



HAL
open science

”LES INJUSTICES DE LA MISE EN OEUVRE DU PRINCIPE POLLUEUR/PAYEUR DANS LE DOMAINE DE L’EAU”

Bernard Drobenko

► **To cite this version:**

Bernard Drobenko. ”LES INJUSTICES DE LA MISE EN OEUVRE DU PRINCIPE POLLUEUR/PAYEUR DANS LE DOMAINE DE L’EAU”. Les nouvelles figures du principe pollueur-payeur Coordination Lucie Delabie Florence Jamay ED. Mare Mare -2020, 2021. hal-03630118

HAL Id: hal-03630118

<https://hal.science/hal-03630118>

Submitted on 4 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les nouvelles figures du principe pollueur-payeur
Coordination Lucie Delabie Florence Jamay
ED. Mare Mare - 2020

**"LES INJUSTICES DE LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE POLLUEUR/PAYEUR DANS LE
 DOMAINE DE L'EAU"**

PR BERNARD DROBENKO

Professeur Emérite des Universités - ULCO
Laboratoire TVES (EA 4477) ULCO/Lille 1

Introduction

Dès la Déclaration de Stockholm, la lutte contre les pollutions est au cœur de l'action publique, tant au plan international que national¹. Avant d'intégrer le droit, le principe pollueur-payeur résulte d'une approche économique à la fin des années cinquante, conduisant à internaliser les externalités². C'est la Déclaration de Rio en 1992 qui développe de manière explicite le principe pollueur-payeur, il est enrichi dans une double approche, avec³ :

- une démarche intégrée visant à « internaliser les effets externes » en faisant supporter au pollueur le coût de la pollution » (principe 16),
- la réparation de tout préjudice écologique en imposant aux Etats de « élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes » (principe n°13), sachant qu'un « accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré » (principe 10)⁴.

L'Agenda 21 adopté à Rio comporte deux chapitres se référant à la mise en œuvre du principe dans le domaine de l'eau. Ainsi, le ch. 17 précise que les Etats prendront « des mesures d'incitation économique favorisant l'application de technologies non polluantes et d'autres moyens compatibles avec l'internalisation des coûts écologiques, le principe "pollueur-payeur" par exemple, afin d'éviter la dégradation du milieu marin »⁵. De même le Ch. 18 précise que les Etats engageront les activités suivantes « Application du principe pollueur-payeur à tous les types de sources, selon que de besoin, y compris l'assainissement sur site et hors site »⁶.

La Convention sur le droit de la mer évoque la lutte contre les pollutions en général et celles plus spécifiquement d'origine tellurique⁷. Mais les conventions OSPAR et de Barcelone, complétées par leurs protocoles mentionnent expressément ou indirectement le principe pollueur-payeur. Ainsi le protocole GIZC vise à « garantir la préservation de

¹ Principe 22 de la déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement réunie à Stockholm du 5 au 16 juin 1972, et ayant examiné la nécessité d'adopter une conception commune et des principes communs qui inspireront et guideront les efforts des peuples du monde en vue de préserver et d'améliorer l'environnement,

² A. PIGOU, *The Economics of Welfare*, R. Clark 2002

³ Principes 10, 13 et 16 de la Déclaration adoptée à Rio en juin 1992

⁴ Le principe de participation ayant été développé par la Convention d'Aarhus relative à à l'information, la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998.

⁵ Art. 17-22 d) du Ch 17 de l'Agenda 21 protection des océans, des mers et des zones côtières

⁶ Art. 18-40, i, du Ch 18 de l'Agenda 21 « Protection des ressources en eau douce et de leur qualité... »

⁷ Art. 194, 207 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982 (décret n° 96-774 du 30 août 1996 portant publication de la convention – *JO du 7 septembre 1996*).

l'intégrité des écosystèmes côtiers ainsi que des paysages côtiers et de la géomorphologie côtière »⁸.

Au niveau international, la responsabilité civile des pollueurs a bien été précisée pour les pollutions transfrontalières, les Etats devant mettre au point « des mesures d'incitation économique favorisant l'application de technologies non polluantes et d'autres moyens compatibles avec l'internalisation des coûts écologiques »⁹.

Dans le domaine de l'eau, c'est la convention d'Helsinki, devenue universelle depuis 2013, complétée par le protocole de Londres qui souligne, avec la même formule que les Parties sont guidées par les principes suivants «Le principe pollueur-payeur, en vertu duquel les coûts des mesures de prévention, de maîtrise et de réduction de la pollution sont à la charge du pollueur »¹⁰.

Si le droit européen, dans ses fondements¹¹ comme dans le droit dérivé consacre le principe pollueur, il est caractérisé dans le droit de l'eau¹². La directive cadre sur l'eau¹³ instaure une affectation des coûts réels à chaque utilisateur conduisant à une facturation correspondant aux usages et aux consommations, elle exige de distinguer au moins trois secteurs : les ménages, les agriculteurs et les industriels. Le dispositif, économique est fondé sur la récupération des coûts. Si son application peut être limitée, les objectifs poursuivis doivent être atteints¹⁴. Cette approche économique du droit européen est confortée par plusieurs directives qui énoncent une obligation de prévention et de réparation des dommages environnementaux¹⁵.

Le droit interne révèle, avec quelques nuances, la mise en œuvre de ce cadre juridique

⁸ Art. 2-2 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite OSPAR) des 21-22 septembre 1992, et art. 4-3 de la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution ("Convention de Barcelone") a été adoptée le 16 février 1976, tenue à Barcelone, préambule au Protocole ("Protocole tellurique") adopté le 17 mai 1980 par la Conférence de plénipotentiaires des États côtiers de la région méditerranéenne sur la protection de la mer Méditerranée, tenue à Athènes, avec la précision de l'art. 5 d) du Protocole GIZC à la Convention de Barcelone signé à Madrid, le 21 janvier 2008.

⁹ Adopté le 21 mai 2003, le protocole à la Convention du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et la Convention du 17 mars 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels qui a eu lieu à Kiev du 21 au 23 mai 2003. Convention d'Helsinki du 18 mars 1992, entrée en vigueur le 19 avr. 2000, approuvée par la France : L. no 2003-624 du 8 juill. 2003, *JO 9 juill.*) et le protocole de Kiev (protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, signé à Kiev, le 21 mai 2003)

¹⁰ Art. 2-5 de la Convention d'Helsinki 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, et art. 5, b du protocole de Londres, le 17 juin 1999. sur l'eau et la santé à la convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux

¹¹ Art. 191-2 du Traité de Lisbonne, avec l'atténuation possible à l'article 192-5

¹² Cf. B. DROBENKO J. SIRONNEAU Code de l'eau Johanet 4^e Ed. 2017, notamment le CH.1, B.

DROBENKO Introduction au droit de l'eau, 2^e Ed. Johanet mai 2018

¹³ Préambule point 11, 38 et art. 9 de la directive no 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau - (*JOCE no L 327 du 22 déc. 2000*), les articles 1, 9, 11, 16, 17 et 23 de la DCE en précisent les objectifs et les modalités d'application.

¹⁴ Pour la CJUE, contrairement à la Commission, toutes les activités n'y sont pas systématiquement soumises, un Etat peut ne pas appliquer la récupération des coûts pour une activité d'utilisation de l'eau donnée, dans la mesure où cela ne remet pas en question les objectifs poursuivis par cette directive et ne compromet pas la réalisation de ces derniers, CJUE du 11 septembre 2014, Commission c/ RFA, Affaire 525/12.

¹⁵ Directive 2004/35 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. *JOCE L 143 du 30 avril 2004*, mais aussi directive 2005/35 du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, *JOUE n° L 255 du 30/09/2005* (Modifiée par la directive 2009/123 du Conseil du 21 octobre 2009) ou Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *JOUE n° L 328 du 06/12/2008*.

fondateur.

Ainsi, la Charte de l'environnement s'attache au volet « réparation du principe pollueur-payeur » avec l'article 4 qui précise que « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi »¹⁶, tandis que le code de l'environnement s'attache à la fois à l'affirmation du principe dans son volet économique d'internalisation avec la formule suivante : « Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur¹⁷ » et à la mise en œuvre de la prévention et surtout l'obligation de réparation¹⁸.

Dans le domaine de l'eau, les coûts doivent être supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques, tandis que les SDAGE indiquent comment ils sont pris en charge en distinguant au moins le secteur industriel, le secteur agricole et les usages domestiques¹⁹.

Au-delà de ce contexte général, ce sont les conditions de mise en œuvre du principe pollueur payeur qui interpellent. De manière générale, nonobstant ces avancées théoriques²⁰, et malgré quelques progrès très sectorisés, les rapports établissant un état de pollution de l'eau et des milieux aquatiques, comme de la mer se succèdent, avec un impact caractérisé de l'agriculture²¹. En effet, si la pertinence du principe pollueur-payeur paraît fondée au regard des objectifs « qualitatifs » poursuivis, l'analyse doit porter sur l'examen des deux volets qui le caractérisent. Il s'agit de l'exigence de démarche intégrée, qui impose l'internalisation des coûts et le volet relatif à la réparation, une fois les atteintes à l'environnement constatées. A la lumière de l'état des lieux, nous avancerons qu'il existe une certaine incapacité à engager une réelle démarche intégrée, mais qu'il existe bien des perspectives limitées de mise en œuvre de la responsabilité des pollueurs.

I – De l'incapacité à engager une démarche intégrée

¹⁶ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JO n° 51 du 2 mars 2005*,

¹⁷ Art. L110-1 II, 3° c.env.

¹⁸ Titre 6 du livre 1° du c. env. dédié à la « Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement », art. 160-1 et s.

¹⁹ Art. L210-1, 3° al. c.env., et pour le SDAGE L 212-1-VIII, précisé par R212-3, I, c) et e) c.env.

²⁰ Sous la direction de B. DROBENKO « La loi sur l'eau de 1964 – Bilans et perspectives » Editions Johanet, 2015.

