

BIBLIOTHÈQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

---

45

---

# Les responsabilités environnementales dans l'espace européen

Point de vue franco-belge

SOUS LA DIRECTION DE

**Geneviève VINEY**

DIRECTEUR DU CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ  
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

ET

**Bernard DUBUISSON**

DIRECTEUR DU CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS  
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

=====  
EXTRAIT  
=====

Schulthess §

**BRUYLANT**  
BRUXELLES

**L·G·D·J**  
PARIS

2006

## CHAPITRE XVIII

# LA DIRECTIVE 2004/35/CE RELATIVE A LA RESPONSABILITE ENVIRONNEMENTALE : AVANCEE OU REcul POUR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DES ETATS MEMBRES?

PAR

NICOLAS DE SADELEER

TITULAIRE DE LA CHAIRE MARIE CURIE À L'UNIVERSITÉ D'OSLO  
PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS  
ET À L'INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES  
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN  
CHERCHEUR QUALIFIÉ À LA VRIJE UNIVERSITEIT BRUSSEL

### INTRODUCTION

1. – Après quinze années d'atermoiements où on a vu se succéder une proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets, un livre vert et enfin un livre blanc sur la responsabilité environnementale, le Parlement européen et le Conseil des Ministres sont parvenus, le 21 avril 2004, à adopter un nouveau régime de responsabilité environnementale. Malgré son intitulé qui n'est pas des plus alléchants, la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux pose les jalons d'une harmonisation des régimes de prévention et de réparation des dommages écologiques dans la Communauté européenne (1).

Or, une mutation importante s'est opérée entre la première proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les

---

(1) A la suite de la proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets, laquelle ne fut jamais adoptée par le Conseil des Ministres, la Commission européenne publia en 1993, un livre vert sur la responsabilité pour dommages à l'environnement (COM(93) 47 final du 14 mai 1993) et en l'an 2000 un livre blanc sur la responsabilité environnementale (COM(2000) 66 final du 9 février 2000). Ces deux livres étaient destinés à exposer les vues de la Commission européenne dans cette matière et, partant, à susciter, auprès des acteurs concernés, un débat sur la nécessité d'une intervention communautaire dans ce domaine.

dommages causés par les déchets présentée par la Commission le 1<sup>er</sup> septembre 1989 (2) et la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 (3). Alors que la proposition de 1989 établissait les bases d'un véritable régime de responsabilité civile applicable aux différents dommages causés par les déchets, la directive 2004/35/CE, d'une part, s'inscrit davantage dans le sillage d'une harmonisation des pouvoirs de police des autorités administratives que d'une redéfinition des régimes de responsabilité civile (4), et, d'autre part, couvre un nombre nettement plus étendu d'activités et d'installations que les établissements traitant des déchets (décharges, incinérateurs,...).

Aussi, la directive 2004/35/CE se trouve-t-elle à cheval sur des concepts tantôt propres au droit civil, tantôt spécifiques au droit administratif. Engendrant une certaine confusion quant à la portée exacte des obligations prescrites par la directive, ce mélange des genres ne facilitera guère la transposition des obligations communautaires dans le droit interne des Etats membres qui repose généralement sur une distinction assez ferme entre le droit administratif et le droit civil.

2. - Dans la mesure où Charles Pirotte, orfèvre en la matière, a commenté de manière fort approfondie les régimes de prévention et de réparation prévus par la directive 2004/35/CE dans une publication reprise dans le présent ouvrage, nous nous contenterons ici de mettre en exergue certaines difficultés que pourraient rencontrer les autorités nationales lorsqu'elles devront mettre en œuvre les obligations prévues par cette directive. En effet, à la lecture de différentes dispositions au contenu relativement ambigu, on peut se demander

(2) P. von WILMOWSKY et G. ROLLER, *Civil Liability for Waste : A Legal Analysis of the EC directive*, Francfort, Peter Lang, 1992.

(3) La proposition de directive présentée par la Commission européenne a en tout cas fait couler beaucoup d'encre, cf. L. BERGKAMP, «The Proposed Environmental Liability directive», *European Environment Law Review*, déc. 2002, pp. 327-341; G. BETLEM et H.P. BRANS, «The Future Role of Civil Liability for Environmental Damage in the EU», *Yb. Eur. Env.L.*, 2002, vol. 2, pp. 183-22; C. HUGLO, «Projet de directive sur la responsabilité environnementale», *Jurisclasseur environnement*, janvier 2003, pp. 8-10; P. STEICHEN, «La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux», *Revue juridique de l'environnement*, 2003/2, pp. 177-191; X. THUNIS, «Le temps de la responsabilité. Réflexion sur la convention du Conseil de l'Europe et sur le livre vert concernant la réparation des dommages causés à l'environnement», *Aménagement-Environnement*, 1993/4, p. 215. Pour un premier commentaire de la directive, voy. P. STEICHEN, «La directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Un droit de compromis pour une responsabilité nouvelle», à paraître.

(4) L. BERGKAMP, *op. cit.*, p. 295.

si le nouveau régime représente une véritable avancée pour les administrations en charge de la protection de l'environnement.

Une des principales difficultés de la directive 2004/35/CE tient au fait qu'elle ne s'implante pas sur un terrain vierge. Né il y a plus de trois décennies, le droit communautaire de l'environnement se compose aujourd'hui de plus de 200 directives couvrant des matières aussi diverses que la conservation de la nature, la pollution atmosphérique, la protection des eaux, les installations classées, ... (5). Aussi, la portée de la directive 2004/35/CE doit être appréciée au regard des obligations préexistantes en matière d'environnement, lesquelles ont déjà été transposées ou sont en voie de l'être.

Les Etats membres disposent du choix de la forme et des moyens lorsqu'ils incorporent dans leur ordre juridique une directive. Vu le caractère vague de nombreuses obligations, les régimes nationaux risquent ainsi de diverger de manière significative tant en fonction des traditions juridiques qu'en égard à la nature des problèmes écologiques rencontrés. A cela, il convient d'ajouter que dans la mesure où elle est fondée sur l'article 175, §1<sup>er</sup>, du traité instituant la Communauté européenne, les autorités nationales ont toujours la possibilité, en vertu de l'article 176 de ce traité, d'adopter des mesures plus sévères en vue de protéger l'environnement. Cette directive constitue donc une harmonisation de nature minimale des règles législatives et administratives réglementant les mesures de police.

3. – La première section de notre contribution sera consacrée au principe du pollueur-payeur qui est à l'origine de la directive et au principe de subsidiarité, lequel a plutôt eu pour effet de juguler les ambitions du législateur communautaire (I). Une seconde section traitera du champ d'application des régimes de prévention et de réparation des dommages environnementaux qui doit être apprécié au regard, d'une part, des activités à risque, et d'autre part, au regard des dommages écologiques (II). Par ailleurs, nous distinguerons, dans une troisième section, les obligations qui sont mises à charge tantôt de l'exploitant, tantôt des autorités compétentes (III). Les difficultés suscitées par les clauses d'exonération seront abordées dans une dernière section (IV).

---

(5) Voy., entre autres, J. H. JANS, *European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2002 et L. KRÄMER, *EC Environmental Law*, 5<sup>ème</sup> édition, Londres, Thomson-Sweet & Maxwell, 2003.

## I. – LES PRINCIPES

4. – Bien qu'elle soit fondée sur le principe du pollueur-payeur, principe juridique consacré à l'article 175 du Traité instituant la Communauté européenne (A), la directive est tenue de respecter le principe de subsidiarité (B).

A. – *Le principe du pollueur-payeur*

5. – La directive consacre de manière explicite un des principes fondamentaux de la politique communautaire environnementale, le principe du pollueur-payeur qui est inscrit à l'article 175, §2 du traité. En vertu de son article 1<sup>er</sup>, «*la présente directive a pour objet d'établir un cadre de responsabilité environnementale fondée sur le principe du pollueur-payeur, en vue de prévenir et de réparer les dommages environnementaux*». D'après le préambule de la directive, ce principe impliquerait «*que l'exploitant dont l'activité a causé un dommage environnemental ou une menace éminente d'un tel dommage, soit tenu pour financièrement responsable, afin d'inciter les exploitants à adopter des mesures et à développer des pratiques propres à minimiser les risques de dommages environnementaux de façon à réduire leur exposition aux risques financiers associés*» (2<sup>ème</sup> considérant).

Comme nous l'avions mis en évidence dans notre thèse de doctorat, le principe du pollueur-payeur est susceptible de revêtir différentes fonctions et, plus particulièrement, une fonction réparatrice et une fonction incitative (6). Les régimes mis en place par la présente directive présentent la caractéristique de se trouver à cheval sur ces deux fonctions.

En premier lieu, la directive 2004/35/CE épouse largement une fonction réparatrice, laquelle implique que les dommages causés à l'environnement en raison d'activités industrielles, soient intégrés ou internalisés dans les coûts de production (7). Aussi convient-il que les exploitants «*supportent les coûts des mesures de prévention lorsqu'ils auraient dû prendre ces mesures en tout état de cause pour se conformer aux dispositions législatives, réglementaires et adminis-*

(6) N. de SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, Paris, A.U.F., 437 p. Voy. aussi N. de SADELEER et S. CAUDAL-SIZARET, «Le principe du pollueur-payeur», in *Juris-Classeur - Environnement*, 2003.

(7) Voy. notamment la recommandation de l'O.C.D.E. relative à l'utilisation des instruments économiques dans la politique d'environnement ((C)(90) 117 final, O.C.D.E., 1991)).

*tratives au terme des permis ou autorisations régissant leur activité»* (21<sup>ème</sup> considérant du préambule). Qui plus est, conformément à ce même principe, les coûts du dommage environnemental ou de la création d'une menace imminente d'un tel dommage doivent être pris en charge par l'exploitant (18<sup>ème</sup> considérant du préambule). Ainsi, tant les coûts des mesures de prévention adoptées par les autorités publiques en vue de se prémunir de la survenance d'un dommage que les coûts de réparation de ce dommage lorsqu'il est survenu, doivent-ils être couverts par l'exploitant.

Dans la mesure où elle cherche à «*inciter les exploitants à adopter des mesures et à développer des pratiques propres à minimiser les risques de dommages environnementaux*» (2<sup>ème</sup> considérant du préambule), la directive revêt également une fonction préventive. En effet, le principe du pollueur-payeur se double d'un principe de prévention consacré lui aussi à l'article 175, §2 du traité CE. Parce qu'il est plus efficace de prévenir la survenance d'un dommage que d'effacer ses affres, les instruments économiques permettant d'internaliser le prix du dommage écologique (régime de responsabilité civile, régimes fiscaux) doivent être complétés par des mesures de nature préventive.

Aussi, la portée de la disposition de la directive 2004/35/CE doit-elle être appréciée au regard du principe de prévention appelé à épauler le principe du pollueur-payeur.

6. – Comme nous l'avons déjà souligné dans nos écrits, les principes du droit de l'environnement peuvent exercer une influence considérable lorsque les juridictions doivent trancher des «*hard cases*». Ainsi lorsque des doutes subsistent à propos de la portée exacte d'un régime juridique destiné à protéger le milieu, les principes de prévention et du pollueur-payeur peuvent conduire les juridictions à retenir l'interprétation la plus favorable à la protection de l'environnement (8).

(8) Ainsi, les principes de précaution et de prévention peuvent-ils conduire la Cour de justice des Communautés européennes à une interprétation large des obligations en matière de gestion de déchets. Quant à la fonction interprétative du principe de prévention, voyez l'arrêt *Francesca Bizzaro et Paolo Lirussi*, aff. C-175/98 et C-177/98, *Rec.*, I-6881. Quant à la fonction interprétative du pollueur-payeur, voyez l'arrêt *Standley*, du 29 avril 1989, aff. C-293/87, *Rec.*, I-2603. Sur l'incidence du principe de prévention en droit français, voy. Y. JEGOUZO, «*Le juge administratif et l'ordonnancement du droit de l'environnement*», in *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial *Le juge administratif et l'environnement*, octobre 2004, pp. 27-29.

Cela dit, on pourra reprocher au législateur communautaire d'avoir inscrit sur le frontispice de sa législation un tel principe d'imputation des coûts, tout en l'émasculant de manière subreptice par la suite (9).

### B. – *Le principe de subsidiarité*

7. – Il convient de se demander si la directive 2004/35/CE respecte les critères posés par l'article 5 du traité CE. Consacré dans un premier temps par l'Acte unique européen pour la seule politique de l'environnement (ancien art. 130 R, §4), et généralisé par la suite à l'ensemble des politiques menées par la Communauté européenne (art. 5), le principe de subsidiarité s'apparente à une règle de répartition de compétences dont la violation peut être sanctionnée. Les incidences de ce principe sont significatives sur le contenu de la politique environnementale : la Commission européenne est dorénavant tenue d'exposer, dans ses propositions d'actes, les motifs qui les fondent en démontrant notamment qu'elles sont conformes au principe de subsidiarité.

Pour être justifiée, une action de la Communauté doit, dès lors, répondre à deux critères, à première vue redondants, mais qui demeurent cumulatifs : d'une part, les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres ; d'autre part, cette action doit pouvoir être mieux réalisée au niveau de la Communauté (art. 5, al. 2). Aussi l'inaptitude étatique à juguler un risque écologique doit-elle se combiner avec une plus-value communautaire. En d'autres termes, « *la simple substitution de compétence n'est pas un gage d'amélioration* » ; encore faut-il que la Communauté puisse faire mieux que les États membres (10).

