

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le principe du pollueur-payeur

Thunis, Xavier

Published in:

Stratégies de développement durable. Développement, environnement ou justice sociale ?

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Thunis, X 2009, Le principe du pollueur-payeur: de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités. dans A de Heering & S Leyens (eds), *Stratégies de développement durable. Développement, environnement ou justice sociale ?*. Presses universitaires de Namur, Namur, pp. 169-199.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités

Xavier Thunis

Malgré sa consécration dans des textes internationaux et dans bon nombre de constitutions dont la Constitution belge (article 7*bis*), le développement durable reste un objet juridiquement mal identifié. Il a, reconnaissons-le, de quoi perturber les juristes. Reposant sur trois piliers au moins, l'économique, le social et l'environnemental, il présente un caractère transversal qui défie l'approche strictement disciplinaire dominante dans les facultés de droit. Il a aussi une dimension planétaire alors que le droit reste, pour une large part, national et tributaire de la division du monde en États souverains. La partie n'est pas perdue pour autant : même s'ils trouvent le développement durable ambigu ou mal défini, les juristes peuvent en saisir certains aspects à l'aide des concepts et des techniques qui leur sont familiers. L'émergence du développement durable va de pair avec la montée en puissance de la responsabilité et des droits fondamentaux tels que le droit de propriété ou le droit à l'environnement. Des principes de bonne gestion environnementale et durable des ressources apparaissent aussi et se précisent progressivement dans les textes et dans les décisions qui les appliquent. En pratique, ces démarches se croisent et souvent se confortent : l'affirmation du principe de précaution par exemple crée de nouvelles zones de responsabilité. Isolons l'aspect « principes » et

limitons-nous au principe du pollueur-payeur pour en faire ressortir la signification et la traduction juridiques¹.

Le principe du pollueur-payeur a, comme on le verra, une histoire qui conditionne sa signification ; il s'insère aussi dans un ensemble d'autres principes avec lesquels il est en interaction. L'article 191 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex art. 174 § 2 du traité C.E.), qui oriente la politique de l'environnement au niveau européen, indique que « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement [...] est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur ». Cette disposition a l'avantage de concentrer bon nombre de principes essentiels du droit de l'environnement au rang desquels figure le principe du pollueur-payeur. Notons que cette énumération ne définit aucun des principes qu'elle mentionne. Chaque principe va progressivement être défini, interprété par la jurisprudence européenne ou nationale d'une façon systémique, qui tient compte de l'interdépendance existant entre les différents principes. Ainsi le principe du pollueur-payeur doit-il être lu et compris en tenant compte du principe d'action préventive, ce qui interdit de le considérer comme donnant systématiquement l'autorisation de polluer à celui qui a les moyens de payer (je paie donc je pollue). L'énumération de l'article 191 n'est pas exhaustive. D'autres principes comme le principe d'intégration ou de proportionnalité jouent un rôle important en droit de l'environnement et peuvent aussi déterminer la signification du principe du pollueur-payeur. De façon plus générale, la liste des principes n'est pas close, elle est susceptible de s'enrichir². Il en résulte un ensemble complexe, en évolution constante, dont les éléments s'ajustent et se réajustent les uns par rapport aux autres, comme des mobiles de Calder.

1 Cette contribution vise à synthétiser, de façon concise, la réaction du droit à un principe nouveau sans entrer dans des analyses juridiques fouillées, passionnantes pour les juristes mais rebutantes pour ceux qui n'en sont pas.

2 Sur le principe de préservation de la diversité biologique, NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, VUB Press, 1999, p. 541 et suiv.

Pourquoi un tel succès des principes en matière d'environnement et de développement durable ? Le droit de l'environnement, qui sert de socle au droit du développement durable en devenir, est frappé d'inflation. Les principes jouent un rôle structurant et permettent de trouver une cohérence à un ensemble de textes et de jurisprudence de plus en plus foisonnant et menacé d'anarchie. Les principes, qu'on les qualifie d'essentiels, de directeurs ou de généraux, constituent l'armature du droit positif³.

La proclamation d'un principe dans un texte même fondamental, traité ou constitution, ne supprime pas toute discussion sur le plan juridique. Au contraire, elle peut la déclencher. Les principes énumérés par l'article 191 paraissent *a priori* plutôt de nature politique ou programmatique. Leur portée juridique n'est pas fixée d'emblée. Ils sont l'objet d'une découverte et, dans une certaine mesure, d'une conquête, notamment devant les juridictions, par ceux qui en revendiquent l'application. Leur contenu et leur impact se précisent progressivement grâce à la jurisprudence, aux commentaires ou aux synthèses théoriques dont des textes législatifs ultérieurs peuvent reprendre certains acquis. Ce processus de découverte et de transformation progressive apparaît clairement dans le cas du pollueur-payeur. On en examine successivement l'histoire (1) et les domaines d'application en faisant une large place à la jurisprudence qui l'interprète et lui donne une portée concrète (2). Il en ressort que le principe du pollueur-payeur est un principe régulateur, remplissant de multiples fonctions et laissant une marge d'appréciation aux autorités dont il oriente l'action et la décision (3).

1. Genèse et transformation du principe

1.1. De la théorie économique à la politique économique

Le principe du pollueur-payeur n'est pas initialement un principe juridique, ce qui signifie que la communauté juridique va

3 Sur cette question, DE SADELEER N., « Les principes comme instruments d'une plus grande cohérence et d'une effectivité accrue du droit de l'environnement », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Fac. univ. Saint-Louis, VUB Press, 1996, p. 239 et suiv. ; DE SADELEER N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 257 et suiv. avec une discussion sur la qualification de principes généraux du droit.

devoir le traduire à l'aide de ses méthodes et en fonction de ses objectifs propres⁴. Le principe provient de la théorie économique des externalités qui est devenue un sujet traditionnel de la science économique depuis les travaux de Pigou⁵. Au sens le plus général, il y a externalité quand les décisions d'un agent économique affectent positivement ou négativement un autre agent sans que cela soit pris en compte par le marché. Il existe des exemples d'externalité positive : les fleurs que mon voisin plante dans son jardin me ravissent la vue et j'en profite sans verser de contrepartie. La pollution est un cas typique d'externalité négative. Celle-ci provient d'une distorsion entre le coût privé supporté par l'agent qui décide de produire ou de consommer et le coût social que sa décision entraîne pour l'environnement et pour la collectivité. Sans intervention, le prix du marché conduit à la sous-estimation du bien ou du service en question et n'offre donc pas un signal correct aux agents. Selon la théorie des externalités, les effets externes liés à la production ou à la consommation d'un bien ou d'un service doivent être internalisés, c'est-à-dire intégrés dans le prix du bien ou du service en question.

Le principe du pollueur-payeur se rattache à la théorie des externalités. Celle-ci ne consacre toutefois pas le principe en tant que tel et n'implique pas l'imputation automatique des coûts d'une nuisance à celui qui la cause. Au contraire, l'article fondateur de Coase, « The Problem of Social Cost »⁶, tend à souligner que si l'on fait abstraction des coûts de transaction, il n'est pas nécessairement plus efficace de donner à la victime de la pollution un droit à réparation que de reconnaître au pollueur le droit de polluer. Le niveau optimal de la pollution résulte, en définitive, de la libre négociation entre agents économiques, pourvu qu'ils soient correctement informés. Il s'agit d'un point de vue théorique dont la validité est marquée par la limitation des hypothèses de base⁷.

Entre économistes, le débat est vif : comment internaliser les externalités négatives de façon optimale ? La première voie est celle d'une internalisation par une taxe dite pigouvienne, la seconde, dans le prolongement des vues défendues par Coase, est celle d'une internalisation par l'octroi de permis d'émission. Les difficultés, les différences mais aussi les convergences des deux approches sont exposées dans la contribution de J.-M. Harribey. Nous en retenons que le principe du pollueur-payeur peut être mis en œuvre aussi bien par le biais d'une régulation par les prix (taxation) que par celui d'une régulation par les quantités, en fonction d'une quantité globale de pollution à ne pas dépasser. C'est cette seconde méthode qui a prévalu dans le cadre du protocole de Kyoto, pour lutter contre le changement climatique.