²¹ Le rapport DOBRIS « Europe Environnement : The Dobris Assesment », sur l'état de l'environnement pan-européen, réalisé à la demande des ministres de l'environnement de l'Union européenne, des pays nordiques, d'Europe centrale et orientale, réalisé en 1991 et publié en 1995, comme l'étude réalisée par A. Stern pour la conférence organisée par le Club de Bruxelles les 22 et 23 novembre 1995. De nombreux rapports, tant européens que nationaux, caractérisent l'état des eaux, nous pouvons mentionner les plus récents : Agence Européenne de l'Environnement : état des eaux en Europe n° 1 – 2003, mais aussi Signaux de l'AEE 2004, avec un chapitre consacré aux nitrates. En France, outre les publications de l'IFEN, rapport de mai 2005 du Muséum National d'Histoire naturelle, « La prise en compte par la France des polluants chimiques et d'origine microbiologique présents dans les eaux dans le cadre de la mise en œuvre de la DCE sur l'eau », CGDD Mission prospective IRSTEA Groupe futuribles : eau, milieux aquatiques et territoires 2030, 2012 notamment p. 19 et s. ; AEE, « European waters, current status and future challenges » Synthesis 2009, Rapport LEVRAULT, « Evaluation de la politique de l'eau : quelles orientations pour faire évoluer la politique de l'eau », septembre 2013 – Rapport au Premier Ministre – M. LESAGE, « Evaluation de la politique de l'eau en France », juin 2013. AEE L'environnement en Europe, état et perspectives 2015, notamment p. 62 et s., 148.

La démarche intégrée vise essentiellement le volet économique du principe pollueur-payeur²². Celui-ci est traduit juridiquement par un double mécanisme, d'une part un ensemble de mesures dites « préventives » pour que tout porteur de projet évite de porter atteinte à l'environnement, d'autre part des dispositifs d'internalisation des coûts. Il s'agit bien d'identifier les effets d'un projet sur l'eau et les milieux aquatiques et d'en faire supporter la charge au porteur du projet²³.

L'examen des modalités opérationnelles d'intervention de ce premier volet du principe pollueur payeur conduit à identifier un ensemble de dispositifs allant de l'obligation d'obtenir une décision administrative préalable, de réaliser des études environnementales permettant de fonder et conditionner une décision administrative, dans un cadre le plus participatif possible pour informer les tiers et les riverains, à l'instauration de mesures fiscales permettant de peser sur des comportements ou de mettre en œuvre des financements conditionnés pour mieux intégrer les enjeux environnementaux d'une activité ou d'un projet²⁴.

Le droit de l'eau comporte bien l'ensemble de ces dispositifs, mais si son évolution fait apparaître des mécanismes juridiques de limitation du principe, elle est de plus confortée par le fait que les pollueurs bénéficient de manière significative d'avantages fiscaux et financiers qui conduisent à l'identification d'un mécanisme inversé « pollueur/payé ».

A – Des mécanismes juridiques de limitation du principe

L'analyse des dispositions du droit français relatives à la mise en œuvre de la démarche intégrée et de l'internalisation des coûts dans le domaine de l'eau fait apparaître un ensemble de régressions²⁵.

Nous constaterons que diverses mesures administratives et techniques préalables imposant jusqu'alors cet aspect préventif sont atténuées, elles sont confortées par la multiplication de dispositions dérogoires aux règles en vigueur.

1°) des dispositifs préventifs allégés

En application du principe pollueur/payeur, les contrôles administratifs préalables et les mesures préventives constituent, selon le droit européen « les exigences minimales à respecter »²⁶.

L'examen de l'évolution des règles en vigueur conduit à un double mouvement de régression concernant :

- d'une part avec des révisions affectant les contrôles préalables, notamment
 - o les nomenclatures. C'est le cas de la réforme de la nomenclature IOTA dès 2006 qui exclut des projets tels que les golfs de la nomenclature IOTA²⁷, mais aussi la réforme des ICPE qui en 2009 crée un nouveau régime d'enregistrement avec un examen au cas par cas²⁸. Cette réforme conduit à

²² Formulé notamment par l'OCDE dès 1995, cf. OCDE Diffusion Générale Principes et concepts environnementaux OCDE/GD(95)124

²³ En application de l'art. 9 de la DCE et de L110-1, 3° c.env.

²⁴ E. SAVRAN-PONTEVES Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur Presses universitaires Aix-Marseille 2007- M. CHIROLEU-ASSOULINE Efficacité comparée des instruments de régulation environnementale ref. HAL Id: hal-00306212 - <https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-00306212> - Submitted on 25 Jul 2008 – Chavagnac M. et Gouguet JJ La DCE au défi de l'internalisation des effets externes Revue européenne de droit de l'environnement 2008 p. 251-265

²⁵ Au sens de la non-régression proposée par le Pr M. PRIEUR, entre autres, cf. Vers la reconnaissance du principe de non-régression RJE 2012/4, p. 615 et s., Une vraie fausse création juridique: le principe de non-régression Revista trimestrale di dirittodell'ambiente 02/2016

²⁶ Art. 11.3 de la DCE 2000/60 précitée

²⁷ Cf. décret 2006-881 du 17 juillet 2006, titre V, excluant par ex. les golfs de la nomenclature IOTA

²⁸ Ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement, JO n° 0134 du 12 juin 2009

exclure 40% des ICPE du régime d'autorisation. Il en résulte par ex. que dans le domaine des élevages industriels particulièrement impactant pour l'environnement, l'évolution conduit à un dispositif très allégé²⁹. Modifiées de manière régulière par voie réglementaire, elles conduisent à des allègements exponentiels des contrôles³⁰. L'intervention de l'autorisation environnementale, certes unificatrice en termes de procédure n'en confirme pas moins le processus d'allègement³¹.

Ce cadre juridique favorise l'agriculture productiviste et les méthodes industrielles de production, le législateur et l'Etat renforcent ainsi les logiques de pollution. Notons par exemple que la France, y compris les outre-mer compterait ainsi 4 413 « fermes usines » présentes dans 2 340 communes³². Les dossiers d'implantation se multiplient sur le territoire. Au-delà de la médiatisation de la ferme des mille vaches dans la Somme³³, l'Etat autorise de nombreux projets comme sur le plateau de Millevaches, au cœur du PNR une ferme usine de 1000 veaux!³⁴.

- les législations intégrées comme le droit de l'urbanisme connaissent des assouplissements continus. C'est le cas avec la loi ELAN renforçant la prévalence de l'urbanisme de projet ou des aménagements sur une logique de cohérence territoriale et de protection de l'environnement ainsi que des régressions du contentieux³⁵. Ce d'autant que le contrôle préalable en droit de l'urbanisme est indissociable des autres législations, il conditionne l'utilisation du sol et de l'espace.
- les dispositions relatives au droit de l'eau lui-même. Ainsi avec par exemple, la mise en œuvre de la cartographie des cours imposée dans un délai très court, elle a fait apparaître des pratiques révélant une administration soumise au dictat des lobbies agricoles³⁶. La mise de mise en conformité des installations existantes sur les cours d'eau est reconduite pour 5 ans supplémentaires³⁷. De même les exceptions adoptées sur les continuités écologiques marquent un fléchissement majeur des objectifs avec les ouvrages qualifiés de « moulins à eau » au motif de la production d'énergies renouvelables. Sous l'influence des producteurs d'hydroélectricité, le législateur exempte de l'obligation de gestion

²⁹ Art. R 511_9 c.env. et ses annexes où il apparaîtra à la rubrique « porcs » que l'autorisation avant la réforme intervenait dès 450 EA, alors qu'elle intervient désormais à 2000 EA, dernier ex. le décret n° 2017-1595 du 21 novembre 2017 qui tout en opérant un toilettage, modifie des seuils abaissant le niveau de contrôle

³⁰ Derniers ex. décret n° 2019-292 du 9 avril 2019 modifiant la rubrique 2521 faisant passer les installations de A à E et celles de E à D ou le décret n° 2018-900 du 22 octobre 2018 concernant par ex. la rubrique 2120 les élevages de chiens ou le régime A était applicable à 50 animaux, l'est désormais pour plus de 250 !!

³¹ Art. L.181-1 et s. du c. env.

³² Cf. <http://confederationpaysanne.fr/> avec une carte des projets en cours, <https://www.greenpeace.fr/carte-fermes-usines/> avec une mise à jour

³³ Cf. entre autres Le monde 16 septembre 2014 et site <http://confederationpaysanne.fr>

³⁴ Situé à Saint-Martial-le-Vieux(23), en plein parc naturel régional, il s'agit d'un [centre d'engraissement collectif de jeunes bovins](#)

³⁵ Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 ELAN - notamment art. 4, 42, 80.

³⁶ Cf. entre autres la Haute-Garonne où 929 cours d'eau ont été déclassés : cf.

www.ladepeche.fr/article/2017/12/27, cf. Reporterre : <https://reporterre.net>, articles du 27 février 2017 et 28 février 2017, OCE : <http://continuite-ecologique.fr/> article du 22 novembre 2015. Une demande de suspension du processus est intervenue, pour le Ministère, le préfet pourra modifier la liste publiée ! : cf. question parlementaire n° 19650, Sénat u 21/01/2016, Réponse du MEEM, *JO Sénat du 05/05/2016*.

³⁷ Art. 120 de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 ajoutant un alinéa à l'art. L.214-17, III du c. env. pour la liste 2 des cours d'eau, délai supplémentaire de 5 ans

adaptée les moulins existant à la date de publication de la loi et produisant de l'électricité³⁸.

En complément nous pouvons mentionner le contrôle porté aussi sur les interdictions de produits dangereux. Ainsi aucune règle n'a enrayé l'utilisation de substances dangereuses portant durablement atteinte à l'eau. Le cas des pesticides, avec notamment le glyphosate est révélateur des renoncements successifs³⁹. Le dossier du chlordécone illustre cette tendance, alors même qu'est avérée la connaissance datée de la toxicité de certains produits⁴⁰. Mais d'autres pesticides très dangereux sont aussi concernés⁴¹. Le rapport sur l'eau de 2018 souligne « l'emploi des pesticides demeure excessif dans l'agriculture française et les pouvoirs publics doivent s'employer, dans l'intérêt de la santé publique et d'abord de la santé des agriculteurs eux-mêmes, à accélérer un processus qui est déjà en cours »⁴². Malgré les plans « phyto », le tonnage épandu ne cesse de croître⁴³. Les méthodes de production ainsi facilitées génèrent des pollutions et des nuisances tant sur le sol, l'air que l'eau et les milieux aquatiques.

Au-delà des produits chimiques, d'autres aspects sont à retenir dans la mise en œuvre du principe pollueur-payeur, ils intéressent l'ensemble des filières de production, y compris la filière agro-alimentaire, c'est le cas notamment avec le dossier des nanotechnologies. Ces divers aspects relatifs à la poursuite d'objectifs de qualité des eaux, ces évolutions intéressent aussi la santé humaine et le bien-être animal⁴⁴.

Ces évolutions sont bien incompatibles avec l'application du principe pollueur payeur.

