

INTRODUCTION GENERALE

Le succès rencontré par les principes dans pratiquement toutes les disciplines juridiques n'a pas pour autant dissipé le mystère qui les imprègne. Le législateur, la jurisprudence et la doctrine y font abondamment référence sans toujours percevoir en quoi ceux-ci se distinguent des autres règles de droit. Les questions les plus fondamentales mises en exergue depuis plusieurs décennies par les meilleurs théoriciens du droit demeurent toujours sans réponse. Plusieurs facteurs contribuent à obscurcir leur nature et leur portée juridique. Ils se caractérisent tout d'abord par une très grande disparité puisque se cotoient sous la même appellation des règles juridiques supérieures relevant directement des fondements ou des finalités premières de l'Etat de droit (principes d'égalité, de la sécurité juridique,..) de même que des règles appartenant plutôt à la technique juridique (principe de proportionnalité, ...). A cette première difficulté, s'ajoute une seconde : celle de leur origine. Les principes sont des règles juridiques supérieures qui sont parfois expressément inscrites dans des textes juridiques fondamentaux (Constitutions françaises de 1946, de 1958,...) et qui relèvent de ce fait du droit positif. A défaut d'être formulés dans une disposition constitutionnelle ou législative, les principes peuvent aussi être le produit d'une pure construction juridictionnelle. Cette hypothèse suscite une certaine perplexité sur le rôle du juge qui dans nos ordres juridiques continentaux n'a pas le pouvoir de créer des normes juridiques, sa fonction principale se cantonnant à trancher des litiges en appliquant les normes constitutionnelles, législatives et réglementaires s'imposant à lui¹. Enfin, l'hétérogénéité des fonctions que les principes sont supposés remplir ne fait qu'accroître la confusion : fonction d'inspiration du législateur et d'orientation du droit positif, de comblement des lacunes, de résolution des antinomies, pour d'aucuns; fonction carrément normative, pour d'autres. Pour d'aucuns, les principes se confondent avec les autres normes juridiques alors que pour d'autres, ils s'en différencient radicalement. De telles divergences n'ont fait qu'attiser les controverses sur la nature même des principes.

¹Ph. GERARD, "Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit", *Déviance et Société*, 1988, vo. 12, n° 1, p. 76.

Aujourd'hui, toutes les disciplines juridiques secrètent des principes en vue de marquer leur spécificité. L'on découvre ainsi au fil des lectures, des principes généraux du droit administratif, du droit civil, du droit public, du droit pénal,...et depuis plus récemment du droit de l'environnement. Le droit de l'environnement offre en effet, en raison de sa jeunesse, de l'hétérogénéité de ses sources et de son contenu technique un terrain d'élection particulièrement propice à l'application de principes. Devenus en peu de temps un instrument d'action privilégié par les pouvoirs publics, ils occupent aujourd'hui une place prépondérante dans l'évolution de ce droit.

Mais la disparité est telle qu'elle sème le trouble. Les principes du droit de l'environnement sont formulés aussi bien à l'échelon international, national que régional. Ils se retrouvent aussi bien énoncés dans des instruments de soft-law, telles les recommandations internationales que dans des textes juridiquement contraignants. Tantôt, c'est le législateur qui les consacre, tantôt c'est la doctrine qui réclame leur application, tantôt enfin, c'est le juge qui les découvre. Ils peuvent aussi bien revêtir une forme extrêmement générale - tels la prévention ou le pollueur-payeur - que technique, tel le principe de notifier à l'Etat d'exportation, le projet d'exporter une cargaison de déchets ou de substances dangereuses. Certains d'entre eux se cantonnent à un secteur bien spécifique du droit de l'environnement - tels les principes de proximité ou d'autosuffisance propres au droit des déchets - alors que d'autres, à l'instar du principe de précaution, s'appliquent à toutes les politiques sectorielles. Enfin, certains principes renferment de véritables obligations de droit positif alors que d'autres ne visent qu'à conforter des valeurs méta-juridiques.

Encore faut-il pouvoir trouver son chemin dans ce dédale. L'on reste à cet égard frappé non seulement par la diversité de principes propres au droit de l'environnement mais aussi devant la multiplicité de sens et de fonctions qui leur sont attribués. Aux principes de nature purement politique, se succèdent des principes renfermant des obligations plus précises. Les problèmes méthodologiques sont encore aggravés en droit de l'environnement par la multiplicité et de l'enchevêtrement des règles en présence et la coexistence de différents ordres juridiques consacrant des principes largement identiques.

Pour éviter de nous égarer dans une analyse qui se voudrait trop exhaustive, nous avons résolument centré notre recherche sur un nombre

limité de principes que l'on retrouve à la fois dans le droit international et communautaire de l'environnement ainsi que dans différents droits nationaux (France, Belgique, République fédérale d'Allemagne). Il s'agit là du pollueur-payeur, de la prévention, de la réduction de la pollution à la source, de la précaution et de l'intégration. D'aucuns nous reprocheront d'avoir adopté un point de vue trop étroit et d'avoir de la sorte oublier d'autres principes sans doute tout aussi essentiels. D'autres s'effaroucheront de notre audace. En étudiant cinq principes consacrés dans des termes différents dans chaque ordre juridique, ne risque-t-on pas de s'égarer dans les méandres du droit positif? Le terme de "principe" étant à tout point de vue polysémique, ne reçoit-il pas des acceptations fort différentes d'un ordre juridique à un autre, d'une branche du droit à une autre ou d'un auteur à un autre? N'aurait-il pas été plus prudent de limiter notre étude à un seul principe, tel celui du pollueur-payeur ou de précaution? Notre choix est arbitraire et nous l'assumons pleinement pour deux raisons. En premier lieu, les principes retenus se présentent dans différents ordres juridiques qui se conditionnent mutuellement. Ils sont donc loin d'être isolés. En second lieu, un lien de filiation peut être établi entre ces différents principes. Se conditionnant l'un l'autre, ils méritent pour cette raison d'être étudiés de façon globale.

Notre recherche se décompose en trois temps. La première partie est essentiellement descriptive. Elle retrace l'histoire de l'apparition et de la lente évolution de ces cinq principes, elle décrit leur contenu et identifie leur portée. Le fait que chacun d'eux fasse l'objet d'une analyse séparée, ne nous a pas empêché de mettre le plus souvent possible en exergue les rapports étroits qui les unissent. L'on verra aussi que ces différents principes se cotoient, se complètent, et parfois vont jusqu'à se contredire. Aussi ces rapports à la fois harmonieux et conflictuels suscitent-ils de nombreuses questions théoriques et pratiques.

Alors que la première partie repose sur une analyse verticale des différents principes, l'analyse menée par la suite se fait de manière transversale, les principes n'étant plus étudiés un à un de manière séparée. Pour illustrer notre propos, nous prenons appui tout spécialement sur le droit de la Communauté européenne et de certains de ses Etats membres.

Sur base des premiers enseignements dégagés dans la première partie de l'étude, la seconde partie tente de cerner la nature juridique des principes

identifiés au moyen d'une approche organique, formelle, matérielle et fonctionnelle. Cet exercice de dissection fera apparaître sur quels points ces principes se distinguent des règles contraignantes, des principes généraux du droit et des standards juridiques.

La nature juridique des principes du droit de l'environnement étant mise en relief, il nous restera à examiner de manière plus prospective, dans une troisième partie, les fonctions que ces principes sont susceptibles d'assumer dans le droit de l'environnement. L'on nous reprochera sans doute de tenir des propos trop engagés. Certes, nous devons admettre que notre propos n'est pas neutre. Nous tenterons de voir en effet comment les principes pourraient donner une plus grande cohérence au droit de l'environnement et lui garantir de la sorte une meilleure application. Cette recherche se justifie à nos yeux par la nécessité de garantir de manière plus efficace le respect d'un droit à un environnement sain, dont l'application est encore de nos jours largement méconnue.

TITRE Ier

LA GENESE DES PRINCIPES DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ENVIRONNEMENT

INTRODUCTION

Notre réflexion prend appui sur les cinq principes reconnus par le traité de la Communauté européenne². Le traité de Rome, amendé une première fois par l'Acte unique européen et ensuite par le Traité de Maastricht, reconnaît à son article 130 R.2 que l'action de la Communauté en matière d'environnement est fondée sur les principes de l'action préventive, de la correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement, de précaution et du pollueur-payeur. Par ailleurs, le traité reconnaît, juste à la suite de cette énumération, le principe d'intégration.

Deux raisons ont conditionné notre choix. En premier lieu, les cinq principes reconnus dans le traité de la Communauté européenne sont, pour la plupart, le fruit de longues réflexions qui se sont tenues dans différents cénacles internationaux. Ils ne peuvent être compris indépendamment des développements du droit international de l'environnement. En deuxième lieu, les cinq principes occupent une place essentielle dans l'ordre juridique communautaire³. Ils conditionnent largement l'élaboration du droit communautaire dérivé et, par conséquent, l'évolution des quinze droits nationaux de la Communauté européenne. Ainsi, les cinq principes se trouvent en interaction constante tant avec le droit international qu'avec les droits nationaux. Ils constituent, de ce fait, un lieu de réflexion privilégié pour une étude consacrée au rôle des principes dans l'évolution du droit de l'environnement.

Nous examinerons, dans un premier temps, la genèse de chacun de ces principes. Nous identifierons aussi les différentes facettes qu'ils sont susceptibles de revêtir. A cet égard, nous étayerons notre réflexion par des

2. En ce qui concerne les principes du droit communautaire de l'environnement, aucune contribution n'y a été consacrée à ce jour. Ces principes ont tout au plus été examinés par différents auteurs dans le cadre de contributions beaucoup plus générales sur les nouvelles dispositions du Traité de Rome concernant la protection de l'environnement (L. KRAMER, "L'Acte unique européen et la protection de l'environnement", *R.J.E.*, 1987/4; P. KROMAREK, "Commentaire de l'Acte unique européen", *R.J.E.*, 1988/1). Ces auteurs avaient mis en exergue la teneur plus politique que juridique des principes.

3. Une position exceptionnelle, car aucun des nouveaux domaines d'activité (politique régionale, politique scientifique, ..) introduits par l'Acte unique européen et le traité de Maastricht n'énoncent de tels principes.

exemples tirés du droit international de l'environnement. L'on tiendra particulièrement compte dans cette première partie de l'étude des apports du droit international et notamment des travaux consacrés à ces principes dans le cadre des autres organisations internationales (recommandations et lignes directrices de l'O.C.D.E., du P.N.U.E.,...).

Nous parcourrons, dans un deuxième temps, les développements qu'ont pu connaître chacun des principes en droit communautaire pour faire ensuite le relevé de leurs prolongements normatifs dans le droit communautaire dérivé. Nous examinerons non seulement leur portée juridique mais nous tenterons aussi de faire le bilan de leur efficacité au regard des objectifs de protection de l'environnement assignés par le traité de la Communauté européenne.

Enfin, dans un troisième temps, nous tenterons d'évaluer le rôle qu'a joué ou qu'est appelé à jouer chacun des principes dans l'essor du droit de l'environnement et dans son autonomie par rapport aux autres branches du droit.

CHAPITRE IER

LE PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR

INTRODUCTION

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

Il faut le rappeler d'emblée : le principe du pollueur-payeur est d'abord une règle économique d'allocation des coûts qui trouve sa source dans la théorie des externalités développée au début des années vingt par l'économiste anglais Pigou ⁴. La production ou la consommation d'un bien ou d'un service provoque un certain nombre d'effets externes qui ne sont pas pris en compte par le marché et qu'il faudrait cependant internaliser, c'est-à-dire intégrer dans le prix du bien ou du service en question, en les imputant à ceux qui en sont la cause. Les externalités négatives sont fréquentes dans le domaine de l'environnement qu'il s'agisse d'externalité de consommation (par exemple, les émissions de poussière de la cimenterie locale abîmant les fleurs du jardin) ou d'externalité de production (par exemple, une entreprise par ses rejets pollue l'eau d'une rivière utilisée aussi par une entreprise de pêche localisée en aval)(⁵). La pollution est un cas typique d'externalité négative dont le coût n'est pas pris en compte dans le prix de revient du bien produit ou consommé par les pollueurs. L'absence d'imputation de ces coûts s'apparente, a-t-on dit, à un "enrichissement sans cause"⁶. Le principe du pollueur-payeur oblige le pollueur à prendre en charge les coûts externes causés par sa pollution. Cette internalisation est totale lorsque tous les coûts de la pollution sont pris en charge par ce dernier; elle n'est que partielle lorsqu'une partie est reportée sur la collectivité.

4A. C. PIGOU, *The economics of welfare*, London, MacMillan, 2nd. ed., 1924.

5Voy. la synthèse de H. VARIAN, Introduction à la micro-économie, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 589 et sv.

6J. DUREN, "Le Pollueur-Payeur - L'application et l'avenir du principe", R.M.C., n° 305, mars 1987, p. 144.

Issu de la théorie économique⁽⁷⁾, le principe quitte progressivement la sphère des bonnes intentions et des gloses doctrinales pour servir de référent au législateur ou d'élément de motivation aux juridictions appelées à déduire la solution d'un cas d'espèce. Est-il pour autant possible d'en tirer des conséquences juridiques précises ? Telle est la question à laquelle tente de répondre notre étude largement exploratoire.

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

SECTION I. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR COMME UN PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL

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

§1er. LES RECOMMANDATIONS DE L'O.C.D.E.

Initialement, le principe apparaissait comme une justification de la prohibition des aides d'Etat tendant à financer des investissements anti-

⁷Si la théorie des externalités est un sujet traditionnel de la science économique, le principe du pollueur-payeur, hormis les textes de l'O.C.D.E. analysés plus loin est rarement consacré ou admis comme tel dans les études économiques. Au contraire l'article fondateur de R. COASE ("The Problem of Social Cost", J. Law & Economics (1960)) tend à souligner que si l'on fait abstraction des coûts de transaction, il n'est pas nécessairement plus efficace de donner à la victime de la pollution un droit à réparation que de reconnaître au pollueur le droit de polluer. Le niveau optimal de la pollution résulte en définitive de la libre négociation entre agents économiques pourvu qu'ils soient correctement informés. L'applicabilité même du principe pollueur-payeur dans un contexte international a été contestée dans des études économiques récentes. cf. K.G. MÅLER (1990) "International Environmental Problems", Oxford Review of Economic Policy, vol. 6, (1), p. 80 à 108; C. d'ASPREMONT et L.A. GERARD-VARET, "Négociations internationales sur l'environnement : principes de coopération et stratégies nationales", in Les fonctions collectives dans une économie de marché, 10ème congrès des économistes belges de langue française, 1992, p. 41 et sv. La popularisation du principe, notamment par le biais des travaux de l'O.C.D.E. paraît avoir gommé les nuances.

pollution. Que des entreprises privées puissent continuer à bénéficier des aides publiques pour financer ce type d'investissements aurait été contraire à la doctrine du libre échange (8). En effet, de telles aides sont susceptibles de provoquer des distorsions de concurrence (9). Les exceptions à l'interdiction des aides n'étaient autorisées que dans des circonstances exceptionnelles et moyennant le respect de conditions précises : elles ne pouvaient être octroyées qu'à des entreprises confrontées à de sérieuses difficultés, elles étaient limitées à des périodes transitoires et ne devaient pas causer de distorsions importantes dans les échanges commerciaux et les investissements internationaux. Cette philosophie néo-libérale qui sous-tend le principe n'a jamais été remise en question.

Limité, à ses débuts, à une internalisation partielle des coûts provoqués par des pollutions chroniques et continues, le principe a été progressivement élargi pour assurer l'internalisation de l'ensemble des coûts induits par la pollution(10). Cette évolution mérite d'être rappelée par un commentaire succinct des principales recommandations de l'O.C.D.E.

Enoncé pour la première fois dans la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. du 26 mai 1972 sur les Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, le principe se limitait à régler *«l'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution»*(11) ainsi que des mesures administratives afférentes. Il n'était donc pas conçu pour obliger les pollueurs à assumer toutes les conséquences de leurs actes. En outre, cette première recommandation soulignait que le pollueur devait seulement *"se voir imputer les dépenses relatives aux mesures arrêtées par les pouvoirs*

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

9 Pour une discussion, voy. S. GAINES, "The Polluter-Pays Principle : From Economic Equity to Environmental Ethos", Texas International Law Journal, vol. 26, p. 470 ets. où l'auteur analyse la compatibilité des subventions à la recherche et au développement avec le principe du pollueur-payeur.

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

11 (11) C(72) 128 (final) OCDE; 1972.

publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable". Ses auteurs n'avaient pas jugé raisonnable que le principe conduise à la suppression de toute forme de pollution (12). L'internalisation n'était par conséquent que partielle.

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

Un premier pas important fut franchi lorsque le Conseil de l'O.C.D.E. décida dans une recommandation du 5 juillet 1989, d'appliquer le principe du pollueur-payeur aux pollutions d'origine accidentelle liées aux substances dangereuses⁽¹³⁾. Ainsi, les mesures de prévention des pollutions accidentelles et le coût des mesures de lutte contre ces pollutions doivent être imputées à leurs auteurs. L'application du principe aux pollutions accidentelles n'a cependant pas un caractère absolu puisque le pollueur ne doit supporter que le coût des "mesures raisonnables" adoptées pour contrer la pollution accidentelle⁽¹⁴⁾.

Un autre pas fut franchi en 1991 lorsque le Conseil de cette organisation admit dans une recommandation relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, qu'une "*gestion durable et économiquement efficace des ressources d'environnement*" ne requerrait plus seulement l'internalisation des coûts de prévention et de lutte contre la pollution mais aussi l'internalisation du coût des dommages⁽¹⁵⁾. Dès lors, le pollueur est tenu de prendre en charge non seulement les mesures de prévention et de lutte contre la pollution (par exemple, la construction d'une installation de traitement de déchets) et les coûts administratifs afférents (par exemple, les mesures de surveillance des installations traitant des déchets), mais également les dommages causés par la pollution (par exemple, la détérioration des écosystèmes en raison du traitement des déchets). L'extension du principe pollueur-payeur aux

12 Dans une note sur la mise en oeuvre du principe du pollueur-payeur, le Comité de l'environnement souligne d'ailleurs qu'étant un principe d'allocation efficace des coûts, il ne doit pas déboucher sur un contrôle optimal de la pollution. Cf. Direction de l'environnement de l'O.C.D.E., Le principe pollueur-payeur, 1975.

13. C (89) 88 (final) OCDE, 1989.

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

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

pollutions accidentelles est fondamentale car il se transforme alors en mesure redistributive de dommages réalisés à répartir, de coûts à imputer ex post().

§ 2. LE DROIT COMMUNAUTAIRE

Le principe du pollueur-payeur s'est imposé graduellement comme un des piliers de la politique communautaire de l'environnement. S'inspirant des recommandations de l'O.C.D.E., le Conseil de Ministres a d'abord explicité le principe dans plusieurs recommandations et résolutions (16) et lui a ensuite donné une portée normative en adoptant plusieurs directives concernant la gestion des déchets. Il a par la suite été consacré comme un principe fondateur de la politique communautaire de l'environnement par son insertion dans le traité de la Communauté européenne (article 130R, paragraphe 2). Ici aussi, un bref rappel de l'évolution s'impose.

Le principe a été énoncé pour la première fois dans le premier programme d'action en matière d'environnement (1973-1976). Le Conseil a reconnu dans ce programme que les frais occasionnés par la prévention et la suppression des nuisances incombent, normalement, aux pollueurs. Des exceptions ne pouvaient être acceptées que dans la mesure où il n'en résultait pas de distorsions importantes au niveau des échanges et des investissements internationaux (17).

Afin de préciser ses modalités d'application, le Conseil a adopté le 3 mars 1975 une recommandation 75/436/Euratom/CECA/CEE relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement qui reprend, dans ses grandes lignes, les règles élaborées par l'O.C.D.E. (18).

Selon cette recommandation, *«les personnes physiques et morales, de droit privé ou public, responsables d'une pollution doivent payer les frais*

16(16) Tout en n'étant pas obligatoire, la recommandation n'est pas pour autant dépourvue d'effets juridiques. En principe, la recommandation ne lie pas. Toutefois, le juge national est tenu de prendre en compte les recommandations en vue de la solution des litiges qui lui sont soumis notamment dans l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter les dispositions communautaires ayant un caractère contraignant (C.J.C.E., 13 décembre 1989, aff. C- 322/88, Rec. p. 4.407, point 18).

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

18J.O., n° L 19 du 25 juillet 1975.

des mesures nécessaires pour éviter cette pollution ou la réduire afin de respecter les normes et les mesures équivalentes permettant d'atteindre les objectifs de qualité ou, lorsque ces objectifs n'existent pas, afin de respecter les normes et les mesures équivalentes fixées par les pouvoirs publics». Le pollueur est défini comme celui qui «dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation».

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

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

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

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

A titre accessoire, les redevances peuvent avoir un caractère redistributif qui consiste à faire supporter au pollueur *«sa quote-part des dépenses des mesures collectives»*. Dans la mesure où la redevance est appelée à remplir la seconde fonction, elle doit être prélevée de manière

telle que «son montant global soit égal à la somme des charges collectives d'élimination des nuisances».

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

Par la suite, le principe du pollueur-payeur a été repris dans les programmes d'action en matière d'environnement avec des légères variations dans la signification retenue. Dans le second programme d'action (1977-1981), il est toujours défini comme un instrument d'harmonisation du Marché commun dont l'objet est d'interdire l'octroi de subventions aux pollueurs si celles-ci créent des distorsions importantes dans les échanges communautaires⁽¹⁹⁾. Le troisième programme (1982-1986) met en exergue son rôle d'incitant pour réduire la pollution et promouvoir les technologies propres⁽²⁰⁾. Le quatrième programme (1987-1992) reconnaît que le principe doit conduire à l'adoption d'instruments économiques et à la mise en place d'un système de responsabilité étendue pour les dommages causés à l'environnement⁽²¹⁾. Le cinquième programme (1993-1998) poursuit l'idée du développement des instruments économiques⁽²²⁾.

Dans le courant des années septante, le principe du pollueur-payeur fait aussi son apparition dans le droit communautaire dérivé. Il est expressément repris dans quatre directives concernant la gestion des déchets (23). Depuis la modification de la directive-cadre par la directive 91/156/CEE, le principe du pollueur-payeur s'applique à l'ensemble de la gestion des

19. *J.O.*, n° C 139 du 13 juin 1977.

20. *J.O.*, n° C 46 du 17 février 1983.

21. *J.O.*, n° C 328 du 7 décembre 1987.

22. "En internalisant les coûts écologiques externes, ces instruments visent à inciter les producteurs et les consommateurs à utiliser les ressources naturelles d'une manière responsable, à éviter de polluer et de produire des déchets" (5ème programme d'action, n° 31).

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

déchets (24). En vertu de l'article 15 de la directive-cadre : «*Conformément au principe du pollueur-payeur, le coût de l'élimination des déchets doit être supporté par : le détenteur qui remet des déchets à un ramasseur ou à une entreprise (munie d'une autorisation) et/ou les détenteurs antérieurs ou le producteur du produit générateur de déchets*». Le principe est également invoqué pour justifier un régime de responsabilité objective dans la proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets (25). En revanche, les directives communautaires en matière de pollution atmosphérique, de protection des eaux, de nuisances sonores ou de protection de la nature n'y font aucune référence expresse.

Enfin, - aboutissement d'une évolution mais aussi départ de nouveaux développements - le principe du pollueur-payeur a été consacré dans le traité C.E., à l'article 130R, paragraphe 2, lors de sa modification par l'Acte unique européen. Il est placé sur le même pied que les principes de prévention, de précaution et de réduction de la pollution à la source (26). A l'instar de ces principes, il est censé orienter la définition et la mise en oeuvre de la politique communautaire de l'environnement. C'est une place essentielle qui lui est ainsi reconnue au sein du chapitre du traité consacré à la politique de l'environnement (27).

La reconnaissance du principe du pollueur-payeur comme fondement de l'action en matière d'environnement implique que les institutions de la Communauté, à savoir la Commission, le Conseil, le Parlement

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

25J.O., n° C 251 du 4 octobre 1989, p. 3. Pour un commentaire de cette directive, Ph. RENAUDIERE, "Proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets", *Amén.-Env.*, n° spécial 1990, p. 335.

26Si l'on ajoute le principe d'intégration, on obtient les cinq principes fondamentaux du droit communautaire de l'environnement auxquels aucune contribution spécifique n'a été consacrée à ce jour. Ils ont été examinés par différents auteurs dans des contributions beaucoup plus générales. Cfr. L. KRAMER, "L'Acte unique européen et la protection de l'environnement", *R.J.E.*, 1987/4, p. 487 ; P. KROMAREK, "Commentaire de l'Acte unique européen", *R.J.E.*, 1988/1, p. 88.

27On le retrouve à la même époque, énoncé dans la déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement. Le principe 16 de cette déclaration stipule que "Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, compte tenu de l'idée que c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, en ayant en vue l'intérêt du public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement". Cfr. M. PALLEMAERTS, "La Conférence de Rio : grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ?", *Revue belge de droit international*, 1995/1, p. 200.

européen, le Comité économique et social sont impérativement tenus de prendre en compte ledit principe dans le cadre des mesures qu'elles arrêtent. De surcroît, la Cour de justice est également tenue d'en assurer le respect dans les affaires qu'elle serait appelée à trancher.

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

Le principe s'applique également aux Etats membres de manière directe et indirecte. De manière directe, lorsqu'il est expressément énoncé dans les actes de droit dérivé (par exemple, la réglementation communautaire des déchets). Le principe trouve alors à s'appliquer dans l'ordre juridique des Etats membres qui doivent le transposer. De manière indirecte aussi dans le cas où le principe ne serait pas repris dans les actes de droit dérivé. Il est en effet censé éclairer la portée du droit dérivé. Les organes de l'Etat - administrations, pouvoir judiciaire - sont tenus d'interpréter les textes de droit national transposant le droit dérivé conformément aux principes qui en découlent(28). Dès lors, il ne paraît plus possible pour les Etats membres de mener une politique qui ferait manifestement fi du principe du pollueur-payeur.

§3. REFLEXIONS SUR LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE

Au fond, l'histoire du "pollueur-payeur" est celle d'un glissement de sens. Glissement de sens de la théorie économique des externalités qui ne reconnaît pas le principe en tant que tel (29) à sa consécration dans les travaux de l'O.C.D.E. et de la Communauté européenne où il a été invoqué

28C.J.C.E., 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. 14/83, Rec., p. 1891, point 26 et 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, Rec., p. I-4135, point 8.

29Cfr. *supra* note n° 4.

pour prévenir les distorsions de concurrence (instrument d'harmonisation en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché commun), pour fonder l'internalisation des pollutions chroniques (instrument de prévention) mais aussi pour garantir la réparation des dommages accidentels (instrument de redistribution).

Consacré aujourd'hui par des textes internationaux, le principe du pollueur-payeur paraît revêtu d'une signification quasi-éthique qui lui vaut sa popularité grandissante. Sur le plan juridique, ses contours restent mal définis³⁰. Avant d'en examiner les implications en droit fiscal et en droit de la responsabilité, il nous faut d'abord répondre à la question suivante.

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

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

30. Plusieurs contributions doctrinales ont été consacrées à la portée juridique du principe du pollueur-payeur, voir F. CABALLERO, Essai sur la notion juridique de nuisance, Paris, L.G.D.J., 1981, n° 253, p. 315.; M. REMOND-GOUILLOU, Du droit de détruire, Paris, P.U.F., 1989, p. 161.; Ph. GAUTIER, «L'Acte unique et les principes de l'action communautaire en matière d'environnement : prévention ou réparation ?», in La réparation des dommages catastrophiques, XIIIème journée J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 379 .; M. MELI, «Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della comunità europea», Riv. Giur. Amb., 1989/2, p. 217; L. KRÄMER, «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire — interprétation de l'article 130 R du Traité C.E.E.», Amén.-Env., 1991/1, p. 3; M. PRIEUR, Droit de l'environnement, 2ème éd., Paris, Précis Dalloz, 1991, n° 138. ; B. JADOT, «Le statut juridique des déchets, au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement», in L'entreprise et la gestion des déchets, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 45., p. 17; H. SMETS, «Le principe pollueur-payeur, ...», op.cit. p. 339.

La dimension préventive du principe peut aussi aider à identifier le pollueur, question pour le moins controversée. Faut-il que le responsable de l'émission ait enfreint une réglementation pour être considéré comme pollueur au sens du principe ou s'il suffit-il qu'il soit l'auteur d'une atteinte à l'environnement pour être tenu de payer ?

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

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

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

Cette seconde interprétation paraît en tout cas admise par les institutions internationales puisque, comme nous l'avons vu ci-dessus, le principe doit aujourd'hui s'appliquer aux auteurs de pollutions qui ont pris

toutes les mesures arrêtées par les pouvoirs publics, à savoir ceux qui provoquent la pollution résiduelle⁽³¹⁾.

En pratique, on constate cependant que le principe du pollué-payeur tend à se substituer au principe du pollueur-payeur tant ce dernier est appliqué de manière imparfaite⁽³²⁾. En effet, l'internalisation des coûts de la pollution reste le plus souvent à charge de la collectivité.

SECTION II. LES REPERCUSSIONS DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR SUR LA FISCALITE ENVIRONNEMENTALE

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

§1er. L'identification du redevable

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

La gestion des déchets soulève des difficultés similaires : la plupart des opérateurs économiques intervenant dans le cycle de vie et d'élimination d'un produit peuvent être qualifiés de pollueurs. Le producteur de

³¹Cf. la recommandation C (90) 177 de l'O.C.D.E. selon laquelle l'ensemble du coût du dommage environnemental doit être internalisé.

³²H. SMETS, *op.cit.*, p. 344, citant l'exemple d'aides aux entreprises agricoles pour réduire la pollution qu'elles provoquent.

l'emballage, le distributeur du produit emballé, le consommateur, le collecteur et l'éliminateur du déchet d'emballage sont susceptibles d'une manière ou d'une autre de contribuer à la formation des déchets et aux nuisances qu'ils provoquent. Le déchet d'emballage n'existerait pas si l'emballage n'était pas produit et commercialisé. Il ne souillerait pas l'environnement si le consommateur était plus discipliné ou si le distributeur avait mis en place un système de consigne. Il ne serait pas déversé dans des décharges ou incinéré si des filières de recyclage étaient généralisées.

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

Si l'on tente d'appliquer cette position de principe, certes fort imprécise, l'on aura tendance à taxer l'agent économique ayant le pouvoir d'agir sur la pollution qui ne se confond pas nécessairement avec celui qui est à l'origine même de celle-ci (33). En effet, il ne sert à rien d'agir à l'encontre de la personne qui n'a pas le pouvoir d'agir sur la nuisance si l'on souhaite réduire cette dernière. Il convient donc de remonter la filière le plus en amont possible et d'identifier l'agent économique qui exerce le pouvoir de contrôle sur celle-ci.

D'aucuns estiment à cet égard que le producteur du produit polluant est, en tant que premier maillon de la chaîne de pollueurs, la personne la mieux placée pour supporter les dépenses de prévention et de lutte contre la pollution(34). Si on le contraint à prendre en charge les coûts de prévention et d'élimination, il sera incité à limiter, à réduire l'impact de la pollution que son produit pourra causer. Il contribuera ainsi de manière plus efficace à

33Fr. CABALLERO, *op.cit.*, n°259, p. 319; H. SMETS, *op.cit.*, p. 356.

34(34) En ce sens, B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *op.cit.*, n° 17. Voy. également sur ce point H. SMETS, *op.cit.*, p. 356.

assurer la protection de l'environnement. Dans cette perspective, ce sera non pas à l'automobiliste mais au fabricant du véhicule automobile d'acquitter la redevance (le fabricant est le seul à maîtriser la technologie permettant de réduire les émissions de CO₂ et de NO_x dans l'atmosphère). Il en va de même pour le producteur de l'emballage, mieux placé que le consommateur pour éviter le gaspillage et la dispersion des déchets (par exemple, par la mise en place d'un système de consigne ou tout simplement en produisant moins d'emballages). Cette interprétation est confortée, à notre avis, par le principe de la correction de la pollution à la source, également énoncé à l'article 130 R, paragraphe 2 du traité de la Communauté européenne. En vertu de ce principe, il convient de réduire la pollution le plus en amont possible, en s'attaquant de préférence à l'agent économique qui est le premier à provoquer la nuisance.

Une telle solution peut pourtant sembler inique puisqu'elle revient en fait à faire supporter par une seule catégorie d'agent économique l'ensemble des coûts que la redevance est censée couvrir. En quoi le fabricant d'une voiture automobile est-il responsable de la pollution causée par l'automobiliste ? En quoi le producteur d'un emballage est-il responsable du comportement du consommateur peu éduqué qui abandonne cet emballage dans la nature ? Cette observation souligne les limites du principe qui ne désigne pas à coup sûr la personne à laquelle il faut imputer le coût de la pollution lorsque celle-ci est un phénomène collectif. Cette critique ne devrait pas empêcher de faire porter le poids de la taxation sur un seul opérateur économique de la chaîne de production. Nous sommes en effet ici en matière de taxation et non pas dans le domaine de la responsabilité civile en vertu duquel chaque responsable doit prendre en charge les dommages qu'il a causé (35).

Une dernière remarque s'impose. Certains soutiennent que du point de vue économique, l'identification du pollueur est une question purement théorique puisque c'est le consommateur qui supportera en fin de compte les surcoûts induits du paiement de la redevance par le producteur(36). Cette seconde observation peut avoir toute sa pertinence dans le cas d'un monopole où le surcoût est nécessairement répercuté sur le consommateur qui n'a pas la possibilité de s'approvisionner auprès d'autres producteurs,

35H. SMETS, *op.cit.*, p. 356 et 357.

36(36)Fr. CABALLERO, *op.cit.*, n° 259, p. 319; J. DUREN, *op.cit.*, p. 144; L. KRÄMER, *op.cit.*, p. 1, H. SMETS, *op.cit.*, p. 355.

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

§2. L'assiette de la redevance

L'assiette de la redevance est censée couvrir, conformément à la recommandation 75/436, les dépenses nécessaires pour atteindre un objectif de qualité de l'environnement, y compris les frais administratifs directement liés à l'exécution des mesures anti-pollution⁽³⁷⁾.

A. La redevance a une fonction redistributive

Il convient que l'assiette soit proportionnelle à la pollution émise⁽³⁸⁾. La charge pesant sur le redevable doit refléter sa part effective dans la production de la pollution. Dans cette perspective, la recommandation 75/436 prévoit à son point n° 4, b) que, dans la mesure où la redevance poursuit une fonction de redistribution, elle devra être «*prélevée suivant le degré de pollution émise, sur la base d'une procédure administrative adéquate* ».

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

En premier lieu, le calcul du montant de la redevance peut constituer une opération relativement complexe en raison de la multitude des paramètres qui entrent en compte. Parmi ceux-ci, figurent notamment la nature de la nuisance, les dangers qu'elle présente, les moyens existant pour

³⁷La recommandation 75/436 va jusqu'à prévoir que les frais de construction, d'achat et de fonctionnement des installations de surveillance et de contrôle de la pollution réalisées par les pouvoirs publics puissent être mis à charge des redevables

⁽³⁸⁾ M. REMOND-GOUILLOU, *op. cit.*, p. 174; M. PRIEUR, *op. cit.*, n° 42; B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *op. cit.*, p. 58, n° 18.

remédier à ses effets nocifs et le coût des contrôles exercés par les pouvoirs publics (39).

En second lieu, l'exactitude de la proportionnalité devant exister entre le montant de la redevance et la nature de la pollution peut devenir illusoire lorsque l'auteur de la pollution n'est pas le redevable - tel est le cas lorsque la redevance exerce une fonction avant tout incitative - . A titre d'exemple, il est quasiment impossible de taxer le producteur d'un bien qui deviendra un déchet au prorata de la nuisance que ce déchet provoquera. Cette nuisance sera importante si le consommateur abandonne le déchet dans le milieu naturel; elle sera inexistante si le déchet est collecté ou valorisé. Dans de telles hypothèses, il est difficile, voire impossible de déterminer avec exactitude l'importance des pollutions qui seront causées du fait de la commercialisation des produits. La nuisance ne dépend pas dans ce cas du processus de production mais du comportement du consommateur.

Les auteurs de la recommandation 75/436 ont été conscients de ces difficultés. Ils ont admis que *«pour autant que la redevance a principalement une fonction de redistribution, elle devrait (...) être établie au moins de manière que, pour une région donnée et/ou pour un objectif de qualité donné, le montant global de la redevance soit égal à la somme des charges collectives d'élimination des nuisances»*. Les impératifs de simplicité du droit fiscal peuvent donc conduire à une certaine atténuation de l'exigence de proportionnalité(40).

Il n'en demeure pas moins qu'un rapport raisonnable doit exister entre la base de calcul de la redevance et l'importance de la nuisance produite. Le montant de la redevance doit donc correspondre autant que possible au risque que le producteur crée par la mise sur le marché de produits générateurs de nuisances. Dès lors, le régime de taxation forfaitaire lorsqu'il poursuit un objectif redistributif et non pas incitatif, est incompatible avec le principe du pollueur-payeur. En matière de déchets ménagers, par exemple, il serait contraire au principe du pollueur-payeur - dont la fonction première est d'inciter les pollueurs à réduire leurs nuisances - de faire supporter par l'ensemble des contribuables une taxe

(39) B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *op. cit.*, p. 58, n° 18.

40(40) F. CABALLERO, *op. cit.*, n° 26; B. JADOT, «Le statut juridique des déchets...», *op. cit.*, n° 18.

forfaitaire alors que la production des déchets est extrêmement variable d'un ménage à l'autre(41). Une telle imposition découragerait les consommateurs soucieux de la protection de l'environnement de jeter moins de déchets. La Cour d'arbitrage, saisie d'un recours introduit par des particuliers à l'encontre d'un régime de taxation forfaitaire de la production des déchets ménagers en Région wallonne, a ainsi jugé qu'un tel régime fiscal appliquait de manière imparfaite le principe du pollueur-payeur. Elle n'a cependant pas annulé la taxe litigieuse, estimant que l'appréciation du législateur n'était pas manifestement déraisonnable(42). En l'espèce, le régime était purement redistributif puisqu'il était destiné à financer la politique publique menée par la Région wallonne dans le domaine de la gestion des déchets.

B. La redevance a une fonction incitative

En revanche, l'exigence de proportionnalité devrait s'effacer lorsque la redevance est appelée à jouer avant tout une fonction incitative. Dans une telle hypothèse, une taxe au taux particulièrement élevé, destinée à dissuader ou à sanctionner des comportements indésirables au regard des objectifs poursuivis par les pouvoirs publics en matière de gestion des déchets, est conforme au principe du pollueur-payeur. Tel est le cas des écotaxes qui imposent au producteur de certains types de produits de supporter les conséquences financières de leurs choix préjudiciables (43).

§ 3. L'affectation du produit de la redevance

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

41(41) Cfr avis de la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique sur l'avant-projet devenu décret de la Région wallonne du 23 juillet 1991 relatif à la taxation des déchets (*Doc. C.R.W.*, sess. 1990-91, n° 253/1, p. 21 à 23).

42C.A., N°41/93, 3 juin 1993, *Amén.-Env.*, 1993/3, p. 164, obs. N. DE SADELEER. Les requérants reprochaient à un tel régime de violer les principes d'égalité et de non discrimination en raison de son effet discriminatoire à l'égard des ménages produisant moins de déchets que la moyenne retenue comme base de taxation forfaitaire.

43B. JADOT, "Les écotaxes, instrument pertinent du droit de l'environnement", in Les écotaxes en droit belge, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St.-Louis, 1994, p. 192.

Selon la recommandation 75/432 de la Communauté européenne, le produit de la redevance peut être affecté au financement des mesures prises par les pouvoirs publics, ou servir à subventionner des installations réalisées par des entreprises qui s'engagent à réduire le niveau de pollution à un seuil inférieur aux normes réglementaires. En outre, il peut être affecté, dans le respect de l'article 92 du traité, à la construction par d'installations destinées à protéger l'environnement si celles-ci peuvent abaisser le niveau des nuisances existantes de manière non négligeable. La recommandation 75/432 précise que *«dans le cas où le produit des redevances dépasse le total des dépenses effectuées par les pouvoirs publics (...) l'excédent devrait être utilisé de préférence par chaque gouvernement dans le cadre de sa politique de l'environnement»*. Les modalités de financement par les Etats membres ont été précisées dans plusieurs communications de la Commission des Communautés européennes (44). Appliquées strictement, ces interventions financières de la part des Etats membres ne devraient pas être considérées comme contraires au principe du pollueur-payeur (45).

CONCLUSION

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

Je paie, donc je pollue ? On l'a souligné (chapitre I, section 3), le principe du pollueur-payeur doit être compris en lien avec les principes de réduction de la pollution à la source et de prévention eux aussi inscrits dans l'article 130 R. du traité de la Communauté européenne. Ainsi, le droit de la

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

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

responsabilité, souvent présenté comme un droit de la réparation ou "de l'échec" jouant a posteriori, peut contribuer à prévenir, à éliminer dans l'avenir les comportements dommageables. Cette vocation préventive du droit de la responsabilité ne peut s'épanouir que si la réparation est fixée à un niveau tel qu'elle incite la partie sanctionnée à prendre les mesures adéquates pour éviter la répétition du dommage. De ce point de vue, le principe du pollueur-payeur correctement appliqué peut avoir un effet dissuasif. De même, quel objectif poursuit une fiscalité environnementale sinon de prévenir, en taxant l'activité polluante, la répétition de celle-ci ? Les difficultés d'application du principe, sensibles quand il s'agit de déterminer le redevable de la taxe, ne doivent pas conduire à l'écarter mais au contraire à en affiner la signification.

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

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

Double tâche ou plutôt double mouvement animant un même travail dans lequel le "pollueur-payeur" va subir une reconstruction conceptuelle, à

mesure que le système juridique l'assimile, le transforme et se transforme en réajustant les catégories et les propositions qui lui sont propres.

