

LES DÉCHETS ET LES SOUS-PRODUITS – VÉRITÉ EN DEÇÀ DE LA LIGNE DE DÉMARCATIION, ERREUR AU-DELÀ

Nicolas DE SADELEER

Chaire Jean Monnet

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

INTRODUCTION

1. *La distinction à opérer entre les produits, les résidus de production, les sous-produits et les déchets.* D'un point de vue sémantique, la confusion continue à régner en droit des déchets. Aux côtés des déchets et des résidus, l'on retrouve d'autres notions telles que les produits, les matières premières secondaires et les sous-produits, lesquelles n'ont pas été définies par les auteurs de la directive-cadre. Conformément à la communication de la Commission sur les sous-produits (1), la distinction suivante s'impose.

- Produit : toute matière obtenue délibérément dans le cadre d'un processus de production. Dans de nombreux cas, il est possible de distinguer un ou plusieurs produits principaux.
- Résidu de production : une matière obtenue de façon non délibérée dans le cadre d'un processus de production ; il peut s'agir de déchets ou non.
- Sous-produit : un résidu de production ne constituant pas un déchet.

On examinera, dans une première section, de manière générale, la portée de la notion de sous-produit pour vérifier, dans une seconde section, la pertinence des critères de différenciation dans les affaires ayant trait à l'épandage du lisier. On illustrera notre propos au moyen de différents enseignements jurisprudentiels.

I. – LA NOTION DE SOUS-PRODUIT

A. – Introduction

2. *Les enseignements jurisprudentiels de la CJUE.* Avant l'entrée en vigueur de la directive 2008/98, comme il n'existait pas de définition juridique du concept de « sous-produit », une matière était un déchet ou ne l'était pas.

(1) COMMISSION, *Communication interprétative sur la notion de déchets et de sous-produits* du 21 février 2007 (2007) 59 final.

Les autorités publiques étaient de la sorte confrontées au dilemme suivant : une interprétation trop large de la définition du déchet risquait d'engendrer des coûts disproportionnés aux entreprises détenant des résidus alors qu'à l'inverse une interprétation trop restrictive pouvait compromettre la qualité de l'environnement et empêcher leur réutilisation dans un circuit économique. Cette recherche d'un juste milieu est d'abord revenue à la CJUE.

C'est principalement à propos de processus de production industrielle et, dans une moindre mesure, de processus d'exploitation de ressources primaires (extraction minière et production agricole (2)) que la CJUE a tracé une ligne de démarcation entre la notion de déchet et celle de sous-produit. Dans une noria d'arrêts, elle a énoncé les critères balisant cette nouvelle notion :

« dans certaines situations, un bien, un matériau ou une matière première résultant d'un processus d'extraction ou de fabrication qui n'est pas destiné principalement à le produire peut constituer non pas un résidu, mais un sous-produit dont le détenteur ne cherche pas à 'se défaire' mais qu'il entend exploiter ou commercialiser – y compris, le cas échéant, pour les besoins d'opérateurs économiques autres que celui qui l'a produit –, dans des conditions avantageuses pour lui, dans un processus ultérieur, à condition que cette réutilisation soit certaine, ne nécessite pas de transformation préalable et se situe dans la continuité du processus de production ou d'utilisation. En outre, cette réutilisation doit être licite » (3).

Étant totalement exclus du régime de déchets, les résidus remplissant ces conditions constituent « des produits à part entière » (4).

La vérification de la façon selon laquelle les résidus de production sont réutilisés dans le processus industriel exige une analyse au cas par cas (5). Si cette analyse ne permet pas de conclure, dans un premier temps, à ce que la totalité de la matière soit directement réutilisée, il conviendra de la traiter comme déchet.

Il revient bien entendu aux juridictions nationales de vérifier, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes caractérisant les situations dont elles se trouvent saisies, si ces divers critères sont satisfaits. À la lumière de cette jurisprudence, la Commission européenne a jugé utile en 2007 de « clarifier la situation juridique pour les opérateurs économiques et les autorités compétentes » (6).

(2) S'agissant des activités agricoles, le fait que du lisier soit utilisé comme fertilisant dans le cadre d'une pratique d'épandage sur des terrains bien identifiés indique que l'on a affaire à un sous-produit.

(3) CJUE, 18 décembre 2007, *Commission c. Italie*; 18 avril 2002, *Palin Granit*, C-9/00, *Rec.*, 2000, p. I-3533, pt. 29; 11 septembre 2003, *AvestaPolarit Chrome*, C-114/01, *Rec.*, p. I-8725, points 33 à 38; 11 novembre 2004, *Niselli*, C-457/02, pt. 47; 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, C-416/02, *Rec.*, 2005, p. I-7487, pts. 87 et 90; 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, C-121/03, *Rec.*, 2005, p. I-7569, pts. 58 et 61.

(4) J. SAMBON, « Les nouvelles frontières de la notion de déchets », in *La gestion des déchets. Concepts, obligations, responsabilités, taxation*, Limal, Anthemis, 2012, p. 69.

(5) *Ibid.*, p. 70.

(6) COMMISSION, *Communication interprétative, op. cit.*, p. 8.

B. – Le régime prévu par la directive 2008/98/CE

3. *Le régime de sous-produit tel que consacré par la directive-cadre.* Étant donné que la jurisprudence était bien établie, un encadrement normatif ne s'avérait pas indispensable. Alors que la Commission européenne avait jugé opportun de ne rien proposer (7), le législateur de l'Union prit le parti, en 2008, de paraphraser, à l'article 5 de la directive 2008/98/CE sur les déchets (8), la majorité des critères énoncés par la CJUE. Ce régime n'est d'application que si les conditions suivantes sont remplies :

- a) l'utilisation ultérieure de la substance ou de l'objet est certaine ;
- b) la substance ou l'objet peut être utilisé directement sans traitement supplémentaire autre que les pratiques industrielles courantes ;
- c) la substance ou l'objet est produit en faisant partie intégrante d'un processus de production ; et
- d) l'utilisation ultérieure est légale, c'est-à-dire que la substance ou l'objet répond à toutes les prescriptions pertinentes relatives au produit, à l'environnement et à la protection de la santé prévues pour l'utilisation spécifique et n'aura pas d'incidences globales nocives pour l'environnement ou la santé humaine.