Sur le plan politique et institutionnel, le principe du pollueur-payeur trouve son origine dans les travaux de l'OCDE, notamment dans une recommandation du 26 mai 1972 sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international (C(72)128, OCDE, 1972). Le principe vise à imputer au pollueur le coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution pour éviter les distorsions de concurrence qui pourraient résulter, dans le commerce et les investissements internationaux, de l'octroi d'aides étatiques aux entreprises polluantes. Sans être absente, la préoccupation environnementale n'est pas première. Le principe est compris dans un sens restreint⁸ car il ne couvre pas les coûts de remise en état d'un site pollué ou l'indemnisation des dommages causés par la pollution⁹. Les travaux de l'OCDE, qui jouissent d'une grande autorité sur le plan international, ont inspiré les autorités européennes qui ont explicité le principe dans plusieurs recommandations. Le Conseil des Ministres a ainsi adopté le 3 mars 1975 une recommandation relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement¹⁰.

4 THUNIS X., DE SADELEER N., « Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, 1995, n° spécial, pp. 3-15.

5 PIGOU A.C., *The Economics of Welfare*, London, Mac Millan, 1958 ; pour une synthèse, BONTEMPS Ph., ROTILLON G., *L'économie de l'environnement*, Paris, éd. La Découverte, 2008, p. 18 et suiv.

6 *Journal of Law and Economics*, 1960. Pour une présentation accessible et critique, MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, 2008, p. 182 et suiv.

7 V. not. BÜRGENMEIER B., *Politiques économiques du développement durable*, Bruxelles, de Boeck, 2008, p. 71 et suiv.

8 Sur l'évolution ultérieure des travaux de l'OCDE qui a conduit à un élargissement du principe, VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2007, p. 118 et suiv.

9 SMETS H., « Examen critique du principe pollueur-payeur », in *Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, éd. Frison-Roche, 1998, p. 79 et suiv.

10 75/436/Euratom/C.E.C.A./C.E.E., J.O.C.E., n° L 194 du 25 juillet 1975. Pour une analyse détaillée de cette recommandation, PÂQUES M., *Fondements et principes du droit de l'environnement de l'Union européenne*, Université de Liège, fac de droit, octobre 2003, p. 48 et

Ce document est resté une référence au niveau européen. Selon cette recommandation, « les personnes physiques et 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 ces objectifs n'existent pas, afin de respecter les normes et les mesures équivalentes fixées par les pouvoirs publics ». Ce texte associe le principe du pollueur-payeur à un objectif de prévention de la pollution et souligne la nécessité d'imputer au pollueur les frais de l'action préventive. Il reconnaît que certaines exceptions au principe peuvent se justifier, toute la difficulté consistant à délimiter strictement la portée de ces exceptions, comme le montrent les textes successifs concernant l'encadrement des aides d'État à la protection de l'environnement¹¹.

La recommandation envisage aussi les principaux instruments permettant aux pouvoirs publics de mettre en œuvre le principe : les normes et les redevances. Les normes prescrivent de façon directe et contraignante le niveau de pollution à ne pas dépasser dans un milieu déterminé. Elles ont une vertu préventive et ne sont pas comme telles incompatibles avec le principe du pollueur-payeur. Ceci mérite d'être souligné car le principe du pollueur-payeur est souvent associé aux seuls instruments économiques et financiers, parce qu'ils sont plus souples et frappent les émetteurs de façon plus différenciée, en fonction de la pollution émise et des efforts faits pour la réduire. La recommandation envisage d'autre part les redevances sous deux angles. Il s'agit d'un prélèvement financier qui fait supporter au pollueur « sa » quote-part des dépenses collectives engagées pour lutter contre la pollution¹². Les redevances ont donc une fonction redistributive. Elles ont aussi une fonction préventive que la

suiv. Tout en n'étant pas obligatoire, la recommandation n'est pas dépourvue d'effets juridiques (cf. C.J.C.E., 13 décembre 1989, C-322/88, point 18).

11 Particulièrement le dernier texte en date intitulé « Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement », J.O.U.E. n° C 82 du 1^{er} avril 2008.

12 Une terminologie plus rigoureuse distingue l'impôt, prélèvement obligatoire effectué dans l'intérêt général à charge du contribuable, de la redevance, qui est la contre partie versée par le redevable en fonction et en proportion d'un service qui lui est directement rendu. La distinction est toutefois relative et parfois dictée par des considérations politiques comme le souligne NEURAY J.-F., *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 230 et suiv.

recommandation place au premier plan : par la charge qu'elles imposent au pollueur, elles l'incitent à prendre au moindre coût les mesures nécessaires pour réduire la pollution.

Le pollueur est défini comme celui qui « dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation ». Cette définition semble avoir pour elle la force de l'évidence. On verra toutefois que la détermination du pollueur peut poser de sérieuses difficultés car la pollution peut avoir pour origine une source diffuse et être due à une multiplicité d'acteurs ou être liée au mode de production et de consommation de toute une collectivité.

1.2. De l'affirmation politique à la consécration juridique

Une fois le mouvement lancé, le principe va se diffuser en droit européen et en droit international puis être reconnu dans les droits nationaux selon une évolution que l'on résume de façon schématique¹³.

1°. En droit européen, le principe est d'abord repris dans une série de textes qui, sans avoir de force juridique obligatoire, sont politiquement importants. Il va être repris dans plusieurs programmes d'action qui orientent la politique de la Communauté à moyen terme dans le domaine de l'environnement et, plus récemment, du développement durable. Dans le premier¹⁴ et le deuxième programme d'action¹⁵, l'objectif d'internalisation des coûts est dominant. Le principe est principalement défini comme un instrument d'harmonisation du Marché commun interdisant l'octroi de subventions aux pollueurs si celles-ci créent des distorsions importantes dans les échanges communautaires.

En se diffusant, le principe subit des variations dans sa signification. Les programmes d'action communautaire suivants font entendre des accents différents. Le troisième programme (1982-1986) souligne le rôle d'incitant du principe pour réduire la pollution et promouvoir les technologies propres¹⁶. Le quatrième programme (1987-1992) reconnaît que le principe doit conduire à l'adoption d'instruments économiques efficaces et à la mise en place d'un

13 Pour une synthèse plus fine, VAN LANG A., *op. cit.*, p. 118 et suiv.

14 J.O.C.E., n° C 112 du 20 décembre 1973, titre II, point 5.

15 J.O.C.E., n° C 139 du 13 juin 1977.

16 J.O.C.E., n° C 46 du 17 février 1983.

système de responsabilité pour les dommages causés à l'environnement¹⁷.

Dans la même veine, le cinquième programme adopté en 1993 affirme qu'en internalisant les coûts écologiques externes, les instruments économiques visent à inciter les producteurs et les consommateurs à utiliser les ressources naturelles d'une manière responsable, à éviter de polluer et de produire des déchets (n° 31)¹⁸.

L'évolution est nette : le principe destiné à éviter les distorsions de concurrence se mue progressivement en un principe à visée préventive et même indemnitaire, permettant de fonder l'imputation de dommages causés à l'environnement.

En réalité, il y a superposition : les différentes significations coexistent. Se référant explicitement au cinquième programme d'action, l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement adopté par la Commission en 1994 continue, dans la ligne des travaux initiaux de l'OCDE, à mettre l'accent sur la nécessité pour les entreprises d'internaliser les coûts liés à la protection de l'environnement. Cette internalisation, qui doit conduire à la vérité des prix, plaide en principe contre l'octroi d'aides aux entreprises. La même préoccupation s'exprime dans la version actualisée de l'encadrement communautaire de 2001¹⁹ et dans les lignes directrices de 2008²⁰. Ainsi qu'on le verra (2.1.), c'est sur ces textes que s'appuie la Commission européenne quand il s'agit d'apprécier la validité d'une aide d'État et de concilier la protection de l'environnement avec le respect de l'égalité dans les conditions de concurrence.

En droit européen, la force obligatoire du principe s'affirme de deux façons. Il est consacré dans le droit communautaire *originnaire* constitué par les traités fondateurs. Depuis 1992, il figure dans le traité C.E. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, il est repris à l'article 191 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sous le titre XX

17 J.O.C.E., n° C 328 du 7 décembre 1987.

18 « Vers un développement soutenable » J.O.C.E., n° C 138 du 17 mai 1993, p. 16. On notera que la responsabilité civile est classée dans les instruments économiques.

19 2001/C37/03, J.O.C.E. du 3 février 2001, p. 3 et suiv., en part. n° 15 et suiv.