- d'autre part avec la mise en œuvre de la séquence éviter, réduire, compenser (ERC). Comme le souligne le CGDD, « elle est le fil conducteur de l'intégration de l'environnement dans les projets, plans et programmes »⁴⁵. Elle vise avant tout à déterminer la sur la capacité à limiter les pollutions. L'évaluation environnementale est au cœur de ce tryptique, mais les réformes successives conduisent à en réduire la portée, ce à deux niveaux :
 - la réforme des nomenclatures conduit à exclure de l'évaluation certains projets tandis que ceux relevant du « cas par cas » désormais n'y sont soumis que si l'autorité administrative le décide discrétionnairement⁴⁶,
 - le champ d'application lui-même des évaluations environnementales a été réformé⁴⁷, les perspectives sont encore d'en réduire la portée. Nous pouvons

³⁸ Nouvel article 214-18-1 issu de l'article 15 de la loi n° 2017-227 imposée par l'article L. 214-17, I, 2° c.env.

³⁹ Après un premier renouvellement en 2012, en novembre 2017, l'Union européenne repousse à 5 ans la remise en cause, la France annonce un arrêt dans trois ans, si une solution de substitution est trouvée

⁴⁰ Cf. entre autres Rapport n°2430 Ass. Nat. Sur « sur l'utilisation du chlordécone et des autres pesticides dans l'agriculture martiniquaise et guadeloupéenne », et le monde 18 juin 2018 « Le scandale du chlordécone aux Antilles.. » ; Voir Avis de l'Anses Saisines n° 2014-SA-0109 et 2017-SA-0029 Exposition des consommateurs des Antilles au chlordécone, résultats de l'étude Kannari décembre 2017

⁴¹ Revue Environmental Health 16 novembre 2018 pour le chlorpyrifos, RFI 16 novembre 2018 concernerait aussi le métham sodium

⁴² Rapport As. Nat. 06 2018 précité, p. 87

⁴³ En 2015 les ventes de pesticides représentaient 68000 tonnes de substances actives dont 92% pour l'activité agricole, les ventes sont globalement à la hausse depuis 2009 cf. CGDD Pesticides : évolution des ventes, des usages et de la présence dans les cours d'eau depuis 2009. Publication mars 2017 – Rapport inter inspections (CGDD, IGAS, CGAAER) Utilisation des produits phytopharmaceutiques décembre 2017

⁴⁴ Cf. Rapports ANSES. La santé animale ne concerne pas que les élevages de poules pondeuses dont l'élevage en cage est désormais interdit, art.68 de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous - *JO du 1 novembre 2018*

⁴⁵ CGDD Evaluation environnementale Guide d'aide à la définition des mesures ERC. Janvier 2018

⁴⁶ Art. L122-1 et s. c.env. , rubrique évaluation annexe R122-2 « cas par cas »,

mesurer la portée de ces évolutions avec l'examen de certaines rubriques de la nomenclature IOTA et les informations que doivent comporter certains projets⁴⁸. Si nous nous reportons aux rubriques 11 à 26 de l'annexe au nouvel art. R122-2 c.env. il apparaît que les projets relèvent soit de l'évaluation soit du cas par cas. Alors que tous les projets soumis à autorisation IOTA relevaient de l'étude d'incidence spécifique⁴⁹, désormais la plupart des projets relèvent du cas par cas, citons par ex. rubrique 10 la canalisation et régularisation des cours d'eau⁵⁰, les opérations en zone côtière et sur les plages (rubriques 11 à 15), les projets hydrauliques agricoles y compris les drainages (rubrique 16). Pour les déclarations l'étude d'incidences « eau » est maintenue⁵¹.

Ces régressions affectent le processus de compensation⁵² qui conduit inéluctablement à autoriser d'abord une destruction. Désormais monétarisée, la compensation peut conduire à des pratiques contractualisées dont la pérennité n'est pas garantie dans le temps⁵³.

De manière indissociable ces évolutions intéressent aussi les procédures participatives, avec l'extension des techniques électroniques. Ainsi de manière particulière les effets de l'examen au cas par cas ont aussi une incidence sur le processus de « concertation préalable » ou d'enquête publique⁵⁴. Mais désormais c'est la remise en cause de l'enquête publique elle-même qui est visée avec le remplacement de la participation du public par une simple consultation par voie électronique⁵⁵.

De ces évolutions il résulte que les règles et procédures imposant une démarche intégrée pour la préservation de l'eau et des milieux aquatiques deviennent secondaires au regard des enjeux économiques et financiers. L'application du principe pollueur payeur est ainsi fortement atténuée, cette tendance est de plus confortée par la multiplication de mesures dérogatoires.

2°) *La multiplication de mesures dérogatoires*

Les droits de l'environnement et de l'urbanisme comportent un ensemble significatif de dérogations aux protections instaurées.

Notons que des dérogations sont historiquement exceptionnelles et strictement conditionnées comme pour la gestion de la biodiversité où les droit européen et interne permettent de réaliser des projets malgré les protections pour des « raisons impératives d'intérêt public majeur »⁵⁶, ce qui effectivement peut conduire à porter atteinte de manière à la protection d'un site Natura 2000⁵⁷. C'est le cas aussi avec le développement de projets

⁴⁷ Ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016, relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JO du 5 août 2016*, décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, *JO du 14 août 2016*, décret n° 2018-435 du 4 juin 2018 modifiant des catégories de projets, plans et programmes relevant de l'évaluation environnementale - *JO du 5 juin 2018*.

⁴⁸ Art. R181-13, 5°, art. D181-15-1 c.env.

⁴⁹ Art. R214-6,II,4° c.env. applicable avant la réforme

⁵⁰ Aux termes de l'article R214-1, sont concernées les rubriques IOTA 3120, 1° ; 3140, 1°, 3150, 1°),

⁵¹ Art. R214-32, art. R214-32 c.env.

⁵² Tel que défini par l'art. 68 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, art. L. 163-1 et s. c.env.

⁵³ Aux termes de l'art. L132-3 c.env. : les obligations réelles environnementales qui peuvent permettre la mise en œuvre des compensations sont limitées par la durée fixée par le contrat

⁵⁴ Art. L121-15-1, 2°, art. L123-2, 1° c.env.

⁵⁵ Avec une expérimentation introduite par l'art. 56 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance - *JO du 11 août 2018*

⁵⁶ Art.6 de la directive 92/43, art. L414-4-VII c.env.

⁵⁷ CJUE – grande chambre -, 11 septembre 2012, Symvouliotis Epikrateias (Grèce), Affaire C-43/10.

urbains en zone littorale ou zone de montagne par ex., pour des motifs qui s'enrichissent au fil du temps⁵⁸. Ces cas limités jusqu'alors sont désormais substantiellement développés.

Ainsi plusieurs dispositifs ont été instaurés au cours de la période la plus récente. En effet, outre le pouvoir discrétionnaire des préfets concernant l'examen des dossiers au cas par cas des projets, le législateur étend de manière significative les dérogations et les assouplissements des pouvoirs des autorités administratives.

- ainsi un premier texte instaure une expérimentation de dérogation aux règles en vigueur dans tous les secteurs majeurs des activités humaines locales en autorisant le préfet « à prendre des décisions dérogeant à la réglementation, afin de tenir compte des circonstances locales et dans le but d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques », les domaines visés étant entre autres l'environnement, l'agriculture et les forêts ainsi que la construction, le logement et l'urbanisme⁵⁹.
- dans les territoires les plus fragiles comme dans les DOM notamment avec la Guyane et le décret relatif à l'évaluation environnementale⁶⁰.
- il peut s'agir aussi de transfert à certaines collectivités de compétences aux enjeux environnementaux majeurs comme l'exploitation minière offshore dans les départements d'outre-mer⁶¹.

Si les lois de 1976 ont constitué une étape majeure dans l'élaboration du droit de l'environnement, l'enrichissement progressif de ce droit jusque dans les années 2000 fait désormais l'objet de régressions successives.

Cette tendance est confortée par l'instauration d'un mécanisme inversé où les pollueurs bénéficient d'avantages complémentaires substantiels.

B – A l'instauration d'un principe inversé, pollueur/payé

Alors même que la prévention est réduite, l'injustice majeure apparaît avec de réelles limites à l'internalisation des coûts. Il s'agit d'apprécier comment et par qui sont supportées les charges inhérentes à la prévention des pollutions ou à leur correction. Deux aspects sont à examiner, la fiscalité et les financements

1°) une fiscalité inégalitaire

La fiscalité constitue un indicateur des politiques publiques⁶². Si de manière générale elle vise à collecter des ressources pour financer des politiques publiques. Elle constitue désormais une modalité d'accompagnement de ces mêmes politiques. Ainsi, en matière d'environnement elle poursuit aussi un autre objectif, orienter les comportements, en ce sens elle constitue la traduction d'un levier économique pour l'application du principe pollueur-payeur. Elle intervient à titre complémentaire comme une ressource affectée. Pour l'OCDE, « des taxes bien conçues attribuent clairement un prix aux atteintes à l'environnement et

⁵⁸ Entre autres : L121-3 (modifié loi ELAN) L121-5, L121-8 (modifié loi ELAN) L121-41, L122-1 et s., L122-7, L151-13 c.urb.

⁵⁹ Décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation d'un droit de dérogation reconnu au préfet, *JO du 31 décembre 2017*

⁶⁰ Décret n° 2018-239 du 3 avril 2018 relatif à l'adaptation en Guyane des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement *JO du 4 avril 2018*

⁶¹ Décret n° 2018-62 du 2 février 2018 portant application de l'article L. 611-33 du code minier - *JO du 4 février 2018*

⁶² En matière d'eau, la Cour des Comptes, dans ses rapports annuels a souvent pointé les difficultés ou errements en la matière, cf. les rapports de 2015, 2017

devraient donc permettre de résoudre pour l'essentiel les problèmes d'externalités écologiques
»⁶³.

La fiscalité apparaît au niveau européen comme l'un des instruments de gestion de l'environnement, elle est affirmée dès le 5ème programme européen pour l'environnement⁶⁴. La mise en œuvre de taxes environnementales est préconisée dans un livre blanc en 1993⁶⁵, puis dans un rapport en 1996, et les programmes européens pour l'environnement⁶⁶. Le 7ème programme européen pour l'environnement vise l'application systématique de l'application du principe pollueur/payeur et la fiscalité comme instrument économique pour lutter contre les pollutions⁶⁷.

Pour la France la fiscalité dans le domaine de l'eau a connu des évolutions significatives, le socle fut stabilisé en 2006⁶⁸. Dans une décision de 2000, le Conseil Constitutionnel considère que « le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »⁶⁹. Comme le souligne le Conseil des impôts, « ces mesures peuvent encourager les comportements moins polluants bien que leur but premier soit de financer un service »⁷⁰. Mais en France, ce volet environnemental de la fiscalité révèle de substantielles limites, il apparaît bien comme le souligne le Pr s. Caudal plutôt « laborieux et conflictuel »⁷¹.

