

L'APPLICATION DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR A LA GESTION DU RISQUE ENVIRONNEMENTAL ET A LA MUTUALISATION DES COÛTS DE LA POLLUTION

Youri MOSSOUX¹

Lex Electronica, vol. 17.1 (Été/Summer 2012)

Sommaire

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION — LE PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR | 1 |
| I. LES TECHNIQUES DE RESPONSABILITE..... | 3 |
| A. LA RESPONSABILITE CIVILE EXTRA CONTRACTUELLE POUR FAUTE | 3 |
| B. L'INTEGRATION DU RISQUE | 4 |
| C. LA RESPONSABILITE OBJECTIVE | 5 |
| D. LA RESPONSABILITE ENVIRONNEMENTALE OBJECTIVE | 7 |
| E. LA PRESOMPTION DE LIEN DE CAUSALITE BASEE SUR LE RISQUE..... | 8 |
| II. LES ASSURANCES | 10 |
| III. LES CRITIQUES ADRESSEES AUX TECHNIQUES DE RESPONSABILITE | 13 |
| IV. LA FISCALITE ET LES FONDS PUBLICS | 14 |
| A. GENERALITES | 14 |
| B. LE FONDS WALLON POUR LA GESTION DES DECHETS | 15 |
| V. LES MARCHES DE QUOTAS D'EMISSIONS | 18 |
| A. GENERALITES | 18 |
| B. LE SYSTEME D'ECHANGE DE QUOTAS DE GAZ A EFFET DE SERRE | 19 |
| CONCLUSION | 23 |

Introduction — Le principe du pollueur-payeur

À l'origine, le principe du pollueur-payeur est un principe économique né à la suite d'une interprétation de la théorie des externalités telle que développée par Arthur Cecil Pigou². Une externalité est l'impact des actions d'un agent sur le bien-être des personnes non concernées *a priori* par ces actions³. Ces externalités doivent être « internalisées », c'est-à-dire que le coût social de la production ou de la consommation d'un bien ou d'un service doit être intégré dans le prix de celui-ci.

¹ Assistant au Centre de droit public de l'ULB

² Voy. A.C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, London, Mac Millan, 1958. Le théorème de Coase eut également une certaine influence sur l'élaboration du principe économique, même si ce dernier s'en écarte. Voy. : R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44

³ N.G. MANKIW, *Principes de l'économie*, Paris, Economica, 1998, p. 282.

S'inspirant de ces théories, le principe pollueur-payeur est d'abord apparu dans les recommandations (non contraignantes) de l'OCDE⁴. Dans ces textes, comme dans la recommandation communautaire relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement de 1975⁵, le principe pollueur-payeur était compris comme un principe économique, interdisant les aides d'État en faveur des entreprises polluantes et concernant les coûts de la prévention de la pollution et non de la restauration de l'environnement⁶. Le but était la réduction des distorsions de concurrence.

En 1987, la Communauté européenne adopte l'Acte unique européen et le principe pollueur-payeur est consacré dans le Traité sur la Communauté européenne. De principe économique, il est devenu un principe juridique applicable à la politique européenne de l'environnement et qui concerne tant les coûts de la prévention que les coûts de la restauration de l'environnement. Le principe pollueur-payeur trouve aujourd'hui sa source dans l'article 191, § 2, alinéa 1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) qui stipule que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle 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* ». Il s'agit d'un principe contraignant pour les institutions européennes (Commission, Conseil et Parlement) ainsi que pour les pouvoirs publics nationaux lorsqu'ils transposent le droit européen⁷. Le pollueur est une personne qui « *par son activité (...) a contribué au risque de survenance de la pollution* »⁸. En conséquence, le principe s'adresse aux autorités publiques en limitant leur pouvoir discrétionnaire : elles ne peuvent faire payer une personne qui n'a pas contribué au risque de pollution. En outre, cette personne ne peut être contrainte à payer qu'en proportion de sa pollution ou de sa contribution au risque de pollution⁹. On ne peut donc pas faire payer le pollueur pour une pollution qui ne lui est pas imputable. L'accent est mis sur la responsabilisation du pollueur par les autorités publiques auxquelles s'applique le principe. Le principe est donc un principe de droit public européen, dont la définition incombe à la Cour de justice et n'est donc plus dépendante des théories économiques qui ont permis l'émergence du principe. Le principe pollueur-payeur doit être interprété au regard des autres principes du droit européen de l'environnement et en particulier du principe d'un niveau élevé de protection de l'environnement et du principe de prévention¹⁰.

⁴ Recommandation du 26 mai 1972 sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques d'environnement sur le plan international, C (72) 128, OCDE, 1972.

⁵ La communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement annexée à la recommandation 75/436 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement (JO, 3 mars 1975, n° L 194, p. 3) est le premier texte de la Communauté européenne à consacrer le principe pollueur-payeur.

⁶ N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 55-57.

⁷ C.J., 29 avril 1999, C-293/97, *Standley*, point 51.

⁸ C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*, point 82.

⁹ C.J., 29 avril 1999, C-293/97, *Standley*, point 52.

¹⁰ X. THUNIS, « Le principe du pollueur-payeur: de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », ST. LEYENS et A DE HEERING (ed), *Stratégies de développement durable*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2010, p. 170. Sur les principes de droit de l'environnement et le principe pollueur-payeur en particulier voy. les ouvrages de référence de NICOLAS DE SADELEER : *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution...*, op. cit. ; ID., *Environmental principles. From political slogans to legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Deux questions transversales seront abordées lors de cet exposé : premièrement, la question de la gestion du risque environnementale et de la mutualisation de la prise en charge de coûts de celui-ci ; deuxièmement la question du respect du principe pollueur-payeur par les législations et mécanismes examinés.

Nous aborderons tout d'abord certaines techniques de responsabilités (I) et le phénomène assurantiel qui s'est développé corrélativement (II). Nous mettrons, ensuite, en exergue les critiques adressées à l'usage de ces techniques pour la gestion du risque environnemental (III) et les solutions alternatives proposées qui comprennent les taxes et fonds publics (IV) ainsi que les marchés de quotas d'émissions (V).

I. Les techniques de responsabilité

Le point commun entre ces différentes techniques est qu'elles concernent toutes un comportement ou fait générateur particulier (faute, négligence, activité à risque, activité professionnelle) qui doit avoir causé *in concreto* un dommage environnemental particulier. L'évaluation s'effectue *ex post facto*. Il s'agit par exemple de la responsabilité civile pour faute, de la responsabilité environnementale objective ou de la décontamination des sols¹¹.

Selon le Parlement européen, s'exprimant lors de l'élaboration de la directive sur la responsabilité environnementale « *le principe du pollueur-payeur requiert de prouver l'existence d'un lien clair de causalité entre le dommage environnemental ou la menace imminente de dommage environnemental et l'acte ou l'omission de l'opérateur appelé à rembourser les coûts et à prendre des mesures* »¹². Ceci correspond à une vision restrictive du principe pollueur-payeur dans laquelle le principe ne permettrait que l'usage des techniques de responsabilités. On ne pourrait donc pas faire payer une personne de façon préventive pour le risque de dommage environnemental et il serait par conséquent très difficile de prendre en compte les phénomènes de pollution chronique ou diffuse.

A. La responsabilité civile extracontractuelle pour faute

L'article 1382 du Code civil porte que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». L'exigence de la preuve de la commission d'une faute dans le chef de celui qui a causé le dommage est problématique pour les risques issus de l'activité industrielle comme les risques professionnels et les risques environnementaux¹³, il en va de même pour l'établissement de la causalité. Les dommages environnementaux présentent en outre un problème spécifique du

¹¹ Ce dernier régime ne sera pas examiné ici.

¹² Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 14 mai 2003 en vue de l'adoption de la directive 2003/.../CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux, T5-0211/2003.

¹³ La focalisation sur la faute suppose qu'« *ici, c'est donc la qualité et non la causalité de l'acte qui est le point décisif dont on porte la responsabilité* » (H. JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, coll. Champs-Essais, 1990 (1979), trad. J. GREISCH, p. 180).

fait qu'il n'est pas toujours aisé de désigner une victime individualisable et qu'en cas d'identification réussie, l'assainissement de l'environnement dépendra de la volonté de cette victime d'obtenir réparation du dommage subi. La réparation concerne en général le patrimoine de la victime et pourrait donc intervenir par équivalent plutôt qu'en nature¹⁴. La victime n'est alors pas obligée de dépenser les sommes qu'elle reçoit à la restauration ou à la protection de l'environnement, mais peut préférer s'acheter des biens de consommation courante ou économiser.

Ces problèmes proviennent du fait que la responsabilité civile est une institution de droit privé qui concerne les rapports entre deux parties et leurs patrimoines. Elle n'est pas destinée à protéger l'environnement même si elle peut être utilisée de cette façon.

B. L'intégration du risque

Le risque se définit dans la langue courante comme un danger éventuel plus ou moins prévisible¹⁵. Dans la langue juridique, il se définit comme « *un événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation* »¹⁶. Dans le contexte général de l'application du principe de précaution, le risque est défini par le Tribunal de l'Union européenne comme « *une fonction de la probabilité des effets adverses pour le bien protégé par l'ordre juridique en raison de l'utilisation d'un produit ou d'un procédé* »¹⁷.

Le risque environnemental que l'on souhaite gérer est donc un événement futur dommageable pour l'environnement et prévisible jusqu'à un certain degré. La prévisibilité se réalise notamment par le biais du calcul de probabilité. C'est la raison pour laquelle le risque environnemental est, encore aujourd'hui, défini en premier lieu par les experts scientifiques. Mais le risque environnemental concerne des équilibres complexes entre des collectivités et leur environnement¹⁸. Ainsi, la science elle-même éprouve des difficultés croissantes à effectuer ce calcul de probabilité pour les nouveaux risques auxquels nous sommes confrontés. On sait donc que telle substance peut générer tel type de dommage à l'environnement, mais on ne connaît pas la probabilité d'occurrence de ce dommage¹⁹. Plus fondamentalement, la décision d'appréhender un risque environnemental par le droit incombe

¹⁴ Par exemple, à la suite d'une négociation.

¹⁵ A. REY (SDR), *Le Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1990. Le danger étant lui-même défini comme « *ce qui menace ou compromet la sûreté, l'existence d'une personne ou d'une chose* » ou comme la situation qui en résulte (*op. cit.*).

¹⁶ G. CORNU (SDR), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 8e éd., 2007, p. 833, v° « risque ».