(9) Plusieurs auteurs se sont notamment demandé si la responsabilité objective constituait un corollaire obligé du principe du pollueur-payeur ou si ce dernier pouvait s'accommoder d'un régime de responsabilité pour faute. Voy. notamment X. THUNIS, « Le temps de la responsabilité », *Aménagement-Environnement*, 1993, p. 215 ; X. THUNIS et N. de SADELEER, « Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, 1995, numéro spécial, p. 3. On observera que si la directive 2004/35/CE consacre, en principe, un régime de responsabilité sans faute ne permettant pas à l'exploitant d'invoquer l'absence de faute pour échapper aux obligations de prévention et de réparation, il n'en demeure pas moins que ce régime se trouve écorné par une clause exonératoire facultative énoncée à l'article 8, §4.

(10) C. BLUMANN, « Compétence communautaire et compétence nationale », in J.-C. MASCIET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 74.

Le législateur communautaire a souligné dans le préambule de la directive que «*l'établissement d'un cadre commun pour la prévention et la réparation des dommages environnementaux, à un coût raisonnable pour la société, ne pouvait être réalisé de manière suffisante par les Etats membres*» (3<sup>ème</sup> considérant du préambule). En outre, il ressort du même considérant que l'établissement de ce cadre commun peut être mieux réalisé au niveau communautaire eu égard à l'existence d'une panoplie d'instruments destinés à protéger les eaux et la biodiversité.

8. – D'aucuns ont tendance à vouloir cantonner les règles destinées à protéger l'environnement à la seule hypothèse où les problèmes écologiques revêtent une nature transfrontalière (11). De la sorte, seules les règles d'harmonisation destinées à protéger les espèces migratrices ou les eaux transfrontalières seraient conformes au principe de subsidiarité. En revanche, en raison de l'impact local de la pollution des sols, il ne serait pas possible de les réglementer au niveau communautaire. Nous ne partageons pas cette interprétation. Nous avons en effet démontré, dans un récent ouvrage, que le principe de subsidiarité n'empêchait pas le législateur communautaire de réglementer des problèmes écologiques dont l'aspect transfrontalier n'est pas déterminant (12).

A cet égard, la directive 2004/35/CE vient compléter l'édifice réglementaire en matière de conservation de la nature et de la protection des eaux formé par les directives 79/409/CEE (oiseaux sauvages), 92/43/CEE (habitats naturels et espèces sauvages autres que les oiseaux sauvages) et 2000/60/CE (eau). Dans la mesure où elle traite des questions de prévention et de la réparation de dommages à l'eau et à la biodiversité, questions qui n'ont pas été abordées par les trois directives précitées, la directive 2004/35/CE présente une véritable valeur ajoutée par rapport au cadre réglementaire préexistant. Il ne fait dès lors aucun doute, à tout le moins en ce qui concerne les mesures afférentes aux dommages causés à la biodiversité et aux eaux, que la directive 2004/35/CE est conforme au principe de subsidiarité.

(11) L. BERGKAMP, *op. cit.*, p. 296.

(12) Voy. à cet égard notre analyse de la conformité des régimes de conservation de la nature à l'aune du principe de subsidiarité. Cf. N. de SADELEER et C.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 470-472.

En revanche, la question est plus délicate en ce qui concerne les dommages causés aux sols (cf. article 2, §1, c).

A l'exception de quelques directives relatives aux déchets, la protection des sols ne fait pas l'objet d'un régime de droit communautaire bien défini (13). En outre, si toute une panoplie de directives protège indirectement les sols (14), un régime d'harmonisation digne de ce nom fait encore défaut à ce jour (15). A la différence des dommages à la biodiversité et aux eaux, la directive 2004/35/CE n'apporterait donc aucune plus-value au droit communautaire. On peut dès lors se demander si elle constitue une véritable avancée dans ce domaine, d'autant plus que les critères de mise en œuvre de la responsabilité sont particulièrement stricts. Il est particulièrement difficile de répondre à cette question dans la mesure où l'état des législations nationales varie actuellement de manière significative.

## II. – LE CHAMP D'APPLICATION

9. – La directive 2004/35/CE repose sur un mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité de l'exploitant, et à défaut des pouvoirs publics, qui s'articule autour de l'événement à l'origine du dommage (activité à risque, installation classée, transport d'une substance dangereuse, ...) et de la nature même du dommage écologique. Aussi, convient-il de distinguer les dommages écologiques (B) des activités susceptibles de les engendrer (A).

A cela, il convient d'ajouter que les dommages causés à la biodiversité (espèces et habitats naturels) font l'objet d'un traitement différencié par rapport aux dommages aux eaux et aux sols.

En principe, tout dommage causé à l'environnement (biodiversité, sols, eaux) par une des activités professionnelles énumérées à

(13) La protection des sols est garantie de manière fort partielle, tantôt par la réglementation d'un flux de déchets (Directive 86/278/CEE relative à la protection des sols lors de l'utilisation des boues d'épuration en agriculture), tantôt par la réglementation d'un type d'installations polluantes (Directive 1999/31/CE relative aux décharges).

(14) En protégeant de nombreux habitats terrestres, la directive habitats protège notamment les sols contre l'érosion ou l'acidification.

(15) Voy. G. VAN CALSTER, «Will the EC Get a Finger in Each Pie? EC Law and Policy Developments in Soil Protection and Brownfields Redevelopment», *Journal of Environmental Law*, 2004, vol. 16, pp. 3-17.

l'annexe III est couvert par la directive, quelle que soit la zone géographique où le dommage survient.

Toutefois, la directive prévoit la réparation des dommages causés aux espèces et aux habitats naturels protégés par d'autres activités professionnelles que celles énumérées à l'annexe III. Ceci a pour effet d'étendre considérablement le champ d'application *ratione personae* de la directive (art. 3, §1, b).

A. – *Les activités professionnelles à l'origine du dommage à l'environnement*

10. – Les auteurs des régimes de responsabilité objective en matière d'environnement ont généralement limité le champ d'application des événements causant le dommage au regard d'un faisceau de seuils et de critères techniques. A ce titre, le champ d'application de la convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement est délimité par trois grandes catégories d'activités considérées comme dangereuses (installations utilisant des substances dangereuses, OGM, gestion des déchets).

Au motif qu'elles sont présumées dangereuses pour la biodiversité, les eaux ou les sols, un certain nombre d'activités, dont la plupart sont d'ores et déjà réglementées par des instruments de droit communautaire, ont été inscrites à l'annexe III de la directive 2004/35/CE. Tout dommage causé par une des activités reprises à cette annexe devra donc être prévenu et, le cas échéant, réparé, à condition que cette activité soit de nature professionnelle. Ceci implique qu'elle soit « *exercée dans le cadre d'une activité économique, d'une affaire ou d'une entreprise, indépendamment de son caractère privé, public, lucratif ou non lucratif* » (art. 2, §7). Bien que certaines activités professionnelles soient exclues par la directive (défense nationale, activités nucléaires, ...), cette définition se veut manifestement très large (16).

11. – Une lecture attentive des différentes rubriques de l'annexe III fait apparaître que le champ d'application de la directive 2004/35/CE est plus étendu qu'on a pu le croire. Ainsi, toutes les installations classées en vertu de la directive 96/61/CE relative à la pré-

(16) En ce sens, C. PIROTTE, rapport précité.

vention et à la réduction intégrée de la pollution de même que toutes les opérations de gestion des déchets couvertes par la directive 75/442/CEE relative aux déchets sont soumises aux régimes de prévention et de réparation.

Les autorités transposant la directive devront toutefois être attentives au fait que certaines activités sont définies au moyen de seuils alors que d'autres ne le sont pas.

*(i) Activités déterminées au moyen du franchissement d'un seuil technique :*

– Installations IPPC : activités énergétiques, production et transformation des métaux, industrie minérale, industrie chimique, gestion des déchets et autres activités (comme l'élevage intensif).

*(ii) Activités n'étant pas identifiées au moyen d'un seuil technique :*

- les opérations de gestion des déchets dangereux et non dangereux, y compris le ramassage, le transport, la valorisation et l'élimination des déchets, décharges, incinérateurs;
- les rejets autorisés de substances dangereuses dans les eaux de surface ou souterraines;
- la fabrication, l'utilisation et le rejet dans l'environnement de produits chimiques, phytopharmaceutiques et biocides;
- le transport de marchandises dangereuses;
- l'utilisation des OGM.

Alors que le champ d'application de la directive 96/61/CE est défini en fonction d'une kyrielle de seuils techniques, il en va autrement de la directive 75/442/CEE relative aux déchets qui réglemente toute activité de gestion des déchets (élimination, valorisation et transport), sans préciser le moindre seuil. Quelle que soit leur taille ou la quantité de déchets qui y sont traités, les décharges municipales, les installations de recyclage, les collecteurs d'huiles usagées, les installations de stockage de déchets chimiques tombent sous le coup du nouveau régime de droit communautaire.

Il en va de même pour les opérations soumises à un régime d'autorisation ou d'enregistrement mis en place en vertu de la directive 2000/60/CE relative à la protection des eaux. Le rejet, l'introduction de polluants dans les eaux de surface ou souterraines, le captage et l'endiguement tombent sous le coup de la directive 2004/35/CE, quelles que soient les caractéristiques des installations

polluantes ou l'importance de leurs effets (rubriques 5 et 6 de l'annexe III).

Qui plus est, la portée de la directive apparaît extrêmement large à la lecture de la rubrique n° 7 de l'annexe III. La fabrication, l'utilisation, le stockage, le traitement, le conditionnement, voire le rejet dans l'environnement d'une substance dangereuse, d'une préparation dangereuse, d'un produit phytopharmaceutique, d'un biocide, tombent sous le coup de la directive 2004/35, quelle que soit la nature de l'exploitation dans laquelle la substance en question est fabriquée ou utilisée ou quel que soit l'impact de la substance sur le milieu naturel. Aussi, une activité agricole, de nature professionnelle rejetant des pesticides dans l'environnement de même que le stockage dans une petite entreprise de biocides, relèvent-elles à priori de la directive 2004/35/CE.

12. – Il est certain que la détermination des activités professionnelles inscrites à l'annexe III soulèvera bien des difficultés. Nous pouvons d'ores et déjà envisager les problèmes suivants :

- la détermination des seuils techniques permettant de cibler l'installation à risques (l'installation classée dépasse-t-elle les seuils prévus par le législateur communautaire pour être reprise dans la rubrique 1 de l'annexe III?),
- la qualification de l'opération (l'opération peut-elle être qualifiée d'une opération de gestion de déchets et, par conséquent, relever de la rubrique 2 de l'annexe III?);
- la conformité du droit national au droit communautaire (les régimes d'autorisation administratifs des rejets d'eaux usées dans les eaux de surface relèvent-ils, en vertu de la directive 2000/60/CE, de la discrétion du législateur national?).

Ainsi, la qualification des activités professionnelles constituera un champ de bataille, tant pour les experts en ce qui concerne la détermination des seuils que pour les juristes qui ferrailletteront volontiers à propos de la qualification juridique d'un résidu ou du classement d'une installation insalubre. Il va sans dire que cette directive agitera le lanterneau juridique.

13. – Ces questions revêtent probablement moins d'importance en ce qui concerne la détermination des activités causant des dommages à la biodiversité dans la mesure où l'article 3, § 1<sup>er</sup>, b couvre tou-

tes les activités professionnelles causant de tels dommages à condition que l'exploitant ait commis une faute ou une négligence.

Ainsi, un agriculteur asséchant un marais, une société d'exploitation forestière procédant à un réaménagement forestier, un entrepreneur immobilier construisant des bâtiments dans une zone écologiquement sensible peuvent-ils à priori engager leur responsabilité au titre de la présente directive. Du moment qu'elles revêtent une nature professionnelle, leurs activités, quelle que soit leur importance, tombent sous le coup des régimes de prévention et de réparation (17).

Qui plus est, la directive n'impose pas, en ce qui concerne les dommages causés à la biodiversité, que l'activité professionnelle soit réglementée par des règles de droit communautaire ou qu'elle fasse l'objet d'un régime administratif (enregistrement ou autorisation administrative). Ce second mécanisme se détache donc nettement de la règle de police (18).

#### B. – *Les dommages à l'environnement*

14. – La définition juridique du dommage causé à l'environnement revêt une importance capitale du fait qu'elle détermine le type et l'étendue des actions en responsabilité envisagées et, partant, les sanctions encourues par les pollueurs. Cette opération de qualification s'avère délicate en raison du caractère ambigu du concept du dommage écologique qui est susceptible de couvrir tant des dommages causés à des *res propriae* que des dommages causés à des *res communes* ou à des *res nullius*.

On le sait, les auteurs de la convention de Lugano ont évité d'enfermer le dommage dans une conception trop étriquée (19). En vertu de la convention du Conseil de l'Europe, le dommage à l'environnement repose sur trois composantes distinctes : des dommages aux personnes et aux biens causés par une activité dangereuse, le dommage spécifiquement causé à l'environnement sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte, par ricochet, à des intérêts d'ordre privé, et, les coûts engendrés par les mesures de sauvegarde en vue

---

(17) Sur les difficultés liées à la détermination exacte des activités concernées, cf. P. STEICHEN, *op. cit.*, p. 6.

(18) *Ibidem*, p. 7.

(19) N. DE SADELEER, *Le droit communautaire des déchets*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1995, pp. 573-576.

de prévenir l'extension et l'aggravation, soit d'un dommage corporel ou matériel, soit d'un dommage à l'environnement (art. 2).