Ces conditions sont cumulatives. Rien n'empêche les autorités étatiques de préciser les modalités procédurales selon lesquelles une substance ou un objet est reconnu comme un sous-produit et non comme un déchet. Cela dit, en raison de la nature vague des nombreux standards juridiques égrenés au fil de ces conditions, il va sans dire que leur application soulèvera rapidement de nouvelles questions préjudicielles. Il nous revient maintenant de mettre en exergue certaines difficultés d'interprétation.

4. « *Résidu de production* ». En premier lieu, il doit s'agir d'« une substance ou d'un objet issu d'un processus de production dont le but premier n'est pas la production dudit bien ». Aussi, obtenu de manière non délibérée, le sous-produit ne constitue en aucun cas la finalité première du producteur. Pour faire bref, ne produisant pas de sous-produits, il n'y a pas, dans son chef, de choix délibéré de les produire. Le sous-produit est donc nécessairement un « résidu de production », c'est-à-dire un objet résultant d'un processus de fabrication qui n'est pas destiné principalement à le produire.

En revanche, lorsque la matière concernée constitue « le résultat d'un choix technique » visant délibérément la production, elle ne peut être considérée comme un résidu de production et, partant, la notion de sous-produits n'a pas de sens. En d'autres termes, si le producteur a décidé de produire la matière, cette dernière ne constituera ni un déchet ni un sous-produit. Dans l'affaire *Saetti et Frediani*, la CJUE a affirmé que le coke de pétrole ne pouvait être qualifié de résidus de production dans la mesure où il s'agissait

(7) Point 2.2.1. de la *Communication interprétative, op. cit.*

(8) Pour un examen exhaustif de cette directive, voy. C. VERDURE, *La conciliation des enjeux économiques et environnementaux en droit de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2013.

du résultat d'un choix technique en vue d'obtenir un combustible déterminé (9). Enfin, la modification d'un processus de production dans le dessein de donner à la matière concernée des propriétés techniques particulières peut constituer la preuve que cette dernière résulte d'un choix technique.

Étant donné que la directive fait par la suite référence aux « pratiques industrielles », il s'agit bien entendu là de résidus industriels, ce qui a pour effet d'exclure les résidus d'autres secteurs économiques (productions forestière, piscicole, agricole, minières, etc.). En effet, les auteurs de la directive n'ont pas ajouté aux « résidus de production » les « résidus de consommation » comme l'avait fait auparavant la CJUE.

À cet égard, il faut rappeler que les sols ne relèvent pas d'une opération de production. En se limitant aux résidus industriels, le régime de sous-produit ne couvre donc pas les terres non polluées excavées alors que l'article 2 de la directive exclut de son champ d'application de telles terres lorsqu'elles sont « utilisées aux fins de construction dans leur état naturel sur le site même de leur excavation » (10). Il en résulte que l'article 5 n'est pas d'application pour les sols excavés non pollués qui ne seraient pas réutilisés pour des « activités de construction » ou qui seraient utilisés sur un autre site que celui de leur excavation (11).

Cela soulève bien entendu la question de l'application de la jurisprudence antérieure de la CJUE à des résidus ne relevant pas d'un processus de production industrielle qui tombe désormais sous le coup de l'article 5. Le maintien de la jurisprudence antérieure pour des catégories de résidus non industriels présente un inconvénient majeur sur le plan de la sécurité juridique. En effet, il va falloir jongler avec deux régimes de sous-produits : d'une part, celui découlant de l'article 5, et d'autre part, celui formaté par la jurisprudence.

C. – Première condition

5. La certitude de l'utilisation. Le fait que la substance ou l'objet fasse l'objet d'une « utilisation ultérieure » qui doit être certaine soulève plusieurs difficultés d'interprétation.

Cette seconde condition est fort imprécise car il n'est pas précisé par qui, quand et à quel endroit la matière doit être utilisée. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation a lieu *a posteriori* et non *a priori*. Par ailleurs, seule l'utilisation « directe » est admise. Très large, la notion d'utilisation peut être définie de la façon suivante : « rendre utile, servir à une fin précise, exploiter, tirer parti... » (12).

(9) CJUE, C-457/02, *Niselli*, 11 novembre 2004, *Rec.*, 2004, p. I-10853, point 45.

(10) J. SAMBON, *op. cit.* p. 91.

(11) Art. 2, § 1^{er}, b).

(12) *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, Paris, Le Robert, p. 2665.

En recourant aux termes « utilisation ultérieure », les auteurs de la directive ont volontairement écarté les notions d'élimination et de valorisation qui constituent des indices quant à l'existence d'un déchet (13). Aussi l'utilisation du sous-produit ne peut se réduire aux méthodes traditionnelles de traitement des déchets. En effet, la technique de traitement qui est adoptée ne peut, sous l'apparence d'une utilisation de la substance comme produit ou matière première, être l'occasion de réaliser une opération d'élimination des déchets en dehors du cadre réglementaire imposé par la législation. Aussi, les résidus de consommation ou les biens d'occasion ne peuvent pas être considérés comme des sous-produits d'un processus de fabrication (14). Pour être qualifié de sous-produit, le résidu de production devra donc faire l'objet d'un usage différent de celui qui entraîne sa disparition ou sa transformation en matière première secondaire (15).

6. Champ d'application personnel et territorial. Ratione personae, cette condition n'impose pas que la substance ou l'objet soit réutilisé par le producteur lui-même (16). Il suffit qu'une telle réutilisation soit effectivement opérée, et ce quel que soit l'opérateur économique qui la réutilise.