¹⁷ T., 11 septembre 2002, T-13/99, *Pfizer animal health*, point 147 ; T., 11 septembre 2002, T-70/99, *Alpharma*, point 160. Dans un contexte plus spécifique, l'article 3, 7) de la directive 96/82/CE du Conseil du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses définit le risque comme « *la probabilité qu'un effet spécifique se produise dans une période donnée ou dans des circonstances déterminées* ».

¹⁸ N. DE SADELEER : *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁹ Même lorsqu'une probabilité a pu être calculée dans une étude scientifique, celle-ci n'est pas nécessairement le reflet d'une vérité objective. Différentes études arrivent à des résultats différents : le résultat peut dépendre de la question de savoir quels éléments les experts prennent en compte ou non dans le calcul et quelle méthodologie est utilisée, parfois des éléments du problème demeurent inconnus et l'on doit se contenter d'une appréhension partielle de la réalité.

à l'auteur de la norme juridique. Or, le risque n'est pas qu'une probabilité, il s'agit de la probabilité qu'ait lieu un événement dont le pouvoir public souhaite éviter l'occurrence, en général, parce que la société considère cette occurrence comme problématique. Le dommage environnemental n'est donc pas une notion déterminée uniquement par la science, les pouvoirs publics ne sont pas liés par les rapports scientifiques. De même, avant de mettre en œuvre des techniques de gestion du risque, le pouvoir public devra en principe déterminer si le risque est « négligeable » ou non ainsi que la vitesse de réalisation de celui-ci²⁰. Ils disposent donc toujours d'un pouvoir discrétionnaire dans la détermination du risque²¹.

Le droit a progressivement généré plusieurs techniques de gestion du risque notamment dans les cas où les institutions classiques de la responsabilité civile ne suffisaient pas à assurer la réparation du dommage subi. La responsabilité objective s'est développée notamment pour faire face aux accidents du travail qui étaient causés par le développement des industries. Dans ces cas la démonstration de l'existence d'une faute était particulièrement difficile pour le travailleur. La faute a donc été remplacée par l'activité à risque²².

C. La responsabilité objective

Les techniques de responsabilités objectives reposent sur les théories du risque créé et du risque profit. Selon la théorie du risque-créé, celui qui crée une activité génératrice de risque est objectivement responsable des dommages qui en résultent. La personne qui introduit une activité à risque dans la société le fait à ses risques et périls et non à ceux d'autrui²³. Une variante est la théorie du « risque-maitrise » : celui qui a la direction d'une activité doit en assumer les risques pour lui-même et pour autrui²⁴. La théorie des troubles de voisinage est une application de cette théorie.

Selon la théorie du risque-profit, celui qui tire profit d'une activité génératrice de risque est objectivement responsable des dommages qui en résultent, il doit corrélativement en supporter les charges. On fait peser la charge du dommage sur celui qui a agi et cherché un bénéfice plutôt que sur celui qui n'a rien fait²⁵. En droit de l'environnement, une telle théorie

²⁰ On peut dresser un parallèle avec la sociologie d'ULRICH BECK pour lequel l'appréhension du risque renvoie aux conceptions sociales de celui-ci et à la question « comment voulons-nous vivre ? ». Quels sont les risques que nous sommes prêts à accepter ? Il ne peut être répondu à ces questions par le simple recours à la science. Il s'agit d'une décision politique U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, coll. Champs-Essais, 2008 (1986), trad. L. BERNARDI, pp. 51-55 et *passim.*; ID., *World at risk*, Cambridge, Polity Press, 2008, pp. 11-13, 28, 35 et *passim*.

²¹ Le principe pollueur-payeur lui-même est - dans le cadre du TFUE- une notion juridique même s'il fait référence au concept de pollution dont l'origine est scientifique et si le principe fut d'abord conceptualisé en tant que principe économique. Dès lors qu'il a été intégré dans le droit, il est défini par les pouvoirs publics compétents et en dernière instance par la Cour de justice qui est compétente pour l'interprétation des traités et non par les scientifiques ou les économistes.

²² Voy. à cet égard les contributions doctrinales déterminantes de JOSSERAND et SALLEILES: L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1938, n° 556-558 ; ID., note sous Lyon, 12 janvier 1907, *Dall.*, 1907, II, p. 245 ; R. SALEILLES, note sous cass. fr., 30 mars 1897, *Dall.*, 1897, I, pp. 433-439.

²³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT ET E. SAVAUX, *Les obligations*, vol. II, *Le fait juridique*, Paris, Sirey, 2009, 13^e éd., p. 79, n°70

²⁴ R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 439.

²⁵ J. FLOUR *et AL.*, *loc. cit.*

pourrait se combiner avec l'approche « *deep pockets* » qui consiste à tenter de faire payer la personne dont les moyens financiers sont les plus importants plutôt que la personne qui a introduit la pollution dans l'environnement. Ceci fut l'approche des communes françaises dans l'affaire du naufrage du pétrolier l'Erika au large de la Bretagne, dans lequel le procès s'est concentré sur l'imputabilité du naufrage à Total en tant que producteur des hydrocarbures plutôt qu'à l'armateur, à l'affréteur ou au capitaine²⁶. Or, le « *deep pockets* » est en général également l'entreprise qui tirera le plus de bénéfices de l'activité à risque. Pierre Van der Vorst remarque que la théorie du risque-profit fait échapper les associations sans but lucratif, les entreprises publiques et les pouvoirs publics à la responsabilité²⁷, mais l'on pourrait considérer qu'ils tirent un « avantage » — si pas un « profit » — de l'activité à risque²⁸.

Quel que soit le fondement utilisé, la technique aboutie à exclure l'appréciation subjective présente dans la détermination de l'existence d'une faute²⁹. Le problème de la reconnaissance de la responsabilité ne porte plus sur l'établissement d'une faute, mais sur celui d'un lien de causalité entre l'activité à risque et le dommage puisqu'il faut que le dommage ait été causé par l'activité particulière de la personne à laquelle l'on souhaite imputer la responsabilité.

Les arguments ne manquent pas pour s'opposer à une application généralisée de la responsabilité objective : une telle mesure aboutirait, en effet, à décourager la prise de risque et l'innovation – tout acte même en apparence inoffensif est susceptible de générer un dommage-, l'évaluation du risque et donc du paiement corrélatif est difficile, la question de la contribution à la dette n'est pas réglée, un recours systématique à l'assurance serait probablement nécessaire entraînant la généralisation des mesures de plafonnement de la réparation ou de réparations forfaitaires³⁰. La responsabilité généralisée du fait du risque a donc été abandonnée. Mais des propositions alternatives ont été faites. Le risque est devenu le fondement de la réparation dans certains domaines particuliers définis par la loi, comme les accidents du travail et la maladie professionnelle. En droit de l'environnement, la théorie du risque-créé est en général appliquée pour les dommages catastrophiques, c'est-à-dire des pollutions appréhendées *ex post*³¹.

Le principe pollueur-payeur ne requiert pas la démonstration d'une faute ou d'une négligence dans le chef de celui qui pollue pour que le pouvoir public puisse lui imputer le coût de la pollution, la responsabilité objective est donc permise par le principe³². Le Traité ne prévoit pas d'interdiction générale de polluer ou d'entreprendre une activité à risque ou d'obligation de réduire le risque environnemental qui pourrait être enfreinte afin de déclencher le principe. Le principe ne contraint pas les pouvoirs publics à faire payer

²⁶ Voy. C.J., 24 juin 2008, C-188/07, *Commune de Mesquer*.

²⁷ P. VAN DER VORST, « Esquisse d'une théorie générale du "risque professionnel" et du "risque juridique" », *J.T.*, 1975, p. 393

²⁸ Ce type de raisonnement pourrait conduire à considérer que l'ensemble de la société tire un avantage direct ou indirect des activités professionnelles à risque – chacune de ces activités apportent quelque chose à la société – et que tout le monde doit payer ou que l'autorité publique qui représente la collectivité doit assumer les coûts de la pollution.

²⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1138-9

³⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 1139-1140.

³¹ J.-FR. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

³² C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, points 61-65.

systématiquement tous les pollueurs qu'ils auraient identifiés³³, mais interdit seulement que lorsqu'ils souhaitent faire payer quelqu'un pour la pollution, cette personne ne soit manifestement pas un pollueur. La prise en charge du coût de la pollution par le pollueur est donc prévue au cas par cas.

Notez que le remplacement de la faute par l'activité à risque entraîne généralement un plafonnement de la réparation³⁴. En droit de l'environnement, une telle mesure de plafonnement de l'indemnisation est problématique, car elle pourrait être contraire au principe de l'atteinte d'un niveau élevé de protection de l'environnement par le politique de l'Union³⁵. Ceci n'est cependant pas problématique lorsque la législation prévoit que les pouvoirs publics interviendront pour le surplus.

D. La responsabilité environnementale objective

La directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux est basée sur le principe pollueur-payeur³⁶ et prévoit une responsabilité pour faute et une responsabilité objective. La responsabilité objective concerne les dommages environnementaux³⁷ causés par une des activités à risque énumérées dans l'annexe III de la directive ainsi que la menace imminente de tels dommages³⁸. Il s'agit notamment des activités soumises à permis d'environnement, des opérations de gestion des déchets, de déversements en eaux souterraines³⁹. Pour les dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés⁴⁰, elle peut également s'appliquer lorsque le dommage est causé par une autre activité professionnelle pour autant qu'il y ait une faute ou une négligence⁴¹. Notez que la directive « *ne s'applique pas aux dommages corporels, aux dommages aux biens privés, ni aux pertes économiques* »⁴² : ces questions demeurent donc dans le champ d'application des législations nationales sur la responsabilité extracontractuelle. Pour ce qui est de l'imputabilité, la responsabilité est limitée à la personne de l'exploitant de l'activité à risque⁴³. Il y a donc une certaine canalisation de la responsabilité.

³³ L. KRÄMER, *EC Environmental law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 16, 27-28.

³⁴ Pour le risque dont les individus sont – directement – victimes, l'on considère que le risque est inhérent à la vie en société, tous ceux qui y sont soumis doivent supporter cette contrainte de la vie en société dont ils bénéficient (P. VAN DER VORST, *op. cit.*, p. 392).

³⁵ Ce principe est juridiquement contraignant : C.J., 14 juillet 1998, C-341/95, *Bettati/Safeti Hi-Tech*, points 45-47.