20 « Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement », J.O.U.E. n° C 82 du 1^{er} avril 2008.

consacré à l'environnement. Placé sur le même pied que les principes de prévention, de précaution et de réduction de la pollution à la source, il oriente la définition et la mise en œuvre de la politique communautaire de l'environnement. Une place essentielle lui est donc reconnue. Il s'impose aux institutions de l'Union mais aussi aux droits nationaux, et singulièrement aux juges nationaux par le biais de l'interprétation qui en est donnée par la Cour de justice des Communautés européennes dans ses arrêts. L'arrêt *Standley* du 29 avril 1999 confirme l'intérêt que présente l'insertion du principe du pollueur-payeur dans le traité CE²¹. Interrogée par la *High Court of Justice* sur la compatibilité avec le principe du pollueur-payeur de la directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, la Cour de justice a conclu à l'absence de violation du principe du pollueur-payeur, dans la mesure où la directive litigieuse « 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 ». La Cour se pose en garante du respect du principe en indiquant aux États membres comment mettre en œuvre la directive selon l'interprétation qu'elle en donne. « 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 »²².

Des références au principe du pollueur-payeur apparaissent aussi dans le droit *communautaire dérivé* c'est-à-dire dans les actes et les mesures que les institutions communautaires prennent sur la base des traités. Dans les années septante, avant même son insertion dans le traité CE, le principe du pollueur-payeur était déjà un principe directeur d'une série de directives concernant la gestion des déchets et en particulier de la directive-cadre 75/442/CEE. L'interprétation de l'article 15 de cette directive, selon lequel le coût de l'élimination des déchets doit être imputé conformément au principe du pollueur-

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

22 Points 51 et 52.

payeur, est au cœur des arrêts *Futura Immobiliare* et *Commune de Mesquer*, examinés au point 2.

L'insertion du principe dans les traités fondateurs a consacré son importance mais aussi sa polysémie et la diversité de ses fonctions. L'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement mentionné plus haut l'envisage principalement comme un instrument d'intégration, destiné à éviter les distorsions de concurrence. Des initiatives communautaires s'en sont emparées depuis les années nonante comme base juridique pour justifier un régime de responsabilité objective, sans faute. Ainsi, la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale²³, a pour objectif de mettre en place une responsabilité environnementale fondée sur le principe du pollueur-payeur, en vue de prévenir et de réparer les dommages environnementaux. Cette directive est un pas important vers l'établissement d'un régime harmonisant la responsabilité environnementale en Europe puisqu'elle a donné lieu à transposition dans les droits nationaux. Observons une fois de plus le changement de perspective : la priorité est ici à la prévention et, dans une moindre mesure, à la réparation des dommages environnementaux, non pas à la préservation de l'égalité des conditions de concurrence.

2°. En droit international, un nombre croissant de textes se réfèrent au principe, soit en le mentionnant soit en le définissant. Les définitions se ressemblent, les rédacteurs ayant tendance à se copier les uns les autres²⁴. Qu'il suffise de mentionner le principe 16 de la Déclaration de Rio de 1992 selon lequel

« Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans

23 Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *J.O.U.E.* L 143/56 du 30 avril 2004.

24 Pour un inventaire, DE SADELEER N., *Environmental Principles From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 23 et suiv.

fausser le jeu du commerce international et de l'investissement ».

Cette disposition, qui n'a pas un caractère impératif, met l'accent sur la fonction d'internalisation et d'intégration du principe. Elle en adopte, semble-t-il, une version large. Le coût, dont il est question sans autre précision, comprend le coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution ainsi que le coût des dommages causés par celle-ci²⁵.

Le principe sous-tend aussi le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne. Le système des quotas ou permis négociables implique que l'autorité fixe au préalable le volume global de permis d'émission qui vont s'échanger sur le marché des permis et qu'elle alloue des permis d'émission à chaque entreprise participante. L'entreprise qui rejette plus de CO₂ que les quotas dont elle dispose devra acheter des permis sur le marché pour continuer à produire. À l'inverse, l'entreprise qui ne consomme pas tous ses quotas parce qu'elle met en œuvre des technologies propres, peut gagner de l'argent par la vente d'un surplus de quotas.

Contrairement à ce que l'on affirme parfois, il ne s'agit pas d'un système de régulation par le marché. Le bon fonctionnement de celui-ci suppose en effet un encadrement très strict par les pouvoirs publics, que ce soit au niveau du volume total de pollution admissible, de l'allocation des quotas et de la détermination des industries qui y sont soumises. Il faut souligner que ce sont les pouvoirs publics qui allouent les permis d'émission aux entreprises qui vont ensuite se les échanger. On peut se demander s'il est bien conforme au principe du pollueur-payeur de distribuer gratuitement, comme on le fait actuellement, les permis d'émission aux entreprises participantes, au prorata d'émissions de référence. Ceci revient à récompenser les entreprises historiquement plus polluantes. Un système de vente, de mise aux enchères des permis d'émission serait plus satisfaisant. Un changement de système aurait toutefois pour inconvénient d'opérer une rupture avec la situation actuelle²⁶.

25 Selon SMETS H., *op. cit.*, p. 83 et suiv.

26 MOLINER-DUBOST M., « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », *A.J.D.A.*, 17 novembre 2003, p. 2074 et suiv.

3°. Sous l'influence du droit européen et du droit international, plusieurs législateurs nationaux ont reconnu le principe du pollueur-payeur comme un principe directeur de leur politique de l'environnement. Limitons-nous à quelques exemples.

L'article L.110-1, II, 3°, du Code français de l'environnement le définit comme le principe « selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur ». Le Livre I^{er} du Code wallon de l'environnement, en son article D.3, 2° utilise quasiment les mêmes termes que le Code français : le principe du pollueur-payeur est celui « selon lequel les coûts induits par l'adoption de mesures de prévention, de réduction et de lutte contre la pollution sont assumés par le pollueur ». Ces deux textes ne font allusion ni à la réparation ni à la fonction indemnitaire du principe. En revanche, l'article 4, § 5, de la loi belge du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique indique : « Le principe pollueur-payeur implique que les coûts de prévention, de réduction et de lutte contre la pollution et les coûts de réparation (nous soulignons) des dommages sont à charge du pollueur ».

Certains législateurs citent le principe sans le définir. Tel est le cas du décret wallon du 22 novembre 2007 transposant la directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale qui ne définit pas non plus le principe.

Le principe du pollueur-payeur est devenu tellement familier que son éviction dans la Charte Constitutionnelle (française) de l'environnement au profit d'une règle générale de réparation a fait craindre une régression du droit français²⁷. Quant au droit allemand, il connaît le *Verursacherprinzip*, dénomination qui fait référence non au pollueur mais à celui qui cause la pollution, ce qui amène presque inévitablement à se poser des questions juridiques de responsabilité et de causalité²⁸. Sur le plan juridique, soulignons qu'un pollueur n'est pas nécessairement responsable de la pollution qu'il produit de même que le responsable de la pollution n'est pas nécessairement celui qui pollue effectivement.

27 VAN LANG A., *op. cit.*, p. 120 et s.

28 Voy. la remarque de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Futura Immobiliare* (C.J.C.E., 16 juillet 2009, C- 254/08) point 36 des conclusions.

2. Domaines d'application du principe

Pour concrétiser les choses, nous avons choisi d'exposer quelques décisions typiques, dans trois domaines d'application où le principe du pollueur-payeur affirme son influence : les aides d'État (2.1.), la fiscalité environnementale (2.2.) et la responsabilité (2.3.).

2.1. Le principe du pollueur-payeur et les aides d'État

La réalisation d'un véritable marché intérieur suppose l'établissement d'un régime visant à éviter que la concurrence soit faussée entre les opérateurs. C'est pourquoi l'article 107 TFUE (ex. art. 87 du traité CE) déclare « incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Qu'en est-il des aides d'État en matière d'environnement²⁹ ?

L'affaire du traitement du lisier néerlandais montre que la Commission européenne, tout en n'étant pas insensible à la protection de l'environnement, cherche à limiter les effets anticoncurrentiels de ces aides³⁰. Le gouvernement néerlandais entendait instituer un régime d'aides visant à encourager l'élimination des excédents de lisier de façon écologiquement acceptable. Une banque nationale du lisier devait financer la construction et l'exploitation d'installations de traitement de ce lisier. Bien que le système envisageât un financement intégral par un prélèvement versé par les éleveurs produisant plus de lisier qu'ils ne pouvaient utiliser sur leurs terres, la Commission a, dans un premier temps, considéré qu'il s'agissait d'une aide d'État visée par l'article 92 (devenu

29 Sur l'ensemble de la question, THIEFFRY P., *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 763 et suiv. ; JANS J., VEDDER H., *European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008, p. 287 et suiv.