Ratione loci, l'absence de réutilisation sur le site de production initial n'exclut pas l'octroi de la qualité de sous-produit. Le sous-produit industriel peut donc être utilisé dans une autre installation industrielle.

7. Caractère certain de l'utilisation. Au cas où la matière ne serait finalement pas utilisable, où elle ne répondrait pas aux exigences techniques qu'imposerait son utilisation ultérieure sur un marché déterminé ou qu'il n'existerait pas de marché permettant son écoulement, elle devrait être considérée comme un déchet (17). Aussi le législateur exige-t-il que l'utilisation de la substance ou de l'objet en tant que sous-produit soit non pas éventuelle mais certaine (18). Il revient au détenteur d'apporter cette preuve. À défaut de garantie d'une utilisation future effective du résidu, il faudra présumer qu'il détient un déchet.

Comment s'assurer de la réussite de l'utilisation ultérieure étant donné qu'elle n'a pas encore eu lieu (19) ? Quelles sont les preuves admissibles ?

En premier lieu, pour déjouer les fraudes, l'administration devrait exiger que le détenteur lui fournisse des garanties suffisantes à propos d'une réutilisation directe du sous-produit, en requérant la constitution de garanties

(13) *Supra*, section I, § 3.

(14) CJUE, 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*, point 45.

(15) CJ, 15 juin 2000, *ARCO Chemie*, C-418/97 et C-419/97, *Rec.*, p. I-4475, point 86.

(16) CJUE, 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-416/02, point 71 ; 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-121/03, point 92.

(17) *Voy.*, par analogie, CJUE, 19 juin 2003, *Mayer Pary*, C-444/00, *Rec.*, p. I-6163.

(18) Arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, points 34 à 37.

(19) Pour la CJUE, « la seule circonstance qu'une telle réutilisation ne deviendra, dans les faits, totalement certaine que lorsque les opérations d'épandage envisagées auront effectivement eu lieu à l'intervention des tiers acquéreurs concernés ne s'oppose pas à une telle qualification de sous-produit ». *Voy.* CJUE, C-113/12, *Ronald Brady*, 3 octobre 2012, point 48.

financières (20). Une simple déclaration d'intention ne saurait suffire pour qualifier la matière de sous-produit.

En second lieu, comme la probabilité de réutilisation du résidu augmente en fonction de sa valeur économique, l'existence d'un contrat à long terme entre le détenteur de la substance et son utilisateur ultérieur permet de présumer le caractère certain de cette opération (21). En effet, le fait que l'entreprise entende exploiter ou commercialiser le sous-produit dans des conditions économiquement avantageuses pour elle constitue un indice supplémentaire que cette condition est remplie (22). En raison de cet avantage économique, la substance n'apparaît plus comme une charge dont le détenteur cherche à se défaire (23). Dans la foulée, le fait que les substances destinées à être qualifiées de sous-produits fassent « l'objet de transactions commerciales effectives et répondent aux spécifications des acheteurs » (24) peut servir de preuve. En revanche, offrir un prix symbolique pour éviter que la matière ne soit qualifiée de déchets ne suffit pas puisque cela revient à la faire traiter en dehors d'installations de traitement de déchets adéquates (25).

En troisième lieu, des éléments plus techniques, comme l'identification physique des résidus destinés à être utilisés ou la conformité aux spécifications techniques prescrites par la société en faisant l'acquisition, peuvent attester d'une réutilisation ultérieure du résidu. À titre d'exemple, dans l'arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, la CJUE a jugé que les résidus qui sont utilisés, sans transformation préalable, dans le processus de production pour assurer le comblement des galeries ne constituaient pas des déchets dans la mesure où l'exploitant minier pouvait « identifier physiquement les résidus qui seront effectivement utilisés dans les galeries » (26).

En quatrième lieu, s'agissant de l'appréciation de la certitude de la réutilisation, la CJUE a souligné le besoin de prendre en compte, le cas échéant, « les indications » des documents désignés sous le nom de BREF (27), adopté par la Commission lors de la mise en œuvre de la directive sur les

(20) Arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, point 43.

(21) COMMISSION, *Communication interprétative*, *op. cit.*, p. 8.

(22) CJUE, 3 octobre 2012, C-113/12, *Ronald Brady*, point 58.

(23) Arrêts *Palin Granit Oy*, précité, point 37 ; *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, points 34 et 37 ; *Niselli*, précité, point 46.

(24) CJUE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, *Rec.*, p. I-4501, point 59 ; 3 octobre 2012, C-113/12, *Ronald Brady*, point 59.

(25) En ce sens, *Communication interprétative*, *op. cit.*, p. 8.

(26) Arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, point 36, 39 et 40.

(27) Selon la Cour de justice, les BREFs se limitent à fournir un état des lieux des connaissances techniques en matière de meilleures techniques disponibles. Ils ne sont donc pas contraignants. Ils sont censés servir d'orientation aux administrations en les aidant à déterminer, lors de la délivrance du permis d'exploiter, les normes d'émission à respecter, tenant compte de la situation locale ainsi que de la situation économique de l'installation. Voy. CJ, 22 janvier 2009, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières et OABA*, C-473/07, point 30. Les BREFs sont désormais élaborés conformément à la directive 2010/75/CE relative aux émissions industrielles (connue sous l'acronyme « IED »).

installations industrielles (28). À titre d'illustration, le BREF d'application dans le domaine du raffinage du pétrole et du gaz prévoit que le coke de pétrole produit au cours du processus de raffinage « est largement utilisé comme carburant dans les cimenteries et en sidérurgie. Il peut être également utilisé comme carburant dans les centrales énergétiques si sa teneur en soufre est suffisamment basse » (29). Aussi du coke réutilisé directement dans la production énergétique est-il susceptible de relever du concept de sous-produit.