³⁶ Considérants 2 et 18, directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

³⁷ Ces dommages sont les dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés, les dommages affectant les eaux et les dommages affectant les sols (art. 2, §1^{er}, directive 2004/35).

³⁸ Art. 3, §1^{er}, a), directive 2004/35.

³⁹ Annexe III, directive 2004/35.

⁴⁰ Il s'agit de « *tout dommage qui affecte gravement la constitution ou le maintien d'un état de conservation favorable de tels habitats ou espèces* » (art. 2, §1^{er}, directive 2004/35).

⁴¹ Art. 3, §1^{er}, b), directive 2004/35.

⁴² Considérant 14, art. 3, §3, directive 2004/35.

⁴³ Art. 8, §§1 et 2.

Le mécanisme de responsabilité environnementale objective permet d'éviter la démonstration de l'existence d'une faute dans le chef du pollueur, sur qui pèse une obligation de résultat. Le règlement des litiges est plus rapide. En outre, dans la mesure où la responsabilité est mise en œuvre par « l'autorité compétente »⁴⁴, il n'est pas nécessaire qu'intervienne une victime individualisable qui aurait subi un préjudice et revendiquerait une compensation. En règle générale, le pollueur, dont la responsabilité a plus de chance d'être engagée dans ce type de régime, bénéficie du plafonnement de la réparation et devra, en conséquence, payer des primes d'assurance moins élevées⁴⁵. Tel n'est pas le cas dans le régime mis en place par la directive, qui ne prévoit pas de plafond pour la réparation du dommage. La directive permet néanmoins aux États membres d'adjoindre diverses causes d'exonération dans la législation nationale transposant la directive. Ces causes d'exonération couvrent l'hypothèse dans laquelle l'opérateur prouve qu'il n'a pas commis de négligence et qu'il a soit respecté son permis d'environnement (*permit defence*), soit que l'émission ou une activité n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où elle a eu lieu (*state of the art defence*)⁴⁶.

La directive n'est pas un instrument adéquat pour appréhender la pollution diffuse pour laquelle la preuve d'un lien de causalité concret est particulièrement ardue⁴⁷. Or le problème majeur de l'environnement est l'accumulation de diverses pollutions chroniques ou diffuses plutôt que l'occurrence ponctuelle de catastrophes environnementales⁴⁸.

Le mécanisme mis en place par la directive est conforme au principe pollueur-payeur puisque la personne qui paie pour le coût de la restauration ou de mesures d'urgence doit avoir causé le dommage environnemental et que son paiement variera en fonction de l'ampleur du dommage⁴⁹. Dans les faits ceci ne sera valable que si cette personne est solvable.

E. La présomption de lien de causalité basée sur le risque

L'exigence d'un lien causal déjà présente dans l'article 1382 du Code civil se retrouve également dans l'article 3, § 1^{er} de la directive 2004/35 conformément au principe pollueur-payeur. L'article 11, § 1^{er} de la proposition de directive prévoyait qu'il suffisait à l'autorité compétente de démontrer « *de manière suffisamment plausible et probable* » l'existence d'un lien causal⁵⁰. Cette possibilité n'a pas été reprise dans la directive, néanmoins, l'on admet

⁴⁴ Art. 6, §2, directive 2004/35.

⁴⁵ J.-FR. NEURAY, *op. cit.*, p. 671

⁴⁶ Art. 8, §4, directive 2004/35.

⁴⁷ Aux termes de l'article 4, §5 de la directive, « *la présente directive s'applique uniquement aux dommages environnementaux ou à la menace imminente de tels dommages causés par une pollution à caractère diffus, lorsqu'il est possible d'établir un lien de causalité entre les dommages et les activités des différents exploitants* ».

⁴⁸ L. KRÄMER, *EC Environmental law*, *op. cit.*, p. 189 ; J.-FR. NEURAY, *op. cit.*, p. 712.

⁴⁹ Voy. sur la conformité de la législation italienne transposant la directive : C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*

⁵⁰ Proposition de directive citée par O. FUCHS, *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale. Comment appliquer le principe pollueur-payeur ?*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 95.

classiquement que la preuve de l'existence du lien causal peut se déduire de présomptions graves, précises et concordantes⁵¹.

Selon les professeurs Viney et Jourdain, il est possible garder la théorie de l'équivalence des conditions en tant que règle de base⁵², qui régit le fond des questions liées à la responsabilité civile, tout en utilisant une théorie de la causalité probabiliste en tant que règle subsidiaire de preuve. En effet, dans certains cas, il est difficile de prouver que l'événement qui fait l'objet des débats est une condition nécessaire du préjudice. Les auteurs citent l'exemple d'une maladie contractée par une personne ayant séjourné près d'un réacteur nucléaire. Même si ce type de maladies est favorisé par la radioactivité, il sera difficile à la victime de prouver une relation causale *in specie*. On pourrait dès lors utiliser l'existence d'une probabilité objective considérable que la radioactivité cause ce type de maladie comme une présomption de fait en faveur de la victime.⁵³ Cette proposition est transposable à la responsabilité environnementale⁵⁴. La directive ne prévoyant pas de règle de preuve spécifique cette tâche incombe aux États membres dans le respect du Traité⁵⁵. Les règles de preuve ne peuvent toutefois pas aboutir à ce que quelqu'un qui ne serait manifestement pas le pollueur soit désigné comme responsable. L'exploitant de l'activité pourra toujours prouver que malgré cette probabilité il n'a aucun rapport avec le dommage par exemple parce qu'une autre exploitation est à l'origine de celui-ci⁵⁶. Une telle présomption du juge n'est à mon sens possible que si l'existence du risque est certaine, le calcul de probabilité a pu être effectué avec une relative précision et la probabilité est considérable. Elle sera donc appliquée de façon limitée, mais pourrait tout de même concerner un nombre non négligeable de cas⁵⁷.

⁵¹ B. DUBUISSON, « Conclusions – Les responsabilités environnementales dans l'espace européen », *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. Point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, p. 854, n° 15.

⁵² La théorie de l'équivalence des conditions ou de la condition *sine qua non* suppose qu'afin d'apprécier la causalité le juge doit se demander si en l'absence de l'événement considéré le dommage se serait produit tel qu'il s'est produit.

⁵³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, (SDR J. GHESTIN), *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 192-194.

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

⁵⁵ C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, point 55.

⁵⁶ S. GALAND-CARVAL, *loc. cit.*. La loi allemande quant à elle prévoit seulement que le défendeur prouve qu'il existe une autre cause possible au dommage (*ibidem*).

⁵⁷ Dans certaines circonstances, la Cour de cassation française va plus loin et ne requiert pas l'établissement d'un risque pour autant que la preuve soit basée sur des éléments graves précis et concordants (Cass. fr., 1^{re} civ., 9 juillet 2009, n° 08-11.073). Il s'agissait en l'espèce du fait que les études scientifiques – bien que n'ayant pas démontré de risque – considèrent le lien entre la vaccination et la maladie comme possible, de l'enchaînement temporel étroit entre la vaccination et la maladie et de l'absence d'autres causes pouvant expliquer la maladie. Voy. aussi les exemples cités par J. FLOUR *et AL.*, *op. cit.*, pp. 188-190, n° 164.

II. Les assurances⁵⁸

Les assurances agissent comme un complément aux techniques de responsabilité et permettent de pallier l'insolvabilité du pollueur. En effet, le dommage environnemental peut parfois avoir un coût très élevé qui dépasse le patrimoine du pollueur. Le recours à l'assurance emporte également des effets préventifs : l'assureur souhaitera en principe limiter le risque assuré, il va par conséquent influencer l'assuré pour qu'il identifie et réduise les risques⁵⁹.

Quoi qu'il en soit, le recours à l'assurance comme technique de gestion des risques environnementaux présente de nombreuses difficultés.

Afin de pouvoir conclure un tel contrat, il faut une incertitude : le risque assuré est imprévu, inopiné. Conséquemment, l'assureur ne prendra pas en compte les situations où la pollution et donc le paiement sont pratiquement certains, comme les émissions de CO₂. Le risque est défini comme un événement futur et incertain dont la réalisation ne dépend pas entièrement de la volonté de l'intéressé⁶⁰. Or les émissions de CO₂ dépendent de la consommation de combustibles fossiles de l'entreprise et des processus de production⁶¹. Ces facteurs sont sous le contrôle de l'entreprise. Le même raisonnement est applicable pour la production de bon nombre de déchets⁶². De même, la plupart des dommages à l'environnement sont issus de pollutions chroniques et/ou diffuses qui résultent de l'exploitation normale de l'activité ce qui réduit sensiblement l'aléa. En pratique ces pollutions sont très rarement assurées, l'assurance ne prenant en compte que les pollutions fortuites⁶³. Un certain nombre de polices prévoient explicitement que l'intervention de l'assureur ne peut intervenir qu'en cas d'accident, c'est-à-dire d'un événement soudain imprévisible et involontaire⁶⁴. Enfin, lorsque l'assureur est face à un risque dont il ne peut évaluer la probabilité, il refusera d'assurer ou demandera des primes très élevées. Le risque doit être régulier, prévisible et calculable. Cette exigence est particulièrement difficile à atteindre lorsqu'il s'agit d'appréhender une menace d'accident qui n'a encore jamais eu lieu ou qui n'a eu lieu qu'une ou deux fois. En effet, le calcul de probabilité tire son efficacité de la loi des grands nombres. Il faut de la régularité afin de disposer de données statistiques et opérer un calcul de probabilité. À cela s'ajoute que les événements passés ne constituent une bonne indication des événements futurs que dans la mesure où les conditions de réalisation du

⁵⁸ Nous n'aborderons pas ici les assurances directes, qui sont souscrites par les victimes potentielles des dommages environnementaux, mais seulement les assurances souscrites par les pollueurs potentiels.

⁵⁹ Voy. sur cette question : F. MILLET et V. HEUZE, « Les fonds d'indemnisation et l'assurance », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, op. cit., p. 479-482.

⁶⁰ P. VAN DER VORST, op. cit., p. 393

⁶¹ Des assurances sont, en revanche, possibles en rapport avec la revente de quotas de gaz à effet de serre. Une entreprise qui souhaite réduire ses émissions afin de vendre ses quotas excédentaires peut ainsi s'assurer contre un incident qui l'empêcherait d'atteindre ses objectifs de réduction d'émission (M. Fontaine, « Droit des assurances et changement climatique », *Forum de l'assurance*, 2011, n°111, p. 32).