30 Décision de la Commission 92/316/CE du 11 mars 1992 relative aux aides envisagées par le gouvernement néerlandais pour encourager une élimination du lisier écologiquement acceptable (*J.O.* n° L 170 du 25 juin 1992, p. 34 et suiv.). Comme le montre cette affaire, la notion d'aide est plus large que celle de subvention et couvre toute prestation positive mais aussi un allègement de charges, un avantage économique qui n'est pas obtenu dans des conditions normales de marché.

successivement art. 87 du traité CE et art. 107 TFUE) qui pouvait renforcer la position des éleveurs néerlandais dans la Communauté en allégeant leurs coûts de production, contrairement au principe du pollueur-payeur (point III de la décision). En outre, le lisier traité étant un concurrent des engrais organiques ou chimiques, l'aide en question pouvait aussi favoriser la position concurrentielle des fournisseurs de lisier par rapport aux producteurs d'engrais au sein de la Communauté. Sur ces deux plans, l'aide envisagée affectait le commerce entre États membres et provoquait des distorsions de concurrence. Elle était donc incompatible avec le marché commun et tombait en principe sous le coup de l'article 92 paragraphe 1 du traité. L'article 92 (art.107 TFUE actuel) prévoit toutefois un certain nombre de dérogations³¹. L'une de ces dérogations, figurant à l'article 92 paragraphe 3 c), concerne les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités économiques sans altérer les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Elle a pu s'appliquer à l'aide en question dans la mesure notamment où celle-ci se limitait à financer les coûts fixes de la banque nationale du lisier et ne concernait pas à terme les coûts variables liés au fonctionnement des installations.

Épinglons une seconde décision de la Commission, beaucoup plus nette dans l'application qu'elle fait du principe du pollueur-payeur³². L'affaire concernait une aide que l'État italien avait l'intention d'accorder à une entreprise de papeterie pour lui permettre de construire de nouvelles installations à un endroit posant moins de problèmes du point de vue environnemental mais entraînant des coûts d'installations et des frais de transport plus élevés que l'endroit initialement envisagé. Pour la Commission, il s'agit bien d'une aide permettant une extension de capacité en faveur de l'entreprise italienne, ce qui fausse la concurrence avec les autres entreprises de la Communauté. Cette aide, visée à l'article 92 (art 107 TFUE), ne satisfait à aucune des dérogations prévues par celui-ci. Tout en reconnaissant que l'aide envisagée répond aux principes de prévention

31 Pour plus de détails, FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 352 et suiv.

32 Décision de la Commission 93/964/CE du 22 juillet 1993 relative à une aide que le gouvernement italien envisage d'accorder à Cartiere del Garda (J.O., n° L 273 du 5 novembre 1993, p. 51).

et de réduction de la pollution à la source prévus à l'article 130 paragraphe 2 du traité CE (devenu successivement art. 174 § 2 du traité CE et art. 191 §2 TFUE), la Commission considère que l'aide ne respecte pas le principe du pollueur-payeur.

Globalement, les autorités européennes et, singulièrement, la Commission tentent d'établir un équilibre entre le souci primordial d'éviter les distorsions de concurrence et celui de promouvoir la protection de l'environnement. Le principe reste celui de l'interdiction des aides d'État sous réserve de dérogations que la Commission entend contenir. Elle publie périodiquement, depuis 1974, des communications précisant les conditions auxquelles des aides publiques à la protection de l'environnement sont autorisées. Ces communications reconnaissent, à certaines conditions, que des aides d'État peuvent s'avérer nécessaires pour corriger des défaillances du marché et améliorer la protection de l'environnement.

La Commission s'est efforcée, dans les lignes directrices de 2008, d'être aussi précise que possible. Il n'est pas question de se livrer ici à une analyse détaillée d'un document de plus de 30 pages dont tous les termes sont soigneusement pesés. Il en ressort que le principe du pollueur-payeur, défini conformément à la recommandation du 3 mars 1975, n'est pas absolu et tolère des exceptions appréciées au regard de l'article 87 paragraphe 3, point c) du traité (art. 107 TFUE).

Assez logiquement, les aides, pour autant qu'elles n'aient pas d'effets disproportionnés sur la concurrence, peuvent être autorisées notamment si elles ont un effet incitatif et qu'elles permettent le dépassement des normes communautaires. Les aides ne trouveront grâce que si elles permettent à l'entreprise qui en bénéficie, non pas de se mettre en conformité avec le droit communautaire mais de faire mieux, sur le plan environnemental, que ce qui est imposé par celui-ci. Ceci est cohérent avec l'affirmation selon laquelle « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé... » (art. 191, § 2 TFUE). Le document énumère une série de mesures qui peuvent être considérées comme compatibles avec le Traité (aides à la cogénération, à la gestion des déchets, pour la réhabilitation des sols contaminés, etc.) en précisant l'intensité de l'aide tolérable et les coûts admissibles. Des aides peuvent aussi être autorisées si elles sont nécessitées par des raisons environnementales

impérieuses, par exemple pour couvrir une relocalisation liée à la mise en œuvre de Natura 2000³³.

2.2. Le principe du pollueur-payeur et la fiscalité environnementale

La notion de fiscalité environnementale n'est pas très claire³⁴. Elle englobe toute une série de prélèvements obligatoires qui visent à éviter la dégradation de l'environnement ou à en permettre une gestion plus respectueuse et durable. La terminologie est fluctuante – il est question d'impôt, de taxe, voire de redevance³⁵ – et les matières frappées sont nombreuses : eau, bruit, pollution atmosphérique, etc. Dans la suite du texte, nous parlerons de taxe par facilité³⁶.

Une politique fiscale dans le domaine de l'environnement peut poursuivre plusieurs objectifs : financer la politique environnementale par les taxes prélevées à cette fin ; faire contribuer le pollueur aux dépenses contre la pollution en fonction de sa contribution à cette pollution ; prévenir les comportements préjudiciables à l'environnement ou favoriser ceux qui lui sont bénéfiques. L'appréciation d'une taxe dépend de l'objectif poursuivi. Si la fonction de prévention est à l'avant-plan, celle-ci sera d'autant mieux remplie que le taux ou le montant de la taxe est élevé, ce qui détourne le pollueur de son activité polluante. Si l'objectif d'une écotaxe est de modifier les comportements des producteurs ou des consommateurs dans un sens favorable à l'environnement, elle sera jugée à l'aune de sa capacité de dissuasion : plus les rentrées fiscales sont faibles, mieux l'écotaxe aura rempli son office. On est proche de la mesure de police et du principe de prévention auquel le principe du pollueur-payeur est d'ailleurs associé dans la directive européenne sur la responsabilité environnementale. En revanche, si la fiscalité environnementale vise à financer certaines actions ou certaines politiques environnementales sans avoir pour objectif prioritaire la modification des

33 Lignes directrices, point 3.1.1.1. Pour plus de détails, THIEFFRY P., *op. cit.*, p. 781 et suiv.

34 En ce sens, voir la contribution de J.-M. Harribey dans cet ouvrage, ainsi que VAN LANG A., *op. cit.*, p. 126 et suiv.

35 La redevance n'est pas à proprement parler de nature fiscale puisqu'il ne s'agit pas d'un prélèvement obligatoire. Sur ce point, MISONNE D., *Répertoire pratique de droit belge*, v° Urbanisme et environnement, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 2349 et suiv. Voir aussi la note 12 ci-dessus.

36 Ce terme général nous évite de prendre parti sur la qualification du prélèvement, impôt ou redevance.

comportements, l'appréciation change. La charge imposée au pollueur doit être fonction de sa contribution à la pollution qui va déterminer sa juste quote-part dans le financement de la politique environnementale.

De façon générale, la fiscalité environnementale doit affronter deux questions, celle de l'identification du redevable et celle de la base d'imposition. Le principe du pollueur-payeur guide, dans une certaine mesure, la jurisprudence et l'aide à apprécier la validité de certaines dispositions fiscales, à objectif environnemental.