La directive 2004/35/CE s'écarte de cette conception extensive du dommage à l'environnement étant donné que ses auteurs ont exclu «*les dommages corporels, les dommages aux biens privés, des pertes économiques*» (14<sup>ème</sup> considérant du préambule), sans doute au motif que le droit civil des différents États membres couvre d'ores et déjà ce type de dommage.

La directive 2004/35/CE se contente de réglementer la prévention et la réparation des dommages causés à certaines composantes de l'environnement sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte, par ricochet, à des intérêts d'ordre privé. À l'inverse des dommages aux biens et aux personnes, l'homme est ici le vecteur et le milieu naturel la victime de la pollution. Ce type de dommage est celui qui est le plus difficile à saisir par les principes de la responsabilité civile car, causé à des biens collectifs, il ne présente pas de caractère individuel et personnel et, partant, n'ouvre pas en tant que tel droit à réparation (20). En effet, par opposition aux dommages causés aux biens et aux personnes de caractère individualiste, le dommage écologique pur consiste avant tout dans un dommage collectif de caractère écologique et non pas économique. L'air et l'eau sont des *res communes*, la faune et la flore sauvages des *res nullius* et les interactions écologiques entre les différentes composantes des écosystèmes ne sont pas prises en considération en tant que tels par le droit (21). Ces différents éléments forment l'espace naturel non approprié.

15. – La définition donnée par le législateur communautaire s'écarte toutefois d'une conception extensive du dommage environnemental reconnu par la convention de Lugano (22).

(20) «*Même si l'on considère que l'intérêt que chacun trouve dans le maintien d'un environnement salubre constitue un intérêt personnel suffisant à établir la recevabilité d'une action en réparation, il reste que cette action sera déclarée non fondée en raison de l'absence d'un dommage personnel dans le chef du demandeur*» (H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 3).

(21) L'on observera que les dommages causés aux sols ou au patrimoine culturel, donc à l'environnement, ne relèveront du dommage spécifique à l'environnement uniquement dans la mesure où ils ne tombent pas sous le concept de «*dommages subis à des biens*». À la différence des autres composantes précitées, les sols et les biens immobiliers faisant partie du patrimoine culturel font, la plupart du temps, l'objet d'un titre de propriété et sont donc susceptibles de relever de la première catégorie de dommages prévue par la convention.

(22) Le terme «*environnement*» dont le caractère polysémique a fait hésiter plus d'un législateur à le définir, a été défini dans la convention de Lugano de manière particulièrement remar-

Le dommage environnemental prend la forme d'une poupée gigogne.

En raison de son article 3, §1<sup>er</sup>, le champ d'application de la directive couvre à la fois les dommages causés à l'environnement et aux espèces et habitats naturels protégés. Ces deux catégories de dommages sont définies de manière plus précise à l'article 2 qui distingue en fait trois types de dommages, à savoir les dommages causés aux espèces et aux habitats naturels (ci-après à la biodiversité), les dommages affectant les eaux et enfin, les dommages affectant les sols. Cela ne signifie pas pour autant que n'importe quel dommage causé à ces composantes de l'environnement soit couvert par la directive. Les auteurs de la directive ont en effet précisé que le dommage s'entendait comme «une modification négative durable d'une ressource naturelle ou une détérioration d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte» (article 2, §2). Les dommages tant immédiats que médiats sont donc couverts. A cet égard, le préambule indique que «les dommages environnementaux comprennent également les dommages causés par des éléments présents dans l'air, dans la mesure où ils peuvent causer des dommages aux eaux, aux sols, ou aux espèces et habitats naturels protégés» (quatrième considérant du préambule) (23).

Tant la modification négative d'une «ressource naturelle» que la détérioration d'un «service» caractérisent le dommage. Le premier terme reçoit une interprétation plus circonscrite que celle qui lui est généralement donnée, puisque les ressources comprennent uniquement «les espèces et habitats naturels protégés, les eaux et les sols» (art.2. 12), et non pas les ressources minérales et forestières. Les «services» sont définis, quant à eux, comme étant «les fonctions

---

quable. Le contenu à la fois objectif et subjectif de ce concept a été sagement dégagé, l'environnement comprenant, selon les termes de la convention, «les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs, les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques des paysages» (art. 1, §10). Il s'agit incontestablement d'une des définitions les plus complètes qui ait été donnée à ce terme dans une convention internationale.

(23) Les dommages causés de manière indirecte sont donc couverts par la directive. Ainsi, une activité polluante reprise à l'annexe III de la directive peut rejeter dans l'atmosphère des particules qui pollueront ultérieurement les sols ou les eaux de surface. Dans l'hypothèse où l'autorité compétente est en mesure d'établir un lien de causalité entre l'exploitation et la pollution, il lui reviendra d'exiger que l'exploitant prenne en charge les mesures de prévention et de réparation (sous réserve de l'article 4, §6). Dans le même ordre d'idées, au cas où une activité de recherche dans le domaine biotechnologique viendrait à rejeter accidentellement des micro-organismes modifiés dans les eaux domestiques du laboratoire, les dommages causés ultérieurement aux sols ou à l'eau de surface par ces micro-organismes devront être réparés par l'exploitant.

*assurées par une ressource naturelle au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public*» (art., 2. 13). Il en résulte que les services recouvrent toutes les fonctions assurées par les espèces et habitats naturels protégés, les eaux et les sols au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public. La difficulté tient au fait que la directive ne couvre pas les dommages économiques alors que les écosystèmes aquatiques et terrestres (habitats protégés, sols) offrent des avantages économiques et sociaux considérables, qu'il n'est guère aisé de quantifier. L'on songe ici, par exemple, aux «services» procurés par un estuaire (salines, aquaculture, pêche, chasse, activités récréatives) (24) ou par un milieu forestier (production forestière, chasse, prévention de l'érosion, activités récréatives). A cela, il faut ajouter que les écosystèmes procurent également des avantages non quantifiables d'un point de vue économique (la fonction paysagère d'un milieu forestier, par exemple, le fait qu'un estuaire soit un site de reproduction ou de nourrissage pour différentes espèces sauvages).

16. – Pour couronner l'édifice, le législateur communautaire a recouru à la technique de législation par référence pour déterminer plus précisément ce que l'on entendait par dommage aux eaux et aux espèces et aux habitats naturels. Dès lors, ces différentes catégories de dommages doivent être appréhendées au regard de dispositions découlant d'autres régimes juridiques, relevant soit du droit national (article 2, §3, a)), soit du droit communautaire (article 2, §3, a)).

Il conviendra d'emboîter délicatement ces composantes afin d'aboutir à la conclusion qu'un dommage a été causé.

#### 1. *Dommages causés aux habitats naturels et aux espèces protégées*

17. – Conscients de la raréfaction des espèces sauvages et de l'émiettement des espaces naturels, les auteurs de la directive 2004/35/CE ont souligné l'aggravation des risques qui pesaient sur la biodiversité au cours de ces dernières décennies (25). Au demeurant, cette situation devrait empirer si le législateur n'adopte pas de nouveaux régimes protecteurs (1<sup>er</sup> considérant du préambule).

(24) D. McLUSKY et M. ELLIOT, *The Estuarine Ecosystem*, 3ème éd., Oxford, OUP, 2004.

(25) Voir la décision n° 1600/2002/CE établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement qui prévoit d'arrêter le déclin de la biodiversité d'ici 2010.

Alors que des pans entiers de la biodiversité souffrent de l'intensification des moyens de production, de l'augmentation des voies de transport, de l'essaimage de l'urbanisation, le législateur a décidé de limiter les régimes de prévention et de réparation aux seuls habitats et espèces protégés. La protection ne vise donc qu'un nombre restreint d'espaces naturels ou semi-naturels et d'espèces.

La définition du dommage causé aux espèces et aux habitats repose sur une série de concepts (état de conservation, stabilité des populations,...) et de techniques (inscription d'une espèce menacée sur une liste spécifique) qui découlent tantôt de la directive 79/409/CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages (ci-après la directive oiseaux), tantôt de la directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (ci-après la directive habitats) (26).

A l'instar du droit international, il convient de distinguer les dommages causés aux espèces de ceux causés à leurs habitats naturels.

### 1.1. *Dommages causés aux habitats naturels protégés*

18. – En ce qui concerne la première catégorie de dommages, il convient de distinguer cinq catégories d'habitats :

- (i) les habitats de certaines espèces d'oiseaux sauvages : il s'agit des habitats d'espèces rares, menacées ou vulnérables reprises à l'annexe I de la directive sur les oiseaux ou des espèces migratrices (27) indépendamment du fait qu'ils aient été désignés en tant que zones de protection spéciale par les Etats membres;

(26) Pour un examen complet de ces deux directives, voy. N. de SADELEER et C.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, op. cit., pp. 481-562.

(27) En vertu de l'article 4 la directive oiseaux, les Etats membres doivent classer en «zones de protection spéciale» les «territoires les plus appropriés en nombre et en superficie à leur conservation» dans le but «d'assurer la survie et la reproduction dans leur aire de reproduction» des espèces de l'annexe I. Cette annexe énumère les espèces menacées de disparition, celles qui sont vulnérables aux modifications de leur habitat et enfin celles qui, sans être menacées, nécessitent une attention particulière en raison de la spécificité de leur habitat. Actuellement, 181 taxons (espèces et sous-espèces) sont repris sur cette liste qui a été adaptée et complétée à plusieurs reprises au regard de nouvelles connaissances scientifiques et de l'entrée de nouveaux Etats membres. En outre, des «mesures similaires» doivent être prises à l'égard des espèces migratrices, les Etats devant notamment attacher «une importance particulière à la protection des zones humides et tout particulièrement de celles d'importance internationale», lesquelles sont des sites de prédilection pour la migration de la sauvagine (art. 4, §2). Cette disposition renvoie à la convention de Ramsar sur les zones humides d'importance internationale, à laquelle la Communauté européenne n'a pas adhéré.

- (ii) les habitats d'espèces de la faune ou de la flore (28), hormis les oiseaux, visées à l'annexe II de la directive habitats indépendamment du fait qu'ils aient été désignés en tant que zones de conservation spéciale au titre de cette directive;
- (iii) les habitats naturels énumérés à l'annexe I de la directive habitats (29) indépendamment du fait qu'ils aient été désignés en tant que zones de conservation spéciale au titre de cette directive;
- (iv) les sites de reproduction, les aires de repos d'espèces rares énumérés à l'annexe IV de la directive habitats, lesquels ne doivent pas faire l'objet d'un régime de désignation et qui donc, peuvent se trouver en dehors des zones composant le réseau Natura 2000 (30);
- (v) les habitats que l'Etat membre désignerait à des fins équivalentes (réserves naturelles, parcs nationaux, réserves forestières, biotopes protégés, ...).

19. – Certaines administrations nationales estiment que le dommage à la biodiversité se limite aux dommages causés à des habitats qui ont été classés soit en tant que zone de protection spéciale (directive oiseaux), soit en tant que zone de conservation spéciale (directive habitats). En dehors de ces zones, la directive ne pourrait

(28) Les espèces dites «d'intérêt communautaire» inscrites à l'annexe I sont «des espèces qui, sur le territoire européen des Etats membres, sont en danger, vulnérables, rares ou endémiques» (art. 1, g).

(29) En vertu de la directive habitats, les habitats naturels «d'intérêt communautaire» rassemblent les «zones terrestres ou aquatiques se distinguant par leurs caractéristiques géographiques abiotiques et biotiques, qu'elles soient entièrement naturelles ou semi-naturelles», qui soit sont en danger, soit ont une aire de répartition réduite, soit constituent des écosystèmes remarquables, caractéristiques d'une ou plusieurs des régions biogéographiques (art. 1, b et c).

(30) La directive habitats prévoit l'obligation pour les Etats membres d'instaurer un «système de protection stricte» des espèces figurant à l'annexe IV, a, interdisant, outre certaines activités (capture, mise à mort intentionnelle, perturbation intentionnelle), «la détérioration ou la destruction des sites de reproduction ou des sites de repos» (article 12, §1, a à d). Contrairement au mécanisme de classement des habitats d'espèces prévu par l'article 6, §2 à 4, de la directive habitats formant le réseau Natura 2000, il s'agit d'un mécanisme de protection «automatique» de l'habitat de l'espèce (ou, plus exactement, d'une partie de celui-ci, à savoir les sites de reproduction et de repos), qui couvre tout le champ d'application géographique de la directive. Un arrêt récent a mis en relief l'importance que revêt cette disposition pour la conservation d'espèces menacées (C.J.C.E., 30 janvier 2002, *Commission c/ Grèce*, aff. C-103/00, *Rec.*, p. I-1147). Après avoir constaté que le Golfe de Laganas en Grèce «est une région essentielle pour la reproduction» d'une espèce de tortue marine, la Cour a confirmé que la zone constituait un «site de reproduction» méritant une protection en vertu de l'article 12. 1, d, de la directive. La Cour a jugé que l'Etat membre devait prendre «toutes les mesures concrètes nécessaires pour éviter, d'une part, la perturbation intentionnelle de la tortue marine *Caretta caretta* pendant la période de reproduction et, d'autre part, la détérioration ou la destruction de ses aires de reproduction».

être appliquée. Cette interprétation est erronée. Au regard d'une interprétation littérale de l'article 6, §3 de la directive, il apparaît clairement que le champ d'application de la directive ne se limite pas aux dommages causés dans les deux catégories de zones constituant le réseau Natura 2000 (31). Par conséquent, des dommages causés à des sites où l'on retrouve un nombre suffisamment important de spécimens d'une espèce protégée en vertu d'une annexe soit de la directive oiseaux, soit de la directive habitats relèvent du champ d'application de la directive 2004/35/CE, à condition que ces dommages aient une incidence négative sur l'état de conservation de l'espèce protégée (32).

