «sous-affréteur». L'Erika est un navire battant pavillon maltais, il appartient à une compagnie maritime maltaise détenue par deux sociétés libériennes qui ont toutes deux pour propriétaire un lobby d'armateur grec basé à Londres et au Pirée et servant de prête-nom à un armateur italien. Le bateau est âgé de 25 ans, a changé de nom 7 fois, de gestionnaire 9 fois et de pavillon 5 fois. Il a connu de nombreuses avaries par le passé. Il avait été réparé au Monténégro et une société italienne lui avait délivré son certificat de classe. La gestion technique est assurée par une société italienne qui charge une société indienne de recruter l'équipage. (L. CARROUÉ, *loc. cit.*; F. RUFFIN, «Naufrage industriel pour la marine marchande», *Le Monde diplomatique*, novembre 2005, pp. 4-5; N. DE SADELEER, «Arrêt "Erika" : le principe du "pollueur-payeur" et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier», *J.D.E.*, 2008, pp. 239 et 240, note 16).

³⁴² C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*, point 63.

ou détenteur du déchet en application de la directive-cadre alors qu'au moment de l'accident qui l'a transformé en déchet le produit était transporté par un tiers.

La Cour de Justice va appliquer la jurisprudence *Van de Walle*.

Selon la Cour de Luxembourg, le propriétaire du navire peut être qualifié de détenteur parce qu'il avait les hydrocarbures en sa possession immédiatement avant qu'ils ne deviennent des déchets, il les a, par conséquent, produits³⁴³. Le vendeur/affréteur du pétrolier peut être considéré comme producteur et donc comme détenteur antérieur et se voir imposer les coûts de l'élimination des déchets. Il faut pour cela que le juge national, au vu des éléments que lui seul peut apprécier, conclût que ce vendeur-affréteur a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par ce naufrage, en particulier s'il s'est abstenu de prendre les mesures visant à prévenir un tel événement, telles que celles concernant le choix du navire³⁴⁴. Comme ce fut le cas pour l'arrêt *Van de Walle*, la Cour semble réintroduire l'exigence d'une faute lorsqu'il s'agit d'étendre le concept de détenteur à des personnes qui ne détiennent pas le *corpus* du déchet. Cependant, elle ne précise pas que «*les mesures visant à prévenir un tel événement*» doivent être des mesures prévues dans la législation³⁴⁵. On pourrait imaginer qu'une entreprise prenne toutes les mesures exigées par la réglementation qui lui est applicable – à cause du *forum shopping*, elle peut choisir la réglementation la moins exigeante –, mais qu'elle soit tout de même condamnée parce qu'elle n'a pas pris les mesures préventives qui auraient objectivement permises d'éviter le naufrage. Cela étant l'usage du terme «*en particulier*» n'indique pas clairement si le vendeur-affréteur peut se voir imputer les coûts dans différentes hypothèses y compris celles que cite la Cour, s'il peut se voir imputer les coûts lorsqu'il

contribue au risque de survenance de la pollution et *a fortiori* s'il n'a pas pris de mesure de prévention ou s'il ne peut se voir imputer les coûts que dans cette dernière hypothèse.

La Cour va ajouter que le régime de la Convention FIPOl n'est pas contraire au droit communautaire, mais lorsque les coûts de l'élimination des déchets ne sont pas pris en charge par le Fonds ou excède sa capacité d'intervention et que le droit national d'un État membre – même lorsqu'il retranscrit une convention internationale – empêche que les coûts soient supportés par le propriétaire et/ou l'affréteur, un tel droit doit alors permettre conformément à l'art. 15 de la directive-cadre sur les déchets que les coûts soient supportés par le producteur du produit générateur de déchets. La Cour précise que, conformément au PPP, un tel producteur ne peut être tenu de supporter ces coûts que si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire³⁴⁶.

Cette fois, elle ne cite pas d'hypothèses dans lesquelles cette contribution peut avoir lieu. Il est vrai que, bien que la Cour parle du producteur du produit, elle livre ici en réalité un commencement de définition générale du PPP, qui est un principe de droit primaire. Or comme nous l'avons déjà remarqué, le principe n'est pas limité aux activités dont il est objectivement prévisible qu'elles soient polluantes même si le législateur peut choisir d'introduire cette limitation dans les normes qu'il adopte.

Rappelons que l'utilisation du terme «contribuer» invite à une conception large de la causalité³⁴⁷. Le PPP ne s'applique pas aux particuliers de façon autonome mais dans le cadre du droit dérivé. Il ne faut pas perdre de vue que l'arrêt *commune de Mesquer* ne concerne pas le problème de la responsabilité pour dommage à l'environnement, mais la gestion des déchets et

³⁴³ Point 74. Remarque que la Cour n'exige nullement une quelconque faute ou négligence dans ce cas-ci ce qui prouve que cette exigence n'est pas nécessaire à l'imputation des coûts de la pollution dans le cadre du régime.

³⁴⁴ point 78.

³⁴⁵ E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT considèrent que les juges nationaux devront se prononcer sur la bonne foi alléguée de l'affréteur s'étant fondé sur le bon état apparent du navire et sur les certifications de navigabilité («Chronique de jurisprudence communautaire. Environnement – Principe du pollueur-payeur», *A.J.D.A.*, 2008 p. 1538).