En revanche, la garantie d'une réutilisation effective pourrait être compromise en raison de la durée du stockage des résidus destinés à être réutilisés sous la forme de sous-produits. Le dépôt de résidus dans l'attente d'une utilisation finale constitue une charge financière pour le détenteur et, de surcroît, est de nature à engendrer le même type de risques environnementaux qu'un dépôt de nature définitive. Dans l'hypothèse où le temps écoulé entre la production des résidus miniers et leur réutilisation s'avère démesuré, il faudra conclure que leur détenteur n'est pas en mesure de garantir qu'ils seront réutilisés. Il conviendra alors de qualifier ces résidus de déchets, comme le confirment les arrêts qui suivent.

Dans ses conclusions présentées le 17 janvier 2002 dans l'affaire *Palin Granit Oy*, l'avocat général M.F.G. Jacobs avait conclu que des résidus qui restent indéfiniment sur un site industriel, où ils ont été mis au rebut, constituent des déchets. À son estime, le dépôt et le stockage de volumes importants de débris comportent à l'évidence, le risque de pollution, y compris sonore, et celui d'atteinte à un milieu rural par la création d'une horreur visuelle (30). Or, c'est là précisément ce que la directive cherche à éviter.

La CJUE a jugé que la réutilisation effective de résidus industriels pour des activités sidérurgiques et métallurgiques peut être compromise en raison de la durée prolongée de leur stockage, opération qui constitue dans ce cas « une charge pour leurs détenteurs » (31). Cette condition n'étant pas remplie, ces résidus ne pouvaient être qualifiés de sous-produits.

Dans le même ordre d'idées, la qualification de sous-produit doit être exclue lorsque

« les objets, matières et substances étaient depuis des années entassés en vrac de manière chaotique dans l'attente d'une prétendue utilisation éventuelle et abandonnée aux éléments naturels de sorte que ces biens se sont dégradés en déchets » (32).

En revanche, l'interprétation retenue par le Conseil d'État de France, à propos de la qualification à donner à l'oxyde d'uranium appauvri, pose

(28) Ordonnance de 15 janvier 2004, *Saetti et Frediani*, C-235/02, point 46.

(29) *Id.*

(30) Point 34 des conclusions de l'avocat général M.F.G. Jacobs dans l'affaire *Palin Granit Oy*. Voy. aussi l'arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, point 39.

(31) CJUE, 22 décembre 2008, *Commission c. Italie*, C-238/07, point 49. Voy. C. VERDURE, « Les débris ferreux et non-ferreux destinés à des activités sidérurgiques et métallurgiques constituent-ils des déchets ? », *Environnement*, 3 mars 2009.

(32) Cass., 20 décembre 2005, F.R.E.M.

problème. En l'espèce, la haute juridiction administrative avait jugé que la circonstance que l'utilisation d'oxyde d'uranium appauvri, en vue de produire de l'oxyde d'uranium enrichi, « puisse être différée en considération de données notamment économiques n'est pas de nature à faire regarder l'oxyde d'uranium appauvri dont il s'agit comme un déchet » (33).

D. – Seconde condition

8. Nature du traitement. Ensuite, il faut que la substance ou l'objet puisse être utilisé « directement sans traitement supplémentaire autre que les pratiques industrielles courantes ». Le législateur s'est inspiré de la jurisprudence de la CJUE, laquelle exigeait que l'exploitation ou la commercialisation du sous-produit dans le cadre d'un processus ultérieur ne soit pas précédée d'une transformation préalable (34). À la différence de la jurisprudence antérieure, le législateur a toutefois ajouté les termes « autre que les pratiques industrielles courantes ».

Comment interpréter cette condition ?

La notion de « traitement supplémentaire » nous paraît plus large que les notions de valorisation et d'élimination. Ceci implique que l'utilisation ultérieure ne soit pas interrompue par un quelconque traitement qui aurait pour objet de modifier les caractéristiques physiques et chimiques des résidus. Le fait que les sous-produits soient transportés d'une industrie à une autre ne signifie pas qu'ils fassent l'objet d'un « traitement ».

Or, depuis l'entrée en vigueur de l'article 5, le traitement par « des pratiques industrielles courantes » est néanmoins admis. Mais comment tracer la ligne de démarcation entre, d'une part, des pratiques industrielles et, d'autre part, des opérations de valorisation de déchets, sachant que plusieurs de ces opérations ont trait à la « récupération de produits » (annexe II, rubriques R2 à R5, R7 et R8) ? Cette ligne est plus que ténue.

Tant que ces opérations sont particulières à l'industrie manufacturière, la substance devra avant sa réutilisation être triée, prétraitée, broyée, mélangée, lavée, séchée, etc. À titre d'exemple, il est généralement indispensable de trier des résidus de production (vieux papiers, verre, etc.) et de les traiter au moyen de techniques de broyage, de régénération, de concassage, afin de pouvoir les réutiliser dans d'autres productions. Dans le même ordre d'idées, le raffinage du pétrole entraîne la production de différents résidus ayant une valeur calorifique importante. Lorsque l'opérateur vient à soutirer de la colonne de distillation atmosphérique certains résidus, ces derniers peuvent soit être utilisés directement dans la fabrication de fuels lourds commerciaux, soit alimenter d'autres unités de traitement de la raffinerie. En revanche, au cas où il ne serait pas possible de réutiliser ces résidus dans

(33) CE, 23 mai 2001, *Assoc. pour la défense de l'environnement du pays arézien et du Limousin*, n° 201938.

(34) Arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, points 34 à 37.

des installations traditionnelles (chaudières, fourneaux industriels, etc.), ils doivent être considérés comme des déchets.

L'accomplissement de ces différentes opérations n'écarte donc pas la qualification de sous-produit nonobstant bien entendu le respect des conditions suivantes.

Tout d'abord, que les autres critères prévus à l'article 5 soient remplis.

Ensuite, que ces opérations soient autorisées en vertu des conditions d'exploiter.