1°. L'identification du redevable

Qui pollue? La plupart des pollutions résultent aujourd'hui de la conjugaison des activités de production et des actes de consommation finale ainsi que de la chaîne des actes qui permettent le transfert du bien ou du service produit.

Le principe du pollueur-payeur ne désigne pas toujours clairement, loin s'en faut, le débiteur de la taxe. En cas de la pollution de l'air par le CO₂ des gaz d'échappement, qui est le pollueur? Le fabricant du véhicule, le producteur de carburant, le propriétaire du véhicule? Même genre de question pour les déchets d'emballage, pour le bruit des aéroports ou encore pour la pollution causée par des hydrocarbures dont le transport – l'affaire de l'Erika commentée plus loin le montre bien – implique toute une série d'acteurs : transporteur maritime, vendeur et producteur du fioul. Dans la même veine, on pourrait se demander qui, au sein d'une entreprise, est le pollueur : les organes dirigeants de l'entreprise, les préposés, ou le coordinateur environnement, etc.

On peut faire le choix de frapper celui qui est à la source de la pollution et qui n'est pas nécessairement le pollueur effectif. Dans l'exemple de la pollution de l'air par le CO₂ des gaz d'échappement, le pollueur redevable de la taxe serait le producteur du véhicule car il est le mieux placé pour réduire les émissions alors qu'il n'est pas le pollueur effectif. Il répercutera normalement le montant de la taxe dans le prix réclamé au consommateur. Ce dernier est, dans une certaine mesure, protégé contre une hausse exagérée du prix du produit si le marché est concurrentiel car le producteur redevable de la taxe ne pourra pas dans ce cas répercuter la totalité de celle-ci dans le prix final.

La taxation en amont de la chaîne peut se justifier dans la mesure où le producteur joue un rôle déterminant sur la conception du produit ou du procédé et donc sur son intensité polluante. Cette formule peut aussi s'autoriser des principes de prévention et de correction, par priorité, à la source. Mais elle reste, au-delà des arguments, le résultat d'un choix qui a une dimension politique et qui ne peut s'appliquer, avec la même rigueur, dans tous les domaines.

En droit européen, le domaine de l'eau est régi par une directive-cadre du 23 octobre 2000, dont l'article 9 § 1, alinéa 1 requiert des États membres qu'« ils tiennent compte du principe de la récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources, [...] conformément au principe du pollueur-payeur ». En réalité, la tarification de l'eau, dans certains États comme la France, obéit plutôt au principe utilisateur-payeur dans la mesure où les coûts de protection de la ressource sont supportés indistinctement par les utilisateurs de l'eau, sans vraiment frapper les gros pollueurs³⁷.

Cet exemple montre que le principe du pollueur-payeur oriente l'action des pouvoirs publics d'une façon qui n'est pas totalement contraignante. Il suggère aussi qu'en ce qui concerne l'utilisation des ressources naturelles, le principe du pollueur-payeur devrait être complété par un principe utilisateur-payeur³⁸. On voit d'ailleurs apparaître, dans la littérature et sur la toile, des hybrides du genre « principe pollueur-utilisateur-payeur »...

2°. L'assiette et le taux de la taxe

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle et celle de la Cour de justice des Communautés européennes offrent de bonnes illustrations du rôle que le principe peut jouer dans le raisonnement des juges et de la difficulté, en pratique, d'en faire une application totalement rigoureuse et prévisible.

En Belgique, la Cour constitutionnelle contrôle le respect des règles d'égalité et de non-discrimination prévues aux articles 10 et 11

37 VAN LANG A., *op. cit.*, p. 128 et suiv. Comp. les remarques de NEURAY J.-F., *op. cit.*, p. 87 et suiv.

38 En ce sens, voir DE SADELEER N., *op. cit.*, 1999, p. 75 et suiv. faisant référence aux travaux de l'OCDE.

de la Constitution³⁹. La Cour constitutionnelle s'appuie sur le principe du pollueur-payeur dans de nombreux arrêts pour conforter son examen du respect du principe d'égalité entre les redevables d'une taxe environnementale, pour vérifier notamment la constitutionnalité de taxes relatives au déversement d'eaux usées ou à la gestion des déchets. Pour ne pas être contraire au principe d'égalité, une taxe environnementale dont la fonction est contributive doit être déterminée en fonction de la part que les pollueurs prennent dans la pollution et des efforts consentis par ceux-ci pour la réduire.

Un décret de la région wallonne du 30 avril 1990 institue une taxe sur le déversement des eaux usées industrielles et domestiques et prévoit que celle-ci est proportionnelle à la charge polluante des eaux déversées. Plusieurs exploitants de carrières contestent la formule de taxation parce qu'elle aboutit à ce que ceux qui rejettent, comme eux, de grandes quantités d'eaux faiblement polluées dans les eaux de surface sont discriminés par rapport à ceux qui rejettent des quantités d'eaux moindres mais plus fortement polluées dans les égouts ou les collecteurs. Sensible à leur argumentation, la Cour juge que la variable de la formule taxatrice de déversements d'eaux usées dans les eaux de surface est discriminatoire parce qu'elle accorde plus d'importance à la quantité des eaux déversées qu'à leur qualité. Elle ne répond donc pas à l'objectif de réduction de la pollution des eaux que le législateur poursuit au titre du principe du pollueur-payeur⁴⁰.

La Cour est attentive à affirmer le principe et à l'utiliser de façon mesurée, en combinaison avec le critère de proportionnalité, la disposition litigieuse n'étant annulée que si elle est manifestement contraire au principe du pollueur-payeur. Des sociétés reprochaient au législateur décretaal flamand de les traiter de façon discriminatoire par rapport à leurs concurrents en imposant leurs rejets d'eaux usées en fonction des déversements de l'année antérieure sans pour autant tenir compte des investissements qu'elles avaient réalisés entre-temps pour épurer leurs eaux. Cependant, la Cour a jugé que la taxe contestée n'était pas disproportionnée par rapport à l'objectif fixé et ce, même si le législateur n'avait pas suivi son intention d'appliquer le

39 La Cour d'arbitrage est devenue Cour constitutionnelle en mai 2007, dénomination qui sera utilisée en corps de texte. Les notes de bas de page utilisent l'abréviation C.A., les arrêts cités étant antérieurs à mai 2007.

40 C.A., n° 16/92, 12 mars 1992, B.3.3.

principe du pollueur-payeur en taxant les déversements d'une manière telle que les entreprises soient encouragées à polluer le moins possible⁴¹. Dans un arrêt du 14 juillet 1997, la Cour a vérifié la constitutionnalité d'une redevance régionale dont le taux augmentait progressivement en fonction de la quantité de lisier produite afin d'avoir les moyens financiers pour mener à bien sa politique environnementale et encourager la réduction de la pollution. Elle a reconnu qu'il était « raisonnablement justifié d'appliquer le principe du "pollueur-payeur" et d'imposer à ceux qui sont davantage responsables de la pollution par les engrais une redevance proportionnellement plus élevée »⁴².

La systématisation de la jurisprudence de la Cour n'est toutefois pas facile⁴³. Si elle est attentive à affirmer le principe, elle admet aussi que le législateur régional s'en écarte pour faire face à des situations particulières ou à cause des difficultés pratiques que rencontrerait la mise en place d'un régime fiscal totalement compatible avec le principe du pollueur-payeur⁴⁴.

Dans un arrêt du 3 juin 1993 rendu à propos d'une taxe forfaitaire perçue sur la production des déchets ménagers, la Cour juge que « dès lors qu'elle s'inspire du principe du pollueur-payeur, une fiscalité en matière de déchets n'obéit au principe de non-discrimination que si elle atteint ceux qui polluent et si elle tient compte de la mesure dans laquelle chaque redevable contribue à la nuisance contre laquelle la taxation s'efforce de lutter »⁴⁵. Ceci devrait l'amener à conclure qu'une taxe forfaitaire, établie sans tenir compte de la composition du ménage et du volume de déchets produits, est incompatible avec le principe du pollueur-payeur et a un effet discriminatoire à l'égard des ménages produisant moins de déchets que la moyenne retenue comme base de taxation forfaitaire. En l'espèce, le régime était redistributif puisqu'il était destiné à financer la politique publique menée par la Région wallonne dans le domaine de

41 C.A., n° 59/92 du 18 octobre 1992, B.4.6.

42 C.A., n° 42/97 du 14 juillet 97, B 52.4 et B 52.6.

43 NEURAY J.-F. (*op. cit.*, p. 239) qualifie la jurisprudence de la Cour d'empirique.

44 La Cour a jugé qu'en adoptant un régime fiscal sur la pollution des eaux s'inspirant du principe du pollueur-payeur, le législateur pouvait néanmoins s'écarter du principe qu'il avait lui-même retenu, pour tenir compte de circonstances particulières (C.A., n° 39/94 du 19 mai 1994, B.6.5.).