CHAPTIRE II

LE PRINCIPE DE PREVENTION : pilier du droit de l'environnement

SECTION I. GENERALITES

§1. Introduction

Le droit de l'environnement a pour fin d'assurer la protection de l'environnement, non d'en organiser sa destruction. Son but est d'éviter, d'empêcher et de prévenir sa dégradation. De ce fait, le droit de l'environnement a essentiellement une vocation préventive.

Le principe de prévention apparaît d'emblée comme le principe phare du droit de l'environnement. Il en est l'essence même. Tout semble en effet être bâti autour de cette idée de prévention des dommages écologiques. Il occupe une place essentielle parmi les différents principes du droit de l'environnement car il est à l'épicentre de cette politique. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner les rapports qu'il entretient avec les autres principes.

D'un premier côté, le principe de prévention est en rupture complète avec l'approche curative qui caractérise entre autres le principe du pollueur-payeur. Il se trouve en amont de ce premier principe, car il implique une lutte contre la production des nuisances beaucoup plus affinée. En effet, dans le cadre d'une approche curative, le mal a déjà été causé et l'on ne peut que remédier à ses effets néfastes. Le pollueur a déjà pollué et doit rembourser ses dégâts. Au contraire, dans le cadre de l'approche préventive, le mal est seulement pressenti ou, lorsqu'il est déjà apparu, son extension est redoutée. S'il ne s'est pas encore déclaré, il convient d'empêcher en temps opportun son apparition. S'il est déjà survenu, il convient d'enrayer son extension. Qui plus est, même le principe du pollueur-payeur relève de plus en plus d'une approche préventive alors qu'a priori il avait été envisagé dans le cadre d'une approche curative.

D'un second côté, le principe de prévention se situe en aval d'autres principes. Les principes de précaution et de correction de la pollution à la source s'inscrivent tous deux dans le prolongement de l'impératif de prévention.

Cette position déterminante du principe de prévention n'est pas nécessairement synonyme de simplicité. En effet, la notion très large de prévention fait relever de l'application du principe une multitude d'instruments juridiques. L'étude de l'application du principe de prévention apparaît donc comme un lieu privilégié pour comprendre l'articulation du droit de l'environnement.

§ 2. La genèse du principe

La politique de protection de l'environnement est fondée par essence sur une approche préventive. La justification du principe frappe par sa simplicité. Selon le dicton, "*Mieux vaut prévenir que guérir*". En matière d'environnement, il est en effet préférable, tant du point de vue écologique qu'économique, de prévenir l'apparition des pollutions et des nuisances que de devoir remédier ultérieurement aux maux qu'elles auront provoqués. Sur le plan écologique, la réhabilitation d'un écosystème pollué constitue toujours une opération aléatoire. Sur le plan économique, la réparation d'un dommage écologique risque souvent d'être plus coûteuse que la prévention de son apparition.

Le principe de prévention joue un rôle d'autant plus crucial en matière d'environnement que les dégradations causées aux écosystèmes s'avèrent souvent irréversibles. La nature irréversible du dommage écologique exige que tout soit mis en oeuvre pour le prévenir. Si l'action préventive ne fournit pas ses preuves, l'action curative demeurera vaine car le dommage causé restera irréparable. Prenons l'exemple de la raréfaction de la diversité biologique. Bon nombre d'espèces animales et végétales se trouvent aujourd'hui au bord de l'extinction. Si rien n'est entrepris pour assurer la survie des dernières populations de ces espèces, elles s'éteindront à tout jamais. Rien ne pourra les remplacer car elles sont le produit d'une évolution s'étalant sur plusieurs millénaires à laquelle l'homme ne pourra jamais se substituer. Qui plus est, la perte de ces espèces

risque de causer un préjudice économique important aux générations futures qui ne pourront plus les utiliser. Dès lors, il apparaît préférable de tout mettre en oeuvre pour éviter que ces populations ne s'éteignent.

§ 3. Les différentes facettes du principe

La prévention prend des formes multiples car tous les instruments du droit de l'environnement sans exception ont des effets préventifs. La prévention ne cesse en effet d'étendre son empire sur des instruments qui n'avaient à l'origine qu'une fonction redistributive. Tel est le cas des régimes de la responsabilité objective et de la fiscalité environnementales qui sont aménagées de plus en plus afin d'accroître la prévention. Ainsi, si la responsabilité civile avait à l'origine comme unique fonction de compenser dans le chef de la victime le dommage qu'elle aurait subi, l'aménagement des différentes constantes de la responsabilité consistant notamment dans la disparition de la faute dans le chef de l'auteur du dommage renforce sensiblement le caractère préventif de la responsabilité civile en matière d'environnement. De même, si les taxes environnementales sont en principe destinées à doter les pouvoirs publics des moyens financiers nécessaires pour réparer les dommages causés par les pollutions autorisées, l'augmentation sensible des taux de taxation est de nature à inciter le pollueur à limiter ses rejets. Ainsi, la fonction préventive de la responsabilité commence à détrôner sa fonction réparatrice. Le caractère dissuasif de la fiscalité prend le pas sur une approche redistributive.

Le nombre et la diversité des instruments juridiques se revendiquant d'une approche préventive semble donner au terme prévention un contenu particulièrement hétérogène. Il est toutefois possible d'appréhender le phénomène de prévention sous trois angles différents, en fonction du moment où l'on intervient, de l'intensité de l'intervention et enfin du spectre de l'intervention. Nous distinguons de ce fait trois dimensions : une dimension temporelle, une dimension fonctionnelle et, enfin, une dimension structurelle⁴⁶. Chacune de ces dimensions présente

46. De telles approches sont couramment utilisées en criminologie. voy. L. WALGRAVE et Fr. DE CAUTER, "Une tentative de clarification de la notion de prévention", Annales de Vaucresson, n° 24, 1986/1, p. 31.

elle-même des degrés d'intervention fort variable que nous essayons de classer dans un ordre décroissant.

A. Dimension temporelle

Une première distinction peut être établie entre les approches préventives selon le moment où se situe l'intervention. Il est en effet possible d'agir avant, pendant ou après la manifestation du problème. Chacun des moments de cette intervention correspond à une approche différente.

En agissant avant la survenance du problème, avant même que celui-ci n'ait révélé son existence, l'on intervient généralement dans la plus complète incertitude. Pour se prévenir d'un éventuel dommage, l'on prend des mesures de précaution.

En agissant après la survenance du problème, la démarche sera nécessairement curative car le dommage aura déjà été causé. L'on ne pourra plus prévenir son apparition ou son extension. L'on se contentera de le réparer dans la mesure du possible.

En agissant suite à l'apparition du problème, l'on est poussé à juguler son extension, à prévenir ses conséquences dommageables. La prévention se situe donc entre les deux premiers pôles. Elle est à l'interface de la précaution et de la démarche curative.

1° L'approche de précaution

La prévention se situe ici avant même que l'existence du problème ne soit prouvée. Un risque est suspecté mais rien ne permet de confirmer son occurrence. L'approche de précaution permet d'intervenir le plus en amont possible. Cette première approche sera commentée plus en détail par la suite.

2° L'approche préventive

Le problème est déjà connu ou son occurrence est attendue avec certitude. Il convient de prévenir son apparition ou d'empêcher son extension. L'intention est d'endiguer le problème le plus rapidement possible car l'on suppose qu'une intervention précoce est moins onéreuse qu'une intervention tardive.

L'approche préventive se distingue des deux autres approches.

En premier lieu, la connaissance du risque permet de tracer la ligne de démarcation entre l'approche de prévention et l'approche de précaution. En effet, au fur et à mesure que le problème devient distinct et que la marge d'incertitude disparaît, l'intervention se justifie. L'on saute ainsi du stade de la précaution à celui de la prévention. La distinction entre les deux approches tient donc au niveau d'incertitude pesant sur l'existence du problème.

En second lieu, la survenance du dommage permet de tracer la ligne de démarcation entre l'approche de prévention et l'approche curative. Dans le cadre de l'approche de prévention, l'essentiel consiste à ne pas attendre que le problème fasse surface, à ne pas devoir réparer les dégâts, mais bien à le combattre le plus tôt possible alors que, dans le cadre de l'approche curative, le mal est déjà causé et il convient de le réparer.

La prévention se situe donc entre les deux autres approches. Toutefois, elle tend toujours plus vers l'approche de précaution qu'elle ne tend vers l'approche curative. La prévention appelle en effet à ce que l'on remonte le plus en amont possible, jusqu'à l'origine du problème. C'est ainsi que le principe de précaution apparaît comme une variante particulièrement poussée du principe de prévention.

3° L'approche curative

L'intervention se situe ici après que le problème se serait manifesté. Elle se contente de remédier aux dommages qui ont été causés.

A priori, l'approche curative apparaît radicalement opposée à la prévention. Toutefois, cette opposition paraît plus nuancée. En droit pénal, la répression des infractions a des effets préventifs. L'importance de la peine

prévient en effet la commission de l'infraction. Il en va de même de la protection de l'environnement. Plus l'on forcera le pollueur à prendre en charge les frais de sa pollution, plus ce dernier sera incité à éviter de polluer. La canalisation de la responsabilité objective à l'égard d'une seule catégories d'agents économiques incite ceux-ci à se montrer plus prudents⁴⁷. L'approche curative se trouve donc ainsi à la frontière de l'approche préventive.

B. Dimension fonctionnelle

Une seconde distinction peut être établie selon l'intensité de l'approche préventive. De manière plus fondamentale, le principe de prévention reçoit deux dimensions. Prévenir, c'est à la fois "*devancer, aller au devant*" mais c'est aussi "*avertir, attirer l'attention de*"⁴⁸. Dès lors, la prévention peut, au regard de cette définition, se montrer à la fois offensive et passive. Une gradation dans la prévention peut être établie entre ces deux dimensions. De cette double dimension de la notion de prévention, nous dégagerons trois tendances principales : la prévention offensive, la prévention active et enfin, la prévention passive. La première approche, la prévention offensive, s'inscrit clairement dans l'optique du "*devancer*", de "*aller au devant*" alors que la dernière approche, la prévention défensive, se rattache à la seconde dimension, celle de l'"*avertissement*". La deuxième approche, la prévention active, est plus ambiguë car elle se situe entre ces deux pôles. Elle relève à la fois du devancement du problème et de son avertissement.

Nous présenterons ces trois approches selon un ordre décroissant en terme d'importance.

1° L'approche maximaliste : la prévention offensive

47. Voy. notamment le débat sur la canalisation de la responsabilité civile en matière de déchets et l'effet préventif que peut jouer cette canalisation. N. de SADELEER, "La Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement", *R.G.A.R.*, déc. 1994.

48. O. BLACK et VON WALTEMBERGE, *Dictionnaire étymologique*, Paris, PUF, 1960, p. 510.

L'approche maximaliste est placée sous le signe de la prohibition. Elle consiste dans la prévention de l'apparition de toute forme de nuisances et de pollution par leur cessation immédiate. On décide en effet de mettre fin à une situation jugée inacceptable du point de vue de la protection de l'environnement. De nombreuses substances chimiques ont été retirées du marché dès le moment où l'on a estimé que les dangers qu'elles présentaient étaient devenus trop importants. Le pesticide DIT a été ainsi banni de la majorité des pays industrialisés dès que la communauté scientifique internationale a découvert que ce pesticide était extrêmement nocif. La Communauté européenne a banni la mise sur le marché des P.C.B. en raison de leur toxicité⁴⁹. Plus récemment encore, la production de plusieurs gaz fluorcarbonés a été prohibée pour protéger la couche d'ozone. En matière de conservation de la nature, la grande majorité des espèces de vertébrés sont protégées contre toute forme de prélèvement pour le simple fait que l'on estime que ces espèces subissent une régression et que tout prélèvement ne fera qu'augmenter la précarité de leur situation.

Toutes ces mesures sont conçues pour sauvegarder des composantes de l'environnement, en d'autres termes, pour prévenir leur dégradation en raison de leur rareté ou de leur valeur.

Cette première approche constitue incontestablement la manifestation la plus radicale du principe de prévention. C'est pour cette raison que nous l'intitulons l'approche offensive.

2° L'approche intermédiaire : la prévention active

L'approche intermédiaire tire parti des conséquences du caractère soit-disant inapproprié de la première approche qui est jugée, à bien des égards, déplacée, excessive et disproportionnée par rapport aux objectifs recherchés. Cette seconde approche repose sur une vision relativement classique des phénomènes de pollution. Elle se veut à la fois raisonnable et conciliatrice d'intérêts divergents.

Il nous a semblé indispensable de rappeler les bases scientifiques sur lesquelles cette seconde approche repose. Au regard des théories classiques

49. La directive 85/610/CEE modifiant la directive 76/650/CEE

en matière de pollution, la prohibition de la nuisance ne devrait être qu'exceptionnelle. Les substances polluantes sont celles qui sont susceptibles de causer un dommage écologique. Celles-ci peuvent provenir de sources anthropogènes extrêmement diverses. Dans certains cas, elles peuvent être rejetées dans l'environnement en étant mélangées avec des substances aqueuses ou des substances gazeuses. Dans d'autres cas, elles peuvent être rejetées directement dans le milieu. Les composantes de l'environnement affectées par ces substances peuvent être tout aussi diversifiées que ne le sont les sources de la pollution. Ainsi, une pollution atmosphérique peut simultanément causer la disparition d'espèces végétales, tels les lichens, affecter la santé humaine ou des animaux domestiques et sauvages, et éroder des biens matériels, telles les statues anciennes. La manière selon laquelle les substances polluantes vont provoquer des dommages peut s'avérer extrêmement complexe. Cependant, toutes les substances rejetées directement ou indirectement dans les écosystèmes ne vont pas nécessairement causer des dommages écologiques. La capacité d'absorption et d'auto-épuration de certains milieux naturels permet d'assimiler une quantité importante de rejets. Lorsqu'elles sont ainsi assimilées, les substances polluantes rejetées dans l'environnement ne causent pas de pollution. Elles n'en causeront que dans la mesure où la capacité d'auto-épuration des milieux affectés a disparu. Ainsi, il n'est pas nécessaire de réduire les rejets de substances polluantes à un niveau zéro pour éliminer la pollution. L'on peut se satisfaire de procédés beaucoup plus pondérés basés sur la capacité auto-épuratrice de l'environnement. En d'autres termes, au lieu d'interdire le rejet de la substance, il est possible de l'autoriser dans des limites qui évitent que des dégradations environnementales soient causées. Ces limites doivent être fondées sur la capacité d'absorption naturelle des écosystèmes⁵⁰.

La prévention active s'appuie sur ce raisonnement. Elle consiste donc à prévenir l'apparition des seules nuisances et pollutions dont les effets sont réputés dommageables en fonction de la capacité d'absorption des écosystèmes. La gestion du rejet des substances polluantes ou des activités dommageables se substitue ici à la prohibition et aux régimes d'interdictions qui sont caractéristiques de la première approche. Les instruments juridiques doivent être conçus pour apporter une réponse appropriée à

50. M. W. HOLDGATGE, A perspective of environmental pollution, Cambridge University Press, 1979.

chaque problème de pollution en établissant le seuil exact de polluants qui peuvent être assimilés dans les écosystèmes.

Cette approche peut être illustrée de multiples manières. Ainsi, par exemple, les conditions qui assortissent les autorisations afférentes à l'exploitation des établissements dangereux, insalubres, incommodes sont en principe destinées à prévenir toute nuisance disproportionnée. Dans le même ordre d'idées, il n'est pas indispensable d'interdire toute production de déchets pour éviter leurs effets dommageables sur la santé humaine et l'environnement. Il suffit de réduire la quantité de déchets produits en fonction des possibilités d'absorption des déchets dans des installations de recyclage et d'élimination. La prohibition de la chasse n'est pas indispensable pour protéger une espèce. Il suffit seulement d'autoriser les prélèvements à un niveau qui ne mette pas en danger la survie de l'espèce.

Cette deuxième approche répond au souci de trouver un équilibre entre les facteurs de production générateurs de richesses économiques et de bien-être social et la nécessité de garantir un environnement de qualité. Elle est dès lors moins offensive que la première approche.

3° L'approche minimaliste : la prévention passive

La prévention peut aussi s'inscrire dans une dimension plus informative. L'on se contente ici d'avertir ou d'attirer l'attention sur l'existence d'un problème. En cela, la dernière approche se distingue des deux premières qui s'inscrivent dans une démarche plus interventionniste.

Ici aussi, la prévention passive peut prendre des formes particulièrement variées.

Elle peut consister éventuellement dans un simple contrôle de la pollution. Un contrôle efficace de certaines activités peut en effet avoir des effets préventifs. Il est de nature à permettre aux pouvoirs publics d'intervenir à temps en prenant les mesures adéquates pour éviter toute pollution dommageable. Ainsi, un régime de déclaration de mise en

exploitation d'une installation se substituant à un régime d'autorisation d'exploitation ne s'écarte pas nécessairement de l'approche préventive. La déclaration permet non seulement à l'autorité compétente de s'assurer de l'existence d'une telle installation mais elle lui permet aussi de la contrôler en temps opportun. Certes, elle ne prévient pas aussi efficacement l'apparition de pollutions comme peut le faire une autorisation administrative assortie de conditions d'exploitation, mais elle empêche que l'installation soit exploitée en dehors de toute forme de contrôle.

La prévention passive peut également consister dans l'établissement d'objectifs de qualité. La violation des objectifs de qualité fixés pour un milieu déterminé ne sanctionne pas les pollueurs qui sont à l'origine des dépassements de concentration des quantités de substances admises. Elle implique de la part des pouvoirs publics que ceux-ci adoptent les mesures nécessaires notamment en imposant de nouvelles conditions d'exploitation pour que les niveaux de concentration soient respectés.

Elle peut enfin se limiter à la communication d'informations destinées à rendre conscients les responsables de nuisances. Ainsi, étiqueter les substances dangereuses prévient l'utilisateur des dangers qu'elles présentent mais le laisse entièrement libre de s'exposer au danger. De même, l'apposition d'un label écologique sur un produit permet au consommateur de mieux orienter son choix.

A la différence des deux approches précédentes au caractère plus interventionniste, la prévention prend ici une forme plus passive.

C. Dimension structurelle

Une troisième distinction peut être établie selon le spectre de l'approche préventive. L'approche préventive appréhende, dans certains cas, toutes les incidences d'un projet sur l'environnement alors que, dans d'autres cas, elle se limite à ne cerner que certaines incidences. Ainsi, la prévention peut se montrer holistique, globale, écosystémique tout comme elle peut se cantonner dans le particulier.

1° La prévention transectorielle

La meilleure prévention n'est pas seulement celle qui est la plus précoce mais aussi celle qui se veut la plus globale. Il ne s'agit plus de considérer tel problème de manière isolée, car quand bien même il serait traité efficacement, il ne rendrait pas compte de la réalité dans sa globalité et sa complexité. Il convient, en effet, en matière d'environnement de passer du local au global. La prévention transectorielle implique d'ailleurs une meilleure intégration des impératifs de la politique de l'environnement dans le cadre des autres politiques. Le principe de prévention se rapproche ici du principe d'intégration.

2° La prévention sectorielle

La prévention peut être axée sur les effets dommageables d'un projet dans le cadre d'une approche purement sectorielle. Cette forme de prévention se donne comme objectif d'atténuer les risques présentés par un projet sur un milieu déterminé. Il s'agit là d'une prévention nettement plus ciblée. Certes, elle peut avoir des résultats efficaces mais ceux-ci sont souvent très limités.

SECTION II. APPLICATION DU PRINCIPE EN DROIT COMMUNAUTAIRE

§ 1. Historique

Essentiellement orientée, à ses origines, vers la lutte contre la pollution et les nuisances spécifiques à certaines activités industrielles, la politique communautaire de l'environnement a évolué progressivement vers une politique globale et préventive.

Ainsi, avant même que le principe de prévention ne soit formellement reconnu dans le traité de Rome suite à son amendement par l'Acte unique européen, le principe de prévention a joué un rôle majeur dans la conception et la mise en oeuvre des 2ème et 3ème programmes d'action en matière d'environnement.

Le ton a été donné dès l'adoption du 2ème programme d'action. Selon le préambule de ce programme, *"La meilleure politique de l'environnement consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets. A cette fin, il convient de concevoir et d'orienter le progrès technique dans le but de répondre au souci de la protection de l'environnement et de l'amélioration de la qualité de la vie, tout en s'assurant que le coût s'y référant soit le plus réduit possible pour la collectivité. Cette politique de l'environnement doit aller de pair avec le développement économique et social"*⁵¹.

Le 3ème programme a emboîté le pas : *"(...) la politique communautaire a évolué progressivement vers une politique globale et préventive. Ce nouveau développement permet, en effet, à la fois de prendre des mesures de protection de l'environnement en s'assurant que le coût soit le plus réduit possible et d'aboutir à des mesures positives de soutien et d'accompagnement du développement économique"*⁵².

Le principe de prévention a été consacré à l'article 130 R, § 2 lors de l'amendement du Traité de Rome par l'Acte unique européen. Malgré l'importance croissante attachée actuellement à d'autres principes, notamment le principe de précaution et le principe d'intégration, le principe de prévention continue à demeurer l'axe majeur autour duquel s'articule toute la politique communautaire de protection de l'environnement.

En privilégiant rapidement le recours à une approche préventive, la Communauté européenne ne s'est distinguée ni des ordres juridiques nationaux, ni du droit international de l'environnement qui ont tous deux privilégié le recours à cette approche.

§ 2. La prévention, objectif politique de certaines politiques sectorielles

Différentes directives communautaires érigent la prévention en tant que véritable objectif politique. Pour illustrer notre propos, nous avons pris ici le cas de trois directives axées principalement sur la prévention. Il s'agit

51. 2ème programme d'action, n° 13.

52. 3ème programme d'action, n° 4.

de la directive-cadre 75/442/CEE relative aux déchets, de la directive 79/409/CEE concernant la protection des oiseaux et de la directive 82/501/CEE concernant les risques majeurs de certaines activités industrielles.

A. La prévention de la formation de déchets

Dans le cadre de la politique communautaire de gestion des déchets, le principe de prévention a été érigé en objectif politique. A l'origine, la directive 75/442/CEE relative aux déchets prévoyait, sans pour autant établir un ordre de priorité, que les Etats membres devaient prendre les mesures appropriées pour promouvoir la prévention, le recyclage et la transformation des déchets, l'obtention à partir de ceux-ci de matières premières et, éventuellement, d'énergie ainsi que toute autre méthode permettant la réutilisation des déchets⁵³. Sur la pression du Parlement européen et du Comité économique et social qui souhaitaient donner la priorité avant tout à la prévention de la formation des déchets sur tout autre objectif⁵⁴, une hiérarchisation beaucoup plus affinée entre ces différents objectifs a été apportée lors de la modification de la directive-cadre en 1991.

L'article 3.1 de la directive 75/442/CEE tel que modifié par la directive 91/156/CEE prévoit désormais que : *"Les Etats membres prennent des mesures appropriées pour promouvoir : a) en premier lieu, la prévention ou la réduction de la production des déchets et de leur nocivité (...), b) en deuxième lieu :- la valorisation des déchets par recyclage, réemploi, récupération ou toute autre action visant à obtenir des matières premières secondaires ou l'utilisation des déchets comme source d'énergie"*.

Cette hiérarchie s'inscrit dans le droit fil du principe de prévention consacré à l'article 130 R, § 2 du Traité. Les déchets constituant une menace pour la santé de l'homme et pour l'environnement, la politique à mener en la matière doit avant tout éviter ou, à tout le moins, réduire la formation de

53. Article 3.1 de la directive 72/442/CEE.

54. Avis du Comité Economique et Social 89/C56/02 (J.P., n° C 56 du 6 mars 1989, p. 4) et l'avis du Parlement Européen, amendements n° 9 et 10 (J.O., n° C158 du 26 juin 1989, p. 232).

déchets et de leur nocivité⁵⁵. Ce n'est que dans la mesure où l'on ne parvient pas à prévenir leur apparition que leur valorisation doit être favorisée. L'élimination ne peut être considérée que comme un pis-aller. Elle n'est admissible que lorsque les déchets ne peuvent faire ni l'objet de mesures de prévention, ni d'opérations de valorisation. L'article 3.1 établit donc une obligation de moyen.

Qui plus est, l'approche préventive se voit conférer un contenu qui lui est propre. La politique de prévention et de réduction des déchets doit, selon la directive, s'articuler autour de différents axes : politique des *"technologies propres"*, politique des *"produits propres"* ou *"mise au point de techniques appropriées"*.

La politique des déchets menée par chaque Etat membre doit refléter cet ordre de priorité, sous peine de ne pas assurer une exécution correcte de la directive 91/156/CEE. La hiérarchie établie par le législateur communautaire condamne la mise en oeuvre de politiques nationales qui seraient avant tout axées sur des opérations d'élimination des déchets, - telles que l'incinération ou la mise en décharge. La prévention et, le cas échéant, la valorisation doivent incontestablement prendre le pas sur les autres méthodes de traitement des déchets. La palette des mesures appropriées pour mener une politique de prévention et de valorisation des déchets est, par ailleurs, extrêmement large. L'obligation de promouvoir la prévention et ensuite la valorisation peut se concevoir, soit sous la forme de mesures contraignantes pour les agents économiques ou les consommateurs, soit sous la forme de mesures incitatives et de sensibilisation. Parmi les mesures contraignantes, les mesures suivantes sont à envisager : une politique de normalisation des produits en vue de réduire la quantité des déchets, l'interdiction de la fabrication ou de la mise sur le marché de certains produits, la réglementation de la publicité et de l'étiquetage, l'obligation de mettre en place un système de réemploi, de réutilisation ou de recyclage, ... A cet égard, il convient de remarquer que l'interdiction de commercialiser des produits générant des déchets en plastique, adoptée par une commune italienne, a été jugée compatible par la Cour de justice avec l'article 3 ancien de la directive 75/442/CEE⁵⁶. Parmi les mesures incitatives, les mesures

55. En ce sens, B. JADOT, "Le statut juridique des déchets au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement", *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruylant, p. 25.

56. Dans cet arrêt, la Cour jugeait que «la directive 75/442/CEE n'interdit pas la vente ou l'utilisation d'un produit quelconque, mais on ne saurait pour autant en déduire qu'elle

fiscales peuvent jouer un rôle important, du fait qu'elles sont susceptibles d'orienter soit les mécanismes de production, soit les besoins de la consommation. Les mesures suivantes ont d'ailleurs trouvé un certain écho dans la majorité des Etats membres : imposition des opérations d'élimination des déchets, imposition des produits générateurs de déchets, avantages fiscaux en faveur des technologies propres ou des produits propres,....

B. La conservation des populations d'oiseaux sauvages

Le droit de la conservation de la nature est basé dans son ensemble sur une approche préventive. La conservation, objectif primordial de ce pan du droit de l'environnement, implique que l'on maintienne en bon état, que l'on préserve de la destruction, de l'altération⁵⁷. En effet, le droit de la conservation de la nature veille à prévenir la disparition des espèces animales, végétales ainsi que la détérioration de leurs milieux naturels.

Les concepts de conservation et de prévention, vus sous cet angle, ne semblent faire qu'un. Des mesures doivent en effet être prises pour conserver les espèces, c'est-à-dire freiner leur régression qui *"constitue un danger sérieux pour la conservation du milieu naturel, notamment à cause des menaces qu'elle fait peser sur les équilibres biologiques"*⁵⁸.

Le caractère préventif de la politique de conservation de la nature est illustrée à merveille dans la directive 79/409/CEE concernant la protection des oiseaux. L'objectif de conservation poursuivi par cette directive se traduit par une obligation de résultat mise à charge des Etats membres. Ceux-ci doivent, en vertu de l'article 2 de la directive, *"prendre toutes les mesures nécessaires pour maintenir ou adapter les populations de toutes les espèces d'oiseaux à un niveau qui corresponde notamment aux exigences écologiques, scientifiques et culturelles, compte tenu des exigences économiques et récréationnelles"*. Cette disposition n'a pas seulement une

s'oppose à ce que les Etats membres puissent énoncer de telles interdictions en vue de la protection de l'environnement» (C.J.C.E., 13 juillet 1987, aff. 380/87, *Enichem Base*, **Rec.**, 1989, p. 2.491, point. 7).

57. Voy. *Le Nouveau Petit Robert*, 1993, verbo "conserver".

58. Deuxième considérant de la directive 79/409/CEE.

fonction symbolique. Elle détermine précisément le niveau de protection dont doit jouir l'avifaune sauvage⁵⁹.

Selon l'article 2 de la directive "*les exigences écologiques, scientifiques et culturelles*" doivent prendre le pas sur "*les exigences économiques et récréationnelles*". Les intérêts de la première catégorie - en tout cas les deux premières exigences - devraient conduire à ce que l'on protège les populations d'oiseaux à un niveau optimal. Tant l'approche scientifique qu'écologique exige que les espèces puissent occuper de la façon la plus adéquate leur niche écologique. Les interventions humaines doivent s'immiscer le moins possible dans le développement des espèces. Quant aux considérations culturelles, elles plaident elles aussi pour que l'on garantisse un niveau élevé de protection de l'avifaune. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler les écrits de Michelet : "*Les oiseaux pourraient vivre sans les hommes, les hommes ne sauraient vivre sans les oiseaux*". En revanche, "*les exigences économiques et récréationnelles*" n'apparaissent ici qu'en deuxième ordre. Le progrès s'appuyant traditionnellement sur des considérations d'ordre socio-économique s'accommode mal de la protection des oiseaux.

L'on peut déduire de cette gradation des exigences qui doivent être prises en compte dans la détermination du degré de protection de l'avifaune, que celle-ci mérite d'être protégée en tant que telle, en raison de l'intérêt qu'elle représente au niveau écologique, scientifique et culturel. Dans un grand nombre d'arrêts, la Cour de justice a eu l'occasion de rappeler que l'article 2 de la directive avait comme fonction de définir la *ratio legis* de la directive, inspirant de manière essentielle les différentes dispositions de celle-ci et, en particulier, le régime de dérogations prévu à l'article 9⁶⁰. Ainsi, les dérogations aux mesures de protection instaurées par la directive ont toujours été interprétées de manière extrêmement stricte par la Cour de justice car, par essence, elles portent atteinte à l'objectif de conservation consacré à l'article 2 de la directive 79/409/CEE.

59. Pour un commentaire de cette disposition, voy. J. UNTERMAIER, "Des petits oiseaux aux grands principes", *Rev. jurid. envt.*, 1998, p. 471 et N. de SADELEER, "Bilan d'une décennie d'efforts législatifs en droit communautaire de conservation de la nature", in Développements récents en droit CEE de l'environnement, Story-Scientia, à paraître.

60. Sur ce point, voy. notre étude sur la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interprétation de l'article 9 de la directive 79/409/CEE dans "Bilan d'une décennie d'efforts législatifs en droit communautaire de conservation de la nature", op.cit. Story-Scientia, à paraître.

C. La prévention des risques d'accidents majeurs

La directive du Conseil 82/501/CEE concernant les risques majeurs de certaines activités industrielles, mieux connue sous le nom de directive SEVESO, vise à organiser la prévention des risques majeurs provenant des activités industrielles les plus dangereuses. Cette directive fut en effet adoptée peu de temps après la catastrophe de Seveso. Elle a pour unique objet de prévenir la répétition de telles catastrophes technologiques. Le préambule de la directive souligne d'ailleurs, dès ses premiers considérants, que les dispositions de la directive s'inscrivent dans l'application du principe *"suivant lequel la meilleure politique consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances"*, et *"notamment les possibilités d'accidents par une intégration de la sécurité aux différents stades de la conception, de la production et de l'exploitation"*. A la différence des directives mettant en place des régimes d'évaluation des incidences, il ne s'agit pas seulement ici d'évaluer le risque que présente une installation, il convient de mettre en oeuvre différentes techniques pour prévenir son apparition. Dans cet ordre d'idées, la directive SEVESO impose des obligations précises à charge des Etats membres. Ceux-ci doivent prendre toute une série de mesures pour *"prévenir les accidents majeurs et pour en limiter les conséquences pour l'homme et l'environnement"*⁶¹ ⁶². La mise en oeuvre de ces obligations s'articule autour de deux axes, à savoir d'une part, une actualisation permanente de l'information⁶³ et, d'autre part, une information active des populations riveraines sur les risques présentés⁶⁴.

61. Article 3 de la directive 82/501/CEE.

62. Il est en effet souligné que *"pour toute activité industrielle mettant ou pouvant mettre en jeu des substances dangereuses et pouvant avoir, en cas d'accident majeur, des conséquences graves pour l'homme et l'environnement, il faut que le fabricant prenne toutes les mesures qui s'imposent pour prévenir ces accidents et pour en limiter les conséquences"* (5e considérant de la directive 82/501/CEE).

63. Le 8ème considérant du préambule de la directive indique *"qu'afin de réduire les risques d'accidents majeurs et de prévoir les mesures nécessaires pour en limiter les conséquences, il est nécessaire que le fabricant communique aux autorités compétentes une notification comportant des informations relatives aux substances en cause, aux installations et à des situations éventuelles d'accidents majeurs"*. Au 6ème considérant, il est indiqué que *"la formation et l'information de personnes travaillant sur le site peuvent jouer un rôle particulièrement important dans la prévention des accidents majeurs et le contrôle de la situation en cas d'accident de ce type"*.

64. Selon le quatrième considérant, *"La protection de la population et de l'environnement (...) exige qu'une attention particulière soit accordée à certaines activités industrielles susceptibles de causer des accidents"*. Voy. M. PRIEUR, *"La directive SEVESO sur les risques majeurs"*, *Rev.jur.envt.*, 1989/3, p. 262.

§ 3. Les différents instruments juridiques du droit communautaire de l'environnement mettant en oeuvre le principe de prévention

A. L'échelonnement de la prévention

L'approche préventive peut se manifester de différentes façons. La contamination de l'environnement par un polluant constitue par essence un phénomène complexe. Les possibilités d'intervention qui peuvent être prises pour prévenir que cette contamination provoque une pollution sont multiples.

Pour s'en convaincre, prenons l'exemple des rejets de plomb dans l'environnement. Le plomb est un métal couramment utilisé mais qui présente des risques graves à l'égard de la santé humaine. Le plomb se retrouve naturellement dans les sols. Il peut être entraîné dans les eaux de surface et se retrouver par conséquent dans l'eau de consommation. Le plomb est également rejeté dans les eaux de surface par différentes industries métallurgiques. Les canalisations en plomb peuvent aussi contaminer l'eau potable qui y transite. Le plomb se retrouve également dans des peintures et dans l'essence et peut, de ce fait, se répandre dans l'atmosphère en étant mélangé avec des émissions gazeuses⁶⁵. De la sorte, le plomb peut aussi bien se répandre dans l'air, l'eau et le sol. Se retrouvant dans différentes composantes de l'environnement, ce métal peut intoxiquer les êtres humains. Tel est le cas de jeunes enfants qui jouent sur des terrains contaminés par des métaux lourds et qui avalent de la terre contaminée. Tel est aussi le cas de tout être humain qui respire de l'air pollué par le plomb.

Cette hétérogénéité de situations implique que différents mécanismes juridiques soient adoptés en vue de limiter les effets nocifs du plomb à chacun des stades éventuels de la pollution. Comme nous allons le voir, chaque étape de la pollution peut faire l'objet d'un instrument juridique approprié. Ceci conduit à une diversification extrême des instruments juridiques s'inscrivant dans une démarche préventive.

65. Exemple repris de l'ouvrage de N. HAIGH, EEC Environmental Policy and Britain, 2e éd., Longman, 1990, p. 15.

En premier lieu, la prévention est placée le plus en aval possible. Elle porte sur la victime potentielle de la pollution. Il est en effet possible de protéger directement l'être humain des effets nocifs du plomb en prescrivant des normes d'exposition. Ainsi, la directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade autorise les Etats membres à fixer les concentrations maximales de plomb admises dans les eaux de baignade. En prescrivant ces normes, les Etats membres doivent s'assurer que la quantité d'eau avalée par les nageurs contient un pourcentage limité de ce métal qui ne mette pas en danger leur santé. Dans le même sens, la directive 82/884/CEE du 3 décembre 1982 concernant une valeur limite pour le plomb contenu dans l'atmosphère fixe des valeurs limites pour le plomb en vue *"de contribuer spécifiquement à la protection des êtres humains contre les effets négatifs de plomb dans l'environnement"*⁶⁶. La directive 74/63/CEE limite, quant à elle, les quantités de plomb dans la nourriture des animaux domestiques non seulement pour assurer la protection de ces animaux mais aussi pour assurer, indirectement, la protection des êtres humains.

En deuxième lieu, l'approche préventive peut se déplacer légèrement, plus en amont et se placer au niveau des composantes des écosystèmes par lesquels transitent le plomb. En vue d'assurer un environnement de qualité qui ne serait pas pollué de manière excessive, des normes de qualité peuvent être établies pour chacun des milieux récepteurs de la pollution par le plomb. Ces normes sont destinées à limiter les concentrations de plomb à un niveau qui ne provoque pas de déséquilibres au niveau de l'écosystème affecté. En ce qui concerne la protection des eaux de surface, la directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade oblige les Etats membres à veiller à ce qu'un niveau de concentration de plomb ne soit pas dépassé pour les eaux de baignade. Les dépassements de ces niveaux de concentration impliquent, en principe, l'interdiction de toute baignade dans les eaux polluées.

En troisième lieu, l'action préventive peut se déplacer encore plus en amont. Au lieu de protéger la victime ou les composantes de l'environnement affectées par la pollution, il est possible de s'attaquer directement à la source de la pollution. Ceci reviendrait à limiter les émissions anthropogènes de plomb dans l'environnement. A cet égard, des normes de rejet peuvent être fixées pour les installations ou les produits

66. Article 1er, point 1 de la directive 82/884/CEE.

rejetant du plomb. Ainsi, la directive 76/464/CEE du 4 mai 1976 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté oblige les Etats membres à fixer des seuils de concentration pour les rejets d'eaux contenant du plomb.

En quatrième lieu, il est encore possible de concevoir l'intervention encore plus en amont, non pas en limitant les rejets dans l'environnement mais en intervenant directement au niveau des processus de production. L'obligation pour les industriels d'adapter leurs processus de production en fonction du développement des meilleures technologies disponibles sera assurément plus efficace qu'une approche se bornant à limiter les rejets de plomb. Les normes de rejets seront en effet vite dépassées en raison de l'évolution de la technique et de la science alors que le recours aux meilleures technologies disponibles obligera l'industriel à fournir continuellement l'effort de réduire l'impact de ses moyens de production sur l'environnement.

Enfin, en cinquième lieu, l'action préventive peut porter directement sur les produits entrant dans les installations polluantes. Des normes de produits peuvent être édictées afin de limiter les plus en amont possible les risques de pollutions. Dans cet ordre d'idées, la directive 85/210/CEE du 20 mars 1985 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à la teneur en plomb de l'essence tend à réduire sensiblement les quantités de plomb se retrouvant dans l'essence.

Cet exemple donne une idée de l'hétérogénéité des interventions possibles pour prévenir une pollution. Il met aussi en évidence qu'une véritable gradation en terme de prévention peut être établie entre ces différents niveaux d'intervention. En outre, à chaque niveau d'intervention peut correspondre un instrument juridique spécifique.

La plupart des instruments juridiques auxquels recourt le droit communautaire de l'environnement sont destinés à prévenir différentes formes de dégradation environnementales. Ces instruments se retrouvent dans pratiquement toutes les branches du droit communautaire de l'environnement. Toutefois, ces instruments préviennent selon des fortunes diverses les phénomènes de dégradation environnementale.

Par ailleurs, le droit communautaire a développé des instruments préventifs plus poussés qui non seulement sont destinés à permettre aux pouvoirs publics de mieux prévenir des dommages environnementaux mais qui se dégagent d'une approche sectorielle en couvrant tous les aspects de la protection de l'environnement. Tel est notamment le cas de la directive sur l'évaluation des incidences. De même, d'autres instruments, tel l'accès à l'information, remplissent aussi une fonction préventive.

Nous analyserons successivement les mécanismes préventifs transversaux et ensuite les mécanismes sectoriels. Nous tenterons pour chacun d'eux de mettre en exergue leurs virtualités tout comme leurs faiblesses.

B. Les mécanismes préventifs transversaux

Nous avons vu que la prévention pouvait, en fonction de l'intensité de l'intervention, soit se concrétiser sous forme d'"anticipation", soit sous forme d'"avertissement". Dans le premier cas, la prévention est plus active, dans le second cas, elle est plus passive. Les deux catégories de mécanismes préventifs que nous décrivons ci-dessous s'inscrivent manifestement dans la première dimension de l'approche préventive. Le but n'est pas ici de limiter la pollution, mais plutôt d'attirer l'attention des responsables ou des personnes concernées sur la nature et l'étendue du problème. La procédure d'évaluation des incidences ne remet pas en cause la nature du projet, elle se contente d'informer les différentes parties intéressées de ses effets préjudiciables pour la protection de l'environnement. L'accès à l'information n'empêche pas la destruction environnementale. Elle ne la prévient qu'indirectement en permettant aux intéressés d'être mieux informés et, partant, de mieux agir.

1°. Les procédures d'évaluation préalable des incidences

Le terrain d'élection du principe de prévention se situe sans aucun doute dans le domaine des procédures d'évaluation préalable des incidences environnementales de certains projets ou de certaines activités. Deux catégories de mécanismes d'évaluation peuvent être distingués à ce jour. Le premier consacré par la directive 85/337/CEE présente la caractéristique

d'être transectoriel alors que les autres s'appliquent à des secteurs bien précis de la politique de l'environnement.

a) Les mécanismes d'évaluation transectoriels

La directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement s'inscrit dans une approche résolument préventive, comme en témoigne son préambule qui précise que *"(...) la meilleure politique de l'environnement consiste à éviter, dès l'origine, la création de pollutions ou de nuisances plutôt que de combattre ultérieurement leurs effets"*⁶⁷. Il s'agit là d'un des rares instruments procéduraux de nature transversale prenant en compte tous les aspects de la protection de l'environnement. Cette directive ne se limite pas, en effet, à un secteur de la politique de l'environnement. La notion d'"incidences" y est entendue largement : il convient de prendre en compte les effets directs et indirects du projet, à court terme et à long terme, temporaires, accidentels et permanents sur toutes les composantes de l'environnement. Les incidences à prendre en compte ne doivent pas nécessairement être perceptibles.