Par ailleurs, que ces activités de traitement soient couramment mises en oeuvre par le producteur en raison de son activité principale. En revanche, si ces opérations ne seraient qu'épisodiques pour servir les besoins de la cause, il faudra conclure que le traitement se rapproche d'une opération de traitement applicable aux déchets. Dans l'affaire *Niselli*, la CJUE a jugé que des matériaux ferreux destinés à la sidérurgie, qui avait été soumis à un tri et à certains traitements, continuaient à tomber sous le coup de la réglementation des déchets jusqu'au stade de leur recyclage comme produit sidérurgique (35). Il faudra, dans ce cas, attendre le terme du processus de modification pour qu'elle devienne une matière première secondaire et puisse de la sorte être utilisée à l'instar d'une matière première.

Les autorités sont ainsi appelées à déterminer si l'opération s'inscrit intégralement dans le processus de production. À cet égard, elles devraient prendre en considération le degré de préparation de la matière en vue de sa réutilisation, la nature technique des opérations nécessaires en vue de permettre sa réutilisation, les rapports entre ces opérations préparatoires et le processus de production principale, etc.

E. – Troisième condition

9. Intégration dans un processus de production. La substance ou l'objet doit être « produit en faisant partie intégrante d'un processus de production ».

Ces termes utilisés diffèrent ici de ceux de la jurisprudence antérieure conformément à laquelle le sous-produit devait être exploité ou commercialisé dans le cadre d'un processus ultérieur, celui-ci devant se situer dans « la continuité du processus de production » initial (36). À titre d'exemple, la CJUE a jugé que, lorsque des résidus d'exploitation minière qui n'ont pas été déplacés du site minier sont utilisés dans le dessein de combler des galeries de la mine, ils peuvent être considérés comme des sous-produits. Dans ce cas, l'exploitant de la mine qui les détient n'a pas l'intention ou l'obligation de s'en débarrasser. En d'autres termes, l'exploitant a besoin de ces résidus pour son activité principale (37).

(35) CJUE, 11 novembre 2004, *Niselli*, C-457/02, *Rec.*, 2004, p. I-10853, point 52.

(36) Arrêts *Palin Granit Oy*, précité, points 34 et 36 et *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, points 34 à 37.

(37) Arrêt *Palin Granit Oy*, précité, point 37.

Les hypothèses suivantes paraissent satisfaire les exigences posées par le législateur. La combustion du coke de pétrole dans une centrale intégrée de co-génération, laquelle fournit les besoins en vapeur et en électricité de la raffinerie produisant ce résidu, ne peut être qualifié de déchet dans la mesure où ce traitement résulte d'un choix technique (38). Dans le même ordre d'idées, ne constituerait pas un déchet l'huile qui, tout en s'échappant d'un processus de production, serait immédiatement canalisée en vue d'être réutilisée pour remplir une autre fonction au sein de l'entreprise.

Le fait que la matière quitte l'usine où elle a été produite en vue de subir d'autres transformations peut indiquer que les opérations concernées ne sont pas intégrées dans le processus de production (39).

F. – Quatrième condition

10. *Légalité et innocuité de l'utilisation du résidu.* Comme nous l'avons rappelé ci-dessus, conformément à la jurisprudence de la CJUE, la seule possibilité d'un débouché économique ne satisfait pas à cette exigence ; encore faut-il que cette utilisation soit légalement admissible. Il faut dès lors que le détenteur de l'objet ou de la substance soit en droit de l'utiliser ou de le faire utiliser en tant que sous-produit. Les illustrations jurisprudentielles qui suivent permettent de mieux cerner cette condition.

La CJUE a jugé que le régime de sous-produit ne pouvait s'appliquer aux cadavres d'animaux d'élevage, lorsque ces animaux étaient morts sur l'exploitation et n'avaient pas été abattus aux fins de la consommation humaine (40). En effet, ces cadavres ne peuvent, en règle générale, être réutilisés à des fins d'alimentation humaine. Ces cadavres sont désormais considérés, notamment par la réglementation communautaire, comme des « déchets animaux » et, en outre, comme des déchets relevant de la catégorie des « matières à haut risque », qui doivent être transformés dans des usines agréées par les États membres ou être éliminés par incinération ou enfouissement (41).

Dans l'hypothèse où pour des raisons de sécurité ou de protection de l'environnement, l'administration interdirait l'emploi de résidus d'exploitation minière – les résidus contaminés par des substances dangereuses présentent une menace pour les nappes aquifères –, l'exploitant de la mine devra combler ses galeries au moyen d'autres matériaux. Il faudra alors considérer qu'il a l'obligation de se défaire des débris qu'il comptait employer pour combler les galeries désaffectées (42). De même, une matière périmée dont la commercialisation est interdite ne pourra jamais être considérée comme une matière première secondaire.

(38) Ordonnance *Saetti* précitée.

(39) En ce sens, *Communication interprétative, op. cit.*, p. 9.

(40) CJUE, 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-416/02, point 71 ; 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-121/03, point 92.

(41) Voy. l'article 37 du règlement n° 1774/2002.

(42) Arrêt *AvestaPolarit Chrome Oy*, précité, points 36 à 38.

L'examen des conditions d'exploitation, prévues au permis d'environnement octroyé à l'installation où sont directement utilisés les sous-produits, facilite la vérification du respect de cette condition. Ainsi, par exemple, si l'industriel n'est pas en droit d'employer le sous-produit en question en tant qu'ersatz d'une matière première, cette condition ne sera pas remplie.

Enfin, il faut ajouter que la condition relative à l'utilisation admissible permet à l'administration de faire appliquer les règles de gestion dans l'hypothèse où la récupération immédiate des déchets porterait atteinte à l'obligation de protection de l'environnement et de la santé humaine découlant de l'article 13 de la directive-cadre. Au titre de ce pouvoir général de police, l'administration pourrait intervenir alors même que l'opération de récupération en question n'est pas expressément interdite.

