

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le principe du pollueur-payeur

Thunis, Xavier; de Sadeleer, Nicolas

Published in:
Aménagement-environnement

Publication date:
1995

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X & de Sadeleer, N 1995, 'Le principe du pollueur-payeur: idéal régulateur ou règle de droit positif ?', *Aménagement-environnement*, numéro N° spécial , pp. 3-15.

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.

INTRODUCTION

C'est plus par le faisceau de valeurs, d'idées et de préjugés qu'ils cristallisent que par la rigueur de leur élaboration théorique que certains principes emportent l'adhésion, à demi-réfléchie, de la communauté juridique. Comme la bonne foi ou la sécurité juridique, le «pollueur-payeur» est-il, sera-t-il un de ces principes échappant à l'analyse qui prétendrait en fixer le sens ou en clôturer la signification?

Il faut le rappeler d'emblée: le principe du pollueur-payeur est d'abord une règle économique d'allocation des coûts qui trouve sa source dans la théorie des externalités développée au début des années vingt par l'économiste anglais PIGOU⁽¹⁾. La production ou la consommation d'un bien ou d'un service provoque un certain nombre d'effets externes qui ne sont pas pris en compte par le marché et qu'il faudrait cependant internaliser, c'est-à-dire intégrer dans le prix du bien ou du service en question, en les imputant à ceux qui en sont la cause. Les externalités négatives sont fréquentes dans le domaine de l'environnement qu'il s'agisse d'externalité de consommation (p. ex., les émissions de poussière de la cimenterie locale abîmant les fleurs du jardin) ou d'externalité de production (p. ex., une entreprise par ses rejets pollue l'eau d'une rivière utilisée aussi par une entreprise de pêche localisée en aval)⁽²⁾. La pollution est un cas typique d'externalité négative dont le coût n'est pas pris en compte dans le prix de revient du bien produit ou consommé par les pollueurs. L'absence d'imputation de ces coûts s'apparente, a-t-on dit, à un «enrichissement sans cause»⁽³⁾. Le principe du pollueur-payeur oblige le pollueur à prendre en charge les coûts externes causés par sa pollution. L'internalisation est totale lorsque tous les coûts de la pollution sont pris en charge par celui-ci; elle n'est que partielle lorsqu'une partie est reportée sur la collectivité.

Issu de la théorie économique⁽⁴⁾, le principe quitte progressivement la sphère des bonnes intentions et des gloses doctrinales pour servir de référent au législateur ou d'élément de motivation aux juridictions appelées à déduire la solution d'un cas d'espèce. Est-il pour autant possible d'en tirer des conséquences juridiques précises? Telle est la question à laquelle tente de répondre notre étude largement exploratoire.

Après avoir rappelé l'affirmation progressive du principe dans les textes de l'O.C.D.E. et de la Communauté européenne (chap. I^{er}), l'on s'efforcera d'en préciser le contenu et d'en analyser les répercussions dans les domaines de la fiscalité et de la responsabilité environnementales (chap. II).

CHAPITRE I^{er}. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR COMME UN PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL

Le principe du pollueur-payeur a d'abord été consacré par des recommandations adoptées par le Conseil de l'O.C.D.E. (section 1). La Communauté européenne a rapidement emboîté le pas (section 2). Après avoir souligné son évolution, l'on formulera quelques réflexions sur la signification du principe (section 3).

SECTION 1^{re}. LES RECOMMANDATIONS DE L'O.C.D.E.

Initialement, le principe apparaissait comme une justification de la prohibition des aides d'Etat tendant à financer des investissements anti-pollution. Que des entreprises privées puissent continuer à bénéficier des aides publiques pour financer ce type d'investissements aurait été contraire à la doctrine du libre échange⁽⁵⁾. En effet, de telles aides sont susceptibles

(1) A.C. PIGOU, *The economics of welfare*, London, MacMillan, 2^e éd., 1924.

(2) V. la synthèse de H. VARIAN, *Introduction à la micro-économie*, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 589 et s.

(3) J. DUREN, «Le Pollueur-Payeur – L'application et l'avenir du principe», *R.M.C.*, n° 305, mars 1987, p. 144.

(4) Si la théorie des externalités est un sujet traditionnel de la science économique, le principe du pollueur-payeur, hormis les textes de l'O.C.D.E. analysés plus loin est rarement consacré ou admis comme tel dans les études économiques. Au contraire l'article fondateur de R. COASE («The Problem of Social Cost», *J. Law & Economics* (1960)) 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. L'applicabilité même du principe pollueur-payeur dans un contexte international a été contestée dans des études économiques récentes. Cf. K.G. MÄLER (1990), «International Environmental Problems», *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 6, (1), p. 80 à 108; C. D'ASPREMONT et L.A. GERARD-VARET, «Négociations internationales sur l'environnement: principes de coopération et stratégies nationales», in *Les fonctions collectives dans une économie de marché*, 10^e congrès des économistes belges de langue française, 1992, p. 41 et s. La popularisation du principe, notamment par le biais des travaux de l'O.C.D.E. paraît avoir gommé les nuances.

(5) Dans la recommandation C(72) 128 du 26 mai 1976, le Conseil de l'O.C.D.E. soulignait que les mesures prises par les pollueurs pour internaliser les coûts de la pollution «ne devraient pas être accompagnées de subventions susceptibles d'engendrer des distorsions importantes dans le commerce et les investissements internationaux». V. aussi le point 1 de la Communication de la Commission au Conseil de Ministres de la Communauté européenne relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement: «Afin d'éviter que des distorsions de concurrence n'affectent les échanges et la localisation des investissements, ce qui serait incompatible avec le bon fonctionnement du marché commun, il convient d'imputer les coûts liés à la protection de l'environnement contre la pollution selon les mêmes principes dans toute la Communauté».

de provoquer des distorsions de concurrence^(5bis). Les exceptions à l'interdiction des aides n'étaient autorisées que dans des circonstances exceptionnelles et moyennant le respect de conditions précises: elles ne pouvaient être octroyées qu'à des entreprises confrontées à de sérieuses difficultés, elles étaient limitées à des périodes transitoires et ne devaient pas causer de distorsions importantes dans les échanges commerciaux et les investissements internationaux. Cette philosophie néo-libérale qui sous-tend le principe n'a jamais été remise en question.

Limité, à ses débuts, à une internalisation partielle des coûts provoqués par des pollutions chroniques et continues, le principe a été progressivement élargi pour assurer l'internalisation de l'ensemble des coûts induits par la pollution⁽⁶⁾. Cette évolution mérite d'être rappelée par un commentaire succinct des principales recommandations de l'O.C.D.E.

Énoncé pour la première fois dans la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. du 26 mai 1972 sur les Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, le principe se limitait à régler «l'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution»⁽⁷⁾ ainsi que des mesures administratives afférentes. Il n'était donc pas conçu pour obliger les pollueurs à assumer toutes les conséquences de leurs actes. En outre, cette première recommandation soulignait que le pollueur devait seulement «se voir imputer les dépenses relatives aux mesures arrêtées par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable». Ses auteurs n'avaient pas jugé raisonnable que le principe conduise à la suppression de toute forme de pollution⁽⁸⁾.

Ce n'est qu'au début des années nonante que le principe a connu un nouvel essor au niveau de l'O.C.D.E.

Un premier pas important fut franchi lorsque le Conseil de l'O.C.D.E. décida dans une recommandation du 5 juillet 1989, d'appliquer le principe du pollueur-payeur aux pollutions d'origine accidentelle liées aux substances dangereuses⁽⁹⁾. Ainsi, les mesures de prévention des pollutions accidentelles et le coût des mesures de lutte contre ces pollutions doivent être imputés à leurs auteurs. L'application du principe aux pollutions accidentelles n'a cependant pas un caractère absolu puisque le pollueur ne doit supporter que le coût des «mesures raisonnables» adoptées pour contrer la pollution accidentelle⁽¹⁰⁾.

Un autre pas fut franchi en 1991 lorsque le Conseil de cette organisation admit dans une recommandation relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, qu'une «gestion durable et économiquement efficace des ressources d'environnement» ne requerrait plus seulement l'internalisation des coûts de prévention et de lutte contre la pollution mais aussi l'internalisation du coût des dommages⁽¹¹⁾. Dès lors, le pollueur est tenu de prendre en charge non seulement les mesures de prévention et de lutte contre la pollution (par exemple, la construction d'une installation de traitement de déchets) et les coûts administratifs afférents (par exemple, les mesures de surveillance des installations trai-

tant des déchets), mais également les dommages causés par la pollution (p. ex., la détérioration des écosystèmes en raison du traitement des déchets).

L'extension du principe pollueur-payeur aux pollutions accidentelles est fondamentale car il se transforme alors en mesure redistributrice de dommages réalisés à répartir, de coûts à imputer ex post^(11bis).

SECTION 2. LE DROIT COMMUNAUTAIRE

Le principe du pollueur-payeur s'est imposé graduellement comme un des piliers de la politique communautaire de l'environnement. S'inspirant des recommandations de l'O.C.D.E., le Conseil de Ministres a d'abord explicité le principe dans plusieurs recommandations et résolutions⁽¹²⁾ et lui a ensuite donné une portée normative en adoptant plusieurs directives concernant la gestion des déchets. Il a par la suite été consacré comme un principe fondateur de la politique communautaire de l'environnement par son insertion dans le Traité de la Communauté européenne (art. 130R, § 2). Ici aussi, un bref rappel de l'évolution s'impose.

Le principe a été énoncé pour la première fois dans le premier programme d'action en matière d'environnement (1973-1976). Le Conseil a reconnu dans ce programme que les frais occasionnés par la prévention et la suppression des nuisances incombent, normalement, aux pollueurs. Des exceptions ne pouvaient être acceptées que dans la mesure où il n'en résultait pas de distorsions importantes au niveau des échanges et des investissements internationaux⁽¹³⁾.