Par ailleurs, la prévention ne se limite pas ici à avertir une seule catégorie de responsables. Découlant d'une philosophie préventive qui se veut extrêmement large, l'évaluation des incidences s'adresse à trois catégories d'intervenants dans le cadre du processus de décision administrative⁶⁸. En premier lieu, le maître d'ouvrage, qui de par la réalisation d'une étude d'incidences, va intégrer les préoccupations d'environnement dans la conception de son projet. En deuxième lieu, les administrés seront correctement informés de la teneur du projet et de ses conséquences éventuelles sur l'environnement. Par le biais de l'enquête publique, ils pourront manifester leurs aspirations ou leurs préoccupations

67. Premier considérant de la directive 85/337/CEE. En ce sens, Ph. RENAUDIÈRE, "La directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement", in L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique ?, sous la dir. du CEDRE, publications des F.U.S.L., 1991, p. 15.

68. M. PRIEUR, "Droit de l'environnement", Dalloz, 1984, pp. 87-88, n° 67; S. HERBRAD, "Les études d'impact sur l'environnement devant le juge administratif", in R.J.E., pp. 129 et sv.; B. JADOT, "Des études d'incidences : pour qui, pour quoi ?", L'évaluation des incidences : un progrès juridique ?, Fac. univ. St. Louis, 1991, p. 197; N. de SADELEER et J. SAMBON, "L'évaluation des incidences sur l'environnement : comparaison entre les réglementations régionales bruxelloise et wallonne", Mouvement communal, 1993/6-7, p. 323.

à l'égard du projet. Enfin, en troisième lieu, l'autorité administrative saisie de la demande d'autorisation sera mieux éclairée sur les effets directs ou indirects, immédiats et lointains, individuels et collectifs du projet. Grâce à la procédure d'évaluation des incidences, elle sera à même de vérifier si le projet respecte les prescrits des normes de protection de l'environnement.

De par la dynamique qu'elle met en place, la procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement renseigne les différentes parties concernées et leur permet d'exiger une meilleure intégration des préoccupations environnementales dans le cadre du projet. Elle permet aussi de dégager, le cas échéant, des alternatives qui sont susceptibles de réduire, voire même d'éliminer les risques dénoncés. D'aucuns n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner que l'évaluation des incidences introduisait une "*révolution écologique silencieuse*"⁶⁹. L'ampleur de cette révolution apparaît avec d'autant plus d'acuité lorsque l'on connaît l'importance des réticences de la part des autorités nationales lorsqu'elles ont dû transposer dans leur ordre juridique interne les prescriptions de cette directive et des hostilités que son application ne cesse de rencontrer depuis lors.

Malgré ses aspects novateurs, la directive 85/337/CEE présente encore de nombreuses faiblesses.

L'une de ces faiblesses et non des moindres tient au champ d'application *ratione materiae* relativement étroit de la directive. En effet, les projets devant être soumis obligatoirement à une évaluation des incidences sont loin d'être légion. Seuls les projets inscrits à l'annexe I de la directive doivent obligatoirement faire l'objet d'une évaluation de leurs incidences. L'on y retrouve un nombre limité de projets dont les incidences sur l'environnement sont notoires. Il s'agit là, par exemple, des centrales nucléaires et des autoroutes. Quant aux catégories de projets inscrits à l'annexe II de la directive, ils sont certes plus nombreux mais les Etats membres ne sont pas contraints de les soumettre à une procédure d'évaluation. Ils disposent à l'égard de ces derniers projets de la faculté de les soumettre à une évaluation de leurs incidences s'ils estiment que leurs caractéristiques l'exigent⁷⁰.

69. M. PRIEUR, Droit de l'environnement, Dalloz, 1984, n° 68.

70. Article 4.2 de la directive 85/337/CEE.

L'autre point faible de la réglementation communautaire tient à l'inappropriation du moment où se déroule l'évaluation des incidences. La directive impose que l'évaluation des effets dommageables d'un projet sur l'environnement soit réalisée préalablement à l'autorisation de sa mise en oeuvre. Dans la pratique, toutefois, il apparaît que la conception du projet est relativement avancée lorsqu'il doit être évalué⁷¹. Les éventuelles modifications induites des résultats de l'évaluation ne pourront, de ce fait, que difficilement être apportées audit projet. Ainsi, l'on a souvent critiqué le régime actuel d'évaluation des incidences qui est mis en oeuvre trop en aval alors que, dans le cadre d'une approche purement préventive, cette évaluation devrait être effectuée le plus en amont possible. A cet égard, d'aucuns ont insisté sur la nécessité de soumettre obligatoirement les plans et les programmes sous-tendant la réalisation de projets à une évaluation préalable avant même que les projets qu'ils sous-tendent ne soient eux-mêmes évalués. En effet, y a-t-il un sens d'imposer la réalisation d'une étude d'incidences pour la mise en fonctionnement d'un réacteur nucléaire mais de ne pas soumettre à une telle évaluation le programme national énergétique qui justifie l'opportunité de faire fonctionner ce réacteur ? Une vision globale et préventive de la politique de l'environnement justifie pleinement que dans ce cas le programme soit évalué préalablement. La Commission des Communautés européennes a tenté, sans succès, de combler cette lacune en prévoyant l'obligation pour les Etats membres de soumettre à une évaluation des incidences les plans et les programmes affectant l'environnement.

Enfin, si la procédure d'évaluation des incidences est une condition sine qua non de l'octroi de l'autorisation administrative, elle n'en est pas moins qu'une obligation de moyens⁷². La procédure permet de mieux informer les différents acteurs des incidences du projet soumis à la procédure d'évaluation, mais elle n'impose à aucun moment l'obligation de rejeter ou d'amender le projet en raison de ses incidences néfastes pour l'environnement. La prévention est ici avant tout informative.

b) Les mécanismes d'évaluation sectoriels

71. B. JADOT, "Des études d'incidences : pour qui, pour quoi?", *op.cit.* p. 203.

72. S. GUTWIRTH et E. NAIM-GESBERT, "Science et droit de l'environnement : réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités", dans la présente étude, p. 55.

Par ailleurs, d'autres directives prévoient, de manière plus accessoire, des mécanismes d'évaluation des impacts environnementaux de certaines des activités qu'elles réglementent. A la différence de la directive 85/337/CEE, ces directives s'appliquent dans des domaines bien particuliers de la politique de l'environnement, tels la biotechnologie ou la conservation de la nature.

La directive 80/68/CEE concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses prévoit à son article 4.1 que les Etats membres soumettent à *"une enquête préalable les actions d'élimination ou de dépôt de substances dangereuses susceptibles de polluer indirectement les aquifères souterrains"*. Cette enquête préalable a pour but de prévenir le déversement de substances présentant une menace pour les eaux souterraines. De même, la directive 90/219/CEE relative à l'utilisation confinée des micro-organismes génétiquement modifiés impose à l'utilisateur de tels micro-organismes, en vertu de son article 6.2, d'effectuer une évaluation préalable des utilisations confinées du point de vue des risques qu'elles peuvent présenter pour la santé humaine et pour l'environnement⁷³. Une directive plus récente tend même à résoudre le déficit de la directive 85/337/CEE concernant l'absence d'évaluation des plans et des programmes sous-tendant la réalisation de projets nocifs. Afin de préserver les habitats naturels classés en raison de leur valeur écologique d'aménagements ou d'activités qui risquent d'en altérer l'équilibre écologique, la directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages prévoit une procédure d'évaluation préalable des incidences sur l'environnement de tels projets. L'article 6, paragraphe 3 de cette directive prévoit en effet que *"tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative (..) fait l'objet d'une évaluation appropriée de ses incidences sur le site (...) "*. Ainsi, les plans d'aménagement du territoire de même que les projets plus concrets susceptibles d'affecter un site naturel protégé devront être obligatoirement soumis à la réalisation d'une évaluation appropriée de leurs incidences selon une procédure devant être déterminée par les Etats membres eux-mêmes⁷⁴.

73. Sur ce point, cfr. Ph. RENAUDIERE et N. de SADELEER, "La protection de l'environnement contre les risques des bio-technologies : les directives européennes et leur intégration en droit belge", *Aménagement-Environnement*, 1991/2, p. 78.

74. N. de SADELEER, "La directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages : vers la reconnaissance d'un patrimoine

La directive 67/548/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses dont l'objectif initial était d'harmoniser les réglementations nationales en matière d'essai, de classification, d'emballage et d'étiquetage des produits chimiques dangereux pour l'homme et l'environnement, a reçu une orientation plus préventive depuis l'adoption de son 6ème amendement (directive 79/831/CEE du Conseil). Cette sixième directive modificative a introduit en 1979 un régime d'essai préalable à la mise sur le marché de nouveaux produits chimiques. Tout fabricant ou importateur, dans la Communauté, d'une substance dangereuse est tenu d'introduire en vertu de l'article 6 de la directive 67/548/CEE auprès de l'autorité compétente des Etats membres où la substance est produite ou est importée, une notification au plus tard 45 jours avant sa mise sur le marché. Cette notification contient notamment un dossier technique fournissant les éléments permettant à l'autorité compétente d'apprécier les risques prévisibles, immédiats ou différés que la substance peut présenter pour l'homme et l'environnement, une déclaration relative aux effets négatifs de la substance en fonction des différentes utilisations envisagées, ... Le contenu du dossier technique est défini à l'annexe VII de la directive. Cet ensemble d'informations de base est destiné à permettre à l'autorité compétente d'identifier les dangers pour la santé et pour l'environnement. Ce dossier sera communiqué par la suite à la Commission qui se chargera de le transmettre aux autres autorités compétentes pour que celles-ci puissent, le cas échéant, faire part de leurs objections. Ce n'est que dans la mesure où ces formalités sont remplies que la substance peut être commercialisée.

Le règlement (CEE) n° 793/93 concerne l'évaluation et le contrôle des risques présentés par les substances existantes et vient combler certaines des lacunes de la directive 67/548/CEE. Ce règlement oblige les producteurs et les importateurs de substances chimiques existantes dont le volume dépasse les 1.000 tonnes par an de communiquer à la Commission toute l'information disponible à propos des incidences négatives que celles-ci sont susceptibles de présenter.

naturel de la Communauté européenne", Revue du Marché commun, 1993, p. 29; W.P.J.WILS, "La protection des habitats naturels en droit communautaire", Cah. Dr. eur., 1994/4, p. 416

Les Etats membres sont en droit de réclamer le même genre d'informations.

En ce qui concerne les producteurs et les importateurs d'un plus faible volume de substances, ils sont soumis à des obligations similaires mais la quantité d'informations est moindre.

Sur base des informations reçues, la Commission doit adopter des listes de substances prioritaires devant être soumises à des évaluations plus approfondies.

A la différence de ce qui est prévu par le 6ème amendement de la directive 67/458/CEE, la liste prioritaire est établie en fonction de la toxicité de la substance à l'égard de l'environnement et de la santé humaine et non plus en fonction du volume des substances⁷⁵.

En ce qui concerne les pesticides, la directive 91/414/CEE concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques prévoit une double évaluation des impacts des pesticides sur l'environnement. D'une part, la directive ne permet la commercialisation que des pesticides qui contiennent des substances classées à son annexe I.

Pour que la substance soit inscrite à l'annexe I, l'entreprise demanderesse doit soumettre un rapport à la Commission et aux autres Etats membres établissant que la substance active répond aux conditions nécessaires à son inscription. Parmi ces conditions, l'on retrouve l'exigence d'une analyse sur le sort et le comportement de la substance dans l'environnement ainsi que son évaluation écotoxicologique.

D'autre part, la commercialisation des pesticides doit être autorisée par les Etats membres. L'examen du dossier doit faire apparaître que les substances contenues dans le pesticide n'ont pas, au regard des connaissances techniques et scientifiques, une "incidence inacceptable sur l'environnement".

75. En ce sens, E. REHBINDER, "Control of products and substances : overview of recent developments in the European Community", in *Environmental Control of Products and Substances*, ELNI, n° 6, Peter Lang, 1994, p. 28.

2°. Les procédures d'accès à l'information

La prévention de l'apparition des nuisances et des pollutions tient également à la nature et à la qualité des informations qui sont diffusées à la collectivité en matière d'environnement.

Dans la grande majorité des Etats membres de la Communauté, l'information en matière d'environnement est restée pendant longtemps lacunaire et ce pour deux raisons. Tout d'abord, peu d'Etats s'étaient employés à diffuser activement les informations les plus élémentaires tant sur l'état de l'environnement que sur les remèdes qu'ils comptaient apporter à cette situation. Ensuite, la majorité des administrations nationales étaient hostiles à divulguer des informations environnementales aux administrés qui en faisaient la demande en raison du secret administratif qui s'attachait à de tels documents. Cette tradition, héritée pour certains Etats de l'époque des monarchies absolues, pour d'autres de l'époque plus récente des régimes totalitaires, voulait que l'administration agisse dans le secret et ne communique avec le public que par voie de relation strictement officielle. Cette conception empêchait les administrés de prendre connaissance des données environnementales relatives à des projets bien précis puisqu'il était admis que tout ce qui touchait l'administration était confidentiel ou présumé tel⁷⁶.

Le législateur communautaire conscient de l'importance que pouvait jouer la divulgation de l'information dans le renforcement de la lutte contre les nuisances et des pollutions, a favorisé dans le cadre de plusieurs directives la mise en place d'une plus grande transparence en obligeant notamment les Etats membres à informer le public concerné des incidences ou des dangers de certaines activités ou de certains projets.

Ainsi, l'article 9, 1° de la directive du Conseil 84/360/CEE du 28 juin 1984 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles dispose que les Etats membres doivent veiller à ce que les demandes d'autorisation et les autorisations tombant sous son champ d'application soient mises à la disposition du public concerné.

76. N. de SADELEER, "La directive européenne du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement", Aménagement-Environnement, 1990/4, p. 18.

L'article 6, 2° de la directive du Conseil 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement prescrit aux Etats membres de veiller à mettre à la disposition du public les demandes d'autorisations soumises à l'évaluation des incidences ainsi que les informations recueillies au terme de cette procédure, à savoir la demande d'autorisation et l'étude portant sur les incidences du projet sur l'environnement. Ce régime de publicité doit permettre au public de prendre connaissance du projet et, le cas échéant, de donner son avis sur la pertinence de celui-ci.

La directive du Conseil 82/501/CEE du 24 juin 1982 concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, modifiée par la directive 88/610/CEE du 24 novembre 1988, prescrit aux Etats membres de veiller à ce qu'une série d'informations déterminées sur les mesures de sécurité et les modalités d'évacuation en cas d'accident, soient communiquées d'une manière appropriée aux personnes susceptibles d'être victimes d'un accident majeur dû à une activité industrielles.

Plus récemment encore, en vertu de l'article 14 de la directive du Conseil 90/219/CEE du 23 avril 1990 relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, les autorités compétentes s'assurent que les personnes susceptibles d'être affectées par un accident soient informées des mesures de sécurité et de comportement à adopter en cas d'accident entraînant une dissémination importante et involontaire de micro-organismes, d'une manière appropriée et sans avoir à en faire la demande.

De même, en vertu de l'article 7 de la directive du Conseil 90/220/CEE du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, les Etats membres peuvent consulter le public sur tout aspect de la dissémination envisagée, s'ils l'estiment approprié.

Enfin, le règlement n° 1836/93 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit considère l'information du public par les entreprises sur les aspects environnementaux de leurs activités comme un élément essentiel d'un bon management

environnemental⁷⁷. A cet effet, le règlement oblige les entreprises participant au système de rendre public une déclaration environnementale détaillant les réalisations accomplies en la matière⁷⁸.

Cette première approche en matière d'accès à l'information se cantonna à l'adoption pour une série de matières particulières d'obligations assurant un certain degré de transparence. Cette approche rencontra toutefois rapidement des limites du fait qu'aucune harmonisation n'était recherchée entre les différentes obligations. De plus, ces différentes obligations ont un contenu fort variable. Le plus souvent, il est prévu à charge de certains agents économiques ou de certains pouvoirs publics une obligation d'informer le public sans que l'on reconnaisse pour autant un droit à l'information.

Au début des années nonante, il parut nécessaire aux yeux du législateur communautaire de combler cette lacune en adoptant un régime unique consacrant un droit général et absolu de pouvoir s'informer sur tous les domaines touchant la protection de l'environnement. Cette volonté s'est concrétisée lors de l'adoption le 7 juin 1990 la directive 90/313/CEE concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement⁷⁹.

Cette directive constitue, à notre estime, l'un des textes les plus ambitieux du droit communautaire de l'environnement. Elle reconnaît un droit subjectif à l'information en matière d'environnement, droit qui acquiert une valeur juridique égale à d'autres droits et libertés, tels les libertés économiques. Ce droit n'est pas subordonné à la démonstration d'un intérêt dans le chef du demandeur. Il s'applique à toute *"information relative à l'environnement"* détenue par *"toute administration publique (..) ayant des responsabilités et étant en possession d'informations relatives à*

77. Huitième considérant du règlement n° 1836/93.

78. Sur le caractère ambigu de cette obligation, voy. N. de SADELEER et A. GOSSERIE, "Le règlement n° 1836/93 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit : virtualités et limites d'un système novateur", *Amén.-Envt.*, 1994/2, p. 103.

79. Pour un commentaire de cette directive voy. L. KRAMER, "La directive 90/313/CEE sur l'accès à l'information en matière d'environnement : genèse et perspectives d'application", in Le droit à l'information en matière d'environnement, Story Scientia, 1991, p. 17; N. de SADELEER, "La directive européenne du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement", *Amén.-Envt.*, 1990/4, p. 189.

*l'environnement, à l'exception des organismes agissant dans l'exercice des pouvoirs judiciaires ou législatifs*⁸⁰.

En mettant fin à la règle de confidentialité qui a bien souvent conduit à la création de circuits parallèles d'information permettant à une minorité privilégiée d'être mieux informée et donc d'être mieux placée pour influencer sur le cours de la décision, la directive 90/313/CEE assure la transparence de l'action administrative en matière d'environnement⁸¹. Elle rétablit ainsi la confiance que la population est en droit d'avoir à l'égard de son administration souvent taxée de parti pris en faveur de tous ceux à qui profite le secret administratif.

Qui plus est, le droit à l'accès à l'information rend les citoyens directement responsables de la protection de l'environnement. Mieux informés, ils contribueront plus activement aux actions de protection. La transparence apparaît ainsi comme un instrument de participation des citoyens au processus politique et, par conséquent, comme un instrument de prévention. En pouvant exercer une surveillance continue, effective et efficace sur l'action des pouvoirs publics, ils pourront contribuer grâce à l'accès à l'information au renforcement de la politique de l'environnement.

Néanmoins, à peine affirmé, le droit d'accès à l'information a commencé à faire l'objet des dérogations de plus de plus en plus répétées. En effet, une série de limitations ont été apportées insidieusement au droit d'accès lors de l'adoption de différentes réglementations sectorielles⁸². Le législateur communautaire retire ainsi d'une main ce qu'il a donné de l'autre.

B. Les mécanismes préventifs sectoriels

80. Article 2 de la directive 90/313/CEE.

81. N. de SADELEER, "La directive européenne du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement", *op.cit.*, p. 189.

82. Trois règlements imposent des obligations de confidentialité dans le chef de différents organismes qui ont des responsabilités en matière de protection de l'environnement dans les matières couvertes par ces trois législations. Ces textes sont manifestement en rupture complète avec le principe énoncé ci-dessus. Il s'agit là du règlement (CEE) N° 880/92 du Conseil concernant un système communautaire d'attribution de label écologique, du règlement (CEE) N° 259/93 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne et du règlement (CEE) N° 1836/93 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit.

Le principe de prévention s'exprime de multiples façons. Les mécanismes suivants consacrent tous, à des degrés divers, une approche préventive. Nous avons tenté d'identifier les mécanismes juridiques les plus couramment utilisés en droit communautaire et d'évaluer leur pertinence. La plupart de ces mécanismes se retrouvent simultanément dans différents pans du droit communautaire de l'environnement.

1°. Les régimes d'autorisation administrative

a) Principe

L'autorisation administrative consitue encore à ce jour en Europe un des piliers du droit de l'environnement. L'autorisation assortie de conditions d'exploitation appropriées, permet d'encadrer les activités de production ainsi que l'exploitation des ressources naturelles dans des limites suffisamment strictes en vue de prévenir des dommages excessifs à l'environnement. En d'autres termes, elle permet de concilier la liberté de commerce et d'industrie avec les préoccupations de protection de l'environnement.

Pendant plus de deux décennies, le droit communautaire de l'environnement a recouru abondamment au principe du régime d'autorisation. Des autorisations sont en effet exigées dans pratiquement toutes les matières couvertes par le droit communautaire de l'environnement. Dans plusieurs cas, le législateur communautaire exige de la part des autorités nationales compétentes qu'elles ne délivrent l'autorisation que dans la mesure où le risque est suffisamment prévenu.

En ce qui concerne la gestion des déchets, la directive 75/442/CEE relative aux déchets soumet à un régime d'autorisation tout établissement ou toute entreprise qui effectue des opérations de valorisation ou d'élimination de déchets. Ce principe ne fait l'objet que d'exceptions limitées consistant dans la possibilité de recourir à un système d'agrément en lieu et place d'un système d'autorisation⁸³. Si l'Etat membre ne recourt pas à un mécanisme d'agrément dans les conditions prévues par la

83. Article 10 de la directive 75/432/CEE. Cette substitution ne vaut que pour certaines catégories d'installations valorisant des déchets selon des conditions précisées par les autorités nationales.

directive, l'obligation de disposer d'une autorisation ne peut faire l'objet d'aucune exception. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que la condition juridique de l'opérateur, le caractère occasionnel de la présence des déchets ou la finalité non lucrative des activités en cause ne pouvaient faire échapper une opération de gestion des déchets au régime d'autorisation prévu par la directive. Selon la Cour de justice, subordonner l'exigence d'une autorisation à l'existence ou l'absence de telles circonstances mettrait en péril l'objectif essentiel de la directive qui est d'assurer la protection de la santé humaine et de l'environnement⁸⁴.

En ce qui concerne la protection des eaux, tant la directive 76/464/CEE concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu naturel de la Communauté que la directive 80/68/CEE concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses instituent des mécanismes d'autorisation pour le rejet d'effluents contenant des substances dangereuses pour les milieux aquatiques. En ce qui concerne le rejet de substances dangereuses dans les eaux de surface, pour chaque autorisation, l'autorité compétente peut fixer des normes d'émission plus sévères que celles prévues par le Conseil, *"notamment en tenant compte de la toxicité, de la persistance et le bio-accumulation de la substance considérée dans le milieu dans lequel le rejet est effectué"*⁸⁵. En ce qui concerne le rejet de substances dangereuses dans les eaux souterraines, la directive 80/68/CEE prévoit que *"les autorisations ne peuvent être délivrées que si toutes les précautions techniques ont été respectées afin que ces substances ne puissent pas atteindre d'autres systèmes aquatiques ou nuire à d'autres écosystèmes"*⁸⁶.

Pour ce qui a trait à la lutte contre la pollution atmosphérique, la directive 84/360/CEE relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles soumet l'exploitation des grandes installations d'incinération à une autorisation préalable délivrée par les autorités compétentes. Selon le préambule de la directive, *"il convient qu'une autorisation ne puisse être accordée par les administrations nationales compétentes que lorsque plusieurs conditions se trouvent remplies, à savoir notamment que toutes les mesures de*

84. C.J.C.E., aff. jointes C-372 à 374, 12 mai 1987, Traen, Rec. , p. 2.141.

85. Article 5.2 de la directive 76/464/CEE.

86. Article 4.2, 2ème alinéa de la directive 84/360/CEE.

*prévention appropriées ont été prises (...)*⁸⁷. Ces mesures de prévention peuvent comprendre l'utilisation de la meilleure technologie disponible⁸⁸.

Pour les organismes génétiquement modifiés, l'exploitant doit pour pouvoir procéder à la mise sur le marché de produits contenant des organismes génétiquement modifiés, être préalablement autorisé par l'autorité compétente de son Etat membre. L'autorité compétente ne donne son consentement à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés *"qu'après s'être assurée que la dissémination sera sans risque pour la santé humaine et l'environnement"*⁸⁹. Des procédures d'autorisation simplifiées ne peuvent être admises par la Commission que pour la dissémination d'organismes génétiquement modifiés pour lesquels une certaine expérience a été acquise⁹⁰.

En ce qui concerne la protection de la nature, les différents régimes d'interdiction ne peuvent faire l'objet de dérogations que dans la mesure où elles sont dûment autorisées par les autorités compétentes des Etats membres et qu'elles respectent différentes conditions de fond et de forme⁹¹. Ces autorisations ne peuvent être délivrées que *"s'il n'existe pas d'autres solutions satisfaisantes"*⁹².

b) Pertinence

Assurément, tous les régimes d'autorisation susvisés ont été conçus pour éviter que des dommages trop importants soient causés à l'environnement. Comme nous l'avons vu, la Cour de justice se montre fort stricte quant à l'interprétation des mécanismes d'autorisation. Toutefois, le recours à ces mécanismes ne constitue pas nécessairement la panacée du point de vue de la prévention des dégradations environnementales. Si les directives communautaires imposent pour la plupart que les activités spécifiques soient autorisées par les autorités compétentes, il n'en demeure pas moins que celles-ci jouissent d'une grande marge de manoeuvre à la fois quant à la possibilité d'autoriser ou de

87. Treizième considérant de la directive 84/360/CEE.

88. Article 4. 1 de la directive 84/360/CEE.

89. Dix-septième considérant de la directive 90/220/CEE.

90. Article 6.5 de la directive 90/220/CEE.

91. Article 9 de la directive 79/409/CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages; article 16 de la directive 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

92. Article 9.1 de la directive 79/409/CEE.

ne pas autoriser et quant à la possibilité de fixer les conditions d'exploitation.

La majorité des directives communautaires oblige les Etats membres à prévenir les dommages lorsqu'elles délivrent les autorisations. Toutefois, il est rarement exigé que l'autorisation soit refusée si la prévention s'avère insuffisante. Seule la directive 75/442/CEE relative aux déchets a prévu que *"si la méthode d'élimination envisagée n'est pas acceptable du point de vue de protection de l'environnement"*, l'autorisation doit être refusée. Toutefois, le concept d'"inacceptabilité" est particulièrement vague et confère une marge de manoeuvre importante dans le chef des Etats membres.

2°. Les normes d'exploitation

a) Principe

Les normes d'exploitation constituent le complément indispensable des régimes d'autorisation. Le régime d'autorisation permet l'exercice d'une activité, mais il cantonne celle-ci grâce aux normes d'exploitation dans des limites bien précises. Ces limites sont destinées à harmoniser les nécessités techniques de l'exploitation avec la qualité de l'environnement ambiant.

Tous les régimes d'autorisation prévus par le droit communautaire dérivé comportent des conditions d'exploitation. En vertu de la directive-cadre sur les déchets, l'autorisation d'exploitation d'un établissement qui élimine ou valorise des déchets doit comporter notamment des prescriptions techniques, les types et les quantités de déchets qui peuvent être traités, les précautions à prendre en matière de sécurité, ...⁹³

b) Pertinence

Les conditions d'exploitation rencontrent les mêmes obstacles que les régimes d'autorisation dont elles émanent.

En premier lieu, les Etats membres jouissent d'une grande liberté quant à la détermination des conditions afférentes à ces autorisations. Les conditions d'exploitation prévues par le droit communautaire sont souvent

93. Article 9.1 de la directive 75/442/CEE.

vagues. Les considérations environnementales qui devraient influencer les conditions d'exploiter ont souvent moins de poids qu'elles ne devraient en avoir. Dans la pratique, les autorités administratives compétentes pour la délivrance des autorisations font plus souvent pencher la balance en faveur de la liberté du commerce et de l'industrie que du côté de la protection de l'environnement. Les conditions imposées dans les autorisations font ainsi souvent l'objet de négociations entre l'exploitant concerné et l'administration. Elles sont fixées à un seuil qui ne met pas en péril leurs activités. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les autorisations d'exploiter sont refusées pour des motifs tenant à la protection de l'environnement.

En deuxième lieu, la violation des prescriptions administratives n'implique pas nécessairement au regard du droit communautaire la sanction du contrevenant. Certes, quelques directives prévoient de manière moins timorée que la violation par l'exploitant des conditions afférentes aux autorisations administratives doivent conduire au retrait de l'autorisation⁹⁴. Ainsi, la violation d'une norme de rejet impliquerait soit le retrait, soit la suspension de l'autorisation. Mais, l'on n'en doute pas, de telles sanctions demeurent dans la pratique exceptionnelles.

3°. Les normes d'émission

Les normes d'émission consistent dans l'établissement de valeurs seuils que ne peuvent dépasser des rejets de polluants dans le milieu naturel. Les normes d'émission sont en principe fixées pour éviter de trop grandes concentrations de polluants dans l'air, l'atmosphère, les eaux ou les sols. Elles ont pour objet d'interdire le rejet des substances polluantes dès que les facultés naturelles d'absorption du milieu sont épuisées. En effet, au-delà d'un certain seuil de pollution, les écosystèmes ne disposent plus d'un pouvoir auto-épurateur apte à résorber les polluants.

Les normes d'émission ne peuvent toutefois remplir leur rôle préventif que si elles s'avèrent suffisamment strictes. Au cas où elles ne

94. Article 5.4. de la directive 76/464/CEE concernant la pollution causée par certaines substances déversées dans le milieu naturel de la Communauté et article 3.1. de la directive 84/360/CEE relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles.

seraient pas assez sévères ou seraient appliquées de manière trop laxiste, elles ne permettent pas d'atteindre les objectifs poursuivis.

Les normes d'émission ont fleuri pendant longtemps dans le droit communautaire de l'environnement. En matière de pollution, les applications de normes de seuils se situent essentiellement dans le domaine des pollutions de l'eau et de l'air et du nucléaire.

La politique de lutte contre la pollution des eaux, qui constitue à la fois le volet le plus ancien et le plus complet de la politique communautaire de l'environnement, repose, dès ses débuts, largement sur des régimes de normes d'émission. Celles-ci doivent s'entendre, selon le premier programme d'action, comme *"les normes établies dans le but de limiter ou prévenir l'exposition des cibles" (...) Elles s'adressent directement ou indirectement aux individus ou organismes responsables en fixant le niveau de pollutions ou nuisances à ne pas dépasser dans un milieu, une cible, un produit, etc.*"⁹⁵. Dans cette veine, les sept directives-filles de la directive-cadre 76/406/CEE relative au déversement de certaines substances dangereuses dans le milieu aquatique de la Communauté comportent des valeurs-limites qui sont assorties de délais et de procédures de contrôle⁹⁶.

En ce qui concerne la pollution atmosphérique, la majorité des textes applicables aux installations d'incinération recourent abondamment à la notion de seuil. Il en va notamment de la directive 88/609/CEE relative à la limitation de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des grandes installations de combustion et des directives 89/369/CEE et 89/429/CEE concernant l'incinération des déchets municipaux ainsi que de la directive 75/439/CEE concernant l'élimination des huiles usagées.

Quant aux véhicules automobiles, les différentes directives imposent des seuils d'émission pour les véhicules à moteur à essence et les véhicules à moteur diesel.

En ce qui concerne le nucléaire, nous renvoyons le lecteur à la directive 59/221/Euratom.

95. Premier programme d'action, 2e partie, titre 1er, § 2.

96; Sur ce point, N. de SADELEER, "La réglementation des rejets d'eaux usées en droit communautaire et en droit belge", *Aménagement-Environnement*, 1991, n° spécial L'eau, p. 13 à 17.

b) Pertinence

La promulgation de seuils à partir desquels la pollution est jugée inacceptable est assurément susceptible de renforcer l'approche préventive. Toutefois, il ne faut pas pour autant se conforter dans l'idée qu'une politique de l'environnement basée uniquement sur des normes d'émission pourrait réellement prévenir les phénomènes de dégradation environnementale. Le recours aux normes d'émission présente de multiples faiblesses. Les critiques suivantes peuvent être formulées.

La critique la plus fondamentale tient au fait que la norme d'émission vient à légaliser un certain niveau de nuisances. L'exigence d'un seuil s'inscrit en effet en réaction aux interdictions générales et absolues qui illustrent la facette la plus radicale du principe de prévention.

Dans bien des cas, il demeure difficile de déterminer scientifiquement le seuil à partir duquel les facultés naturelles d'absorption et d'auto-épuration du milieu sont épuisées. La réalité scientifique est souvent mouvante. La norme d'émission ne prévient pas nécessairement le dommage.

Dans la frange d'incertitude laissée par la science, des considérations totalement étrangères aux impératifs écologiques entrent en ligne de compte lors de la détermination des seuils⁹⁷. Bien souvent, les normes retenues sont le fruit de compromis entre les intérêts respectifs de chacun des Etats membres. A un stade avancé de la négociation, elles ne reposent plus sur des critères scientifiques suffisamment pertinents mais sur les capacités économiques de chacun des Etats membres à pouvoir s'adapter à la norme d'harmonisation communautaire.

Les normes uniformes d'émission édictées au niveau de la Communauté européenne ont généralement été prises afin d'éviter des distorsions de concurrence. Adoptées pour l'ensemble de la Communauté, ces normes risquent de ne pas prendre en compte suffisamment chacune des situations particulières. Ce qui constitue une nuisance à Berlin, ne l'est pas nécessairement à Athènes.

97. Fr. CABALLERO, Essai sur la notion juridique de nuisances, L.G.D.J., 1981, p. 79.

La pertinence du recours aux normes d'émission implique l'adoption de normes d'immission. Différentes directives en matière d'eau et en matière d'air prévoient théoriquement une étroite combinaison entre les normes d'émission et les normes d'immission. Toutefois, dans la pratique, les normes d'émission sont rarement adaptées à la qualité des milieux récepteurs.

Plus fondamentalement, les normes d'émission constituent encore à ce jour le noyau dur d'une "end-of-the-pipe policy". Elles ne sont à cet égard, qu'un pâle reflet d'une politique réellement préventive.

3°. Les normes d'immission

a) Principe

Les normes d'immission sont destinées à assurer le maintien de la qualité écologique des milieux ambiants. Elles consistent en des valeurs seuils applicables à un certain nombre de paramètres qui ne peuvent pas être dépassés. Elles ont été définies par le premier programme d'action comme *"représentant l'ensemble des exigences auxquelles doit satisfaire à un moment donné, actuel ou futur, un milieu déterminé ou une partie de ce milieu"*⁹⁸.

Les normes d'immission se différencient fondamentalement des normes d'émission. Elles ne s'appliquent pas au rejet de polluants mais au milieu récepteur affecté par la pollution. Elles ne s'adressent donc pas aux opérateurs privés mais bien aux pouvoirs publics qui ont pour mission de veiller à ce que ces valeurs ne soient pas dépassées dans les milieux affectés par les pollutions d'origine privées. Cependant, les deux approches sont complémentaires l'une de l'autre⁹⁹. Le respect des normes d'immission implique que les autorités publiques contrôlent strictement les rejets de polluants dans les milieux naturels notamment par l'octroi d'autorisations administratives et la promulgation de normes de rejet afférentes.

98. Premier programme d'action, 2e partie, titre 1er, § 3, section 2.

99. Sur les avantages et les désavantages présentés par l'une et l'autre approche, voy. N. HAIGH, EC Environmental Policy and Britain, 2nd revised edition, Longman, 1990, p. 20.

En droit communautaire, des normes d'immission ont été adoptées pour trois secteurs : les eaux destinées à certains usages particuliers, l'air et les sols agricoles.

En ce qui concerne la protection des eaux de surface, quatre directives communautaires imposent à ce jour des objectifs de qualité. Il s'agit là de la directive 75/440/CEE concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les Etats membres, de la directive 78/659/CEE concernant la qualité des eaux douces ayant besoin d'être protégées ou améliorées pour être aptes à la vie des poissons, de la directive 79/293/CEE relative à la qualité requise des eaux conchylicoles et de la directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade.

Trois de ces quatre directives devraient être à l'avenir fusionnées dans une approche plus globale. En effet, la Commission a soumis un projet de proposition de la directive relative à la qualité écologique des eaux obligeant les Etats membres à établir et à mettre en oeuvre des programmes intégrés visant à obtenir une bonne qualité écologique de toutes les eaux de surface de la Communauté¹⁰⁰.

En ce qui concerne la lutte contre la pollution atmosphérique, des objectifs de qualité de l'air ont été fixés pour différentes substances : directive 82/884/CEE concernant une valeur limite pour le plomb contenu dans l'atmosphère, directive 85/203/CEE concernant les normes de qualité de l'air pour le dioxyde d'azote et directive 80/779/CEE concernant des valeurs limites et des valeurs-guides de qualité atmosphérique pour l'anhydride sulfureux et les particules en suspension. Ici également, la Commission souhaite faire adopter, en exécution du cinquième programme d'action, une approche plus globale consistant en l'adoption d'objectifs de qualité pour certains polluants au niveau de l'ensemble de la Communauté¹⁰¹.

Enfin, pour la protection des sols, une directive 86/278/CEE relative à la protection de l'environnement et notamment des sols, lors de l'utilisation des boues d'épuration en agriculture, édicte des objectifs de

100. Proposition de directive 94/C 22/06 relative à la qualité écologique des eaux (J.O.C.E., n° C 222/6).

101. Proposition de directive 94/C concernant l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant (J.O.C.E., n° C 216/4).

qualité pour les sols agricoles où sont répandues des boues provenant de stations d'épuration¹⁰².

b) Pertinence

Les normes d'immission et d'émission s'accordent dans le sens d'une prévention efficace de la dégradation de l'environnement lorsqu'elles visent un niveau élevé de protection de l'environnement, d'une part et, qu'elles sont suffisamment bien imbriquées, d'autre part.

Toutefois, le recours au norme d'immission demeure jusqu'à présent relativement timide. L'application des normes d'émission *ratione loci* est à tout le moins restrictive. Ainsi, en ce qui concerne la protection des eaux de surface, seules quelques catégories d'eaux de surface à un usage bien déterminé ont fait l'objet à ce jour de normes d'émission. L'application des normes d'émission *ratione materiae* est également défailante. Ainsi, en ce qui concerne la lutte contre la pollution atmosphérique, les objectifs de qualité ne sont calculés qu'au regard de quelques paramètres de polluants alors que l'atmosphère est contaminée par un nombre beaucoup plus important de polluants. Pour la pollution des Sols, les normes de qualité sont tout à fait lacunaires. Les seules normes qui ont été édictées au niveau de la Communauté européenne ont trait aux sols agricoles. Alors que cette problématique connaît des développements majeurs dans la plupart des Etats membres, aucune tentative d'harmonisation n'a encore vu le jour. Dans un avenir proche, l'on peut néanmoins s'attendre à une généralisation des normes d'émission pour l'ensemble des eaux de surface et de l'air.

Il est incontestable que les normes d'émission sont les seules qui correspondent sans équivoque à la finalité de l'ordre public écologique¹⁰³. Toutefois, les normes d'immission peuvent également faire l'objet des mêmes réserves qui ont été émises à propos des normes d'émission. Ici également, un décalage peut se produire entre l'objectif avoué et la réalité normative. Il apparaît également difficile sur le plan scientifique de prendre en compte dans des normes de qualité uniformes toutes les situations particulières à la Communauté européenne.

102. Pour un commentaire de cette directive cfr. M. PAQUES et Ph. RENAUDIERE, "Agriculture et environnement dans le droit communautaire : quelques questions", Aménagement-Environnement, n° spécial L'agriculture, 1992, p. 54 et 55.

103. Fr. CABALLERO, op. cit., p. 79.

5°. Les normes de produit

a) Principe

Les normes de produit peuvent d'une part, délimiter des niveaux de polluants ou de nuisances à ne pas dépasser dans la composition ou dans les émissions d'un produit, et d'autre part, spécifier les propriétés ou les modalités d'utilisation d'un produit.

La Communauté européenne a adopté un grand nombre de normes de produit en matière de nuisances acoustiques. Pas moins de treize directives concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux niveaux sonores de différents véhicules et machines ont été adoptées dans les années septante et quatre-vingt. La réglementation des substances chimiques s'entend aussi comme une norme de produit.

b) Pertinence

L'adoption de normes de produits est un processus relativement lent. Les divergences d'intérêts commerciaux des Etats membres peuvent ralentir le processus d'adoption de normes uniformes à l'ensemble de la Communauté. Il est actuellement admis que les normes communautaires de produits peuvent être adoptées sur base de l'article 100A du traité. Il n'en demeure pas moins que la Commission doit, lorsqu'elle recourt à cette base juridique, proposer des normes d'un niveau de protection élevé.

6°. La planification

a) Principe

Les actions entreprises dans le domaine de l'environnement ne peuvent s'inscrire dans une démarche du coût par coût, sous peine d'être vouées aux aléas de l'incohérence et au hasard de l'improvisation. La prévention appelle également un effort de rationalisation et de systématisation par l'adoption d'une ligne de conduite précise. Celle-ci se concrétise par l'adoption d'instruments de programmation ou de planification. Ces instruments peuvent s'efforcer d'infléchir l'évolution de la problématique écologique dans un sens plus favorable à la protection de l'environnement et à la santé de l'homme.

La planification se retrouve à deux niveaux en droit communautaire de l'environnement. D'une part, la Commission a élaboré ses propres programmes d'action qui planifient ses interventions pour une période déterminée. D'autre part, différentes directives communautaires imposent aux Etats membres d'adopter des plans et des programmes pour une période déterminée.