³⁴⁶ Point 82. Comme nous l'avons dit à propos de la jurisprudence *Van de Walle*, l'enseignement concernant l'imputation au producteur de produit est encore valable dans la mesure où les États membres ne remettent pas en cause l'imputabilité au producteur dans leurs législations nationales. La définition du PPP est quant à elle parfaitement valable. En témoignent les conclusions de l'avocat général J. Kokott présentées le 23 avril 2009 dans l'affaire C-254/08, *Futura Immobiliare* (point 30 et s.). Voy. *infra*.

³⁴⁷ Voy. *supra*. Le critère de la contribution a récemment été confirmé par la Cour (C.J., 16 juillet 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 45). Voy. *infra*.

qu'il doit donc s'interpréter au regard du régime européen de gestion des déchets³⁴⁸. Dès lors, l'on peut, selon nous, affirmer que l'arrêt qu'a rendu la Cour de Justice suppose que la théorie de l'équivalence des conditions doit être utilisée pour apprécier l'existence du lien causal entre la production de produit et la défection du déchet. En effet, pour Total en tant que producteur du produit, il est objectivement prévisible que la production d'hydrocarbures provoque des déchets classiques lors des diverses opérations de raffinage, etc. – puisqu'ils sont destinés à être raffinés –, il est objectivement prévisible que les hydrocarbures soient utilisés par les consommateurs et génèrent du CO₂, mais il n'est pas objectivement prévisible qu'ils se mélangent avec des sédiments et de l'eau sauf à adopter une vision large de la prévisibilité, qui exclut la sélection des causes. Il ne s'agit pas de déterminer la prévisibilité d'un accident maritime, mais celle que l'hydrocarbure se transforme en déchet de ce type; or, l'hydrocarbure n'est pas, dans le cours normal des choses, générateur de ce type de déchets³⁴⁹. Certes, le fait que des hydrocarbures soient produits augmente infiniment le risque que des déchets composés d'hydrocarbures soient produits, mais, même une fois les hydrocarbures produits, la probabilité qu'ils se transforment en déchets constitués d'un mélange d'hydrocarbure et de sable est heureusement très basse spécialement au regard de la quantité colossale d'hydrocarbures extraite chaque année de puits de pétrole des quatre coins du globe³⁵⁰. L'activité de production d'hydrocarbure n'est pas dans le cours normal des choses susceptible de générer ce type de déchets.

³⁴⁸ *Contra* : O. CACHARD prétend que l'arrêt de la Cour implique que producteur est redevable « en raison de sa contribution à la réalisation du risque maritime » (« Observation » sous C.J. 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer, Le droit maritime français*, 2008, p. 716).

³⁴⁹ Cela n'est valable que dans la mesure où l'on considère comme le fait la Cour que les hydrocarbures transportés n'étaient pas, eux-mêmes, des déchets *per se*, et que Total n'était donc pas le détenteur antérieur.

³⁵⁰ En effet, dans la mesure où Total est impliqué en tant que producteur et non en tant que transporteur, il faut prendre en compte la totalité de l'hydrocarbure produit et considérer quelle partie de cet ensemble se transforme en déchet du type de celui pris en compte. Cette probabilité sera par conséquent extrêmement basse. Si l'on prenait en compte la prévisibilité au niveau de l'activité de transport maritime d'hydrocarbures en rapportant le nombre de marées noires au nombre de transports effectués la probabilité serait sensiblement plus élevée; même si elle reste basse dans l'absolu, elle est très élevée au regard du dommage subi. Rappelons qu'au sein du principe de prévention comme nous l'avons vu plus haut le fait que cette probabilité soit très basse n'est pas de nature à éviter que les coûts des mesures de prévention soient imputés aux personnes effectuant les activités à risque dans la mesure où le dommage s'il se concrétisait serait très important.

Ainsi, le producteur du produit n'aurait probablement pas pu être tenu de supporter les coûts de la pollution si la causalité était comprise au regard de la causalité adéquate telle qu'elle est classiquement appliquée. L'avocat général Kokott défendait implicitement une limitation à la causalité adéquate justifiant l'absence de mise en cause de Total³⁵¹. Comme nous l'avons vu plus haut la Cour n'a repris aucune de ces limitations pour l'appréciation du lien causal. L'activité du producteur ne doit pas être une négligence et peut être effectuée conformément à toutes les normes applicables. L'exigence de prévisibilité objective est dénuée de fondement. On peut constater que la responsabilité du producteur de produit n'a pas exclusivement une vocation préventive, mais aussi un but curatif. L'activité de Total a été prise en compte dans cette espèce parce qu'elle est une condition *sine qua non* de l'existence du dommage.