De manière globale, la TGAP pouvait constituer un levier global affectant directement les activités et les projets polluants. Mais son développement a été limité dans le domaine de l'eau pour privilégier un dispositif de « redevances »⁷². Or, une redevance doit « trouver sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage »⁷³. Dans le domaine de l'eau, hormis les redevances de service (eau potable assainissement), les redevances visent moins à rendre un service qu'à modifier le comportement des acteurs économiques. Il apparaît qu'elles contribuent aussi à compenser certaines lignes budgétaires.⁷⁴

⁶³ OCDE « La fiscalité, l'innovation et l'environnement », Etude 2010, résumé p. 6.

⁶⁴ Programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable, *JOCE C138 du 17 mai 1993*.

⁶⁵ Livre blanc « Croissance, compétitivité, emploi - les défis et les pistes pour entrer dans le 21^eS., Ch 10, en particulier – Com (93) 700 du 5 décembre 1993

⁶⁶ Commission européenne La politique européenne en matière d'environnement dans la perspective du 21ème Siècle – état d'avancement et plan d'action de la Commission concernant le 5ème programme, DG111996. – Union européenne : décision 1386/2013/UE du 20 novembre 2013 relative a un programme d'action général de l'Union pour l'environnement a l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », *JOUE L354/171 du 28.12.2013*

⁶⁷ Décision 1386/2013/UE du 20 novembre 2013 précitée

⁶⁸ Cf. Code de l'eau 4^e ed. précité, Ch. 11

⁶⁹ Cons.Cons. 28 décembre 2000, n° 2000-441, loi de finances rectificative pour 2000, Rec. p. 201., en l'espèce ici une différence de traitement non fondée conduit à une sanction de l'article de la loi

⁷⁰ Rapport du Conseil des Impôts, « Fiscalité et environnement », 2005, p. 7., p.37

⁷¹ S. Caudal La fiscalité de l'environnement LGDJ Lextenso éditions 2014, p.19

⁷² Art. 266 sexies à 266 terdecies du code des douanes issus des art. 45 de la loi de finances pour 1999 n° 98-1266 du 30 décembre 1998, *JO du 31 décembre 1998*, art. L 151-1 et s. c. env. Le décret 2006-16 du 22 février 2006 modifiant l'annexe à l'art. R 151-2 du c. env. relatif à la TGAP (*JO du 24 février 2006*) précise les conditions d'application à certaines ICPE. Art. 7

la loi 99-1140 du 29 décembre 1999 loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, *JO du 30 décembre 1999*, art. 41 et 43 de la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999, loi de finances pour 2000, *JO du 31 décembre 1999* ; Rapport du Conseil des impôts précité, p. 57 et s. ; Art. 213-10-8 du c. env, avec la taxe sur les pollutions diffuses, conduisant à l'abrogation, au 1er janvier 2008 de la TGAP correspondante, art. 101. III, loi EMA.

⁷³ CE. Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, Rec. p. 572, avec un exemple pratique plus récent : CE 16 décembre 2010, req. n° 328006 SCP Les Audes,.

⁷⁴ Cf. Les prélèvements opérés sur les budgets des Agences de l'eau, infra

Le cœur du dispositif repose sur un ensemble de prélèvements caractérisés par des dénominations variables, entre taxes et redevances. Pour ce qui est des redevances, elles sont précisément énumérées « redevances pour pollution de l'eau, pour modernisation des réseaux de collecte, pour pollutions diffuses, pour prélèvement sur la ressource en eau, pour stockage d'eau en période d'étiage, pour obstacle sur les cours d'eau et pour protection du milieu aquatique. »⁷⁵. Il comporte aussi un ensemble de mesures complémentaires, notamment la redevance pour les EPTB⁷⁶ ou la taxe GEMAPI⁷⁷.

Concernant le domaine de l'eau, force est de constater que les redevances font l'objet d'une mise en œuvre marquée par, une injustice caractérisée. Pour la seule redevance « pollutions » applicable aux secteurs autres que ménagers, le rapport inter-inspection de décembre 2017 souligne « La redevance pour pollutions diffuses est insuffisamment incitative pour la mise en œuvre d'alternatives aux produits phytopharmaceutiques et son augmentation pourrait procurer des recettes pour un plan d'action »⁷⁸.

De plus, cet ensemble est appliqué de manière très différenciée selon qu'il s'agit des ménages ou des autres secteurs. Il en résulte que dès 1999 un rapport du commissariat général du plan soulignait qu'en France « le consommateur d'eau participe à plus de 80% à l'action collective de gestion et d'amélioration des ressources en eau, l'industrie pour 18% et l'agriculture pour à peine 1%. Le consommateur d'eau citadin contribue plus que le consommateur rural à cette action collective »⁷⁹. La réforme de 2006 aurait pu permettre de significatives évolutions, les parlementaires ayant bien identifié les enjeux, mais ils ont pérennisé les injustices⁸⁰. Cette situation n'a que trop peu évolué, le programme des agences de l'eau en révèle l'ampleur⁸¹. Le rapport de l'Ass. Nat. de juin 2018 confirme ces tendances en soulignant qu'elles interviennent « en violation flagrante du principe pollueur/payeur »⁸².

Les mêmes appréciations peuvent être portées sur les redevances « rejets », avec une très faible application de la tarification différenciée pour les eaux usées « non domestiques »⁸³, d'où il résulte que les ménages supportent l'essentiel des charges de leur traitement.

⁷⁵ Art. L. 213-10 du c. env.

⁷⁶ Art. L. 213-9-2-IV du c. env, et L. 213-12-VII du c. env.

⁷⁷ Art. 1530 bis du CGI, renvoyant aux compétences de l'art. L. 211-7 du c. env.

⁷⁸ – Rapport inter inspections (CGDD, IGAS, CGAAER) Utilisation des produits phytopharmaceutiques décembre 2017, précité, p.85

⁷⁹ Commissariat général du plan, « Evaluation du dispositif des agences de l'eau », Rapport au gouvernement, 1997, La documentation française.

⁸⁰ Débats au Sénat lors de la discussion du projet de loi sur l'eau en avril 2005, la perspective évoquée par les parlementaires et le gouvernement serait de porter à 2 % la participation du secteur agricole, elle a évolué vers 4 % lors de la discussion à l'Assemblée Nationale en mai 2006.

⁸¹ Cf. les 10ème programmes 2013/2018 des agences de l'eau, où pour certains la participation du secteur agricole sera inférieure à 1 %. Dans son rapport annuel de 2015 la Cour des comptes rappelle ces déséquilibres majeurs avec, pour les seules redevances pollution, les ménages qui contribuent à hauteur de 87% (pour certains bassins 90%), l'agriculture 6% au plus (en sus Le Monde, 11 février 2015).

⁸² Commissariat général du Plan Rapport Evaluation du dispositif des agences de l'eau », La documentation française, 1997, p. 133. Débats au Sénat lors de la discussion du projet de loi sur l'eau en avril 2005, la perspective évoquée par les parlementaires et le gouvernement serait de porter à 2 % la participation du secteur agricole, elle a évolué vers 4 % lors de la discussion à l'Assemblée Nationale en mai 2006. Cf. les 10ème programmes 2013/2018 des agences de l'eau, où pour certains la participation du secteur agricole sera inférieure à 1 %. Dans son rapport annuel de 2015 la Cour des comptes rappelle ces déséquilibres majeurs avec, pour les seules redevances pollution, les ménages qui contribuent à hauteur de 87% (pour certains bassins 90%), l'agriculture 6% au plus (en sus Le Monde, 11 février 2015). Le Rapport 1101 précité confirme cet état des lieux (cf. p.132)

868 GIEC, « Bilan 2007 des changements climatiques », Février 2007 cf. www.ipcc.ch – PNUD,

⁸³ Art. 1311-10 du code de la santé publique , L213-10-2 c.env.,

2°) des financements compensant les pollueurs

Au-delà des financements pour préserver l'environnement⁸⁴, notamment via des fonds européens, ont été instaurés un ensemble de soutien à des activités dont le modèle de développement génère un impact majeur sur l'eau et les milieux aquatiques, en France les programmes des Agences de l'eau y contribuent⁸⁵. De plus dans le cadre de la gestion des effets des pollutions, des charges exorbitantes du droit commun sont supportées par la collectivité et les contribuables avec :

- des prélèvements exceptionnellement pérennes sur le budget des agences de l'eau. En effet, la loi de finances pour 2018 a confirmé les ponctions sur les ressources des Agences de l'eau. Il s'agit notamment d'affecter des fonds à l'ONCFS (peut-être pour financer la réduction de permis de chasse ?) non intégré à l'AFB⁸⁶. De plus Le prélèvement exceptionnel sur le fonds de roulement des Agences de l'eau a été maintenu pour la troisième année pour 175 M d'€⁸⁷. Mais ce sont les usagers domestiques qui contribuent le plus au budget de ces agences ... Les économies budgétaires annoncées pour 2019 vont affecter les domaines de la biodiversité et de l'eau, confortées par une pérennisation des prélèvements. Alors même que les objectifs «qualité des eaux» n'ont pas été atteints, le domaine de l'eau va ainsi compenser certaines coupes budgétaires, mais comme le souligne un rapport parlementaire « Les prélèvements opérés par l'État sur le budget des agences de l'eau ne sont pas soutenables à moyen terme⁸⁸ ».

- dans le cadre de la PAC, les acteurs agricoles bénéficient d'aides globales selon les caractéristiques de l'exploitation ce qui absorbe 80% du budget (avec le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) ⁸⁹ et d'aides sectorisées avec les 20 % restant qui sont co-financées par les Etats (avec le Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER), notamment pour le développement de l'agriculture biologique ou pour le financement de mesures agro-environnementales. Dans le cadre de ce deuxième volet, le rôle des Etats est déterminant. Ainsi l'agriculture biologique, fait l'objet de mesures contrastées, si la reconduction des aides à la reconversion est acquise,

⁸⁴ Décision 2004/C191/02 relative aux lignes directrices pour les projets de démonstration Life environnement, *JOUE C191/2 du 27 juillet 2004*. Avec pour la première phase 1992/1995 a été dotée de 400 millions d'euros, la seconde 1996/1999 de 450 millions d'euros, la troisième, Life III 2000/2004 dispose d'un budget de 640 millions d'euros, prolongée pour 2005/2006 par la décision 1682/2004, elle a été complétée par une dotation de 317 millions d'euros. Cf. désormais Règlement (UE) n° 1293/2013 du 11 décembre 2013 relatif à l'établissement d'un programme pour l'environnement et l'action pour le climat (LIFE) et abrogeant le règlement (CE) n° 614/2007, *JOUE n° L 347 du 20/12/2013*.