La politique communautaire de l'environnement s'est articulée autour de différents programmes pluriannuels d'action en matière d'environnement. Cinq de ces programmes ont été adoptés jusqu'à maintenant pour les périodes suivantes : 1973-1977, 1977-1981, 1982-1986, 1987-1992, 1992-1997. Ces programmes, adoptés sous la forme de déclaration ou de résolution du Conseil, constituaient a priori des instruments dépourvus du caractère juridique contraignant¹⁰⁴. Depuis le traité de Maastricht, ces programmes ont été rebaptisés "*programmes d'action à caractère général fixant les objectifs prioritaires à atteindre*". Adoptés selon la procédure de la codécision¹⁰⁵, ils pourraient se voir reconnaître une plus grande force juridique.

En énonçant dans ces programmes les actions à entreprendre pour une période déterminée, les institutions communautaires font part de leur volonté d'atteindre, dans un délai fixe, des objectifs précis¹⁰⁶. Les programmes d'action ont ainsi permis de structurer l'élaboration de la politique communautaire de l'environnement au regard de différents principes que nous avons énumérés dans la présente contribution. S'il existe manifestement une certaine continuité dans les principes qui sous-tendent ces programmes, l'approche de la Communauté semble avoir sensiblement évolué en l'espace de deux décennies. Dans le premier et le

104. Ph. GAUTIER, "L'Acte unique et les principes de l'action communautaire en matière d'environnement : prévention ou réparation ?", in La réparation des dommages catastrophiques, Bruylant, 1990, p. 382. Cet auteur fait remarquer que les programmes d'action ne constituent pas un fondement juridique suffisant pour la production de normes communautaires.

105. Ph. RENAUDIERE, "Le droit communautaire de l'environnement après Maastricht", Aménagement-Environnement, 1992/ /2, p. 73.

106. En dehors de ces programmes d'action fixant un cadre de l'action communautaire dans le domaine de l'environnement pour une période déterminée, la Communauté a adopté des programmes d'actions plus spécifiques, tel le programme d'action contre la pollution par le cadmium (Résolution du Conseil du 25 octobre 1988) ou le programme d'action en matière de contrôle et de réduction de la pollution causée par le déversement d'hydrocarbures en mer (Résolution du Conseil du 26 juin 1978).

second programme d'action, l'accent fut mis sur la nécessité d'une approche curative afin de résoudre certains problèmes estimés prioritaires. Le deuxième et troisième programmes d'action accordent, au contraire, la priorité à l'action préventive et à la gestion rationnelle des ressources naturelles. Enfin, le quatrième programme d'action et surtout le cinquième programme d'action mettent l'accent sur l'intégration de la politique communautaire de l'environnement dans les autres politiques.

Par ailleurs, différentes directives communautaires obligent les Etats membres à adopter des plans et programmes dans la mise en oeuvre de leurs obligations communautaires. Ainsi, en vertu de la directive 76/464/CEE relative au déversement de certaines substances dangereuses dans le milieu aquatique de la Communauté oblige les Etats membres à adopter des programmes de réduction de la pollution causée par des substances relevant de la liste grise. Ces programmes doivent notamment comprendre des objectifs de qualité, ils peuvent également contenir des dispositions spécifiques relatives à la composition et à l'emploi de substances ou groupe de substances ainsi que de produits. De même, les directives fixant des objectifs de qualité pour les eaux piscicoles et conchylicoles obligent les Etats membres à adopter des programmes "en vue de réduire la pollution" des eaux devant être désignées en vertu de ces directives. En ce qui concerne la pollution atmosphérique, la directive 88/609/CEE relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des grandes installations de combustion prévoit l'adoption de *"programmes appropriés en vue de la réduction progressive des émissions totales provenant des installations existantes"*. Ces programmes ont pour objet de respecter, par une limitation appropriée des émissions, des plafonds d'émission et les pourcentages de réduction correspondants fixés aux annexes de la directive. En ce qui concerne la gestion des déchets, la planification constitue également un des axes majeurs de cette politique. Tant la directive 75/442/CEE relative aux déchets que la directive 91/156/CEE sur les déchets dangereux obligent les Etats membres à adopter des plans de gestion des déchets¹⁰⁷.

b) Pertinence

La programmation est souvent analysée comme un instrument préventif efficace. Cette opinion doit toutefois être relativisée. Comme la

107. N. de SADELEER, "La planification en matière de déchets", in L'entreprise et la gestion des déchets, Bruylant, 1993, p. 79 à 82.

procédure d'évaluation des incidences, la planification consiste en une formalité à remplir soit par le législateur communautaire lui-même, soit par les Etats membres. La programmation ne devient préventive que dans la mesure où les objectifs poursuivis par le programme tendent à prévenir la pollution.

7°. L'auto-responsabilisation des entreprises

La prévention de l'apparition de nuisances et de pollutions ne se concrétise pas uniquement par le biais d'une approche contraignante. L'auto-responsabilisation des entreprises responsables des pollutions grâce à la mise en oeuvre de différents instruments juridiques peut jouer à certains égards un rôle préventif.

Néanmoins, le niveau de prévention atteint grâce à des mécanismes d'auto-responsabilisation risque de s'avérer plus faible que le niveau qui pourrait être atteint par le biais d'une approche réglementaire classique¹⁰⁸.

Les deux règlements de la Communauté qui établissent des mécanismes destinés à accroître la participation volontaire des entreprises à la protection de l'environnement revendiquent la poursuite d'une approche préventive.

Le préambule du règlement (CEE) n° 1836/93 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit souligne que *"le secteur industriel est lui-même responsable de l'impact de ses activités sur l'environnement et doit donc adopter une approche préventive dans ce domaine"*¹⁰⁹. Cette approche préventive va se concrétiser par la participation des entreprises intéressées dans un système volontaire consistant dans l'établissement et le respect de programmes en matière d'environnement et l'application de systèmes de management environnemental¹¹⁰. On attend de ces programmes une amélioration

108. E. REHBINDER, "Apport de la Communauté européenne au développement du droit de l'environnement", p. 15.

109. 4ème considérant du règlement (CEE) n° 1836/93.

110. Pour un commentaire du règlement, voyez N. de SADELEER et A. GOSSERIES, "Le règlement (CEE) n° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management

constante des "performances environnementales" de l'entreprise. L'évaluation périodique des performances de l'entreprise grâce à des audits répétées, de même que la publicité obligatoire de certains résultats de cette évaluation, constituent les éléments clés pour accomplir cette amélioration¹¹¹.

Par ailleurs, le règlement n° 80/92 du Conseil du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique s'inscrit également dans une approche préventive. Ce règlement vise en effet à "*promouvoir la conception, la production, la commercialisation et l'utilisation de produits ayant une incidence moindre sur l'environnement pendant leur cycle de vie*"¹¹² de manière à "*mettre en évidence les options les plus favorables à l'environnement*"¹¹³. La finalité du règlement est donc d'encourager, par le jeu de la concurrence, les professionnels à produire des biens moins nocifs pour l'environnement et à stimuler chez eux l'innovation technologique dans un sens favorable à l'environnement¹¹⁴. Le label écologique trouve donc sa place dans la panoplie de mesures conçues au niveau de la Communauté européenne pour prévenir l'augmentation de la dégradation environnementale.

SECTION III. LES ENSEIGNEMENTS DU ROLE DU PRINCIPE DE PREVENTION DANS LE DEVELOPPEMENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Le principe de prévention est omniprésent dans le droit communautaire de l'environnement. Il influence les orientations de chacun des secteurs de la politique de l'environnement. Pratiquement tous les mécanismes juridiques mis en place ont des effets préventifs. Le principe de prévention autorise aussi une interprétation téléologique des textes

environnemental et d'audit : virtualité et limites d'un système novateur", Aménagement-Environnement; 1994/2, p. 91.

111. E. REHBINDER, op. cit., P. 16.

112. Article 1er, premier tiret.

113. 5e considérant du préambule.

114. Fr. MANIET, "Le label écologique et la protection des consommateurs", in Le label écologique et le droit, ed. B. JADOT et N. de SADELEER Story Scientia, 1992, p. 93.

réglementaires dans le sens d'une meilleure protection de l'environnement.

Le caractère très général du principe en constitue aussi le point faible. Comme nous l'avons vu, la prévention englobe des mécanismes extrêmement différents. La prévention se dilue à bien des égards dans des approches à ce point timides et nuancées que l'on peut se demander ce que l'on tente encore de prévenir.

Reconnue comme objectif principal, la prévention n'en est pas atténuée par une série d'artifices juridiques. Dans certains cas, la prévention se voit affaiblie par des régimes de dérogations qui vident de leur substance les régimes d'interdiction. Ce que l'on donne d'une main est retiré de l'autre. La prévention est ainsi battue en brèche par d'autres règles du droit communautaire. Elle se voit contrariée par la mise en oeuvre d'autres politiques aux objectifs contradictoires.

Le principe de prévention appelle donc des clarifications constantes. C'est pour cette raison sans doute que trois autres principes sont apparus dans son sillage. Ces trois principes renforcent le caractère préventif induit par le principe de prévention. Le premier, le principe de précaution permet de renforcer l'approche préventive en forçant les pouvoirs publics à agir alors même qu'ils ne disposent pas de toutes les preuves justifiant le bien-fondé de leur action. Le deuxième, le principe de la correction par priorité, à la source, des atteintes à l'environnement, oblige les pouvoirs publics à agir le plus en amont possible en s'attaquant aux racines du mal. Le dernier, le principe d'intégration appelle à ce que l'on atténue l'impact des autres politiques sur la politique de l'environnement.

En s'opposant à l'approche curative et en conditionnant les autres principes du droit de l'environnement, le principe de prévention se trouve incontestablement à l'épicentre de tout le droit de l'environnement.

CHAPITRE III

LE PRINCIPE DE PRECAUTION

FAIRE FACE A L'INCERTITUDE

SECTION I. GENERALITES

§ 1er. Introduction

Comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent, trois niveaux d'atteintes à l'environnement peuvent être distingués. Chacun de ces niveaux appelle une action bien déterminée qui est elle-même guidée par un principe fondamental du droit de l'environnement.

Au premier niveau, la dégradation de l'environnement s'est déjà produite. Le dommage étant déjà causé, il s'agit plus d'y remédier que de le prévenir. Il s'agit là de l'hypothèse la plus classique. A ce stade, seule une approche curative est envisageable.

Au second niveau, une menace pèse sur l'environnement. Cette menace est tangible. La situation n'est pas encore critique mais risque de le devenir si aucune mesure n'est prise. Le principe de prévention est censé remédier à ce genre de situation en obligeant les pouvoirs publics à tout mettre en oeuvre pour éviter l'apparition du dommage.

Au troisième niveau, la menace est seulement potentielle, incertaine, hypothétique. Aucune preuve tangible ne permet d'affirmer qu'elle se concrétisera mais le doute conduit à penser qu'elle risque de se produire. C'est ici qu'intervient le principe de précaution.

Cette gradation fait clairement apparaître la différence fondamentale entre la prévention et la précaution. Alors que la prévention consiste dans *"un ensemble de mesures destinées à éviter un événement qu'on peut prévoir"*, la précaution s'assimile à *"la prévoyance minutieuse que l'on observe pour éviter ou atténuer un mal, un inconvénient, un désagrément"*

ultérieurs pressentis"¹¹⁵. D'un côté, la prévention suppose la connaissance du risque. De l'autre côté, la précaution consiste en une attitude dictée par la prise en compte d'un risque encore inconnu mais pressenti. La certitude de la menace appelle une attitude de prévention alors que l'incertitude appelle la précaution¹¹⁶. Le principe de précaution se distingue donc du principe de prévention par le fait que le mal que l'on entend contrer n'est ni prévu ni connu mais qu'il est seulement suspecté, soupçonné, pressenti. Il ne s'agit donc plus ici de prévenir les risques mais bien de les anticiper !

Ainsi, le principe de précaution constitue une étape supplémentaire, un nouveau jalon dans la prévention des risques¹¹⁷.

§ 2. Genèse du principe

Le temps commande la question de l'environnement¹¹⁸. L'échelle du temps humain se distingue fondamentalement de celle du temps naturel. Si l'action humaine est rapide, la nature répond seulement lentement aux bouleversements que celle-ci entraîne.

Alors que cinq millions d'années furent nécessaires pour voir apparaître l'Homo sapiens, cinq millénaires suffirent pour que celui-ci découvre la civilisation et pas moins d'un siècle fut suffisant pour qu'il transforme de fond en comble la planète effaçant des cartes les dernières *terrae incognitae*. L'avancée des sciences et des techniques a permis d'accélérer le passage de la civilisation industrielle à l'ère technologique. Les innovations scientifiques et techniques ont ainsi permis d'asseoir le rôle primordial de l'homme sur notre planète. Ces innovations ont aussi permis un essor sans précédent d'un système économique fondé sur des objectifs de croissance essentiellement quantitatifs, eux aussi sans limites. Ces deux facteurs ont rendu l'homme, véritable Prométhée déchaîné, le maître incontesté de la nature.

115. C.N.R.S., Les trésors de la langue française, Gallimard, 1988, p. 1173.

116. En ce sens, M. REMOND-GOUILLOUD, "Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science", La vie des sciences, tome X, 1993, n° 4, p. 355.

117. En ce sens, D. FREESTONE, "The precautionary principle", in International law and global climate change, Graham & Trotman, 1991, p. 21.

118. M. REMOND-GOUILLOUD, "A la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement", Rev. jurid. envt., 1992/1, p. 6.

Cette accélération de l'histoire va de pair avec une intensification de la production, c'est-à-dire de la transformation de la nature. Cette production surexponentielle a pour effet d'accélérer la dégradation des écosystèmes. Alors que les ponctions de l'homme se font chaque jour plus importantes, les écosystèmes demeurent entre-temps régis par les mêmes rythmes, les mêmes cycles, les mêmes périodicités. Et c'est à ce niveau-là que s'accroît la fracture entre la temporalité humaine et la temporalité naturelle : d'un côté, un ordre naturel intemporel et imperturbable mais de plus en plus menacé, de l'autre, un monde humain en pleine mutation.

Pendant longtemps, on a cru naïvement que la nature pouvait satisfaire tous les besoins de l'humanité. L'heure est aujourd'hui au scepticisme. Depuis plusieurs décennies, l'homme ne se contente plus seulement de percevoir les fruits que lui offre la nature, mais il a largement entamé son capital. Alors que ses besoins croissent de manière exponentielle, rien ne permet d'espérer que la nature sera toujours à même de les satisfaire. A la suite d'une succession de catastrophes écologiques, l'homme a pris conscience de la fragilité du monde dans lequel il vit. Le fossé ne cessant de se creuser entre la temporalité humaine et la temporalité naturelle, il s'interroge aujourd'hui sur le bien-fondé du schéma de pensée qui a présidé jusqu'à présent à l'essor du progrès.

Ce schéma de pensée repose sur trois postulats : d'une part, la capacité de régénération de l'environnement, d'autre part, la certitude de la science et enfin, l'amélioration constante des moyens d'actions. Nous examinerons dans un premier temps chacun de ces postulats. Nous verrons ensuite que chacun de ceux-ci prête le flanc à de nombreuses critiques.

D'après un premier postulat, la nature peut supporter sans faiblesses les erreurs des activités humaines. Les sociétés industrielles ont en effet véhiculé pendant longtemps l'idée selon laquelle l'environnement possédait une capacité d'assimilation et d'épuration quasiment illimitée de leurs rejets. Ainsi, les substances polluantes émises par les activités industrielles rejetées dans le milieu aquatique ou l'atmosphère ne causent pas de perturbations écologiques car elles sont dispersées et diluées dans des masses d'eau ou des masses d'air suffisamment importantes¹¹⁹. Si la pollution devient trop importante, la nature peut encore se régénérer d'elle-

119. Comme l'illustre fort bien un adage dans la langue anglaise "The solution to pollution is dilution".

même, comme en témoigne encore récemment la récupération rapide des milieux côtiers de l'Alaska après le naufrage spectaculaire du pétrolier Amoco Cadiz. En outre, le caractère irrémédiable d'une atteinte à l'environnement n'est pas nécessairement insurmontable. Si un espace naturel est dégradé, si une espèce disparaît, ces phénomènes peuvent être rapidement compensés grâce à l'action de l'homme ou l'évolution de la nature elle-même. Dans la première hypothèse, à défaut d'avoir su protéger l'espace naturel, l'homme se contentera de protéger un autre espace. Dans la seconde hypothèse, d'autres espèces ne tarderont pas à occuper la niche écologique de l'espèce disparue. L'équilibre écologique se trouve ainsi constamment rétabli.

Selon un second postulat, la science est en mesure de déterminer avec exactitude le niveau d'atteintes admissibles. Dans cet ordre d'idées, les ingénieurs forestiers sont en mesure d'établir la régularité des coupes à un niveau permettant une régénération optimale des milieux forestiers. Les écosystèmes étant dotés d'une large capacité d'assimilation, il serait aussi possible de déterminer scientifiquement la quantité et la toxicité de substances qui peuvent y être réparties dans l'air, l'eau ou le sol sans que celles-ci ne provoquent des dommages à l'environnement. Dans ces deux cas, la science apparaît comme le critère de référence absolu. Elle permet l'exploitation des ressources naturelles à un niveau optimal. Elle permet aussi de limiter les conséquences négatives de cette exploitation sur les écosystèmes.

Enfin, selon un troisième postulat, une approche 'assimilative' basée sur la recherche scientifique ne permet pas toujours d'empêcher certaines altérations écologiques. En effet, une marge d'erreur existe dans la détermination exacte des substances qui peuvent être rejetées dans le milieu. Toutefois, les dommages que l'on ne parvient pas à éviter constituent un mal nécessaire. L'augmentation des richesses économiques et des moyens techniques compenseront les effets négatifs de la dégradation environnementale. Les richesses produites par la croissance devraient en effet permettre aux générations futures de mieux gérer leur environnement. Celles-ci seront mieux armées que nos contemporains pour remédier aux dommages environnementaux. C'est précisément l'avancée de notre civilisation sur les plans économique, technique et scientifique qui donnera une nouvelle chance aux générations futures de disposer d'un environnement de qualité. La dégradation environnementale devient ainsi

non seulement un mal nécessaire mais aussi un mal effaçable. C'est ainsi que l'industrie a souvent plaidé en faveur de la poursuite de productions controversées en arguant que les bénéfices générés par de telles activités permettraient ultérieurement de remédier aux pollutions qu'elles provoquent. Dans le même ordre d'idées, un sol pollué à un moment donné par des substances chimiques pourra ultérieurement être assaini grâce à des technologies toujours plus sophistiquées qui ont justement pu voir le jour grâce aux richesses économiques produites par les activités industrielles polluantes. Cette logique n'est d'ailleurs pas propre aux seuls pays industrialisés. Les pays du Tiers-Monde réclament aujourd'hui un droit absolu de pouvoir disposer de leur environnement comme ils l'entendent et ce en vue d'assurer, à l'instar de ce qu'ont fait les pays industrialisés, leur développement économique. L'on a ainsi entendu de la part de dirigeants africains que la dégradation environnementale induite par ce développement est non seulement nécessaire pour assurer leur bien-être mais qu'il leur permettra aussi de remédier un jour aux sacrifices qui furent nécessaires pour y arriver.

Les prémisses de chacun de ces postulats sont aujourd'hui démentis par les faits. Les critiques peuvent être schématisées comme suit.

Le premier postulat doit être réfuté car il est apparu que les milieux naturels sont beaucoup plus vulnérables à l'action de l'homme qu'on avait pu le supposer¹²⁰. Un certain nombre d'actions ont tout d'abord des conséquences irrémédiables. Lorsqu'une forêt tropicale fait l'objet d'une coupe à blanc, elle est anéantie à tout jamais. Lorsqu'une espèce endémique disparaît, lorsqu'un écosystème est dégradé, rien ne pourra les remplacer car ils sont uniques en leur genre.

Par ailleurs, l'on a cru erronément que le mal écologique se résumait à des catastrophes écologiques qui étaient facilement contrôlables grâce à l'adoption de mesures de sécurité. Toutefois, l'accumulation d'actions de faible ampleur peut avoir des effets tout aussi dommageables que ceux provoqués par une catastrophe de grande étendue. Ainsi, un écosystème aquatique peut être souillé par une kyrielle de pollutions diffuses de

120. Le droit américain rejette depuis le début des années septante l'approche "assimilative". Voy. à cet égard, D. BODANSKY, "The Precautionary Principle in US Environmental Law", in Interpreting the Precautionary Principle, ed. T. O'RIORDAN & J. CAMERON, Cameron, Londres, 1994, p. 217.

manière aussi grave qu'il pourrait l'être à la suite du naufrage d'un pétrolier. Des substances toxiques a priori peu dangereuses peuvent causer des dommages insoupçonnés en raison d'un phénomène d'accumulation dans certains organismes. Ces différents exemples mettent en évidence que notre compréhension de l'environnement est loin de suivre notre faculté de le modifier, et le retard est encore plus grand lorsqu'il s'agit de contrôler l'impact que nous pouvons avoir sur lui¹²¹.

Il en va de même du second postulat. De façon quelque peu paradoxale, en cette fin du XXème siècle, l'avancée des sciences exactes va de pair avec une augmentation des incertitudes. La confiance absolue en la science n'est plus de mise¹²². C'est particulièrement le cas en matière d'environnement comme l'illustrent de nombreux exemples. Aucun scientifique n'avait songé au début des années cinquante que les chlorofluorocarbones, une fois parvenus dans la haute atmosphère, allaient raréfier certaines parties de la couche d'ozone. Lorsque l'amiante fut abondamment utilisé dans les pays industrialisés comme matériel antifeu, personne non plus n'avait prévu les effets cancérogènes des fibres d'amiante. Il en fut de même du D.T.T. considéré à une époque comme un pesticide miracle, mais interdit par la suite dans les pays industrialisés en raison des graves dangers qu'il représente. Ces trois exemples illustrent à eux seuls le fait que notre connaissance des impacts des polluants que nous rejetons dans l'environnement demeure pour le moins lacunaire.

Dans certains cas, il est possible, en recourant suffisamment tôt à l'expertise scientifique, d'évaluer l'impact d'une activité sur l'environnement. Cependant, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de doutes continueront toujours à subsister. L'on a ainsi pu constater récemment que plus les recherches se développent sur l'origine de la dégradation par la pollution atmosphérique des écosystèmes forestiers dans l'hémisphère nord, plus les causes de ce phénomène apparaissent complexes et donc incertaines. Les meilleures études d'impacts posent souvent plus de questions qu'elles n'en résolvent. En fin de compte, la science ne nous apporte plus la certitude. Elle semble désormais être là pour

121. R. DORFMAN & N., Economie de l'environnement, Calmann-Lévy, 1975, p. 10.

122. S. GUTWIRTH et E. NAIM-GESBERT, "Science et droit de l'environnement : réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités", repris dans la présente étude.

nous faire prendre conscience des risques que nous prenons dans la poursuite d'une croissance débridée¹²³.

Quant au troisième postulat, il n'est plus du tout sûr non plus que l'évolution de la technique permettra à coup sûr aux générations futures de remédier aux erreurs du passé. Non seulement, l'incertitude pèse sur nos futurs moyens d'action pour faire face aux dommages qu'implique notre mode de développement, mais encore les moyens financiers et humains qui devraient être dégagés risquent de s'avérer insuffisants eu égard à l'ampleur des tâches à accomplir. Les mesures compensatoires auxquelles on pourrait songer pour remédier aux pollutions risquent de s'avérer d'un maigre secours tant l'ampleur de la dégradation environnementale sera élevée. Enfin, dans bon nombre de cas, les dommages causés seront irrémédiables.

Voici le monde en proie à l'incertitude. Il convient d'y faire face. Une démarche à la fois prudente et raisonnée s'impose. A cet égard, le principe de précaution apparaît comme un principe phare de nouveaux schémas de pensée qui devraient nous permettre de mieux évaluer la portée de nos actions. Ce principe aux contours multiformes connaît des prolongements à la fois sur les plans politique et juridique.

Sur le plan politique, le principe de précaution appelle à ce que l'on institutionnalise la prudence. Celle-ci doit devenir une composante essentielle de toute politique¹²⁴. La prise en compte de la prudence dans le processus décisionnel permettra de faire échec aux situations irréversibles. Toutefois, le mieux peut être l'ennemi du bien. Le principe de précaution ne doit pas aller jusqu'à paralyser toute activité technique sous prétexte qu'elle serait soupçonnée d'avoir des effets nocifs sur l'environnement. Une telle solution serait à la fois excessive et contre-productive car, en tout état de cause, maintes conséquences de nos initiatives techniques sont imprévisibles du fait qu'elles résultent d'un contexte lui-même imprévisible¹²⁵. Au contraire, il convient de se prémunir contre le risque, sans pour autant renoncer à agir¹²⁶.

123. G.J. MARTIN, "L'évolution du concept de risque en droit au cours du vingtième siècle", *C.E.S.P.R.*, n° 11, 1992, p. 17.

124. Le principe implique, selon les auteurs anglo-saxons, la mise en place d'une "*Policy for action in the face of uncertainty*".

125. Ph. ROQUEPLO, "Faut-il qu'un accident technologique soit imputable ?", *C.E.S.P.R.*, n° 12, 1992, p. 28.

126. M. REMOND-GOUILLOUD, "Le risque de l'incertain : ...", *op.cit.* p. 341.

Sur le plan juridique, le principe de précaution doit conduire à intégrer l'incertitude dans le système juridique en prévoyant notamment la mise en place de procédures permettant d'évaluer et de réduire les risques engendrés par toute activité sujette à caution.

§ 3. Les fondements éthiques du principe de précaution

Le principe de précaution s'inscrit dans une dimension à la fois temporelle et éthique.

La prise en compte de l'incertitude qu'induit le principe de précaution répond aux besoins de gérer notre environnement pour le long terme. Comme le souligne Fr. Ost, alors que l'éthique traditionnelle s'inscrivait dans un horizon temporel limité au maximum à la durée d'une vie, qu'elle n'avait d'égards que pour le proche et le prochain, et abandonnait le long terme et ses conséquences au hasard, au destin ou à la providence, l'éthique de la responsabilité nous contraint désormais à envisager le long terme¹²⁷. Les décisions prises aujourd'hui ont en effet des implications qui dépassent largement le cadre d'un mandat politique, d'une législature ou même d'une vie humaine. Il est devenu hasardeux de légiférer uniquement pour résoudre des problèmes qui se posent aujourd'hui sans penser à ceux qui se poseront demain.

Cette prise en compte du long terme se justifie principalement par la nécessité de protéger les intérêts des générations futures qui sont actuellement sous-représentés. Une vision à court terme de la protection de l'environnement pourrait compromettre la possibilité pour les générations futures d'avoir accès à des ressources d'une quantité et d'une qualité suffisantes pour satisfaire leurs propres besoins¹²⁸. En cela, le principe de précaution constitue un des prolongements du principe du développement durable en vertu duquel il ne faut pas sacrifier le futur aux appétits du présent. Les choix d'aujourd'hui doivent en effet refléter un avenir encore

127. Fr. OST, "Les études d'incidences : un changement de paradigme?", in L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique?, CEDRE, Publ. Fac. univ. St -Louis, 1991, p. 9.

128. E. BROWN-WEISS, Justice pour les générations futures, Ed. Sang de la terre, 1993.

hypothétique. Il s'agit là du défi le plus important auquel est confrontée notre civilisation.

§ 4. L'émergence du principe de précaution en droit international

Le principe de précaution prend ses racines au milieu des années quatre-vingt dans le *Vorzorgeprinzip* du droit allemand¹²⁹. Le principe de précaution a été par la suite abondamment invoqué dans différents cénacles internationaux. Il a toutefois reçu des acceptions différentes au gré des préoccupations de chacune des organisations internationales qui l'ont invoqué.

Plusieurs auteurs anglo-saxons se sont déjà attachés à mettre en exergue les multiples définitions que le principe a reçu dans une kyrielle de recommandations, de programmes et de conventions internationales¹³⁰. Notre propos ne sera pas de recommencer ce travail mais de retracer succinctement les principales étapes de la consécration du principe de précaution en droit international.

Le principe de précaution a fait sa première apparition en droit international dans les décisions prises dans le cadre des conférences interministérielles sur la protection de la mer du Nord. Au cours de la deuxième conférence organisée à Londres les 24 et 25 novembre 1987, la nécessité d'adopter une approche de précaution dans la réglementation du déversement de substances dangereuses en mer du Nord fut soulignée à plusieurs reprises (déclaration de Londres, VII, XV et XVI). De même, la troisième conférence interministérielle sur la protection de la mer du Nord tenue à La Haye a également consacré le principe. Le préambule de la déclaration de La Haye stipule que les participants à la conférence

129. K. VON MOLTKE, "The Vorzorgeprinzip in West German Environmental Policy", Appendix 3, Royal commission on the environment, 12e report, 1988; S. BOEHMER-CHRISTIANSEN, "The Precautionary Principle in Germany", in Interpreting the Precautionary Principle, ed. T. O'RIORDAN & J. CAMERON, Cameron, , Londres, 1994, p. 31.

130. K.C. STAIRS et P.A. JOHNSTON, "The Precautionary Action Approach to Environmental Protection", in Environmental Pollution 1, ICEP, 1991, p. 473; D. FREESTONE, "The precautionary principle", in International law and global climate change, op.cit; E. HEY, "The precautionary concept in environmental policy and law : institutionalizing caution", The Georgetown International Environmental Law Review, vol. 4, p. 303.; J. CAMERON et J. ABOUCHAR, "The precautionary principle : a fundamental principle of law and policy for the protection of the global environment", Boston College International and Comparative Law Review, 1991, p. 1.

*"continueront de mettre en oeuvre le principe de précaution qui est d'engager, c'est-à-dire d'entreprendre une action, pour éviter les effets potentiellement nocifs de substances qui sont persistantes, toxiques et susceptibles de bioaccumulation, même lorsqu'il n'existe aucune preuve scientifique mettant en évidence un lien causal entre les émissions et les effets"*¹³¹. Selon les participants à la conférence de La Haye, le principe nécessite la mise en oeuvre de la meilleure technologie disponible afin de réduire les déversements de déchets et de résidus dans la mer du Nord (point 25 de la déclaration de La Haye).

Le principe de précaution n'a pas cessé par la suite d'étendre son empire dans le domaine de la pollution marine. La Commission de Paris, créée dans le cadre de la Convention du 4 juin 1974 pour la pollution marine d'origine tellurique, a adopté le 22 juin 1989 une recommandation reprenant quasi textuellement le principe de précaution tel que défini dans la déclaration de Londres de 1987. La Commission d'Oslo, créée dans le cadre de la Convention du 15 février 1972 pour la prévention de la pollution marine par des opérations d'immersion, adoptait le 14 juin 1989 une décision portant sur la réduction et l'arrêt du déversement de déchets industriels en mer (décision 89/1). Cette décision était principalement motivée par les risques que comportait une telle méthode d'élimination des déchets industriels.

Le principe débordera par après du domaine de la lutte contre la pollution marine, pour s'étendre à d'autres pans du droit international de l'environnement. Le principe de précaution fut successivement consacré comme un principe général de la politique de l'environnement successivement consacré par l'Exécutif du programme des Nations unies pour l'environnement (15e session du Conseil de l'UNEP le 25 mai 1989), par la Commission économique des Nations unies pour l'Europe à Bergen en mai 1990¹³², par le Conseil des ministres de l'Organisation de l'unité africaine à Addis-Abeba en juillet 1990 lors de l'adoption de la Convention

131. Bien que la déclaration de La Haye consacre à nouveau le principe de précaution, il en limite son application à des substances qui sont connues pour présenter un certain nombre de dangers. Vue sous cet angle, cette déclaration paraît en régression par rapport à la déclaration de Londres. Voy. J. CAMERON et J. ABOUCHAR, "The precautionary principle ...", *op. cit.*, p. 17.

132. Déclaration de la conférence de Bergen de mai 1990 sur le développement durable, § 7 : *"Lorsqu'il existe une menace de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude complète au plan scientifique ne devrait pas être utilisée pour reporter à plus tard les mesures de prévention de la dégradation de l'environnement"*.

de Bamako sur les mouvements transfrontaliers des déchets, par la conférence ministérielle sur l'environnement organisée par la Commission socio-économique des Nations unies pour l'Asie et le Pacifique en octobre 1990, et enfin par les ministres de l'environnement de l'Organisation de coopération et de développement économique en janvier 1991¹³³.

Le principe de précaution connaîtra sa véritable consécration en droit international lors de l'adoption le 13 juin 1992 de la déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement. En vertu du principe 15 de cette déclaration, *"pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leur capacité. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence d'incertitude scientifique absolu ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement"*.

Peu de temps après, le principe de précaution est venu rejoindre les autres principes fondateurs de la politique communautaire de l'environnement déjà inscrits dans le traité de la Communauté européenne. En droit communautaire, le principe de précaution est directement lié avec un des objectifs assignés à la politique communautaire de l'environnement en vertu de l'article 130R, § 1er, à savoir *"l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles"*.

§ 5. Les différentes facettes que peut revêtir le principe de précaution

Le principe de précaution revêt de multiples facettes en raison des différentes interprétations dont il a fait l'objet dans les cénacles internationaux. En outre, ce principe a connu dans le cadre de décisions, de recommandations et d'actes réglementaires pris par différentes institutions internationales des prolongements sous la forme d'instruments juridiques relativement hétéroclites. Le principe de précaution apparaît encore plus éclaté que les principes fondamentaux du droit de l'environnement que nous avons commentés jusqu'à présent.

133. Déclaration des ministres de l'environnement de l'Organisation de coopération et de développement économique : "L'absence de véritables certitudes scientifiques ne servira pas de prétexte pour ajourner des mesures visant à prévenir une dégradation de l'environnement".

La doctrine a tenté d'identifier à partir des différents textes internationaux les principales facettes du principe de précaution. Celles-ci peuvent être synthétisées de la façon suivante¹³⁴.

A. Le principe de précaution limité à la prévention d'un dommage pressenti et imminent

A l'origine, le principe de précaution semblait se limiter à prévenir que des activités endommagent des composantes de l'environnement déjà dégradées par la pollution. Selon cette première acception, deux conditions devraient être remplies pour que l'on puisse invoquer le principe de précaution¹³⁵. Premièrement, le risque devait être imminent et non pas latent. Deuxièmement, les composantes de l'environnement devaient déjà souffrir d'une certaine dégradation environnementale.

Vu sous cet angle, le principe de précaution se trouvait à mi-chemin entre le principe de prévention et l'acceptation plus moderne du principe de précaution. Il se distinguait du principe de prévention car il n'était pas nécessaire de démontrer la relation de cause à effet entre l'activité génératrice du dommage et le bien endommagé. Par contre, il ne paraissait guère éloigné du principe de prévention parce que, d'une part, le risque de dommage devait être imminent et que; d'autre part, l'on devait se trouver en présence d'une dégradation environnementale préexistante.

Cette conception a été critiquée par la doctrine du fait qu'elle ne distinguait pas clairement la situation d'une dégradation environnementale de celle d'un risque posé à l'environnement¹³⁶.

B. Le principe de précaution implique à une réduction substantielle des risques à l'égard des hommes et des écosystèmes

Comme nous l'avons rappelé ci-dessus, la règle juridique repose traditionnellement sur des certitudes et non pas seulement sur des

134. E. REHBINDER, "The precautionary principle in an international perspective", in Miljørettens grundspørgsmaal, Copenhage, 1994, p. 95.

135. En se sens, E. REHBINDER, "The precautionary principle ...", op. cit., p. 95.

136. E. REHBINDER, "The precautionary principle ...", op. cit., p. 95.

probabilités. Cependant, le droit n'ignore pas le risque. L'évolution du droit de la responsabilité et du droit de l'assurance témoigne du besoin d'intégrer le risque dans le raisonnement juridique.

En vue de réduire les risques que peuvent engendrer certaines activités, le principe de précaution conduit à intégrer la prise en compte de l'incertitude dans les mécanismes de décision. Toutefois, les risques peuvent se présenter de diverses manières. Certains d'entre eux sont imminents alors que d'autres sont latents. Certains d'entre eux peuvent impliquer des dommages graves alors que les autres entraînent des dommages insignifiants.

L'on peut établir une certaine gradation entre ces différentes catégories de risques. Toutefois, cette gradation ne peut être correctement établie que dans la mesure où l'on répond aux deux questions suivantes.

1° Le risque majeur et le risque insignifiant

La première question est la suivante : faut-il prendre en considération tous les risques et ce à n'importe quel prix ou faut-il se limiter aux risques les plus significatifs ?

Il est certain que le principe de précaution doit conduire à réduire les risques dès que l'on peut raisonnablement les suspecter. Tel est notamment le cas des risques générés par une activité dont le caractère dangereux est avéré. Il serait en effet inconcevable pour une installation nucléaire de ne pas réduire les risques de radioactivité en adoptant les mesures de sécurité idoines pour la protection des travailleurs et des riverains.

Tel devrait aussi être le cas des risques qu'une activité est susceptible de générer alors même que toutes les preuves scientifiques ne sont pas réunies pour démontrer la pertinence de ce risque. Le rejet des PCB dans les eaux de surface doit être impérativement limité car l'on suspecte que ces substances causent d'importants dommages à la faune marine. Dans ces deux cas, un certain nombre d'évidences, voire même d'indices permettent de fonder la décision qui vise à réduire ou à atténuer un risque qui est loin d'être minime.

Il n'en demeure pas moins que la réduction du risque implique souvent une réallocation de ressources au détriment d'autres secteurs de la vie socio-économique. Cette réallocation peut dans certains cas être cruellement ressentie. En période de crise économique, elle pourrait même paraître aux yeux de certains injustifiable. En effet, pourquoi lutter contre des risques marginaux alors que d'autres besoins plus essentiels et plus immédiats doivent être satisfaits ? Ceci revient à nous interroger sur le degré de risque pouvant être admis à un moment donné par une société déterminée. Faut-il combattre tous les risques ou seulement se contenter de réduire dont les incidences sont les plus significatives ? Pour bien faire, le décideur serait tenu d'établir une hiérarchie des risques en distinguant ceux qui sont acceptables de ceux qui ne le sont pas.

La réponse à cette première question dépend inévitablement de la valeur que l'on accorde à la partie menacée de l'environnement. Si cette valeur est nulle, le risque même significatif ne devrait pas être pris en compte. Si cette valeur est élevée, il conviendrait de prendre en compte même les risques peu significatifs.

Il va sans dire qu'une telle hiérarchisation repose avant tout sur un choix de valeurs. Parmi les valeurs intervenant dans la détermination de la prise en compte des risques, les critères économiques classiques sont demeurés pendant longtemps déterminants. L'on ne peut négliger aujourd'hui la prise en compte d'autres valeurs, telles que la protection de l'environnement, le développement durable ainsi que le droit des générations futures. Toutes ces nouvelles valeurs tempèrent la rigidité d'une analyse économique classique. Elles donnent plus de poids à des valeurs non économiquement favorables (la préservation de la qualité de l'environnement) par rapport à des valeurs économiquement quantifiables (le coût des mesures de prévention). Il est certain que la collectivité doit être prête à payer davantage aujourd'hui pour éviter que les générations futures souffrent de dégradations environnementales majeures. Ceci implique notamment que l'on soit prêt à accorder une plus grande importance aux risques potentiels d'une activité, même si cette démarche implique des sacrifices économiques. En revanche, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de risques résiduels devront être supportés par la

collectivité si on ne veut pas paralyser complètement toute forme de progrès¹³⁷.

Cette première question renvoie nécessairement à une deuxième. En effet, l'on ne perçoit jamais correctement l'ampleur du dommage suspecté avant que celui-ci ne se soit manifesté.

2°. Le risque perceptible et le risque hypothétique

La seconde question revient à se demander s'il faut agir en pleine incertitude pour éviter un risque encore hypothétique ou faut-il, au contraire, d'abord réduire la marge d'incertitude en observant plus attentivement les phénomènes et agir par la suite en tenant compte des résultats observés ?

Deux stratégies découlent de cette seconde question: l'action immédiate et l'action retardée.

La première stratégie répond du principe de précaution. Elle appelle une action immédiate, sans hésitations. Elle présente l'avantage de se prémunir à moindre frais de dommages potentiels nettement plus coûteux. Elle présente, par contre, l'inconvénient d'être onéreuse si le coût des mesures de prévention dépasse le coût des dommages effectivement évités par ces mesures. Il peut paraître en effet téméraire de s'engager dans des actions entraînant des coûts exorbitants alors que les données sont manifestement insuffisantes.

La seconde stratégie est dictée par la prudence. Elle conduit à retarder la prise de décision jusqu'au moment où l'on obtient une meilleure information sur la nature exacte du risque. Elle permet a priori une meilleure allocation des ressources économiques car elle permet d'éviter des décisions précipitées. En revanche, elle présente le risque de retarder l'adoption de mesures indispensables au motif que les preuves sont insuffisantes. L'action retardée par les aléas de l'expertise scientifique viendra sans doute trop tard. L'on aura laissé le problème s'aggraver. Tel est

137. E. REHBINDER, "Precaution and sustainability : two sides of the same coin ?", in Δ Law for the Environment, IUCN, 1994, p. 98 et 99.

notamment le cas des phénomènes de pollution où le résultat des recherches se fait attendre.

Il conviendrait ainsi de choisir entre le danger d'agir prématurément de façon inappropriée en n'attendant pas les résultats de plus amples investigations scientifiques et le danger de trop attendre au risque de faire face à des dommages irréversibles.

La marge d'incertitude masquant l'ampleur du phénomène que l'on suspecte conditionne le choix entre ces deux stratégies. Plus la marge d'incertitude se réduit, plus l'action se justifie. Au contraire, le fait que la marge d'incertitude s'épaissit rend plus difficile le choix d'agir ou de ne pas agir.