45 C.A., n° 41/93 du 3 juin 1993, B.3.4., *Amen-Env.*, 1993/3, obs. DE SADELEER N.

la gestion des déchets. La Région invoquait des difficultés pratiques pour établir un régime de taxation différencié en fonction de la quantité de déchets produits par chaque ménage. Tout en concédant la contrariété par rapport au principe, la Cour n'a cependant pas annulé la disposition litigieuse (B. 3.8.) Cet arrêt, qui concerne une législation aujourd'hui abrogée, nous semble fort contestable car il heurte de front le principe. Une taxation forfaitaire de ce genre ne trouverait actuellement plus grâce devant la Cour, étant donné l'expérience que le législateur a pu acquérir depuis.

La jurisprudence de la Cour n'est pas toujours prévisible, ce qui est dû pour une bonne part à la complexité des situations, des législations et des arguments soulevés. Les principes peuvent orienter un raisonnement ou une décision, ils ne peuvent pas la déterminer avec une exactitude mathématique. L'ambition est, plutôt que d'assurer une stricte égalité, d'éviter une discrimination flagrante et une contradiction manifeste avec le principe du pollueur-payeur. Celui-ci joue un rôle d'auxiliaire ; il est proche du principe de proportionnalité selon lequel doit exister un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé. La mise en conformité au principe s'opère graduellement et s'améliore normalement avec le temps, au fil des contestations.

Au niveau européen, le type de question soulevé est similaire, comme l'illustre un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 16 juillet 2009⁴⁶. L'affaire oppose des sociétés hôtelières aux autorités italiennes, à propos d'une taxe sur les déchets dont le mode de calcul aboutissait à les imposer beaucoup plus lourdement que des particuliers occupant des locaux à usage d'habitation. Les sociétés hôtelières déplorent que le montant des taxes pour l'élimination des déchets soit calculé sur la base des surfaces utilisées par les hôtels et de leur capacité économique et non en fonction du volume de déchets produit. Il s'agit, selon elles, d'une discrimination. Estimant que les dispositions applicables du droit italien semblent contraires au droit communautaire, le juge italien, avant de statuer, interroge la Cour de justice sur la compatibilité d'un tel système avec le principe du pollueur-payeur, principe directeur de

46 C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Futura Immobiliare e.a.*, C-254/08.

l'article 15 de la directive du 5 avril 2006 sur les déchets⁴⁷. La Cour reste prudente et donne au juge italien des indications intéressantes. Elle souligne (points 48 et s.) qu'il n'existe pas de réglementation en droit communautaire imposant aux États membres une méthode précise pour le financement du coût de l'élimination des déchets urbains. D'autre part, sensible aux difficultés pratiques qu'il y aurait à déterminer le volume exact de déchets urbains remis à la collecte par chaque détenteur⁴⁸, la Cour admet qu'une taxe puisse se fonder sur une évaluation du volume de déchets produits, non sur la quantité de déchets effectivement produite et opérer des distinctions en fonction de la nature des déchets produits. Si les États disposent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne la détermination des modalités d'une taxe sur les déchets, encore faut-il que les critères retenus n'aboutissent pas à imputer à certaines catégories, en l'occurrence les hôteliers, des coûts manifestement disproportionnés par rapport aux volumes ou à la nature des déchets qu'ils sont susceptibles de produire. À la juridiction italienne de le vérifier en fonction des éléments de fait et de droit qui lui sont soumis. Et en tenant compte très probablement des nettes réserves formulées par l'avocat général Kokott sur la compatibilité du critère de la capacité économique, utilisé par la réglementation italienne, avec le principe du pollueur-payeur⁴⁹. Ici encore, le principe du pollueur-payeur, considéré comme une expression du principe de proportionnalité, permet de contester des critères de taxation manifestement inappropriés.

2.3. *Le principe du pollueur-payeur et l'imputation des responsabilités*

Avant de proposer quelques réflexions de synthèse, poursuivons l'examen de la jurisprudence européenne dans le domaine de la responsabilité, toujours à propos de l'élimination des déchets.

47 Telle est du moins la façon dont Madame Kokott, avocat général, reformule la question du juge italien dans ses conclusions du 23 avril 2009 (points 15 et s.). Ces conclusions contiennent des développements intéressants sur l'essence du principe du pollueur-payeur et sur son lien étroit avec le principe de proportionnalité.

48 Voir sur ce point les conclusions de l'avocat général Kokott, points 40 et suiv.

49 Conclusions, points 64 et suiv.

Le 12 décembre 1999, l'Erika sombre au large des côtes bretonnes déversant une partie de sa cargaison et de ses soutes en mer, ce qui entraîne une pollution du littoral atlantique français. Cette affaire a entraîné des répercussions juridiques insoupçonnées dont l'onde de choc s'est propagée au niveau national et européen. Pour en comprendre l'importance, il faut dire quelques mots de la façon dont l'opération de transport maritime est organisée en l'espèce. La construction juridique, comme souvent en matière maritime, est particulièrement complexe, à la fois à cause du partage des tâches entre les différents intervenants mais aussi à cause de l'interposition de sociétés écrans permettant à l'industrie pétrolière de limiter ou d'éviter ses responsabilités. La société italienne ENEL, productrice d'électricité, a conclu un contrat avec Total International Ltd portant sur la livraison de fioul lourd destiné à servir de combustible pour la production d'électricité. Pour exécuter ce contrat, la société Total France vend ce fioul lourd à Total International Ltd, qui affrète (loue) l'Erika pour transporter le fioul de Dunkerque à Milazzo, en Sicile. L'Erika est un navire battant pavillon maltais. Vieux de plus de vingt-cinq ans, il a subi antérieurement de nombreuses avaries. Son équipage est peu expérimenté. Dans ce genre d'affaire, il n'est guère utile de rechercher la responsabilité des armateurs de navires qui, selon une pratique répandue, constituent une société à personnalité juridique distincte par navire. Ceci permet de limiter la responsabilité à la valeur du navire lui-même, valeur le plus souvent dérisoire par rapport au dommage causé. La tentation est évidemment grande, pour les victimes du drame écologique, « de lever le voile », c'est-à-dire de ne pas limiter l'action pénale ou civile au propriétaire du navire et d'assigner les sociétés ayant pris part au montage ou la société mère qui les contrôle. Il s'ensuit une première décision retentissante rendue par le tribunal de grande instance de Paris le 16 janvier 2008 qui reconnaît coupables du délit de pollution maritime le propriétaire du bateau, la société de classification et la société Total France dans la mesure où celle-ci avait donné son feu vert à un navire dont elle ne pouvait ignorer les risques de défaillance. En outre, la décision consacre, dans une certaine mesure, l'indemnisation du préjudice écologique pur causé à l'environnement en tant que tel,

indépendamment des éventuelles répercussions économiques sur les activités humaines⁵⁰.

Ce n'est pas tout. La commune de Mesmer, dont le territoire côtier avait été souillé suite à la catastrophe, avait engagé des dépenses de nettoyage dont elle avait obtenu remboursement partiel en vertu d'une convention internationale d'application en cas de dommages causés par les hydrocarbures. Elle cherchait à en obtenir le remboursement intégral. Elle introduit, le 9 juin 2000, une action devant le tribunal de commerce de Saint-Nazaire, pour faire condamner les sociétés Total *in solidum* au paiement des dépenses engagées, soit 69 232,42 euros. Déboutée, elle interjette appel devant la Cour d'appel de Rennes, qui, par arrêt du 13 février 2002, confirme le jugement de première instance. La commune invoquait différents arguments dont le régime communautaire applicable à l'élimination des déchets prévu dans la directive 75/442/CEE du 15 juillet 1975⁵¹. L'article 15, second tiret, de cette directive prévoit que, conformément au principe du pollueur-payeur, le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par les détenteurs antérieurs ou par le producteur du produit générateur des déchets. Selon la commune, les hydrocarbures accidentellement déversés en mer constituaient des déchets au sens de la directive et le coût de leur élimination devait donc être imputé aux sociétés Total International Ltd et Total France, respectivement en leurs qualités de « détenteurs antérieurs » ou de « producteur du produit générateur ». Déboutée en appel, la commune de Mesquer se pourvoit en cassation.