Dans la mesure où il n'est pas tributaire de régime administratif impliquant des choix bien précis en matière d'aménagement du territoire (consistant dans le classement, au regard de critères scientifiques, d'une partie du territoire à des fins de conservation de la nature), le champ d'application de la directive, en ce qui concerne le dommage causé aux habitats naturels protégés au niveau communautaire paraît extrêmement large. Il en va sans doute autrement des dommages causés aux habitats naturels protégés au niveau national. Ceux-ci devront être identifiés au regard des statuts protecteurs accordés par les législateurs nationaux.

20. – Une autre difficulté mérite d'être signalée. La ligne de démarcation entre les dommages causés à des habitats lacustres ou côtiers et les dommages aux eaux est difficile à tracer. Un dommage causé à une ressource aquatique pourra être appréhendé, tantôt en tant que dommage à des habitats en vertu de l'article 2, §1<sup>er</sup>, a), tantôt en tant que dommage affectant les eaux en vertu de l'article 2, §1<sup>er</sup>, b). En fait, les champs d'application respectifs se chevauchent : d'une part, la directive habitats oblige les États membres à protéger une multitude d'habitats côtiers et lacustres

(31) La directive habitats prévoit la constitution d'un «réseau écologique cohérent», dénommé Natura 2000, lequel est formé par «des sites abritant des types d'habitats naturels figurant à l'annexe I et des habitats d'espèces figurant à l'annexe I», ainsi que par les zones de protection spéciale (ZPS) désignées en vertu de la directive oiseaux (art. 3. 1). Le réseau Natura 2000 doit «assurer le maintien ou, le cas échéant, le rétablissement, dans un état de conservation favorable, des types d'habitats naturels et des habitats d'espèces concernés dans leur aire de répartition naturelle» (art. 3.1).

(32) En ce sens, cf. le rapport de C. PIROTTE.

identifiés à son annexe II (33) alors que, d'autre part, la directive 2000/60/CE requiert, à partir de 2015, que les États membres évitent la détérioration de leurs eaux et obtiennent un niveau de bonne qualité (article 3 de la directive 2000/60/CE). A cet égard, des mesures plus strictes seront prises pour protéger les zones écologiquement sensibles qui doivent être identifiées par les autorités nationales au moyen d'un registre des zones protégées (34).

21. – Tout dommage causé à une zone naturelle où l'on retrouve des habitats protégés relève-t-il des régimes de prévention et de réparation? Le législateur communautaire s'est montré prudent à cet égard en prévoyant que la responsabilité de l'exploitant ne serait engagée que moyennant le dépassement d'un seuil qualitatif: le dommage doit en effet affecter gravement la constitution ou le maintien d'un état de conservation favorable aux habitats.

La notion d'état de conservation est définie au paragraphe 4 de l'article 3, qui reprend comme telle la définition de l'état de conservation donnée par la directive habitats (art. 1, e)). L'état de conservation d'un habitat naturel est défini comme *«l'effet de l'ensemble des influences agissant sur un habitat naturel ainsi que sur les espèces typiques qu'il abrite, qui peuvent affecter à long terme sa répartition naturelle, sa structure et ses fonctions ainsi que la survie à long terme de ses espèces typiques sur le territoire visé à l'article 2»*. Cet état de conservation sera «favorable» lorsque les critères suivants seront respectés :

*« – son aire de répartition naturelle ainsi que les superficies qu'il couvre au sein de cette aire sont stables ou en extension*

*et*

(33) Un dommage causé aux eaux (art. 2.1, b) peut également détériorer un habitat protégé et, partant, relever du régime de dommages causés aux habitats protégés (art. 2.1, a). Ainsi, l'annexe III de la directive habitats comprend plusieurs habitats d'eaux douces bénéficiant par conséquent d'un régime de protection (par exemple, les eaux oligotrophes très peu minéralisées des plaines sablonneuses atlantiques à végétation amphibie à *Lobelia*, *Littorelia* et *Isoetes* ou les eaux oligo-mésotrophes calcaires avec végétation benthique à characées ou encore les mares temporaires méditerranéennes).

(34) La directive-cadre 2000/60/CE sur l'eau prévoit que les zones nécessitant *«une protection spéciale dans le cadre d'une législation communautaire spécifique concernant la protection des eaux de surface et des eaux souterraines ou la conservation des habitats et des espèces directement dépendants de l'eau»* doivent être identifiées, pour chaque district hydrographique, et inscrites sur un registre national (art. 6.1). Pour ces zones protégées, les États membres doivent garantir le respect de toutes les normes et de tous les objectifs au plus tard quinze ans après la date d'entrée en vigueur de la présente directive, sauf disposition contraire dans la législation communautaire sur la base de laquelle les différentes zones protégées ont été établies (art. 4.1, c).

– la structure et les fonctions spécifiques nécessaires à son maintien à long terme existent et sont susceptibles de perdurer dans un avenir prévisible

et

– l'état de conservation des espèces qui lui sont typiques est favorable au sens du point i)».

En outre, l'annexe I de la directive 2004/35/CE précise que «l'étendue d'un dommage qui a des incidences négatives sur la réalisation ou le maintien d'un état de conservation favorable des habitats ou des espèces doit être évaluée par rapport à l'état de conservation à l'époque où le dommage a été occasionné, aux services rendus par les agréments qu'ils procurent et à leur capacité de régénération naturelle».

Le concept d'état de conservation permet de déterminer, au moyen de données scientifiques, les moyens à mettre en œuvre pour garantir le maintien de l'habitat. Afin d'établir que l'état de conservation est devenu défavorable, il conviendra donc de démontrer que le dommage causé par l'exploitation est à l'origine d'une diminution de l'aire de répartition naturelle de l'habitat, que l'état de conservation des espèces est devenu défavorable (diminution des populations), que des fonctions essentielles ont disparu. Une telle preuve ne sera pas toujours facile à rapporter.

22. – On peut s'interroger sur la pertinence du seuil retenu par le législateur communautaire. Il faut rappeler que le concept d'état de conservation a été introduit récemment tant en droit international (35) qu'en droit communautaire (36). Ce concept s'inscrit dans le cadre d'une approche écosystémique qui doit être mise en œuvre dans le dessein de maintenir la qualité des habitats ou de leurs espèces sur le long terme. Si cette notion peut s'avérer féconde pour l'établissement de plans de gestion de réserves naturelles ou de

(35) Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (Bonn, 23 juin 1979, vig. 1<sup>er</sup> novembre 1983). En ce qui concerne les espèces migratrices inscrites à l'annexe II, dont l'état de conservation est jugé défavorable, la convention de Bonn encourage la conclusion d'accords spécifiques entre les États concernés. L'objectif de chaque accord est d'assurer le rétablissement ou le maintien de l'espèce migratrice concernée dans un état de conservation favorable (art. 5.1).

(36) Le concept de «conservation favorable» est apparu pour la première fois en 1992. En vertu du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive habitats, «les mesures prises en vertu de la présente directive visent à assurer le maintien ou le rétablissement, dans un état de conservation favorable, des habitats naturels et des espèces de faune et de flore sauvages d'intérêt communautaire».

parcs nationaux, il n'est pas du tout dit qu'elle soit pertinente pour servir de seuil à l'intervention des pouvoirs publics. En effet, un dommage causé par une activité industrielle peut être à l'origine de dégâts considérables (empoisonnement massif des poissons) sans pour autant porter atteinte à l'état de conservation de l'habitat ou de l'espèce. En effet, la plupart des dommages causés par des activités économiques, telles que des industries, ont des impacts plutôt limités dans l'espace (pollution d'un cours d'eau ou d'une nappe aquifère) alors que les habitats naturels souffrent généralement d'une détérioration causée par de multiples facteurs (urbanisation, intensification de la culture et de la sylviculture, essor du tourisme, pressions cynégétiques, ...).

23. – Une autre difficulté de taille se présente. La plupart des habitats et des espèces reprises aux annexes des directives habitats et oiseaux sont protégés à cause de leur état de conservation qui a été jugé défavorable. Il y a tout lieu de craindre que la mise en place du réseau Natura 2000 ne parviendra pas à arrêter l'hémorragie, tant les facteurs influençant négativement leur état de conservation sont hétérogènes et difficiles à contrer. Ainsi lorsqu'il conviendra de vérifier si les conditions d'intervention sont réunies, il se peut que l'état de conservation de l'habitat victime d'une pollution soit déjà défavorable. En d'autres termes, le dommage ne fera qu'accroître les pressions s'exerçant sur l'habitat protégé.

En outre, on peut se demander s'il faut analyser l'état de conservation sur un plan local, régional, national, biogéographique (37), voire communautaire. Malgré la nature déterminante de l'échelle spatiale – l'état de conservation peut en effet varier sensiblement en fonction des critères spatiaux retenus par les experts –, l'annexe I de la directive n'apporte aucune réponse à cette question (38).

(37) En vertu de la directive habitats, le territoire européen des Etats membres a été divisé en différentes régions biogéographiques (alpine, boréale, atlantique, continentale et méditerranéenne). Les listes communautaires des habitats devant être protégés par les Etats membres sont classés par zone géographique.

(38) Parmi les critères visés à l'article 2, point 1, sous a), l'annexe I prévoit «le rôle des individus concernés ou de la zone atteinte par rapport à la conservation de l'espèce ou de l'habitat, la rareté de l'espèce ou de l'habitat (appréciés à un niveau local, régional et supérieur, y compris au niveau communautaire)», sans préciser pour autant le niveau spatial qui devrait être retenu. Cette définition à géométrie variable renforce ainsi le pouvoir d'appréciation de l'administration.

### 1.2. Dommages causés aux espèces protégées

24. – Les dommages causés aux espèces protégées appellent de plus amples développements.

Tout d'abord, seul un certain nombre d'espèces sont protégées, tantôt par la directive habitats, tantôt par la directive oiseaux.

En ce qui concerne la gent ailée, seules les espèces vulnérables, menacées, endémiques, qui sont inscrites à l'annexe I de la directive ainsi que les espèces migratrices, sont protégées en vertu de la directive 2004/35/CE. L'espèce qui ne migre pas ou qui n'est pas inscrite à l'annexe I ne pourrait donc bénéficier des régimes de prévention et de réparation, à moins que l'Etat membre en décide autrement (art. 2, §3, c)).

Quant aux espèces visées par la directive habitats, il s'agit d'espèces dites «d'intérêt communautaire», c'est-à-dire des espèces qui sont en danger, vulnérables ou endémiques (art. 1<sup>er</sup>, g).

Cela dit, en vertu de l'article 176 du traité CE, l'Etat membre peut décider d'élargir la notion de dommages causés aux espèces protégées en y englobant les espèces qui ne sont pas reprises aux annexes des directives oiseaux et habitats. Plusieurs raisons peuvent justifier un tel choix. Il est tout d'abord possible que les listes communautaires ne soient pas en adéquation avec la réalité scientifique. En outre, une espèce qui est considérée comme menacée au niveau national peut être encore abondante sur d'autres parties du territoire de la Communauté européenne, ce qui justifie qu'elle fasse l'objet d'un niveau de protection plus élevé sur le territoire de l'Etat membre concerné.

Le champ d'application *ratione loci* de ce régime est extrêmement étendu dans la mesure où un grand nombre d'espèces protégées, tels que les cétacés (baleines, dauphins) ou les oiseaux marins (alcidés, laridés), se trouvent dans les zones économiques exclusives des Etats membres. A cet égard, il faut constater que le champ d'application de la directive habitats et de la directive oiseaux est bien plus étendu que celui de la directive 2000/60/CE, laquelle se limite aux eaux côtières (art. 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> alinéa).

25. – A nouveau, les régimes de prévention et de réparation ne peuvent être invoqués que dans la mesure où le dommage causé à l'espèce protégée affecte gravement la constitution ou le maintien de son état de conservation favorable (art. 2, §1, a)), l'importance

des effets de ces dommages s'évaluant par rapport à l'état initial. L'état de conservation d'une espèce est considéré favorable lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- « – les données relatives à la dynamique de la population de l'espèce en question indiquent que cette espèce continue et est susceptible de continuer à long terme à constituer un élément viable des habitats naturels auxquels elle appartient (et) ;
- l'aire de répartition naturelle de l'espèce ne diminue ni ne risque de diminuer dans un avenir prévisible (et) ;
- il existe et il continuera probablement d'exister un habitat suffisamment étendu pour que ses populations se maintiennent à long terme ».

Qui plus est, ces trois critères sont complétés par des paramètres (capacité de reproduction des populations), figurant à l'annexe I de la directive.

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le concept d'état de conservation, même s'il est défini au regard des critères scientifiques énoncés à l'article 2, §4 de la directive, est un concept dont les mérites doivent encore être prouvés. Il n'est pas certain que cette notion s'avère pertinente pour mettre en branle des régimes de police administrative de nature préventive ou curative.

### 1.3. *Limites apportées aux dommages causés aux espèces et aux habitats protégés*

26. – Certaines exceptions sont prévues soit explicitement, soit implicitement.

Tout d'abord, les dommages causés par des activités expressément autorisées par les autorités publiques, conformément à l'article 6, §2 et 3 de la directive habitats ou en vertu des activités cynégétiques autorisées (art. 9 directive oiseaux et article 16 directive habitats) (39) sont expressément exclus (art. 2, §2). Dans la pratique, il ne sera pas toujours aisé de distinguer, au sein des zones de protection, les activités autorisées de celles qui sont illicites. En effet, dans ces zones rurales et forestières dont les surfaces sont parfois considérables de nombreuses activités agricoles, pastorales, forestières ne sont pas spécifiquement réglementées.