Afin de préciser ses modalités d'application, le Conseil a adopté le 3 mars 1975 une recommandation 75/436/Euratom/C.E.C.A./C.E.E. relative à l'imputa-

(5bis) Pour une discussion S. GAINES, «The Polluter – Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos», *Texas International Law Journal*, vol. 26, p. 470 et s. où l'auteur analyse la compatibilité des subventions à la recherche et au développement avec le principe du pollueur-payeur.

(6) H. SMETS, «Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement», *R.G.D.I.P.*, 1993, n° 2, p. 346.

(7) C(72) 128 (final) O.C.D.E., 1972.

(8) Dans une note sur la mise en œuvre du principe du pollueur-payeur, le Comité de l'environnement souligne d'ailleurs qu'étant un simple principe d'allocation efficace des coûts, il ne doit pas déboucher sur l'élimination totale de la pollution. Cf. Direction de l'environnement de l'O.C.D.E., *Le principe pollueur-payeur*, 1975.

(9) C(89) 88 (final) O.C.D.E., 1989.

(10) Le principe n'a donc pas pour objet de transférer aux pollueurs n'importe quelle dépense des pouvoirs publics ni de pénaliser un agent économique qui n'a aucun moyen d'agir pour éviter la pollution accidentelle. Cf. Direction de l'environnement de l'O.C.D.E., *Le principe pollueur-payeur*, p. 8 (O.C.D.E./GD (92) 81).

(11) C(90) 177 (final) O.C.D.E., 1991.

(11bis) S. GAINES, *op. cit.*, p. 481 et s.

(12) Tout en n'étant pas obligatoire, la recommandation n'est pas pour autant dépourvue d'effets juridiques. En principe, la recommandation ne lie pas. Toutefois, le juge national est tenu de prendre en compte les recommandations en vue de la solution des litiges qui lui sont soumis notamment dans l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter les dispositions communautaires ayant un caractère contraignant (C.J.C.E., 13 décembre 1989, aff. C-322/88, *Rec.*, p. 4.407, point 18).

(13) *J.O.C.E.*, n° C 112 du 20 décembre 1973, p. 6.

tion des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement qui reprend, dans ses grandes lignes, les règles élaborées par l'O.C.D.E.⁽¹⁴⁾.

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». Le pollueur est défini comme celui qui «dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation».

Les principaux instruments à la disposition des pouvoirs publics pour mettre en œuvre le principe du pollueur-payeur sont les *normes* et les *redevances*, perçues avant tout, dans la recommandation du 3 mars 1975 comme des instruments *préventifs* destinés à modifier le comportement du pollueur.

Il convient de distinguer parmi les instruments de la première catégorie, les normes de qualité de l'environnement, les normes de procédé et les normes de produits. Les premières prescrivent, par la voie de moyens juridiques contraignants, les niveaux de pollution et de nuisances à ne pas dépasser dans un milieu considéré. Les secondes se rapportent au fonctionnement et aux rejets des installations polluantes. Les dernières prescrivent les caractéristiques écologiques des produits.

Quant aux redevances, elles sont entendues de manière très large. Elles recouvrent tout prélèvement financier qui fait supporter au pollueur sa quote-part des dépenses collectives qu'implique la lutte contre la pollution qu'il a provoquée.

Elles remplissent une double fonction. Elles doivent, à titre principal, «inciter le pollueur à prendre lui-même au moindre coût les mesures nécessaires pour réduire la pollution dont il est l'auteur». Ce caractère incitatif peut leur conférer une supériorité par rapport aux normes décrites ci-dessus. En effet, elles apparaissent aux yeux des redevables comme plus souples que les normes contraignantes car elles leur laissent le choix de réduire leur pollution au niveau qui leur paraît optimal.

À titre accessoire, les redevances peuvent avoir un caractère redistributif qui consiste à faire supporter au pollueur «sa quote-part des dépenses des mesures collectives». Dans la mesure où la redevance est appelée à remplir la seconde fonction, elle doit être prélevée de manière telle que «son montant global soit égal à la somme des charges collectives d'élimination des nuisances».

Plusieurs exceptions analogues à celles admises au sein de l'O.C.D.E. sont toutefois prévues. Dans le cas où l'imputation de redevances ou l'application de normes trop contraignantes entraîne des perturbations économiques graves, des aides limitées peuvent être octroyées par les pouvoirs publics; des délais peuvent être accordés aux pollueurs pour leur permettre d'adapter leurs produits ou leurs processus de production.

Par la suite, le principe du pollueur-payeur a été repris dans les programmes d'action en matière d'environnement avec de légères variations dans la signification retenue. Dans le second programme d'action (1977-1981), il est toujours défini comme un instrument d'harmonisation du Marché commun dont l'objet est d'interdire l'octroi de subventions aux pollueurs si celles-ci créent des distorsions importantes dans les échanges communautaires⁽¹⁵⁾. Le troisième programme (1982-1986) met en exergue son rôle d'incitant pour réduire la pollution et promouvoir les technologies propres⁽¹⁶⁾. Le quatrième programme (1987-1992) reconnaît que le principe doit conduire à l'adoption d'instruments économiques et à la mise en place d'un système de responsabilité étendue pour les dommages causés à l'environnement⁽¹⁷⁾. Le cinquième programme (1993-1998) poursuit l'idée du développement des instruments économiques⁽¹⁸⁾.

Dans le courant des années septante, le principe du pollueur-payeur fait aussi son apparition dans le droit communautaire dérivé. Il est expressément repris dans quatre directives concernant la gestion des déchets⁽¹⁹⁾. Depuis la modification de la directive-cadre par la directive 91/156/C.E.E., le principe du pollueur-payeur s'applique à l'ensemble de la gestion des déchets⁽²⁰⁾. En vertu de l'article 15 de la directive-cadre: «Conformément au principe du pollueur-payeur, le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par: le détenteur qui remet des déchets à un ramasseur ou à une entreprise (munie d'une autorisation) et/ou les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets». Le principe est également invoqué pour justifier un régime de responsabilité objective dans la proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets⁽²¹⁾. En revanche, les directives communautaires en matière de pollution atmosphérique, de protection des eaux, de nuisances sonores ou de protection de la nature n'y font aucune référence expresse.

Enfin, — aboutissement d'une évolution mais aussi départ de nouveaux développements — le principe du pollueur-payeur a été consacré dans le Traité C.E., à l'article 130R, paragraphe 2 lors de sa modification

(14) J.O.C.E., n° L 19 du 25 juillet 1975.

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

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

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

(18) «En internalisant les coûts écologiques externes, ces instruments 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» (5^e programme d'action, n° 31).

(19) Plusieurs directives concernant la gestion des déchets rappellent que le principe doit être respecté lors de la mise en œuvre d'instruments économiques. (Cf. la directive 75/439/C.E.E. concernant l'élimination des huiles usagées, la directive 94/62/C.E. sur les emballages et les déchets d'emballages).

(20) En raison de sa nature de directive-cadre, les dispositions de la directive 75/442/C.E.E. s'appliquent à toutes les catégories de déchets tombant sous son champ d'application, sauf dans le cas où un régime dérogatoire aurait été prévu par un autre acte.

(21) J.O.C.E., n° C 251 du 4 octobre 1989, p. 3. Pour un commentaire de cette directive, Ph. RENAUDIÈRE, «Proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets», *Amén.*, n° spécial 1990, p. 335.

par l'Acte unique européen. Il est placé sur le même pied que les principes de prévention, de précaution et de réduction de la pollution à la source⁽²²⁾. A l'instar de ces principes, il est censé orienter la définition et la mise en œuvre de la politique communautaire de l'environnement. C'est une place essentielle qui lui est ainsi reconnue au sein du chapitre du traité consacré à la politique de l'environnement⁽²³⁾.

La reconnaissance du principe du pollueur-payeur comme fondement de l'action en matière d'environnement implique que les institutions de la Communauté, à savoir la Commission, le Conseil, le Parlement européen, le Comité économique et social sont impérativement tenus de prendre en compte ledit principe dans le cadre des mesures qu'elles arrêtent. De surcroît, la Cour de justice est également tenue d'en assurer le respect dans les affaires qu'elle serait appelée à trancher.

Comme le principe du pollueur-payeur ne constitue que l'un des quatre fondements de l'action en matière d'environnement, il semblerait que les institutions de la Communauté jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation à son égard. Par conséquent, les modalités d'exercice de l'action communautaire en matière d'environnement, visées au paragraphe 3 de l'article 130R, sont susceptibles de tempérer la rigueur éventuelle du principe du pollueur-payeur. A titre d'exemple, la Commission peut admettre la validité de certaines aides d'Etat dans le domaine de l'environnement qui sont *prima facie* contraires au principe en invoquant le retard économique et social des régions accordant les aides.

Le principe s'applique également aux Etats membres de manière directe et indirecte. De manière directe, lorsqu'il est expressément énoncé dans les actes de droit dérivé (p. ex., la réglementation communautaire des déchets). Il trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique des Etats membres qui doivent le transposer. De manière indirecte aussi dans le cas où le principe ne serait pas repris dans les actes de droit dérivé. Il est en effet censé éclairer la portée du droit dérivé. Les organes de l'Etat – administrations, pouvoir judiciaire – sont tenus d'interpréter les textes de droit national transposant le droit dérivé conformément aux principes qui en découlent⁽²⁴⁾. Dès lors, il ne paraît plus possible pour les Etats membres de mener une politique qui ferait manifestement fi du principe du pollueur-payeur.

SECTION 3. RÉFLEXIONS SUR LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE

Au fond, l'histoire du «pollueur-payeur» est celle d'un glissement de sens. Glissement de sens de la théorie économique des externalités qui ne reconnaît pas le principe en tant que tel⁽²⁵⁾ à sa consécration dans les travaux de l'O.C.D.E. et de la Communauté européenne où il a été invoqué pour prévenir les distorsions de concurrence (instrument d'harmonisation en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché commun), pour fonder l'internalisation des pollutions chroniques (instrument de prévention) mais aussi pour garantir la réparation des dommages accidentels (instrument de redistribution).