⁸⁵ Pour les 10° programmes, 2013/2018, un budget de 13.3 milliards d'euros a été prévu pour la préservation de l'eau et des milieux aquatiques

⁸⁶ Cf. art. 44- VI, B et 135 de la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018 (1) - *JO du 31 décembre 2017*, arrêté du 12 février 2018 relatif à la contribution financière des agences de l'eau à l'Agence française pour la biodiversité et à l'Office national de la chasse et de la faune sauvage, avec 243.3 millions d'euros pour l'AFB et 37 millions d'euros pour l'ONCFS.

⁸⁷ Arrêté du 25 avril 2017 relatif à la contribution financière des agences de l'eau à l'Agence française pour la biodiversité (*JO du 3 mai*)

⁸⁸ Ass. Nat. Rapport d'information déposé par la mission d'information sur la ressource en eau n°1101 du 26 juin 2018

⁸⁹ Règlement (UE) no 1307/2013 — Règles relatives aux paiements directs en faveur des agriculteurs au titre de la politique agricole commune, Règlement (UE) 2017/2393 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2017 modifiant les règlements (UE) n° 1305/2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) *JOUE L350-15 du 29.12.2017*

le maintien de cette production est remis en cause⁹⁰. Le retard de paiement des aides à cette agriculture constitue aussi une entrave à son développement⁹¹.

Au-delà de ces aides dites « structurelles » et générales⁹² le secteur agricole bénéficie :

- du financement des diverses mesures volontaires et programmatiques. Ainsi, la mise en conformité des bâtiments et la réduction des pollutions a été financée pour les 2/3 par l'Etat, les collectivités territoriales et les agences de l'eau, 1/3 par les éleveurs. Les programmes pluriannuels des agences de l'eau consacrent une part significative au domaine agricole⁹³,
- d'un prélèvement annuel sur le produit de la redevance pour pollution diffuses qui est effectué au profit de l'AFB afin de mettre en œuvre le programme national visant à la réduction de l'usage des pesticides dans l'agriculture et à la maîtrise des risques y afférents⁹⁴. L'impact financier des pratiques ainsi développées révèle l'inapplication du principe pollueur/payeur dont le secteur agricole constitue l'un des pôles désigné⁹⁵.

L'évolution vers une agriculture intégrant de manière plus caractérisée les questions de l'eau et des milieux aquatiques est posée tant au plan international, européen que français⁹⁶, elle conduit à interroger le modèle même de production. Mais aucune réforme ne vise à remettre en cause ce modèle économique.

Ce double mécanisme est conforté par les coûts exorbitants pour la société, et les ménages en particulier, de la prise en charge des pollutions⁹⁷. Au niveau européen, les conséquences économiques des micros polluants ont été évalué à 157 milliards d'€⁹⁸.

A lui seul le dossier des algues vertes cristallise l'attention avec des chiffres tout à fait significatifs⁹⁹. Un rapport souligne l'ampleur des financements¹⁰⁰. Le ramassage des algues

⁹⁰ L'Etat supprime des aides au maintien et à la conversion, cf. le Monde 22/09/2017, Les Echos, 22/09/2017, Dans une louable évolution, le Ministre de l'agriculture annonce une aide de 1.1 milliards € sur 5 ans pour favoriser les conversions au Bio, cf. AFP 6 avril 2018, mais l'aide au maintien (2.5 milliards €) reste supprimée.

⁹¹ Ce retard concerne jusqu'à trois années de subventions, une action contre l'Etat a été engagée : cf. Le Monde 22 février 2019 article L. GIRARD

⁹² Décret n°2017-1286 du 21 août 2017 relatif aux paiements agroenvironnementaux et climatiques, aux aides en faveur de l'agriculture biologique, aux paiements au titre de Natura 2000 et de la directive-cadre sur l'eau et modifiant le code rural et de la pêche maritime, *JO du 22 août 2017*

⁹³ Le seul programme de mise en conformité a été évalué à 7 milliards de francs. Pour le 10^{ème} programme 2013/2018, sur 13,3 milliards d'euros la lutte contre les pollutions représente 68 %, la lutte contre les pollutions diffuses notamment agricoles étant au nombre des priorités.

⁹⁴ Art. L213-4 et L213-10, V du du c. env. Le prélèvement réparti entre les agences de l'eau est plafonné à 41 millions d'euros.

⁹⁵ Art. 9 DCE désigne les trois secteurs industriels, les ménages et le secteur agricole, cf. Monpion A., « Le principe pollueur/payeur et l'activité agricole dans l'Union Européenne », Thèse de doctorat. Limoges. Mars 2007, précité.

⁹⁶ Parmi les nombreux documents : FAO, Eau et Agriculture, 2002, FAO, eau, agriculture et alimentation 2004, OCDE, Gestion durable des ressources en eau dans le secteur agricole (résumé) 2010, Avis de CESE d'avril 2013, Mme Denier-Pasquier F., « La gestion et l'usage de l'eau en agriculture », Rapport n°16072, Publication CGAAER « Eau, agriculture et changement climatique, statu quo ou anticipation » juin 2017.

⁹⁷ Entre autres : OCDE Qualité de l'eau et agriculture, un défi pour les politiques publiques 2012, p.12 avec un chiffrage de plusieurs milliards de \$ par an. Selon Eaufrance (www.eaufrance), en France les surcoûts et pertes financiers annuels des pollutions agricoles diffuses sont évalués entre 1 110 à 1 680 millions d'euros par an, dont : 370 à 390 M€ de dépenses supplémentaires pour les ménages, n'impactant pas la facture d'eau (achat d'eau en bouteille, filtrage de l'eau...), 640 à 1 140 M€ de dépenses supplémentaires pour les services d'eau et d'assainissement, impactant la facture d'eau des ménages (soit de 6,6 % à 11,8 % de la facture d'eau) et 100 à 150 M€ de pertes marchandes dues à l'eutrophisation. Le Monde 17/10/2017 La qualité de l'eau se dégrade encore en France ; UFC «La préservation de la ressource aquatique » octobre 2017, qui souligne la responsabilité de l'agriculture intensive, qui répand massivement des pesticides. Dans une étude de janvier 2017, UFC évalue à 2.8 millions les personnes disposant d'une eau polluée notamment par les activités agricoles : Etude de la qualité de l'eau potable en France. Le rapport n°1101 Ass. Nat. Précité mentionne un surcoût de

⁹⁸ Environnement & Technique - Lutte contre les micropolluants : pour une approche globale – Hors-série novembre 2016

vertes révèle des enjeux financiers majeurs¹⁰¹. La corrélation entre la prolifération des algues vertes et la baisse des activités touristiques a été mise en évidence¹⁰².

Dès 2011 deux publications convergent pour constater l'ampleur du phénomène. Ainsi, selon une étude européenne pour la préservation de la vie et de la santé humaines, des services écosystémiques et une réduction des émissions de gaz à effet de serre, les « dommages causés globalement représentent 70-300 milliards €/an », tandis qu'en France le seul coût des externalités des effets « nitrates » oscillerait pour les ménages entre 1.7 et 2.7 milliards d'euros par an¹⁰³. Mais le coût complet du traitement annuel de ces excédents d'agriculture et d'élevage dissous dans l'eau serait supérieur à 54 milliards d'euros par an, tandis que le coût complet de dépollution du stock des eaux souterraines serait supérieur à 522 milliards d'euros¹⁰⁴. Le rapport du CGDD publié en 2015 confirme ces chiffres en évaluant les externalités pour la société entre 0.9 et 2.9 milliards d'euros¹⁰⁵. Les seuls coûts de dépollution des nitrates agricoles supportés par les Services publics de l'eau et de l'assainissement (SPEA) se situeraient entre 280 M€ et 610 M€¹⁰⁶.

Cette situation est rappelée par le rapport 2018 sur l'eau¹⁰⁷ qui mentionne que le surcoût liées aux excédents d'azote et de pesticides d'origine agricole est payé directement par les ménages à hauteur de « 640 à 1 140 millions d'euros répercutés sur la facture d'eau, représentant entre 7 et 12 % de cette facture en moyenne nationale ».

De manière générale, c'est bien l'ensemble des éléments inhérents à la démarche intégrée et à l'internalisation des coûts qui est à revoir pour la mise en œuvre du principe pollueur payeur. Comme le recommandait déjà le Conseil des impôts en 2005 « une meilleure cohérence dans l'utilisation des divers instruments : la réglementation et les différentes taxes, redevances et subventions »¹⁰⁸, des évolutions paraissent bien envisageables¹⁰⁹.

Si le volet « intégration » est perfectible, qu'en est-il de la mise en œuvre de la responsabilité des pollueurs ?

⁹⁹ Un premier plan d'action de lutte contre les algues vertes couvrant la période 2010/2015 arrêté le 5 février 2010 représentant sur 5 ans 89.540 millions €, cf. CGDD-CGAAER Rapport n° :009998-01 et 14113 Evaluation du volet préventif du plan 2010-2015 de lutte contre les algues vertes en Bretagne - Bilan et propositions, p.41- Mai 2015 ; Un deuxième plan a été publié en décembre 2017, il couvre la période 2017/2021 pour un montant de 25 millions €.

¹⁰⁰ Rapport d'évaluation du PMPOA, réalisé par l'inspection générale des finances, le comité permanent des corps d'inspection du ministère de l'agriculture et le Conseil général des eaux et forêts, et rendu en juillet 1999, soulignait une dérive financière et un impact incertain de ces financements (de 7,3 milliards, le coût serait passé à 15 milliards de francs).

¹⁰¹ Cf. www.developpement-durable.gouv.fr, « nitrates, algues vertes en Bretagne » : le coût est évalué à 300 à 500 000 euros par an, pris en charge par les communes et les conseils généraux des Côtes d'Armor et du Finistère. Selon une étude du CESER Bretagne de mai 2011 « les marées vertes en Bretagne : pour un diagnostic partagé garant d'une action efficace », pour 2010 ce coût a été de 850 000 € pour 61 000 tonnes échouées. Sur la période 2010/2015, le ramassage concerne 30 000 m3 annuel en moyenne (cf. 2ème plan 2017/2021, précité p.5)

¹⁰² CGDD Marées certes et fréquentation touristique ; analyse Avril 2017. En 2015 (rapport précité), le CGDD rappelle p.15 que « les pertes marchandes touristiques entraînent des dépenses de l'ordre de 70 à 100 M€ par an (Bommelaer et Devaux, 2011) ».