(39) Pour une analyse des conditions à réunir pour mettre en œuvre ces régimes dérogatoires, cf. N. de SADELEER et C.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, op. cit., pp. 522 à 532; 554 à 557 et 560 à 561.

Par ailleurs, en vertu de l'article 4, §2, la directive ne s'applique pas aux dommages environnementaux qui sont couverts par une convention internationale énumérée à son annexe IV, laquelle comprend plusieurs conventions internationales sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures en mer. Or, la plupart des dommages causés aux oiseaux marins sont provoqués par des rejets accidentels ou délibérés d'hydrocarbures en mer. L'on peut se demander si l'exclusion prévue au paragraphe 2 de l'article 4 empêchera les Etats membres de mettre en œuvre les mesures de prévention et de réparation prévues par la directive lorsque le dommage causé aux espèces d'oiseaux marins sera dû au déversement d'hydrocarbures.

Nous défendons la thèse selon laquelle de tels dommages tombent dans le champ d'application de la directive dès que la convention invoquée ne couvre pas spécifiquement les dommages causés aux espèces de la faune. Ainsi pour les écosystèmes et les espèces sauvages marines victimes de pollutions des hydrocarbures, les régimes de prévention et réparation restent d'application.

## 2. Dommages causés aux eaux

27. – A nouveau, le législateur communautaire a recouru à la technique de législation par référence pour délimiter les contours des dommages causés aux ressources aquatiques. Ainsi, le dommage affectant les eaux doit être appréhendé au regard des concepts définis dans la directive 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

Pour rappel, la directive 2000/60/CE fut adoptée, le 23 octobre 2000, par le Parlement européen et le Conseil. Destinée à remplacer, à moyen terme (dans 7 à 13 ans), les différentes directives sectorielles adoptées depuis le milieu des années soixante-dix, son champ d'application est très vaste (eaux de surface, souterraines, eaux côtières, eaux de transition). Son principal objectif est d'arriver à maintenir et à améliorer l'environnement aquatique de la Communauté (40).

---

(40) D. DROBENKO, « Directive eau : un cadre en trompe-l'œil ! », *R.E.D.E.*, 2000/4, pp. 401-402. E. NAIM-GESBERT, « La directive-cadre du 23 octobre 2000 pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau », *Aménagement-Environnement*, 2002, n° spécial L'eau, pp. 6-17; D. GRIMMEAUD, « A Critical Examination of the New Integrated European Water Protection Regime », in P. LOUNDOURI et al. (éds.), *The Economics of Water Management in Developing Countries*, Cheltenham, E. Elgar, 2002, pp. 237-269.

Concernant les eaux de surface, son article 4 prévoit plus particulièrement que les États membres :

- (i) mettent en oeuvre les mesures nécessaires pour prévenir la détérioration de l'état de toutes les masses d'eau de surface,
- (ii) protègent, améliorent et restaurent toutes les masses d'eau de surface (...) afin de parvenir à un bon état des eaux de surface au plus tard (le 1<sup>er</sup> janvier 2015), conformément aux dispositions de l'annexe V (art. 4, §1, a, iii)).

L'obligation de « *parvenir à un bon état des eaux de surface* » implique, d'une part, l'adoption des mesures nécessaires pour atteindre les objectifs de qualité correspondant à un « *bon état* » des eaux de surface et souterraines (normes d'immission) et, d'autre part, la fixation dans une réglementation de seuils maxima de rejets de certaines substances (normes d'émission), à l'intention des différents utilisateurs de l'eau. Il s'agit là d'une obligation de résultat dans le chef des États membres (art. 1 et 4). Cette obligation est toutefois assortie d'importantes dérogations, notamment en ce qui concerne les eaux classées comme « *artificielles ou fortement modifiées* », lesquelles sont soumises à des prescriptions moins strictes, lorsque des enjeux économiques importants sont en jeu.

28. – Il convient tout d'abord d'observer que le champ d'application de la directive 2004/35/CE est plus large que celui de la directive 2000/60/CE, dans la mesure où cette dernière couvre à la fois les eaux de surface, les eaux souterraines et les eaux côtières, mais aussi le plateau continental et la zone économique exclusive.

Ensuite, les directives 2004/35/CE et 2000/60/CE partagent la même terminologie. Tout dommage affectant les eaux n'est pas pour autant couvert par la directive : le dommage en question doit affecter « *de manière grave et négative l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernées* », les notions d'état écologique, chimique ou quantitatif ainsi que le potentiel écologique étant définies par la directive sur l'eau.

Dans la mesure où elles renvoient à une kyrielle d'annexes, qui impliquent à nouveau le recours à une expertise très spécialisée (41),

(41) En vertu de l'article 2, 17°, l'état d'une eau de surface est « *l'expression générale de l'état d'une masse d'eau de surface, déterminé par la plus mauvaise valeur de son état écologique et de son état chimique* ». Conformément au 18° de cette disposition, un « *bon état d'une eau de surface* » est atteint lorsque « *son état écologique et son état chimique sont au moins "bons"* ». En vertu de

ces trois notions ne se définissent pas plus facilement que celle d'état de conservation favorable. Sans doute n'était-il guère envisageable de fixer des seuils plus précis — qui auraient eu pour effet, au demeurant, d'accroître la sécurité juridique — au moyen de paramètres scientifiques (objectifs de qualité), en raison de la diversité des ressources hydriques protégées par la directive.

Certes, les pouvoirs publics ne devront pas démontrer avant de pouvoir mettre en oeuvre les régimes de prévention et de réparation, que la pollution est venue modifier l'état de classement administratif du cours d'eau ou du lac (en effet, la directive classe les eaux en fonction de leurs propriétés chimiques, écologiques et physiques selon un «*très bon état écologique*», un «*bon état*» et un «*état moyen*»). Cette solution qui avait été initialement proposée a été abandonnée par le législateur communautaire, probablement en raison de sa complexité. En outre, cette solution nous paraissait inadéquate car le classement des eaux en fonction de leurs propriétés s'inscrit dans une démarche planificatrice qui ne tient pas nécessairement compte des pollutions ponctuelles auxquelles il convient néanmoins de remédier.

Cela dit, l'administration devra néanmoins démontrer que le dommage en cause «*affecte de manière grave et négative*» l'état de l'eau. Ni la directive sur la responsabilité ni celle sur l'eau ne donnent des indications sur l'interprétation à donner à ces standards. Il y a tout lieu de craindre, à cet égard, que les notions de gravité et d'impact négatif de la pollution soient interprétées différemment en fonction des sensibilités des administrations nationales. Ceci risque de s'avérer problématique pour les cours d'eau transfrontaliers, la plupart d'entre eux étant fortement pollués. L'article 15 de la directive 2004/35/CE ne prévoit à cet égard qu'une obligation de coopération.

### 3. *Domages causés aux sols*

29. — Alors que plusieurs Etats membres se sont déjà dotés d'une législation spécifique en matière de pollution des sols, prévoyant généralement des régimes de responsabilité objective (42), le législa-

l'article 2, 21°, l'«*état écologique*» est défini comme étant l'expression de la qualité de la structure et du fonctionnement des écosystèmes aquatiques associés aux eaux de surface, classé conformément à l'annexe V. Au 22°, la notion de «*bon état écologique*» est définie comme étant l'état d'une masse d'eau de surface, classé conformément à l'annexe V. Les notions de bon état chimique et de potentiel écologique sont définis selon la même technique.

(42) B. EGGLEND OLSEN, «*Mapping Contaminated Soils: the Danish soil contamination act and emerging legal aspects in a European context*», *Environmental Liability*, volume 11, n° 6, pp. 220-230.

teur communautaire n'a pas encore adopté une directive harmonisant les règles nationales en matière de protection des sols.

A l'instar des deux autres catégories de dommages, le dommage causé aux sols doit également présenter une certaine consistance. Toutefois, le législateur communautaire s'est écarté des techniques auxquelles il a recouru pour définir les deux autres types de dommages. Alors que les concepts de «*dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés*» et «*dommages affectant les eaux*» revêtent une dimension davantage écologique qu'anthropocentrique, le concept de «*dommage affectant les sols*» s'inscrit, quant à lui, dans une perspective exclusivement anthropocentrique. En effet, pour qu'il y ait un dommage au sol, la contamination doit «*engendrer un risque d'incidence négative grave sur la santé humaine*» (art. 2, §1<sup>er</sup>, c).

30. – Dans la mesure où un dommage est causé par une activité reprise à l'annexe III de la directive, il doit être réparé, quelle que soit l'origine de la pollution.

En effet, la définition donnée aux dommages affectant les sols couvre une gamme extrêmement étendue de pollutions, que celles-ci soient directes ou indirectes, qu'elles soient d'origine terrestre, atmosphérique, ou aquatique, qu'elles soient causées par des substances, des préparations, des organismes ou des micro-organismes.

Ainsi, un sol pourrait être contaminé tant par :

- des OGMs rejetés accidentellement (rubriques 10 et 11 de l'annexe III);
- des polluants transportés par des émissions atmosphériques émises par des installations classées (rubrique 1 de l'annexe III);
- le dépôt d'une substance phytopharmaceutique ou d'un biocide (rubrique 7 de l'annexe III).

31. – La preuve du risque d'incidence négative grave sur la santé humaine sera probablement difficile à rapporter. En effet, le législateur communautaire a mis l'accent sur la nécessité de réaliser préalablement à l'adoption d'une mesure préventive ou curative une étude d'évaluation des risques (preamble, considérant n° 7). Ainsi, l'annexe II fixant un cadre commun pour choisir les mesures les plus appropriées afin d'assurer la réparation des dommages environnementaux prévoit que l'existence d'un risque grave d'incidence sur la santé humaine doit être appréciée au moyen de procédures d'éva-

luation des risques «*qui prennent en compte les caractéristiques, la fonction des sols, la nature et la concentration des substances, préparations, organismes ou micro-organismes nocifs, leur dangerosité et leurs possibilités de dispersion*» (rubrique 2). Le législateur communautaire n'a pas pour autant défini en quoi consistait l'évaluation des risques.

Telles qu'elles sont actuellement pratiquées, les évaluations des risques sont connues pour être aussi longues que coûteuses (43). De nombreux auteurs, notamment aux Etats-Unis, réclament, au titre du principe de précaution, que des modifications substantielles y soient apportées afin d'accélérer le processus de décision administratif (44). Dès lors, il n'est pas du tout certain que de telles procédures soient adaptées à la mise en œuvre des régimes de police prévus par la directive.

32. – Quoiqu'il en soit, le critère de «*danger significatif pour la santé humaine*» paraît fort en retrait par rapport aux seuils d'intervention prévus par la plupart des régimes nationaux de protection des sols. Ces derniers prévoient généralement l'obligation d'assainir les sols dès qu'une certaine teneur de polluants (hydrocarbures, métaux lourds,...) est dépassée sans pour autant que l'administration ne doive démontrer l'existence d'un danger significatif pour la santé humaine. Ainsi, dans certains Etats membres, un sol fortement pollué devra-t-il être décontaminé alors même qu'il ne présente pas une menace directe pour la santé humaine. En outre, la directive présente a priori une effectivité réduite dans la mesure où elle ne couvre que les dommages futurs (45) alors que l'Europe est actuellement confrontée à un problème de pollution historique des sols (46).

33. – Enfin, le régime spécifique applicable aux dommages affectant les sols prévu par la directive 2004/35/CE et l'obligation de

(43) N. de SADELEER, *Environmental Principles*, Oxford, OUP, pp. 180-186.

(44) J. A. TICKNER, *Precaution, Environmental Science and Preventive Public Policy*, Washington, Island Press, 2003.

(45) En vertu de son article 17, la directive ne s'applique pas aux dommages causés par une émission, un événement ou un incident survenu avant son entrée en vigueur.

(46) Selon l'Agence européenne de l'environnement, «*la contamination des sols issue de sources localisées, souvent liée à des installations industrielles désaffectées, à d'anciens accidents industriels et à une élimination inadéquate des déchets industriels et municipaux, est répandue en Europe*». Cf. Agence européenne de l'environnement, *Europe's Environment: The Third Assessment*, Copenhague, avril 2003, pp. 47-48.

gérer les déchets abandonnés en vertu de la directive 75/442/CEE relative aux déchets risquent de se chevaucher. Des terres polluées par des hydrocarbures accidentellement déversés constituent-elles des déchets lorsqu'elles ont été excavées et sont en attente d'un traitement d'assainissement? Qu'en est-il lorsque ces terres polluées n'ont pas encore été excavées et traitées? La Cour d'appel de Bruxelles a saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle en vue de savoir si la notion de déchet devait s'appliquer à une entreprise pétrolière produisant des hydrocarbures et les vendant à un gérant exploitant l'une de ses stations service. Dans son arrêt du 7 septembre dernier, la juridiction communautaire a jugé que tant les hydrocarbures déversés de façon non intentionnelle qui ont pour effet de contaminer les sols que les terres polluées par ces hydrocarbures lorsqu'elles sont excavées constituent des déchets (47). Or, la directive 75/442/CEE relative aux déchets interdit l'abandon des déchets. En cas d'abandon, leur détenteur est tenu de les faire enlever et de les gérer soit en les éliminant, soit en les recyclant. Ces obligations sont nettement plus contraignantes que le régime prévu par la directive 2004/35/CE, puisque l'interdiction d'abandon vaut pour tout type de substances contaminantes indépendamment du fait qu'elles aient un impact sur la santé humaine.