⁶² Les choses sont en revanche différentes pour les dommages qui seraient causés par les déchets si ceux-ci étaient introduits dans l'environnement. Il s'agit là, en principe, d'un accident.

⁶³ F. MILLET et V. HEUZE, « Les fonds d'indemnisation et l'assurance », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, op. cit., p. 456.

⁶⁴ B. DUBUISSON, « Assurance et garantie des risques engendrés par les sols contaminés », in *Sols contaminés, sols à décontaminer*, Bruxelles, éd. FUSL, 1996, pp. 212 et s. ; V. CALLEWAERT, « Les assurances contre les atteintes à l'environnement et ses alternatives : une réponse satisfaisante ? », *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen...*, op. cit., pp. 505-506.

risque ne se modifient pas dans l'intervalle⁶⁵. Or, pour beaucoup de risques environnementaux, ces conditions se modifient en permanence.

Une autre source de difficultés est que le dommage potentiel doit être évaluable ce qui n'est pas toujours le cas, car le bien auquel il serait porté atteinte peut être hors commerce ou l'ampleur exacte du dommage être difficilement prévisible, notamment lorsque la réalisation du dommage n'a pas de limites précises du point de vue spatial — l'on n'arrive pas à recenser tous les endroits où la pollution pourrait causer un dommage environnemental — et/ou temporel — les effets secondaires pourraient se faire sentir sur le très long terme⁶⁶. De plus, certains dommages sont irréversibles ce qui rend l'évaluation d'autant plus complexe, *a fortiori* si le dommage est susceptible de toucher l'humanité tout entière⁶⁷. Le coût du dommage peut dépasser les capacités du marché de l'assurance. Si la réparation n'est pas plafonnée — comme c'est le cas dans la directive 2004/35 — les assureurs seront réticents⁶⁸.

Une dernière difficulté est que l'assurance n'intervient que dans les limites de ce qui est prévu par le contrat. Il faut donc un risque qui se réalise durant la période du contrat : l'on ne peut en principe assuré un risque déjà réalisé comme la pollution historique⁶⁹. L'assurance ne couvre pas les sinistres qui auront lieu après la période d'activité de l'exploitation. En outre, le contrat peut prévoir des exclusions, des déchéances, des plafonds de couverture ou des franchises.

L'ensemble de ces raisons fait que le marché de l'assurance pour risques environnementaux est peu développé en Belgique et en Europe. Les entreprises concernées sont les grandes entreprises et celles qui génèrent un risque important⁷⁰. Si assurance il y a, il sera fréquemment recouru à la coassurance et/ou à la réassurance⁷¹.

⁶⁵ J.-L. FAGNART, « Les risques du temps – Le temps des risques », *Forum de l'assurance*, 2011, n°111, p. 24.

⁶⁶ Les nouveaux modèles mathématiques tentent de pallier ces incertitudes (J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 25). Mais les modèles sont loin d'être une panacée, que l'on se souvienne, par exemple, de leur incapacité à prédire la crise des « subprimes » et la crise financière de 2008-2009.

Lors de l'élaboration de la directive relative à la responsabilité environnementale, une vive controverse opposa le Conseil européen de l'assurance et la Commission européenne à propos de la question de savoir si le dommage aux ressources naturelles et à la biodiversité était évaluable – et donc assurable- ou non. Selon les assureurs, ces dommages sont par essence impossibles à évaluer. Voy. À ce propos H. BOCKEN, « Financial Guarantees in the Environmental Liability Directive : Next Time Better », *E.E.E.L.R.*, 2006, pp. 18.

⁶⁷ V. CALLEWAERT, « Les assurances contre les atteintes à l'environnement et ses alternatives ... », *op. cit.*, pp. 509-510 ; U. BECK, *World at risk*, *op. cit.* p. 27. Ce dernier auteur remarque que la capacité de protection des assurances diminue paradoxalement avec l'augmentation de la menace.

⁶⁸ Néanmoins la directive prévoit que les États doivent encourager « le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière, y compris des mécanismes financiers couvrant les cas d'insolvabilité » (art. 14, §1^{er}, directive 2004/35). Sur cet article voy. l'interprétation de Hubert BOCKEN : « Financial Guarantees in the Environmental Liability Directive... », *op. cit.*, pp. 19-32.

⁶⁹ Voy. l'art. 24, al. 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Le contrat peut en revanche couvrir un risque résultant d'une activité qui a déjà eu lieu dans la mesure où le dommage n'est pas encore apparu.

⁷⁰ V. CALLEWAERT, « Les assurances contre les atteintes à l'environnement et ses alternatives... », *op. cit.*, pp. 502-505 ; ID. , « Assurances et responsabilité environnementale : points cruciaux », *Amén.-Envir.*, 2004, n° spécial, *Entreprises, responsabilités et environnement*, pp.69-108 ; H. BOCKEN, « Alternative Financial Guarantees for Environmental Liabilities under ELD », *E.E.E.L.R.*, 2009, p. 147.

⁷¹ G.J. MARTIN, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée ? », in *Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 456

Rappelons enfin que dans la mesure où l'assurance est un complément aux techniques de responsabilités, elle n'interviendra que dans les cas où la responsabilité de l'assuré peut être engagée. Son intervention est donc limitée par tous les problèmes qui peuvent se poser à l'établissement de la responsabilité du pollueur.

Le recours à l'assurance est-il conforme au principe pollueur-payeur ? Lorsqu'il est recouru à l'assurance et qu'un dommage à l'environnement a lieu, c'est la compagnie d'assurance qui paie pour ce dommage. Néanmoins cette compagnie ne paye que parce qu'un contrat à titre onéreux a été conclu et que l'entreprise que la législation tient pour responsable s'est acquittée du paiement de primes d'assurance. Le recours à l'assurance suppose évidemment qu'à l'initier le pollueur soit identifié *in specie*. En conséquence, dans une telle configuration celui qui crée le risque de pollution paie pour ce risque même si au moment où le risque se réalisera un tiers prendra en charge les coûts dans les limites fixées par le contrat. Ceci n'est pas contraire au principe pollueur-payeur⁷².

Le montant des primes varie en fonction du risque. Mais la question de l'aléa suppose que le détenteur de la police pourra se trouver dans une situation où le total des primes qu'il a payées est inférieur au montant du dommage. Il y « gagne » donc. Cela étant, dans certains cas la probabilité d'un accident peut être revue à la hausse suite à l'occurrence de cet accident et les primes seront donc augmentées. En outre, de nombreux régimes fiscaux prévoient que les primes d'assurance sont déductibles du bénéfice imposable. Il y a donc en quelque sorte une intervention indirecte de l'État dans le paiement pour le risque environnemental.

Les liquidités dont dispose l'assurance et qu'elle utilisera afin de prendre en charge les coûts du dommage ne sont pas nécessairement uniquement issues du paiement des différentes industries à risque pour l'environnement, mais proviennent de toutes les entreprises qui recourent à cette compagnie d'assurance.

Le recours aux assurances suppose donc que le pollueur payera uniquement en fonction du risque environnemental qu'il génère – à travers les primes – et non en fonction de l'ampleur du dommage effectivement causé. L'assurance génère un effet (limité) de déresponsabilisation. Mais dans l'hypothèse où le pollueur serait insolvable, le dommage environnemental ne serait pas réparé – à moins que l'État ne décide d'intervenir – et le pollueur ne payera pas ou pas l'intégralité de ce qu'il devrait payer en vertu de la loi. Dans ce cas, le patrimoine du pollueur constitue la limite du système de responsabilité environnementale⁷³. Grâce au recours à l'assurance, il y a plus de chances que le dommage soit réparé ce qui est plus conforme au principe d'un niveau élevé de protection de l'environnement et le pollueur paye les primes en fonction du risque environnemental qu'il génère. Une telle solution ne me semble pas incompatible avec le principe tel que défini par la Cour.

⁷² Cela renforce la fonction indemnitaire du PPP (F. OST., « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et société*, 1995, pp. 283 et 285).

⁷³ H. BOCKEN, « Alternative Financial Guarantees for Environmental Liabilities under ELD », *op. cit.*, p. 146.

III. Les critiques adressées aux techniques de responsabilité

Les institutions examinées précédemment concernent des situations dans lesquelles le dommage à l'environnement a déjà eu lieu, la situation est donc évaluée *ex post* et la preuve de l'existence d'un lien de causalité concret doit être prouvée entre une activité fautive ou à risque et un dommage environnemental particulier. Le problème est que la preuve du lien de causalité concret est souvent très difficile à apporter en particulier en cas de causalité multiple⁷⁴. L'exigence de la démonstration d'un lien causal concret entre une émission et un dommage à l'environnement est opportune lorsque l'on agit dans un espace géographique limité en considérant une période temporelle limitée alors que la pollution peut avoir lieu à l'autre bout de la planète, longtemps après que l'activité polluante ait eu lieu et le dommage peut être irréversible⁷⁵. Dans cette optique, le principe pollueur-payeur a été vivement critiqué notamment par le sociologue Ulrich Beck⁷⁶ et le juriste Ludwig Krämer⁷⁷ en raison des limites du recours à la causalité. Il est vrai qu'à l'origine ce principe juridique était vu par la Communauté européenne comme un principe de réparation des dommages⁷⁸, mais depuis lors la définition du principe a sensiblement évolué. La Cour de Justice lui donne une définition large se référant au risque de pollution. Dans les techniques de responsabilité, le risque intervient déjà dans la responsabilité objective où l'on peut prendre en compte une activité à risque même s'il faut encore prouver un lien de causalité avec le dommage. Le risque peut intervenir dans le domaine de la preuve avec les présomptions du juge. Il intervient aussi à travers la mutualisation privée qui a lieu par le biais du phénomène assurantiel. La plupart de ces techniques juridiques ont plus d'un siècle d'existence. Contrairement au droit des accidents du travail et aux maladies professionnelles, la réparation du dommage environnementale est rarement prise en charge collectivement⁷⁹. Néanmoins, le principe pollueur-payeur permet également d'adopter des solutions plus innovantes en appréhendant une catégorie de dommages environnementaux probables plutôt qu'un accident particulier. La pollution diffuse ou chronique peut donc être prise en charge grâce à la mise en place de fonds publics, de taxe environnementale ou de marchés de quotas d'émission, en conformité avec le principe pollueur-payeur tel que défini par la Cour. Il s'agit ici d'identifier ceux qui disposent du « pouvoir causal »⁸⁰ et dont l'activité est par conséquent à risque.