IV. Conclusions

L'exigence d'une faute n'est pas présente ici, si ce n'est dans certains cas limités et de manière ambiguë. Le concept de «détenteur» recouvre toute personne susceptible de se défaire d'un déchet. En amont de l'opération de défection, le producteur du produit et le distributeur peuvent également se voir imputer les coûts. Ces notions sont définies largement par la directive et interprétées largement par la jurisprudence. Le lien causal est apprécié en vertu de la théorie de l'équivalence des conditions. Le fait que le lien causal soit apprécié de façon large dans cette législation particulière prouve que le PPP n'impose nullement une conception restrictive de la causalité. C'est *a fortiori* le cas dans la mesure où la formulation qu'emploie la Cour dans l'affaire de l'Erika est très générale et concerne le principe

³⁵¹ «À l'égard de la plupart des produits, le producteur doit en effet considérer au départ qu'ils deviendront tôt ou tard un déchet dans une utilisation conforme à leur destination» (Conclusions de l'AG J. KOKOTT, 13 mars 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*, point 126). Mais «les considérations émises sur la prise en charge des coûts liés à l'exploitation de produits conformes à leur destination ne peuvent pas être transposées de manière absolue aux déchets nés d'événements anormaux. La présente affaire l'illustre» (point 129). De même, «le risque de créer de tels déchets ne peut donc pas être mis tout bonnement à charge du producteur au titre du principe du pollueur-payeur, mais uniquement dans la mesure où celui-ci peut influencer sur la création anormale de déchets» (point 130). Notez qu'elle a abandonné ce point de vue dans ces conclusions suivantes (voy. *infra*).

dans son ensemble et pas seulement l'article 15 de la directive sur les déchets.

On peut cependant regretter que l'imputation des coûts au producteur de produit soit devenue facultative. De même, le régime de la responsabilité élargie du producteur, qui est un pas en avant vers la dimension préventive du PPP laisse une très – voire trop – large marge d'appréciation aux États.

SECTION III. – CONCLUSIONS AU REGARD DES RÉCENTES AFFAIRES FUTURA IMMOBILIARE ET E.R.G.

L'idée que l'élément central du PPP est constitué par la causalité est progressivement mise en lumière. Les récentes conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Futura Immobiliare* en témoignent. L'avocat général pense comme nous que la causalité au sein du principe peut se comprendre en référence à la responsabilité civile³⁵². Néanmoins, il ne faut pas aller trop loin dans ce raisonnement. Ainsi, selon nous, le PPP n'a nullement pour vocation de constituer une transposition de la responsabilité civile dans le domaine du droit de l'environnement spécialement dans la mesure où son but n'est pas l'indemnisation de victimes individualisables. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que le principe permet l'imputation des coûts de mesures de prévention et de précaution et que la recherche des causes par le législateur peut s'effectuer *in abstracto* au moyen de catégories d'ensemble. Il est essentiel de garder à l'esprit que le PPP est un principe de «droit public» européen, qui concerne en premier lieu l'ampleur du pouvoir d'appréciation du législateur et par voie de conséquence la façon dont doivent s'interpréter les actes législatifs. De même, si nous avons comparé les théories de la cause en droit de la responsabilité civile avec la causalité au sein du PPP, c'est avant tout parce que c'est le domaine du droit et probablement un des domaines de la connaissance où ces théories

sont le plus développées et non parce que le PPP serait par nature similaire à la responsabilité civile. Nous avons constaté que la faute n'est pas nécessaire à l'application du principe. Ainsi, l'on ne peut dire que le principe permet de mettre les coûts «à la charge de celui qui est responsable de la pollution»³⁵³ si l'on donne au mot «responsable» un sens identique à celui de la responsabilité civile, mais seulement si l'on donne à ce mot un sens plus courant³⁵⁴. En outre, nous avons constaté que dans la mesure où le principe s'applique en premier lieu au législateur celui-ci peut travailler par catégories globales et peut dans certains cas instaurer des présomptions *iuris et de iure* de l'existence d'un dommage ou d'un lien causal avec l'émission voire avec l'activité prise en compte pour autant que ces éléments soient prouvés de manière globale comme c'est le cas pour le lien entre le CO₂ et les changements climatiques. En principe il faudra prouver *in specie* l'existence et l'ampleur des émissions polluantes et leur lien causal avec l'activité prise en compte. L'avocat général a dans ses conclusions entériné une conception large de la causalité dans le principe³⁵⁵. Le pollueur ne paiera que pour les émissions polluantes auxquelles il a contribué en application du principe de proportionnalité. «Ne pas exiger une facturation précise des frais, mais tabler sur l'appartenance à un groupe collectivement responsable de la pollution s'inscrit dans cette vision. Elle est manifestement conforme au principe du pollueur-payeur lorsqu'il est établi

³⁵³ *Op. cit.*, point 32. Voy. aussi Concl. du 2 juillet 2009, *Regione autonoma della Sardegna*, C-169/08, point 72.

³⁵⁴ C'est-à-dire quelqu'un «qui doit accepter et subir les conséquences de ses actes, en répondre.» (Le Grand Robert de la langue française, *op. cit.*, vol. V, v° «responsable», p. 2025). La langue anglaise distingue la *responsibility* de la *liability* du droit civil (voy. la version anglaise des conclusions de l'A.G., point 32).