### III. – LES OBLIGATIONS MISES À CHARGE DES ADMINISTRATIONS ET DES EXPLOITANTS

34. – La directive impose tant aux exploitants (A) qu'aux administrations (B) de prendre des mesures de prévention (art. 5) et de réparation (art. 6). Les mesures de réparation font l'objet de plus amples précisions (art. 7). L'imputation des coûts liés aux mesures de prévention et de réparation est également abordée (art. 8 et 9).

#### A. – *Les obligations à charge de l'exploitant*

35. – Une des pierres d'achoppement du nouveau régime sera d'identifier la personne responsable (1). Il conviendra ensuite de savoir si l'administration doit lui imposer des mesures préventives (2) ou de réparation (3).

(47) C.J.C.E., 7 septembre 2004, P. Van de Walle, aff. C-1/03, non encore publié au *Recueil*.

### 1. *L'identification de l'exploitant*

36. – Si elle constitue une avancée majeure, la consécration d'un régime de responsabilité objective n'élimine pas pour autant les difficultés rencontrées à propos de l'identification de l'auteur du dommage. En supposant qu'il soit possible d'identifier la source du dommage, encore faut-il déterminer la personne qui sera juridiquement responsable. A cet égard, les situations peuvent s'avérer extrêmement complexes. La multiplication des responsables potentiels favorise la dilution de leurs responsabilités respectives et ne fait qu'accroître les difficultés procédurales rencontrées par les victimes. Pour éviter de tels écueils, la responsabilité est «canalisée» sur la personne qui devra en supporter le fardeau. Pour la victime potentielle, la voie est toute tracée. Il lui suffit d'agir contre la personne désignée dès qu'elle aura pu démontrer le lien de causalité entre l'activité et le dommage. Corollaire de cette canalisation, il ne lui est par contre pas permis d'engager la responsabilité d'autres personnes qui auraient causé le dommage par leur faute.

37. – Au lieu de mettre en cause les différents opérateurs économiques qui peuvent concourir à la réalisation du dommage, la directive 2004/35/CE canalise la responsabilité sur l'exploitant de l'activité (préambule, 18<sup>ème</sup> considérant), du fait qu'il détient, en principe, la connaissance technique, les ressources et le contrôle opérationnel de son activité et qu'il est le mieux à même à prendre en charge les risques qui en découlent.

Ainsi dans la mesure où les dommages causés à l'environnement résultent d'activités professionnelles, tant les mesures préventives que curatives sont mises à charge des personnes les exploitant. La directive définit l'exploitant comme étant *«toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu, par délégation, un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité»* (art. 6).

Cette définition est relativement large dans la mesure où d'autres personnes que le titulaire de l'autorisation d'exploiter ou de l'enregistrement peuvent être reconnues en tant qu'exploitants (48). Les

(48) L. BERGKAMP, *op. cit.*, p. 305.

personnes détenant un contrôle économique sur l'activité peuvent également être considérées comme responsables. Dans la mesure où un certain nombre d'activités dommageables affectant la biodiversité ne sont pas soumises à une autorisation administrative spécifique (par exemple, les activités pastorales ou agricoles), cette extension se justifie.

38. – Pourtant, certaines difficultés pourraient se présenter.

Une première difficulté tient à la possibilité de canaliser la responsabilité sur la personne détenant un pouvoir économique déterminant. Prenons l'exemple suivant. En produisant un produit phytopharmaceutique, l'entreprise productrice est susceptible d'exercer «un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique». De quelle marge de manœuvre dispose l'agriculteur utilisant de tels produits? Il n'est en tout cas soumis à aucun régime d'autorisation dans la mesure où le produit phytopharmaceutique a été mis licitement sur le marché. En outre, il n'a aucune possibilité de contrer les risques engendrés par le produit, si ce n'est en diminuant sa consommation. Faut-il par conséquent considérer cette entreprise productrice comme responsable du dommage? L'administration n'aurait-elle pas tendance de se retourner automatiquement contre la personne la plus solvable?

La recherche de l'exploitant débiteur de l'obligation de réparation peut aussi poser des difficultés lorsque le dommage a été causé par plusieurs sociétés qui se sont succédées sur le même site. Sans faire référence au principe du pollueur-payeur, la jurisprudence administrative française a cherché à faire correspondre, dans la mesure du possible, le débiteur de l'obligation de remise en état et la personne qui exploite l'installation au terme de son exploitation. Par conséquent, le propriétaire de l'installation ne peut être considéré comme débiteur de l'obligation puisqu'il n'a pas la qualité d'exploitant (49). De même, les conventions passées entre le titulaire du permis et l'exploitant antérieur sont inopposables à l'administration qui est tenue d'exiger que l'exploitant déclaré prenne les mesures de réparation.

(49) G. PELISSIER, «Le principe du pollueur-payeur dans la jurisprudence administrative», *Droit de l'environnement*, 2001, n° 90, PP. 167-170. L'auteur cite l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 avril 1986, *Ministère de l'environnement c. Sis produits chimiques Ugine Kulman*, n° 62234.

Sans vouloir pour autant épuiser ce vaste sujet, cette solution n'emporte pas nécessairement la conviction, notamment en matière de gestion des déchets. Par exemple, l'article 15 de la directive 75/442 prévoit que, conformément au principe du pollueur-payeur, le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par le détenteur qui remet les déchets à un opérateur chargé de les éliminer et/ou par les détenteurs antérieurs ou par le producteur du produit générateur de déchets. Cette directive n'exclut donc pas que, dans certaines hypothèses, le coût de l'élimination des déchets soit à la charge d'un ou de plusieurs détenteurs antérieurs, c'est-à-dire une ou des personnes physiques ou morales qui ne sont ni les producteurs ni les possesseurs des déchets (50).

Quelques éclaircissements peuvent être apportés à la lumière de l'affaire *van de Walle*. Dans cette affaire, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'une entreprise pétrolière vendant des hydrocarbures au gérant d'une station-service peut être considérée comme le détenteur de terres polluées qui auraient été contaminées par des hydrocarbures s'étant échappés accidentellement des cuves de la station-service alors que la société pétrolière n'était pas propriétaire de cette dernière, uniquement lorsque la fuite résulte de son comportement. Selon la Cour, s'il apparaissait que le mauvais état des installations de stockage de la station-service et la fuite des hydrocarbures étaient imputables à une méconnaissance des obligations contractuelles de l'entreprise pétrolière qui approvisionnait la station-service ou à divers agissements susceptibles d'engager la responsabilité de cette entreprise, il serait possible de considérer que ladite entreprise pétrolière a, du fait de son activité, « produit des déchets », au sens de la directive 75/442, et qu'elle peut, dès lors, être regardée comme la détentrice de ces déchets (51).

## 2. Mesures préventives

39. – Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le principe du pollueur-payeur revêt également une fonction préventive. Dans cette veine, le législateur communautaire a insisté sur la nécessité, dans le chef de l'exploitant, d'éviter la survenance du dommage environnemental lorsqu'il existe une menace éminente qu'un tel dommage

(50) CJCE, 7 septembre 2004, *Paul van de Walle*, aff. C-1/03, point 57.

(51) *Ibidem*, point 60.

survenance (art. 5, §1<sup>er</sup>). L'exploitant est dès lors tenu de prendre les mesures de prévention sans même devoir attendre d'en recevoir l'ordre des autorités compétentes, ces mesures étant définies comme «toute mesure prise en réponse à un événement, un acte ou une omission qui a créé une menace imminente de dommage environnemental, afin de prévenir ou de limiter au maximum ce dommage» (art. 2, 10<sup>o</sup>). A défaut d'adopter en temps voulu les mesures qui s'imposent pour éviter la survenance du dommage, il devra faire face, le cas échéant, à l'intervention unilatérale des autorités compétentes, lesquelles peuvent prendre elles-mêmes les mesures qui s'imposent (art. 5, §4).

40. – La directive 2004/35/CE a pour effet de renforcer les obligations de nature préventive découlant d'autres régimes destinés à prévenir les pollutions. L'on songe notamment aux obligations prévues par la directive 96/61/CE relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution (art. 3, a) et à la directive 96/82/CE concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs des substances dangereuses (art. 11, §2). En aucun cas, la mise en œuvre des obligations de prévention prévues à l'article 5 de la directive 2004/35/CE ne pourrait impliquer une application plus laxiste des standards de prévention prévus par les autres directives communautaires (52).

### 3. Mesures de réparation

41. – Lorsqu'un dommage environnemental s'est produit, en sus de devoir informer «sans tarder l'autorité compétente», l'exploitant est tenu de prendre «toutes les mesures pratiques afin de combattre, d'endiguer, d'éliminer ou de traiter immédiatement les contaminants concernés et tout autre facteur de dommage, en vue de limiter ou de prévenir de nouveaux dommages environnementaux et des incidences négatives sur la santé humaine ou la détérioration des services» (art. 6, §1, a)). Les mesures de réparation s'entendent comme «toute action, ou combinaison d'actions, y compris des mesures d'atténuation ou des mesures transitoires visant à restaurer, réhabiliter ou remplacer les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés ou à fournir une alternative équivalente à ces ressources ou services, tel que prévu à l'annexe II» (art. 2, 11<sup>o</sup>).

(52) En ce sens, C. PIROTTE, rapport précité.

Alors que le texte de la directive est plutôt flou quant à la nature des mesures de prévention, les mesures de réparation doivent donc être envisagées par l'exploitant, conformément aux prescriptions découlant de l'annexe II et être soumis préalablement à l'approbation des autorités compétentes (art. 7, §1). En vertu de cette annexe, les dommages affectant les eaux et la biodiversité font l'objet d'un régime distinct de celui applicable aux dommages causés aux sols.

42. – En ce qui concerne plus particulièrement les dommages affectant les eaux et la biodiversité, l'annexe II de la directive s'est fortement inspirée du droit américain (53) en distinguant trois étapes, à savoir :

- la réparation primaire (retour à l'état initial),
- la réparation complémentaire (de nature compensatoire lorsque la réparation primaire n'aboutit pas à restaurer complètement les ressources naturelles endommagées)
- et, enfin, la réparation compensatoire (laquelle vise à couvrir les pertes provisoires qui surviennent tant que la réparation primaire n'a pas produit pleinement ses effets).

Toutefois, le législateur communautaire semble s'être emmêlé les pinceaux en distinguant maladroitement la réparation complémentaire qui en fait compense et la réparation compensatoire qui ne compense pas. Reprenons les choses dans un ordre logique.

Tout d'abord, la réparation primaire désigne « toute mesure de réparation par laquelle les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés retournent à leur état initial ou s'en rapprochent » (annexe I, 1, a)). L'état initial est défini comme étant « l'état des ressources naturelles et des services, au moment du dommage, qui aurait existé si le dommage environnemental n'était pas survenu, estimé à l'aide des meilleures informations disponibles » (art. 2, §14). Aussi l'objectif principal des mesures de réparation consiste-t-il à remettre dans leur pristin état les eaux ou les écosystèmes endommagés. Plus particulièrement, l'objectif est de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui a été endommagé. L'obligation de remettre intégralement le site ou l'écosystème en pristin état fait néanmoins l'objet de certains accommodements.

(53) 1990 Oil Pollution Act (OPA, 33 U.S.C. §§2701 et seq.).

Ainsi l'annexe II prévoit que l'autorité a toujours la possibilité d'adopter des mesures qui ne sont pas susceptibles de rétablir l'écosystème endommagé dans son état initial du site (rubrique 1.3.2 de l'annexe II). Qui plus est, le coût disproportionné des mesures de réparation destinées à remettre le site dans son pristin état peut faire obstacle à l'adoption de «mesures de réparation supplémentaires» (rubrique 1.3.3., b de l'annexe II).

Ce n'est que dans l'hypothèse où la réparation primaire s'avère impossible, qu'il conviendra de compenser les dommages (54). A cet égard, l'exploitant ou, le cas échéant, l'administration, veillera à passer à la seconde étape, la réparation complémentaire qui désigne «*toute mesure de réparation entreprise à l'égard des ressources naturelles ou des services afin de compenser le fait que la réparation primaire n'aboutit pas à la restauration complète des ressources naturelles ou des services*» (annexe I, 1, b)).

L'annexe I prévoit également que la réparation «compensatoire» désigne «*toute action entreprise afin de compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services qui surviennent entre la date de survenance d'un dommage et le moment où la réparation primaire a pleinement produit son effet*» (annexe I, 1, c)). Les choses se compliquent lorsque l'on apprend que cette réparation ne couvre pas les pertes économiques (annexe I, 1.3). Lorsqu'une plage est souillée, le public en pâtit. Cette pollution provoque aussi des pertes économiques pour les exploitants touristiques. Or, ce sont précisément ces personnes qui tirent un bénéfice des services procurés par le littoral. Faut-il alors accorder une compensation financière aux pouvoirs publics qui devront prendre des mesures pour satisfaire les baigneurs ?