Consacré aujourd'hui par des textes internationaux, le principe du pollueur-payeur paraît revêtu d'une signification quasi-éthique qui lui vaut sa popularité grandissante. Sur le plan juridique, ses contours restent mal définis⁽²⁶⁾. Avant d'en examiner les implications en droit fiscal et en droit de la responsabilité, il nous faut d'abord répondre à la question suivante.

Le principe du pollueur-payeur a souvent été critiqué parce qu'il consacrerait un véritable droit de polluer. Ne revient-il pas à accepter la pollution pourvu que son auteur paie selon l'adage «je paie, donc je pollue»? Vu sous cet angle, le principe serait dépourvu de tout effet préventif.

Cette critique ne nous semble cependant pas fondée. Du point de vue économique, les pollueurs sont incités à réduire les dommages causés par leur pollution dès qu'ils doivent en supporter les coûts. Il y va de leur propre intérêt. Qui plus est, du point de vue juridique, le principe doit pouvoir se combiner avec le principe de prévention qui le précède au paragraphe 2 de l'article 130R du Traité. Comment admettre en effet que ces principes censés garantir la cohérence de la politique de l'environnement se contredisent. Par conséquent, le principe du pollueur-payeur doit nécessairement avoir une dimension préventive.

La dimension préventive du principe peut aussi aider à identifier le pollueur, question pour le moins contro-

(22) Si l'on ajoute le principe d'intégration, on obtient les cinq principes fondamentaux du droit communautaire de l'environnement auxquels aucune contribution spécifique n'a été consacrée à ce jour. Ils ont été examinés par différents auteurs dans des contributions plus générales. Cf. L. KRÄMER, «L'Acte unique européen et la protection de l'environnement», *Rev. jur. environ.*, 1987/4, p. 487; P. KROMAREK, «Commentaire de l'Acte unique européen», *Rev. jur. environ.*, 1988/1, p. 88.

(23) On le retrouve à la même époque, énoncé dans la déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement. Le principe 16 de cette déclaration stipule que «Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, compte tenu de l'idée que c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, en ayant en vue l'intérêt du public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement». Cf. M. PALLEMAERTS, «La Conférence de Rio: grandeur ou décadence du droit international de l'environnement?», *Rev. h. dr. intern.*, 1995/1, p. 200.

(24) C.J.C.E., 10 avril 1984, von Colson et Kamann, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1891, point 26 et 13 novembre 1990, Marleasing, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, point 8.

(25) Cf. *supra*, note n° 4.

(26) Plusieurs contributions doctrinales ont été consacrées à la portée juridique du principe du pollueur-payeur, v. F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, L.G.D.J., 1981, n° 253, p. 315; M. REMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire*, Paris, P.U.F., 1989, p. 161; Ph. GAUTIER, «L'Acte unique et les principes de l'action communautaire en matière d'environnement: prévention ou réparation?», in *La réparation des dommages catastrophiques*, XIII^e journée J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 379; M. MELI, «Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della comunità europea», *Riv. Giur. Amb.*, 1989/2, p. 217; L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire – interprétation de l'article 130 R du Traité C.E.E.», *Amén.*, 1991/1, p. 3; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 2^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1991, n° 138; B. JADOT, «Le statut juridique des déchets, au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement», in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 45; H. SMETS, «Le principe pollueur-payeur, ...», *o.c.*, p. 339.

versée. Faut-il que le responsable de l'émission ait enfreint une réglementation pour être considéré comme pollueur au sens du principe ou suffit-il qu'il soit l'auteur d'une atteinte à l'environnement pour être tenu de payer?

La première des thèses en présence rattache l'application du principe au caractère prohibé de la pollution. Ce n'est que dans le cas où les normes d'émission ou d'immission sont dépassées que l'émetteur de la substance sera considéré comme le pollueur. Si ce n'est pas le cas, l'émetteur échappe à l'application du principe. La recommandation 75/436 semble, à première vue, avaliser cette thèse car son point n° 2 précise que le principe devrait permettre de couvrir les frais «des mesures nécessaires pour éviter ou pour réduire la pollution afin de respecter les normes ou les mesures équivalentes imposées par les pouvoirs publics».

Selon une autre thèse, le principe du pollueur-payeur s'appliquerait à toute personne qui cause une pollution, indépendamment du fait que son activité polluante ait été ou n'ait pas été autorisée par les pouvoirs publics. Le concept de pollution se confond ici avec l'atteinte causée à l'environnement. Son caractère licite ou illicite est dépourvu de toute pertinence.

Cette seconde interprétation doit, à notre avis, être retenue car elle est la seule à faire prévaloir la dimension préventive du principe. Celui-ci doit en effet pouvoir s'appliquer à toute forme d'émission qui perturbe l'environnement puisqu'il convient de prévenir de manière générale sa dégradation. Sanctionner uniquement les rejets illicites – par exemple par le biais d'une taxe environnementale – reporte sur la collectivité une partie de la prise en charge des mesures d'assainissement. Ceci reviendrait en outre à admettre une internalisation partielle, ce qui irait à l'encontre de l'évolution décrite ci-dessus. Qui plus est, une application limitée du principe aux seules atteintes illicites n'est pas de nature à inciter les pollueurs se trouvant en situation régulière à réduire la nocivité ou la quantité de leurs émissions polluantes.

Cette seconde interprétation est en tout cas admise par les institutions internationales. Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'on considère, en théorie, que le principe doit aujourd'hui s'appliquer aux auteurs de pollutions qui ont pris toutes les mesures arrêtées par les pouvoirs publics, à savoir ceux qui provoquent la pollution résiduelle⁽²⁷⁾.

En pratique, on constate cependant que le principe du pollué-payeur tend à se substituer au principe du pollueur-payeur tant ce dernier est appliqué de manière imparfaite⁽²⁸⁾. En effet, l'internalisation des coûts de la pollution reste le plus souvent à charge de la collectivité.

CHAPITRE II. LES RÉPERCUSSIONS DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Les pouvoirs publics invoquent de plus en plus régulièrement le principe du pollueur-payeur pour justifier l'adoption de mesures fiscales et de régimes de responsabilité objective en matière d'environnement. Il nous

paraît utile d'analyser l'incidence du principe dans ces deux domaines.

SECTION 1^{re}. LA FISCALITÉ ENVIRONNEMENTALE

Il est généralement reconnu que le principe du pollueur-payeur implique l'instauration d'un régime de taxation par lequel les pollueurs contribuent au financement de la politique menée par les pouvoirs publics en matière d'élimination des déchets. Selon la recommandation de la Communauté européenne, la redevance constitue un des instruments les plus appropriés pour mettre en œuvre ce principe. Toutefois, des difficultés se posent notamment en ce qui concerne la détermination du redevable (§ 1^{er}), l'assiette (§ 2) et le montant de la redevance (§ 3).

§ 1^{er}. L'identification du redevable

L'identification du redevable de la redevance a souvent donné lieu à des controverses. Dans de nombreux cas, différentes personnes contribuent à la production de la nuisance. Dans la recommandation 75/436, la Commission donne à titre d'exemple, le cas de la pollution par les gaz d'échappement des véhicules à moteur. Le coût de cette pollution doit-il être imputé au fabricant du véhicule, au producteur du carburant ou au propriétaire du véhicule automobile?

La gestion des déchets soulève des difficultés similaires: la plupart des opérateurs économiques intervenant dans le cycle de vie et d'élimination d'un produit peuvent être qualifiés de pollueurs. Le producteur de l'emballage, le distributeur du produit emballé, le consommateur, le collecteur et l'éliminateur du déchet d'emballage sont susceptibles d'une manière ou d'une autre de contribuer à la formation des déchets et aux nuisances qu'ils provoquent. Le déchet d'emballage n'existerait pas si l'emballage n'était pas produit et commercialisé. Il ne souillerait pas l'environnement si le consommateur était plus discipliné ou si le distributeur avait mis en place un système de consigne. Il ne serait pas déversé dans des décharges ou incinéré si des filières de recyclage étaient généralisées.

Faut-il que toutes les personnes qui contribuent à la pollution paient la redevance destinée à en couvrir les coûts? Si oui, dans quelle proportion faut-il calculer le montant de la redevance? Un tel exercice semble relever de la gageure car il est quasiment impossible de déterminer avec exactitude la part respective de chacun de ces agents dans l'apparition de la pollution. Pour répondre à ces difficultés, le point n° 3 de la recommandation 75/436 autorise les pouvoirs publics à percevoir la redevance aux stades qui offrent «la solution la meilleure sur le plan administratif et économique et qui contribueront de la manière la plus efficace à l'amélioration de l'environnement».

(27) Cf. la recommandation C (90) 177 de l'O.C.D.E. selon laquelle l'ensemble du coût du dommage environnemental doit être internalisé.

(28) H. SMETS, o.c., p. 344, citant l'exemple d'aides aux entreprises agricoles pour réduire la pollution qu'elles provoquent.

Si l'on tente d'appliquer cette position de principe, certes fort imprécise, l'on aura tendance à taxer l'agent économique ayant le pouvoir d'agir sur la pollution qui ne se confond pas nécessairement avec celui qui est à l'origine même de celle-ci⁽²⁹⁾. En effet, il ne sert à rien d'agir à l'encontre de la personne qui n'a pas le pouvoir d'agir sur la nuisance si l'on souhaite réduire cette dernière. Il convient donc de remonter la filière le plus en amont possible et d'identifier l'agent économique qui exerce le pouvoir de contrôle sur celle-ci.