³⁵⁵ Bien que la version française des conclusions précise seulement que la Cour «a partiellement relié l'obligation de supporter les coûts non pas à la production des déchets eux-mêmes, mais bien au fait que le producteur redevable a contribué à la production de déchets ou à l'apparition de la pollution» (point 53), la version anglaise porte que «[the Court] has linked the obligation to bear costs partially not to **causation**, but to the fact that the polluter has **contributed** to the creation of waste or pollution» (nous soulignons). La même formulation est utilisée dans la version originale allemande. Dans la mesure où Madame Kokott comprend la causalité comme étant limitée aux causes objectivement prévisibles (voy. *supra*), elle considère que le principe n'est pas limité par la «causalité», mais s'étend à la «contribution» au dommage conformément à l'arrêt *Erika*. Nous considérons que cette vision large équivaut à utiliser la théorie de la condition *sine qua non*. L'avocat général usera dans des conclusions ultérieures de l'expression «contribution au fait causal», qui nous semble également aller dans le sens d'une vision de la cause en tant que condition *sine qua non* (conclusions de l'AG J. KOKOTT, 22 octobre 2009, C-378/08, *E.R.G.*, points 115, 117 et 187).

³⁵² Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 36 : «on pourrait ainsi concevoir le principe du pollueur-payeur comme une règle précise d'attribution des coûts qui correspondrait, en quelque sorte, au critère de causalité en droit de la responsabilité non contractuelle». L'utilisation du verbe «correspondre» et de la locution adverbiale «en quelque sorte» tend à indiquer que l'avocat général ne donne pas un caractère trop absolu à cette analogie.

que tous les membres du groupe ont contribué à la pollution, mais que chaque contribution individuelle et les frais qui en résultent ne peuvent pas être déterminés clairement»³⁵⁶. Le principe peut donc s'appliquer à certaines pollutions diffuses ou chroniques. L'avocat général fait également valoir que le principe de proportionnalité peut permettre une plus grande flexibilité en fonction des particularités locales notamment si des coûts trop importants provoquent la création de décharges sauvages³⁵⁷. Cette analyse nous semble exacte, mais elle ne peut, à notre avis, pas influen-

cer la désignation du pollueur, mais simplement le montant des coûts qu'il devra supporter.

L'affirmation que «celui qui cause la pollution supporte le coût de son élimination»³⁵⁸ doit se comprendre au regard des considérations qui précèdent. Dans la même optique, le principe suppose que «nul ne devrait être obligé d'assumer des charges inhérentes à l'élimination d'une pollution à laquelle il n'a pas contribué»³⁵⁹ et que «l'on ne saurait être tenu de supporter les coûts de l'élimination de déchets produits par d'autres, car les autres producteurs de déchets se trouveraient ainsi libérés des obligations qui leur incombent en vertu du principe du pollueur-payeur»³⁶⁰.

La Cour de Luxembourg a confirmé le critère de la contribution, qui avait été livré par l'arrêt *Commune de Mesquer* puisqu'elle affirme que le coût du traitement des déchets incombe aux détenteurs en raison de leur contribution à la production des déchets³⁶¹. Elle a suivi les conclusions de l'avocat général, mais sans reprendre expressément la comparaison entre PPP et responsabilité civile, qui est plutôt un instrument d'analyse doctrinale. La Cour de Justice juge que dans la mesure où les services de gestion des déchets urbains sont fournis collectivement à un ensemble de détenteurs, les États membres sont tenus de s'assurer que l'ensemble de cette catégorie de personnes supporte collectivement le coût global de l'élimination des déchets³⁶². Bien que la directive ne préjuge pas du moyen que peuvent utiliser les pouvoirs publics pour imputer ces coûts, il est souvent difficile, voire onéreux, de déterminer le volume exact de déchets urbains remis à la collecte par chaque détenteur³⁶³. La Cour de Justice estime que l'évaluation de la quantité de déchets basée sur les critères de la capacité productive du détenteur et sur la nature des déchets produits sont des paramètres adéquats et sont conformes au PPP tel qu'il est retranscrit dans la directive 2006/12³⁶⁴. Néanmoins, cette