¹⁰³ CGDD Coût des principales pollutions agricole de l'eau Etudes et documents n°52 septembre 2011, Université de Cambridge Un ensemble de 8 scientifiques The European Nitrogen Assessment Sources, Effects and Policy Perspectives 2011 6 Voir aussi S. GENEMONT L'azote si cher à nos campagnes – Pollutions atmosphériques n° spécial septembre 2016

¹⁰⁴ CGDD 2011 précité, p. 3

¹⁰⁵ CGDD Les pollutions par les engrais azotés et les produits phytosanitaires : coûts et solutions Etudes et documents n°136 décembre 2015

¹⁰⁶ CGDD 2015 Précité p.14

¹⁰⁷ Rapport n°1101 Ass. Nat. Sur la ressource en eau 21 juin 2018, renvoyant au rapport CGDD n°52 – septembre 2011 précité

¹⁰⁸ Conseil des Impôts, Rapport « Fiscalité et environnement », 2005, p. 7.p. 130

¹⁰⁹ M. CHAVAGNAC et JJ GOUGUET JJ La DCE au défi de l'internalisation des effets externes précités

II – Aux perspectives de la responsabilité limitée des pollueurs

La mise en œuvre du volet réparation du principe pollueur/payeur révèle des évolutions contrastées. En effet, si le principe de réparation du préjudice écologique apparaît comme une évolution positive, un ensemble de règles et procédures révèlent encore des limites à son effectivité.

Au-delà de la question de la réparation du préjudice écologique, il faut apprécier la mise en œuvre de cette responsabilité à la lumière des conditions d'interventions du 3^o pilier de la Convention d'Aarhus, l'accès à la contestation, l'accès à la justice « , les procédures visées aux paragraphes 1, 2 et 3 ci-dessus doivent offrir des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par injonction s'il y a lieu, et doivent être objectives, équitables et rapides sans que leur coût soit prohibitif »¹¹⁰.

Deux aspects retiendront notre attention, le premier concerne les règles et les procédures relatives à la contestation, de ce point de vue un ensemble de régressions rend ces conditions préalables perfectibles. Ensuite force est de constater que si la reconnaissance de la réparation du préjudice écologique constitue une avancée majeure, sa réalisation s'appréciera dans le temps.

A – Des règles et procédures perfectibles

La police de l'eau et des milieux aquatiques vise à prévenir et à sanctionner les atteintes à l'eau, aux milieux, aquatiques, au patrimoine piscicole et aux activités y afférentes¹¹¹. L'émergence d'un droit pénal européen imposant de prévoir des sanctions pénales pour les infractions commises intentionnellement ou par négligence doit contribuer à renforcer l'application du principe pollueur-payeur en droit français¹¹². Les évolutions intervenues font directement référence au principe et à la nécessité de prévenir et réparer les dommages causés à l'environnement, notamment s'ils « affectent gravement l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux »¹¹³.

1^o) Sur les polices de l'environnement

Si la police de l'environnement est encore lacunaire¹¹⁴, les capacités d'intervention sont contraintes par un ensemble d'éléments, il en est ainsi

- des moyens opérationnels (effectifs, constats), d'où des interrogations sur le respect de l'Etat de droit, sur le poids des lobbies et les conditions d'instauration des règles elles-mêmes,
- des capacités humaines d'intervention des agents que traduit de manière générale le budget du Ministère puisque les plafonds de crédit qui lui sont affectés vont progresser jusqu'en 2020, donc sur trois ans, de 0.89%¹¹⁵!. La baisse générale du nombre

¹¹⁰ Art. 9.4 de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ensemble deux annexes), faite à Aarhus le 25 juin 1998

¹¹¹ Cf. Art. L210-1 et s., L430-1 et s. c.env., code de l'eau précité

¹¹² Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *JOUE n° L 328 du 06/12/2008*.

¹¹³ Art. L .160-1, L ; 161-1- I du c. env.

¹¹⁴ Entre autres : rapport CGEDD n° 008923-01, IGJSJ n°38/14, IGA n°14121-13071-01, CGAAER n° 13106 Evaluation des polices de l'environnement

¹¹⁵ Loi n° 2018-32 du 22 janvier 2018 de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022 Rapport annexé point III- A, 3

d'agents (au Ministère et à l'AFB) génère des effets sur la capacité opérationnelle d'intervention.

- de la volonté du Ministère lui-même qui donne des consignes d'allègement des contrôles en raison du manque de moyens, pour les dossiers soumis à déclaration IOTA¹¹⁶.
- des conditions d'accès au contentieux, notamment au regard des délais de recours contentieux qui ont été modifiés¹¹⁷. Nonobstant les exigences de facilitation d'accès à la justice prôné par l'article 9 de la convention d'Aarhus, intervient ici une réelle régression, le délai de référence de quatre ans jusqu'alors en vigueur¹¹⁸ a été sectoriellement puis de manière générale ramené à un an, il est désormais de quatre mois¹¹⁹.

Le praticien ne pourra ignorer les compétences assez significatives dévolues à la Cour d'appel de Nantes¹²⁰ où nombre décisions intéressant l'environnement et l'eau en particulier sont concernées.

A titre complémentaire, tout aménagement, tout projet a des effets sur l'eau et les milieux aquatiques. Or, les évolutions les plus récentes du contentieux de l'urbanisme et de l'aménagement révèlent des limitations procédurales drastiques. Il existe une sorte d'obsession de limitation de ce contentieux. Déjà le projet d'ordonnance de 2013 mentionnait qu'il s'agissait de prévenir des « contestations dilatoires ou abusives »¹²¹. L'objectif de ces évolutions est bien de « Construire plus, mieux et moins cher en agissant aux fins de limiter le contentieux, la lutte contre les recours abusifs, le renforcement des sanctions, s'inscrivant dans une perspective d'accélération du traitement des contentieux »¹²², en effet :

- des exigences complémentaires sont imposées désormais aux requérants, de même que la présentation de moyens nouveaux pendant la procédure est limitée¹²³,
- les conditions de recours des associations déjà limitées car elles devaient exister au moment de l'affichage sont encore renforcée, elles doivent exister désormais un an avant l'affichage en mairie, celles des particuliers sont particulièrement restrictives¹²⁴,
- les possibilités de régularisation d'une décision comportant des illégalités sont facilitées¹²⁵

De la même manière le contentieux des déclarations d'utilité publique est en cours de réformation avec une expérimentation qui vise à le réduire drastiquement¹²⁶.

2°) Sur les sanctions

¹¹⁶ Ministère de la transition écologique et solidaire: note technique du 5 février 2018 relative à l'instruction des dossiers de déclaration au titre de la loi sur l'eau - Cf. légifrance, date de mise en ligne :02/03/2018

¹¹⁷ Ordonnance n° 2017-80, décret n° 2017-81, art. L181-17, 181-18, R181-50 c.env.

¹¹⁸ Art. L514-6 c.env., décret 2010-1701

¹¹⁹ Art. R181-50 c.env.

¹²⁰ Décret 2016-9, nouvel art. R311-4 CJA

¹²¹ Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme, avec notamment les art. L. 600-7 et L. 600-8 c.urB ;

¹²² Motifs développés par le projet de loi ELAN n°846 déposé le 8 avril 2017 à l'Assemblée Nationale

¹²³ Art. R600-4, R600-5 issus du décret 2018-617 portant modification du code de justice administrative et du code de l'urbanisme (parties réglementaires - *JO du 18 juillet 2018*, mais aussi L600-3 Modifié par la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 ELAN - art. 80 .

¹²⁴ Art. L600-1-1 c.urb. Modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 ELAN - art. 80

¹²⁵ Art. L600-5 et s. c.urb. modifiés par la loi ELAN précitée art. 80, Cf. décret 2019-303 du 10 avril 2019 pris pour application de l'article L600-5-2 c.urb. *JO du 12 avril 2019*

¹²⁶ Décret n° 2018-1082 du 4 décembre 2018 relatif à l'expérimentation des demandes en appréciation de régularité - *JO du 6 décembre 2018*

La mise en œuvre du principe pollueur-payeur repose aussi sur la capacité des autorités publiques à sanctionner et poursuivre.

De ce point de vue deux aspects :

- les sanctions administratives : en théorie elles sont réelles et permettent de mettre en œuvre le principe pollueur-payeur¹²⁷. La mise en œuvre des règles et les prescriptions administratives sont adaptées puisque le préfet peut « prescrire, par arrêté complémentaire, la fourniture de précisions ou la mise à jour des informations relatives aux capacités techniques et financières de l'exploitant »¹²⁸. L'éventail des sanctions administratives est riche¹²⁹, il peut être efficace, les autorités pouvant même faire procéder d'office aux frais de l'intéressé à l'exécution des mesures prescrites¹³⁰. Ce dispositif concerne aussi la protection du domaine public fluvial¹³¹.

Cependant, le constat d'une illégalité se heurte le plus souvent au contexte économique du pollueur, à l'emploi, voire à des enjeux financiers comme le rappelle la Haute Juridiction en précisant « qu'en égard aux impacts financiers pour la société requérante de l'exécution de l'arrêté en cause qui, ainsi qu'il a été dit au point 1, prononce notamment l'arrêt définitif de l'exploitation de l'installation de stockage des déchets inertes et la remise en état du site, à ses conséquences en termes d'emploi, ainsi qu'à l'intérêt public lié à l'insuffisance, dans la région concernée, des sites de stockage de déchets inertes ainsi qu'au préjudice écologique susceptible d'être causé par report de sa clientèle vers des sites plus éloignés, la condition d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie »¹³².

Ce processus se double aussi de l'impact des lobbies qui s'attachent à stigmatiser les contrôles administratifs et remettre en cause les agents compétents, y compris en les agressant¹³³. De plus un double dispositif en limite la portée:

- les dossiers faisant l'objet de poursuites judiciaires sont peu nombreux, les motifs de classement sans suite ne sont pas connus
- les conditions d'intervention de la transaction en réduisent la portée. Instaurée par un décret, elle a été précisée en 1989¹³⁴. Longtemps réservée aux infractions en matière de pêche et de milieux piscicoles, elle est devenue un mode de résolution du contentieux pénal de l'environnement¹³⁵. La transaction éteint l'action pénale, sans préjuger d'une action civile contre l'auteur de l'infraction qui, en acceptant la transaction a reconnu sa faute. Par ses conditions de mise en œuvre cette procédure

¹²⁷ Art. L170 et s., notamment L171-6 et s. c.env., art. L610-1 et s. c.urb.