D'aucuns estiment à cet égard que le producteur du produit polluant est, en tant que premier maillon de la chaîne de pollueurs, la personne la mieux placée pour supporter les dépenses de prévention et de lutte contre la pollution⁽³⁰⁾. Si on le contraint à prendre en charge les coûts de prévention et d'élimination, il sera incité à limiter, à réduire l'impact de la pollution que son produit pourra causer. Il contribuera ainsi de manière plus efficace à assurer la protection de l'environnement. Dans cette perspective, ce sera non pas à l'automobiliste mais au fabricant du véhicule automobile d'acquitter la redevance (le fabricant est le seul à maîtriser la technologie permettant de réduire les émissions de CO₂ et de NO_x dans l'atmosphère). Il en va de même pour le producteur de l'emballage, mieux placé que le consommateur pour éviter le gaspillage et la dispersion des déchets (p. ex., par la mise en place d'un système de consigne ou tout simplement en produisant moins d'emballages). Cette interprétation est confortée, à notre avis, par le principe de la correction de la pollution à la source, également énoncé à l'article 130R, paragraphe 2 du Traité de la Communauté européenne. En vertu de ce principe, il convient de réduire la pollution le plus en amont possible, en s'attaquant de préférence à l'agent économique qui est le premier à provoquer la nuisance.

Une telle solution peut sembler inique puisqu'elle revient à faire supporter par une seule catégorie d'agent économique l'ensemble des coûts que la redevance est censée couvrir. En quoi le fabricant d'une voiture automobile est-il responsable de la pollution causée par l'automobiliste? En quoi le producteur d'un emballage est-il responsable du comportement du consommateur peu éduqué qui abandonne cet emballage dans la nature? Cette observation souligne en réalité les limites du principe qui ne désigne pas à coup sûr la personne à laquelle il faut imputer le coût de la pollution lorsque celle-ci est un phénomène collectif. Cette critique ne devrait pas empêcher de faire porter le poids de la taxation sur un seul opérateur économique. Nous sommes en effet ici en matière de taxation et non pas dans le domaine de la responsabilité civile en vertu duquel chaque responsable doit prendre en charge les dommages qu'il a causés⁽³¹⁾.

Une dernière remarque s'impose. Certains soutiennent que du point de vue économique, l'identification du pollueur est une question purement théorique puisque c'est le consommateur qui supportera en fin de compte les surcoûts induits du paiement de la redevance par le producteur⁽³²⁾. Cette seconde observation peut avoir toute sa pertinence dans le cas d'un monopole où le surcoût est nécessairement répercuté sur le

consommateur qui n'a pas la possibilité de s'approvisionner ailleurs. Elle n'est cependant pas fondée dans l'hypothèse où les entreprises sont en concurrence. C'est précisément l'obligation d'internaliser les coûts de la pollution qui permettra à l'entreprise la moins polluante de gagner des parts de marché. Les producteurs ayant à acquitter la taxe, en raison d'un taux de pollution important, seront en effet moins compétitifs que les producteurs provoquant une moins grande pollution. Le jeu de la concurrence permet ainsi d'éviter que les consommateurs supportent sur le long terme, le surcoût mis à charge du producteur.

§ 2. L'assiette de la redevance

L'assiette de la redevance est censée couvrir, conformément à la recommandation 75/436, les dépenses nécessaires pour atteindre un objectif de qualité de l'environnement, y compris les frais administratifs directement liés à l'exécution des mesures anti-pollution⁽³³⁾.

A. La redevance a une fonction redistributive

Il convient que l'assiette soit proportionnelle à la pollution émise⁽³⁴⁾. La charge pesant sur le redevable doit refléter sa part effective dans la production de la pollution. Dans cette perspective, la recommandation 75/436 prévoit à son point n° 4, b) que, dans la mesure où la redevance poursuit une *fonction de redistribution*, elle devra être «*prélevée suivant le degré de pollution émise, sur la base d'une procédure administrative adéquate*».

Mais la proportionnalité reste un objectif difficile à atteindre de manière rigoureuse.

En premier lieu, le calcul du montant de la redevance peut constituer une opération relativement complexe en raison de la multitude des paramètres qui entrent en compte. Parmi ceux-ci, figurent notamment la nature de la nuisance, les dangers qu'elle présente, les moyens existant pour remédier à ses effets nocifs et le coût des contrôles exercés par les pouvoirs publics⁽³⁵⁾.

En second lieu, l'exactitude de la proportionnalité devant exister entre le montant de la redevance et la nature de la pollution peut devenir illusoire lorsque l'auteur de la pollution n'est pas le redevable – tel est le cas lorsque la redevance exerce une fonction avant tout incitative. A titre d'exemple, il est quasiment im-

(29) Fr. CABALLERO, *o.c.*, n° 259, p. 319; H. SMETS, *o.c.*, p. 356.

(30) En ce sens, B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *o.c.*, n° 17. V. également sur ce point H. SMETS, *o.c.*, p. 356.

(31) H. SMETS, *o.c.*, pp. 356 et 357.

(32) Fr. CABALLERO, *o.c.*, n° 259, p. 319; J. DUREN, *o.c.*, p. 144; L. KRÄMER, *o.c.*, p. 1; H. SMETS, *o.c.*, p. 355.

(33) La recommandation 75/436 va jusqu'à prévoir que les frais de construction, d'achat et de fonctionnement des installations de surveillance et de contrôle de la pollution réalisées par les pouvoirs publics puissent être mis à charge des redevables.

(34) M. REMOND-GOUILLOU, *o.c.*, p. 174; M. PRIEUR, *o.c.*, n° 42; B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *o.c.*, p. 58, n° 18.

(35) B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *o.c.*, p. 58, n° 18.

possible de taxer le producteur d'un bien qui deviendra un déchet au prorata de la nuisance que ce déchet provoquera. Cette nuisance sera importante si le consommateur abandonne le déchet dans le milieu naturel; elle sera inexistante si le déchet est collecté ou valorisé. Dans de telles hypothèses, il est bien difficile de déterminer avec exactitude l'importance des pollutions qui seront causées du fait de la commercialisation des produits. La nuisance ne dépend pas en l'espèce du processus de production mais du comportement du consommateur.

Les auteurs de la recommandation 75/436 ont été conscients de ces difficultés. Ils ont admis que *«pour autant que la redevance a principalement une fonction de redistribution, elle devrait (...) être établie au moins de manière que, pour une région donnée et/ou pour un objectif de qualité donné, le montant global de la redevance soit égal à la somme des charges collectives d'élimination des nuisances»*. Les impératifs de simplicité du droit fiscal peuvent donc conduire à une certaine atténuation de l'exigence de proportionnalité⁽³⁶⁾.

Il n'en demeure pas moins qu'un rapport raisonnable doit exister entre la base de calcul de la redevance et l'importance de la nuisance produite. Le montant de la redevance doit donc correspondre autant que possible au risque que le producteur crée par la mise sur le marché de produits générateurs de nuisances. Dès lors, le régime de taxation forfaitaire lorsqu'il poursuit un objectif redistributif et non pas incitatif, est incompatible avec le principe du pollueur-payeur. En matière de déchets ménagers, par exemple, il serait contraire au principe du pollueur-payeur – dont la fonction première est d'inciter les pollueurs à réduire leurs nuisances – de faire supporter par l'ensemble des contribuables une taxe forfaitaire alors que la production des déchets est extrêmement variable d'un ménage à l'autre⁽³⁷⁾. Une telle imposition découragerait les consommateurs soucieux de la protection de l'environnement de jeter moins de déchets. La Cour d'arbitrage, saisie d'un recours introduit par des particuliers à l'encontre d'un régime de taxation forfaitaire de la production des déchets ménagers en Région wallonne, a ainsi jugé qu'un tel régime fiscal appliquait de manière imparfaite le principe du pollueur-payeur. Elle n'a cependant pas annulé la taxe litigieuse, estimant que l'appréciation du législateur n'était pas manifestement déraisonnable⁽³⁸⁾. En l'espèce, le régime était purement redistributif puisqu'il était destiné à financer la politique publique menée par la Région wallonne dans le domaine de la gestion des déchets.

B. La redevance a une fonction incitative

En revanche, l'exigence de proportionnalité devrait s'effacer lorsque la redevance est appelée à jouer avant tout une fonction incitative. Dans une telle hypothèse, une taxe au taux particulièrement élevé, destinée à dissuader ou à sanctionner des comportements indésirables au regard des objectifs poursuivis par les pouvoirs publics en matière de gestion des déchets, est conforme au principe du pollueur-payeur. Tel est le cas des écotaxes qui imposent aux producteurs de cer-

tains types de produits de supporter les conséquences financières de leurs choix préjudiciables⁽³⁹⁾.

§ 3. L'affectation du produit de la redevance

La redevance n'est pas un impôt. L'affectation de son produit peut pour cette raison échapper au principe d'universalité selon lequel le produit des impôts ne peut pas être affecté à une dépense bien déterminée.

Selon la recommandation 75/432 de la Communauté européenne, le produit de la redevance peut être affecté au financement des mesures prises par les pouvoirs publics, ou servir à subventionner des installations réalisées par des entreprises qui s'engagent à réduire le niveau de pollution à un seuil inférieur aux normes réglementaires. En outre, il peut être affecté, dans le respect de l'article 92 du Traité, à la construction d'installations destinées à protéger l'environnement si celles-ci peuvent abaisser le niveau des nuisances existantes de manière non négligeable. La recommandation 75/432 précise que *«dans le cas où le produit des redevances dépasse le total des dépenses effectuées par les pouvoirs publics (...) l'excédent devrait être utilisé de préférence par chaque gouvernement dans le cadre de sa politique de l'environnement»*. Les modalités de financement par les Etats membres ont été précisées dans plusieurs communications de la Commission des Communautés européennes⁽⁴⁰⁾. Appliquées strictement, ces interventions financières de la part des Etats membres ne devraient pas être considérées comme contraires au principe du pollueur-payeur⁽⁴¹⁾.

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Ainsi qu'on l'a souligné, l'application du principe du pollueur-payeur dans le domaine de la fiscalité environnementale, à la lisière de l'économie et du droit, recèle nombre d'incertitudes et d'ambiguïtés (ci-dessus, Section 1). Celles-ci s'accroissent quand on veut préciser les conséquences du principe dans le domaine de la responsabilité civile environnementale. Slogan pour

(36) F. CABALLERO, *o.c.*, n° 26; B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *o.c.*, n° 18.