⁷⁴ Voy. M. HINTEREGGER (SDR), *Environmental liability and Ecological damage in European law*, Cambridge, CUP, 2008, pp. 347-431.

⁷⁵ Sur ce changement de paradigme, qui influence la façon dont devrait se concevoir la responsabilité, voy. H. JONAS, *op. cit.*, pp. 28-29 ; K.-O. APEL, *Sur le problème d'une fondation rationnelle de l'éthique à l'âge de la science*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1987, p. 46 et s.

⁷⁶ « Les risques liés à la modernisation en raison de leur structure même, ne peuvent pas être interprétés de façons satisfaisante au moyen du principe de causalité. La plupart du temps il n'y a pas un pollueur unique, mais une pollution de l'air qui provient de différentes cheminées d'usine et qui en outre se superpose souvent à des affections non spécifiques à l'origine desquelles on peut toujours envisager une pluralité de « causes ». Dans ces conditions exiger une preuve stricte revient à maximiser le déni et à minimiser la reconnaissance de l'existence des contaminations d'origine industrielle et des maladies liées à la civilisation » (U. BECK, *La société du risque...*, *op. cit.*, p. 114). Voy. également sa critique des mécanismes de responsabilité qui sont basés sur une responsabilité individuelle du pollueur. Ainsi, lorsque des substances polluantes sont retrouvées dans l'environnement, mais que de multiples entreprises des environs émettent ce type de substance aucune ne sera tenue pour responsable puisqu'on ne peut prouver l'existence d'un lien causal particulier (U. BECK, *World at risk*, *op. cit.* pp. 29-30)

⁷⁷ L. KRÄMER, *EC Environmental law*, *op. cit.*, p. 189.

⁷⁸ L. KRÄMER, « Le principe du pollueur-payeur (« Verursacher ») en droit communautaire », *Amén.-envir.*, 1991/1, p. 3.

⁷⁹ D. JANS, « La double appréhension juridique des nuisances industrielles », *Annales de droit de Louvain*, 2007, p. 86

⁸⁰ Le pouvoir de causer un phénomène, que ce pouvoir ait été utilisé ou non (H. JONAS, *op. cit.*, p. 182 et s.).

IV. La fiscalité et les fonds publics

A. Généralités

Lorsqu'il est difficile d'identifier l'auteur de la pollution et démontrer l'existence d'un lien causal entre une activité et un dommage particulier, il est plus opportun de recourir à la fiscalité ou aux fonds publics. Les contributions aux fonds et les taxes ne sont pas soumises aux règles qui gouvernent l'assurance telle l'interdiction que l'assurance se retourne contre l'assuré responsable pour autant qu'il ait respecté les conditions de la police ou la nécessité d'évènement incertain et imprévu⁸¹. On peut donc prendre en compte la pollution chronique ou diffuse et parfois la pollution historique. Comme l'assurance, ces techniques permettent d'éviter les problèmes d'insolvabilité.

Afin de respecter le principe pollueur-payeur les entreprises qui alimentent le fonds ou qui s'acquittent de la taxe doivent payer en fonction du risque qu'elles font subir. Néanmoins, le législateur ne doit pas nécessairement charger l'administration d'apprécier de façon individuelle le risque environnemental, mais peut mettre en place différentes catégories de pollueurs en fonction du niveau de risque environnemental qu'ils créent. De telles catégories n'appréhendent nécessairement la réalité qu'avec un certain degré d'approximation, mais une telle solution est permise pour autant qu'elle n'aboutisse pas à des résultats manifestement disproportionnés⁸². Une contribution me semble également possible dans les cas où il est prouvé que les substances utilisées par l'entreprise sont des substances à risque, mais où il est impossible de calculer avec précision la probabilité d'occurrence d'un dommage à l'environnement⁸³. De même, il n'est pas indispensable de pouvoir évaluer financièrement le dommage potentiel afin de fixer la contribution, celui-ci pourrait être fixé à un taux dissuasif, c'est-à-dire un taux susceptible de permettre une réduction des émissions polluantes dans la mesure souhaitée par l'autorité publique. En revanche, conformément au principe de proportionnalité, le paiement devrait varier en fonction de la quantité d'émission. Afin d'être conforme à l'esprit du principe pollueur-payeur, le fonds devrait disposer d'un recours récursoire contre l'auteur de la pollution lorsque celui-ci peut être identifié et peut être amené à payer. Le recours pourrait n'être valable qu'envers les pollueurs ayant commis une faute ou être adjoint d'un plafond financier⁸⁴. En comparaison avec les compagnies d'assurance, le fonds d'indemnisation présente également l'avantage de ne faire contribuer que les entreprises qui concourent au risque environnemental que l'on souhaite gérer.

⁸¹ H. BOCKEN, « Alternative Financial Guarantees for Environmental Liabilities under ELD », *op. cit.*, p. 163.

⁸² C.J., 16 juillet 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, points 56-57. Compar. H. BOCKEN, « Alternative Financial Guarantees for Environmental Liabilities under ELD », *op. cit.*, p. 164.

⁸³ Voy. par analogie le raisonnement de l'avocat général JULIANE KOKOTT : « ne pas exiger une facturation précise des frais, mais tabler sur l'appartenance à un groupe collectivement responsable de la pollution s'inscrit dans cette vision. Elle est manifestement conforme au principe du pollueur-payeur lorsqu'il est établi que tous les membres du groupe ont contribué à la pollution, mais que chaque contribution individuelle et les frais qui en résultent ne peuvent pas être déterminés clairement » (Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, Point 54).

⁸⁴ FR. OST, *op. cit.*, p. 313; J.-FR. NEURAY, *op. cit.*, p. 714.

Ces techniques peuvent être utilisées pour réparer les dommages à l'environnement lorsque le pollueur n'est pas identifiable ou qu'il ne peut être amené à payer. Mais elles peuvent aussi servir à prendre en charge les coûts de prévention de la pollution. En outre, le simple fait de devoir s'acquitter d'une taxe comporte un effet dissuasif et peut donc remplir la fonction préventive du principe pollueur-payeur, indépendamment de la question de l'affectation des montants récoltés. Un fonds d'indemnisation peut intervenir à titre subsidiaire – lorsque la responsabilité n'a pas pu être établie – ou principal – il prend automatiquement en charge l'indemnisation de certains dommages⁸⁵.

Nous examinerons l'exemple du Fonds pour la gestion des déchets de la Région wallonne qui est alimenté par diverses taxes sur la gestion des déchets.

B. Le Fonds wallon pour la gestion des déchets

Celui qui subi sur le territoire de la Région wallonne un dommage causé par un déchet peut demander réparation au Gouvernement wallon à charge du Fonds pour la gestion des déchets. Il s'agit d'une intervention subsidiaire qui n'a lieu que dans les cas où on ne peut faire payer la personne ayant causé le dommage, notamment, parce qu'elle est difficilement identifiable, que sa responsabilité peut difficilement être établie ou qu'elle n'est pas solvable. Celui qui subit le dommage doit établir qu'il existe de sérieuses raisons de croire qu'il se trouve dans une de ces situations et qu'il ne pourra obtenir aucune indemnisation dans un délai raisonnable⁸⁶. Le Fonds n'intervient pas dans un certain nombre d'hypothèses notamment si la victime a déjà introduit une action en responsabilité civile contre la Région wallonne. Le Fonds n'intervient que lorsque les normes de qualités en vigueur sont dépassées et pour la partie du dommage qui ne serait pas couverte par l'assurance⁸⁷. Enfin, la victime supporte une franchise de 1240 euros⁸⁸. Une fois l'indemnisation du Fonds versée, la Région wallonne pourra se retourner vers le responsable s'il s'avérait qu'il est identifié ou solvable⁸⁹. Le fonds est alimenté par diverses taxes sur les déchets⁹⁰.

Remarquez que le Fonds est géré par le gouvernement de la Région wallonne et qu'il n'a pas été doté d'une personnalité juridique distincte de celui-ci. Cette solution peut être comparée avec celle qui prévaut en matière de sécurité sociale où l'Office national de sécurité sociale est doté de la personnalité juridique⁹¹ et les représentants des travailleurs et des

⁸⁵ Cette dernière hypothèse ne pose pas de problème pour autant que ceux qui alimentent le fonds contribuent au risque de pollution. Conformément au principe pollueur-payeur, le fonds devrait disposer d'une action récursoire contre le pollueur.

⁸⁶ Art. 44, §1^{er}, décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets. En Région wallonne, le « décret » est la norme législative qu'adopte le Parlement wallon, il ne s'agit donc pas d'un acte du Pouvoir exécutif.

⁸⁷ Art. 44, §2, décret relatif aux déchets.

⁸⁸ Art. 44, §3 décret relatif aux déchets

⁸⁹ Art. 44, §6, décret relatif aux déchets.

⁹⁰ Art. 44, §1^{er} du décret fiscal du 22 mars 2007 favorisant la prévention et la valorisation des déchets en Région wallonne et portant modification du décret du 6 mai 1999 relatif à l'établissement, au recouvrement et au contentieux en matière de taxes régionales directes. Le décret fiscal permet la mise en œuvre de l'article 14 de la directive 2008/98 du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives qui retranscrit le principe pollueur-payeur dans le domaine de la gestion des déchets.

⁹¹ Art. 9 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêt-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

employeurs sont associés à la gestion de l'Office⁹². En droit de l'environnement, les personnes soumises au risque, les associations de défense de l'environnement et les pollueurs ne sont, en règle générale, pas associées à la mise en œuvre des politiques de protection de l'environnement autrement qu'à travers les techniques de participation du public, qui ne sont pas encore pleinement maîtrisées par ces acteurs ou par les pouvoirs publics eux-mêmes.

Notez que si le Fonds n'indemnise qu'en cas d'occurrence d'un dommage environnemental particulier (*ex post*), les taxes sur les déchets, quant à elles, sont prélevées de façon systématique sur tout déchet dont le mode de traitement entre dans les catégories visées par le décret. Les déchets traités pour lesquels le paiement est prélevé ne doivent donc pas être reliés à un dommage particulier. On paie donc bien pour le risque. Le paiement de ces taxes ne sert pas uniquement à la réparation des dommages, mais a également un effet dissuasif. De plus, l'ensemble des montants prélevés par la taxe et affectés au Fonds ne sert pas à la réparation des dommages : le budget d'indemnisation du Fonds est fixé en fonction des indemnisations octroyées l'année précédente⁹³, mais le Fonds a également d'autres missions telles que la mise en place d'actions de prévention, d'installations de gestion des déchets ménagers plus protectrice de l'environnement ou la promotion de la recherche et du développement de techniques écologiquement rationnelles⁹⁴.