Le litige présente des difficultés sérieuses d'interprétation de la directive 75/442. La Cour de cassation française décide de surseoir à statuer et de poser une série de questions à la Cour de justice des Communautés européennes. Celle-ci rend, le 24 juin 2008, un arrêt

qui peut être considéré comme un « grand » arrêt du droit européen de l'environnement en raison de l'importance des questions qu'il traite et de l'impact des réponses qu'il y apporte⁵². Les deux premières questions concernent la notion de déchets. Le fioul lourd, produit issu d'un processus de raffinage, peut-il être qualifié de déchet au sens de l'article 1^{er} de la directive 75/442 ? À cette question, la Cour de justice, suivant les conclusions de l'avocat général Kokott, répond que le fioul lourd transporté par le navire ne constitue pas un « déchet » dès lors qu'il est exploité ou commercialisé dans des conditions économiquement avantageuses et qu'il est susceptible d'être effectivement utilisé en tant que combustible sans nécessiter d'opération de transformation préalable (point 48 de l'arrêt). Toutefois, la Cour de cassation française pose une deuxième question concernant le déversement accidentel du fioul en mer : le fioul reste-t-il un produit ou devient-il un déchet ? Reprenant le raisonnement qu'elle avait tenu dans l'affaire *Van de Walle*⁵³, la Cour estime que des hydrocarbures accidentellement déversés en mer lors d'un naufrage, mélangés à de l'eau ainsi qu'à des sédiments et dérivant le long des côtes d'un État membre, sont des substances que leur détenteur n'avait pas l'intention de produire et dont il se défait, quoique involontairement, à l'occasion de leur transport en mer. Elles peuvent donc être qualifiées de déchets au sens de la directive (point 63 de l'arrêt).

À partir du moment où la directive-cadre relative aux déchets est applicable aux hydrocarbures mélangés à l'eau et aux sédiments échoués sur les plages, le coût de l'élimination doit, selon la directive, être supporté par le détenteur, les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets. Il faut alors répondre à la troisième question posée par la Cour de cassation française qui

50 Cette question, que nous n'examinons pas ici, a donné lieu à de nombreux commentaires. Voir NEYRET L., « Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement », *Dalloz*, 2008, chron. 2681.

51 Directive 75/442/CEE du Conseil, du 15 juillet 1975, relative aux déchets (JO L 194, p. 39), modifiée par la décision 96/350/CE de la Commission, du 24 mai 1996 (JO L 135, p. 32) et remplacée par la directive 2006/12/CE du 5 avril 2006 (JO L 114, p. 9). La commune invoquait, outre le régime des déchets, la responsabilité civile du fait des choses et du fait des produits défectueux. Pour plus de détails sur ces deux arguments, BOUTONNET M., « Vers une indemnisation des victimes des marées noires en dehors du droit de la responsabilité civile », *Dalloz*, 12 mars 2009, p. 702 et suiv.

52 C.J.C.E., 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07. Pour un commentaire, DE SADELEER N., « Arrêt "Erika" : Le principe du "pollueur-payeur" et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier », *Journal de droit européen*, 2008, p. 239 et suiv.

53 C.J.C.E., 7 septembre 2004, P. *Van De Walle et crts*, C-1/03 ; *Amén.-Env.*, 2005, p. 53 et uiv. obs. SAMBON J., « Les terres contaminées sont-elles des déchets au sens de la directive 75/447/CEE ? » L'arrêt, rendu à propos d'une pollution du sol par des fuites d'hydrocarbures en provenance d'une station-service, n'exclut pas qu'une société pétrolière qui approvisionne une station service puisse être considérée comme détentrice de ces déchets au sens de la directive 75/442 et être tenue du coût de leur élimination si la fuite des installations de stockage lui est imputable.

demande « si le producteur du fioul lourd (Total raffinage) et/ou le vendeur et affréteur (Total International Ltd) peuvent être considérés comme producteur et/ou détenteur du déchet selon la directive, alors qu'au moment de l'accident qui l'a transformé en déchet le produit était transporté par un tiers, la société maltaise ? ». On perçoit naturellement tout l'intérêt d'une réponse de principe positive à cette question pour la commune de Mesquer. Tendant d'appliquer les notions de « détenteur » et de « détenteurs antérieurs » de la directive à l'affaire qui lui est soumise, la Cour, conformément à sa jurisprudence *Van de Walle*, estime (points 74 et suiv.) que le propriétaire du navire transportant les hydrocarbures est, en fait, en possession de ceux-ci immédiatement avant qu'ils ne deviennent des déchets. Dans ces conditions, le propriétaire du navire peut donc en principe être considéré comme ayant produit ces déchets et être qualifié de « détenteur » au sens de l'article 1^{er}, c), de la directive 75/442. Toutefois, la directive dans son article 15 n'exclut pas, conformément au principe du pollueur-payeur, que le coût de l'élimination des déchets soit mis à charge d'autres catégories de personnes, détenteurs antérieurs ou producteurs du produit générateur des déchets, en raison de leur contribution à la production des déchets et, le cas échéant, au risque de pollution qui en résulte.

En d'autres termes, le juge national peut imputer le coût de l'élimination des déchets au vendeur des hydrocarbures et affréteur du navire et même au producteur du fioul lourd s'il estime, au vu des éléments soumis à son appréciation, qu'ils ont contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par ce naufrage, en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires pour prévenir l'événement dommageable, notamment en choisissant un navire inadéquat.

Restait une difficulté dont on résume l'essentiel. En l'espèce, deux conventions internationales auxquelles la France était partie prévoyaient des limitations ou exonérations de responsabilité en faveur du propriétaire du navire et de l'affréteur pour les dommages causés par hydrocarbures⁵⁴. L'application de ces conventions avait

54 Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, adoptée à Bruxelles le 29 novembre 1969, telle que modifiée par le protocole signé à Londres le 27 novembre 1992 (JO 2004, L 78, p. 32).
Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation

pour effet de ne permettre qu'une indemnisation partielle de la commune de Mesquer et de laisser à sa charge une partie du coût de l'élimination des déchets. Résultat contraire à l'article 15 de la directive qui, interprété par la Cour à la lumière du principe du pollueur-payeur, ne prévoit pas de limite à l'engagement des détenteurs de déchets.

Le raisonnement de la Cour se fait en deux temps. D'une part, ces limitations et exonérations sont prévues par des accords internationaux auxquels la Communauté n'est pas partie et ne la lient donc pas. D'autre part, si le droit d'un État membre, conformément aux conventions internationales auxquelles il est partie, fait obstacle à ce que les coûts d'élimination soient supportés par le propriétaire du navire ou l'affréteur, il doit alors permettre que ces coûts soient supportés par le « producteur du produit générateur des déchets » ainsi répartis. Cependant, en vertu du principe du pollueur-payeur, le producteur ne pourra être tenu de supporter ces coûts que dans la mesure où il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire (points 82 et suiv.).

L'affaire continue, montrant la collaboration et la perméabilité des ordres juridiques. Le 17 décembre 2008, la Cour de cassation française casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 13 février 2002 en appliquant les enseignements de l'arrêt rendu par la Cour de justice et renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de Bordeaux. À celle-ci de déterminer en fait si le vendeur-affréteur et, plus subsidiairement, le producteur du produit générateur des déchets, les sociétés Total, peuvent être tenues du coût de l'élimination des déchets parce qu'ils ont contribué au risque de survenance de la pollution. Étant donné la piètre qualité du navire choisi par Total et sa condamnation pénale pour délit de pollution par le tribunal de grande instance de Paris le 16 janvier 2008, la Cour d'appel de Bordeaux devrait retenir la responsabilité de Total en tant qu'affréteur mais aussi celle de Total en tant que producteur, parce qu'il a contribué par son activité au risque de survenance de la pollution occasionnée par le navire⁵⁵.

pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), adoptée à Bruxelles le 18 décembre 1971, telle que modifiée par le protocole signé à Londres le 27 novembre 1992 (JO 2004, L 78, p. 40).