C. Le principe de précaution conduit au renversement de la charge de la preuve dans le chef de l'auteur de la norme

L'on admet généralement que c'est au pouvoir public qu'il revient de démontrer la nécessité de bannir ou de réglementer tel type d'activité. En effet, toute mesure réglementaire est par essence contraignante. Elle doit être justifiée par des considérations objectives. La décision d'interdire le rejet de tel type de substance dans le milieu ou de protéger telle espèce animale doit donc être justifiée par l'auteur de la norme sur base de considérations scientifiques valables.

Le principe de précaution pourrait conduire à un bouleversement complet de cette logique¹³⁸. Il ne reviendrait plus à l'auteur de la norme de justifier la nécessité de légiférer au regard de critères scientifiques établis mais, au contraire, au secteur concerné de démontrer à l'appui de preuves scientifiques qu'il est inopportun de réglementer leur activité. Alors que dans la première hypothèse, le pollueur bénéficie du doute scientifique, dans la seconde hypothèse, l'environnement en tire parti. A titre d'exemple, il est généralement admis que l'interdiction de chasser une espèce animale ne doit intervenir qu'au moment où il est prouvé que les populations de cette espèce subissent une régression. Le principe de précaution permet de renverser cette logique en permettant d'interdire la chasse d'une espèce

138. M. BELSKY, "Environmental policy law in the 1970s : shifting back the burden of proof", *Ecology Law Quartely*, 12, 1988/1.

animale dès l'instant où l'on suspecte une régression future de leur population.

Appliqué de manière plus stricte, le principe de précaution pourrait conduire à ce que les exploitants d'activités dangereuses soient obligés d'apporter la preuve de l'innocuité de leurs activités projetées avant de pouvoir les exercer. A titre d'exemple, l'on observera que la décision 89/1 de la Commission d'Oslo, créée dans le cadre de la Convention pour la prévention de la pollution marine par des opérations d'immersion, a conduit à un véritable renversement de la charge de la preuve. Alors qu'auparavant les déchets industriels pouvaient être immergés en pleine mer, leur immersion n'est autorisée depuis l'adoption de la décision 89/1 que si les exploitants respectent une procédure ad hoc (prior justification procedure) qui vise à démontrer qu'il n'y a pas d'autre possibilité d'élimination sur terre et que les matériaux déversés ne provoquent aucun dommage à l'environnement. Ce sera donc aux entreprises souhaitant immerger leurs déchets industriels de prouver l'innocuité de leur déversement.

Cette démarche se heurte toutefois à des difficultés pratiques du fait qu'il est parfois impossible de prouver l'absence de tout risque substantiel. En effet, l'on rapporte plus facilement la preuve qu'une telle activité présente un risque que le contraire.

D. Les incidences du principe de précaution sur le régime de responsabilité civile et notamment sur la charge de la preuve

Du côté de la responsabilité civile, le principe de précaution pourrait également connaître des prolongements. L'on sait que la démonstration de l'existence du lien de causalité entre l'événement générateur du dommage et le dommage lui-même constitue la pierre d'achoppement pour nombre de plaideurs dans les affaires de pollutions. L'appréhension du processus de diffusion d'une pollution constitue une opération complexe qui, dans certains cas, relève de la gageure¹³⁹. Le droit de la responsabilité ne se contente guère de probabilités ou d'éventualités. Il a besoin de certitudes.

¹³⁹. Sur ce point, voy. N. de SADELEER, "La Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement", *R.G.A.R.*, décembre 1994, à paraître.

Pour engager la responsabilité d'un pollueur, que l'on se trouve dans un régime de responsabilité avec faute ou sans faute, il faut pouvoir identifier clairement le fait générateur de la pollution et établir le lien de causalité entre celui-ci et le dommage causé. Cette démonstration ne va pas sans poser un certain nombre de difficultés, surtout dans le cas de pollutions diffuses ou de pollutions historiques.

D'aucuns plaident à cet égard en faveur d'un assouplissement des caractères traditionnels du lien de causalité. Le principe de précaution pourrait jouer un rôle essentiel en ce qu'il permettrait de tempérer les rigueurs de la démonstration du lien de causalité, voire même de conduire à un renversement de la charge de la preuve. Cette tendance peut être illustrée par des développements récents du droit de la responsabilité dans le domaine de l'environnement. Ainsi, la Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement incite le juge à ce qu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage à "*tenir dûment compte du risque accru de provoquer des dommages inhérents à l'activité dangereuse*". Plus audacieuse, la loi allemande du 17 décembre 1990 sur la responsabilité civile en matière de protection de l'environnement crée une véritable présomption de responsabilité se greffant sur le caractère propre du processus industriel causant le dommage¹⁴⁰.

E. Le stand-still

Partant du constat que les écosystèmes ont une capacité d'auto-épuration limitée, le principe de précaution devrait à tout le moins conduire à l'interdiction de toute augmentation directe ou indirecte de la pollution. Le principe implique ainsi à un clichage, à un statu quo de la qualité de l'environnement. Cette exigence se retrouve régulièrement dans les conventions internationales sous la forme d'une clause de stand-still en

140. Pour un commentaire de la disposition de la législation allemande, voy. D. VON BREITENSTEIN, "La loi allemande relative à la responsabilité : pierre angulaire du droit de l'environnement", *Rev. jur. envt.*, 1992/3, p. 235; W.C. HOFFMAN, "La responsabilité civile et son assurance en Allemagne", *R.G.A.T.*, 1992, n°3, p. 459 et G. HAGER, "La responsabilité du fait des déchets en droit allemand", *R.J.D.C.*, 1-1992, p. 19; J. SIEVERS, "Le droit allemand et la responsabilité civile en matière d'environnement: la loi du 10 décembre 1990", *Gaz. Pal.*, jeudi 5 mai 1994, p. 38.

vertu de laquelle la mise en oeuvre des dispositions de la convention ne peuvent en aucun cas entraîner une aggravation de la situation environnementale. Nous observerons plus loin que cette obligation d'empêcher toute détérioration future se retrouve inscrite dans bon nombre de directives communautaires.

F. Les meilleures technologies disponibles

Le recours aux meilleures technologies disponibles a souvent été perçu par la doctrine comme constituant un des prolongements naturels du principe de précaution. La déclaration de La Haye sur la protection de la mer du Nord faisait déjà allusion aux meilleures technologies disponibles. A la même époque, les parties à la Convention de Paris pour la pollution marine d'origine tellurique adoptaient une recommandation (89/2) sur l'utilisation des meilleures technologies disponibles. Selon cette déclaration, ces technologies doivent être utilisées pour prévenir toute augmentation de la pollution marine ou tout accroissement des risques posés à la santé des travailleurs industriels ou de la population en général. Nous le verrons plus loin, le droit communautaire commence lui aussi à recourir plus souvent au concept de meilleures technologies disponibles.

G. Best practical environmental option

Il s'agit là sans doute de l'expression la plus affinée du principe de précaution. Ce concept a été développé dans le cadre de la gestion des substances dangereuses au Royaume-Uni. Ce concept part du constat que si le risque peut être réduit de façon substantielle, il ne disparaîtra pas totalement pour autant. L'on restera en présence d'un certain nombre de risques résiduels. Il convient donc de trouver les solutions les plus adéquates pour que ces risques résiduels ne soient pas à la source de dommages environnementaux. La meilleure option environnementale est là pour canaliser les risques résiduels.

SECTION II. LES APPLICATIONS DU PRINCIPE DE PRECAUTION DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

§ 1er. Historique

Le droit communautaire de la protection de l'environnement n'évolue pas de façon autonome. Les tendances générales du droit international de l'environnement conditionnent largement certaines orientations prises au sein des Communautés européennes. C'est ainsi que de nombreuses règles de l'ordre juridique communautaire font référence soit expressément, soit implicitement au principe de précaution. En effet, la Communauté européenne a ratifié un grand nombre de conventions internationales qui consacrent expressément le principe de précaution. Par ailleurs, différentes réglementations communautaires consacrent implicitement le principe.

§ 2. Les illustrations du principe de précaution dans le droit communautaire dérivé

Nous avons tenté de mettre en évidence dans chacun des aspects sectoriels de la politique communautaire de l'environnement, comment le principe d'intégration s'est manifesté jusqu'à présent.

A. La lutte contre la pollution atmosphérique

La lutte contre la pollution atmosphérique constitue un terrain de prédilection pour l'application du principe de précaution, comme en témoignent différentes conventions internationales qui consacrent soit implicitement, soit expressément ledit principe.

La composition et la dynamique de l'atmosphère qui conditionnent la vie sur terre évoluent lentement. C'est pourquoi les conditions météorologiques n'ont pratiquement pas changé depuis la dernière période glaciaire, il y a quinze mille ans. Depuis la révolution industrielle et suite à la croissance démographique qu'elle a entraînée, le taux de variation

climatique a commencé à s'accélérer sensiblement¹⁴¹. En l'espace d'une décennie, des phénomènes inquiétants ont fait leur apparition. Il s'agit du dépérissement des forêts dans l'hémisphère nord connu sous le nom allemand de "Waldsterben", de l'appauvrissement de la couche d'ozone stratosphérique, de l'effet de serre,...pour n'en citer que quelques-uns.

La constatation que la pollution ne connaît pas les frontières est surtout vraie pour la pollution de l'air. Conscient du caractère international de cette problématique, le législateur communautaire a ratifié trois importantes conventions sur la protection de l'atmosphère. Chacune d'elles consacre à sa façon le principe de précaution.

1°. La pollution atmosphérique à longue distance

La Convention sur la pollution atmosphérique à longue distance, adoptée à Genève le 13 novembre 1979 par la Commission économique des Nations-Unies pour l'Europe, ratifiée par une décision du Conseil de Ministres du 11 juin 1981, évoque dans plusieurs de ses considérants l'incertitude scientifique qui doit conduire à réglementer la pollution de l'air. Les parties contractantes ont non seulement reconnu *"la possibilité que la pollution de l'air, y compris la pollution atmosphérique transfrontière, provoque à court et à long terme des effets dommageables"*, mais ont aussi faire part de leur crainte *"que l'augmentation prévue du niveau des émissions de polluants atmosphériques dans la région puisse accroître ces effets dommageables"*.

2°. La protection de la couche d'ozone

La Convention pour la protection de la couche d'ozone, adoptée dans le cadre du programme des Nations-Unies pour l'environnement le 22 mars 1985, ratifiée par une décision du Conseil de Ministres du 14 octobre 1988, constitue un des plus beaux exemples de la mise en oeuvre du principe de précaution. Alors que des doutes importants subsistaient au sein de la communauté scientifique sur les causes exactes de la raréfaction de la couche

141. Les activités humaines produisent de très grandes quantités de gaz et de poussières qui sont rejetées dans l'atmosphère. Selon leur nature, ces produits peuvent avoir des conséquences importantes sur la qualité de l'atmosphère. Toutefois, ces phénomènes sont relativement complexes et donnent lieu à de nombreux débats scientifiques dont la synthèse dépasserait largement le cadre de notre propos.

d'ozone à certains endroits de la stratosphère, la Convention de Vienne limita de manière sensible la production des CFC. Cette convention fut immédiatement signée par un grand nombre d'Etats industrialisés ainsi que par la Communauté européenne. La communauté scientifique, se rendant compte que les objectifs visés par la Convention de Vienne n'étaient pas assez audacieux pour contrer le phénomène de dissolution de la couche d'ozone, réclama l'adoption de mesures plus strictes. La Convention fut rapidement suivie par l'élaboration d'un protocole additionnel, le Protocole de Montréal qui régleme à la fois les échanges commerciaux et le volume d'émission de la totalité des chlorofluocarbone incriminés¹⁴². Ce protocole fut également ratifié par la Communauté européenne¹⁴³. Partant du constat que des effets néfastes résultent ou risquent de résulter d'activités humaines qui *"modifient ou risquent de modifier la couche d'ozone"*, les Parties au Protocole de Montréal se sont dites *"déterminées à protéger la couche d'ozone en prenant des mesures de précaution pour réglementer équitablement le volume mondial total des émissions de substances qui l'appauvrissent, l'objectif final étant de les éliminer en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques et compte tenu de considérations techniques et économiques"*¹⁴⁴.

La Communauté alla même jusqu'à devancer les échéances prévues par le Protocole de Montréal en avançant de quelques années la date d'élimination totale des émissions de chlorofluocarbone.

3°. Les changements climatiques

Alors qu'une partie de la Communauté internationale préférait attendre des résultats scientifiques plus précis sur l'origine du réchauffement climatique avant d'entreprendre des efforts pour lutter contre l'effet de serre, d'autres réclamaient pour la mise en place d'une stratégie internationale de la "gestion de l'incertitude"¹⁴⁵. Ces derniers considéraient

142. Décision du Conseil de Ministres 88/540/CEE du 14 octobre 1988 concernant la conclusion de la convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, et du protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

143. Pour un commentaire plus approfondi de cette question, cfr. A. AUBIN, *op. cit.*, p. 88.

144. Deuxième et sixième considérants du Protocole de Montréal. La Convention de Vienne faisait moins de cas du principe de précaution. En vertu du sixième considérant de la Convention, les Parties avaient *"présentes à l'esprit les mesures de précaution déjà prises à l'échelon national et international en vue de la protection de la couche d'ozone"*.

145. A. AUBIN, *op. cit.*, p. 89.

que le risque de dommages sérieux et irréversibles consistant dans le réchauffement du climat constituait à lui seul un motif suffisant pour procéder à une réduction des émissions de gaz à effet de serre. La Communauté européenne s'est rangée dans ce camp. Dès le 21 juin 1989, le Conseil de Ministres adopta une résolution intitulée "effet de serre et Communauté", par laquelle il priait la Commission d'élaborer le plus rapidement possible des propositions concrètes en la matière. La stratégie proposée par la Commission s'inscrivait justement dans une approche de précaution.

La Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques signée à New York le 9 mai 1992 impose le principe de précaution comme une obligation à charge des parties contractantes. *"Il incombe aux parties de prendre les mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques ou en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitudes scientifiques absolues ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir les avantages globaux au coût le plus bas possible"*. Toutefois, ce principe est énoncé seulement sous la forme d'une recommandation puisque *"les parties se laisseront guider, entre autres"* par de tels principes¹⁴⁶.

4°. Le droit communautaire dérivé

L'on retrouve certains prolongements du principe de précaution dans les directives relatives à la lutte contre la pollution atmosphérique.

Le droit communautaire dérivé prévoit à la fois des normes d'émissions et des normes d'immission (notamment pour le dioxyde d'azote, l'anhydride sulfureux, les particules en suspension, le plomb). Dans la mesure où ces dernières sont suffisamment strictes, elles transposent le principe de précaution. Chacune des directives imposant des objectifs de

146. W. LANG et H. SCHALLY, "La Convention-cadre sur les changements climatiques. Un élément du bilan normatif du sommet de la terre : la cnuccd", Revue gén. de droit intern. public, 1993, n° 2, p. 326.

qualité comportent aussi une clause de stand still¹⁴⁷. La Commission hésite aujourd'hui à adopter des objectifs de qualité, du fait que cette méthode n'a pas pleinement donné satisfaction¹⁴⁸. La Communauté s'orienterait désormais plus vers l'imposition de technologies dites "end-of -the-pipe". Ainsi, en vertu de l'article 4, § 1er de la directive 84/360/CEE relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles, directive qui vise à mettre en oeuvre la Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, prévoit que les autorisations pour les exploitations des installations industrielles susceptibles de causer une pollution atmosphérique ne peuvent être accordées que dans la mesure où elles utilisent la meilleure technologie disponible, à condition que l'application de telles mesures n'entraîne pas de coûts excessifs. Cette seconde approche rencontre aussi ses limites en raison des divergences d'interprétation dont peut faire l'objet le concept de meilleure technologie disponible.

B. La lutte contre la pollution des mers

Alors que la Communauté européenne a joué un rôle majeur dans la protection des écosystèmes aquatiques terrestres, son rôle dans la protection des mers communautaires reste particulièrement effacé. Des raisons à la fois historiques et politiques expliquent le manque d'ambition de la Communauté en matière de protection des mers¹⁴⁹.

L'on notera toutefois que la Communauté a conclu le 3 mars 1975 la Convention de Paris pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique. Ce fut dans le cadre de cette convention que fut adoptée la recommandation PARCOM 89/1 du 22 juin 1989 reprenant le principe de

147. Article 9 de la directive 85/203/CEE du 7 mars 1985 concernant les normes de qualité de l'air pour le dioxyde d'azote; l'article 9 de la directive 81/779/CEE concernant des valeurs limites et des valeurs guides de qualité pour l'anhydride sulfureux et les particules en suspension; article 7 de la directive 82/884/CEE concernant une valeur limite pour le plomb contenu dans l'atmosphère.

148. L. KRAMER, "The European Community and Atmospheric Pollution", in Manual of European Environmental Law, ed. Ch. KISS et D. SHELTON, Grotius, Cambridge, 1993, p. 354.

149. A. KISS, "La protection de l'environnement marin : l'action de la Communauté dans le domaine international", in La Communauté européenne et la mer, Ed. Lebullenger et Lemorvan, Paris, CEDECEE-Economica, 1990, p. 297; L. KRAMER, "La Communauté et la protection des mers", Revue du Marché commun, p. 1.

précaution tel qu'énoncé dans la déclaration de la conférence interministérielle de Londres sur la protection de la mer du Nord¹⁵⁰.

La Convention pour la protection du milieu marin de l'atlantique, conclue à Paris le 22 septembre 1992, que la Communauté est susceptible de ratifier, consacre l'obligation pour les Parties contractantes d'appliquer le principe de précaution *"selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduite dans le milieu marin, puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets"* (article point 2, a)..

C. La protection des eaux de surface intérieures

Un grand nombre de directives concernant la protection des eaux de surface comportent des clauses de stand-still¹⁵¹. Par ailleurs, la politique communautaire repose dans ce domaine depuis son origine, sur un double dessein, l'un consistant à lutter contre les déversements de substances dangereuses par des normes d'émissions, l'autre visant à atteindre, par le biais d'objectifs, un certain niveau de qualité des eaux en fonction de leur utilisation¹⁵². En ce qui concerne la seconde option, quatre directives ont trait à la qualité requise pour certaines eaux. L'on observera cependant que la Communauté n'a pas imposé aux Etats membres l'obligation d'atteindre les niveaux les plus stricts. En effet, les valeurs devant être respectées par les Etats membres consistent, d'une part, dans des valeurs impératives qui doivent toujours être respectées et, d'autre part, dans des valeurs-guides

150. Cfr. supra.

151. Article 7 de la directive 75/440/CEE concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les Etats membres; article 7, 1 de la directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade; article 9 de la directive 76/464/CEE concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté; article 11 de la directive 80/778/CEE relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine.

152. N. de SADELEER, "La réglementation des rejets d'eaux usées en droit communautaire et en droit belge", *Amén.-Environ.*, 1991, n° spécial L'eau, p. 13 et sv.

qu'il appartient aux Etats membres de *"s'efforcer de respecter en tant que guide"*¹⁵³.

D. La conservation de la nature

Dans le domaine de la protection de la nature où l'incertitude plane sur l'évolution de bon nombre de phénomènes, le principe de précaution est sans aucun doute appelé à jouer un rôle majeur¹⁵⁴.

L'on peut déjà trouver dans la législation communautaire relative à la conservation de la nature différents exemples d'application du principe de précaution. Le Conseil de Ministres a jugé qu'il était souhaitable de ne pas attendre les résultats d'études scientifiques plus approfondies sur les conséquences de l'abattage des bébés-phoques pour adopter la directive du Conseil 83/129/CEE du 28 mars 1983 concernant l'interdiction d'importation dans les Etats membres de peaux de certains bébés phoques et de produits dérivés¹⁵⁵. En effet, selon les considérants de cette directive *"diverses études avaient fait naître des doutes au sujet de la situation des populations, en particulier en ce qui concerne l'incidence de la chasse non traditionnelle sur leur conservation"*¹⁵⁶. La Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, ratifiée par la Communauté le 25 octobre 1993, consacre expressément le principe de précaution : *"lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets"*.

Nous estimons qu'en matière contentieuse, le principe de précaution pourrait tempérer les exigences du principe *actori incumbit probatio*. en allégeant la charge de la preuve dans le chef du demandeur. Il n'est en effet pas toujours aisé pour la Commission, lorsqu'elle poursuit un Etat membre devant la Cour de justice, d'apporter la preuve qu'une espèce d'oiseau ou

153. B. JADOT, "Les objectifs de qualité des eaux de surface en droit communautaire et en droit interne", *Amén.-Envt.* 1991, n° spécial L'eau, p. 4.

154. N. de SADELEER, "Bilan d'une décennie d'efforts législatifs en droit communautaire de conservation de la nature", in *Développements récents du droit communautaire*, Story-Scientia, à paraître.

155. 5ème considérant de la directive 83/129/CEE.

156. 3ème considérant de la directive 83/129/CEE.

que son habitat mérite une plus grande protection en raison des dangers qui pèsent sur elle. La Cour de justice des Communautés européennes a été confrontée à cette question dans différentes affaires qui avaient trait à l'application de la directive 79/409/CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages.

1°. La détermination d'espèces devant faire l'objet de mesures de protection plus strictes en raison de leur vulnérabilité

La directive 79/409/CEE oblige les Etats membres à protéger les oiseaux chassables pendant leur migration pré-nuptiale. Il n'est pas toujours possible de démontrer à partir d'études scientifiques pertinentes à quelle date une espèce a entamé sa migration pré-nuptiale. La littérature scientifique est souvent incomplète à ce sujet. Seules quelques indices permettent de suspecter que la prolongation de la chasse au de-là d'une certaine date aura une incidence négative sur la population d'oiseaux protégée.

La Cour de justice a admis, dans un arrêt relatif aux dates d'ouverture et de fermeture de la chasse en Italie, que la Commission n'était pas obligée de démontrer sur base d'études propres à l'avifaune italienne que la fermeture tardive de la chasse en Italie empiétait sur la période de retour des oiseaux migrateurs¹⁵⁷. En l'espèce, la Commission n'avait pu étayer son argumentation sur aucune donnée spécifique à l'avifaune italienne. Elle soutenait que la fermeture de la chasse aux oiseaux migrateurs était trop tardive en se basant sur des études scientifiques couvrant une aire de distribution plus large que celle de la République italienne. La Cour a admis le grief de la Commission. Elle a jugé que la fermeture tardive de la chasse était contraire à la directive 79/409/CEE alors même que la Commission ne disposait pas de toutes les informations scientifiques nécessaires. Dans la même veine, dans son arrêt "Préfet de Maine-et-Loire et Préfet de la Loire-Atlantique", la Cour semble avoir appliqué à plusieurs reprises le principe de précaution. La méthode du "pic migratoire" retenue par le Conseil d'Etat de France, en vertu de laquelle il fallait arrêter la chasse aux oiseaux migrateurs au moment où la majorité d'entre eux s'envolaient vers leurs sites de reproduction, fut rejetée par la

157. C.J.C.E., 8 juillet 1987, aff. C-262/85, Commission c. Italie, *Rec.*, p. 3029, point 15.

Cour de justice parce qu'une telle méthode ne protégeait pas tous les oiseaux migrateurs. Cette méthode ne permettait pas, en effet, d'éviter la perte d'un pourcentage significatif des oiseaux migrateurs. Par ailleurs, le principe de l'échelonnement de la fermeture de la chasse en fonction des départs précoces et tardifs de chaque espèce migratrice fut aussi condamné par la Cour de justice au motif que cette méthode était susceptible de causer des dérangements importants aux espèces qui avaient déjà entamé leur migration pré-nuptiale¹⁵⁸.

2°. Les impacts des modifications apportées à des habitats d'oiseaux sur les populations d'oiseaux concernées

La directive 79/409/CEE oblige également les Etats membres à protéger certains milieux naturels en instituant des zones de protection spéciales pour la protection des oiseaux. Les activités destructrices des habitats naturels réalisées dans le périmètre ou à proximité de telles zones de protection sont interdites par la directive. Toutefois, de nombreuses activités nuisibles ne se traduisent pas immédiatement par une diminution significative de la présence d'oiseaux protégés. Il est, par conséquent, difficile pour la Commission d'invoquer une violation de la directive au seul motif qu'elle suspecte que les activités litigieuses pourront avoir des effets négatifs sur la présence des oiseaux. Alors que la Cour de justice semblait dans un premier temps hostile à condamner des activités dont les conséquences ne s'étaient pas encore fait sentir, elle semble désormais se montrer plus attentive aux risques potentiels que peuvent provoquer certaines activités sur la survie de populations d'oiseaux protégées. Ainsi, dans l'affaire du Leybucht, la Cour avait mis à charge de la Commission la preuve que les aménagements litigieux avaient provoqué une diminution des populations des espèces d'oiseaux nicheurs dans la zone de protection spéciale, ce que la Commission n'avait pas réussi à établir¹⁵⁹. En revanche, dans son arrêt Marismas de Santona, la Cour a adopté un tout autre point de vue sur cette question. Elle a jugé que la protection d'une zone humide d'importance internationale s'appliquait, même si la diminution du nombre d'espèces d'oiseaux n'avait pas encore été constatée et que le risque de disparition

158. C.J.C.E., 19 janvier 1994, aff. C-435/92, Association pour la protection des animaux sauvages et préfet de Maine-et-Loire et de la Loire-Atlantique, Amén.-Environ., obs. Ph. RENAUDIERE et N. de SADELEER.

159. C.J.C.E., 28 février 1991, aff. C-57/89, Commission c. RFA, Rev. jur. environ., 1992/3, p. 351, obs. N. de SADELEER.

d'espèces bien déterminées ne s'était pas encore concrétisé¹⁶⁰. En l'espèce, le gouvernement espagnol avait indiqué à l'audience que le nombre d'oiseaux protégés n'avait pas diminué au cours de la période litigieuse et que, partant, on ne pouvait lui reprocher d'avoir détruit des habitats naturels indispensables à la survie d'espèces d'oiseaux protégés. En rejetant l'argument avancé par les autorités espagnoles, la Cour semble avoir appliqué le principe de précaution. Cette position de la Cour doit être approuvée. Bien souvent, des activités qui affectent de manière essentielle la reproduction et la survie des espèces d'oiseaux ne se traduisent pas tout de suite par un déclin de leurs populations. Une population animale ne ressent pas tout de suite les effets des modifications apportées à son habitat. Les perturbations se produisent en général à plus long terme et de manière cumulative, du fait que les processus naturels obéissent à des lois davantage dynamiques que statiques¹⁶¹.

Au vu de cette jurisprudence, il serait risqué d'affirmer que la précaution conduit à un renversement complet de la charge de la preuve. En effet, l'action en manquement devrait reposer à tout le moins sur un certain nombre d'indices mettant en évidence que l'activité mise en cause est susceptible de menacer des espèces de la faune ou de la flore ou leurs habitats. La question reste posée de savoir quel niveau d'indices est suffisant pour reconnaître le bien-fondé de l'action. La réponse à cette question est susceptible de varier au cas par cas. Certes, plusieurs critères pourraient être dégagés, telles la sensibilité du milieu affecté par l'activité, la rareté de l'espèce menacée, la difficulté de remplacer ses populations si elles venaient à disparaître, la nature dangereuse de l'activité mise en cause, ... La jurisprudence de la Cour de justice, comme nous l'avons vu ci-dessus, apporte déjà certains éclaircissements à cette question.

E. La biotechnologie

La biotechnologie apparaît à plusieurs égards comme l'avatar ultime du mythe de Prométhée. Ses incroyables possibilités, son développement

160. C.J.C.E., 2 août 1993, aff. C- 355/90, Commission c. Espagne, *Amén.-Environ.*, 1993/4, p. 351, obs. N. de SADELEER. point. 15. La Cour a jugé que "les obligations à la charge des Etats membres découlant des articles 3 et 4 de la directive existent dès lors dès avant qu'une diminution du nombre d'oiseaux ait été constatée ou qu'un risque de disparition d'une espèce protégée se soit concrétisé".

161. En ce sens, les conclusions de l'avocat général M. W. VAN GERVEN, *op.cit.*, n° 24.

foudroyant, l'absence apparente de limites à ses applications constitue en tout cas un défi majeur en cette fin de siècle, pour la communauté scientifique, pour les autorités politiques, pour les industries concernées de même que pour l'ensemble de la collectivité. La nécessité de concilier, d'une part, le progrès technique et scientifique que permet la biotechnologie avec, d'autre part, la prévention d'un risque lui-même largement inconnu est rapidement apparue. Il fallait en effet donner à la recherche les moyens de son développement et aux industries les moyens de commercialiser cette recherche tout en garantissant la sécurité publique et la protection de l'environnement¹⁶². Deux directives ont été adoptées pour réglementer au niveau de la Communauté européenne les incidences de la biotechnologie sur l'environnement¹⁶³. Ces deux directives font largement écho au principe de précaution.

La première directive, la directive 90/219/CEE relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés, met l'accent sur la prévention des accidents. A l'instar de la directive "SEVESO", la directive 90/219/CEE tend à assurer la protection de l'environnement et de la santé publique contre les risques engendrés par une activité donnée, en un endroit donné. Elle s'inscrit, à première vue, dans une démarche de prévention. Toutefois, cette directive se rapproche du principe de précaution, car elle se distingue sur un point fondamentalement de la directive "SEVESO". En effet, dans cette dernière directive, les risques technologiques sont suffisamment connus pour que des mesures de sauvegarde soient aménagées de manière satisfaisante. Un système d'autorisation préalable, d'établissement de plans d'urgence et d'information du public peut suffire aux autorités pour assurer un niveau de sécurité acceptable. Au contraire, dans le cadre de la gestion des organismes génétiquement modifiés, ce sont les risques eux-mêmes qui demeurent inconnus. Il ne s'agit plus de prévenir des risques connus mais d'appréhender des risques largement inconnus. C'est pour cette raison que la directive 90/219/CEE a introduit, par rapport à la directive SEVESO, un élément nouveau dans la prévention des risques, à savoir une évaluation

162. J. HILL, "The Precautionary Principle and Release of Genetically Modified Organisms to the Environment", in Interpreting the Precautionary Principle, op. cit., p. 172.

163. PH. RENAUDIERE et N. de SADELEER, "La protection de l'environnement contre le risque des biotechnologies. Les directives européennes et leur intégration en droit belge"; Amén.-Environ., 1991/2, p. 75.

préalable, par l'utilisateur de l'organisme, des risques qu'ils peuvent présenter pour la santé humaine et l'environnement¹⁶⁴.

La seconde, la directive 90/220/CEE relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, oblige les autorités compétentes des Etats membres à évaluer les risques pour la santé publique et l'environnement que peuvent présenter des organismes génétiquement modifiés avant qu'ils ne soient disséminés dans le milieu naturel. La précaution est ici bien présente. Les autorités compétentes doivent notamment examiner si la notification de la mise sur le marché d'un organisme génétiquement modifié est conforme aux exigences posées par ladite directive, *"en accordant une attention particulière, à l'évaluation des risques pour l'environnement et aux précautions recommandées pour une utilisation sûre du produit"*¹⁶⁵.

F. La réglementation des établissements classés

Plusieurs directives ou propositions de directives imposent le recours aux meilleures technologies pour les installations industrielles. Tel est notamment le cas de la directive 84/360/CEE relative à la lutte contre la pollution atmosphérique.

Lorsque les Etats membres mettent en place, en vertu de la directive cadre relative aux déchets, un *"réseau intégré et adéquat d'installations d'élimination"*, ils tiennent compte *"des meilleures technologies disponibles qui n'entraînent pas des coûts excessifs"*¹⁶⁶.

La Commission a proposé au Conseil une proposition de directive sur la pollution intégrée. Cette proposition met particulièrement l'accent sur le recours aux meilleures technologies disponibles. Cette disposition est à l'origine de débats importants dont la synthèse dépasserait largement le cadre de la présente étude.

164. PH. RENAUDIERE et N. de SADELEER, "La protection de l'environnement ...", *op. cit.*, p. 76.

165. Article 12.1 de la directive 92/220/CEE.

166. Article 5.1 de la directive 75/442/CEE.

G. La responsabilité civile en matière d'environnement

La question de la mise en place d'une présomption de responsabilité fut abordée lors de l'élaboration d'une proposition de directive concernant la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets, présentée au Conseil le 1er septembre 1988. Dans la proposition initiale de directive, l'exigence de démonstration du lien de causalité entre les déchets du producteur et le dommage subi avait été assouplie puisque l'on permettait à la victime d'établir la "*vraisemblance prépondérante*" entre ces deux éléments. En revanche, la proposition modifiée de directive déposée le 28 juin 1991 n'a pas retenu cette option.

Dans sa communication intitulée "Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement", la Commission a posé la question des problèmes liés à la preuve du lien de causalité (point 2.1.8., p. 10).

L'on doit toutefois observer que ni la Convention du Conseil de l'Europe, ni le Livre vert de la Commission européenne n'ont fait le lien entre l'assouplissement de l'exigence du lien de causalité et le principe de précaution.

SECTION III. ENSEIGNEMENTS SUR LE ROLE DU PRINCIPE DE PRECAUTION DANS L'EVOLUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ENVIRONNEMENT

§ 1er. Le principe de précaution, un principe encore en gestation

L'heure des certitudes étant révolue, la précaution est appelée à prendre le pas sur la prévention. Par rapport à ce second principe, il n'en constitue pas une variante mais bien son prolongement naturel. Il institutionnalise la prudence à un niveau encore jamais atteint. La dégradation constante de la qualité de l'environnement indique en effet que la prévention n'est désormais plus suffisante.

Nous avons vu que le principe de précaution peut retarder, voire même inciter à abandonner une action envisagée dès que l'on soupçonne que cette action est susceptible d'avoir des conséquences graves pour la protection de l'environnement et cela même si ces soupçons ne sont pas entièrement étayés sur le plan scientifique. De façon inverse, le principe de précaution peut accélérer la prise d'une décision visant à assurer une meilleure protection de l'environnement alors que le bien-fondé de cette décision est encore controversé sur le plan scientifique.

Le principe de précaution ne détermine cependant pas le degré de prudence nécessaire pour contrer le risque environnemental. La perception du risque, comme nous l'avons souligné, change parfois fondamentalement d'une situation à une autre. Qui plus est, si le risque zéro semble être la panacée, un tel objectif relève toutefois de l'utopie car le risque demeure inhérent à nos activités.

Le principe de précaution ne peut dès lors conduire qu'à instaurer une véritable évaluation du risque dans le processus décisionnel. Le principe de précaution appelle ainsi des aménagements beaucoup plus importants dans les mécanismes de décision que ne l'exige le principe de prévention. Ces aménagements doivent intervenir tant en aval qu'en amont de la décision tendant à autoriser une activité présentant un risque pour l'environnement.

En amont, car la prudence doit désormais guider la prise de décision. Avant d'admettre une activité potentiellement dangereuse pour l'environnement, les pouvoirs publics doivent non seulement s'informer, procéder à des expérimentations préalables, mais aussi s'interroger sur l'opportunité d'autoriser cette activité en raison des avantages et des désavantages qu'elle présente pour l'environnement. Ceci pourra déboucher sur l'adoption de moratoires, le recours à des alternatives ou l'autorisation sous certaines conditions.

En aval aussi, car lorsqu'une activité a été autorisée, encore faut-il que les pouvoirs publics se donnent les moyens de mesurer, de calculer, d'évaluer, de maîtriser le risque induit par cette activité. Des procédures de suivi doivent donc être mises en oeuvre¹⁶⁷

167. Voy. dans ce sens la directive sur les rapports à soumettre à la Commission.

Ainsi, le renforcement de la prudence doit s'articuler à la fois autour de mécanismes permettant de dégager des alternatives et des mécanismes assurant un meilleur suivi des activités autorisées¹⁶⁸.

§ 2. Le principe de précaution et la place des scientifiques dans le processus décisionnel

Le rôle des scientifiques dans la mise en place d'une politique de protection de l'environnement est devenu déterminant car toutes, absolument toutes les décisions, reposent dans ce domaine sur leurs calculs, leurs supputations et leurs affirmations. Cependant, la science a manifestement perdu sa certitude. Devant les controverses de plus en plus véhémentes sur les causes exactes de phénomènes tels que les pluies acides, l'effet de serre, la disparition de l'ozone stratosphérique, le décideur ne sait plus qui croire. D'après certains, il convient d'agir dès que le risque est suspecté alors que pour les autres, il serait prématuré d'agir tant que le risque n'est pas clairement démontré. A la stratégie de l'action immédiate suscitée par la démarche de précaution, se voit opposée la stratégie de l'action retardée par la nécessité de mieux appréhender du point de vue scientifique la problématique.

Le principe de précaution sous-tendant la stratégie de l'action immédiate semble à première vue relativiser le rôle joué par les scientifiques dans la prise de décision politique. Comme nous l'avons vu, le principe est destiné à empêcher que l'on tire profit de l'absence de certitude scientifique pour reporter les mesures nécessaires à prévenir la dégradation de l'environnement. A contrario, la certitude scientifique n'apparaît plus comme étant le critère de référence absolu pour fonder la prise de décision.

Dans de telles circonstances, l'on pourrait craindre que le rôle des scientifiques se réduise comme une peau de chagrin. Cette crainte doit être atténuée pour les raisons suivantes.

Dans le premier cas de figure, il est certain que le doute scientifique ne peut retarder l'adoption d'une mesure destinée à assurer une meilleure

168. M. REMOND-GOUILLOUD, "Le risque de l'incertain ...", *op. cit.*, p. 355.

protection de l'environnement. Ceci n'empêche pourtant pas que l'action immédiate soit accompagnée d'un suivi scientifique visant à réduire la marge d'incertitude qui dissimule l'ampleur des difficultés auxquelles l'on risque d'être confronté. Les mesures adoptées pourraient être réorientées à la lumière des informations recueillies.

Dans le second cas de figure, même si la science ne constitue plus le critère absolu, les suppositions du monde scientifique doivent en principe pousser le législateur à agir. Les avertissements lancés par certains scientifiques ne peuvent plus demeurer délibérément ignorés jusqu'au moment où l'ensemble de la communauté scientifique s'y rallie. Les mesures peuvent et doivent même être prises avant que l'on obtienne une certitude complète sur ce point. Une telle démarche accorde beaucoup plus d'importance aux simples suppositions et interrogations de la communauté scientifique.

Dans ces deux cas, ce n'est pas la science qui est mise en cause, mais plutôt l'état insuffisant des connaissances scientifiques. Pour y remédier, de plus gros moyens de recherches doivent être mis à la disposition des scientifiques. La mise en oeuvre d'une stratégie de précaution et d'une stratégie de recherche ne sont donc pas contradictoires mais bien complémentaires¹⁶⁹.

§ 3. Les avancées timides du principe de précaution en droit communautaire

Si le principe de précaution est proclamé tel quel dans le traité de la Communauté européenne, sans pour autant être défini, sa concrétisation dépend en grande partie du contenu qu'il reçoit dans différents actes de droit dérivé. A cet égard, nous avons aperçu qu'à l'instar du droit international, le principe de précaution apparaît de manière sporadique sous l'aspect d'instruments juridiques relativement divers.

Différents actes internationaux ratifiés récemment par la Communauté consacrent expressément le principe de précaution. Par contre, aucun instrument juridique spécifique à la Communauté européenne ne fait

169. O.C.D.E., Comité de l'environnement, Groupe des experts économiques, Faire face à l'incertitude, ENV/EC/ECO (92) 12, p. 9.

expressément référence audit principe. Ceci n'empêche pas que différents instruments existants ou en projet mettent en oeuvre le principe de précaution (p. ex. les meilleures technologies disponibles, les clauses de stand-still,...). De même, dans certains arrêts, la Cour de justice semble aussi reconnaître implicitement l'importance dudit principe.

Il n'en demeure pas moins que la mise en oeuvre du principe de précaution est pour le moins sporadique. Ceci s'explique sans doute par la confusion régnant à propos de la portée exacte de ce principe et de ses particularités par rapport au principe de prévention.

CHAPITRE IV

PRINCIPE DE LA CORRECTION, PAR PRIORITE A LA SOURCE, DES ATTEINTES A L'ENVIRONNEMENT

REMONTER JUSQU'AU COEUR DU PROBLEME

SECTION I. GENERALITES

La politique de protection de l'environnement est essentiellement basée sur une approche préventive. Comme nous l'avons vu, la prévention peut revêtir différentes facettes. D'aucuns estiment que la meilleure prévention de la dégradation environnementale doit intervenir le plus en amont possible, en d'autres termes, en intervenant à la source même de la pollution. En effet, plus les efforts de lutte contre la pollution se déplacent en aval, au moins ces efforts s'inscrivent dans une approche préventive et au plus ils se rapprochent d'une démarche curative.

Vu sous cet angle, le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, paraît constituer une variante du principe de prévention.

Cependant, le principe ne se confond pas nécessairement avec le principe de prévention. Le principe de prévention appelle à ce que l'on prévienne un dommage dont la survenance est suspectée sans que l'on doive pour autant s'attaquer à la source de la pollution (p.ex. l'établissement d'objectifs de qualité du milieu ambiant n'implique pas que l'on doive interdire la pollution). Par contre, le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, appelle nécessairement à ce que l'on corrige la nature d'une activité dommageable pour l'environnement (p.ex. il convient non seulement d'établir des objectifs de qualité mais encore de réduire la pollution en imposant aux pollueurs d'adopter des technologies plus appropriées). Le principe de correction conduit donc à une plus grande intervention des pouvoirs publics dans la lutte contre la dégradation de l'environnement.

Moins connu que les autres principes du droit de l'environnement, le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, a connu des développements jurisprudentiels particulièrement intéressants en droit communautaire. Nous illustrerons les développements de ce principe à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

SECTION II. LE PRINCIPE DE CORRECTION, INTERPRETE A LA LUMIERE DES PRINCIPES DE PROXIMITE ET D'AUTOSUFFISANCE

Dans un arrêt du 9 juillet 1992, la Cour de justice des Communautés européennes a recouru au principe de correction par priorité à la source pour valider une mesure prise par un Etat membre qui portait atteinte à la libre circulation des marchandises¹⁷⁰. Après avoir rappelé dans un premier temps le raisonnement de la Cour dans cette affaire, nous mettrons en exergue les ambiguïtés que peut receler le recours à ce principe.