Nous aborderons quelques-unes des principales taxes sur les déchets non ménagers. Le montant de la taxe est fixé à la tonne, sauf pour la taxe sur l'abandon de déchets (au mètre carré).

| Hierarchie / Dangersité | CET ⁹⁵ | Incinération ⁹⁶ (avec récupération de chaleur) | Co-incinération ⁹⁷ | Réutilisation / recyclage | Abandon de déchets ⁹⁸ |
|--------------------------|-------------------|--|-------------------------------|---------------------------|----------------------------------|
| Déchets dangereux | 65€ | 12€ | 5€ | Non taxé | 150€ |

⁹² Art. 57 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969.

⁹³ Art. 44, §4, décret relatif aux déchets.

⁹⁴ Art. 44, §2, décret fiscal.

⁹⁵ Art. 2 à 6, décret fiscal.

⁹⁶ Art. 7 à 12, décret fiscal.

⁹⁷ Art. 13 à 16, décret fiscal.

⁹⁸ Art. 39 à 42, décret fiscal.

| | | | | | |
|------------------------------|-----|----|---|----------|------|
| Déchets non-dangereux | 60€ | 6€ | / | Non taxé | 600€ |
|------------------------------|-----|----|---|----------|------|

Les taxes varient en fonction du mode de gestion des déchets utilisé. Dans une optique de prévention, on applique la hiérarchie du traitement des déchets : la mise en décharge (centre d'enfouissement technique, « CET ») est taxée davantage que l'incinération – puisque le déchet est détruit – qui est taxée davantage que la co-incinération – production d'énergie. Un taux différent est pratiqué en fonction du fait que le déchet soit un déchet dangereux ou pas. Les opérations de réutilisation et le recyclage ne sont pas taxés. En revanche, la personne qui a abandonné des déchets sera (fortement) taxée à titre de sanction⁹⁹.

Le Fonds est-il conforme au principe pollueur-payeur ?

Le décret fiscal wallon fait en principe payer la personne qui assure le traitement du déchet (l'exploitant de la décharge, de l'incinérateur, etc.). On ne fait donc pas payer l'entreprise qui produit le déchet, mais l'entreprise qui le traite. Ces entreprises contribuent au risque de pollution, mais on les taxe avant tout pour des raisons de facilité : il n'y a que quelques entreprises qui traitent les déchets alors qu'il y en a énormément qui en produisent. Bon nombre de dommages sont toutefois causés directement par les entreprises qui ont produit le déchet. Les entreprises de traitement des déchets pourront bien sûr répercuter la taxe auprès de leurs clients, qui sont, en principe, les producteurs de déchets¹⁰⁰.

Le pollueur paie en raison de son appartenance à un groupe d'entreprises effectuant des activités à risque. Ceci est conforme au principe¹⁰¹. Les arrêts *Futura immobiliare* et *E.R.G.* ont confirmés que le principe ne requérait pas la démonstration d'un lien causal *in concreto*¹⁰². Afin de respecter le principe, il suffit de prouver que les émissions taxées sont polluantes, c'est-à-dire qu'elles risquent de dégrader l'environnement, sans que l'administration doive prouver pour chaque tonne de déchets qu'elle taxe que ces déchets ont effectivement causé un dommage particulier à l'environnement. En effet, dans le cas contraire, il serait impossible d'utiliser le principe pour imputer les coûts de la prévention puisqu'il faudrait systématiquement attendre l'occurrence d'un dommage.

⁹⁹ La taxe n'est pas due si une sanction administrative ou pénale a déjà été prononcée (art. 41, décret fiscal).

¹⁰⁰ En science économique, la possibilité de répercuter le montant la taxe sur les clients dépend de l'élasticité de la demande, c'est-à-dire la variation de celle-ci en fonction du prix du service. Pour le traitement de déchets en général, la demande est rigide – elle varie peu même si le prix augmente – puisque ce traitement est obligatoire et que le non-respect de cette obligation est lourdement taxé. Les producteurs de déchets n'ont donc pas d'autres choix que de faire traiter leurs déchets. En revanche, la demande pour un mode *particulier* de traitement comme l'enfouissement en décharge (CET) est souvent plus élastique. En effet, dans bon nombre de cas le producteur de déchets aura des alternatives moins taxées (l'incinération ou la co-incinération) voire non taxées (réutilisation ou recyclage). Ce passage vers des modes de traitement moins taxés et moins polluants est évidemment le but de la taxe. Les exploitants de CET devront soit éviter de répercuter la taxe sur leurs clients afin de rester compétitif, soit se spécialiser dans le traitement de déchets non incinérables ou recyclables.

¹⁰¹ Conclusions de l'A.G. J. KOKOTT, 23 avril 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, Point 54.

¹⁰² C.J., 16 juillet 2009, C-254/08, *Futura Immobiliare*, point 46 ; C.J., 9 mars 2010, C-378/08, *E.R.G.*, points 56-58.

La taxe sur l'abandon de déchets, quant à elle, est due par la personne qui abandonne les déchets, sauf si elle a déjà fait l'objet d'une sanction administrative ou pénale¹⁰³. Cette taxe pose des problèmes d'imputabilité puisqu'il faut pouvoir relier les déchets abandonnés avec une personne particulière. Dans ce cas, on ne paie plus pour le risque, mais pour la présence effective de déchets dans l'environnement. Même dans ce cas, lorsque le Fonds intervient pour réparer un dommage, le montant déboursé ne correspond pas au paiement de l'opérateur qui a causé le dommage, mais est issu du financement général du Fonds.

Pour les taxes liées aux traitements des déchets, le paiement se fait au *pro rata* du nombre de tonnes de déchets traitées. Il est donc proportionnel. Pour les taxes l'abandon de déchets la taxe est liée au nombre de mètres carrés détenus ou abandonnés. Le montant de la taxe sur l'abandon de déchets est entre 2 et 30 fois plus important que les taxes classiques. Cela s'explique parce que dans ce cas, l'on ne paie plus en fonction de la probabilité que des déchets se retrouvent dans l'environnement, mais pour des déchets qui ont effectivement été abandonnés dans l'environnement. Le paiement a également une fonction dissuasive importante, le principe pollueur-payeur doit s'interpréter en concordance avec le principe de prévention.

V. Les marchés de quotas d'émissions

A. Généralités

Le théorème de Coase postule que quelle que soit la distribution initiale des droits, les parties peuvent par le libre jeu des transactions aboutir à l'allocation optimale des ressources. Les personnes qui peuvent valoriser un droit de façon optimale seront celles qui les acquerront au final. Examinons l'hypothèse dans laquelle une usine est voisine d'une propriété privée. La pollution issue de l'usine porte atteinte à la propriété. Si le bénéfice que l'usine procure à son exploitant est de 100, le propriétaire du terrain devra payer plus de 100 à l'exploitant de l'usine pour que celui-ci cesse de l'exploiter et que cesse la pollution. Si le propriétaire évalue son dommage issu de la pollution à 150, il pourra payer un montant compris entre 100 et 150 afin de faire cesser l'exploitation. La pollution cesse : ceci est le résultat optimal. Si le propriétaire évalue son dommage à 70, il n'est pas intéressant pour lui de payer 100 à l'exploitant. La pollution perdure : ceci est le résultat optimal. Pour que le théorème soit applicable, le coût des transactions doit tendre vers zéro et les droits de chacun doivent être bien établis à l'initiale¹⁰⁴.

Le théorème de Coase a inspiré la création des marchés de droits d'émissions¹⁰⁵ : une norme juridique crée un marché dans lequel l'air n'est plus considéré comme une chose

¹⁰³ Art. 39 et 41, décret fiscal.

¹⁰⁴ R. COASE, « The Problem of Social Cost », *J.L. Econ.*, 1960, pp. 1-44.

¹⁰⁵ Plus précisément, SANJA BOGOJEVIC distingue trois modèles théoriques servant de fondements aux systèmes de quotas d'émissions de gaz à effet de serre : le modèle de l'efficacité économique dans lequel le système est vu comme une solution au problème de l'internalisation des externalités au moindre coût économique ; le modèle des droits de propriété privée dans lequel le système est vu comme une solution au problème de l'incapacité de l'État à gérer les biens communs de façon à éviter la surexploitation de ceux-ci au profit des groupes d'intérêt proches du pouvoir (en lien avec la « *public choice theory* ») et le modèle de réglementation administrative

commune disponible sans limites et dont tout le monde peut librement user et abuser¹⁰⁶, mais comme une denrée ayant un coût. Les pouvoirs publics fixent un niveau global d'émissions accepté pour la période considérée et émettent un nombre limité de quotas d'émission équivalent à ce niveau. En général, le nombre de quotas émis diminue à chaque nouvelle période. Les quotas sont attribués gratuitement aux entreprises émettrices ou vendues au public. Les quotas sont en principe des titres négociables ; se crée ainsi un « marché » des quotas d'émission. Le prix des quotas est fixé en fonction de la loi de l'offre et la demande et les personnes qui acquerront les quotas devraient être celles qui pourront le mieux les valoriser. Ce système est censé permettre une allocation optimale des ressources et une réduction des émissions au meilleur coût possible. Le nombre total d'émissions autorisé ne varie pas puisque les quotas acquis par une personne sont vendus par une autre¹⁰⁷.

B. Le système d'échange de quotas de gaz à effet de serre

Nous analyserons ici le nouveau régime qui entrera en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2013¹⁰⁸. Nous nous limiterons à l'étude du régime applicable aux exploitants d'installations fixes. Dans le régime actuellement en vigueur les quotas sont distribués gratuitement aux entreprises poursuivant des activités émettrices de CO₂ visées à l'annexe I. Ils sont alloués en fonction des émissions passées des entreprises. Il y a donc une prime aux entreprises qui étaient les plus polluantes (c'est la technique du « *grandfathering* »). Contrairement à ce régime, le nouveau régime prévoit, lors de la phase d'allocation initiale des quotas, une mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre (GES) ou quotas « d'équivalent CO₂ »¹⁰⁹ ce qui augmente l'effet dissuasif pour les pollueurs¹¹⁰. Cette nouveauté permet

(« *command-and control* ») dans lequel le système est vu comme une nouvelle forme de réglementation flexible (des autorisations administratives, mais échangeables) destinée à palier les insuffisances de la réglementation classique pour certaines pollutions diffuses (S. BOGOJEVIC, « Ending the honeymoon : Deconstructing Emissions Trading Discourses », *Journal of Environmental Law*, 2009, pp. 452-467). Le théorème de Coase a toutefois influencé – à des degrés divers - les deux premiers modèles (pp. 446-447).