¹²⁸ CE 26 juillet 2018 req. n°416831, Association " Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambrésis » et autres

¹²⁹ L'autorité est tenue de mettre en demeure une personne de déposer un dossier de demande d'autorisation dans un délai de quatre mois, les travaux ayant été réalisés sans demande : CAA Bordeaux 28 août 2018 M. J...H. req. 16BX00222

¹³⁰ Voir art. L. 171-8, II, L. 211-5, L. 514-4 et s., L. 218-75 du c. env

¹³¹ Voir art. : L. 2132-3 à 2132-11 du CGPPP, L. 4311-1-2, L. 4312-2, L. 5337-1 et s. du code des transports.

¹³² CE 31 mars 2017, req. n° 403297, Ste Commercialisation décharge et travaux publics

¹³³ Le 15 février 2014 des manifestations contre l'ONEMA ont eu lieu dans 65 départements. Pour la première fois un tribunal a condamné pénalement un agriculteur qui avait agressé un agent de l'ONEMA : cf. T. Correc. Angers 16 janvier 2014. Le 18 décembre 2018, les locaux de l'AFB dans le Gard ont été saccagés par un « commando »

¹³⁴ Décret n° 89-554 du 2 août 1989 relatif aux transactions sur la poursuite des infractions en matière de pêches maritimes version consolidée au 22 février 1997, JO du 10 août 1989, précisé par une circulaire du 2 août 1989 relative aux transactions en matière de pêches maritimes, JO du 10 août 1989.

¹³⁵ Art. L. 173-12, R. 173-1 et s. du c. env.

révèle un Etat de droit « transigeant », atténuant ce faisant le caractère dissuasif des sanctions instaurées ainsi qu'une forme de déresponsabilisation des acteurs socio-économiques, du seul fait du plafonnement de l'amende au tiers du montant de l'amende encourue, mais aussi de la confidentialité de la procédure.

En application du principe pollueur/payeur, une sanction dissuasive aurait dû conduire à au moins un doublement de l'amende encourue, la publicité de la sanction aurait valeur « pédagogique ».

Si l'intervention des agents de l'AFB est contrainte, le rôle des ONG, des riverains est essentiel. Parfois les maires eux-mêmes peuvent contribuer à des situations conflictuelles dans le cadre de leurs compétences d'urbanisme. Ainsi la délivrance d'un permis de construire illégal, non contesté par l'Etat dans le cadre du contrôle de légalité, permet le passage de 106200 à 136200 poulets dans un élevage, seule la saisine des tribunaux a permis d'obtenir l'arrêt des travaux !¹³⁶. Mais l'exécution même des décisions de justice devient aléatoire. Le dossier du lac de Caussade est symptomatique, ainsi alors même qu'une décision de justice est intervenue, pour annuler et ordonner l'arrêt des travaux, l'administration tergiverse, et les travaux se poursuivent¹³⁷ !!

Le déficit de l'exercice des pouvoirs de police de l'environnement et de l'eau en particulier est récurrent. Dans son rapport de 2015, une mission interministérielle soulignait que « La police de l'eau en revanche est apparue comme nettement plus délicate à faire comprendre et admettre, surtout par les agriculteurs mais parfois également par les élus locaux »¹³⁸. Le rapport parlementaire de juin 2018 propose « Investir dans l'humain en renforçant considérablement la présence des agents chargés de la police de l'eau sur le terrain »¹³⁹.

Ce volet peut être clos par le rappel de l'une des conclusions du rapport sur l'eau de juin 2018 qui indique « L'État doit jouer tout son rôle, notamment en améliorant le fonctionnement des services de police de l'eau, administrative et répressive. Même s'il ne faut pas oublier, malheureusement, que les Parquets sont souvent peu motivés par les délits environnementaux »¹⁴⁰.

B – La réparation fondée sur une construction normative évolutive

C'est un processus lent mais inéluctable, porté par le droit international et européen qui a conduit à inscrire dans le droit et les faits la réparation du préjudice écologique

La réparation du préjudice écologique constitue la clé de voûte de la mise en œuvre du principe pollueur payeur. Si le droit international a permis très tôt d'identifier la responsabilité des Etats en matière de pollution transfrontalière l'émergence d'une responsabilité « objective » pour les dommages causés à l'environnement, constitue une évolution majeure¹⁴¹. Pour situer les enjeux de la question, il faut se référer au droit européen. En effet, la directive relative à la prévention et la réparation du préjudice écologique concerne bien :

¹³⁶ CE 4 mai 2018, req. n° 415924 Commune de Plaudren

¹³⁷ Tribunal administratif de Bordeaux, 30 novembre 2018, req. n°1804728FNE, avec confirmation de l'annulation du projet : TA Bordeaux 28 mars 2019, req. n° 1804061, 1804669 FNE/SEPANSO

¹³⁸Rapport CGEDD n° 008923-01, IGSJ n°38/14, IGA n°14121-13071-01, CGAAER n° 13106 précité p. 3, avec des mises en perspectives pour l'agriculture, p. 21 et s.

¹³⁹ Rapport 1101 précité, p. 144

¹⁴⁰ Rapport 1101 de juin 2018 précité, p.178

¹⁴¹ B. DROBENKO B. Répertoire de la responsabilité de la puissance publique - Responsabilité en matière d'environnement Dalloz- 2016, notamment n° 75, 104, 131.

- « toute personne physique ou morale, privée ou publique, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle.... »
- « toute activité exercée dans le cadre d'une activité économique, d'une affaire ou d'une entreprise, indépendamment de son caractère privé ou public, lucratif ou non lucratif »¹⁴².

Cette obligation de réparation constitue bien une avancée significative, même si elle comporte encore quelques limitations.

1° - D'une responsabilité affirmée

Au niveau international la Convention de Lugano instaure un régime général de responsabilité objective tenant compte du principe pollueur-payeur au niveau régional¹⁴³.

Sous l'impulsion du droit européen a été instaurée une obligation de prévention et de réparation des dommages environnementaux, par application du principe pollueur-payeur¹⁴⁴. En France l'affaire Erika va constituer une étape majeure dans la reconnaissance de l'obligation de réparer le préjudice écologique, la Cour de Cassation précisant que le préjudice écologique consiste « en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction », elle en déduit l'obligation pour le pollueur de le réparer¹⁴⁵. Cette décision va conduire, après réflexion, à une évolution du droit en vigueur¹⁴⁶.

Le domaine de l'eau va permettre de préciser la mise en œuvre de cette réparation.

La CJUE a d'abord caractérisé les exigences de la mise en œuvre de la responsabilité des pollueurs, y compris en matière de pollutions diffuses. Dès lors que le lien de causalité est établi entre les pollutions et les pollueurs (ici divers industriels) avec des éléments concrets et quantifiables, des mesures de réparation peuvent être imposées à un ou des exploitants ainsi identifiés¹⁴⁷.

En France les juridictions civiles appliquent bien le principe de la réparation¹⁴⁸, la Cour de Cassation sanctionne une Cour d'Appel qui, tout en constatant l'existence d'un préjudice écologique, n'a pas engagé le processus d'indemnisation, y compris en diligentant une expertise¹⁴⁹. Une commune est fondée à se constituer partie civile « pour solliciter l'indemnisation de tout préjudice subi du fait des infractions portant atteinte à l'intérêt collectif environnemental de son territoire »¹⁵⁰.

Le mouvement en faveur de la réparation du préjudice écologique est confirmé par la CIJ qui a rendu en 2018 une décision remarquable en précisant « La Cour est donc d'avis que

¹⁴² Directive 2004/35/CE I du 21 avril 2004 précitée, art. 2 et annexe 3 précisant les activités concernées

¹⁴³ Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement - Lugano, 21 juin 1993, ni signée ni ratifiée par la France.

¹⁴⁴ Directive 2004/35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. *JOCE L 143 du 30 avril 2004*, mais aussi directive 2005/35 du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, *JOUE n° L 255 du 30/09/2005* (Modifiée par la directive 2009/123 du Conseil du 21 octobre 2009) ou Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *JOUE n° L 328 du 06/12/2008*.

¹⁴⁵ Cour de Cass. Crim., 25 septembre 2012, précité p. 255.

¹⁴⁶ Rapport coordonné par JÉGOUZO Y.(dir.), rapport du groupe de travail installé par Mme C. TAUBIRA, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 17 sept. 2013, Art. 4 de la loi la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, aujourd'hui art. 1246 et s. code civil

¹⁴⁷ CJUE (grande chambre), 9 mars 2010, Raffinerie Méditerranéenne et autres c/ Ministères italiens et autres., Affaire C-378/08.

¹⁴⁸ CA Rennes 9 décembre 2016, req. n°202/2016 LPO: fuite de combustible ayant entraîné la mortalité d'oiseaux.

¹⁴⁹ Cass. Chambre Crim. 22 mars 2016 - n° de pourvoi : 13-87650.

¹⁵⁰ Cass. Chambre Crim. -6 décembre 2016 n° de pourvoi: 16-84350

les dommages causés à l'environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d'indemnisation en droit international. Cette indemnisation peut comprendre une indemnité pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux subie pendant la période précédant la reconstitution, et une indemnité pour la restauration de l'environnement endommagé » mais aussi«la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux »¹⁵¹.

L'un défi posé aux juridictions est l'évaluation du préjudice écologique. Une fois clairement distingué le préjudice écologique réparable du préjudice matériel et du préjudice moral¹⁵². De ce point de vue une méthodologie a été élaborée pour ce faire¹⁵³, sa pertinence a été retenue par les juridictions¹⁵⁴.

2° A une responsabilité encadrée

Ces évolutions favorables ne doivent pas ne préjugent pas de l'examen de l'ensemble des modalités de réparation du préjudice écologique. Or celle-ci n'est pas encore généralisée en France malgré les dispositions du droit européen qui ne distingue pas entre les auteurs à l'origine du préjudice écologique¹⁵⁵.

Nous pouvons constater à la fois un processus inachevé et des pratiques contraires à la mise en œuvre du principe pollueur-payeur.

- un processus inachevé

L'obligation de réparation semble encore exclue pour les acteurs publics. En effet, certes une commune peut engager un recours en indemnisation, ainsi une collectivité peut obtenir le remboursement de frais engagés pour ramasser les algues vertes, l'Etat étant condamné au dédommagement en raison de sa responsabilité relative aux manquements de contrôles des ICPE d'élevages¹⁵⁶.

Mais au regard de la réparation du préjudice écologique lui-même, les juridictions administratives limitent la portée de la réparation en se référant à leur cadre d'intervention. L'analyse conduit à une assimilation générant en fait une exclusion puisque « le préjudice écologique dont l'association se prévaut également en sa qualité d'association agréée doit être regardé comme se rattachant, dans les circonstances de l'espèce, au préjudice moral précédemment écart »¹⁵⁷.