II. — LA NOTION DE SOUS-PRODUIT APPLICABLE AU LISIER

11. Problématique. Les importations de lisier en provenance d'exploitations agricoles de type industriel implantées en Flandre, aux Pays-Bas ou en Bretagne soulèvent bien des polémiques. Au demeurant, plusieurs États membres ont été condamnés en manquement pour ne pas avoir respecté la directive sur le nitrate, notamment en raison de la violation du seuil d'épandage (43).

Étant donné que l'article 5 ne couvre que les résidus de production en rapport avec l'industrie, son champ d'application est plus étroit que celui de la jurisprudence de la CJUE qui couvrirait à la fois les résidus de production et de consommation. Le cas du lisier est particulièrement révélateur des difficultés juridiques rencontrées lorsqu'il s'agit de cerner les contours des notions de produits, de sous-produits et de déchets. La CJUE a eu l'occasion d'aborder à six reprises la question de savoir si des effluents d'élevage pouvaient échapper à la qualification de déchets lorsqu'ils sont utilisés comme fertilisants des sols dans le cadre d'une pratique légale d'épandage sur des terrains bien identifiés (44).

Avant de distinguer les différentes hypothèses rencontrées, il convient de rappeler le statut du lisier en droit dérivé.

12. Statut juridique du lisier. On observera d'abord que, dans le catalogue des déchets, la rubrique 02 01 00 intitulée « déchets provenant de la

(43) Arrêts *Commission c. France*, C-258/00, EU :C :2002 :400; *Commission c. Pays-Bas*, EU :C :2003 :532; *Commission c. Irlande*, C-396/01, EU :C :2004 :136; *Commission c. Espagne*, C-416/02, EU :C :2005 :511; *Terre wallonne et Inter-Environnement Wallonie*, C-105/09 et C-110/09, EU :C :2010 :355; *Commission c. Luxembourg*, EU :C :2010 :379; 20 novembre 2014, *Commission c. Pologne*, aff. C-356/13.

(44) Arrêts du 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne* (C-416/02, *Rec.*, p. I-7487), et *Commission c. Espagne* (C-121/03, *Rec.*, p. I-7569), ainsi que du 18 décembre 2007, *Commission c. Italie* (C-194/05, *Rec.*, p. I-11661); *Commission c. Italie* (C-195/05, *Rec.*, p. I-11699), et *Commission c. Italie* (C-263/05, *Rec.*, p. I-11745); CJUE, 3 octobre 2006, *Donald Brady*, aff. C-113/12.

production primaire de l'agriculture, de l'horticulture (...) » comprend une sous-rubrique intitulée « fèces, urine et fumier (y compris paille souillée), effluents collectés séparément et traités hors site » (02 01 06) (45). Du fait que cette mention générale des effluents d'élevage « ne prend pas en compte les conditions dans lesquelles ces effluents sont utilisés et qui sont déterminantes aux fins d'une telle appréciation » (46), leur inscription dans ce catalogue n'est pas déterminante même s'il s'agit là d'une liste harmonisée. Par ailleurs, le lisier est repris dans la liste orange de déchets du règlement (CE) no 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets sous l'intitulé « lisier de porcs ; excréments » (rubrique AC 260 de la partie II de l'annexe IV). En vertu de cette annexe, ces déchets sont soumis à la procédure de contrôle par notification et consentement écrits préalables.

Cela dit, à l'instar du régime antérieur, l'article 2, § 1, f) de la directive-cadre exclut les matières fécales – dans l'hypothèse où elles ne relèveraient pas des sous-produits animaux –, « la paille et autres matières naturelles non dangereuses issues de l'agriculture (...) utilisées dans le cadre de l'exploitation agricole (...) ou de méthodes qui ne nuisent pas à l'environnement et ne mettent pas en danger la santé humaine ».

Est-ce à dire que, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle directive-cadre, le lisier échappe totalement à la police des déchets ? Tout d'abord, plusieurs États membres ont décidé de ne pas exclure le lisier de leur réglementation sur les déchets (47). Par ailleurs, deux conditions doivent encore être remplies pour écarter le droit des déchets : l'utilisation du lisier doit se faire, d'une part, dans le cadre de « l'exploitation agricole » et, d'autre part, en l'absence de risques sanitaires et environnementaux. Nous observerons ci-dessous qu'il n'est pas nécessairement aisé pour les détenteurs de lisier de remplir ces conditions.

13. Le lisier est recherché comme tel pour être utilisé directement dans le cadre de l'exploitation. Prenons d'abord la situation de l'agriculteur qui utilise comme intrant son propre lisier ou le lisier d'autres agriculteurs installés à proximité de son exploitation. On conviendra qu'il s'agit d'une réutilisation directe d'un résidu « dans le cadre de l'exploitation agricole ». Ce rejet relève donc de l'exception prévue à l'article 2, § 1, f). À cela, on peut ajouter que le lisier pourrait toujours être qualifié de sous-produit, comme la CJUE l'a jugé dans le recours en manquement *Commission c Espagne* (48). Par ailleurs, il serait toujours possible d'arguer, dans l'hypothèse où l'État membre n'aurait pas fait usage de l'exception, que dans la

(45) Décision 2000/532/CE de la Commission du 3 mai 2000 remplaçant la décision 94/3/CE établissant une liste de déchets.

(46) Voy., en ce sens, les arrêt 8 septembre 2005, *Commission c. Espagne*, C-121/03, précité, point 66 ; 3 octobre 2012, *Ronald Brady*, C-113/12, point 37.

(47) Exception non visée à l'article 4 du décret régional wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets.

(48) CJCE, *Avesta Polarit Chrome*, précité, point 49 ; CJCE, 8 septembre 2005, aff. C-416/02 et aff. C-121/03, *Commission c/ Espagne*.

mesure où l'agriculteur n'a jamais entendu se défaire de son lisier, le régime des déchets n'est pas d'application.