(37) Cf. avis de la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique sur l'avant-projet devenu décret de la Région wallonne du 23 juillet 1991 relatif à la taxation des déchets (*Doc. Cons. rég. w.*, sess. 1990-1991, n° 253/1, p. 21 à 23).

(38) C.A., n° 41/93, 3 juin 1993, *Amén.*, 1993/3, p. 164, obs. N. DE SADELEER. Les requérants reprochaient à un tel régime de violer les principes d'égalité et de non-discrimination en raison de son effet discriminatoire à l'égard des ménages produisant moins de déchets que la moyenne retenue comme base de taxation forfaitaire.

(39) B. JADOT, «Les écotaxes, instrument pertinent du droit de l'environnement», in *Les écotaxes en droit belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1994, p. 192.

(40) En dernier lieu, la Communication de la Commission 94/ C 72/03 relative à un encadrement communautaire des aides d'Etat pour la protection de l'environnement (*J.O.C.E.*, n° C 72 du 10 mars 1994, p. 3).

(41) Pour un examen de la compatibilité des aides d'Etat au regard du principe du pollueur-payeur, cf. N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 125.

les uns⁽⁴²⁾, règle exclusivement économique d'imputation des coûts pour d'autres⁽⁴³⁾, le principe du pollueur-payeur ne serait pas comme tel juridiquement transposable, sauf au prix d'une dénaturation de la responsabilité civile. Et pourtant, certaines initiatives récentes, telle la Convention du Conseil de l'Europe⁽⁴⁴⁾ paraissent établir un lien étroit, sinon quasi mécanique entre le principe du pollueur-payeur et un régime de responsabilité objective⁽⁴⁵⁾.

A notre avis, le principe du pollueur-payeur, dont on ne peut nier l'origine économique et le caractère politique⁽⁴⁶⁾, a acquis ses lettres de noblesse juridique par son insertion dans l'article 130R du Traité. Une chose est de reconnaître la juridicité d'un principe, autre chose d'en dériver des solutions précises en droit de la responsabilité civile.

Par lui-même, le principe du pollueur-payeur ne préjuge pas d'un système de responsabilité, qu'il soit ou non fondé sur la faute⁽⁴⁷⁾.

Cela dit, l'objectif du principe est, au sens large, d'imputer au pollueur le coût social de la pollution qu'il engendre. Au moins faut-il admettre que la mise en œuvre de cet objectif puisse croiser ou servir l'objectif d'indemnisation qui est une tendance centrale du droit de la responsabilité civile depuis la fin du 19^e siècle⁽⁴⁸⁾.

Certes il ne s'agit que d'une *coïncidence* et il n'est pas question de légitimer ou de déduire les conditions de la responsabilité civile du principe du pollueur-payeur. Il est possible toutefois – et telle est notre tentative – d'utiliser le principe comme une grille de lecture critique. Son application doit permettre de relever les solutions de droit positif, qui, pour des raisons de cohérence ou d'échelle de valeurs propre, renoncent à imputer au pollueur la charge du dommage produit. Dans le même mouvement apparaîtront les insuffisances du principe du pollueur-payeur dans la solution de certains problèmes juridiques précis. Ce constat ne suffit pas à le condamner mais à souligner, en une sorte de contre-épreuve, ce qui fait sa logique (et sa limite) propre.

On expose donc et on confronte ci-après le droit de la responsabilité civile (extra-contractuelle) au principe du pollueur-payeur en ce qui concerne le dommage réparable (§ 1^{er}) et la détermination des personnes responsables (§ 2)⁽⁴⁹⁾.

§ 1^{er}. Le dommage réparable

A. Le défi du dommage écologique

Comme la faute, le dommage appartient à ces concepts qui paraissent aller de soi mais se dérober à mesure qu'on cherche à les définir⁽⁵⁰⁾.

Le droit de la responsabilité civile étant un droit de la réparation, il est logique que son objectif soit de replacer la victime dans une situation aussi proche que possible de celle où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit. Deux principes, d'ailleurs liés, en découlent: celui de la réparation en nature, c'est-à-dire ajustée au préjudice subi et celui de la réparation intégrale du dommage⁽⁵¹⁾. Ces deux prin-

cipes sont souvent battus en brèche par la nature même du mal subi. Si la tendance est à l'extension et à la diversification des catégories de dommages réparables⁽⁵²⁾, certains dommages, tel le dommage écologique *stricto sensu*, peuvent difficilement trouver une compensation monétaire satisfaisante.

On a déjà suffisamment écrit sur la difficulté d'évaluer et d'indemniser le dommage écologique⁽⁵³⁾ pour qu'il soit superflu d'y revenir en détail. Si dans un certain nombre de cas, une «monétarisation» du dommage est possible, notamment par le biais du coût des «mesures de sauvegarde ou de remise en état»⁽⁵⁴⁾, il n'en reste pas moins que la reconstitution du milieu naturel affecté demeure souvent problématique.

C'est un problème auquel se trouve confronté le droit de la responsabilité civile dans son entier, quel qu'en soit le fondement.

(42) M. PRIEUR, *o.c.*, p. 123.

(43) C. LARROUMET, «La responsabilité civile en matière d'environnement. Le projet de Convention du Conseil de l'Europe et le livre vert de la Commission des Communautés européennes», *D.S.*, 1994, chron., p. 102.

(44) Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (dite de Lugano). Pour un commentaire X. THUNIS, *Amén.*, 1993/4, p. 215 et s. et les références citées en note 7.

(45) 6^e considérant p. 2: «Considérant l'opportunité d'établir dans ce domaine un régime de responsabilité objective tenant compte du principe "pollueur-payeur"».

(46) M. REMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire, Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989, p. 162. V. aussi *supra*, chapitre I^{er}.

(47) En ce sens, L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur ("Verursacher") en droit communautaire», *Amén.*, 1991/1, p. 10. Dans le même sens, Livre Vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement COM (93) 47 final (ci-après cité Livre Vert), p. 5.

Comp. M. REMOND-GOULLAUD, *o.c.*, p. 163 selon laquelle «le principe pollueur-payeur exclut *a priori* de subordonner la charge à la preuve d'une faute» et B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *o.c.*, p. 53; N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, *o.c.*, p. 367.

(48) V. entre autres Y. LAMBERT-FAIVRE, «L'évolution de la responsabilité civile. D'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation», *Rev. trim. dr. civ.*, 1987, p. 1 et s.; J.L. FAGNART, «Recherches sur le droit de la réparation», in *Mélanges Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 136 et s.

(49) Sur les implications du principe en droit international en matière de pollution transfrontière, U. KETTLEWELL, «The answer to Global Pollution? A Critical Examination of the Problems and Potential of the Polluter-Pays Principle», *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, vol. 3, p. 437 et s.

(50) En doctrine belge, not. E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Maarten Kluwer, Bruxelles, Ced-Samsom, 1984.

(51) Pour des illustrations, R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *Examen R.C.J.B.*, 1988, p. 486 et s.

(52) V. sur ce point J. FAGNART, «Recherches ...» précité, p. 137 et s.

(53) V. l'ouvrage spécifiquement consacré à ce thème par la Société française pour le droit de l'environnement *Le dommage écologique en droit interne communautaire et comparé*, Paris, Economica, 1992, part. p. 45 et s.

(54) Voir not. les articles 2, § 8 et 2, § 9 de la Convention du Conseil de l'Europe commentés par X. THUNIS, *Amén.*, 1993/4, p. 222 et s. En général, *Le dommage écologique* précité, p. 109 et s.; P.F. TENIERE-DUCHOT, A. CLAVE et J. HETZEL, «Méthodologies et pratiques d'indemnisation des dégâts provoqués par les pollutions accidentelles», in *La réparation des dommages catastrophiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 183 et s.

B. Compensation d'un coût ou réparation d'un dommage?

Plus que la responsabilité civile classique fondée sur la primauté de la réparation en nature, le principe du pollueur-payeur, avec son parfum «néo-libéral», paraît accréditer l'idée d'un «droit à polluer» en contrepartie d'un prix, équivalent monétaire du coût social subi⁽⁵⁵⁾.

Au principe du pollueur-payeur fondé sur la compensation d'un coût, il faudrait confronter le droit de la responsabilité civile non seulement dans son exigence classiquement affirmée de réparation adéquate et intégrale du dommage⁽⁵⁶⁾ mais aussi dans des formes moins radicales limitant le choix du mode de réparation ou le montant de celle-ci.

Il faudrait ainsi confronter le principe du pollueur-payeur et, de façon plus large la théorie économique des externalités sur laquelle il se fonde, avec la création jurisprudentielle des troubles de voisinage qui instaure une responsabilité sans faute sanctionnée dans bien des cas par une compensation (monétaire) du préjudice subi⁽⁵⁷⁾. Outre que la source du trouble ne disparaît pas nécessairement, la théorie des troubles de voisinage opère, dans le meilleur des cas, un rétablissement à un niveau de trouble «normal» déterminé par le juge, niveau dont rien ne permet *a priori* de supposer la conformité à un optimum économique.

Il faudrait aussi et surtout confronter le principe du pollueur-payeur avec le plafonnement des dommages généralement prévu par les textes instaurant une responsabilité sans faute à charge d'un agent de la chaîne de production. Cette limitation s'explique par les nécessités de l'assurance préoccupée de mutualiser les risques découlant d'un accident dommageable. Le concept d'accident est absent, semble-t-il, du principe du pollueur-payeur beaucoup plus soucieux, au moins dans ses versions initiales, de la rupture d'équilibre occasionnée par une pollution répétée, régulière, ne revêtant pas un caractère accidentel⁽⁵⁸⁾.

C. L'attribution du dommage

a) La détermination du lien causal

1° Pour que la réparation du dommage incombe au responsable, il faut qu'il découle de son fait (fautif ou non selon les cas). On sait que le préjudice écologique a souvent des causes diffuses et lointaines dans le temps et dans l'espace, ce qui rend complexe l'établissement du lien causal entre le dommage et le(s) fait(s) générateurs.