¹⁰⁶ Voy. à ce propos : G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science*, 1968, p. 1243,

¹⁰⁷ Voy. sur ces questions : J. PAPY, « Le rôle de la propriété et du marché dans le régime québécois de plafonnement et d'échange de droits d'émission de carbone », *The Canadian Bar Review*, 2011, liv. 89, pp. 314-371, spéc. pp. 344-346 et 362-363.

¹⁰⁸ Il s'agit de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (telle que modifiée par la directive 2009/29 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009). Une version consolidée de la directive est disponible en ligne au bas de la page internet suivante : http://europa.eu/legislation_summaries/energy/european_energy_policy/l28012_fr.htm

¹⁰⁹ Art. 10, directive 2003/87.

¹¹⁰ La question se pose de savoir si les autorités publiques pourraient fixer un prix de base pour la mise aux enchères des quotas. Dans un système coasien orthodoxe, le prix n'est pas le reflet du coût social, mais du coût de la valorisation maximale de la ressource issu de la négociation. (J. PAPY, *op. cit.*, p. 334) Le nouveau mécanisme de mise aux enchères pourrait cependant permettre aux pouvoirs publics de fixer « d'autorité » le prix du quota en fonction du coût social estimé de l'émission de GES : les quotas seraient alors « mis à prix » pour un montant X qui augmenterait en fonction des enchères. Ce n'est qu'ensuite, lors de la phase d'échange des quotas, ce prix fluctuera en fonction de l'offre et la demande. La mise à prix est un mécanisme classique de l'enchère. La directive n'exclut pas cette possibilité, mais le règlement 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre est muet à cet égard. Il prévoit seulement que lorsque le prix de clôture de l'enchère est nettement inférieur au prix prévalant sur le marché secondaire immédiatement avant et pendant la fenêtre d'enchères, la séance d'enchères est annulée (art. 6, §7 du règlement 1031/2010).

également à la directive de se raccrocher au principe pollueur-payeur¹¹¹. En conséquence, comme nous le verrons par la suite, deux logiques distinctes sont à l'œuvre dans la nouvelle version de la directive : la logique économique issue du théorème de Coase et la logique du principe pollueur-payeur. La directive prévoit la fixation par la Commission d'une limite globale des émissions de GES pour les activités concernées dans l'ensemble UE¹¹². Un nombre corrélatif de permis d'émettre une tonne d'équivalents CO₂ sera mis aux enchères par les États membres. Une partie des sommes récoltées permettront de financer la prévention¹¹³. Le système créé par la directive aboutit à la mise en place d'un marché des quotas de GES¹¹⁴. Les entreprises émettrices qui réduiront leurs émissions au meilleur coût seront donc incitées à réduire fortement leurs émissions et pourront bénéficier de la revente des quotas excédentaires auprès des entreprises dont le coût de réduction des émissions est plus important et qui auront donc besoin de quotas supplémentaires afin de pouvoir atteindre leurs objectifs de production¹¹⁵. Lors de cette phase, le prix des quotas est fixé par la loi de l'offre et la demande et les rapports entre le revendeur et l'acheteur de quotas ne sont pas des rapports entre pollueur et pollué ou entre administration et administré, mais entre deux opérateurs qui souhaitent valoriser au maximum leurs quotas. L'agent qui valorise le moins la ressource vendra le quota à celui qui la valorise le plus¹¹⁶. Pour la suite de mon analyse de la nouvelle version de la directive, trois phases temporelles doivent être distinguées : d'abord, l'allocation initiale des quotas (mise aux enchères) ; ensuite, leur échange (marché de quotas) ; enfin, la remise à l'autorité publique d'un nombre de quotas correspondant aux tonnes d'équivalents CO₂ effectivement émises.

Les activités auxquelles s'applique la directive sont des activités à risque, énumérées à l'annexe I de la directive¹¹⁷. Par exemple, le raffinage de pétrole, la production de fonte ou d'acier, production de papier ou de carton¹¹⁸. Mais la directive n'exclut pas que des personnes qui ne seraient pas des exploitants d'une activité énumérée par l'annexe I achètent des quotas d'équivalent CO₂ aux enchères¹¹⁹, ni que les personnes qui auraient acheté ces quotas les revendent à d'autres personnes qui ne sont pas des exploitants au sens de la directive¹²⁰. Cette possibilité concerne principalement les investisseurs qui souhaiteraient réaliser une plus-value

¹¹¹ M. MOLINER-DUBOST, « Les permis négociables et le principe pollueur-payeur », *A.J.D.A.*, 17 novembre 2003, p. 2074 et s. ; X. THUNIS, « Le principe du pollueur-payeur: de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », *op. cit.*, p. 179. Voy. *infra*.

¹¹² Art. 9, directive 2003/87.

¹¹³ Art. 10, §3, directive 2003/87.

¹¹⁴ Art. 12, directive 2003/87.

¹¹⁵ Le revendeur peut également être une entreprise qui aurait acheté un nombre de quotas beaucoup plus élevé que ses prévisions d'émission élevé dans le but de faire un bénéfice sur la revente. Il peut même ne pas être un pollueur du tout. Dans la même optique la personne qui achète les quotas n'en pas nécessairement besoin pour émettre, mais peut les utiliser à titre d'investissement.

¹¹⁶ J. PAPY, *op. cit.*, pp. 334 et 363.

¹¹⁷ Art. 2, §1^{er}, directive 2003/87.

¹¹⁸ Annexe I, directive 2003/87.

¹¹⁹ L'article 10 § 4 alinéa 2 prévoit toutefois que « les mises aux enchères sont conçues de manière à garantir (...) le plein accès, juste et équitable, des exploitants, et en particulier des petites et moyennes entreprises couvertes par le système communautaire ». Le système mis en place devrait donc être de nature à éviter que des spéculateurs achètent massivement des quotas de CO₂, limitant ainsi l'accès des PME aux enchères. Voy. aussi l'art. 12, §1^{bis} de la directive 2003/87 et le règlement 1031/2010, notamment son article 57 qui prévoit la possibilité d'instaurer dans certaines conditions un plafond de quotas qu'une personne ou un groupe de personnes peut acheter.

¹²⁰ Art. 12, §1^{er}, directive 2003/87

ou les ONG de protection de l'environnement qui souhaiteraient annuler des quotas pour faire baisser la limite européenne d'émission et faire augmenter les prix¹²¹.

Ceci est problématique du point de vue du principe pollueur-payeur puisque ces personnes ne sont manifestement pas des pollueurs, mais qu'elles paient tout de même pour l'achat de quotas d'équivalent CO₂. La question se pose de savoir si le principe s'applique ici. Contrairement à la responsabilité environnementale et à la gestion des déchets, le système d'échange de quotas de GES n'a, à l'origine, pas été institué afin de mettre en œuvre le principe pollueur-payeur – auquel la directive ne se réfère pas –, mais est plutôt l'application – ou la tentative d'application – du théorème de Coase qui concerne les rapports entre opérateurs économiques¹²². Ce fondement théorique n'empêche pas que si la directive 2003/87 prévoit à un moment ou un autre une mesure de paiement obligatoire pour la pollution, elle doit être compatible avec le principe pollueur-payeur qui est consacré dans le T.F.U.E. : quel que soit le but du législateur européen, la directive ne peut écarter la norme supérieure dans la hiérarchie des normes¹²³. Or, la directive prévoit une *obligation* de restituer un nombre de quotas de GES correspondant aux émissions totales de l'installation durant l'année civile écoulée¹²⁴ et un mécanisme de contrôle du respect de la limitation des émissions que supposent les quotas de GES qui ne fonctionnent qu'envers les exploitants d'activités visées par l'annexe I¹²⁵. Ainsi, l'autorité compétente ne peut vérifier si une personne a émis plus de GES que ce que lui permettaient ses quotas¹²⁶ et éventuellement requérir qu'elle s'acquitte du paiement de l'amende prévue en cas de dépassement de la limite d'émissions¹²⁷ que si cette personne est l'exploitant d'une activité visée à l'annexe I ou d'une activité qui s'y rapporte directement. De plus, si les émissions de l'exploitant ont dépassé la limite que ses quotas lui permettaient d'atteindre, il devra, outre le paiement de l'amende, acheter les quotas supplémentaires correspondants à son excédant d'émission¹²⁸. Même si la nouvelle version de la directive ne contraint pas expressément les exploitants d'activités énumérés à l'annexe I à acheter des quotas, le fait qu'elle les oblige à rendre un nombre de quotas correspondant à leurs émissions implique que l'entreprise sera contrainte de payer pour ses quotas soit lors de la mise aux enchères initiale par les autorités publiques, soit plus tard lors de l'échange privé de quotas. La situation est différente à l'heure actuelle, car les quotas sont majoritairement distribués gratuitement aux exploitants. Une entreprise n'est donc pas contrainte de payer pour respecter la directive (pour autant qu'elle ait reçu suffisamment de quotas à l'initier). Dans la nouvelle version de la directive, il ne me semble pas possible pour les exploitants d'activités visées à l'annexe I d'éviter le paiement, à moins qu'elles arrivent à ne pas émettre de CO₂ du tout¹²⁹. La conséquence de ce dispositif qui contraint *de facto* les exploitants

¹²¹ Ces dernières ne sont toutefois pas admises aux enchères (art. 18, §1er du règlement 1031/2010).

¹²² Dans un tel mécanisme, la détermination de la personne qui va payer ne devrait pas être essentielle, ce qui devrait être important est le montant qui sera payé pour l'usage de la ressource (J. PAPY, *op. cit.*, p. 334).

¹²³ La directive a, en effet, comme fondement l'article 175, §1er du Traité sur la Communauté européenne (actuel article 192, §1er du T.F.U.E.) qui concerne la compétence des Institutions européennes en matière d'environnement. En conséquence, l'actuel article 191, §2 (article 174, §2 ancien) du Traité qui consacre les divers principes du droit de l'environnement s'applique. Il faut alors déterminer si l'on entre dans le champ d'application du principe pollueur-payeur.

¹²⁴ Art. 6, §2 e) et art. 12, §3, directive 2003/87.