Passons maintenant à l'hypothèse où l'éleveur, producteur d'effluents, les collecte et les stocke (renvoi aux termes « collectés séparément » de la sous-rubrique 02 01 06) pour les épandre sur des terres agricoles (renvoi au terme « traités » de la même sous-rubrique) appartenant à d'autres agriculteurs. On pourrait soutenir qu'il s'agit d'une réutilisation directe d'un résidu « dans le cadre de l'exploitation agricole » en général, les auteurs de la directive n'ayant pas exigé que la réutilisation devait avoir lieu dans le cadre de son exploitation agricole. Tombant sous le coup de l'exception prévue à l'article 2, § 1, f) de la directive 2008/98, le lisier ne relève pas du droit des déchets.

Imaginons enfin que l'utilisation ne soit pas directe. Sachant que ses champs sont saturés de lisier, le fermier attendra avant d'épandre des quantités supplémentaires. L'exception prévue à l'art. 2, § 1, f) n'est donc pas remplie.

14. *Épandage en violation des normes environnementales.* Il faut aussi rappeler que conformément à l'article 2, § 1, f) de la directive 2008/98, l'exclusion ne vaut que si l'épandage « ne nuit pas à l'environnement et ne met pas en danger la santé humaine ». De même, pour que la notion de sous-produit puisse s'appliquer, encore faut-il, conformément à l'article 5, § 1^{er}, d) ou à la jurisprudence, que l'utilisation ultérieure soit « légale ». Or, dans de nombreuses régions où l'on pratique l'agriculture intensive, cette condition n'est pas respectée en raison de la teneur trop importante en nitrates. Cette directive prévoit en effet une quantité maximale de 170 kg d'azote par hectare et par an pour l'épandage d'effluents d'élevage (49), limite à laquelle on peut déroger (50).

Certains arrêts rendus par la CJUE n'ont guère convaincu. À propos d'épandages effectués en dépit des règles de bonnes pratiques agricoles et dans des quantités excessives, la CJUE n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl qui défendait la thèse selon laquelle le lisier devenait un déchet lorsque son détenteur l'épandait dans des quantités excessives en ne respectant pas les besoins du sol en fonction des saisons (51). Cette argumentation n'est guère convaincante car le législateur de l'UE met dorénavant l'accent sur la licéité de l'opération de réutilisation (52).

Dés lors, en raison de l'épandage inapproprié – dans la mesure où il conduit à violer les normes de teneur en nitrates dans les eaux – des effluents

(49) Art. 5, § 4, a) et annexe III, point 2.

(50) La dérogation ne peut être accordée que si l'État membre démontre que les objectifs de la directive sont atteints et que la dérogation repose sur des critères objectifs tels que des périodes de végétation longues, des cultures à forte absorption d'azote, des précipitations nettes élevées ou des sols présentant une capacité de dénitrification élevée. La Commission après avis du comité « Nitrates » doit statuer sur la demande de dérogation.

(51) Conclusions AG Stix-Hackl, points 24-28 (1^{re} aff.) et 32 (2^e aff.).

(52) Art. 5, d).

sur des terrains géographiquement distincts des terres afférentes à l'exploitation qui les produit, il faut considérer que le lisier en question relève de la sous-rubrique 02 01 06, ce qui constitue un indice d'une action de se défaire des déchets. Enfin, en troisième lieu, à défaut d'opération pouvant transformer ce lisier en une matière première secondaire, le lisier épandu est un déchet rentrant dans un processus de valorisation. En effet, parmi les opérations répertoriées à l'annexe II de la directive-cadre (R 10), on retrouve « l'épandage sur le sol au profit de l'agriculture ». À cela on peut ajouter que le lisier constitue *a priori* un déchet puisque le détenteur initial s'en est défait ou a dû s'en défaire dans la mesure où il représente une charge pour lui.

15. *Le lisier en tant que sous-produit.* Dans l'arrêt *Donald Brady* du 3 octobre 2013, la CJUE a rappelé que :

« ...des effluents générés par une exploitation d'élevage intensif de porcs qui ne sont pas la production principalement recherchée par l'exploitant de celle-ci et dont la valorisation éventuelle par épandage en tant que fertilisant doit [...] intervenir dans des conditions particulières de précaution en raison du caractère potentiellement dangereux, pour l'environnement, de sa composition, constituent, en principe, des déchets » (53).

Ce n'est donc qu'à titre d'exception que le lisier industriel peut être qualifié de sous-produit.

« du lisier produit dans une exploitation d'élevage intensif de porcs et stocké dans l'attente d'être livré à des exploitants agricoles pour être utilisé par ceux-ci comme fertilisant sur leurs terres constitue non pas un 'déchet' [au sens de la directive], mais un sous-produit, lorsque ledit producteur entend commercialiser ce lisier dans des conditions économiquement avantageuses pour lui, dans un processus ultérieur, à condition que cette réutilisation ne soit pas seulement éventuelle mais certaine, sans transformation préalable, et dans la continuité du processus de production » (54).

S'agissant de la qualification du lisier en tant que sous-produit, le respect de ces conditions requiert préalablement la vérification :

- de l'identification des terrains agricoles sur lesquels le lisier sera épandu ;
- des « engagements fermes » de la part d'autres opérateurs, lorsque la durée du stockage est plus longue que nécessaire, de reprendre le lisier « aux fins de s'en servir comme fertilisants sur des terrains dûment identifiés » ;
- de la corrélation entre les quantités stockées et les besoins en termes d'épandage ;
- de l'adéquation des installations de stockage par rapport aux quantités du lisier devant être entreposé ;
- de la sécurité des installations de stockage en vue d'éviter « tout ruissellement et infiltration dans le sol » ;

(53) Point 43.

(54) CJUE, 6 octobre 2006, *Donald Brady*, aff. C-113/12, point 60.

- de l'avantage financier que la réutilisation du lisier est de nature à procurer à son producteur, cet avantage « allant au-delà du simple fait de pouvoir se défaire de ce produit » (55).