§ 1er. L'arrêt "Déchets wallons" et le recours au principe de correction

A la suite d'un afflux massif de déchets en provenance des Pays-Bas et de la République fédérale d'Allemagne et de la découverte de pollutions engendrées par un entreposage inadéquat et de surcroît souvent illégal de ces déchets, la Région wallonne a interdit d'abord en 1983 et puis en 1987 l'importation de déchets sur son territoire. Saisie d'une plainte, la Commission des Communautés européennes a contesté la validité de cette interdiction tant au regard de prescriptions de droit dérivé relatives à l'élimination des déchets qu'au regard des dispositions du traité lui-même. La Cour de justice a reconnu, dans un arrêt rendu en date du 9 juillet 1992 sur ce recours, que les exigences impératives d'intérêt général concernant l'environnement devaient en l'espèce primer sur le principe de libre circulation des marchandises. Pour ce faire, elle a invoqué plusieurs principes du droit de l'environnement, dont le principe de correction par priorité à la source, des atteintes à l'environnement.

170. C.J.C.E., 9 juillet 1992, Commission c. Belgique, aff. 334/92, Aménagement-Environnement, 1992/3, p. 162, obs. N. de SADELEER, Cah. Dr. Eur., 1993/3, obs. N. de SADELEER; Tijdschrift voor Milieurecht, 1992/2, p. 78, obs. D. VANDERMEERSCH, Rec. Dalloz (jurisprudence), 1993, 19ème cah., p. 267 obs. G. SEBASTIEN.

En l'espèce, l'Etat belge justifiait la mesure d'interdiction prise par la Région wallonne par la nécessité de protéger cette région contre un afflux massif de déchets qui ne pouvaient être traités adéquatement. La Cour a considéré cet argument comme fondé. Elle a reconnu en effet que l'Etat belge pouvait apporter des entraves à la libre circulation des déchets en raison d'exigences impératives d'intérêt général tenant à la protection de l'environnement pour deux raisons. D'une part, la Cour a reconnu que les déchets présentaient des caractéristiques spécifiques et que *"leur accumulation, avant même qu'ils ne deviennent dangereux pour la santé constitue, compte tenu notamment de la capacité limitée de chaque région ou localité à les recevoir, un danger pour l'environnement"*¹⁷¹. D'autre part, la Cour a admis que la Région wallonne avait souffert des importations massives de déchets dans le courant des années quatre-vingt qui s'étaient soldées par plusieurs pollutions graves.

Toutefois, la jurisprudence relative aux exigences impératives d'intérêt général ne pouvait être invoquée que dans la mesure où la réglementation litigieuse s'appliquait indistinctement aux déchets nationaux comme aux déchets importés. La Commission soutenait à cet égard que la réglementation wallonne présentait un caractère discriminatoire puisqu'elle ne s'appliquait qu'aux seuls déchets étrangers et qu'il n'était pas interdit de déverser dans des décharges des déchets wallons. En l'occurrence, il ne pouvait être démontré en quoi l'importation et l'entreposage de déchets étrangers pouvaient être considérés comme plus dangereux que l'entreposage en Wallonie des déchets locaux.

La Cour s'est gardée dans cette affaire d'appliquer de manière trop rigoureuse sa jurisprudence en matière de mesures d'effets équivalents à des restrictions quantitatives. Elle a apprécié le caractère discriminatoire de la réglementation wallonne au regard de la nature particulière des déchets. A cet effet, elle s'est référée au principe de la correction par priorité à la source¹⁷². Elle retient une définition très large dudit principe, puisqu'elle considère que celui-ci *"implique qu'il appartient à chaque région, commune ou autre entité locale de prendre les mesures appropriées afin d'assurer le traitement et l'élimination de ses propres déchets; ceux-ci doivent donc être éliminés aussi près que possible du lieu de leur production, en vue de limiter leur transport autant que faire se peut"*. Pour étayer son

171. Point 30.

172. Point 32.

argumentation, la Cour a invoqué la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontaliers des déchets dangereux et de leur élimination¹⁷³. Le principe de correction concorde, selon la Cour, avec les principes d'autosuffisance et de proximité inscrits dans cette convention.

Il découle du principe de la correction par priorité à la source, interprété à la lumière des principes de proximité et d'autosuffisance, que la prise en compte le plus en amont possible des impacts des pollutions implique que les déchets soient éliminés aussi près que possible du lieu de leur production. Ainsi, la réglementation wallonne pouvait être validée car elle était justifiée par des considérations de protection de l'environnement se rapportant eux-mêmes à l'application de ces différents principes.

En reconnaissant la validité de la réglementation wallonne au regard de l'article 30 du traité, la Cour a donné une portée considérable au principe de la correction par priorité à la source, principe dont la teneur juridique ne semblait pas avoir été dégagée jusqu'alors. Ce principe permet d'établir des distinctions entre les déchets étrangers et les déchets locaux en fonction de la proximité de l'installation d'élimination par rapport à leur lieu de production. Ces distinctions ne peuvent dès lors être considérées comme discriminatoires quand bien même elles ne visent que des déchets étrangers. Le principe de correction permet de la sorte aux Etats membres d'interdire l'importation sur leur territoire de déchets étrangers, au motif qu'ils peuvent être aussi bien éliminés sur leur territoire d'origine.

De manière plus fondamentale, l'arrêt "Déchets wallons" a confirmé la prééminence de considérations d'ordre écologique sur le principe de la libre circulation des marchandises, considéré jusqu'ici comme la pierre angulaire du droit communautaire¹⁷⁴. L'arrêt rejette l'idée que l'article 30 du traité C.E. aurait une portée supra-constitutionnelle. L'entrée en vigueur du Traité de Maastricht qui place sur un pied d'égalité la protection de l'environnement et la croissance économique corrobore en principe cette jurisprudence¹⁷⁵.

173. Point 35.

174. Le principe de libre circulation en matière de marchandises avait déjà connu une première brèche en matière d'environnement par la reconnaissance de la validité d'un système obligatoire de consigne et de reprise d'emballages au Danemark. C.J.C.E., arrêt Commission c. Danemark, aff. 302/86, Rec. p. 46.

175. En vertu de l'article 3B du traité de Maastricht, la Communauté a désormais pour mission de promouvoir une "croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement". Le concept de croissance durable a certes un contenu beaucoup plus

§ 2. Les rapports entre le principe de correction, d'une part, et les principes d'autosuffisance et de proximité, d'autre part.

La Cour a fait référence dans son arrêt "Déchets wallons" aux principes de proximité et d'autosuffisance, principes aussi nouveaux que distincts. Selon la Cour, le principe de réduction de la pollution à la source consacré par l'Acte unique européen concorde avec les principes visés à la Convention de Bâle. L'assimilation de ces différents principes n'est certainement pas dénuée d'ambiguïtés.

La Cour de justice est en effet arrivée à admettre qu'un déchet produit à l'étranger pouvait faire l'objet d'un régime juridique différent que celui applicable à un déchet local pour la simple raison qu'il est produit ailleurs que le premier. Vu sous cet angle, le principe de correction peut conduire à des situations absurdes tant sur le plan économique qu'écologique. Un producteur de déchets établi à Aix-la-Chapelle ne pourra plus faire éliminer ses déchets dans la Province de Liège qui se trouve à quelques kilomètres de là mais sera obligé d'aller les faire traiter dans d'autres Länder souvent beaucoup plus éloignés que n'est la Province de Liège. Dans de telles situations, il serait plus logique que le principe de correction, interprété au regard du principe de proximité, favorise les échanges entre les Etats membres plutôt que les mouvements intérieurs et non pas le contraire¹⁷⁶

177.

Ce constat appelle à ce que l'on définisse avec plus de précision la portée de chacun des principes. Pour ce faire, un rappel historique est indispensable.

économique que celui du "développement durable" consacré dans le rapport Brundtlandt. Sur cette question, voy. notamment Ph. RENAUDIERE, "Le droit communautaire de l'environnement après Maastricht", Aménagement-Environnement, 1992/2, p. 70.

176. Dans ce sens, C. DE VILLENEUVE, "Les mouvements transfrontières de déchets (Convention de Bâle et droit communautaire", Revue du Marché commun, 1990, n° 340, p. 576.

177. Dans ses conclusions l'avocat général F.G. Jacobs avait interprété le principe de proximité, tel que consacré par la directive 91/156/CEE du 18 mars 1991 comme prohibant toute interdiction unilatérale dans le chef d'un Etat membre d'importer des déchets. Selon lui, une telle interdiction pouvait avoir pour résultat que les déchets d'un Etat membre adjacent ne pourraient être éliminés dans l'une des installations les plus proches (att. 26).

Lesdits principes ont été énoncés pour la première fois dans la Convention de Bâle du 29 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination. Les principes reconnus par cette convention permettent de réglementer les transferts internationaux de déchets de manière particulièrement stricte.

En droit communautaire, les principes de proximité et d'autosuffisance apparaissent pour la première fois dans la communication de la Commission du 18 septembre 1989 relative à la stratégie communautaire pour la gestion des déchets¹⁷⁸. D'après cette communication, la gestion communautaire des déchets doit s'appuyer sur la mise en oeuvre du principe de proximité. Ce principe tend à favoriser l'élimination des déchets dans les centres d'élimination les plus proches du lieu de leur production et utilisant les technologies les plus appropriées. Il justifie donc que des restrictions soient apportées à des mouvements de déchets compte tenu de la proximité géographique de certains centres d'élimination dans la mesure où l'élimination peut se faire de manière aussi adéquate¹⁷⁹.

Le principe d'autosuffisance n'a pas la même signification que le principe de proximité. Il ne s'applique qu'à l'égard des déchets d'origine communautaire non valorisables. Ceux-ci doivent, dans la mesure du possible, être traités à l'intérieur de la Communauté. Ils ne peuvent être exportés en dehors de la Communauté que pour des raisons exceptionnelles. Le principe d'autosuffisance condamne de manière beaucoup plus radicale l'exportation des déchets que ne l'avait fait le principe de proximité.

Dans sa résolution du 7 mai 1990 sur la politique des déchets¹⁸⁰, le Conseil de Ministres a pris acte de la communication de la Commission. Le Conseil affirme en effet qu'il importe que la Communauté dans son ensemble devienne capable d'assurer elle-même l'élimination de ses

178. Communication de la Commission des Communautés européennes au Conseil sur la stratégie communautaire pour la gestion des déchets, Doc. SEC (89), 934 def.

179. Pour justifier le point de vue spécifique qu'elle adopte, la Commission invoqua les arguments suivants : l'élimination des déchets est fonction du coût des installations d'élimination; ce coût est directement lié aux normes et aux polices administratives applicables à ces installations; l'amortissement est directement proportionnel au volume des déchets traités et, partant, au flux de ceux-ci; les divergences réglementaires ne font qu'exacerber l'ampleur du flux transfrontalier. Ces considérations amènent la Commission à retenir le principe de proximité comme constituant une base valable au développement d'un réseau intégré d'installations d'élimination sur tout le territoire de la Communauté.

180. Résolution du Conseil du 7 mai 1990 sur la politique des déchets (J.O.C.E., C 122/02 du 18 mai 1990).

déchets et qu'il est souhaitable que chaque Etat membre tende vers une telle autosuffisance¹⁸¹. Le Conseil considère, entre autres, que *"les mouvements de déchets devraient être réduits au minimum et que la prévention à la source de la production de déchets et la constitution d'un réseau d'élimination approprié établi à un niveau régional ou zonal joueront un rôle essentiel à cet égard"*¹⁸². Le Conseil ne pouvait consacrer plus clairement les deux principes. Ceux-ci seront repris peu de temps après dans plusieurs dispositions de la directive 91/156/CEE du 18 mars 1991 modifiant la directive 75/442/CEE sur les déchets¹⁸³.

En premier lieu, cette directive tend explicitement à restreindre les mouvements de déchets par la création d'un réseau intégré et adéquat d'installations d'élimination qui *"doit permettre à la Communauté dans son ensemble d'assurer elle-même l'élimination de ses déchets et aux Etats membres de tendre individuellement vers ce but"*¹⁸⁴. En d'autres termes, le principe d'autosuffisance qui est implicitement consacré par cette disposition s'applique à deux niveaux distincts : celui de la Communauté et celui des Etats membres. L'objectif d'autosuffisance connaît cependant certains tempéraments. Ainsi, la mise en place du réseau doit prendre en compte *"les conditions géographiques"* ainsi que *"le besoin d'installations spécialisées pour certains types de déchets"*. De plus, les *"Etats membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour empêcher des mouvements de déchets qui ne sont pas conformes à leurs plans de gestion de déchets"*¹⁸⁵.

En second lieu, la directive prévoit que le principe d'autosuffisance doit être mis en oeuvre par le biais notamment du principe de proximité. La mise en place de ce réseau d'installations, indispensable pour obtenir une autosuffisance dans la gestion des déchets, doit en effet *"permettre l'élimination des déchets dans l'une des installations appropriées les plus proches, grâce à l'utilisation des méthodes et technologies les plus appropriées"*¹⁸⁶ ¹⁸⁷.

181. Cinquième considérant de la résolution du Conseil.

182. Septième considérant et point 11 de la résolution du Conseil.

183. J.O.C.E., L 78 du 26 mars 1991.

184. Neuvième considérant de la directive 91/156/CEE.

185. Article 7.2 de la directive 91/156/CEE.

186. Article 5.1 et 2 de la directive 91/156/CEE.

187. Ces différentes dispositions se rattachent à un principe plus général que certains ont tenté de définir comme étant *"le principe de gestion des déchets sous contrôle et sans danger pour la santé ni préjudice pour l'environnement"* (B. JADOT, *"Le statut juridique des déchets au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement"*, in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruylant, à paraître). Un tel principe implique que les opérateurs

En s'appuyant sur cette jurisprudence "Déchets wallons", le Conseil des Ministres a adopté le 1er février 1993 le règlement du n° 259/93 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne. Ce nouveau règlement permet aux Etats membres de limiter sensiblement les importations et les exportations de certains types de déchets au nom des principes de proximité et d'autosuffisance¹⁸⁸.

Ainsi, en l'espace d'à peine deux ans, trois principes ont profondément influencé l'évolution du droit communautaire des déchets et ont apporté de véritables bouleversements au régime des transferts internationaux des déchets. Ils ont permis l'adoption de réglementations autorisant les autorités nationales à limiter de façon draconienne la liberté des échanges intracommunautaire alors qu'à l'origine de tels régimes paraissaient être condamnés par le principe de libre circulation des marchandises.

chargés de l'élimination des déchets doivent veiller à ce que la protection de l'environnement et la santé humaine ne soient pas menacées par leurs activités. Dans ce contexte, la libre circulation des déchets apparaît comme tout à fait finalisée. Elle doit être contrôlée de manière telle que les déchets ne causent pas des nuisances ou des pollutions inadmissibles.

188. Sur cette question, voy. N. de SADELEER, "La circulation des déchets et Le Marché unique européen", Revue du Marché unique européen, 1994/1, p. 71.

CHAPITRE V

LE PRINCIPE D'INTEGRATION

D'UNE APPROCHE SECTORIELLE A UNE APPROCHE GLOBALE

SECTION I. GENERALITES

§ 1er. Introduction

L'environnement est par essence un concept aux contours mouvants. Rien d'étonnant dès lors que la politique qui est menée pour en assurer la protection a tendance à déborder du domaine de compétences qui lui est traditionnellement réservé. En effet, toutes les activités humaines touchent, d'une façon ou d'une autre, à l'environnement. Ce phénomène est actuellement exacerbé en raison de la l'intégralité persistante des problèmes écologiques. La protection de l'environnement est devenue une problématique globale qui n'épargne pratiquement aucun secteur de notre société.

Ceci implique que l'on opère un décloisonnement des différentes politiques publiques. La politique de l'environnement doit pouvoir s'investir dans les politiques qui ont des effets sensibles sur l'environnement. De manière inverse, les autres politiques doivent prendre en compte les exigences de protection de l'environnement. Un besoin d'intégration se fait sentir de part et d'autre.

Le principe d'intégration est appelé à jouer un rôle majeur, non seulement du fait qu'il permet d'éviter les interférences et les contradictions entre des politiques concurrentes, mais qu'il peut aussi favoriser la mise en oeuvre de politiques plus globales, plus cohérentes et plus efficaces. Une action transversale paraît, en cette fin du XXe siècle, comme la seule réponse valable aux défis écologiques puisque ceux-ci affectent tous les aspects économiques et sociaux de nos sociétés contemporaines.

§ 2. Genèse du principe

Ce n'est que depuis fort récemment que la protection de l'environnement a été reconnue comme méritant de faire l'objet d'une politique publique à part entière. Ceci n'a

pas empêché que pendant longtemps différentes administrations se sont occupées avant la lettre des problèmes d'environnement. Une kyrielle d'administrations se sont en effet chargées de la gestion des ressources naturelles et des autres aspects de la protection du milieu naturel¹⁸⁹. Chacune de ces administrations intervenait à des titres relativement divers. Souvent, leurs compétences respectives allaient même jusqu'à se chevaucher. Ainsi, le patrimoine naturel pouvait être protégé aussi bien par les ministères de l'agriculture qui étaient traditionnellement chargés de la politique des eaux et des forêts ainsi que de la gestion de la faune et de la flore sauvages que par les ministères chargés des affaires culturelles qui étaient compétents pour classer les sites et les paysages. Il en allait de même de la lutte contre les nuisances industrielles. Les problèmes d'hygiène provoqués par les pollutions étaient généralement traités par les ministères de la santé alors que la surveillance des établissements classés à l'origine de ces pollutions relevait de la compétence des ministères de l'industrie et du travail.

Ce bref rappel nous montre que les actions menées en faveur de l'environnement étaient non seulement fortement compartimentées en fonction des compétences attribuées à chaque administration, mais qu'elles s'ébauchaient de surcroît sans concertation préalable. Ce n'est que bien plus tard qu'est apparue la nécessité de recouper ces différentes compétences au sein d'une administration unique chargée spécifiquement d'assurer la protection de l'environnement. Il fallut attendre, dans la plupart des pays industrialisés, le début des années septante pour que soient créés les premiers ministères spécialement chargés de mener une politique cohérente dans ce domaine. Ces premières tentatives de regroupement des diverses compétences au sein d'un ministère unique correspondaient à l'émergence de la prise de conscience écologique en Europe occidentale.

Cependant, ces premiers efforts n'ont pas suffi à doter les pouvoirs publics des moyens suffisants pour résoudre les problèmes environnementaux auxquels ils étaient confrontés. Premièrement, ces ministères ont souffert de tous les maux dont peuvent souffrir les jeunes administrations : budgets et personnels insuffisants, absence de crédibilité, ... Deuxièmement, la création des premiers ministères de l'environnement s'est inscrite dans le droit fil d'une approche sectorielle des missions incombant aux pouvoirs publics. Ce deuxième facteur appelle de plus longs commentaires.

L'accroissement continu, au cours du XX^{ème} siècle, du nombre de missions incombant à l'Etat providence a débouché sur une parcellisation des politiques publiques

189. M. PRIEUR fait remarquer que dans les années 1960, les responsabilités administratives en matière d'environnement étaient partagées en France entre six ministères. (M. PRIEUR, Droit de l'environnement, Précis Dalloz, 2^{ème} éd., 1991, p. 145).

en fonction des matières à traiter et des instruments juridiques mis à leur disposition. Dans cette perspective, chaque administration se voit réserver un champ d'actions bien déterminé. Cette spécialisation répondait à l'origine à un souci d'efficacité. Elle s'est toutefois avérée particulièrement inadaptée aux défis qui se posent dans le domaine de l'environnement. En effet, l'approche sectorielle permet la conduite de politiques aux objectifs qui ne sont pas toujours conciliables et même de mener des politiques ayant des objectifs qui, dans certains cas, peuvent même s'avérer contradictoires. A titre d'exemple, la politique industrielle tend à promouvoir la croissance de la production industrielle alors que la politique de l'environnement s'attache aux conséquences d'un tel développement sur la quantité et la qualité des ressources naturelles disponibles. Il n'est pas toujours facile de concilier ces deux approches. Les contradictions peuvent être encore plus patentes. La politique agricole vise à accroître de manière significative la productivité des exploitations agricoles tandis que la politique de l'environnement, et plus particulièrement la politique de protection de la nature, tend à restreindre les cultures intensives aux abords de milieux naturels protégés. Généralement, les responsables des politiques publiques reconnues comme prioritaires - le développement industriel, l'agriculture - ne s'encombraient guère d'appréhender les conséquences de leurs actions sur les compétences des autres ministères aux compétences plus modestes - l'environnement .

La politique de l'environnement dont la gestion relevait à l'époque de ministères créés de fraîche date, aux compétences limitées et aux budgets plutôt modestes, eut particulièrement à souffrir de ce rapport de force. Certes, la création des premiers Ministères de l'environnement avait réussi à sortir les préoccupations environnementales de l'ombre. Il n'en demeurait pas moins que les nouvelles préoccupations restaient encore largement ignorées en raison des limitations inhérentes à la parcellisation des compétences administratives.

§ 3. Les différentes facettes que peut revêtir le principe d'intégration

Ce constat a récemment conduit à ce que l'on mette en cause le phénomène de parcellisation des politiques publiques, notamment en ce qui concerne la politique de l'environnement.

Deux remèdes sont envisageables : d'une part, un décloisonnement complet des politiques par la fusion de leurs objectifs respectifs; d'autre part, un décloisonnement partiel par une intégration plus subtile des exigences propres à chacune des politiques.

A. La fusion des objectifs

La panacée consisterait sans doute à ce que toutes les politiques menées par les pouvoirs publics soient imprégnées par les objectifs de protection de l'environnement, quitte à ce que les politiques jugées comme trop destructrices du milieu soient arrêtées. La volonté serait ici de décloisonner complètement les différentes politiques. Une approche purement horizontale vient se substituer à l'approche verticale.

Cette première approche est cependant susceptible de rencontrer un écueil majeur. Fondamentalement, les pouvoirs publics doivent satisfaire des besoins à la fois multiples et fort différenciés sans pour autant pouvoir privilégier radicalement un objectif par rapport à un autre.

B. L'intégration des objectifs

Comme il est peu probable que l'on mette un terme à une série de politiques qui affectent gravement la protection de l'environnement, il paraît à tout le moins indispensable que l'on tempère les effets les plus négatifs de ces politiques. En effet, à défaut de pouvoir fusionner les différents objectifs impartis à chaque politique, il conviendrait de les intégrer dans la mesure du possible en veillant à ce que l'exécution de certaines politiques ne compromettent pas les objectifs assignés à la politique de protection de l'environnement. L'idée consiste ici à imposer dans le processus décisionnel de chacune des politiques publiques, la prise en considération des besoins de protection de l'environnement.

Cette démarche implique notamment le dépassement d'une organisation administrative de type vertical selon laquelle chacune des politiques est confinée à un domaine d'actions bien précisé. Elle revient non plus à substituer mais à adjoindre au découpage vertical une approche transversale qui appelle à ce que toutes les politiques traditionnelles internalisent les préoccupations de la protection de l'environnement en vue de réduire leurs impacts respectifs sur les écosystèmes et les êtres humains. Cette exigence s'énonce aujourd'hui sous le terme de principe d'intégration.

Cette seconde approche appelle à la mise en place de mécanismes qui sont susceptibles d'intégrer dans la prise de décision les considérations de protection de l'environnement ou, à tout le moins, d'atténuer les impacts négatifs des autres politiques sur celle de l'environnement. La politique de l'environnement va donc se concilier les faveurs de ses principaux rivaux, notamment la politique du développement économique.

§ 4. L'émergence du principe d'intégration en droit international

Le principe d'intégration est devenu un des concepts clés du droit international de l'environnement. A cet égard, l'on rappellera que le principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dispose que *"pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément"*.

SECTION II. LES APPLICATIONS DU PRINCIPE D'INTEGRATION DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

§ 1er. L'émergence du principe dans le traité de Rome et les programmes d'action en matière d'environnement

Conçue à l'origine comme une politique purement sectorielle dans le cadre d'une approche verticale de la matière, la politique communautaire de protection de l'environnement est longtemps demeurée isolée. Pendant les quinze premières années de son existence, à savoir du début des années septante jusqu'à la moitié des années quatre-vingt, ses objectifs sont restés confinés dans le cadre d'action limité qui lui avait été réservé. Tant l'absence de reconnaissance formelle de l'existence de cette nouvelle politique dans le traité que les maigres budgets qui lui étaient alloués, faisaient d'elle un des parents pauvres des politiques communautaires.

Ces écueils n'ont toutefois pas empêché que la politique communautaire de l'environnement acquière au fil des années ses lettres de noblesse. Celle-ci s'est en effet progressivement développée comme un secteur à part entière en se dotant de structures administratives autonomes et en se voyant conférer des compétences propres. Cependant, sur un plan plus politique, la politique communautaire de l'environnement se limitait à des domaines relativement spécialisés, tels que la protection de la nature (gestion des espèces et, dans une moindre mesure, des espaces) ou la prévention des pollutions et nuisances en fonction des différents milieux (normes de qualité pour l'eau et l'air notamment).

La nécessité d'intégrer la dimension environnementale dans le cadre des autres politiques menées par la Communauté n'est pas apparue immédiatement. Les deux

premiers programmes d'action étant restés muets sur cette question, il fallut attendre le troisième programme d'action (1983-1987) pour que cette question soit évoquée pour la première fois¹⁹⁰. A partir du milieu des années quatre-vingt, il est apparu que la politique communautaire de l'environnement se trouvait de plus en plus souvent à l'interface d'autres politiques menées par la Communauté, et plus particulièrement des politiques économique, industrielle, scientifique, agricole, Il est dès lors paru essentiel aux yeux des responsables de la politique communautaire de l'environnement de trouver des mécanismes plus poussés d'intégration¹⁹¹. Cette préoccupation a été rencontrée à cette époque à la fois sur le plan politique et sur le plan normatif.

Du point de vue programmatique, l'on a assisté, avec l'adoption du quatrième programme d'action adopté le 19 octobre 1987 (1987-1992), à une prise de conscience de la nécessité d'intégrer la politique de l'environnement dans les autres politiques. Ainsi, l'on a insisté sur l'importance des liens entre le développement socio-économique et la protection de l'environnement : *"S'il est vrai qu'il ne peut pas y avoir de saine politique de l'environnement sans progrès sur le front économique et social, il est tout aussi vrai qu'il ne peut pas y avoir de progrès économique et social durable si les progrès d'environnement ne sont pas pris en considération et envisagés comme un élément essentiel du développement économique et social"*¹⁹². Les auteurs du quatrième programme ont souligné à cet égard que l'environnement constituait une *"dimension essentielle des politiques économique, industrielle, agricole et sociale, mises en oeuvre par la Communauté et par ses Etats membres"*¹⁹³.

Du point de vue normatif, l'exigence d'intégration a été consacrée la même année que celle de l'adoption du quatrième programme d'action lors de la modification du Traité de Rome par l'Acte unique européen. Cette exigence n'a pas été énoncée sous la forme d'un principe comme tel. L'Acte unique a ajouté, à la suite des trois premiers principes fondateurs de la politique communautaire de l'environnement, une disposition prévoyant que *"les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante de ces autres politiques"*¹⁹⁴. Vu sa place dans le traité, il n'en demeurerait pas moins que le

190. Troisième programme, Section I, 8. *" En vue de (...) mettre pleinement et efficacement une politique préventive de la protection de l'environnement, il convient que la Communauté recherche une intégration optimale des préoccupations de l'environnement dans la conception et le développement de certaines activités économiques en favorisant ainsi la création d'une stratégie globale".*

191. D. BALDOCK et alii, The integration of environmental protection requirements into the definition and implementation of other EC policies, Institute for European Environmental Policy, London, July 1992; KAMMINGA, "Improving Integration of Environmental Requirements into other EC Policies", *E.E.L.Rev.*, 1994/3, p. 23.

192. COM (86), 485 final, J.O., n° C 70 du 18 mars 1987.

193. Quatrième programme, 2.3.1.

194. Article 130R, 2, in fine.

principe d'intégration découlant de cette disposition prenait un rang égal par rapport aux autres principes qui précèdent. Cette première définition a donné lieu à une interprétation assez controversée de la part de la Cour de justice dans l'affaire C-300/89. Sa portée juridique demeurait relativement floue¹⁹⁵.

Le principe d'intégration ne tarda pas à connaître, suite à cette première reconnaissance, de nouveaux développements, cette fois-ci encore sur les plans à la fois normatif et programmatique.

Il parut opportun aux yeux des auteurs du traité de Maastricht de reformuler le principe d'intégration de manière plus claire qu'il ne l'avait été par l'Acte unique européen¹⁹⁶. Le traité de la Communauté européenne énonce, depuis sa modification par le traité de Maastricht, dans un nouvel article 130R. 2, in fine que *"les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des autres politiques de la Communauté"*.

Cette nouvelle définition présente deux éclaircissements majeurs par rapport à la définition précédente. En premier lieu, les exigences en matière de protection de l'environnement ne sont plus seulement une *"composante"* des autres politiques, composante que l'on pouvait toujours écarter le moment venu, mais bien un paramètre qu'il faut obligatoirement intégrer. En effet, il apparaît clairement du libellé du texte qu'une obligation pèse à charge des pouvoirs communautaires d'intégrer les exigences en matière de protection de l'environnement et non pas seulement de les prendre en considération. L'intégration acquiert une nature volontariste alors qu'elle semblait être auparavant relativement passive. En second lieu, les exigences de protection de l'environnement doivent être intégrées tant en amont qu'en aval de l'exécution des autres politiques. Il ne sera désormais plus possible d'esquiver les problèmes d'environnement dans la conception même des orientations politiques. Le texte original était muet sur cette question.

Sur le plan programmatique, le principe d'intégration est particulièrement en vogue. Les nombreux écueils rencontrés lors de l'application du droit communautaire de l'environnement en général et des réglementations nationales en particulier ont fait l'objet d'un constat particulièrement sévère dans le Vème programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement, adopté par la Commission peu de temps après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Selon les auteurs de ce programme, *"les mesures actuelles*

195. H.G. SEVENSTER, *Milieubeleid en gemeenschapsrecht, op. cit.*, p. 118.

196. J. CLOOS et alii., *Le Traité de Maastricht*, Bruylant, 1993, p. 321.

apparaissent insuffisantes pour faire face aux pressions accrues qui risquent de s'exercer sur le milieu naturel"¹⁹⁷. Partant de ce constat, la Commission européenne s'est dite prête à repenser l'approche normative classique à laquelle il a été recouru depuis maintenant près de deux décennies dans le cadre de la politique communautaire de protection de l'environnement. Dans cet ordre d'idées, l'exigence d'intégration doit devenir le pivot du modèle de développement durable. L'intégration devrait se concrétiser, selon les auteurs du Vème programme d'action, par la mise en place de différents mécanismes de concertation avec les secteurs de la société qui se sont sentis jusqu'à présent victimes de l'application des législations relatives à la protection de l'environnement¹⁹⁸. L'accent est notamment mis sur l'intégration des exigences environnementales dans la mise en oeuvre des cinq autres politiques de la Communauté appelés pour l'occasion secteurs cibles. Il s'agit là de l'industrie, de l'énergie, des transports, de l'agriculture et du tourisme. Selon les auteurs du programme, *"il s'agit là de secteurs où la Communauté a un rôle particulièrement important à jouer et où le niveau communautaire est le plus efficace pour traiter certains problèmes que ces secteurs connaissent ou engendrent"*¹⁹⁹.

§ 2. La mise en oeuvre du principe d'intégration dans le droit communautaire dérivé

L'efficacité de la portée du principe doit se mesurer au regard de l'application qui en est faite. Pour la mesurer, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure les aspects de protection de l'environnement ont été pris en compte ces dernières années par chacune des politiques communautaires. Cette analyse dépasserait largement le cadre de notre propos. Nous avons dès lors jugé préférable de privilégier l'examen de l'évolution de la prise en compte des préoccupations environnementales dans certaines des politiques connues pour avoir des répercussions particulièrement négatives sur la protection de l'environnement. Quatre d'entre elles figurent parmi les secteurs-cibles énumérés par le cinquième programme d'action (politique industrielle, politique agricole, politique énergétique, politique des transports). Deux autres politiques - passées sous silence dans le Vème programme d'action - nous ont paru tout aussi essentielles (politique régionale, politique

197. Résolution du Conseil des Communautés européennes, programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement soutenable. J.O.C.E., C 138 du 17 mai 1993, n° 31.

198. Certains passages du Vème programme d'action sont particulièrement éclairants sur ce point : *"La participation de toutes les couches de la société dans un esprit de partage des responsabilités nécessite un approfondissement et un élargissement de la gamme d'instruments en complément des normes, notamment par le recours à l'information"*..

199. Cinquième programme, point n° 18.

de coopération au développement). L'on s'apercevra que le principe d'intégration revêt des facettes relativement distinctes pour chacune de ces politiques.

A. L'industrie

Depuis la modification du traité de Rome par le traité de Maastricht, l'action de la Communauté porte, entre autres, en vertu de l'article 3, e, sur le *"renforcement de la compétitivité de l'industrie de la Communauté"*.

Le titre XIII du Traité comportant un article unique, l'article 13u, est entièrement consacré à l'industrie. En vertu de cette disposition, la Communauté et les Etats membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de la Communauté soient assurées. A cette fin, leurs actions doivent accélérer l'adaptation de leurs industries aux changements structurels, encourager un environnement favorable à l'initiative et au développement des entreprises et à la coopération entre entreprises, favoriser une meilleure exploitation du potentiel industriel des politiques d'innovation, de recherches et de développements technologiques. Ceci rejoint le fait que la politique économique menée par les Etats membres repose sur le principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre (article 102A).

Si l'article 130 ne fait pas expressément référence à la protection de l'environnement au sens classique du terme, il est généralement admis que la promotion de la compétitivité des entreprises de la Communauté européenne implique l'harmonisation des normes de protection de l'environnement en vigueur dans les différents Etats membres. En effet, des normes variant trop sensiblement d'un Etat membre à un autre ont pour effet de favoriser la position concurrentielle des entreprises nationales soumises aux normes les moins strictes par rapport à celles localisées sur le territoire d'autres Etats membres appliquant des normes plus sévères. Des divergences trop importantes entre les normes pourraient même conduire à des phénomènes de délocalisation.

Sur base de ce postulat, des normes d'émission, d'immission et de produit ont été harmonisées au niveau de la Communauté européenne. L'harmonisation de ces normes s'inscrit dans le droit fil d'une approche contraignante reposant sur des mécanismes d'interdictions, de sanctions, d'autorisations et de dérogations. Le niveau de protection recherché s'est avéré relativement élevé car il paraissait normal de s'aligner sur les normes les plus strictes en vigueur dans la Communauté (cfr. articles 100A, § 3 et 130R.1).

L'harmonisation au niveau communautaire des règles environnementales applicables au secteur industriel aurait dû apaiser les craintes des autorités nationales de devoir assister à des phénomènes de délocalisation de leurs entreprises en fonction des lacunes présentées par les réglementations applicables en matière d'environnement²⁰⁰.

Néanmoins, l'approche contraignante préconisée par la Commission et suivie par le Conseil de Ministres en matière de protection de l'environnement n'a pas fait l'unanimité parmi les responsables des secteurs industriels concernés. D'aucuns ont perçu les normes d'harmonisation communautaires non pas comme un atout pour le renforcement de la compétitivité des entreprises mais, au contraire, comme un obstacle supplémentaire à leur essor. L'adoption de nouvelles normes de protection de l'environnement aurait, selon ces critiques, pour effet d'augmenter les coûts de production et, par conséquent, d'influencer négativement la position concurrentielle des industries concernées. Qui plus est, l'on a dénoncé le risque de fuite de capitaux vers des Etats tiers à la Communauté que pouvait provoquer l'application de réglementations contraignantes. L'investissement dans les secteurs polluants s'effectue souvent à l'endroit où le droit de polluer est le moins élevé. Par ailleurs, les détracteurs de la politique interventionniste préconisée depuis le milieu des années septante par le législateur communautaire dans le cadre de la lutte contre les pollutions industrielles n'ont eu de cesse de mettre en exergue les écueils rencontrés lors de la mise en oeuvre du droit communautaire de l'environnement au travers des réglementations nationales. Selon ces critiques, les difficultés seraient dues en grande partie à la nature impérative et coercitive qu'a prise de préférence la politique communautaire de l'environnement.

Alors que les rigidités de l'approche réglementaire classique sont vouées aux gémonies, différentes formes d'auto-responsabilisation du secteur industriel sont louées²⁰¹. Les initiatives adoptées par les entreprises en vue de mieux prendre en compte les conséquences négatives de leur activité sur les équilibres écologiques seraient en effet plus satisfaisantes qu'un interventionnisme d'état démodé. Ce discours semble avoir reçu un large écho auprès des auteurs du cinquième programme d'action de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement. Ce programme a retenu l'industrie comme le premier des cinq secteurs cibles et a jugé la participation de ce secteur dans la mise en oeuvre de la politique de

200. Ce phénomène est connu dans le monde anglo-saxons sous le nom d' "*environmental dumping*".

201. Jusqu'au cinquième programme d'action, les mécanismes d'auto-responsabilisation avaient été abordés par le législateur communautaire de manière particulièrement timide. Seule la directive 85/339/CEE concernant les emballages pour liquide alimentaire, permettait aux Etats membres de conclure par la voie d'accords volontaires avec les secteurs commerciaux concernés une série de programmes destinés à réduire la quantité des emballages commercialisés.

protection de l'environnement comme essentielle²⁰². Ses auteurs annoncent qu'il convient de promouvoir à l'égard du secteur industriel une stratégie s'inscrivant dans la logique du *"travaillons ensemble"* plutôt que dans la logique dépassée de *"défense de"*. Dans cette perspective, *"la nouvelle approche suppose, en particulier qu'on renforce le dialogue avec les entreprises et qu'on les encourage, lorsque la situation s'y prête, à conclure des accords volontaires ou à adopter d'autres formes d'autodiscipline"*²⁰³. Toujours selon les auteurs du Vème programme, ce dialogue permettrait d'accentuer *"la prise de conscience croissante du monde des affaires et des entreprises du fait que l'activité industrielle constitue non seulement une composante importante du problème, mais doit aussi être une des clés de sa résolution"*²⁰⁴.

Cette nouvelle approche n'a pas tardé d'émerger en droit communautaire dérivé. Une nouvelle génération d'instruments juridiques communautaires plus adaptée aux besoins des industries semble appelée à voir le jour comme en témoignent deux nouveaux règlements élaborés en même temps que le cinquième programme d'action. Le premier, le règlement (CEE) N° 880/92 du Conseil du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution du label écologique, vise à favoriser la commercialisation de produits plus écologiques²⁰⁵. Le second, le règlement (CEE) N° 1836/93 sur le management environnemental et l'audit²⁰⁶, adopté quinze mois plus tard, vise à améliorer la gestion environnementale de l'entreprise. Ces deux règlements présentent plusieurs similarités²⁰⁷.

202. L'importance accordée à l'industrie est manifeste du fait que celle-ci figure en première place des cinq secteurs-cibles qui doivent faire l'objet de mesures prioritaires.

203. Commission des Communautés européennes, Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement, volume II, p. 6

204. Ibidem.

205. Pour une analyse critique de ce règlement, voyez B. JADOT et N. de SADELEER, "L'organisation d'un régime de label écologique officiel : questions de droit de l'environnement et de droit public", in Le label écologique et le droit, Story-Scientia, 1992, p. 43 et sv.

206. Pour un commentaire du règlement, voy. R. HUNTER, "The eco-management and auditing regulation", International Environment Reporter, february 9, 1994, p. 142 et J. XIBERTA, "The eco-management and audit scheme", European environmental law Review, vol. 3, n° 3, march 1994, p. 85; N. DE SADELEER et A. GOSSERIES, "Le Règlement (CEE) N° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit : virtualités et limites d'un système novateur", Aménagement-Environnement, 1994/2.

207. Pour une étude comparative des deux règlements, voy. Fr. OST, "L'auto-organisation écologique des entreprises : un jeu sans conflits et sans règles ?", Revue interdisciplinaire de critique juridique, 1992, n° 28, p. 147 et sv; B. JADOT, "Les systèmes communautaires d'attribution de label écologique et de management environnemental et d'audit, voie d'avenir ou trompe-l'oeil?", in Développements récents du droit communautaire, Story-Scientia, 1994, à paraître; N. DE SADELEER et A. GOSSERIES, op. cit., p. 105.

En premier lieu, ils reposent tous deux sur une base volontaire. Les entreprises sollicitent l'octroi d'un label écologique pour leurs produits ou s'inscrivent dans la procédure de contrôle d'audit uniquement si elles le désirent. Personne ne peut les contraindre à solliciter le label ou à participer au système de management.

En second lieu, les entreprises sont incitées à recourir à ces instruments en raison des différents avantages commerciaux que ceux-ci sont susceptibles de leur procurer. Ces avantages consistent surtout dans l'utilisation à des fins publicitaires de labels ou de graphiques vantant la qualité dite écologique des produits commercialisés ou mettant l'accent sur la volonté de l'entreprise de faire face à ses responsabilités environnementales en participant au système communautaire de management environnemental et d'audit. L'obtention de ces "logos" leur permettra de redorer leur blason et d'accroître leurs parts de marché. Des produits labellisés ou les produits issus d'un site industriel s'inscrivant dans le régime communautaire de management environnemental et d'audit pourront mieux se vendre auprès des consommateurs sensibilisés aux questions de l'environnement. La protection de l'environnement intégrée de la sorte dans la vie de l'entreprise renforce son image de marque tant à l'égard de ses autres partenaires industriels, des pouvoirs publics que de la population.