³⁵⁶ Point 54. Il nous semble, toutefois, que la taxe napolitaine pour les services d'élimination des déchets n'est pas conforme au principe. La taxe est calculée en fonction de la surface des locaux occupés dans le territoire de la commune. On estime qu'une personne occupant un mètre carré de surface et effectuant l'activité «A» produit une quantité x de déchets et l'on applique cette règle à toutes les entreprises similaires occupant des locaux dans la commune. Selon nous, cette règle ne peut constituer une présomption irréfutable. Il est vrai qu'il n'est pas nécessaire au regard du principe de déterminer de manière précise le dommage que cause chaque déchet et d'évaluer pour chaque déchet présent dans chaque sac-poubelle collecté dans la commune le coût qu'il occasionne à l'environnement. De même, l'investissement dans des installations d'élimination n'est pas entièrement proportionnel à la quantité de déchets produits; ainsi même s'il y a peu de déchets, il faudra tout de même entretenir les installations d'élimination (point 49). Une partie du coût de l'élimination peut donc être assurée par une redevance uniformisée. Néanmoins, le coût de la pollution doit au moins partiellement être lié à un système dans lequel le producteur de déchets paie en fonction de ses émissions polluantes. Dans le cas présent, la méthode d'estimation des émissions mise en place par la loi italienne nous semble trop susceptible de donner des résultats éloignés de la réalité pour pouvoir être conforme au principe. Nous pensons que l'achat de sacs poubelles ou d'un autre type de contenant est un système assez souple pour pouvoir faire face aux difficultés rencontrées à Naples : plus on utilise de sacs, plus on paie, sans qu'il soit besoin de contrôler la nature et la potentialité dommageable de chacun des déchets et sans qu'il soit nécessaire de peser le sac – bien qu'il ait une contenance limitée. Dans ce cas, le législateur détermine une unité d'émission, «le sac de déchets municipaux», qui est comparable à la tonne de CO₂. Le producteur de déchets payera au *pro rata* du nombre d'unités émises. Alors que dans le système italien, il n'y absolument aucun contrôle *in specie* sur les unités d'émission; l'on semble instaurer une présomption *iuris et de iure* qu'une certaine surface d'activité cause une certaine quantité d'émission. La seule situation où l'on aurait pu accepter ce type de présomption est celle où le lien causal entre l'activité et les émissions est excessivement difficile ou impossible à prouver *in specie* notamment faute de méthode scientifique fiable ou parce que le coût serait excessif pour la collectivité (voy. *supra*). Cela ne paraît pas être le cas pour ce qui est de la mesure de la quantité de déchets municipaux émise et même si les coûts s'avéraient excessifs, il était possible de choisir une meilleure méthode de calcul des émissions (voy. la formule utilisée pour les émissions de CO₂ dans l'annexe IV de la directive 2003/87). Présenter de façon irréfutable que la quantité de déchets émise est liée à l'étendue d'une activité particulière alors qu'il est possible de compter les sacs-poubelle nous semble être une erreur manifeste, spécialement dans la mesure où c'est le seul mode de financement du traitement des déchets des entreprises et où le critère de l'étendue des locaux ne semble pas suffisant pour refléter la capacité de production d'une entreprise. On ne pourrait accepter que cette formule de calcul rudimentaire soit utilisée que si elle consistait en une présomption réfragable, la mesure est donc excessive par rapport au but à atteindre. En outre, si le but de la mesure est de renforcer l'aspect dissuasif de la redevance, l'efficacité de la mesure sera réduite puisque tant que le pollueur effectue la même activité et occupe la même surface de locaux, il sera considéré comme polluant dans les mêmes proportions quel que soient ses efforts. *Contra* : Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, *op. cit.*, point 61 et s.

³⁵⁷ Point 55 et s. L'affaire concernait des déchets municipaux dans la région de Naples...

³⁵⁸ Point 30.

³⁵⁹ Point 34. Voy. aussi les conclusions de l'AG J. KOKOTT, 22 octobre 2009, C-378/08, *E.R.G.*, point 86.

³⁶⁰ Point 35.

³⁶¹ C.J., 16 juillet 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 45. Voy. aussi C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, point 67.

³⁶² Point 46.

³⁶³ Points 48 et 49.

³⁶⁴ Points 50 et 51.

mesure, qui est propre aux entreprises, ne doit pas «aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif de financement»³⁶⁵. En conséquence, «il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier, sur la base des éléments de fait et de droit qui lui ont été soumis, si la taxe sur les déchets en cause au principal ne conduit pas à imputer à certains «détenteurs», en l'occurrence les établissements hôteliers, des coûts manifestement disproportionnés par rapport aux volumes ou à la nature des déchets qu'ils sont susceptibles de produire»³⁶⁶. La Cour confirme que l'erreur manifeste d'appréciation et le principe de proportionnalité constituent la limite du pouvoir d'appréciation des législateurs nationaux et européen dans l'application de l'article 191 du T.F.U.E. Le juge national devra déterminer *in specie* si la quantité de déchets et le coût de leur gestion, calculés en fonction du système mis en place par le décret législatif italien est disproportionnée par rapport au volume ou à la nature des déchets produits.

Cette affirmation peut se comprendre de deux façons. Soit, l'on considère que le juge européen a affirmé que la présomption qu'instaure le décret italien ne pouvait qu'être réfragable dans la mesure où il faudra toujours que le juge vérifie *in specie* si la quantité de déchets présumée n'est pas disproportionnée par rapport à la réalité des faits – dans ce cas, la disposition peut rester rédigée telle qu'elle est dans la loi italienne, mais elle est interprétée comme étant une présomption simplement réfragable, qui pourra toujours être renversée lors de l'appréciation des cas particuliers. Soit, l'on considère que la Cour n'a pas remis en cause la possibilité de présumer de façon irréfragable que la quantité de déchets émise est liée à la capacité de production, mais a, en revanche, considéré qu'il était possible que la formule de calcul utilisée par le décret italien aboutisse fréquemment à une erreur manifeste; dans ce cas, la disposition litigieuse sera laissée inappliquée si elle est manifestement disproportionnée, mais une nouvelle disposition portant une méthode de calcul plus précise pourra la remplacer et instaurer une nouvelle présomption *irréfragable*.

³⁶⁵ Point 55.

³⁶⁶ Point 56 et 57.

Dans l'affaire *E.R.G.*³⁶⁷, la juridiction administrative italienne demandait à la Cour si l'administration avait valablement pu faire peser la responsabilité de la réparation du dommage environnemental sur le propriétaire du site et/ou l'exploitant du site, mais sans qu'il soit prouvé l'existence d'un lien causal entre leurs activités et la pollution. Il s'agissait de savoir si cette pratique était conforme à la directive 2004/35 interprétée au regard du PPP.