Si l'exploitation intensive fait déjà l'objet d'un permis d'environnement (56), l'imposition de telles conditions ne soulève aucune difficulté. Au contraire, si ce n'est pas le cas, on imagine qu'il ne sera pas toujours facile pour certains agriculteurs de remplir ces différentes conditions. S'agissant de la charge de la preuve du respect de celles-ci, le législateur national peut prévoir de la faire supporter par le producteur, tant qu'elle n'est pas rendue « excessivement difficile » (57).

Dans la même affaire, la juridiction suprême irlandaise avait également interrogé la CJUE sur l'étendue de la responsabilité des producteurs. Le producteur qui se défait de ce lisier, en le cédant à d'autres exploitants agricoles qui l'épandent en vue de fertiliser leurs terres, est-il personnellement responsable du respect par ces exploitants de la législation de l'Union relative à la gestion des déchets et des fertilisants ? Les conséquences de la qualification à donner au lisier sont importantes.

Si le producteur envisage de céder du lisier considéré comme déchet à des tiers qui ne disposent pas d'une autorisation – exigée en vertu de l'article 10 de la directive 75/442, et en vertu de l'article 23 de la directive 2008/18 –, il s'ensuit que l'article 8 de cette directive (art. 15, § 1^{er} de la directive 2008/18) « s'oppose aux cessions ainsi envisagées, et, partant, à ce que celles-ci puissent faire l'objet d'une quelconque autorisation délivrée par une autorité » nationale (58). En d'autres mots, l'agriculteur détenteur de lisier, ne pouvant être assimilé à un sous-produit, est obligé de le faire traiter par des entreprises spécialisées. En revanche, dans l'hypothèse où les exploitants réutilisant le lisier sont titulaires de l'autorisation requise au titre de l'article 23 de la directive 2008/18 ou lorsqu'ils sont dûment dispensés d'une telle autorisation, la remise du lisier ne rend pas les exploitants des exploitations intensives responsables du respect par ceux-ci de la législation de l'Union relative à la gestion des déchets et des fertilisants (59).

Au demeurant, dans l'arrêt *Brady*, la CJUE estime que moyennant le respect de plusieurs conditions, un lisier épandu par d'autres agriculteurs constitue un sous-produit et ce tant que l'épandage se situe directement dans la continuité d'un processus de production. Cela dit, le lisier provenant de porcheries exploitées à l'étranger est généralement transporté sur des longues distances et stocké dans des installations intermédiaires parfois pendant de longues durées. À cet égard, des arrêts rendus par des juridictions belges apportent quelques éclaircissements.

(55) *Ibid.*, points 52 à 57.

(56) Voy. la rubrique 6.6 de la directive IED.

(57) CJUE, 6 octobre 2006, *Donald Brady*, aff. C-113/12, points 62 et 65.

(58) *Ibid.*, point 78.

(59) *Ibid.*, point 79.

Appelée à trancher un conflit de compétences dans une affaire relative aux déchets animaux en Région flamande (60), la Cour constitutionnelle a confirmé que les substances conservent le caractère de déchets et restent dès lors soumises à la réglementation relative aux déchets jusqu'au moment où elles sont fournies aux tiers qui les réutilisent – dans le cas de matières qui peuvent être utilisées sans aucune préparation – ou jusqu'au moment où elles sont transformées – dans le cas de déchets qui ne peuvent être utilisés qu'après avoir fait l'objet d'un traitement –.

Dans un arrêt du 2 février 2009 la Cour d'appel de Liège (61) a procédé à une analyse différente de celle de la CJUE en considérant que les conditions applicables aux sous-produits n'étaient pas d'application. En l'espèce, des quantités massives de lisier étaient importées en Région wallonne à partir d'établissements agricoles intensifs implantés en Région flamande. À la différence de la jurisprudence de la CJUE, la Cour d'appel mit en exergue que les détenteurs wallons du lisier n'avaient pas la maîtrise de la destination finale du lisier provenant de Flandres, revenant de la sorte à une conception plus subjective de la notion de déchets (62). Qui plus est, du fait que la législation flamande faisait obligation au détenteur d'un excédent de lisier de s'en débarrasser conformément aux règles concernant la gestion des déchets, cet excédent de lisier constituait une charge importante pour les entreprises productrices, qui de la sorte cherchaient à s'en débarrasser au moindre coût en les exportant vers la Wallonie. La charge était d'autant plus lourde que les propriétaires de terrains concernés en Wallonie acceptaient le lisier à condition qu'il leur soit livré gratuitement. Enfin, des manquements administratifs (absence de données quant à la destination finale du lisier, méconnaissance dans le chef des agriculteurs wallons de l'identité des producteurs, absence des agriculteurs lors de la livraison du lisier, méconnaissance des quantités livrées, etc.) mettaient en évidence l'absence de traçabilité, condition à respecter pour vérifier la réutilisation directe effective des sous-produits.

CONCLUSIONS

Le droit de l'environnement a cette particularité que ses nombreux régimes sont nimbés de dérogations. Tantôt c'est le législateur qui assouplit la portée de la norme d'interdiction ou du régime d'autorisation, tantôt le juge le devance. Alors qu'un certain nombre d'écosystèmes continuent à se dégrader – notamment les sols – en raison d'une exploitation trop intensive, on peut s'interroger sur le bien-fondé des distinctions que nous avons brièvement exposées ci-dessus. Les critères tant légaux que jurisprudentiels sont à ce point vagues – du fait qu'ils embrassent une foultitude de flux de déchets

(60) CA, 15 avril 1997, n° 19/97, *Amén.-Env.*, 1997/4, obs. N. DE SADELEER.

(61) Liège (4^e ch. corr.), 2 février 2009, *Droit pénal de l'entreprise*, 2009/3, pp. 283 à 294, note F. THONET.

(62) Note F. THONET, *op. cit.*, p. 293.

Les déchets et les sous-produits...

561

– qu'ils ne peuvent qu'exacerber les controverses. Ceci paraît d'autant plus désopilant que les déchets circulent au sein du marché intérieur, que les divergences d'interprétation sont susceptibles de miner. Assurément le flou du droit l'emporte.