Enfin, en troisième lieu, l'effet espéré de ces deux instruments est d'induire de manière purement incitative un réflexe de protection de l'environnement au sein même des entreprises. Ils s'inscrivent de ce fait dans le droit fil d'une approche visant à accroître l'"auto-responsabilisation" des entreprises dans le domaine de l'environnement.

L'intégration de la politique de l'environnement au sein de la politique industrielle se concrétise donc par une démarche originale consistant à responsabiliser l'entreprises par le biais d'instruments incitatifs. Cette approche est pourtant critiquable car elle risque éventuellement de substituer une forme d'auto-régulation au schéma réglementaire classique. De tels instruments nous paraissent acceptables que dans la mesure où ceux-ci constituent un complément à la réglementation impérative classique et non pas un ersatz.

B. L'agriculture

Depuis toujours, la politique agricole commune a constitué un des fers de lance de la Communauté européenne. L'article 3, e, du traité CEE prévoit que, dans le but de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats, l'action de la

Communauté européenne comporte entre autres l'instauration d'une politique commune dans le domaine de l'agriculture. La place primordiale de cette politique apparaît à la lecture même du traité de Rome dont le titre II de la deuxième partie, c'est-à-dire les articles 38 à 47, est entièrement consacré à la politique agricole commune. Les objectifs assignés par l'article 39 du traité à cette politique portent notamment sur *"l'accroissement de la productivité en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi que par un emploi optimal des facteurs de production"*.

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, l'agriculture européenne présentait un aspect traditionnel et occupait surtout une main-d'œuvre familiale nombreuse. Trente années de politique agricole commune ont profondément modifié son visage. L'amélioration des techniques agricoles, la mécanisation, l'amélioration des transports et la commercialisation des produits agricoles ont en tout cas permis d'atteindre un des objectifs initiaux du traité, l'autosuffisance alimentaire de la Communauté. La réalisation de cet objectif ne s'est pas faite sans sacrifices ; abandon de la polyculture au profit de la monoculture, spécialisation continue des productions agricoles, industrialisation du monde rural,... Cette intensification de la production s'est aussi traduite dans de nombreuses régions de la Communauté par une surexploitation et une dégradation constante des ressources naturelles qui constituent le fondement même de l'agriculture²⁰⁸. Le paysage européen tant admiré, modelé au fil des siècles par l'agriculture, a souffert considérablement de cette évolution. L'agriculteur, longtemps perçu de façon candide comme *"le gardien du sol et du milieu rural"*²⁰⁹, est devenu un pollueur, voire même un destructeur de la nature.

La politique agricole commune n'a pu d'emblée prendre la mesure des effets que l'approche industrialiste qu'elle prônait pouvait avoir sur les écosystèmes. Certes, le droit communautaire de l'environnement offrait différents outils pour contrer les dégradations environnementales générées par l'intensification de l'agriculture²¹⁰. Différentes directives assurent en effet la protection des sols, des eaux, des habitats naturels des affres d'une exploitation intensive. La directive 86/278/CEE du 12 juin 1986 relative à la protection de l'environnement et notamment des sols, lors de l'utilisation des boues d'épuration en

208. Parmi les principaux problèmes, l'on peut citer la pollution tellurique et aquatique, l'érosion, les déchets d'élevage, l'assainissement des zones humides par le drainage, la pollution des eaux de surface par l'usage excessif des engrais azotés,...

209. Cinquième programme, point n° 25.

210. Sur cette question, voyez N. de SADELEER, "La réglementation des pollutions agricoles en droit communautaire et en droit interne", *Aménagement-Environnement*, n° spécial 'L'agriculture', 1992, p. 1 et sv; M. PAQUES et Ph. RENAUDIERE, "Agriculture et environnement dans le droit communautaire : quelques questions", *Aménagement-Environnement*, n° spécial 'L'agriculture', 1992, p. 62.

agriculture impose différentes normes de protection des sols où sont déversées des boues provenant de stations d'épuration présentant des propriétés agronomiques utiles pour la fertilisation. La directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques impose, dans le cadre d'une approche préventive, une évaluation environnementale des substances actives pouvant être contenues dans les produits phytopharmaceutiques et des produits phytopharmaceutiques eux-mêmes avant que ceux-ci soient mis sur le marché et utilisés. Le 12 décembre 1991, le Conseil a adopté une directive concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles dont l'objet principal est de contrôler et de réduire la pollution des eaux résultant de l'épandage ou du rejet de déjections animales et de l'utilisation excessive d'engrais chimiques. Dans un tout autre registre, l'on notera que les directives 79/409/CEE concernant la protection des oiseaux sauvages et 92/43/CEE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages imposent aux Etats membres de protéger les habitats naturels de nombreuses espèces dont les biotopes se trouvent souvent dans des zones cultivées. Ces différentes obligations peuvent constituer un frein à l'agriculture intensive dans les zones agricoles concernées par ces mesures. Néanmoins, ces quelques mesures ne se sont pas montrées suffisamment ambitieuses pour réduire de façon significative les pollutions agricoles. Il va aussi sans dire que les directives précitées n'ont pas toujours connu au niveau national les prolongements nécessaires en raison d'un monde rural farouchement opposé à toute forme de normes contraignantes.

Les écueils rencontrés ont conduit les responsables de la P.A.G. à prôner une meilleure intégration des préoccupations environnementales dans le cadre de la politique agricole. Nous avons vu que dans le cadre de la politique industrielle, les méthodes d'intégration souples visant à favoriser l'auto-responsabilisation des entreprises n'avaient pas remis en cause les orientations de la politique industrielle. Il devrait y avoir là une convergence entre le développement industriel et la politique de protection de l'environnement. En ce qui concerne la politique agricole commune, la prise en compte des exigences de la politique de l'environnement devrait aussi se concrétiser par une convergence entre les objectifs de la politique agricole et de la politique de l'environnement. Toutefois, à la différence de la politique industrielle, il n'est plus ici question d'accroître la productivité agricole mais bien de la décroître et de permettre ainsi de mieux protéger le milieu naturel.

L'intégration est encore plus facile à promouvoir que dans le secteur industriel. Le secteur agricole est en effet en proie à une crise profonde puisqu'au terme de trente années de politique agricole commune. Le modèle de développement préconisé par la Communauté européenne a non seulement rencontré ses limites écologiques mais

également ses limites économiques. L'accroissement de la productivité a fait glisser la Communauté dans le tonneau des Danaïdes en raison des surplus agricoles et de la charge financière qui en résulte. Selon les auteurs du cinquième programme d'action, cette crise devrait être exploitée pour rechercher *"un meilleur équilibre entre l'activité agricole, d'autres modes de développement rural et les ressources naturelles (...) non seulement du point de vue de l'environnement, mais aussi du point de vue agricole, social et économique"*²¹¹. Pour sortir de l'impasse dans laquelle elle est tombée, il est indispensable que la politique agricole poursuive de nouveaux objectifs, tels la protection de l'environnement. Pour ce faire, elle devra nécessairement intégrer une dimension environnementale²¹².

L'évolution récente de la P.A.C. témoigne cette volonté d'intégration. Déjà, en 1985, dans son Livre vert sur les perspectives de la PAC, la Commission avait retenu parmi les objectifs de cette politique la sauvegarde de l'environnement par la réglementation et le contrôle des pratiques agricoles préjudicables à l'environnement et la subside accrue des régimes d'exploitation agricole compatibles avec la protection de l'environnement. La modification radicale qu'a connue la politique agricole commune lors de sa réforme du 21 mai 1992 devrait pouvoir mettre fin à la liaison tourmentée entre l'agriculture et l'environnement²¹³. Différentes mesures réglementaires prises dans le cadre des compétences agricoles constituent à cet égard une amorce de solution. L'on remarquera que dans cette veine, le règlement CEE n° 2.078/92 du Conseil du 30 juin 1992 concernant des méthodes de protection agricole compatibles avec les exigences de la protection de l'environnement ainsi que de l'entretien de l'espace naturel prévoit un régime d'aide cofinancé par le FEOGA afin de contribuer notamment à la réalisation des objectifs des politiques communautaires en matière agricole et d'environnement. Ce régime d'aides est destiné à favoriser le recours à des méthodes de production extensive dans des zones naturelles et vulnérables. De tels programmes reconnaissent la fonction duale de l'agriculteur, à la fois producteur et gardien du patrimoine naturel.

Il n'en demeure pas moins que si la logique de la prime à la jachère ou de l'extensification est appelée à se substituer à la logique du rendement intensif, cette

211. Cinquième programme, point n° 26.

212. Rien n'empêche la politique agricole commune de poursuivre des objectifs de protection de l'environnement. La Cour de justice des Communautés européennes a d'ailleurs jugé que la poursuite des objectifs de la politique agricole commune ne saurait faire abstraction d'exigences d'intérêt général telles que la protection des consommateurs ou de la santé et de la vie des personnes et des animaux, exigences dont les institutions communautaires doivent tenir compte en exerçant leur pouvoir (CJCE, 23 février 1988, aff. 68/86, Royaume-Uni c. Conseil, att. 12, *Rec.*, 1988-2, p. 896).

213. G. CORCELLE, "Agriculture et environnement : une liaison tourmentée mais tellement naturelle.", *Revue du Marché commun*, n° 345, mars 1991, p. 180.

modification substantielle de la fonction agricole ne se fera pas du jour au lendemain. Elle appelle une redéfinition des objectifs assignés à la PAC.

C. Le développement régional

La politique régionale communautaire a pour objet de permettre un développement harmonieux de l'ensemble des Régions des Etats membres de la Communauté, en aidant matériellement les plus pauvres d'entre elles. Cette politique de la Communauté a permis de dégager des fonds importants, voire considérables, pour éviter la marginalisation économique de certaines régions de la Communauté. La manne communautaire pour ces collectivités démunies a souvent été à l'origine de destructions environnementales inconsidérées. En effet, les régions les plus subventionnées par le biais des fonds structurels sont souvent celles où la nature est restée la mieux préservée en raison de leur éloignement des grands pôles de développement économique et de leur faible densité de population. Nombre d'abus ont été dénoncés²¹⁴. Ainsi, l'on se souviendra que le Parlement européen a condamné le financement par la Commission de différents aménagements destinés à favoriser l'agriculture intensive dans une zone marécageuse du Mikra Prespa située en Macédoine, site qui avait été répertorié dans différentes études scientifiques parmi ceux qui présentaient une très grande valeur ornithologique et qui devait, de ce fait, être classée comme "zone de protection spéciale" au titre de la directive 79/409/CEE concernant la protection des oiseaux. En l'espèce, la Commission avait, grâce aux subsides accordés à l'Etat grec, poussé les autorités locales à violer les règles qu'elle était censée elle-même faire respecter. Dans d'autres cas, l'on a pu assister à la subvention par la Commission d'infrastructures routières ou portuaires qui n'avaient pas été soumises à une évaluation préalable de leurs incidences sur l'environnement alors qu'elles auraient dû obligatoirement l'être en vertu de la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. L'absence de communication entre les directions générales concernées de même que le dédain affiché pour la politique de l'environnement par bon nombre d'acteurs politiques locaux ont été pendant longtemps à l'origine de ces abus.

La Commission pouvait-elle encore justifier le financement du développement du tourisme côtier dans des Etats membres qui n'avaient pas désigné des zones de baignade conformément à la directive 76/160/CEE concernant la qualité des eaux de baignade et qui ne faisaient pas respecter les normes de qualité applicables à ces eaux ? Pouvait-on encore admettre le financement des programmes de développement industriel dans des

214. Résolution du Parlement européen relative à l'incidence de la politique régionale communautaire sur l'environnement (J.O.C.E., C 176 d 13.7.92).

Etats membres qui ne s'étaient dotés ni de plan de gestion de déchets ni de plan d'épuration des eaux ni de programme d'assainissement de la pollution atmosphérique comme le prévoient différentes directives communautaires ? Il est en effet inconcevable que les institutions de la Communauté et plus particulièrement la Commission ne soit pas tenue elle-même par la législation qu'elle impose aux Etats membres en vue de tenir compte des exigences en matière d'environnement²¹⁵.

Pour mettre un terme aux contradictions patentes entre la politique de développement régional et la politique de protection de l'environnement, certains aménagements durent être trouvés²¹⁶. Après que la Commission ait dans un premier temps, le 8 mars 1988, arrêté des règles internes relatives à l'évaluation des incidences sur l'environnement des plans, programmes et projets présentés dans le cadre des instruments structurels, la prise en compte de la dimension environnementale dans le cadre de sa politique régionale a été formalisée dans le règlement n° 2052/88 sur les fonds structurels. Ce règlement prévoit à son article 7,1 que *"les actions faisant l'objet d'un financement par les Fonds structurels ou d'un financement par la BEI ou d'un autre instrument financier existant doivent être conformes aux dispositions des traités et des actes arrêtés en vertu de ceux-ci, ainsi que des politiques communautaires, y compris celles concernant (...) la protection de l'environnement"*.

Cette nouvelle exigence n'a pas tardé à donner lieu à différents contentieux. Ainsi, le National Trust for Ireland et une association de la protection de la nature irlandaise, AnTaisce, ont attaqué devant le Tribunal de Première instance des Communautés européennes la décision de la Commission d'accorder un subside à la République irlandaise pour construire un centre touristique de grande dimension dans une zone naturelle très vulnérable où l'on rencontre différentes espèces rares de la faune sauvage. Les demandeurs arguaient dans cette affaire de la violation par la Commission de différentes réglementations en matière de conservation de la nature faisant parties de l'ordre juridique communautaire (Convention de Berne, directive 79/409/CEE concernant la protection des oiseaux...). Le tribunal a cependant rejeté ce recours sur un point technique concernant l'absence de décision attaquée²¹⁷. Plus récemment, l'association écologiste Greenpeace a attaqué devant le Tribunal une décision de la Commission accordant un subside pour la construction de centrales électriques sur les îles des Canaries

215. J. BOUCKAERT, Obs. sous CJCE du 2 août 1993, *Commission c. Espagne*, R.I.E., 1994, à paraître.

216. Sur ce point, voyez Ph. RENAUDIERE, "La dimension environnementale de la politique régionale de la CEE", *Aménagement-Environnement*, 1990/1, p. 4 et sv; N. ROBINS, "The EU structural funds and environmental policy", *European Trends*, London, N° 1, 1994, p. 95.

217. Trib. Prem. Inst, aff. T-461/93, 23 septembre 1994, *An Taisce - The National Trust for Ireland e. a. c. Commission*.

en Espagne. Les juridictions communautaires seront ainsi appelées à trancher ces affaires où le principe d'intégration est concrètement mis en cause.

Par ailleurs, la Communauté n'a pas hésité à promouvoir une politique de développement régional par des subsides spécifiques à la protection de l'environnement. Deux règlements témoignent de cet effort. Le premier, le règlement (CEE) n° 1973/92 du Conseil portant création d'un instrument financier pour l'environnement prévoit des moyens financiers pour la protection des habitats naturels et des projets pilotes en matière de dépollution. Le second, le règlement (CEE) n° 1164/94 instituant le fonds de cohésion pris en application de l'article 130D, al. 2 du Traité prévoit un fonds qui contribue financièrement à la réalisation de projets dans le domaine de l'environnement et dans celui des réseaux transeuropéens en matière d'infrastructure et de transport²¹⁸. Cependant, ce dernier fonds relève toute l'ambiguïté de la politique régionale communautaire. Alors que le fonds en question tend en partie à promouvoir la réalisation de projets de protection de l'environnement, il contribue surtout à la construction de nouveaux réseaux routiers internationaux qui ne feront qu'accroître l'utilisation des transports automobiles et la pollution atmosphérique. Aucun effort d'intégration n'est effectué à cet égard, la Commission ne souhaitant pas proposer au Conseil de Ministres une directive sur l'évaluation des incidences des programmes de communication et de transport.

D. Les transports

En vertu du nouvel article 3, f du traité instituant la Communauté européenne, l'action de la Communauté européenne comporte, entre autres, une politique commune dans le domaine des transports. Le titre IV du traité est entièrement consacré à cette politique. Aucune des dispositions de ce titre ne font expressément référence à la protection de l'environnement. Jusqu'au 5ème programme d'action, l'impact de la politique des transports sur la protection de l'environnement n'avait fait l'objet que de peu d'attention. Cette récente prise de conscience ne doit pas pour autant masquer les nombreuses directives qui ont été adoptées dans le domaine de la pollution atmosphérique et de la lutte contre les nuisances acoustiques. Celles-ci ont permis une amélioration sensible des performances environnementales de différents modes de transports²¹⁹. Par ailleurs,

218. J.O.C.E., L 130 du 25 mai 1994.

219. Voyez à cet égard les directives 70/220/CEE du Conseil du 20 mars 1970 concernant la pollution de l'air par les véhicules à moteur, modifiée en dernier lieu par la directive 91/441/CEE; 72/306/CEE du Conseil du 2 août 1972 concernant les émissions de polluants provenant des moteurs diesel destinés à la propulsion des véhicules, modifiée en dernier lieu par la directive 91/542/CEE; la directive 70/157/CEE du Conseil du 6 février 1970 concernant le niveau sonore des véhicules à moteur, modifiée en dernier lieu par la directive 87/354/CEE; la directive 89/235/CEE du Conseil concernant le niveau sonore admissible des motocycles: la

l'emprise des infrastructures de transport se trouve également appréhendée en droit communautaire dérivé par la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement qui prévoit une étude d'incidences obligatoire pour la construction des autoroutes; des voies rapides, des voies pour le trafic à grande distance des chemins de fer ainsi que des aéroports. L'adoption de cette directive a marqué une étape importante dans le sens d'une intégration effective de la dimension environnementale dans les décisions relatives à l'organisation de certaines infrastructures de transport.

Le 5ème programme d'action range parmi les cinq secteurs cibles, la politique des transports. L'on y souligne que *"les tendances actuelles dans le secteur des transports dans la Communauté mènent un surcroît d'inefficacité, de congestion, de pollution, de gaspillage de temps et d'argent, d'atteinte à la santé, de menace contre la vie; elles entraînent dans tous les cas des pertes économiques. La demande de transport et le trafic s'intensifieront encore sous l'effet de l'achèvement du marché intérieur et de l'évolution en cours chez nos voisins en Europe centrale et orientale"*²²⁰. Les auteurs du 5ème programme plaident pour une stratégie de la *"mobilité durable"* pouvant combiner plusieurs mesures notamment celles visant l'amélioration des performances environnementales de différents modes de transports, d'une part et le rééquilibrage de la demande de transport, en l'orientant vers des modes plus respectueux de l'environnement, d'autre part²²¹.

Parallèlement à l'adoption du 5ème programme, la Commission a publié en février 1992 un livre vert intitulé *"Impact des transports sur l'environnement : une stratégie communautaire pour un développement de transports respectueux de l'environnement"*²²² ainsi qu'un livre blanc concernant *"le développement futur de la politique commune des transports; approche globale pour la détermination d'un cadre communautaire garant d'une mobilité durable"* afin de susciter un large débat sur ce thème²²³.

Si ces différentes mesures s'avèrent nécessaires, elles risquent malheureusement de s'avérer insuffisantes²²⁴. La politique communautaire des transports fait face, en effet, à

directive 80/51/CEE du Conseil du 20 décembre 1979 relative à la limitation des émissions sonores des aéronefs subsoniques, modifiée par la directive 83/206/CEE du Conseil du 21 avril 1983, qui adoptent des règles concernant la pollution de l'air par les véhicules à moteur, par les moteurs diesel, le nouveau sonore des véhicules à moteur, le niveau sonore des motocycles, l'émission sonore des aéronefs subsoniques.

220. Cinquième programme, point n° ...

221. Ph. RENAUDIERE, "Environnement, concurrence et transport : vers l'intégration", *Journal des tribunaux européens*, 1994, p. 8.

222. COM (92) 46 final du 20 février 1992.

223. COM (92) 494 final du 2 décembre 1992.

224. D. BALDOCK, *op. cit.*, p. 31 et Ph. RENAUDIERE, *op. cit.*, p. 8.

des difficultés fondamentales. La réalisation du Marché unique risque de provoquer une augmentation considérable des mouvements de circulation au sein de la Communauté européenne qui aurait pour effet de rendre insignifiants les progrès accumulés sur le plan technologique grâce au recours des instruments normatifs classiques imposant des obligations strictes dans le domaine de la pollution atmosphérique et de la lutte contre le bruit. En outre, la libéralisation projetée des marchés du transport et les plans de relance économique par le biais du développement d'infrastructures de transport transnational risquent d'avoir des effets environnementaux tout simplement considérables. Quant à l'évaluation des incidences, ce régime porte sur des projets particuliers et non pas sur les politiques de transport. Ici également la démarche réglementaire s'avère trop spécifique et n'appréhende pas la globalité du problème.

Dès lors, l'approche réglementaire classique ne permettra pas de juguler l'apparition de nouveaux dommages environnementaux. En vue d'adoucir la relation tendue entre la protection de l'environnement et la politique des transports, la Commission a décidé de recourir à des instruments économiques afin que les coûts environnementaux engendrés par le secteur des transports se traduisent également dans les prix applicables. Dans cette veine, la Commission a adopté une proposition de directive visant à assurer l'imputation des coûts d'infrastructures de transport aux véhicules utilitaires, en l'occurrence aux poids lourds²²⁵. Cette proposition de directive indique une fois de plus la préférence donnée à l'utilisation d'instruments basés sur le fonctionnement du marché, par rapport à des mesures de type autoritaire²²⁶.

E. L'énergie

La production et la consommation d'énergie ont des conséquences environnementales importantes : effet de serre, changements climatiques, appauvrissement de la couche d'ozone stratosphérique, pluies acides, smog photosynthétique, ...

Malgré les progrès considérables réalisés en l'espace de ces deux dernières décennies dans le domaine de la lutte contre la pollution atmosphérique, les auteurs du 5ème programme constatent *"une aggravation croissante des problèmes globaux. Le défi*

225. Proposition de directive du Conseil relative à l'imputation des coûts des infrastructures de transport à certains véhicules utilitaires - COM (92) 405 finale du 30.09.1992.

226. En ce sens, Ph. RENAUDIERE, *op. cit.*, p. 8.

*auquel on doit faire face est celui de concilier la croissance économique, l'efficacité et la sécurité énergétiques et la salubrité de l'environnement"*²²⁷.

A tout point de vue, des convergences existent entre les objectifs poursuivis par les responsables de la politique de l'environnement (DG XI) et les responsables de la politique énergétique (DG XVII). En essayant d'améliorer l'efficacité énergétique, les programmes menés dans le cadre de la politique énergétique ont des incidences favorables sur la protection de l'environnement. En sens inverse, l'obligation imposée aux entreprises de respecter des normes de protection de l'environnement les oblige à recourir à des technologies réduisant la consommation de combustibles à teneur élevée de carbone ou de soufre et favorise par conséquent l'efficacité énergétique. De nombreux documents de travail ont été élaborés en vue d'améliorer les synergies entre les deux politiques²²⁸.

L'objectif le plus ambitieux de la Commission dans ce domaine fut de soumettre une proposition de directive au Conseil concernant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie. Cette proposition a provoqué une levée de bouclier de la part de certains milieux industriels qui craignent de voir leur position concurrentielle internationale affectée par l'augmentation du coût des produits énergétiques qu'une telle taxe provoquerait. A ce jour, un groupe de travail à haut niveau continue à plancher sur cette proposition de directive. Toutefois, rien ne laisse présager une adoption rapide de cette directive tant que les Etats-Unis et le Japon n'auront pas adopté des régimes fiscaux allant dans le même sens. L'on observe qu'ici encore, le recours à des mécanismes économiques non contraignants est privilégié au détriment des instruments réglementaires classiques. L'on observera aussi que le principe d'intégration rencontre en la matière des limites dues à la mondialisation de l'économie, l'Europe communautaire se disant incapable de prendre les devants dans la lutte contre la pollution atmosphérique.

Il n'en demeure pas moins que la ratification par la Communauté européenne de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques adoptée à New York le 9 mai 1992 devrait à moyen terme favoriser les synergies entre les deux politiques.

F. La coopération au développement

²²⁷ 5e programme. n° 21.

²²⁸ "Energie et environnement" (COM (89) 369); "Une stratégie communautaire pour limiter les émissions de dioxyde de carbone et pour améliorer l'efficacité énergétique" (COM (91) 1744).

Alors que les Conventions de Lomé I et II ne faisaient aucune allusion à la protection de l'environnement, la Convention de Lomé III (1983) a reconnu qu'il s'agissait là d'un des aspects de la coopération entre les deux parties. Il a toutefois fallu attendre la quatrième Convention ACP-CEE signée à Lomé le 15 décembre 1989²²⁹ pour que la protection de l'environnement soit reconnue comme un des concepts clés du développement durable.

Différentes dispositions de cette convention reconnaissent que la conservation des ressources naturelles constitue un des éléments fondamentaux de la coopération entre la Communauté européenne et les pays ACP. En vertu de l'article 4 de la Convention, la coopération ACP-CEE appuie les efforts des Etats ACP en vue d'un développement global autonome et auto-entretenu fondé notamment sur leurs ressources naturelles. Dans la perspective d'un développement économique plus équilibré et plus autonome des Etats ACP, l'article 6 de la Convention prévoit que des efforts particuliers seront consacrés pour promouvoir entre autres la gestion rationnelle des ressources naturelles. En vertu de l'article 14 de la Convention, *"La coopération implique une responsabilité solidaire pour la préservation du patrimoine naturel. Elle attache notamment une importance particulière à la protection de l'environnement et à la préservation et à la restauration des équilibres naturels dans les Etats ACP. En conséquence, les actions de coopération sont conçues, dans tous les domaines, de façon à rendre compatible des objectifs de croissance économique avec un développement respectueux des équilibres naturels, propre à assurer des effets durables au service de l'homme"*.

L'on notera que le premier titre de la deuxième partie concernant *"Les domaines de la coopération ACP-CEE"* est entièrement consacré à l'environnement (articles 33 à 41). En vertu de l'article 33, *"La protection et la mise en valeur de l'environnement et des ressources naturelles, l'arrêt de la dégradation du capital foncier et forestier, le rétablissement des équilibres écologiques, la sauvegarde des ressources naturelles ainsi que leur exploitation rationnelle sont des objectifs fondamentaux que les Etats ACP concernés s'efforcent d'atteindre avec l'appui de la Communauté, en vue d'améliorer dans l'immédiat les conditions de vie de leur population et de sauvegarder celle des générations à venir"*. Les Etats ACP ainsi que la Communauté reconnaissent que certains Etats ACP sont menacés dans leur existence même par une dégradation rapide de leur environnement qui contrecarre tout effort de développement (article 34).

L'ampleur du phénomène et celle des moyens à mettre en oeuvre impliquent que les actions à réaliser s'inscrivent dans des politiques d'ensemble, de longue durée, conçues et

229. JOCE, n° L 229 17.8. 1991, p. 1.

appliquées par les Etats ACP sur le plan national, régional et international dans le cadre d'un effort de solidarité internationale. A cette fin, les deux parties à la Convention conviennent de privilégier trois types d'approches :

- "- une approche préventive, soucieuse de parer aux conséquences négatives sur l'environnement de tout programme ou action;*
- une approche systématique garantissant la validité écologique à tous les stades, de l'identification à la réalisation;*
- une approche transsectorielle s'intéressant aux conséquences tant directes qu'indirectes des actions entreprises" (article 35).*

En outre, à l'article 36, on juge que la protection de l'environnement et des ressources naturelles nécessite une démarche globale incluant la dimension sociale et culturelle.

Plus concrètement, l'article 37 prévoit que les instruments de coopération, adaptés à la problématique de la protection de l'environnement seront élaborés et mis en oeuvre.

Toutefois, l'on observera que la seule disposition contraignante en matière d'environnement couvre uniquement le domaine des déchets. En vertu de l'article 39 de la Convention, la Communauté s'est engagée à interdire toute exportation directe ou indirecte de ces déchets dans les Etats ACP tandis que, simultanément, les Etats ACP interdisent l'importation directe ou indirecte, sur leur territoire de ces mêmes déchets en provenance de la Communauté ou de tous autres pays, sans préjudice des engagements internationaux et spécifiques auxquels les parties contractantes ont souscrit ou peuvent souscrire à l'avenir dans ces deux domaines dans les enceintes internationales compétentes.

SECTION III. ENSEIGNEMENT SUR LE RÔLE DU PRINCIPE D'INTÉGRATION DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ENVIRONNEMENT

§ 1. La reconnaissance de l'exigence d'intégration

L'Acte unique européen a élevé le principe d'intégration au rang des principes fondamentaux qui doivent guider l'action communautaire en matière d'environnement. La reconnaissance de ce principe confirme la lente mais constante montée en puissance des

exigences environnementales dans le droit communautaire. Il constitue également l'un des prolongements les plus visibles du concept de développement durable.

Aucune limite n'est fixée à son champ d'application. Il s'applique dès lors à toutes les politiques communautaires. Comme nous l'avons vu dans la section précédente, les effets pratiques de la mise en oeuvre de ce principe se font sentir²³⁰.

En raison de son libellé vague, il paraît cependant difficile d'exercer un contrôle de légalité sauf dans des cas exceptionnels où un acte litigieux adapté dans le cadre d'une autre politique communautaire n'aurait pas du tout pris en compte des aspects environnementaux alors que les incidences de cet acte sur l'environnement étaient connues.

Le principe d'intégration apparaît avant tout comme une idée régulatrice conduisant à une meilleure prise en compte de la politique de l'environnement au sein des autres politiques sectorielles.

§ 2. Les écueils rencontrés lors de la mise en oeuvre du principe

Il n'en demeure pas moins que l'intégration des exigences environnementales dans les autres politiques communautaires continuera probablement à s'échouer encore pendant longtemps devant un nombre impressionnant d'écueils.

Le premier tient au fait que la Communauté européenne s'est avant tout construite sur un principe d'intégration économique. Les préoccupations de protection de l'environnement sont récentes et ne semblent pas suffisamment consistantes pour modifier radicalement les orientations économiques prises depuis plusieurs décennies. L'évolution du droit communautaire dérivé recèle à cet égard un grand nombre d'ambiguïtés. Le fossé

230. L'on peut en effet s'interroger sur l'éventuel effet transversal que le principe d'intégration peut faire jouer sur les autres principes du droit de l'environnement. En effet, en quoi les autres politiques de la Communauté, telles que, par exemple, la politique agricole et la politique régionale, sont-elles tenues de respecter des principes, tels le pollueur-payeur qui, *prima facie*, ne s'appliquent qu'à la seule politique de l'environnement 230 ? Cette question demeure relativement controversée en raison du libellé quelque peu ambigu de l'article 130 R, § 2. Le principe d'intégration des "*exigences en matière de l'environnement*" dans les autres politiques de la Communauté suit l'énumération des trois principes devant fonder l'action de la Communauté en matière d'environnement sans y faire expressément référence. Est-ce à dire que les "*exigences*" en question se réfèrent aux seuls objectifs poursuivis par la Communauté européenne en matière d'environnement et non pas aux principes devant conditionner la mise en oeuvre de cette action ? Nous ne le pensons pas. Lesdits principes font partie intégrante de la politique communautaire de l'environnement et doivent, de la sorte, de manière directe ou indirecte, être pris en compte dans le cadre des autres politiques.

entre la rhétorique et la pratique semble encore particulièrement large. Comme nous l'avons vu précédemment, les nouvelles orientations données à la politique agricole ne s'expliquent pas par des considérations environnementales mais plutôt par des contraintes budgétaires. La Communauté européenne ne peut plus en effet supporter un tel fardeau. En même temps que la Communauté se propose de réduire les émissions de CO₂, la Commission européenne se propose de remédier à la crise économique en finançant la construction des dizaines de milliers de kilomètres d'autoroutes alors que l'on sait pertinemment bien que celles-ci contribueront au découpage des derniers espaces naturels préservés et contribueront à l'accroissement de la pollution atmosphérique. Toujours dans la même veine, la politique du marché intérieur est orientée vers une augmentation des échanges des biens et de services entre les différents Etats membres. Cette option aura pour effet d'augmenter considérablement la consommation des matières premières sans que l'on s'efforce de trouver des solutions pour réutiliser les biens consommables.

Le second tient à la décentralisation découlant du principe de subsidiarité. En ce qui concerne le contrôle des fonds structurels, il a souvent été avancé qu'il était antinomique de vouloir renforcer les contrôles des dépenses alors qu'au même moment l'on tentait de confier de plus grande responsabilités aux Etats membres et à leurs composantes quant à la gestion de ces fonds²³¹.

La multiplicité des domaines affectés par l'environnement rend difficilement possible la création d'un centre unique de décision. Les matières concernant l'environnement resteront éclatées entre les compétences de différentes administrations. Seul le développement de structures interdépartementales à vocation générale ou à vocation spécialisées est susceptible de donner une certaine substance au principe d'intégration²³². A défaut de la mise en place d'une telle structure et de procédure de contrôle, l'application du principe est largement conditionnée par la bonne volonté des autres administrations de la Communauté.

Ces quelques exemples illustrent les limites rencontrées par le principe d'intégration. Perçu comme un simple slogan politique, comme un succédané de bonnes intentions, il risque fort de rester lettre morte car les autres intérêts socio-économiques prendront souvent le pas.

§ 3. Les remèdes

231. N. ROBINS, op.cit., p. 95.

232. M. PRIEUR, Droit de l'environnement, Précis Dalloz, 2ème éd. , 1991, p. 143.

En raison de l'importance des écueils rencontrés, il convient d'examiner s'il n'existe aucun moyen pour renforcer la prise en compte de ce principe. Nous nous proposons d'ouvrir quelques pistes de réflexion.

Le principe d'intégration appelle la mise en place d'une structure ad hoc qui devrait veiller à aplanir les conflits entre des objectifs divergents. Des procédures de contrôle doivent être également instituées pour éviter que la mise en oeuvre d'autres politiques viennent à compromettre les objectifs de la politique communautaire de protection de l'environnement. Ceci devrait entraîner un certain nombre de bouleversements dans les habitudes administratives.

L'intégration passe également par une plus grande concertation avec les secteurs intéressés (organes consultatifs avec la participation de personnes extérieures). A cet égard, l'on notera la création d'un comité consultatif auprès de la Commission.

Le principe devrait également favoriser les convergences possibles entre les objectifs de différentes politiques. L'efficacité énergétique va de pair avec une réduction de la pollution atmosphérique, l'extensification de la production agricole assurant la conservation des habitats semi-naturels ainsi qu'au recours à des meilleures technologies renforçant la position concurrentielle de l'entreprise. Ces différents exemples indiquent que les politiques sont loin d'être antinomiques. La protection de l'environnement peut et doit même être poursuivie, comme l'a confirmé la Cour de justice dans différents arrêts, dans le cadre des politiques les plus appropriées.

Ne convient-il pas également de renforcer le contrôle juridictionnel des actes communautaires au regard du principe d'intégration ? Tel est justement l'enjeu de différents recours introduits par des associations de protection de l'environnement contre des décisions de la Commission accordant des subsides à la réalisation de projets aux conséquences environnementales négatives. Comme nous l'avons vu, le principe d'intégration est loin d'être dépourvu d'incidences juridiques au niveau du contrôle réglementaire. La Cour de justice a rejeté différents recours qui avaient comme objet l'annulation d'un acte communautaire au motif que sa base juridique devait être l'article 130S sur lequel se fonde les actions en matière d'environnement et non pas une autre base juridique prévue par le traité²³³. La Cour de justice a jugé que le principe d'intégration *"implique qu'une mesure communautaire ne saurait relever des dispositions de l'article 130S en raison du seul fait qu'elle poursuit également des objectifs de protection de*

233. C.J.C.E., 29 mars 1990, aff. C- 62/88, République hellénique c. Conseil; 11 juin 1989, aff. C-300/89, Commission c. Conseil; aff. C-70/88, Parlement européen c. Conseil; aff. C-405/92, Mondiet C. Armement Islais).

l'environnement".. Elle a ainsi admis que des actes fondés sur l'article 43 (politique agricole commune), 100A (marché intérieur), 113 (politique commerciale), 31 Euratom (nucléaire) pouvaient valablement avoir des objectifs de protection de l'environnement.

En guise de conclusion, bien des progrès restent à accomplir. Mais la question la plus fondamentale reste à savoir si un organe d'intégration économique est susceptible de modifier sa structure.

CONCLUSIONS DU TITRE Ier

Les auteurs de l'Acte unique européen ont profité de l'insertion dans le traité de Rome d'un chapitre uniquement consacré à l'environnement pour énoncer cinq principes fondamentaux. Fait unique dans le droit communautaire, des principes sont repris dans le cadre d'une politique bien déterminée. Ils ne sont pas le produit d'une quelconque alchimie juridictionnelle mais d'une volonté politique bien ferme. Toutefois, la première impression qui se dégage est celle d'une relative hétérogénéité. A première vue, l'édifice semble être supporté par des principes aux contours mal définis. Les emprunts sont opérés auprès d'autres systèmes juridiques, tantôt auprès du droit international de l'environnement, tantôt auprès de certains droits nationaux des Etats membres. Les rapports qu'entretiennent les principes du droit de l'environnement avec les autres principes paraissent tout aussi obscurs.

Force est cependant de constater que cette hétérogénéité est toute relative. Un véritable fil conducteur unit les cinq principes du droit de l'environnement et nous espérons avoir pu convaincre le lecteur. Le principe du pollueur-payeur conditionne le principe de prévention qui renvoie lui-même à trois principes : la précaution, la correction à la source et l'intégration. Les principes permettent ainsi de baliser tous les aspects de la politique de l'environnement. Ils en forment l'ossature. Tous les mécanismes juridiques trouvent appui sur lesdits principes. Souvent, des sous-principes viennent en étayer le contenu : la prévention se combine avec le principe du seuil, la précaution avec le principe de l'évaluation du risque. La ligne de démarcation n'est peut-être pas toujours facile à tracer entre les différents principes. Le principe de prévention englobe à la fois certains aspects du principe du pollueur-payeur et du principe de précaution.

TITRE II
ESSAI DE CARACTERISATION DES PRINCIPES DU DROIT DE
L'ENVIRONNEMENT

INTRODUCTION

Sans avoir eu la prétention d'être exhaustif, nous tentâmes dans le premier titre, de cerner la genèse et le contenu de plusieurs principes du droit de l'environnement. Il s'agissait là d'un véritable travail de défrichage, ingrat mais indispensable à la délimitation de notre champ d'investigation. Si cette première partie de l'étude a mis en lumière le succès croissant que ces normes d'un genre nouveau rencontraient tant en droit international, en droit communautaire que dans différents droits nationaux, elle n'a pas pour autant dissipé l'aura de mystère qui les entoure. Le propos n'était pas de s'attacher à dévoiler leur véritable nature juridique. Cette question nous a paru à ce point délicate que nous jugeâmes bon de l'aborder séparément. Mais est-il bien sage de définir de tels principes? Qu'il s'agisse de leur origine, de leur formulation, de leur support ou de leur place dans la hiérarchie des normes, ils représentent un véritable défi à tout effort de classification. Ils se rencontrent en effet dans des ordres juridiques fort distincts, sont repris dans des instruments juridiques qui ne sont pas nécessairement comparables et s'ils épousent certaines fonctions des principes généraux du droit, ils se différencient d'eux sur de nombreux points. Tout porterait ainsi à croire que notre recherche relève de la gageure. Il nous a pourtant semblé possible de cerner à partir des différents principes que nous avons osculté, une série de traits communs qui permettraient non seulement de les différencier des autres types d'instruments juridiques mais également de saisir leur véritable nature. Pour y parvenir, nous avons jugé bon de les appréhender successivement sous leur angle organique, formel, matériel et fonctionnel. Ces différentes angles d'approche feront apparaître que ces principes constituent de normes à part entière occupant une place spécifique au sein du système juridique. L'obscurité qui les entoure ne sera certes pas tout à fait dissipée, mais un pas important aura au moins été franchi en ce qui concerne l'élucidation de leur nature juridique.

CHAPITRE IER.

REFLEXIONS LIMINAIRES SUR LA NATURE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Afin d'éviter toute équivoque sur la nature de ces principes, nous avons d'abord décidé de procéder d'emblée par exclusion. Il nous a en effet paru opportun de rappeler que les principes que nous étudions ne sont ni des règles impératives ni des principes généraux du droit ni des standards juridiques.

SECTION I. -LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT NE SONT PAS DES REGLES IMPERATIVES

La distinction entre les principes et les autres règles de droit positif n'est pas nouvelle⁽²³⁴⁾. Elle a en tout cas donné lieu à un important débat en théorie générale du droit. Il nous a semblé utile de rappeler ici les thèses en présence dans la mesure où celles-ci pourraient éclairer comment les principes du droit de l'environnement se différencient des règles impératives. L'on retiendra tout d'abord les analyses de R. Dworkin qui a mobilisé les principes pour porter l'assaut contre certaines théories qualifiées de positivistes développées notamment par Hart ⁽²³⁵⁾. Selon lui, lorsque ses conditions d'application sont remplies, la règle de droit positif commande directement une solution juridique. En revanche, les principes ne s'appliquent pas selon cette modalité du «tout ou rien». Ceux-ci se bornent en effet à donner au juge une raison qui milite en faveur de tel type de solutions sans pour autant prendre l'allure d'une norme contraignante. Ainsi, de façon quelque peu caricaturale, les règles de droit positif pourraient être qualifiées de «petits dictateurs» alors que les principes apparaîtraient plutôt comme des «conseillers» étant donné qu'ils n'ont pas de

²³⁴ Nous parlerons ici indifféremment de règle ou de norme juridique, tout en opposant les "principes" aux normes ou aux règles juridiques contraignantes.

(235) R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Londres, 1977 et «Le positivisme», *Droit et société*, 1985, n° 1, p. 31.

conséquence juridique immédiate ou instantanée⁽²³⁶⁾. Cette première différence implique, toujours selon Dworkin, une autre distinction. Les principes ont en effet une dimension dont les règles de droit positif sont dépourvues. Ils ont un poids variable que les règles n'ont pas. En cas de conflit entre les principes, le juge sera guidé par le principe qu'il estimera avoir plus de poids par rapport aux principes concurrents. Une telle démarche est impossible en ce qui concerne les règles de droit positif qui s'appliquent ou ne s'appliquent pas au cas d'espèce.