¹²⁵ Ces exploitants doivent obtenir auprès de l'autorité compétente une autorisation d'émettre des GES (art. 4, directive 2003/87).

¹²⁶ Art. 12, §3, art. 14, §3 et art. 15, directive 2003/87.

¹²⁷ Art. 16, §3, directive 2003/87.

¹²⁸ Art. 16, §3, directive 2003/87.

¹²⁹ Le fait que ce dispositif juridique contraigne le pollueur à payer pour un « quota », qui est un titre négociable, et non *directement* pour une émission ne me semble pas empêcher l'application du principe puisque le quota

concernés à payer pour leurs émissions polluantes est que le principe pollueur-payeur s'applique et qu'il faut vérifier la compatibilité de la directive avec celui-ci¹³⁰. Une modification concernant la première phase temporelle – passage de la distribution gratuite de quotas à leur mise aux enchères – a un impact sur la troisième phase temporelle et entraîne l'application du principe pollueur-payeur¹³¹. Lors de cette dernière phase temporelle, nous ne sommes plus face à une interaction entre deux opérateurs économiques essayant de tirer le meilleur profit de la ressource – comme lors de la phase d'échange de quotas – mais face à une interaction entre l'autorité publique compétente et certains particuliers que le droit contraint à adopter certains comportements : il s'agit d'un rapport de droit public¹³². Le principe est respecté ici puisque les activités énoncées à l'annexe I sont des activités à risque et qu'elles ne sont contraintes de remettre des quotas – et donc de payer – que pour les émissions qu'elles ont générées¹³³.

En revanche, la directive ne *contraint* donc à aucun moment les investisseurs tiers ou les ONG à payer pour acheter des quotas de GES. Il s'agit d'un choix libre de leur part. À mon sens, ceci n'est pas incompatible avec le respect du principe pollueur-payeur tel qu'interprété par la Cour de justice. Le principe ne doit en effet être appliqué que lorsqu'un pouvoir public souhaite contraindre un opérateur à payer pour la pollution ; dans ce cas l'opérateur doit avoir contribué au risque de pollution. Une personne qui n'aura pas contribué au risque de pollution

d'équivalent CO₂ représente une autorisation d'émission et l'article 12, §3 prévoit que le nombre de quotas remis à l'autorité doit correspondre au nombre d'émissions. Ainsi, du point de vue des exploitants payer pour 10 quotas d'équivalent CO₂ revient à payer pour 10 tonnes d'émission d'équivalent CO₂.

¹³⁰ Rappelons que le droit européen doit s'interpréter au regard du critère de l'effet utile (C.J., 6 octobre 1970, C-9/70, *Grad*). Or, l'effet utile du principe pollueur-payeur serait considérablement amoindri s'il était possible de le contourner en adoptant des normes qui contraignent *de facto* certaines personnes à payer pour la pollution, mais tout en évitant qu'il y ait une disposition prévoyant expressément cette obligation.

¹³¹ On peut se demander si tel n'était pas l'un des buts du législateur européen en introduisant la mise aux enchères dans le nouveau régime. En effet, l'un des problèmes de la distribution massive de quotas gratuits aux exploitants d'activités visées à l'annexe I est que le prix des quotas de CO₂ échangés sur le marché n'était pas suffisamment élevé pour inciter les entreprises à réduire leurs émissions. Mais ce problème aurait parfaitement pu être réglé en diminuant de façon importante le total des quotas disponibles. L'augmentation de la rareté aurait entraîné une augmentation du prix. De plus, pour que la mise aux enchères aboutisse à un prix du quota de CO₂ supérieur à celui qui a cours actuellement il aurait fallu contraindre les États membres à fixer prix initial déterminé lors de la mise aux enchères. Même dans ce cas, le marché de quotas restant libre, le prix pourrait ultérieurement évoluer à la baisse. Néanmoins, la mise aux enchères permet également de rapporter de l'argent aux États membres et d'éviter le *grandfathering* issu de la distribution gratuite (mais au prix d'un risque de monopolisation des quotas par les entreprises disposant des plus gros moyens)

¹³² Une critique qui pourrait être faite à ce raisonnement est que l'exploitant n'est pas contraint d'acheter ses quotas aux enchères auprès des *pouvoirs publics*, mais qu'il peut les acheter plus tard auprès d'un opérateur *privé*. Ceci s'écarte de la théorie pigouvienne de l'internalisation des externalités par l'État à travers une taxe. Néanmoins, selon moi, le principe pollueur-payeur n'est pas une simple *retranscription* de la théorie pigouvienne en droit, mais est un principe autonome de droit de l'environnement qui – bien qu'assumant une fonction d'internalisation des coûts de la pollution – vise toutes les hypothèses où les pouvoirs publics contraignent une personne de payer pour sa pollution: peu importe auprès de qui ce paiement doit être réalisé.

¹³³ Notez qu'en achetant un quota d'émission le pollueur paye pour ses émissions futures, mais peut également payer pour les coûts de la réduction des émissions de l'opérateur qui lui a vendu les quotas (la vente de quotas excédentaires permettra, par exemple, à cet opérateur de compenser l'achat de nouvelles machines moins polluantes). Néanmoins, le paiement pour ce type-ci n'est pas une conséquence nécessaire de l'application de la directive. En effet, le revendeur de quotas pourrait être une entreprise qui n'a pas réduit ses émissions, mais qui avait à l'initié investi un nombre de quotas supérieur à ses prévisions d'émissions afin de pouvoir en revendre une partie. Dans ce cas l'entreprise devra seulement s'en tenir à ses prévisions d'émissions pour pouvoir revendre les quotas excédentaires. Il en va *a fortiori* ainsi lorsque le revendeur n'est pas une entreprise émettrice.

peut payer si elle le décide librement¹³⁴. Il en va *a fortiori* ainsi dans la mesure où les ONG et les investisseurs achèteront les quotas pour faire monter les prix : cette pratique en rendant le quota moins accessible¹³⁵ tend plutôt à favoriser l'atteinte d'un niveau élevé de protection de l'environnement que doivent réaliser les législations européennes.

Remarquez qu'au moins 50% des fonds récoltés par la mise aux enchères devront être alloués au financement des politiques de prévention des changements climatiques cités par la directive¹³⁶. Il n'est pas exigé que le paiement effectué par un opérateur serve à financer la prévention dans son entreprise. En ce sens, il s'agit bien d'une mutualisation.

La question se pose de savoir si les pollueurs payent en proportion de leur pollution. Lors de la mise aux enchères, une entreprise peut acheter autant de quotas d'équivalent CO₂ qu'elle le souhaite. Elle ne paie pas au *pro rata* de ses émissions puisqu'elle achète les quotas en prévision de ces émissions afin d'être autorisé à émettre une certaine quantité de GES et peut, en outre, « investir » dans l'achat de quotas supplémentaires. *A fortiori*, des personnes qui n'émettent pas et n'ont pas l'intention d'émettre de GES peuvent acheter des quotas. Il en va de même durant l'année où la revente et l'achat de quotas obéissent à la loi de l'offre et de la demande et concernent les rapports entre deux opérateurs économiques (conformément à la théorie coasienne). Néanmoins, l'obligation pour les exploitants d'installations visée à l'annexe I de restituer pour chaque année un nombre de quotas d'équivalent CO₂ correspondant à leurs émissions réelles suppose qu'à la fin du processus, le pollueur aura payé en fonction de ses émissions puisqu'il devra acheter de nouveaux quotas s'il a besoin d'émettre plus que ce qui est autorisé par les quotas qu'il détient. Il pourra également vendre ses quotas s'il a émis moins d'équivalents CO₂ qu'autorisé¹³⁷.

Notez enfin que l'élément pris en compte par l'administration est l'émission de CO₂, il n'est pas nécessaire de prouver à chaque fois *in specie* que cette émission particulière a causé une partie du dommage environnemental global que constitue le changement climatique. L'émission de CO₂ est considérée comme une émission à risque pour l'environnement. Ce risque global a été établi au moment de l'élaboration de la directive. Ceci peut être considéré comme acquis par les administrations nationales.

Conclusion

L'étude des différents régimes exposés précédemment et la jurisprudence de la Cour de

¹³⁴ Contrairement à ce qui prévaut dans une approche basée sur le théorème de Coase, la question de la détermination de la personne qui paye joue donc un rôle ici puisqu'elle détermine si un certain nombre d'obligations de la directive s'appliquent ou non et conséquemment si le principe pollueur-payeur doit s'appliquer.

¹³⁵ Sous réserve de la question de la lutte contre la spéculation (*supra*).

¹³⁶ Art. 10, §3, directive 2003/87.

¹³⁷ Remarquez que dans les faits le coût de l'achat des quotas d'équivalent CO₂ pourra être répercuté sur les clients de l'opérateur si la demande est suffisamment rigide, notamment si le bien produit est considéré comme essentiel ou particulièrement utile et s'il existe peu de produits de substitution. Ce dernier facteur dépend notamment du temps dont disposent les clients pour adapter leurs comportements et les concurrents de l'entreprise pour mettre des produits de substitution sur le marché.

Justice montre que, contrairement à ce que l'on aurait pu croire de prime abord le principe pollueur-payeur est un instrument efficace de gestion pour bon nombre de risques environnementaux. En particulier, il est compatible avec les techniques de mutualisation de la prise en charge du risque qui sont nécessaires pour la lutte contre la pollution diffuse. L'application du principe reste toutefois tributaire du degré d'appréhension du risque par la science. Ainsi, le principe ne peut trouver à s'appliquer lorsque l'on ignore qui créé le risque. Cette ignorance caractérise pourtant une grande part de risques environnementaux. Dans une telle situation, les pouvoirs publics devraient prendre en charge les coûts de la gestion du risque, qui pèseront donc sur la collectivité tout entière. La mutualisation de la gestion du risque est alors maximale. Néanmoins, un tel mécanisme ne peut, selon moi, s'envisager qu'en tant que complément au principe pollueur-payeur et non en remplacement de celui-ci. La collectivité ne peut pas prendre en charge tous les coûts de la pollution. Le coût de la gestion d'un risque devrait peser sur ceux qui en ont la plus grande maîtrise et qui sont le mieux à même de le réduire. Le principe pollueur-payeur ne désigne pas ces personnes, mais laisse aux pouvoirs publics le choix de déterminer parmi ceux qui « par leur activité ont contribué au risque de pollution » lesquels devraient être contraints de payer. En laissant, un large pouvoir discrétionnaire aux autorités, le principe les renvoie à leur propre responsabilité.