55 En ce sens, BOUTONNET M., *op. cit.*, p. 705.

3. Un principe régulateur au contenu variable

Le principe du pollueur-payeur s'est transformé et continuera, à notre avis, de se transformer à mesure qu'il s'étend. Issu de la théorie économique, il a ensuite servi de principe de politique économique avant de servir de référence au législateur et aux juridictions qui en concrétisent le rôle et la portée de façon parfois inattendue. Il a, dans ses migrations, incorporé de multiples fonctions.

Le principe du pollueur-payeur a une fonction d'intégration économique qui reste présente. Il est invoqué pour prévenir les distorsions concurrentielles et interdire, sous réserve d'exceptions, les aides d'État visant à financer des investissements antipollution ; admettre ces aides sans restriction reviendrait à consacrer le principe du pollueur payé. Le principe a aussi pour fonction de fonder l'internalisation, partielle ou totale, du coût des pollutions et, partant, il incite le pollueur ou la communauté des pollueurs à prévenir ou à réduire celles-ci. Il joue alors comme un instrument de prévention, *ex ante*. En matière de fiscalité environnementale, cette fonction préventive doit se concilier avec la fonction redistributive. Celle-ci doit s'opérer conformément au principe de proportionnalité avec lequel le principe du pollueur-payeur entretient des liens étroits. Une tension existe entre la fonction préventive et la fonction redistributive. La réussite totale de la première signifierait la fin de la seconde.

Plus récemment, le principe s'est étendu à la responsabilité, ce qui est plus inattendu. En effet, la responsabilité civile des juristes est d'abord une technique de réparation des dommages causés par un fait générateur ayant en principe une certaine connotation morale, la faute. La responsabilité civile des juristes ne se résume pas à la recherche d'un pollueur ni même d'un payeur. Néanmoins, elle est depuis déjà longtemps dominée par un objectif d'indemnisation des victimes, ce qui a conduit à élargir la notion de faute et même à l'abandonner au profit de régimes de responsabilité objective ou sans faute. Il n'y aurait qu'un pas à faire pour soutenir que le principe du pollueur-payeur vient conforter la responsabilité dans sa fonction indemnitaire, d'imputation des dommages. La réalité est cependant plus complexe et tortueuse que cette reconstruction rétrospective.

Il est un fait que le principe du pollueur-payeur a fini par être utilisé dans différents textes européens pour fonder un régime de

responsabilité en matière de dommages causés à l'environnement. La directive européenne du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale indique dans son deuxième considérant, qu'« [il] convient de mettre en œuvre la prévention et la réparation des dommages environnementaux en appliquant le principe "pollueur-payeur" inscrit dans le traité, et conformément au principe du développement durable... ». Ce faisant, elle consacre sur le plan juridique un principe sans aucune connotation morale, dont le contenu n'est pas univoque et dont la fonction première n'était pas d'assurer la réparation des dommages environnementaux. Le principe fonde ici une responsabilité environnementale centrée sur la prévention des dommages alors que la responsabilité civile traditionnelle est un instrument de répartition des dommages survenus, *ex post*. Pourquoi pas ? D'un point de vue économique, la responsabilité est un outil d'internalisation comme un autre. Avec un enrichissement spectaculaire : dans la directive, l'objectif de prévention prime celui de la réparation des dommages environnementaux, ce qui rapproche la responsabilité d'une mesure de police⁵⁶. Ce qui souligne aussi que le principe du pollueur-payeur ne peut être dissocié du principe de prévention auquel il est associé dans l'article 191 du traité.

Soulignons enfin que, pour le grand public, le principe revêt une signification conforme à la morale populaire : qui casse paie. Cette signification plus moralisante jouera sans doute aussi un rôle diffus dans la façon dont les cours et tribunaux interpréteront le principe.

Le pollueur-payeur est un principe régulateur. À la différence de règles au contenu juridique précis, il oriente une action, une politique ou une décision en laissant une marge importante d'appréciation à l'autorité qui y est soumise. Il ne dicte pas un régime ou une solution de façon absolument contraignante ou déterministe. Il souffre des exceptions qui doivent être précisées. Plus positivement, il est flexible, comme tout principe. Cette flexibilité apparaît au niveau des instruments qui en assurent la mise en œuvre : si les outils

56 Pour de plus amples explications, THUNIS X., « Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale » in VINEY G., DUBUISSON B. (éds), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2006, p. 25 et suiv.

économiques et fiscaux sont privilégiés, une internalisation peut aussi être assurée par une réglementation directe ou par le droit de la responsabilité. Dans le même ordre d'idées, on a souligné que le choix du pollueur-payeur, du redevable de la taxe ne se déduisait pas immédiatement du principe lui-même, pas plus d'ailleurs que le choix d'un mode de taxation. Comme le montre la jurisprudence nationale et européenne, il y a place pour un choix, pour une imputation des charges qui ne soit pas manifestement contraire au principe. Parfois, le principe du pollueur-payeur permet aux juridictions une certaine audace : dans l'affaire *Erika*, il aboutit à déclarer redevable ou responsable – la nuance est mince – des acteurs qu'il eût été difficile de poursuivre sur la base des règles traditionnelles de responsabilité. Ce n'est pas pour autant l'arbitraire puisque la jurisprudence européenne l'utilise à l'appui de l'interprétation d'une règle très précise, en l'occurrence l'article 15 de la directive-cadre sur les déchets.

Le principe du pollueur payeur a des limites. Il ne faut pas lui demander plus que ce qu'il a ni plus que ce qu'il est. Ces limites apparaissent nettement quand il s'étend ou se confronte à un domaine « juridico-juridique », comme le droit de la responsabilité civile balisé par une histoire longue et une tradition forte. Le principe du pollueur-payeur n'est pas un principe de responsabilité. Il peut utilement orienter la solution de certaines questions ou servir de grille de lecture critique de solutions traditionnelles peu opportunes. Sur d'autres questions, disons qu'il est ouvert, pour ne pas dire muet. Prenons une question aussi fondamentale que la qualification générale d'un régime de responsabilité. Un régime de responsabilité sans faute est-il le corollaire du principe du pollueur-payeur ? Il n'y pas de réponse nette à cette question. La Convention de Lugano du 21 juin 1993 affirme qu'un régime de responsabilité sans faute est le plus adéquat pour assurer la mise en œuvre du principe du pollueur-payeur⁵⁷. La directive européenne sur la responsabilité environnementale contredit, au moins partiellement, cette affirmation. Alors qu'elle se base sur le principe du pollueur-payeur, elle prévoit, dans un article 3 assez touffu, deux régimes de responsabilité distincts, tantôt sans faute,

57 Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, 6^e considérant, p. 2.

tantôt pour faute en fonction de la nature de l'activité professionnelle de l'exploitant (dangereuse ou non) et du type d'élément naturel affecté par l'activité en cause (eau, habitats protégés, sol). De façon générale, la directive tire peu de conséquences juridiques précises du principe. À notre avis, le principe du pollueur-payeur ne préjuge pas d'un système de responsabilité, qu'il soit ou non fondé sur la faute parce qu'il n'est pas un principe de responsabilité⁵⁸.

Le principe du pollueur-payeur a un parfum économique. Mettre en évidence ses limites ne revient pas à le condamner mais permet de mieux en cerner l'utilité. Il appartient aux juristes de préciser par touches successives la définition et la portée du principe pour construire un droit de l'environnement qui soit efficace et reste juste.

Bibliographie⁵⁹

- BONTEMPS Ph., ROTILLON G., *L'économie de l'environnement*, Paris, éd. La Découverte, 2008.
- BÜRGENMEIER B., *Politiques économiques du développement durable*, Bruxelles, de Boeck, 2008.
- DE SADELEER N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- DE SADELEER N., *Environmental Principles From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- JANS J., VEDDER H., *European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2008.
- NEURAY J.-F., *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- PÂQUES M., *Fondements et principes du droit de l'environnement de l'Union européenne*, Université de Liège, Faculté de droit, 2003.
- THIEFFRY P., *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, Paris, PUF, 2007.

58 En ce sens, KRÄMER L., « Le principe du pollueur-payeur (« Verursacher ») en droit communautaire », *Amin-Env.*, 1991/1, p. 10.

59 La bibliographie se limite aux ouvrages dans lesquels le lecteur trouvera toutes références utiles.