43. – Le choix des mesures de remise en pristin état ou de mesures compensatoires peut s'avérer controversé en raison des difficultés techniques rencontrées et par conséquent du coût qui en résulte. Un coût prohibitif n'incitera guère l'exploitant à réparer de son bon gré les dommages qu'il aurait causés. L'annexe II de la directive

(54) Pour un autre régime compensatoire en droit communautaire, voy. l'article 6, §3 de la directive habitats qui prévoit que lorsqu'un projet affectant de manière négative l'état de conservation d'un site protégé est justifié, ce projet pourra être mené à bien à condition que des mesures compensatoires nécessaires à assurer la cohérence globale du réseau Natura 2000 soient prises par les autorités nationales. Ces mesures visent à contrebalancer les effets négatifs du projet et à assurer une compensation correspondant aux effets négatifs sur l'habitat ou l'espèce en cause. Voy N. de SADELEER et C.-H. BORN, *Le droit de la biodiversité*, op. cit. p. 531.

prévoit que l'exploitant, voire le cas échéant, l'administration, doit choisir les méthodes d'épuration en fonction des « meilleures technologies disponibles », lesquelles sont définies au regard d'une série de critères (coût de la mesure, succès, délai, ... (rubrique 1.3.1. de l'annexe II). Il en résulte que l'autorité compétente dispose d'une marge discrétionnaire extrêmement importante en ce qui concerne la détermination de l'étendue de la mesure de réparation, quand bien même l'objectif principal est de restaurer entièrement les ressources naturelles endommagées.

44. – Si de longs développements sont consacrés aux modes de réparation des habitats ou espèces et aux ressources hydriques, les modalités de réparation des sols pollués sont très succinctes. En l'espèce, l'objectif est d'éradiquer le risque grave d'incidence négative sur la santé humaine (rubrique 2 de l'annexe II). Ceci contraste avec le degré de précision des réglementations nationales en matière d'assainissement des sols.

45. – Cela dit, dans son ensemble, la procédure l'annexe II de la directive européenne est lacunaire, surtout si on prend la peine de la comparer avec l'*Oil Pollution Act* qui a pourtant servi de modèle aux auteurs de la directive. Il en résulte que les Etats membres devront élaborer soigneusement les différentes étapes de la procédure d'assainissement en établissant des critères et des délais précis.

## B. – *Les obligations à charge des autorités compétentes*

### 1. *Etat de la question*

46. – A défaut d'octroyer spécifiquement des droits aux victimes des dommages écologiques (55), la directive 2004/35/CE se focalise sur l'action des pouvoirs publics qui sont les seuls titulaires des actions destinées à prévenir ou à remédier aux dommages écologiques.

(55) A cet égard, la directive paraît fort en retrait par rapport à la convention de Lugano, laquelle prévoit que toute personne physique ou morale, en ce compris l'Etat et ses subdivisions, qui a subi un dommage est titulaire d'une action en réparation. En outre, cette convention octroie à toute association ou fondation qui poursuit un objectif de protection de l'environnement et qui, le cas échéant, respecte les conditions supplémentaires imposées par le législateur national, la possibilité d'agir aux fins d'obtenir des mesures préventives ou des mesures curatives.

En raison des différentes polices administratives entrant en jeu, plusieurs autorités administratives pourraient être impliquées. L'on songe, par exemple, aux autorités chargées de la conservation de la nature lorsque les espèces protégées ont été victimes d'une pollution, à l'administration responsable du contrôle des établissements classés ou de la pollution des sols, aux autorités chargées de la protection des eaux, à l'autorité qui est compétente pour la gestion des déchets. Les Etats membres devront donc veiller à coordonner les actions prises par ces différentes autorités. Du fait que la majorité des législations environnementales n'ont pas été codifiées, ces différentes administrations agissent de manière indépendante en vertu des pouvoirs qui leur ont été accordés par leur législateur. Aussi arrive-t-il que l'administration forestière ne détienne pas nécessairement les mêmes pouvoirs que ceux dévolus à l'agence responsable de l'assainissement des sols. A nouveau, la transposition de la directive 2004/35/CE devrait conduire les Etats membres à aménager l'organisation des différents pouvoirs de police.

47. – En vertu de la directive 2004/35/CE, les autorités sont tenues d'assumer un grand nombre de responsabilités, tant en ce qui concerne la prévention que la réparation du dommage. Elles disposent, à cet égard, de nombreux pouvoirs, dont celui d'adopter des décisions coercitives. On attend en tout cas qu'elles assument un rôle particulièrement actif en vue de prévenir et de réparer des dommages causés à l'environnement. Les obligations qui pèsent sur les pouvoirs publics peuvent être schématisées de la manière suivante :

- identification du dommage (art.6, §1; 7, §1 et 11, §2);
- évaluation de l'importance du dommage (art.11, §2);
- détermination des mesures de réparation (art. 6, §3 et 11, §2);
- obliger l'exploitant à prendre les mesures préventives (art. 5, §4), à défaut prendre ces mesures (art. 5, §4 et 5, §3, d);
- obliger l'exploitant à contenir le dommage (art. 6, §2, d);
- obliger l'exploitant à prendre les mesures de réparation (art. 6, §2, c), à défaut intervenir elle-même (art. 6, §2, e);
- panoplie de mesures de police (art. 5, §3 et 6, §2);
- motivation de toute mesure administrative (art. 11, §4).

De plus, les Etats membres devront se doter des régimes de contrôle et de surveillance pour faire appliquer les mesures de police (56) et sanctionner, le cas échéant, les infractions (57).

## *2. Etendue du pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes*

48. – Des considérations sociales (maintien de l'emploi), économiques (développement économique régional), environnementales (la suppression d'un risque peut provoquer l'apparition d'un autre risque), juridiques (identification du responsable, insolvabilité de ce dernier, respect du droit de propriété ou de la liberté de commerce et d'industrie) et pratiques (manque d'effectifs ou de moyens pour mettre en œuvre les mesures) poussent généralement les autorités administratives à ne pas se montrer intransigeantes à l'égard des exploitants. Pour cette raison, le droit de l'environnement a souvent fait figure de tigre de papier.

La directive 2004/35/CE restreint pourtant ce pouvoir d'appréciation car elle «oblige» désormais l'administration nationale à intervenir. Celle-ci doit en effet exiger que l'exploitant prenne les mesures préventives idoines pour éviter la survenance du dommage (art. 5, §4, 1<sup>ère</sup> phrase) ou les mesures de réparation lorsque le dommage a été identifié (art. 6, §3). Au cas où l'exploitant ne prendrait pas les mesures ordonnées par l'administration, ou qu'il est impossible d'identifier ce dernier, le législateur communautaire exige que l'autorité compétente prenne elle-même ces mesures, quitte à imputer ultérieurement les coûts de son action à l'exploitant défaillant (art. 8). Par conséquent, l'administration n'est plus en droit d'attendre la survenance du dommage ou de ne pas intervenir. Il s'agit sans doute d'un des aspects les plus innovateurs de la directive, qui est susceptible d'influencer sur le long terme le comportement des administrations nationales.

Il s'agit là d'une obligation de moyens, même si l'autorité conserve la possibilité de choisir la mesure qui lui paraît idoine (58). Il lui revient en effet de façonner, au cas par cas, sa mesure en fonc-

---

(56) Recommandation 2001/331/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 prévoyant des critères minimaux applicables aux inspections environnementales dans les Etats membres.

(57) Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal annulée par la Cour de justice le 13 septembre 2005 (aff. C-176/03).

(58) La directive prévoit, à cet égard, une panoplie de mesures préventives qui devront être précisées par les Etats membres lorsqu'ils viendront à transposer cette obligation (art. 5, §3).

tion de l'importance du danger, de l'étendue du dommage, de sa persistance, du coût de son élimination, du contrôle et du suivi. Par exemple, lorsque plusieurs dommages environnementaux se sont produits, l'autorité compétente est habilitée à décider quel est le dommage qui doit en premier lieu être réparé (art. 7, §3, al. 1<sup>er</sup>).

Par ailleurs, la directive prévoit une série de garde-fous consistant notamment dans l'obligation d'auditionner les exploitants (art. 7, §4) et de motiver toute décision imposant des mesures de prévention ou de réparation (art. 11, §4).

Enfin, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives est quelque peu émasculé par la possibilité que la directive offre aux tierces parties de soumettre à ces dernières toute observation liée à la survenance du dommage ou à une menace imminente de survenance d'un tel dommage (art. 12, §1<sup>er</sup>). Non seulement, les victimes potentielles du dommage environnemental mais aussi les personnes pouvant se prévaloir d'un intérêt ou d'un droit sont habilitées à saisir l'autorité compétente d'une telle requête (59). Les requérants sont, à tout le moins, tenus d'étayer, au moyen des informations pertinentes, les observations qu'ils soumettent aux autorités administratives (art. 12, §2).

49. – Conformément à la convention d'Århus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, les organisations gouvernementales agissant en faveur de la protection de l'environnement sont réputées bénéficier du droit de déposer une requête, moyennant le respect des conditions prescrites par les autorités nationales (art. 12, §1<sup>er</sup>, dernier alinéa).

Saisie par les tiers, l'autorité compétente est tenue de solliciter les observations de l'exploitant concerné par la requête (art. 12, §3); au vu des informations recueillies au cours de cette procédure administrative, l'autorité décidera d'agir ou non et en informera, en motivant sa décision, les personnes qui l'ont interpellée (art. 12, §4).

(59) Il s'agit des personnes :

- a) qui sont touchées ou risquant d'être touchées par le dommage environnemental ou,
- b) qui ont un intérêt suffisant à faire valoir à l'égard du processus décisionnel environnemental relatif au dommage ou,
- c) qui font valoir une atteinte à un droit, lorsque la procédure administrative d'un Etat membre pose une telle condition.

Enfin, la directive accorde aux personnes sollicitant l'intervention des pouvoirs publics dont la requête aurait été rejetée ou ignorée, un recours auprès d'un tribunal ou de tout autre organisme public indépendant et impartial, tant en ce qui concerne la légalité formelle et matérielle de la décision (art. 13).

C. — *Recouvrement des coûts liés à la prévention  
et à la réparation*

50. — Conformément au principe du pollueur-payeur (art. 1), l'exploitant est tenu de supporter les coûts des actions de prévention et de réparation (attendu 21 du préambule; art. 8.1), sous réserve des exonérations dont il sera question plus loin. Plusieurs exploitants peuvent être jugés co-responsables du dommage (art. 9; préambule, 22<sup>ème</sup> considérant). Les Etats membres restent néanmoins maîtres de la détermination du caractère soit proportionnel, soit solidaire du régime de responsabilité en cas de causalité multiple (60).

La directive définit la notion de coût d'une façon très extensive puisque sont inclus «*tous les coûts justifiés par la nécessité d'assurer une mise en œuvre correcte et effective de la présente directive, y compris le coût de l'évaluation des dommages environnementaux, de la menace imminente de tels dommages, les options en matière d'action, ainsi que les frais administratifs, judiciaires et d'exécution, les coûts de collecte de données et les autres frais généraux, les coûts de surveillance et du suivi*» (art. 2, §16). Par conséquent, la responsabilité de l'exploitant peut être considérée comme illimitée (61).

Cette question, on le sait, soulève pourtant de nombreuses controverses. Les partisans d'une limitation de la responsabilité mettent en avant que l'absence d'un plafond de responsabilité repré-

(60) «Les États membres peuvent établir des règles nationales régissant l'affectation des coûts en cas de causalité multiple. Les États membres peuvent notamment tenir compte de la situation particulière des utilisateurs de produits qui peuvent ne pas être tenus pour responsables de dommages environnementaux dans les mêmes conditions que les personnes qui produisent de tels produits. Dans ce cas, le partage des responsabilités devrait être déterminé conformément au droit national.» (22<sup>ème</sup> considérant du préambule).

(61) En ce sens, C. PIROTTE, rapport précité. Plusieurs conventions internationales assortissent la responsabilité sans faute d'un plafonnement. Voir notamment les conventions dans le domaine nucléaire, dans le domaine maritime, la convention internationale sur la responsabilité pour les dommages de pollution par les hydrocarbures, résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin. La directive du Conseil n° 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux laisse également aux Etats membres la faculté de prévoir un plafond.

sente une charge économique extrêmement lourde dans le chef des entreprises et rend, de la sorte, quasiment impossible la mise en place d'un régime d'assurance. Elle pourrait même aller jusqu'à acculer les entreprises qui n'ont pu s'assurer à la faillite au cas où elles causeraient des dommages imprévisibles et irréparables. En revanche, les détracteurs d'un tel mécanisme soulignent que la limitation de la responsabilité risque d'affaiblir la prévention et de mettre à charge du trésor public le montant des réparations qui excède la limite fixée. Ceci porterait atteinte au principe du pollueur-payeur.

Ce débat n'a sans doute pas sa place ici. En effet, le nouveau régime porte davantage sur les mesures de police que sur la responsabilité civile.

En outre, l'exploitant est tenu de financer lui-même les mesures de prévention et de réparation qu'il prendra de sa propre initiative ou sur injonction de l'autorité (art. 5, §1<sup>er</sup>, 5, §3, b); 6, §1<sup>er</sup>, a) et b); 6, §2, b)). Dans la même veine, lorsque l'autorité administrative exécute les mesures de prévention et de réparation, il devra rembourser à l'administration les coûts qu'elle aura dû exposer pour éliminer le dommage (art. 8). A cet égard, il reviendra à l'autorité compétente de recouvrer soit par une caution, soit par d'autres garanties financières appropriées, les sommes auprès de l'exploitant qui a causé le dommage ou qui est à l'origine d'une menace imminente de dommage (art. 8, §2). Conformément au principe de subsidiarité, les Etats membres devront déterminer la procédure de recouvrement des coûts. Cependant, la directive s'écarte d'une application stricte du principe du pollueur-payeur en permettant à l'autorité compétente de ne pas recouvrer l'intégralité des coûts supportés, soit lorsqu'il n'est pas possible d'identifier l'exploitant, soit lorsque le coût du recouvrement risque de s'avérer plus élevé que le coût du dommage (art. 8, §2, 2<sup>ème</sup> alinéa).