La théorie de l'équivalence des conditions, qui retient tous les faits sans lesquels le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto* est adoptée par la Cour de cassation belge⁽⁵⁹⁾.

Même si cette théorie a pour effet de multiplier les responsables, il va de soi qu'elle ne permet pas d'imputer à des milliers ou millions d'auteurs le dommage collectif provoqué par l'accumulation de micro-pollutions quotidiennes, présentes et passées. Ce domaine, qui échappe au droit de la responsabilité civile, relève de la prévention, qui peut être assurée par une taxa-

tion précisément fondée sur le principe du pollueur-payeur.

2° La jurisprudence belge applique le régime de l'obligation *in solidum* aux auteurs de fautes aquilienne distinctes ayant causé un dommage unique⁽⁶⁰⁾. Favorable à la victime qui peut ainsi poursuivre pour le tout n'importe quel coresponsable et lui réclamer la réparation de son dommage, la responsabilité *in solidum* a été pour cette raison, critiquée par les représentants de l'industrie qui lui reprochent de favoriser l'effet dit de «la vache à lait» (deep pocket), en reportant la charge du dommage sur le débiteur le plus solvable.

Consciemment ou non, ces critiques recourent à une version simplifiée du principe du pollueur-payeur selon laquelle qui pollue [pour une part] paie [pour sa part]. Certains textes européens récents, le Livre Vert et la Convention du Conseil de l'Europe ne paraissent pas insensibles à l'argument et cherchent manifestement à réduire les hypothèses d'engagement *in solidum*⁽⁶¹⁾.

(55) Pour une discussion, v. *supra* chapitre I^{er}, section 3.

(56) Des études empiriques économiques pourraient démontrer qu'il n'y a pas nécessairement convergence dans les solutions obtenues selon que l'on se fonde sur un coût à compenser ou un dommage à réparer. On peut estimer – mais il s'agit là d'une hypothèse – que le droit de la responsabilité sera, bon gré mal gré, obligé de recourir à une évaluation en termes de coût, instrument de mesure d'un dommage par hypothèse difficile à estimer. En droit de la responsabilité, le débat risque de se déplacer et de porter sur la qualité du comportement de ceux qui ont exposé des frais de prévention ou de restauration.

(57) V. p. ex. Civ. Anvers, 1981, *Pas.*, 1982, III, 66 et s. (indemnité d'éloignement aux voisins d'une boulangerie industrielle exerçant ses activités conformément à l'autorisation administrative). Entre réparation et compensation la doctrine est hésitante; la jurisprudence, assez pragmatique, tranche en sens divers, opérant, semble-t-il, la pesée des intérêts respectifs en fonction de l'importance du trouble et de l'ampleur des mesures requises pour le faire cesser. Sur tout ceci v. J. HANSENNE, «Les biens, Examen de jurisprudence (1982-1988)», *R.C.J.B.*, 1990, p. 367 et s.; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, «Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1995, n° 30 et s.

(58) Sur l'extension du principe aux pollutions accidentelles, H. SMETS, *o.c.*, p. 349 et s.; S. GAINES, «The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos», *Texas Int'l L.J.*, vol. 26, p. 481 et s.

(59) Les références à ce sujet sont innombrables. V. récemment l'exposé clair et concis de G. SCHAMPS, «La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité», *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 388 et s. (cette étude présente l'intérêt de systématiser les rapports entre prévisibilité du dommage et lien causal). V. aussi les réflexions critiques de F. RIGAUX, «Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité», in *Mélanges Dalcq*, Bruxelles, Larquier, 1994, p. 510 et s.

(60) En droit belge v. not. J.-L. FAGNART, «L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle», *R.C.J.B.*, 1975, p. 245 et s. (l'auteur fait la synthèse des discussions relatives au principe même d'une responsabilité *in solidum*). Plus récemment, L. CORNELIS, «Le partage des responsabilités en matière aquilienne», *R.C.J.B.*, 1993, p. 320 et s.

En droit français cf. not., Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les obligations*, Cujas, 1992, p. 662 et s.

(61) Le Livre Vert (p. 8) estime que le système «devient injuste si la victime poursuit d'abord la partie qui possède le plus d'avoirs financiers plutôt que celle qui a causé le plus de dégâts». Comp. la discussion relatée par J.-L. FAGNART, *o.c.*, 1975, p. 248 et s.

L'article 11 de la Convention prévoit qu'un exploitant peut échapper à la responsabilité solidaire en établissant que seule une partie

Il est vrai que les débiteurs coresponsables *in solidum* supportent, au niveau contributoire, l'insolvabilité qui frappe l'un d'entre eux. Mais la victime trouve aussi dans la responsabilité *in solidum* une garantie d'indemnisation que ne lui fournit pas une division de ses recours en fonction de la part de chacun des défendeurs dans la pollution.

b) La rupture du lien causal

La récupération par les pouvoirs publics des frais engagés pour faire cesser ou réduire une pollution pose en Belgique⁽⁶²⁾ mais aussi dans certains droits étrangers⁽⁶³⁾ des problèmes juridiques complexes.

En droit belge prévaut la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle l'exécution d'une obligation légale ou réglementaire par les pouvoirs publics, rompt le lien causal entre le «dommage» subi par les pouvoirs publics (en l'occurrence les frais exposés) et la faute du tiers ayant entraîné leur intervention. En d'autres termes, l'auteur de la pollution bénéficie de l'interposition d'une cause juridique propre qui a entraîné l'intervention des pouvoirs publics.

Cette solution théoriquement discutable⁽⁶⁴⁾, reporte sur les pouvoirs publics la charge financière des pollutions graduelles ou accidentelles. Elle heurte de front le principe du pollueur-payeur. Elle ne s'applique toutefois pas quand un texte spécifique prévoit l'obligation ou le droit pour les autorités publiques de récupérer les frais de leurs interventions auprès du responsable⁽⁶⁵⁾. Plus précisément auprès de la personne tenue pour «responsable» en vertu du risque créé, de son pouvoir de contrôle sur le facteur polluant, de son rôle dans la chaîne de production ou encore de sa capacité financière, même s'il est discutable qu'elle soit *stricto sensu* l'auteur matériel de la pollution.

§ 2. Le débiteur de la réparation

A. Le pollueur fautif et le pollueur-payeur

a) La définition de la faute

Concept souple, accueillant aussi bien l'acte intentionnel que l'erreur de conduite, le fait positif que l'abstention, la faute peut consister dans la transgression d'une obligation légale spécifique⁽⁶⁶⁾ ou dans la violation de l'obligation générale de prudence requise du «bon père de famille» dans la vie sociale.

Il est admis que le respect de dispositions particulières (respect de normes techniques ou de réglementations spécifiques p. ex. sur les rejets autorisés) n'exclut pas l'application de l'article 1382 du Code civil, cette disposition, telle une baudruche gonflable à volonté, jouant à défaut de norme spécifique ou en complément à une norme spécifique existante⁽⁶⁷⁾. A mesure que la responsabilité s'est vue assigner un objectif d'indemnisation, la définition de la faute s'est faite plus large, les tribunaux ayant parfois tendance à la construire à partir du dommage produit⁽⁶⁸⁾.

b) Confrontation avec le principe du pollueur-payeur

Cette extension remarquable de la faute, qui interdit, notons-le, toute opposition tranchée avec les régimes dits de responsabilité objective, favorise l'indemnisation des victimes et n'est pas incompatible avec le principe du pollueur-payeur d'ailleurs muet sur la qualité du fait générateur. Il faut toutefois observer – dernier vestige de l'élément moral? souci de rigueur terminologique?⁽⁶⁹⁾ – que la violation matérielle de la norme ne suffit pas toujours et nécessairement à constituer une faute. Encore faut-il que l'auteur du dommage ait la capacité de discernement permettant de lui imputer les conséquences de son acte⁽⁷⁰⁾. Encore faut-il aussi, à tout le moins selon une certaine doctrine belge⁽⁷¹⁾ que le dommage résultant du manquement ne

du dommage a été causée par l'activité menée dans l'installation ou le site dont il assure le contrôle (cf. aussi art. 6, § 2 et 7, § 3 de la Convention). C'est à l'exploitant qu'il revient d'apporter cette preuve (cf. Rapport explicatif de la Convention, p. 17, n° 66). V. à ce sujet les critiques de G. MARTIN, «La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano», *Rev. jur. environ.*, 2-3/1994, p. 130.

(62) La doctrine belge est abondante. On se limite à quelques références de base. En général v. F. GLANSORFF et Chr. DALCQ, «Les derniers avatars de la théorie de la rupture du lien de causalité par l'intervention d'une cause juridique propre», *R.C.J.B.*, 1989, p. 639 et s. En matière d'environnement H. BOCKEN, *R.G.D.C.*, 1992/4-5, p. 294 et s.

(63) Sur les difficultés auxquelles se heurte, en droit hollandais, l'action des pouvoirs publics en remboursement des frais de décontamination de sols pollués, A. KRUSINGA et J. LEFEVERE, «De 30 september arresten: de historische vervuiler opnieuw buiten schot?», *Tijdschrift voor Milieurecht* 1995/2, p. 99 et s.; G. NIEZEN, «Actions in tort and governmental orders», in *New Liabilities & Challenges for industry in Europe*, Bruylant, Kluwer, 1994, p. 109 et s.

(64) F. GLANSORFF et Chr. DALCQ, *o.c.*, p. 643 et s.

(65) En matière de déchets toxiques, art. 7, al. 3 de la loi du 22 juillet 1974; cf. aussi art. 85 de la loi du 24 décembre 1976 relative aux propositions budgétaires 1975-1976. Pour un commentaire H. BOCKEN, «Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, p. 329 et s.

(66) Pour plus de détails, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, Anvers, Maklu, 1991, p. 65 et s. (ci-après *Principes*); R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen cité, *R.C.J.B.* 1995, p. 534 et s., n° 5 et s.