L'Etat, comme les autres personnes morales de droit public prennent des décisions, engagent des travaux ou réalisent des ouvrages qui peuvent affecter directement l'environnement et sont susceptibles d'entraîner l'exigence de réparation d'un préjudice écologique. A ce titre, des évolutions s'imposent donc.

- des pratiques limitées de mise en œuvre du principe pollueur-payeur

La création de fonds apparaît certes comme un mécanisme de solidarité, elle peut aussi viser à limiter tout ou partie de la responsabilité des pollueurs, d'autant que les

¹⁵¹ CIJ 2 février 2018, Costa Rica c. Nicaragua, ref. n° 150

¹⁵² MP CAMPROUX « La réparation civile du préjudice écologique : l'affaire Erika et ses suites » Communications au Séminaire de Boulogne sur mer du 18 février 2014 « La protection de l'environnement littoral et marin par le juge judiciaire »

¹⁵³ Notons par exemple la méthode élaborée par des agents de l'ONEMA (Méthode LEGER, HUET, ARRIGNON (1971) ou (2003 RICHARD – NIHOUM, CSP 2007-), voir aussi D. LOUPSANS (sous la dir.) AFB Comprendre pour agir du dommage écologique au préjudice écologique, Publication AFB Juin 2017 - L'AFB a engagé la validation d'une méthode synthétique d'évaluation : cf. les travaux de P. CAESSTEKER, Chargé de mission milieux humides, Direction de la recherche, de l'expertise et du développement des compétences

¹⁵⁴ TGI Albi 13 septembre 2012 décision 08000000285, TGI Laval 12 décembre 2013 décision 12156000034.

¹⁵⁵ Art. 2 et annexe 3 de la directive 2004-35 précitée

¹⁵⁶ CAA Nantes, 24 Mars 2013, req. n° 2NT00345 (et autres, cf. précité). Commune de St Michel en Grève,

¹⁵⁷ CE 26 février 2016, req. n° 390081 ASPAS, Inédit au recueil Lebon, en rattachant « en l'espèce » le préjudice & écologique au préjudice moral

indemnités sont souvent plafonnées. Ainsi le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL), malgré son évolution et l'augmentation du plafond, les indemnités sont limitées¹⁵⁸.

Le fonds de prévention des risques naturels majeurs ainsi que le fonds de garantie pour l'indemnisation des victimes, qui concerne les inondations par exemple, conforté par un dispositif européen, permet de couvrir un ensemble de dépenses¹⁵⁹. Notons cependant que les recettes sont générées par tous les assurés avec des taux qui ont connu une inflation significative en passant de 2% lors de sa création en 1995 à 12% aujourd'hui¹⁶⁰.

Par ailleurs, les conséquences de l'épandage sur des sols agricoles de boues de stations d'épuration constitue un mode parmi d'autres de leur élimination. Cependant certaines peuvent être dangereuses, voire très dangereuses, pouvant générer des pollutions de terres jusqu'à les rendre impropres aux cultures. En application des principes de prévention de précaution et du principe pollueur/payeur, ce schéma devrait rester théorique, mais les dommages pouvant s'avérer réels, le législateur créé en 2006 un fonds de compensation¹⁶¹. Ce fonds qui vise à indemniser les préjudices subis par les exploitants agricoles et les propriétaires des terres agricoles et forestières dès lors que des épandages de boues d'épuration urbaines ou industrielles entraîneraient une pollution rendant ces terres totalement ou partiellement impropres à la culture. Certaines conditions sont posées: le risque ne doit pas pouvoir être connu au moment de l'épandage, le risque ou le dommage n'est pas assurable, enfin il est exigé le respect de la réglementation en vigueur.

Ce fonds contribue ainsi à instaurer une forme de « déresponsabilisation » et de mutualisation des conséquences de risques de pollutions. A l'occasion d'une QPC, le Conseil constitutionnel précise « qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause le choix du législateur de favoriser l'élimination des boues d'épuration au moyen de l'épandage », mais émet une réserve sur l'assiette de la taxe permettant de financer le fonds¹⁶². Ce fonds était financé par une taxe annuelle sur les producteurs de boue, qui a été supprimée en 2016¹⁶³.

Ces éléments situent bien les enjeux du principe pollueur/payeur qui intéresse l'ensemble des acteurs de la société. Les règles et procédures en vigueur ne répondent aux exigences de ce principe.

Les échappatoires ou les insuffisances ne peuvent masquer les avancées, elles les caractérisent.

Conclusion

En considérant les modalités de mise en œuvre du principe pollueur-payeur dans ses deux aspects, nous avons pu constater limites et les injustices majeures qui le caractérisent. Mais il est nécessaire d'en apprécier les lacunes à l'aune des objectifs poursuivis. En effet, le « bon état écologique » constitue pour la DCE l'objectif majeur, il devait être atteint par les Etats en décembre 2015. Cet objectif est conforté par les autres textes européens qui visent de manière indissociable des objectifs qualitatifs sectoriels concernant l'eau et la santé, avec notamment les directives nitrates, eaux résiduaires urbaines, milieux marins ou baignade.

¹⁵⁸ Convention de Bruxelles du 18 nov. 1971 mod. par le protocole du 27 nov. 1992, modifié en 2003, avec des ressources plafonnées à 920 millions d'euros

¹⁵⁹ Cf. Art. L561-3 c.env. art. L125-1 et s., et art. L. 421-1 et L421-16 code des assurances, pour le fonds européen : Règlement n° 2012/2002 du 11 novembre 2002, instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne, *JOCE n° L 311, 14 novembre 2002*.

¹⁶⁰ Art. L561-3 II, 2° al. c.env.

¹⁶¹ Art. 45 loi EMA, instaurant un Art. L 425-1 c. assur..

¹⁶² CC 2012-251 QPC 8 juin 2012 COPACEL *JO du 9 juin 2012*

¹⁶³ Art. L425-1 code des assurances modifié par la loi n°2016-1917 de finances pour 2017 du 29 décembre 2016 - art. 83 (V)

Force est de constater de ce point de vue que les résultats obtenus révèlent des insuffisances ou des injustices, les objectifs n'ont pas été atteints¹⁶⁴. En effet, au-delà des aspects théoriques, force est de constater que la mise en œuvre du principe pollueur-payeur dans le domaine de l'eau est lacunaire certes, mais aussi profondément injuste. De ce point de vue chaque élément analysé d'un point de vue juridique conduit à une convergence des constats :

- les mesures préalables (police administrative, contrôle, évaluation) font l'objet de réformes en atténuant la portée, la tentation d'une généralisation de mesures dérogatoires, interpelle l'Etat de droit lui-même,
- la fiscalité repose sur une application profondément inégalitaire, les ménages paient l'essentiel des charges, alors que leurs interventions dans les pollutions sont limitées,
- nonobstant la participation majoritaire des ménages, les contribuables sont mis à contribution de manière significative, renforçant ainsi l'injustice fiscale, les pollueurs bénéficient de paiements significatifs

Si le volet « responsabilité » et la prise en charge des pollutions par le pollueur a bénéficié d'évolutions significatives, sa mise en œuvre reste perfectible. La responsabilité de tous les acteurs doit être renforcée.

In fine, les politiques de prévention, de démarche intégrée et d'internalisation des coûts doivent être revues, les polices préventives et répressives doivent être renforcées avec des procédures de recours améliorées, facilitées.

Les évaluations de la politique de l'eau¹⁶⁵ convergent vers un même constat, une insuffisance caractérisée de la mise en œuvre du principe pollueur payeur pour toutes les activités, en particulier dans le secteur agricole, une police défaillante. Les préconisations visent à établir les perspectives qui révèlent divers scénarii possibles où l'application effective des principes de prévention, de précaution et pollueur-payeur imposent des moyens adaptés¹⁶⁶.

Ces orientations ne contribuent pas à résoudre les conflits en matière d'usage de l'eau que les effets des changements climatiques renforcent comme le soulignent les derniers travaux du GIEC ou du PNUD¹⁶⁷

Le droit de l'eau peut traduire ici la capacité des pouvoirs publics à engager un processus permettant de répondre à la fois aux besoins en termes quantitatifs et qualitatifs, mais aussi aux enjeux de santé et de gestion équilibrée de l'eau et des milieux aquatiques.

¹⁶⁴ AEE, « European waters, current status and future challenges » Synthesis 2009, Rapport LEVRAULT, « Evaluation de la politique de l'eau : quelles orientations pour faire évoluer la politique de l'eau », septembre 2013 – Rapport au Premier Ministre – M. LESAGE, « Evaluation de la politique de l'eau en France », juin 2013. AEE L'environnement en Europe, état et perspectives 2015, notamment, Rapport Ass. Nat n°1101 juin 2018 précité

¹⁶⁵ Outre le rapport Ass. Nat 06/2018 précité, les divers rapports CGEDD, CGAAER, IGF, IGA, CGEIET, A.M. Levraut Évaluation de la politique de l'eau Quelles orientations pour faire évoluer la politique de l'eau . 2013). L'évaluation des polices de l'environnement fait encore apparaître de substantielles lacunes, d'autant que le juge administratif n'y apparaît pas comme un acteur pouvant contribuer à son effectivité (cf. Rapport CGEDD n° 008923-01, IGSJ n°38/14, IGA n°14121-13071-01, CGAAER n° 13106 établi par H. LEGRAND et E. RÉBEILLÉ-BORGELLA, D. CHABROL (IGA), G. t FLAM (IGSJ), Y. MARCHAL (CGAAER), M.C. SOULIE (CGEDD), Evaluation de la police de l'environnement – 2015

¹⁶⁶ CGDD Etudes et documents n° 91, Aout 2013, « Eau, milieux aquatiques et territoires durables 2030 », synthèse étude prospective, p. 18.

¹⁶⁷ GIEC « Bilan 2007 des changements climatiques », Février 2007 cf. www.ipcc.ch – PNUD, Rapport mondial sur le développement humain, 2006, précité, notamment le Ch.5 « La concurrence pour l'accès à l'eau dans l'agriculture », p. 151. La Banque mondiale s'inquiète des conséquences du changement climatique sur l'eau avec des effets sur l'économie en général : communiqué du 3 mai 2016. FAO rapport précité du groupe d'experts de haut niveau ; FAO Towards a water and food secure future 2015 ; AEE Climate change, impacts and vulnerability in Europe 2016, janvier 2017 ; GIEC octobre 2018

Il va de soi que dans le contexte actuel, aucun acteur de la société ne peut échapper à ses responsabilités, y compris les acteurs politiques.