L'avocat général a rappelé que des mesures de protection renforcée peuvent être prises en vertu de l'article 16 de la directive et de l'article 176 ancien du T.C.E (art. 193 T.F.U.E.)³⁶⁸. Néanmoins, conformément au PPP ces mesures ne peuvent aboutir à annihiler ou à minimiser la responsabilité de l'exploitant lorsque celle-ci est établie³⁶⁹. L'avocat général exclut que des responsables alternatifs soient désignés³⁷⁰, mais n'exclut pas que des responsables complémentaires soient désignés lorsqu'aucun exploitant ne peut être mis en cause. Des responsables complémentaires peuvent donc être désignés par le législateur national dans le cadre d'une mesure de protection renforcée³⁷¹. Selon l'avocat général, il n'est pas incompatible avec le PPP de mettre en cause le propriétaire ou l'utilisateur d'un terrain dont l'état cause un dommage environnemental – le terrain qui est à l'origine de la pollution – indépendamment de toute activité professionnelle³⁷², de même que l'ayant droit de l'auteur du dommage³⁷³. Même lorsqu'on ne peut chiffrer la part exacte de la contribution au dommage d'un pollueur, le législateur peut décider que celui-ci

³⁶⁷ C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*

³⁶⁸ Conclusions de l'AG J. KOKOTT, 22 octobre 2009, C-378/08, *E.R.G.*, Point 47 et s.

³⁶⁹ Point 98 et s.

³⁷⁰ Cela s'explique, selon nous, dans la mesure où l'on se trouve face à une «chaîne de pollueurs» dans laquelle le législateur peut décider de faire peser tout le poids de la responsabilité sur un maillon de la chaîne (voy. *supra*), ici l'exploitant. Dès lors, il serait contraire à la directive de minimiser sa responsabilité. En revanche, les divers exploitants qui ont participé au dommage devront se répartir le coût de la réparation si leurs pollutions ont touché le même terrain, c'est la «pollution cumulative» (voy. *supra*).

³⁷¹ Point 106.

³⁷² Point 107. Cette mise en cause nous semble également conforme au principe dans la mesure où l'abstention de mettre en l'état le terrain dont il a la propriété ou le contrôle peut être considérée comme une activité polluante puisqu'elle contribue au dommage. Cela confirme que l'activité peut être une absence d'action.

³⁷³ Point 108. Selon nous, la responsabilité de l'ayant droit ne devrait pas être mise en cause en vertu du PPP, faute de contribution, mais plutôt en vertu des règles de droit civil applicable pour la transmission des dettes.

conserve une responsabilité financière³⁷⁴. La charge de la preuve peut également être portée sur le pollueur potentiel, qui devra prouver qu'il n'a pas causé le dommage³⁷⁵.

La responsabilité complémentaire pourrait également être instaurée en dehors du cadre du PPP. L'avocat général rappelle que la fonction de répartition des coûts serait affaiblie si des coûts de dépollution étaient imputés à quelqu'un qui n'a pas causé le dommage. Néanmoins, le PPP ne porte pas une interdiction absolue d'imputer les coûts à des personnes autres que le pollueur. Dans le cas contraire, le principe aboutirait à ce que l'existence de dommages environnementaux soit acceptée et porterait atteinte à l'objectif d'un niveau élevé de protection de l'environnement qu'il doit pourtant servir. Ainsi, le PPP ne peut jamais aboutir à empêcher les réparations d'un dommage environnemental même lorsque le pollueur ne peut être trouvé ou mis en cause³⁷⁶. Le législateur national peut donc faire peser le coût de la réparation sur une personne qui n'a pas contribué au dommage – la directive elle-même rend l'autorité compétente subsidiairement responsable –, mais alors il ne peut évidemment pas fonder cette mesure sur le PPP même si la directive comme le principe ne lui interdisent pas d'intégrer ce type de régime dans son droit national³⁷⁷. La question de savoir si le principe de proportionnalité constituerait une limite pour la désignation d'un payeur qui n'aurait pas contribué au dommage dans le cadre d'une mesure de protection renforcée est controversée³⁷⁸.

³⁷⁴ Point 109. « Dans de tels cas, les États membres pourraient mettre les coûts à la charge conjointe des pollueurs identifiables. Le droit national devrait alors adopter les règles nécessaires en ce qui concerne la répartition des charges entre les différents pollueurs et il pourrait s'inspirer des dispositions correspondantes qui sont applicables dans d'autres domaines du droit de la responsabilité. » (*Ibidem*).

³⁷⁵ Point 110.

³⁷⁶ Points 111 et 112. Rappelons que la mise en place d'un fonds public d'indemnisation et éventuellement d'une banque de garanties serait plus apte à mettre en œuvre le PPP. Mais il est vrai que dans certains cas même une catégorie générale de pollueurs ne peut être identifiée.

³⁷⁷ L'avocat général cite l'hypothèse où le propriétaire du terrain pollué serait contraint de prendre à sa charge les coûts de l'assainissement. Pour plus de précisions voy. le point 114.