51. - Au cas où l'autorité compétente ne recouvrerait pas auprès de l'exploitant les coûts qu'elle a dû supporter en vue de prévenir ou de réparer le dommage, cette dernière violerait non seulement le prescrit de la directive mais pourrait octroyer, dans certaines circonstances, une aide d'Etat à l'exploitant.

Il convient d'être prudent à cet égard dans la mesure où l'article 87 du Traité CE ne s'applique, en principe, qu'en cas de

transfert d'une ressource financière (art. 8, §5). L'aide d'Etat reçoit en droit communautaire une définition particulièrement large puisque ce concept s'applique à toute forme d'aide «accordée par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit». En d'autres mots, l'aide doit consister en un avantage financé par des ressources étatiques.

Cela dit, la Commission a conclu dans plusieurs affaires qu'en prenant en charge des coûts devant incomber normalement à l'entreprise bénéficiaire, les pouvoirs publics avaient octroyé des aides publiques. Lorsque les autorités décident de prendre en charge la responsabilité de l'élimination des poussières industrielles émises par une entreprise, ils lui octroient une aide car cette décision revient à exempter l'entreprise en cause des coûts afférents à l'élimination de ses résidus (62). En effet, en vertu du principe du pollueur-payeur, le producteur et le propriétaire des déchets sont responsables de l'élimination et du recyclage de ceux-ci; l'intervention d'un pouvoir public au bénéfice d'une entreprise constitue, dans ce cas, un avantage économique pour cette dernière et, partant, doit être qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité. De même, une entreprise sidérurgique ne peut être libérée de son obligation de gestion des déchets et de recyclage des poussières industrielles (63).

Par contre, la carence de la part des autorités nationales d'adopter des mesures de police en matière de décontamination ne constitue pas un transfert de ressources publiques et c'est donc à raison que la Commission a considéré que l'article 87 ne s'appliquait pas à cette hypothèse. Ainsi, la Commission a-t-elle rejeté une plainte relative à l'aide dont aurait bénéficié une entreprise espagnole du secteur des fibres synthétiques. D'après les plaignants, les autorités espagnoles n'avaient pas obligé cette entreprise à se conformer à la législation sur la pollution de l'environnement, notamment en lui ordonnant la construction d'une usine de traitement des effluents. Dans la mesure où il n'y avait, en l'espèce, qu'une carence de la part des autorités espagnoles d'adopter les mesures de police et non pas un transfert de ressources publiques, la Commission a considéré que l'article 87 ne s'appliquait pas (64).

---

(62) *J.O.*, C-326 du 24 octobre 1997, p. 4.

(63) Décision de la Commission du 15 juillet 1997 d'ouvrir la procédure concernant l'exemption des obligations en matière de protection de l'environnement accordée par le Land de Basse-Saxe à la société Geirgsmarienhütte GmbH (*J.O.*, n° C323 du 24 octobre 1997).

(64) Communication de la Commission C 68/97 (NN 118/97) (*J.O.*, C-49 du 14 février 1998, p. 2).

## IV. — EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ

A. — *Exclusion de la responsabilité*

52. — La rigueur du régime de responsabilité ne peut s'évaluer correctement qu'à la lumière des causes d'exonération prévues par la directive. L'exploitant est exonéré de sa responsabilité dans le cadre d'une série d'hypothèses relativement classiques se rapportant aux dommages résultant :

- a) d'un conflit armé, des hostilités, une guerre civile ou une insurrection (art. 4, §1, a);
- b) d'un phénomène naturel de nature exceptionnelle, inévitable et irrésistible (art. 4, §1, b);
- c) d'activités menées principalement dans l'intérêt de la défense nationale ou de la sécurité internationale, aux activités dont l'unique objet est d'assurer la protection contre les catastrophes naturelles (art. 4, §6).
- d) du fait d'un tiers, en dépit de mesures de sécurité appropriées (art. 8, §3, a);
- e) du respect d'un ordre ou d'une instruction émanant d'une autorité publique autre qu'un ordre ou une instruction consécutifs à une émission ou à un incident causés par les propres activités de l'exploitant (art. 8, §3, b).

53. — Par ailleurs, l'article 4 exclut certains types de dommages qui sont déjà couverts par des règles spécifiques de droit international. Il s'agit :

- a) des dommages causés par des hydrocarbures résultant d'un incident à l'égard duquel la responsabilité ou l'indemnisation relève du champ d'application d'une des conventions internationales énumérées à l'annexe IV (art. 4, §2) (65).

---

(65) Il s'agit de la convention internationale du 27 novembre 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; de la convention internationale du 27 novembre 1992 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; de la convention internationale du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soude; de la convention internationale du 3 mai 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses; et de la convention du 10 octobre 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure.

b) des dommages environnementaux nucléaires qui peuvent résulter d'activités relevant du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ou d'un incident ou d'une activité à l'égard desquels la responsabilité ou l'indemnisation relèvent du champ d'application d'un des instruments internationaux énumérés à l'annexe V (art. 4, §3) (66).

En ce qui concerne les conventions internationales reprises à l'annexe IV de la directive, on notera que certaines d'entre elles ne sont pas encore en vigueur. Cela dit, l'exclusion des dommages couverts par ces conventions n'est pas subordonnée à la circonstance que lesdites conventions soient en vigueur. Par ailleurs, le Protocole de Bâle sur la responsabilité internationale en cas de transport de déchets spéciaux n'est pas repris dans la liste de conventions.

Comme indiqué ci-dessus, nous estimons que les dommages qui ne sont pas couverts par ces conventions (par exemple, les dommages à la biodiversité) ne relèvent pas de l'exclusion prévue à l'article 4, §2.

54. – Enfin, la 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» (art. 4, §6). De la sorte, le dommage causé par une «pollution à caractère diffus» ne tombe pas dans le champ d'application de la directive sauf lorsque les pouvoirs publics sont en mesure d'identifier la cause du dommage au regard des activités des différents exploitants.

#### B. – Causes d'exonération facultative

55. – Les Etats membre ont la possibilité de prévoir que l'exploitant n'est pas tenu de supporter les coûts des mesures de réparation s'il apporte la preuve qu'il n'a pas «commis de faute ou de

(66) Il s'agit de la convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, et la convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963; de la convention de Vienne du 21 mai 1963 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire; de la convention du 12 septembre 1997 sur le financement complémentaire en relation avec les dommages nucléaires; du Protocole conjoint du 21 septembre 1988 concernant l'application de la convention de Vienne et de la convention de Paris; et de la convention de Bruxelles du 17 décembre 1971 relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime des matières nucléaires.

*négligence*» et qu'il a respecté ses conditions d'exploiter (art. 8, §4, a)) ou qu'il ne pouvait soupçonner le risque lorsqu'il mit en œuvre la technologie (risque de développement (art. 8, §4, a) et b)) (67).

Plusieurs observations s'imposent au regard de ces causes d'exonération facultative. En premier lieu, la charge de la preuve incombe à l'exploitant. Il revient donc à ce dernier d'apporter la preuve que son comportement n'était ni fautif ni négligent.

En second lieu, la cause d'exonération ne vaudra qu'en l'absence de faute intentionnelle ou de négligence de sa part, ces deux notions étant d'interprétation stricte puisque l'on déroge au principe de réparation intégrale du dommage causé à l'environnement.

En troisième lieu, les causes d'exonération facultatives sont limitées aux mesures de réparation et, par conséquent, ne couvrent pas les mesures de prévention (art. 8, §4, 1<sup>er</sup> alinéa). Or, il ne sera guère aisé de faire la distinction, dans la pratique, entre ces deux types de mesures.

En quatrième lieu, l'exploitant éprouvera sans doute des difficultés à apporter la preuve qu'il a respecté toutes les conditions d'exploiter tant ces dernières sont libellées de manière vague et ambiguë. Comme l'a mis en évidence Charles Pirotte, dans le rapport public dans cet ouvrage, les permis dits tacites et les activités illégales ne sont pas couverts par cette clause exonératoire.

Enfin, nous devons également attirer l'attention du lecteur sur le fait que l'application de la première cause d'exonération facultative peut soulever des risques de discrimination. En effet, seul le respect des conditions d'exploiter prescrites par une autorisation d'exploiter peut exonérer, si l'Etat membre le permet, la responsabilité de l'exploitant. Or, de nombreuses activités visées à l'annexe III de la directive 2004/35/CE ne sont pas soumises à un régime d'autorisation, mais à un régime d'enregistrement. Ainsi, en vertu de l'article 11, §1, la directive 75/442/CEE sur les déchets, «*les établis-*

(67) En vertu de l'article 8.4, b, «*une émission ou une activité ou tout mode d'utilisation d'un produit dans le cadre d'une activité dont l'exploitant prouve qu'elle n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où l'émission ou l'activité a eu lieu*». La question du 'risque de développement' n'est pas inconnue du droit communautaire. Instaurant un système de responsabilité objective du producteur, en raison du défaut de son produit, la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux consacre le même système d'exonération, permettant d'écarter la responsabilité du producteur s'il prouve «*que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit ne lui a pas permis de déceler l'existence du défaut*» (Article 7, e)).

*sements ou les entreprises assurant eux-mêmes l'élimination de leurs propres déchets sur leur lieu de production et les établissements ou entreprises qui valorisent les déchets»* peuvent être dispensés de l'autorisation. Soumis à un régime d'enregistrement, ces établissements ne pourront obtenir le bénéfice de cette cause d'exonération facultative.

### CONCLUSION

56. – Il ressort de notre analyse que la directive 2004/35/CE s'inscrit davantage dans la perspective d'une redéfinition des mesures de police administrative et, plus particulièrement, de la prise en charge de leur coût par les exploitants.

Pour arriver à cette fin, le législateur communautaire a manifestement emprunté largement aux concepts de la responsabilité civile, ce qui a parfois conduit à un étonnant mélange des genres. Ainsi des régimes de responsabilité objective et de responsabilité sans faute se côtoient sans qu'il ne soit toujours très aisé pour un juriste averti de faire la part des choses.

D'aucuns reprocheront sans doute au législateur communautaire de ne pas avoir eu le courage de régler la question des garanties financières. On s'inquiétera aussi du fait que ce dernier a placé la barre assez haut : lorsqu'ils ne sont pas flous, les seuils d'intervention sont trop sévères, voire quasiment infranchissables. On regrettera que les causes d'exonération aient été multipliées au risque de vider le nouveau régime de sa substance et que la directive s'écarte de la convention de Lugano en omettant les dommages traditionnels aux biens et aux personnes. En mettant l'accent sur les études de risques et la probabilité de la survenance du dommage, le législateur semble avoir écarté le principe de précaution qui est censé constituer le fer de lance de sa politique de protection de l'environnement. Enfin, les règles applicables en matière de pollution transfrontière risquent de ne pas être à la hauteur des défis que représentent la mise en place d'une politique de gestion de bassin initiée par la directive cadre sur l'eau.

D'autres se réjouiront, au contraire, de l'étendue du champ d'application *ratione materiae* et *personae* de la directive, de l'ouverture, certes timide, du prétoire aux associations, du fait que le dommage causé à la biodiversité soit enfin reconnu, et de l'obligation

qui pèse désormais sur les administrations d'agir dans le dessein de protéger l'environnement.

Il n'était pas dans nos intentions de rédiger un cahier de doléances. Nous avons souhaité, en revanche, mettre en exergue certaines difficultés qui pourraient se poser à l'avenir.

A cet égard, nous avons insisté sur les risques que présente le concours entre différentes polices administratives découlant de différentes directives communautaires. En s'implantant sur un terrain déjà largement réglementé (protection des eaux, gestion des déchets, biodiversité), la directive s'arc-boute sur différentes directives qui ne sont connues que par un quarteron de spécialistes du droit de l'environnement. Cette technique de la « législation par référence », à laquelle le législateur communautaire s'adonne de plus en plus régulièrement, requiert une maîtrise de l'ensemble des piliers du droit de l'environnement.

57. — Cette directive apporte-t-elle réellement des changements profonds à l'imputation des coûts des mesures d'assainissement ? Tout compte fait, cela dépend de l'état d'avancement du droit national. Pour les Etats qui ne mettent pas à charge des exploitants les coûts des mesures de police, la directive les obligera à mettre en œuvre le principe du pollueur-payeur. Pour les autres, la directive les obligera sans doute à appréhender de nouveaux types de dommages. Quoiqu'il en soit, les Etats membres disposent d'une importante marge de manœuvre quant à la transposition des obligations prévues par cette directive. Aussi les règles de transposition pourraient varier sensiblement d'un Etat membre à un autre, non seulement en fonction des traditions juridiques, mais aussi eu égard à l'état d'avancement de leur droit de l'environnement.

Assurément, l'effectivité de ce futur régime de responsabilité sera tributaire de la volonté des pouvoirs publics, et notamment d'une « autorité compétente » (art. 7 et 13), d'engager la responsabilité des exploitants qui auraient endommagé certaines composantes de l'environnement. Même si la directive offre des possibilités aux tiers, et notamment aux organisations non gouvernementales, il n'en demeure pas moins que l'administration aura généralement le dernier mot, sauf à démontrer que sa décision est empreinte d'une erreur manifeste d'appréciation. L'interprétation des standards (« incidence négative et grave », « affecter de manière grave et négative ») est certainement de nature à renforcer sa marge de manœuvre.