(67) En général, L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE, «Les "faits justificatifs" dans le droit belge de la responsabilité aquilienne», in *memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, n° 13 et s. En matière d'environnement, H. BOCKEN, «La réparation des dommages causés par la pollution en droit belge», *R.G.D.C.* 1992/4-5, p. 304, n° 29.

(68) A ce sujet, v. not. H. BOCKEN, *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, p. 334 et s.

(69) P. ESMEIN, «La faute et sa place dans la responsabilité civile», *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 481. «Mais quand on vide les mots de leur sens usuel, on n'est pas compris et on n'est plus soi-même maître de sa pensée...».

(70) L. CORNELIS, *Principes*, p. 25.

(71) En ce sens et très fermement, L. CORNELIS, *Principes*, p. 46 et s. Cet auteur a évolué dans ses conceptions. V. L. CORNELIS et P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 1987, n° 12 où il est affirmé que «la référence à l'imprévisibilité du dommage ne semble cependant pas indispensable à la définition de la faute».

Comp. R.O. DALCQ, «La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute?», in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 83 et s.; G. SCHAMPS, «La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité», *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 379 et s.; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen cité, *R.C.J.B.* 1995, p. 536 et s.

soit pas imprévisible pour l'auteur de celui-ci. Encore faut-il, enfin, que cet auteur ne soit pas absous par un fait justificatif (erreur invincible, état de nécessité, ...) ayant pour effet d'ôter au comportement dommageable son caractère culpeux.

Autant de limitations apportées à l'engagement de la responsabilité du pollueur⁽⁷²⁾, limitations qu'il ne faut toutefois pas exagérer étant donné l'élargissement déjà signalé, du concept de faute et l'interprétation stricte que la jurisprudence belge applique au fait justificatif. Sur tous ces points, le principe du pollueur-payeur, indifférent à l'élément de conscience et de volonté qui doit, fût-ce de façon très ténue, caractériser le manquement commis, indifférent même à l'existence d'un quelconque manquement, aboutirait, à imputer le coût du dommage à l'auteur matériel de la pollution⁽⁷³⁾.

c) Pouvoirs publics pollueurs, pouvoirs publics payeurs?

Que l'action des pouvoirs publics soit soumise à la norme de prudence édictée par l'article 1382 du Code civil, nul ne le conteste plus⁽⁷⁴⁾. Depuis le célèbre arrêt *Flandria*, l'évolution se caractérise en effet par un renforcement progressif du contrôle du pouvoir judiciaire et une application de plus en plus large de l'article 1382 du Code civil à l'action de l'administration.

Dans le domaine de la pollution des eaux particulièrement, la jurisprudence belge a retenu la responsabilité des pouvoirs publics (communes notamment) pour avoir déversé ou toléré le déversement des eaux usées, sans décantation ou purification préalables, causant ainsi un dommage à des exploitations ou à des propriétés voisines⁽⁷⁵⁾. Ces exemples où l'application de l'article 1382 du Code civil donne des résultats globalement satisfaisants⁽⁷⁶⁾ posent quelques questions aiguës au regard du principe du pollueur-payeur.

Stricto sensu, les pouvoirs publics qui font preuve de «paresse réglementaire» et s'abstiennent de prendre les mesures juridiques et matérielles adéquates pour prévenir les rejets dommageables, peuvent-ils être considérés comme les pollueurs?

Toujours sous l'angle du principe du pollueur-payeur, la question devient quasi insoluble si l'on envisage les problèmes de responsabilité se situant à l'intersection de l'activité (régulatrice) des pouvoirs publics et de l'activité (productrice) des agents privés.

Si le titulaire d'une autorisation administrative peut effectivement engager sa responsabilité civile, que ce soit sur pied de l'article 1382 du Code civil⁽⁷⁷⁾ ou en vertu du principe du pollueur-payeur, qu'en est-il de la responsabilité de l'autorité de délivrance elle-même? La norme de prudence prévue par l'article 1382 s'applique aux pouvoirs publics ayant délivré une autorisation manifestement inadéquate, s'abstenant d'en adapter les conditions ou d'en surveiller le respect.

Il est discutable en revanche que l'obligation de réparation des pouvoirs publics trouve appui dans le principe du pollueur-payeur, quand l'autorité se contente de permettre l'activité polluante sans produire celle-ci au sens matériel du terme. Toutefois, si l'on applique le critère du pouvoir de contrôle sur l'activité polluante, la responsabilité pesant sur les pouvoirs pu-

blics pourrait aussi trouver sa justification dans le principe du pollueur-payeur⁽⁷⁸⁾.

B. Le gardien d'une chose vicieuse ... ou le pollué-payeur?

a) Bref rappel des principes

En vertu de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil ou plus précisément en vertu de l'interprétation qu'en fait la jurisprudence belge⁽⁷⁹⁾ allant bien au-delà des intentions des rédacteurs du Code civil, le gardien d'une chose répond du dommage causé à des tiers par le vice de la chose.

(72) Comme le montre clairement l'affaire *Cambridge Water Company v. Eastern Counties Leather plc* (H. of L. 9 déc. 1993, [1994] 1 All ER, 63 et s.), l'exigence de prévisibilité du dommage aboutit à restreindre la responsabilité de l'auteur de la pollution. En l'espèce, *Eastern Counties Leather plc*, entreprise de tannerie établie dans la région de Cambridge, avait utilisé du solvant pour le dégraissage des peaux. De légères pertes de solvants se produisent et aboutissent, après avoir percé le sol de la tannerie, dans une zone aquifère exploitée par *Cambridge Water Company*. Celle-ci, devant abandonner l'exploitation de la nappe, assigne la tannerie en réparation du dommage. *Cambridge Water Company* est finalement déboutée par la House of Lords, qui, appliquant le test de prévisibilité (*foreseeability test*) à l'espèce en cause, considère que la tannerie ne peut être tenue responsable du dommage. Sur les différentes bases juridiques invoquées dans cette affaire (*Torts*, nuisance, règle tirée de *Rylands v. Fletcher*), v. C. NAPIER et D. COHEN, «Environmental Liability and Insurance Coverage – The Implications of *Cambridge Water Company Ltd v. Eastern Counties Leather Plc*», *Environmental Claims Journal*, vol. 7, n° 1/Autumn 1994, p. 63 et s.

(73) Cette imputation elle-même fait toutefois problème, au regard du principe pollueur-payeur, quand plusieurs agents peuvent être considérés comme auteurs de la pollution. Dans cette hypothèse, le principe ne donne aucune clé de répartition du dommage entre les différents auteurs.

(74) Cf. à ce sujet, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991 et le rapport introductif de J.-L. FAGNART, «De la légalité à l'égalité», p. 8 et s.; F. GLANSDORFF, «La responsabilité de la puissance publique en droit belge», in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 309 et s.

(75) Bruxelles, 13 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 695 et s. (responsabilité des communes pour l'écoulement d'égouts dans un ruisseau provoquant la pollution d'un étang voisin); J.P. Lens, 27 mai 1986, *Amén.*, 1987/2, p. 52 et s. (eaux déversées par une commune dans un ruisseau provoquant une pollution dommageable à l'exploitation d'un apiculteur); Liège, 9 février 1984, *J.T.*, 1985, p. 320 et s., note B. JADOT (décision statuant sur la responsabilité des communes pour le déversement d'eaux usées polluant les étangs d'une pêcheerie ainsi que sur la responsabilité des pouvoirs publics, Etat et région pour n'avoir pas procédé à la création de stations d'épuration); Civ. Liège, 12 octobre 1992, *Amén.*, 1993/3, p. 172 et s. (condamnation *in solidum* d'une commune et d'une société d'épuration).

(76) Même si des questions délicates restent posées comme la délimitation du contrôle (permis au juge) de la légalité des actes de l'administration et du contrôle (interdit au juge) de leur opportunité. F. GLANSDORFF, *o.c.*, p. 315.

(77) B. JADOT, «La responsabilité du titulaire d'une autorisation administrative irrégulière», *L'entreprise et le droit*, 1984, p. 46 et s.; en général L. CORNELIS, *Principes*, p. 37 et s.

(78) Cf. Section 1, § 1^{er}.

(79) Pour plus de détails, L. CORNELIS, *Principes*, p. 480 et s.

V. aussi l'exposé plus concis de J.-L. FAGNART, «L'interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil en droit belge», in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 281 et s.

Le Code civil n'a pas défini le vice de la chose⁽⁸⁰⁾ et la Cour de cassation belge, au fil d'une jurisprudence pour le moins sinueuse⁽⁸¹⁾ a tenté de préciser la notion de façon à éviter l'application automatique de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil et sa substitution au régime de la faute prouvée (C. civ. art. 1382) chaque fois que l'origine matérielle du dommage est une chose. Cette jurisprudence, dans le détail de laquelle nous ne pouvons entrer, n'exclut apparemment pas que soit considéré comme vice d'une chose de plus grande ampleur, un élément non permanent qui s'incorpore ou s'immerge en elle, tout en en restant séparable⁽⁸²⁾.

Quant au gardien, il est, toujours suivant l'enseignement de la Cour de cassation belge, la personne qui, en fait, use de la chose pour son propre compte et qui dispose sur celle-ci d'un pouvoir de surveillance, de contrôle et de direction⁽⁸³⁾. La garde implique un pouvoir de commandement sur la chose que le gardien exerce pour son compte et qui doit exister en fait. Ce pouvoir peut être partagé ou transféré.

Dès que la victime prouve que la chose était viciée⁽⁸⁴⁾, le gardien est responsable du dommage qu'elle a causé. On ne retient plus aujourd'hui l'explication artificielle décelant une faute dans le fait d'avoir une chose vicieuse sous sa garde⁽⁸⁵⁾.

Aucune cause d'exonération ne peut être invoquée dès que les conditions de la responsabilité sont établies. Le gardien ne peut prétendre qu'il ignorait l'existence du vice (cette ignorance fût-elle invincible), que ce vice est imputable à un tiers ou à une force majeure, ou encore qu'il n'a pu empêcher le dommage. Le cas échéant, il disposera d'un recours contre le tiers responsable du vice⁽⁸⁶⁾.