³⁷⁸ Point 115. Ce principe est à tout le moins applicable dans les pays qui l'intègrent dans leur droit national. Ainsi en Belgique, un propriétaire pourrait se voir imputer les coûts des mesures d'assainissement de son terrain et des terrains avoisinants si l'origine de la pollution se trouve sur son terrain. En revanche, si l'origine de la pollution se situe sur le terrain d'un tiers ou si l'on ignore où elle se situe et que l'on ne dispose d'aucun élément permettant de le présumer, il me semble disproportionné de faire peser les coûts de la pollution sur le propriétaire qui n'a aucun lien avec celle-ci et en est une simple victime.

En outre, le législateur national peut conformément au PPP étendre le régime de responsabilité sans faute au-delà des activités à risque énumérées dans l'annexe III³⁷⁹.

La Cour de Justice rappelle que dans les cas de pollution diffuse et étendue l'exigence de la démonstration d'un lien de causalité reste cruciale³⁸⁰. Dans la mesure où la directive 2004/35 ne définit pas la manière dont la preuve de l'existence de ce lien doit être établie, cette compétence appartient aux États membres³⁸¹. Ceux-ci peuvent instaurer une présomption de lien de causalité, mais, conformément au PPP, une telle présomption doit être réfragable et doit se baser sur des indices plausibles de l'existence d'un lien de causalité comme la proximité des installations de l'exploitant et la correspondance entre les substances polluantes retrouvées et les composants utilisés par l'exploitant³⁸². La Cour confirme la possibilité d'une imputation objective de la responsabilité en vertu du principe pollueur-payeur. Mais dès lors que faute, intention dolosive ou négligence ne doivent plus être démontrées, l'établissement du lien de causalité est d'autant plus important pour permettre l'imputation des coûts à l'exploitant. Les pouvoirs publics doivent également déterminer l'origine de la pollution³⁸³. La Cour confirme la possibilité de désigner d'autres activités et d'autres responsables dans le cadre de mesures de protection renforcée, mais ne se prononce pas sur la possibilité de désigner un responsable en dehors du cadre du PPP³⁸⁴.

Rappelons que lorsque le législateur souhaite déterminer les causes de la pollution *a priori*, il est nécessaire pour des raisons logiques d'utiliser les probabilités comme on le fait dans la théorie de la causalité adéquate. Mais la prévisibilité objective peut dans certains cas se comprendre de manière plus large que dans cette théorie. En revanche, lorsque le lien causal est apprécié *in specie* par l'administration ou le juge, la prévisibilité n'est plus nécessaire pour des raisons logiques et

³⁷⁹ Point 128.

³⁸⁰ C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, point 53-54.

³⁸¹ Point 55.

³⁸² Point 56-58.

³⁸³ Points 61-65.

³⁸⁴ Point 68.

le principe ne l'impose pas d'un point de vue juridique. L'arrêt *Commune de Mesquer* montre que le PPP permet une appréciation de la cause au regard de la théorie de l'équivalence des conditions bien que le législateur puisse pour des raisons d'opportunité décider que le lien causal sera gouverné par la théorie de la causalité adéquate – «qui peut le plus peut le moins».

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le PPP ne constitue pas l'alpha et l'omega du droit de l'environnement. Il n'a pas vocation à le devenir. Les principes de prévention, de précaution et de réduction de la pollution à la source sont des fondements au moins aussi importants du droit de l'environnement. La politique de l'environnement privilégie l'approche préventive sur l'approche curative. Mais le PPP permet également l'imputation des coûts de prévention et joue un rôle d'aiguilleur pour les pouvoirs publics. Le droit à un environnement sain pourrait devenir un principe central du droit de l'environnement et renforcer le PPP dans certains cas.

En ce qui concerne les moyens utilisés, le paiement d'une somme d'argent ne peut être le seul moyen à la disposition des pouvoirs publics. Ainsi, certaines émissions polluantes doivent purement et simplement être interdites spécialement celles qui portent atteinte à la santé humaine ou qui causent des dommages irréversibles à l'environnement³⁸⁵. De même, des normes d'émission, d'immission et de produit sont nécessaires pour limiter l'effet nocif de certains objets ou substances. La police administrative et les autorisations administratives restent un outil essentiel de la politique de l'environnement. Ne pas appliquer ce type de mesures revient à transformer le principe en droit de polluer puisque s'il n'y a plus de limites à la pollution, le pollueur peut émettre autant qu'il le souhaite à condition de payer.

Toutefois, le principe est comme nous l'avons vu très souple et ne s'applique pas de manière exclusive. En témoigne, les mécanismes de marché de droits d'émission qui, malgré leur nom, fixent

une limite aux émissions polluantes et font payer les pollueurs pour celles-ci³⁸⁶. Ce type de structure juridique permet une forte responsabilisation du pollueur ainsi que la fixation d'un objectif d'émission précis. L'émergence d'un principe de l'utilisateur-payeur, appelé lui aussi à se développer, est une évolution salutaire.