Le défendeur ne peut se dégager qu'en s'attaquant aux conditions mêmes de sa responsabilité, par exemple en démontrant que le dommage n'est pas dû à la chose vicieuse, ou encore que la chose n'est pas sous sa garde.

b) Confrontation avec le principe du pollueur-payeur

Plus que des considérations théoriques, trois exemples permettent de souligner les discordances qui peuvent exister entre les solutions dégagées de l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er} et celles déduites du principe du pollueur-payeur.

Le vice étant une caractéristique *anormale* de la chose susceptible de causer un dommage, la doctrine dominante⁽⁸⁷⁾ se refuse à considérer qu'une installation dangereuse ou polluante est nécessairement affectée d'un vice. Solution dictée on l'a vu, par les impératifs du droit de la responsabilité qui répugnerait à une substitution trop rapide d'une responsabilité sans faute, celle de l'article 1384 du Code civil au régime de la faute prouvée prévu par l'article 1382 du Code civil. Solution contraire à première vue au principe du pollueur-payeur. Cela invite-t-il à la condamner ou faut-il plutôt considérer, à l'inverse, que le droit de la responsabilité civile se dénaturerait à sanctionner de telles activités?

Prenons, à l'inverse, deux hypothèses où l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, tel qu'il est interprété

par la jurisprudence belge, sanctionne une personne qui ne pollue pas ou qui n'a pas pollué.

Soit une entreprise qui déverse ou laisse s'écouler des matières polluantes dans un cours d'eau. Dans la ligne de la jurisprudence «flottante» de la Cour de cassation (madriers, poutres et autres bonbonnes flottant dans des bassins de navigation ou dans des voies fluviales), les victimes du dommage (pêcheurs lésés dans leur passe-temps favori, piscicultures, stations d'épuration voyant augmenter leur coût de traitement, ...) pourraient assigner le gardien du cours d'eau devenu vicieux sur la base de l'article 1384 du Code civil. Ce gardien, autorités ou institutions publiques le plus souvent, voit peser sur lui une responsabilité sans faute alors qu'il n'a pas pollué. Cependant que le véritable pollueur, à supposer qu'il soit identifiable, bénéficierait du régime prévu par l'article 1382 du Code civil⁽⁸⁸⁾.

(80) La jurisprudence belge a repris et parfois affiné une définition du professeur VAN RYN selon lequel le vice de la chose «est une caractéristique anormale susceptible de causer un dommage» (J. VAN RYN, «La responsabilité du fait des choses», *J.T.*, 1946, pp. 164-165).

(81) Celle-ci a suscité la perplexité des commentateurs car la Cour, si elle rejette la notion de vice extrinsèque, n'exige toutefois que le vice soit permanent, inhérent à la chose. V. à ce sujet les questions de R.O. DALCQ, «Examen», *R.C.J.B.*, 1987, p. 665, n° 63 et de M.-A. GOSSELIN, «Les vicissitudes de la notion de vice de la chose», note sous Cass., 28 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1307 et s.; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen cité, *R.C.J.B.*, 1995, p. 625: «Comprenez qui pourra!».

(82) Ainsi existe une jurisprudence «flottante» sur les madriers considérés comme vice d'une voie navigable ou sur les poutres considérées comme vice d'un bassin de navigation. Cass., 12 février 1976, *J.T.*, 1976, p. 325 et s.; Cass., 14 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 333; *R.W.*, 1986-1987, col. 2415; Liège, 17 avril 1989, *R.R.D.*, 1990, p. 61. *Adde* Comm. Anvers, 23 novembre 1978, *R.G.A.R.* 1980, 10163 (présence d'une bouteille de gaz dans le canal Albert). Pour un examen complet R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen cité, p. 628 et s.

(83) V. not. Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 948. En doctrine L. CORNELIS, *Principes*, p. 483 et s.; R.O. DALCQ, «La notion de garde dans la responsabilité», *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 74 et s.; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen cité, p. 622 et s.

(84) La preuve du vice qui incombe à la victime peut être malaisée à établir. Si le vice ne peut être déduit du dommage, la preuve peut cependant être rapportée indirectement en démontrant que le dommage ne peut avoir d'autre cause qu'un vice de la chose. Pour plus de détails, R.O. DALCQ, *R.C.J.B.*, 1987, p. 666.

(85) J.-L. FAGNART, «Les faits générateurs de responsabilité. Aperçu des principales tendances actuelles», in *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1983, p. 28. Sur l'évolution du fondement de la responsabilité du fait des choses affectées d'un vice, L. CORNELIS, *Principes*, p. 529 et s. part. p. 533.

(86) Sur ces principes, J.-L. FAGNART, *o.c.*, 1983, p. 28; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 525; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, Examen cité, *R.C.J.B.*, 1995, p. 632 et s.

(87) Ph. COENRAETS, «Responsabilité du fait des choses et responsabilités objectives en droit de l'environnement», *R.G.A.R.*, 1993, 12213, n° 12; H. BOCKEN, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1992, p. 311. Comp. la conception beaucoup plus large de la Convention du Conseil de l'Europe attachant une responsabilité à l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement. Critique de cette solution, C. LARROUMET, *o.c.*, 1994, p. 102.

(88) En général, sur cette conséquence paradoxale, R.O. DALCQ, «La notion de garde...», p. 82, n° 8.

A ce premier exemple, on peut en associer un second tiré de la matière des sols contaminés. L'hypothèse n'est pas théorique⁽⁸⁹⁾. Soit un terrain ayant servi à des activités industrielles qui ont pour effet d'en contaminer le sol. Des déchets enfouis dans un terrain peuvent constituer un vice du terrain et engager la responsabilité du gardien de celui-ci.

En cas de cession du terrain, l'application du régime de responsabilité prévu par l'article 1384, alinéa 1^{er}, a des conséquences sévères pour l'acquéreur du terrain pollué: celui-ci, par application des principes énoncés plus haut sera tenu des dommages causés par les déchets qui y sont enfouis (contamination du sol, des nappes, ...) alors même que la pollution ne lui est pas connue ou dérive d'une activité antérieure. Bien qu'en théorie une action en garantie soit possible, en pratique le payeur n'est pas nécessairement le pollueur.

RÉFLEXIONS FINALES

Le pollueur-payeur? Singulier trompeur parce que toute pollution résulte aussi bien de l'acte de production, créateur de valeur ajoutée que de l'acte de consommation finale, destruction d'utilités pour la satisfaction des besoins individuels et collectifs. Sans parler de la chaîne des actes qui, en amont de la production, rendent celle-ci possible, ou en aval, assurent au consommateur le transfert du bien ou du service produit. Singulier trompeur quand la pollution à combattre aujourd'hui est diffuse et historique plutôt que clairement identifiable et contemporaine du dommage produit.

Je paie, donc je pollue? On l'a souligné (chapitre I^{er}, section 3), le principe du pollueur-payeur doit être compris en lien avec les principes de réduction de la pollution à la source et de prévention eux aussi inscrits dans l'article 130R du Traité de la Communauté européenne. Ainsi, le droit de la responsabilité, souvent présenté comme un droit de la réparation ou «de l'échec» jouant *a posteriori*, peut contribuer à prévenir, à éliminer dans l'avenir les comportements dommageables. Cette vocation préventive du droit de la responsabilité ne peut s'épanouir que si la réparation est fixée à un niveau tel qu'elle incite la partie sanctionnée à prendre les mesures adéquates pour éviter la répétition du dommage. De ce point de vue, le principe du pollueur-payeur correctement appliqué peut avoir un effet

dissuasif. De même, quel objectif poursuit une fiscalité environnementale sinon de prévenir, en taxant l'activité polluante, la répétition de celle-ci? Les difficultés d'application du principe, sensibles quand il s'agit de déterminer le redevable de la taxe, ne doivent pas conduire à l'écarter mais au contraire à en affiner la signification.

Le pollueur-payeur, idéal régulateur ou règle de droit positif? Juridique, le principe du «pollueur-payeur» l'est incontestablement ne serait-ce que par son affirmation dans un texte aussi fondateur que le Traité de la Communauté européenne et sa réitération dans des textes internationaux dont la force obligatoire, malaisée à préciser, n'en est pas moins réelle. A la différence des règles normatives au contenu précis, il constitue un idéal régulateur, un objectif de *politique juridique* qui sous-tend la protection de l'environnement et donc aussi les instruments de sa réalisation législative. Plutôt esprit commun à un corps de règles que règle lui-même, le principe du pollueur-payeur pourrait être au droit de l'environnement en voie d'émergence ce que la bonne foi est au droit des obligations, une valeur et un fondement.

Son indétermination, sensible dans les domaines de la fiscalité environnementale ou de la responsabilité civile, ne suffit pas à le condamner, pas plus que l'écart d'une solution juridique par rapport à l'optimum économique ne conduit automatiquement à la mettre en procès au nom d'une rationalité qui lui est étrangère. Ni procès ni voie de fait. Mais confrontation. Et celle-ci appelle la communauté juridique non seulement à préciser, par touches successives, la définition et la portée du principe, mais aussi à réévaluer à la lumière de celui-ci, des solutions positives traditionnelles.

Double tâche ou plutôt double mouvement animant un même travail dans lequel le «pollueur-payeur» va subir une reconstruction conceptuelle, à mesure que le système juridique l'assimile, le transforme et se transforme en réajustant les catégories et les propositions qui lui sont propres.

(89) Voir l'arrêt 58/94 du 14 juillet 1994 de la Cour d'arbitrage, *Amén.*, 1994/4, p. 262 et s., obs. X. THUNIS, «L'assainissement des sols pollués et le droit de la responsabilité civile: une rencontre qui n'a pas eu lieu», part. p. 271 et s.; *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1995/4, obs. H. BOCKEN, p. 312 et s.