En outre, l'avantage du recours au PPP pour la réparation des dommages environnementaux ou la prise en charge des coûts de la prévention est qu'il suppose une identification du pollueur et de son comportement polluant. Le pollueur sait qu'il paie précisément pour ce comportement-là alors que si les pouvoirs publics intervenaient en faisant payer la collectivité au travers de la taxation générale portée au budget, le pollueur paierait en raison de l'application d'une valeur ajoutée sur un produit, de l'obtention d'un héritage ou d'un revenu, de la vente ou de la possession d'un bien immobilier, etc. Son paiement servirait indistinctement au financement de toutes les politiques publiques. Or, le PPP a, il faut le reconnaître, une fonction de stigmatisation de la pollution, même s'il ne la rend pas illégale.

On peut défendre une application plus systématique du principe par les pouvoirs publics. Néanmoins, le PPP pourrait, dans la mesure où il fait payer pour le risque, aboutir à décourager la prise de risque et l'esprit d'entreprise ou d'initiative. En outre, si l'on peut comme dans le CERCLA rendre responsable les établissements de crédit cela peut aboutir à ce que les banques ne financent plus les activités polluantes. Une application généralisée du principe pourrait mettre en difficulté un certain nombre d'activités, mais le principe n'est pas neutre idéologiquement, il sert un objectif politique. Cet objectif est inscrit dans le Traité lui-même, ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux, c'est l'obtention d'un niveau élevé de protection de l'environnement. Devant l'ampleur des défis environnementaux qui attendent l'Union européenne et le monde dans les 50 ou 100 années à venir, cet objectif – malgré le changement historique qu'il représente – a fait l'objet

³⁸⁵ Mais on peut considérer que le pollueur «paie» dans la mesure où il supporte le manque à gagner de l'interdiction de l'émission polluante.

³⁸⁶ Les Anglo-saxons parlent de *cap-and-trade*. Nous faisons référence aux mécanismes qui mettent pleinement en vigueur le PPP et font payer toutes les émissions polluantes à l'image de la directive 2009/29 du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87.

d'un large consensus puisqu'il a été adopté par l'entière des États membres de l'UE et qu'il est soutenu par les institutions européennes et par les principaux partis politiques européens et nationaux. Au regard de l'importance des périls qui nous menacent, la réalisation de cet objectif justifie un certain nombre d'efforts importants. Ces efforts sont indispensables et ne seront pas aisés à accomplir. Le PPP fait peser une charge sur certaines entreprises et menace certains secteurs d'activité, mais c'est précisément à l'esprit d'initiative et à l'ingéniosité qu'il faut faire appel pour relever les défis qui se présentent à nous. Ainsi, rien n'interdit d'allouer les fonds collectés en application du principe au financement la recherche publique ou privée en matière d'énergies alternatives, de traitement des déchets, de production de produits plus respectueux de l'environnement ou à l'isolation des bâtiments publics, aux transports publics ou au renouvellement des canalisations d'eau, etc. De même, l'application du PPP en matière d'aides d'État est de plus en plus souple³⁸⁷. On peut considérer à cet égard que nous sommes dans une période de transition et d'adaptation environnementale, le marché n'est pas toujours le plus efficace pour permettre cette adaptation. Or, l'adaptation est impérative; par conséquent, les pouvoirs publics doivent intervenir lorsque le marché est déficient. Ils peuvent soutenir les opérateurs dont l'activité permet de diminuer la pollution. Il s'agit donc d'orienter les forces du marché pour qu'elles permettent la transition nécessaire. Des mesures sociales de soutien peuvent également être envisagées pour les catégories so-

ciales les plus défavorisées qui n'ont parfois pas d'autre choix que d'emprunter la voie la plus polluante³⁸⁸.

Comme on peut le voir, le PPP est amené à occuper une place importante dans l'ordre juridique européen ainsi que dans la société et l'économie. Cette importance est directement proportionnelle à l'enjeu que présente la lutte contre la pollution dans nos sociétés modernes. Il est donc indispensable que le principe gagne en clarté. Les arrêts *Standley*, *Commune de Mesquer*, *British Aggregates*, *Futura Immobiliare* et *E.R.G.* ont successivement précisé le contenu du principe et ont achevé sa mue d'un principe économique en principe de droit de l'environnement, mais beaucoup de points restent obscurs ou controversés. C'est ce brouillard que nous avons tenté d'éclaircir par cette étude, en nous focalisant sur l'identification du pollueur par les pouvoirs publics et plus spécialement sur le lien causal entre son activité et la dégradation de l'environnement. Pour manœuvrer dans ce brouillard, nous nous sommes servis de la vieille lanterne du droit de la responsabilité civile, qui jette un éclairage particulier sur le principe et permet de mieux comprendre une partie de son fonctionnement. Il est probable que sa définition soit encore appelée à évoluer. Nous avons dans cette étude tenté de tirer les conclusions qui s'imposaient au regard du droit positif. Nous ne pouvons qu'espérer qu'une meilleure définition du PPP permette une meilleure réalisation de l'objectif d'un niveau élevé de protection de l'environnement.

³⁸⁷ Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement, 1^{er} avril 2008, 2008/C 82/01; M. DONY, *Contrôle des aides d'État*, Bruxelles, éd. de l'ULB, Commentaire J. Mégret, 2007, pp. 249 et s.

³⁸⁸ Voy. les conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 66.