Cette thèse a fait l'objet de nombreuses critiques. Parmi celles-ci, l'on retiendra celle de Raz qui a mis en exergue que des règles juridiques concurrentes sont susceptibles de s'appliquer à une situation unique et que, par conséquent, des conflits peuvent aussi éclater entre les règles de droit positif ⁽²³⁷⁾. Cet auteur estime par ailleurs que si les principes peuvent se caractériser par un certain poids, il en va de même des règles juridiques puisque certaines d'entre elles (par exemple, les règles d'ordre public) sont susceptibles d'avoir plus de poids que d'autres. Raz estime que pour identifier les principes, il convient de recourir à d'autres critères tels que le degré d'abstraction de la norme. Le principe commande des actions indéterminées alors que les règles de droit positif déterminent des actes spécifiques. La distinction reposerait donc sur une différence de degré entre les uns et les autres. En outre, toujours selon Raz, tant qu'ils sont susceptibles de couvrir un nombre indéterminé d'hypothèses, les principes peuvent incorporer dans le système juridique un certain nombre de valeurs que les règles de droit positif ne peuvent pas consacrer comme telles.

Qu'en est-il des principes du droit de l'environnement? Il s'agit ici, comme nous l'avons vu ci-dessus, de normes bien ancrées dans le droit positif dès qu'elles viennent à être consacrées dans des textes juridiques. Mais que l'on ne s'y trompe pas. Le fait qu'ils soient insérés dans des textes normatifs ne signifie pas pour autant qu'il s'agit là de normes dont la nature juridique serait semblable à celle des normes impératives qu'elles vont cotoyer. La différence entre

(236) R. DWORKIN, «The Model of Rules I»,

(237) Voyez notamment J. RAZ, «Legal Principles and the Limits of the Law», Yale L.J., 1972, p. 823.

les principes et les normes impératives doit tout d'abord s'apprécier sur le plan de la détermination⁽²³⁸⁾.

D'un côté, nous avons affaire à des normes qui en raison de leur degré de précision, ne laissent que peu d'appréciation quant à leur application. Les hypothèses qu'elles règlent sont déterminées avec exactitude notamment par la rigueur des termes juridiques qui implique que l'on réduise la polysémie du langage ordinaire⁽²³⁹⁾. Parce qu'elles sont précises et univoques, elles prescrivent, prohibent ou autorisent. Elles peuvent pour cette raison être qualifiées d'impératives ou de contraignantes. Elles génèrent de la prévisibilité, c'est-à-dire la capacité de déduire à partir d'une seule norme, un nombre infini de solutions semblables⁽²⁴⁰⁾. Elles garantissent de la sorte la sécurité juridique. De même, rien n'empêche en raison de leur détermination que leur violation soit sanctionnée. La nature très réglementaire du droit de l'environnement confirme la nécessité d'un grand degré de précision dans la formulation des normes. Que l'on songe ici aux normes de produit, d'exploitation ou de rejets, elles établissent avec exactitude les seuils à respecter par le producteur, le maître d'ouvrage ou l'exploitant.

A l'autre extrémité de l'échelle, se retrouvent les normes au contenu indéterminé ou faiblement déterminé⁽²⁴¹⁾. Parmi celles-ci, les principes occupent une place importante. Parce qu'ils sont conçus pour régler des situations à la fois complexes et hétérogènes⁽²⁴²⁾, ils se caractérisent par un moins grand degré de détermination ou, en d'autres termes, un plus grand degré de généralité. Ces principes donnent plus des indications sur la marche à suivre qu'ils ne prescrivent de véritables obligations. Ils se comportent comme des "conseillers"⁽²⁴³⁾ car ils posent des jalons, ils

²³⁸Cette question sera approfondie à la section 3 du chapitre 3 du présent titre.

²³⁹M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 121.

²⁴⁰Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible...", *op.cit.*, p. 268.

²⁴¹M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 121.

²⁴²Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible...", *op.cit.*, p. 268.

²⁴³ Comme le souligne R. Dworkin, les principes ont comme vocation de donner un certain nombre de fils directeurs qui permettront à l'interprète d'opter pour une solution juridique rationnelle au regard de la cohérence du système juridique. Cf. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 24.

mettent en place un "fléchage" en vue de guider l'interprète dans le dédale des textes. Il va dès lors de soi que l'on ne peut en dégager des obligations claires et précises. Leurs effets juridiques ne sont pas immédiats mais diffus. Alors que la règle de droit contraint parce qu'elle ne laisse aucune latitude quant à son application, le principe en droit de l'environnement est plus flexible car ses destinataires conservent en permanence une importante marge discrétionnaire pour assurer sa mise en oeuvre. Ils ne peuvent contraindre leurs destinataires à adopter ou à prohiber un type de comportement déterminé comme pourrait le faire les normes impératives. Seules les règles précises et univoques qui seront prises dans leur sillage, garantiront leur efficacité .

La distinction peut aussi s'apprécier au niveau du champ d'application de ces deux catégories de normes⁽²⁴⁴⁾. Alors que la règle de droit impérative est «dictée en vue d'une situation juridique déterminée», le principe en droit de l'environnement est, en raison de son faible degré de détermination, susceptible de s'adresser à un nombre très variable d'hypothèses juridiques. Leur très large champ d'application est également accentué étant donné qu'ils chapeautent l'ensemble des réglementations environnementales. Par conséquent, les principes sont des normes d'un type spécial qui, à la différence des règles impératives, englobent un nombre indéterminé d'hypothèses.

Il faut enfin, noter que la détermination des normes impératives est intrinsèque au système juridique alors que les principes ne peuvent être compris qu'en étant mis en rapport avec une normativité extra-juridique. Pour cette raison, ils se situent dans les marges du droit positif, en d'autres termes à la lisière des normes impératives. Il en résulte que si le droit de l'environnement se compose en grande partie de prescriptions précises et univoques, celles-ci doivent être comprises et appliquées à la lumière d'un ensemble d'orientations plus générales, plus flexibles et, aussi, plus fondamentales exprimées sous la forme de principes⁽²⁴⁵⁾.

²⁴⁴Cette question sera approfondie à la section 2 du chapitre 3 du présent titre.

²⁴⁵Ce point de vue est d'ailleurs confirmé par la théorie générale du droit. Cf. P. PESCATORE, Introduction au système juridique, Luxembourg, 1960, p. 198, n° 190.

Il n'en demeure pas moins que les règles impératives tout comme les principes sont bien des normes juridiques mais leur degré de détermination diffère sensiblement. Cette distinction peut être illustrée en confrontant deux types de dispositions énoncées dans le traité de la Communauté européenne, les articles 30 et 34 consacrant la libre circulation des marchandises et le principe de réduction de la pollution à la source énoncé à l'article 130R du même traité.

Les articles 30 et 34 du traité de la Communauté européenne sont considérés comme constituant les fondements du principe de la libre circulation des marchandises, principe essentiel de la construction européenne. L'on peut parler ici d'un principe fondamental du droit communautaire qui se distingue à maints égards des principes du droit de l'environnement. Le principe de la libre circulation des marchandises est dégagé de deux dispositions interdisant expressément aux Etats membres d'établir entre eux des restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation de marchandises ainsi que toute mesure d'effet équivalent. L'interdiction est catégorique. Elle ne peut souffrir aucune exception, sauf si les Etats membres justifient leurs mesures restrictives en faisant appel à l'article 36 du traité ou à la jurisprudence relative aux exigences impératives d'intérêt général, dérogations qui sont interprétées restrictivement par la Cour de justice. Ces articles ont, par ailleurs, un effet direct puisqu'ils énoncent des règles claires et précises au bénéfice des justiciables.

En revanche, le principe de réduction de la pollution à la source inscrit à l'article 130R du traité ne prescrit pas ou n'interdit pas une action déterminée. Il n'énonce aucune prérogative directement applicable. Il n'a pas d'effet direct. Toutefois, l'absence de caractère contraignant ne signifie pas qu'aucun effet juridique ne puisse lui être attaché. Malgré son faible degré de détermination, ce principe va bel et bien agir comme une norme juridique et non pas comme une simple déclaration à caractère politique⁽²⁴⁶⁾. Il va en effet conditionner l'administration chargée d'appliquer les règles

²⁴⁶C'est à tort, selon nous que certains auteurs considèrent que les principes du droit de l'environnement constituent des "déclarations de principe à portée générale, sans grande existence, juridiquement". Cf. L. LANOY, op.cit, p. 6.

environnementales et le juge devant interpréter celles-ci à procéder à une double lecture. Dans un premier temps, ceux-ci devront examiner la possibilité d'appliquer la règle de droit positif au cas d'espèce. Dans un second temps, ils devront éclairer la portée de cette règle à la lumière du principe. Le principe peut alors venir confirmer la nécessité d'appliquer la règle de droit positif. Il peut aussi en atténuer la sévérité. Cette méthode a notamment été suivie par la Cour de justice dans son arrêt *Déchets wallons*. Dans un premier temps, la Cour a examiné si la réglementation wallonne prohibant l'importation de déchets sur le territoire de cette région tombe sous le coup de l'article 30 du traité. Elle réfute l'argument du Gouvernement belge qui estimait que les déchets n'étaient pas des marchandises et ne tombaient pas sous le coup de l'article 30. Elle vérifie ensuite si la mesure restreignant les importations de déchets étrangers en Wallonie pouvait relever d'une exigence impérative d'intérêt général en vertu de la jurisprudence *Cassis de Dijon*. Elle constate alors que la mesure n'est pas indistinctement applicable aux déchets nationaux comme aux déchets étrangers puisqu'elle ne vise que ces derniers. Elle atténua cependant la rigueur de sa jurisprudence en recourant au principe de réduction de la pollution à la source. Ce principe lui permit de valider le recours aux exigences impératives d'intérêt général concernant la protection de l'environnement et d'écarter, par conséquent, l'application de l'article 30 du traité aux mesures préventives adoptées par la Région wallonne. La Cour de justice n'a pas fait prévaloir le principe environnemental sur le principe de libre circulation des marchandises, mais a amplifié la portée des dérogations à l'article 30 en procédant une lecture originale de la condition relative au caractère indistinctement applicable de la mesure litigieuse. Il en ressort que le principe de réduction de la pollution à la source ne s'oppose pas directement à l'application de l'article 30 du traité mais qu'il permet d'arrondir les angles de cette disposition dans le domaine particulier de la circulation des déchets. Ainsi, tout en étant dépourvu de l'élément de contrainte inhérent aux articles 30 et 34, ce principe du droit de l'environnement permet de conditionner leur interprétation.

Certes, des principes se donnent parfois l'allure d'obligations plus claires et plus précises. Ils se situent sans doute entre les deux

extrêmes que constituent les normes impératives authentiques et les norme indéterminées. Nous songeons ici à deux principes repris dans le traité C.E. : le principe de haut niveau de protection de l'environnement ainsi que le principe d'intégration.

En exigeant à l'article 130S que les normes de droit dérivé adoptées dans le domaine de l'environnement doivent atteindre un haut niveau de protection de l'environnement, le traité énonce une obligation catégorique. En aucun cas, le niveau de protection d'une directive, d'un règlement ou d'une décision adoptée sur base de l'article 130 peut être inexistant, faible, voire même intermédiaire. De tels actes seraient pris en violation de cette disposition et pourraient, en principe, être annulés par la Cour de justice des Communautés européennes. Mais la portée contraignante de ce principe est à tout le moins discutable. L'on observera en effet que le contenu de l'obligation d'atteindre un haut niveau de protection de l'environnement n'est pas précisé. Ce concept de "niveau élevé de protection de l'environnement" est fort relatif puisqu'il est susceptible d'être interprété différemment en fonction des capacités financières et l'état d'avancement technologique des Etats membres. Ce qui apparaîtra d'un niveau élevé chez l'un, ne le sera pas nécessairement chez l'autre. Le concept est ainsi tributaire d'éléments qui ne relèvent pas d'une analyse objective, mais bien d'une appréciation subjective de l'état d'avancement des réglementations nationales devant être harmonisées et des problèmes que l'on entend résoudre ⁽²⁴⁷⁾. Il sera dès lors difficile d'obtenir l'annulation d'un acte de droit communautaire dérivé qui n'atteindra pas un tel niveau de protection. Un tel principe s'analyse donc comme une norme-guide qui oblige les institutions de la Communauté européenne lorsqu'elles adoptent un acte en matière d'environnement à veiller à ce qu'un niveau élevé de protection soit atteint. Elle est à cheval entre le commandement et la recommandation.

²⁴⁷ Une institution de la Communauté ou un Etat membre qui aurait été mis en minorité au cours du vote au sein du Conseil a, selon nous, la possibilité de poursuivre l'annulation de la norme communautaire litigieuse devant la Cour de justice. Le requérant devrait démontrer que le niveau de protection est manifestement inférieur à ce que l'on pouvait attendre en l'espèce. Il pourra étayer son argumentation au moyen de preuves scientifiques ou en comparant les différentes législations nationales en vigueur.

D'autre part, en imposant que les exigences en matière de protection de l'environnement soient intégrées dans la définition et la mise en oeuvre des autres politiques de la Communauté, le traité pose également une obligation à priori inconditionnelle. En vertu de cette disposition, il ne serait en principe pas possible qu'un acte de droit dérivé adopté dans le cadre des autres politiques communautaires fasse dorénavant fi des exigences de la politique de la protection de l'environnement. Cependant, les problèmes rencontrés se posent dans des termes similaires que pour le principe précédent. A priori, l'obligation est claire : les autres politiques doivent intégrer les exigences de la politique de l'environnement. Toutefois, le degré d'intégration n'est aucunement précisé dans le traité. Une telle obligation peut varier substantiellement en fonction du degré d'ouverture des autres politiques. Dans certains cas, l'intégration sera forte parce que les responsables des autres politiques auront pris conscience des problèmes environnementaux. Dans d'autres cas, elle sera faible, voire même inexistante. L'obligation résultant du principe d'intégration est certes contraignante mais les possibilités d'en exiger un respect strict sont minces.

SECTION II. -LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT NE SONT PAS DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

Il convient également d'éviter toute confusion entre les principes du droit de l'environnement et les principes généraux du droit⁽²⁴⁸⁾, confusion pourtant entretenue par l'adjectif "général" que qui est souvent adjoint aux principes du droit de l'environnement. Nous sommes en effet en présence ici de deux catégories de normes qui n'ont peut-être en commun que le nom de "principes". Des différences marquantes les opposent en ce qui

²⁴⁸L'on entend par cette expression les normes dont les "caractéristiques essentielles sont d'être dégagées par le juge au terme d'une analyse des sources du droit positif en vue d'expliquer, de systématiser, d'ordonner une multitude de règles particulières présentant certaines affinités entre elles en raison de leur nature, de leur objet ou de leur finalité". Cf. P. DE VISSCHER, Recueil de cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1972, T.II, p. 112.

concerne leurs sources, leur champ d'application et leur force juridique.

En premier lieu, les principes généraux du droit s'assimilent à des propositions d'ordre exclusivement conceptuel, tendant à une représentation synthétique et systématique des règles de droit positif. En droit de l'environnement, les principes n'ont pas nécessairement un caractère représentatif des règles de droit positif qu'ils sous-tendent car ils ne sont donc pas là pour décrire ou pour exprimer des règles déjà formulées par le droit positif mais pour fixer des nouvelles balises à l'action des pouvoirs publics. C'est pourquoi, les principes du droit de l'environnement se rattachent, en raison de leur caractère programmatique, au droit écrit tandis que les principes généraux du droit relèvent, en raison de leur caractère représentatif, principalement du droit non écrit⁽²⁴⁹⁾. Le rôle central occupé par le juge dans l'élaboration des principes généraux, n'est en effet pas de mise dans la formulation des principes du droit de l'environnement⁽²⁵⁰⁾. Ces principes apparaissent d'abord dans des recommandations politiques et dans des documents techniques adoptés par des institutions internationales, pour être ensuite repris et étayés dans des instruments juridiques plus contraignants tels que les traités ou les législations nationales. Ils sont donc essentiellement le produit de la volonté d'institutions internationales, de parties contractantes à des conventions internationales et de législateurs nationaux. Ce n'est que par la suite, comme nous le verrons, que le juge va y

²⁴⁹ Les principes généraux du droit sont avant tout connus pour être une émanation du pouvoir judiciaire même si certains ordres juridiques consacrent expressément dans des textes de tels principes. Confronté à des difficultés d'interprétation, le juge a tendance à extraire du droit en vigueur des principes qui, une fois découverts, s'appliqueront pour solutionner le litige. La formulation des principes généraux par le juge a fait l'objet de moult controverses. D'aucuns estiment que les magistrats, en interprétant la volonté du législateur, ne font que constater l'existence implicite de principes dans la législation alors que d'autres considèrent que les juridictions exercent un véritable pouvoir normatif en formulant des principes ex nihilo (sur ces controverses, cf. Ph. GERARD, *Droit, égalité et idéologie*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 12 et sv.). En réalité, le juge ne crée pas de nouveaux principes mais dévoile certains éléments préexistants de l'ordre juridiques qui s'imposent au pouvoir judiciaire au même titre que toute autre disposition législative (En ce sens, W. GANSHOF VAN DER MEERSH, *op.cit.*, p. 567).

²⁵⁰ Certains commentateurs estiment que les principes du droit de l'environnement ne sont pas des principes généraux du droit, parce qu'ils émanent de la loi et n'ont pas été dégagés par la jurisprudence. Cf. L. LANOY, "Réflexions sur la place et la portée des principes généraux du droit de l'environnement", *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2/96, p. 6.

recourir pour éclairer la portée des normes contraignantes. De la sorte, les principes du droit de l'environnement ne devraient en tout cas pas jouer le rôle de source de droit subsidiaire qui est propre aux principes généraux du droit du fait que leur apparition sera moins sporadique que celle des principes généraux du droit qui doivent principalement leur existence à la volonté du juge de combler les lacunes du droit écrit.

En second lieu, le champ d'application de ces deux catégories de principes diverge sensiblement. Parce qu'ils "dépassent les textes qui en prévoient les manifestations ponctuelles pour prétendre régir l'ensemble des actes émanant d'une certaine compétence"⁽²⁵¹⁾, les principes généraux du droit peuvent aller jusqu'à couvrir l'ensemble du système juridique. Le domaine d'action des principes du droit de l'environnement se limite, quant à lui, à une matière juridique bien déterminée.

En troisième lieu, ces deux catégories de principes ne présentent pas la même force juridique. Les principes généraux du droit qui ont la particularité fort déconcertante d'être tantôt supérieurs, tantôt à l'égal de la loi⁽²⁵²⁾, sont considérés comme un élément de légalité dont la méconnaissance est assimilée à la violation d'une règle de droit écrit. En revanche, la fonction des principes du droit de l'environnement n'est pas de sanctionner mais de diriger⁽²⁵³⁾.

SECTION III. -LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT NE SONT PAS DES STANDARDS JURIDIQUES

²⁵¹G. PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, L.G.D.J., coll. systèmes, 1996, p. 19.

²⁵²Sur la valeur constitutionnelle et législative des principes généraux du droit en France, cf. O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p.827.

²⁵³Cf. section 2 du présent chapitre.

L'on notera enfin qu'une partie de la doctrine française estime qu'à la différence des règles normatives au contenu précis, les principes du droit de l'environnement seraient des standards juridiques dont la portée est diffuse⁽²⁵⁴⁾. Ainsi, constitueraient-ils la norme de comportement normal devant être adoptée pour protéger et gérer l'environnement⁽²⁵⁵⁾. Le juge pourrait bien entendu s'aider du "type de moyen de conduite sociale correcte"⁽²⁵⁶⁾ pour trancher les contentieux en matière d'environnement. Les principes pourraient donc être au droit de l'environnement, ce que la bonne foi est au droit des obligations ou ce que l'obligation de prudence et de diligence est au droit civil⁽²⁵⁷⁾.

Il est vrai que les deux notions présentent, à première vue, certaines ressemblances. Les principes tout comme les standards sont des "normes souples"⁽²⁵⁸⁾ dont le contenu indéterminé insuffle dans le système juridique certaines normes non-juridiques⁽²⁵⁹⁾. Plus précisément, les principes du droit de l'environnement formulent, à l'instar des standards, de véritables "règles de conduite". Mais des différences importantes les opposent.

Tout d'abord, s'il est vrai qu'ils se situent en marge du droit positif dans la mesure où elles interagissent avec des éléments extérieurs au système juridique, les standards et les principes se rapportent à des éléments sensiblement différents. Les premiers sont mêlés de fait et de droit alors que les seconds mettent en rapport le système juridique avec des valeurs extra-juridiques⁽²⁶⁰⁾. En effet, le principe véhicule dans le système juridique un système

²⁵⁴G. MARTIN estime que le principe de précaution fait figure de nouveau standard. Cf. "Précaution et évolution du droit", op.cit., p. 301. Voy. aussi Y. JEGOUZO qui considère que certains des principes posés par la loi du 2 février 1995 reviennent à formuler des standards juridiques. Cf. "Les principes généraux du droit de l'environnement" op.cit, p.216.

²⁵⁵Y. JEGOUZO, op.cit., p. 216.

²⁵⁶STATI, "Le standard juridique", in Etudes Geny, t. II, p. 244.

²⁵⁷X. THUNIS ET N. de SADELEER, "Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif", op. cit., p. 15; Y. JEGOUZO, op.cit., p. 216.

²⁵⁸V. PETEV, "Standards et principes généraux du droit", R.R.J., 1988/4, p. 829.

²⁵⁹Les principes tout comme les standards ne peuvent se comprendre qu'au regard d'une série d'éléments qui ne sont pas propres au système juridique. Ils sont ainsi tout à la fois dans et en dehors du système juridique. Sur cette question, cf. P. ORIANNE, "Les standards et les pouvoirs du juge", R.R.J., 1988/4, p. 1051; M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, op.cit., p. 121 et 122.

²⁶⁰M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, op.cit., p. 121.

de valeurs qui n'est pas nécessairement propre à ce système alors que le standard met en rapport la norme juridique avec une certaine idée de la normalité telle qu'elle ressort des faits sociaux.

Par ailleurs, s'il est possible qu'un principe énonce un standard, tout standard ne constitue pas nécessairement un principe. Le standard est censé mesurer en terme de normalité des comportements et des situations mises en oeuvre par de véritables règles de droit⁽²⁶¹⁾. Il est de ce fait "une technique de formulation de la règle de droit, un instrument de mesure mis en oeuvre par celle-ci"⁽²⁶²⁾. Le standard n'est donc pas une norme à part entière qui se situerait à cheval entre les principes et les règles de droit impératives. Il n'est qu'un "critère normatif" qui permet de préciser le contenu d'une norme demeurée volontairement indéterminée en vue de répondre "aux exigences d'une dynamique sociale" ⁽²⁶³⁾. Il est indiscutable que les règles environnementales comportent, malgré leur aspect fort technique, bon nombre de standards juridiques. Ainsi, lorsque les réglementations prévoient l'évaluation "de manière appropriée" des effets directs et indirects d'un projet sur l'environnement⁽²⁶⁴⁾, l'absence de "solutions satisfaisantes" pour accorder des dérogations⁽²⁶⁵⁾, l'adoption des "meilleures technologies disponibles"⁽²⁶⁶⁾, elles énoncent bel et bien des standards. Elles renvoient à ce qui est normalement attendu de la part d'un auteur d'étude d'incidences ou d'une administration. Mais l'on ne saurait toutefois déduire du caractère indéterminé de telles dispositions qu'il s'agit là de principes car ceux-ci sont des normes de structure destinés à rendre cohérent un ensemble de normes impératives.

²⁶¹Tel est le sens donné au mot standard par S. RIALS dans son étude, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ, 1980.

²⁶²S. RIALS, "Les standards, notions critiques du droit", in *Les notions à contenu variable*, op.cit., p. 44.

²⁶³En ce sens, V. PETEV, "Standards et principes généraux du droit", *R.R.J.*, 1988/4, p. 827 et 829.

²⁶⁴Article 3 de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

²⁶⁵Article 9 de la directive 79/409/CEE du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages.

²⁶⁶Article 2, 11° de la directive 95/CE relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution.

L'on devra néanmoins admettre que certains principes tentent d'établir des normes de conduite. Mais peut-on affirmer qu'ils énoncent déjà des standards? Rien n'est moins sûr car les standards font appel à ce qui paraît normal et acceptable à un moment donné dans une société donnée. Il n'est pas du tout dit, en revanche, que les principes du droit de l'environnement renvoient à des comportements déjà acceptés car, comme nous l'avons fait remarquer, ceux-ci sont dotés d'une dimension programmatique en ce qu'ils obligent les pouvoirs publics à tenir compte de nouveaux impératifs. Ainsi, si la règle de prudence est un standard influençant le droit de la responsabilité, il nous semble prématuré de soutenir que le principe de précaution jouerait déjà ce rôle à l'égard de la responsabilité des dommages causés à l'environnement. L'on devra sans doute attendre que ce principe soit mieux ancré dans nos moeurs juridiques, pour que la précaution puisse se substituer à la prudence dans cette matière.

L'on voit ainsi que les principes du droit de l'environnement et les standards sont bien des concepts distincts même si dans certaines occasions ils peuvent se recouper.

CHAPITRE II.

LA DIMENSION ORGANIQUE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION I - LA PLURALITE DES SOURCES

Le moyen apparemment le plus aisé pour déterminer la nature d'un instrument juridique consiste à identifier l'organe qui le consacre. Est-il possible de procéder de la sorte dans notre matière? Cette démarche semble compromise en raison de l'hétérogénéité des sources. Tantôt les principes se retrouvent consacrés dans des conventions internationales, tantôt dans les ordres juridiques nationaux lorsqu'ils sont repris dans les Constitutions, les lois ou les règlements. L'image d'un législateur omnipotent créateur des principes doit en outre être fortement nuancée puisque même

lorsqu'ils sont expressément formulés dans des textes normatifs hiérarchiquement supérieurs (les conventions internationales, le traité de la Communauté européenne, la Constitution, les lois-cadres,...), les principes du droit de l'environnement ne sont pas pour autant le produit d'une volonté monolithique d'une institution internationale ou d'un législateur national. Ce serait en effet oublier l'apport des réflexions doctrinales qui suscitent leur apparition et le rôle de la jurisprudence qui en assure les développements. Les sections qui suivent tentent de faire le point sur les contributions apportées tantôt par le législateur, la doctrine et le pouvoir judiciaire à la juridicisation des principes du droit de l'environnement. Elles montreront qu'il est vain de vouloir définir ces principes au regard d'un organe unique.

SECTION II. - LES PRINCIPES PROCLAMES PAR LE LEGISLATEUR

Plus que toute autre branche du droit, le droit de l'environnement est marqué par la formulation expresse de principes dans le droit positif. Ce phénomène est particulièrement frappant en droit international de l'environnement. Tant la Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations-Unies, le 28 octobre 1982, que la déclaration de Rio de Janeiro de juin 1992 sur l'environnement et le développement énoncent des principes. Le programme d'Action 21 destiné à éclairer la portée des vingt-sept principes formulés dans la déclaration onusienne égrène un impressionnant chapelet de recommandations intitulées "principes d'action". Depuis lors, les principes énoncés dans la déclaration de Rio se sont multipliés dans les conventions internationales ⁽²⁶⁷⁾. Ils ont également fait leur apparition en force dans l'ordre juridique communautaire en étant

²⁶⁷Ce mouvement s'est ressenti dès la conférence de Rio, même si les principes étaient déjà apparu de manière éparse dans le passé. Lors de cette conférence deux conventions-cadre mondiale furent signées, à savoir les conventions sur le climat et sur la diversité biologique, qui consacrent dès leurs premiers articles le principe de précaution. La plupart des conventions internationales conclues à la suite de la Conférence intégrèrent certains des principes déclarés à Rio. Cf. A. KISS, "Trois années de droit international de l'environnement (1993-1995)", *Revue juridique de l'environnement*, 1996/1-2, p. 83.

repris en 1987 puis en 1991 dans le chapitre du traité C.E. consacré à la politique de l'environnement⁽²⁶⁸⁾. Ils n'ont pas tardé à rayonner par la suite en dehors de la sphère du droit communautaire puisque plusieurs législateurs nationaux ont emboîté le pas en les énonçant à leur tour dans des législations-cadres ou dans des codes du droit de l'environnement⁽²⁶⁹⁾. En outre, la pression exercée par les principes du droit communautaire a continué à s'accroître même à l'égard des Etats membres qui ne les ont pas formellement consacrés du fait que les autorités nationales doivent les prendre en compte lorsqu'elles appliquent les règles du droit communautaire dérivé ayant trait à la protection de l'environnement.

Mais il faut garder à l'esprit que tous les ordres juridiques ne produisent pas avec la même vigueur des principes. Certains se prêtent assurément mieux à leur énonciation que d'autres. Tel est le cas du droit international qui constitue, en raison de la nature peu contraignante de ses règles, un lieu particulièrement propice à leur éclosion. Comme le fait remarquer Charles-Albert Morand : "s'il est difficile de s'accorder au niveau international sur des règles

²⁶⁸ Cfr. les principes repris à l'article 130S du traité de la Communauté européenne introduit dans le traité lors de sa modification par l'Acte unique européen en 1987 et complété par le traité de Maastricht en 1992. Cette consécration au niveau du traité avait été facilitée par un long travail de préparation qui avait permis de dégager le terrain. A la fin des années quatre vingts, le droit communautaire de l'environnement avait en effet atteint un niveau de maturité assez avancé pour qu'il fut possible de dégager une série de règles considérées comme essentielles. Ce travail fut facilité parce que la plupart des deux cents actes normatifs qui avaient été adoptés à cette époque s'appuyaient déjà sur de principes développés dans différents programmes d'action. Il n'en demeure pas moins qu'il ne fut pas possible de puiser dans les règles de droit dérivé tous les principes repris dans le traité de la Communauté européenne. La Communauté dut ainsi faire appel à des principes plus novateurs en s'inspirant de règles consacrées soit dans certains ordres juridiques nationaux, soit à partir de l'ordre juridique international lui-même. C'est ainsi que le principe de précaution fut consacré en 1991 dans le droit communautaire primaire, alors qu'il n'avait jamais été rencontré jusque là dans les règles de droit communautaire dérivé. Les développements que ce principe avait connus tant au niveau de l'ordre juridique national allemand (Vorsorgenprinzip) que dans l'ordre juridique international (convention sur le réchauffement climatique, convention sur la biodiversité,...) avaient ouvert la voie à sa consécration au niveau du droit communautaire.

²⁶⁹ Au sein de la Communauté européenne, voy. l'Acte général danois de la protection de l'environnement, sec.1, 3 (1-2) et 4 (1-4), la loi française N° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement et le Décret de la Région flamande du 5 avril 1995 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement. Voy. à propos du principe de précaution en droit fédéral allemand, le §7, al. 2, n°3 de la loi sur l'énergie nucléaire, le §5, al. 2 de la loi sur les émissions polluantes, le §X de la loi sur les biotechnologies. Parmi les pays d'Europe centrale, en Hongrie l'Acte LIII de 1995 sur les règles générales relatives à la protection de l'environnement (article 6); la Constitution de la Fédération de Russie et la loi russe sur la protection de l'environnement de 1991 (principes 15, 16 et 17). En Amérique du Nord, voy. l'Ontario Bill of Rights (Section 2 (2)).

fixes et précises, il est en revanche beaucoup plus aisé de s'entendre sur l'énoncé de grands principes pas trop contraignants qui pourront être concrétisés progressivement"⁽²⁷⁰⁾. La majorité des principes repris dans les recommandations, voire même les conventions internationales sont de la sorte vêtus plus d'une autorité morale que pourvus d'une véritable force obligatoire. Ceci conduit d'ailleurs un commentateur à se demander si "la très forte inclination du droit international de l'environnement pour les principes ne traduit pas un malaise, voire une incapacité des Etats à aller au-delà de la prise de conscience des menaces"⁽²⁷¹⁾. En revanche, les principes éprouvent plus de difficultés à pénétrer les ordres juridiques nationaux qui sont plus hésitants à l'égard des instruments souples d'action.

Qui plus est, les principes apparaissent comme de véritables concepts à géométrie variable. Au sein d'un même ordre juridique, leur portée est susceptible de varier sensiblement en fonction de leur support juridique. Ainsi, au niveau international, le principe de précaution a-t-il plus de poids lorsqu'il est repris dans une convention multilatérale que dans une déclaration d'intentions. Le fait que les principes du droit communautaire de l'environnement trouvent désormais leur place dans le traité CE leur confère également une plus grande autorité que lorsqu'ils étaient repris dans des actes de droit dérivé. Il en va de même des droits nationaux lorsque la protection de l'environnement fait l'objet d'une protection constitutionnelle et non plus seulement législative. De même, leur portée varie-t-elle d'un ordre juridique à un autre puisqu'on peut concevoir qu'un principe tel celui de la prévention soit au niveau international un principe purement politique dépourvu de toute portée juridique, au niveau communautaire un principe d'orientation et d'interprétation des règles de droit dérivé et au niveau national un principe dont l'autorité égalerait celle des autres règles de droit positif⁽²⁷²⁾. La normativité des principes

²⁷⁰Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, op.cit., p.263.

²⁷¹M. KAMTO, "Les nouveaux principes du droit de l'environnement", *Revue juridique du droit de l'environnement*, 1993/1, p. 13.

²⁷²Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible...", op.cit., p. 264.

s'aiguiserait ainsi au fur et à mesure que ceux-ci investissent des ordres juridiques contraignants.

Enfin, comment peut-on expliquer l'engouement que les principes connaissent actuellement? Les travaux préparatoires des différentes législations les consacrant passent généralement sous silence les raisons qui ont suscité leur apparition. Cette pratique des législations "proclamatoire" ou "déclamatoire" suscite à la fois l'ironie et la perplexité des juristes qui leur reproche d'avoir pas assez et trop d'effets⁽²⁷³⁾. Pas assez d'effets, car il peut paraître déraisonnable, aux yeux de certains, de vouloir exprimer dans des cadres juridiques formels et dans un langage qui est celui de la règle de droit des normes qui relèvent plus de la recommandation que de l'obligation ⁽²⁷⁴⁾. On peut d'ailleurs à juste titre se demander si des ordres juridiques plus legalistes que le droit international se prêtent réellement à l'insertion de principes de droit écrit car la loi est là pour prescrire et non pas pour conseiller. Trop d'effets aussi parce qu'ils comporteraient trop d'incertitude. L'on pourrait en effet s'indigner au nom de l'indispensable sécurité juridique que ceux-ci puissent ouvrir pas la voie à un Gouvernement des juges en confortant par l'entremise de notions à contenu variable leur pouvoir? De plus, en admettant la présence de principes directeurs, ne va-t-on pas, en raison de leur contenu vague, flou et indéterminé, sérieusement perturber la cohérence de l'ordonnancement des normes en vigueur? Enfin, l'on peut également s'interroger sur l'opportunité de recourir à des instruments souples d'action alors que le droit de l'environnement souffre d'une mauvaise exécution chronique⁽²⁷⁵⁾. La formulation de principes n'est-elle pas alors l'aveu de l'incapacité d'adopter des normes contraignantes pour faire véritablement face aux défis écologiques? Ne serait-il pas dès lors préférable de renforcer la portée contraignante du droit existant que de se lancer dans une

²⁷³Cette observation vaut d'ailleurs pour tout type de principe directeur. Cf. M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, op.cit., p. 134.

²⁷⁴A propos de la dégénérescence de la pratique législative, cf. C. ATIAS, Normatif et non normatif dans la législation récente de droit privé, Droit prospectif, 1982/2, p. 219; A. VIANDIER, La crise de la technique législative, Droits, n°4, 1986, p. 75.

²⁷⁵ L. KRAMER, "L'apport de la Communauté européenne au droit de l'environnement", in Quel avenir pour le droit de l'environnement ?, op.cit., p.456.

nouvelle loggorrhée qui n'apportera aucune solution véritable aux problèmes posés ?

Même si elles sont significatives d'une méfiance généralisée à l'égard de la présence de notions faiblement déterminées dans le droit positif, ces craintes n'ont pourtant pas réussi à ralentir le mouvement de consécration d'un certain nombre de principes du droit de l'environnement. Le succès rencontré par ce mouvement peut recevoir, selon nous, plusieurs explications.

Tout d'abord, la reconnaissance de principes revêt une fonction symbolique. Il s'agit en effet d'inscrire dans des textes juridiques des principes mobilisateurs dont l'absence a longtemps été dénoncée comme l'une des faiblesses majeures du droit de l'environnement⁽²⁷⁶⁾. En les proclamant, le législateur offre à un droit en pleine émergence ses lettres de noblesse et tente de l'élever au rang des autres branches du droit qui de par leur ancienneté se structurent déjà autour de leurs propres principes.

L'absence de principes a également été avancé comme étant l'une des causes de l'émiettement et de la destruction du droit de l'environnement⁽²⁷⁷⁾. Aussi, leur affirmation consituerait-elle une étape indispensable de toute tentative de structuration et de systématisation des règles liées à la protection de l'environnement⁽²⁷⁸⁾. Les législateurs ressentent ainsi le besoin de faire surgir des principes pouvant servir de fils directeurs autour desquels les règles dispersées vont se structurer. Placés en tête du Code ou de la loi-cadre, ils vont donner cohérence aux règles qu'ils coordonnent. De telles réformes voient, en tout cas, le jour un peu partout en Europe étant donné que le droit de l'environnement s'est construit à partir de dispositions éparses et fragmentaires qui s'enchevêtrent d'une telle façon que le profane se perd à coup sûr.

²⁷⁶J. MORAND-DEVILLER, "Droit et gestion de l'environnement : un nouveau système à réinventer", R.F.D. adm. publ., 1990, n° 53, p. 23; C. HUGLO et C. LEPAGE, "La véritable nature du droit de l'environnement", Esprit, mai 1995, p. 70.

²⁷⁷Y. JEGOUZO, op.cit., p. 309.

²⁷⁸V Cf. J. VERSCHUUREN, Naar een codificatie van beginselen van het milieurecht, in Recht en Kritiek, 1995/4, p. 421. Voy. également la contribution de G.MARTIN, "Principes pour une codification de l'environnement" in Quel avenir pour le droit de l'environnement?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1996, à paraître.

L'inscription expresse de principes dans des textes législatifs peut également s'inscrire dans une stratégie destinée à contrebalancer les règles concurrentes qui se réclament de principes plus anciens ou plus fondamentaux⁽²⁷⁹⁾. Elle peut également par l'entremise de notions à caractère variable conduire à une application plus souple d'un droit souvent critiqué pour sa trop grande rigidité. Cette flexibilité permettrait de faciliter l'adaptation des règles à des situations mouvantes⁽²⁸⁰⁾, de même qu'elle assurerait aux principes une pérennité que les normes contraignantes ne possèdent plus⁽²⁸¹⁾.

Les principes peuvent contribuer à la juridicisation de la matière. L'on sait que le droit de l'environnement, demeuré pendant longtemps le droit des ingénieurs et des techniciens, rebute car sa compréhension réclame la maîtrise d'une série de données extra-juridiques découlant tantôt des sciences naturelles, tantôt des sciences appliquées. Aussi, le recours aux principes passe-t-il aux yeux des juristes comme un moyen capable d'offrir à ce droit une plus grande autonomie à l'égard de la science et de la technique. Ceux-ci pourraient alors donner un relief nouveau aux nombreuses prescriptions techniques.

L'on voit ainsi que la consécration de principes dans les législations procède d'une série de choix tantôt délibérés tantôt inconscients de la part des législateurs, même si ces choix demeurent pour la plupart relativement subtils.

SECTION III. - LES PRINCIPES ENONCES PAR LE JUGE

²⁷⁹Cfr. les développements de la troisième partie de l'étude.

²⁸⁰Ce point de vue est d'ailleurs partagé en théorie générale du droit. Cf. C. PERELMAN, "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", in *Les notions à contenu variable en droit*, publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 365.

²⁸¹En étant maléables, les principes n'ont pas besoin d'être modifiés formellement lorsque les circonstances changent. Cf. Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible...", *op.cit.*, p. 268.

A la différence des principes généraux du droit⁽²⁸²⁾, le juge n'intervient pas directement dans la production des principes du droit de l'environnement. Comme nous l'avons déjà souligné, les principes de ce droit sont avant tout des principes directeurs, des "policy principles", proclamés par le législateur qui s'adressent avant tout à lui-même (par exemple, lorsque les principes sont proclamés dans une législation-cadre), et au pouvoir exécutif qui sera tenu de s'en inspirer lorsqu'il appliquera les réglementations.

Mais que l'on ne s'y trompe pas. Le juge n'est pas pour autant absent car il lui arrive de recourir aux principes non seulement lorsqu'ils sont consacrés par le législateur ⁽²⁸³⁾, mais également en les dégagant des réglementations au moyen du procédé de l'"induction amplifiante". Cette technique, rappelons-le, consiste à identifier plusieurs dispositions légales consacrant, chacune dans la sphère qui lui est propre, une solution semblable, pour conclure ensuite à l'existence sous-jacente d'une règle générale non écrite, applicable à d'autres situations que la loi n'a pas traité⁽²⁸⁴⁾. La théorie des troubles de voisinage est souvent citée comme un exemple particulièrement éclairant de cette technique. Dans deux arrêts du 6 avril 1960, la Cour de cassation de Belgique s'est ralliée aux conclusions de l'Avocat général Mahaux qui induisait un "principe d'égalité devant les charges de la vie en société", du contexte de l'élaboration de l'article 544 du Code civil ainsi que d'une multitude de dispositions légales particulières dont l'ancien article 11 de la Constitution belge. En se référant à un principe d'égalité entre les propriétaires voisins, sous-jacent à ces dispositions légales et constitutionnelles, la Cour de cassation a ainsi pu justifier la responsabilité des inconvénients de voisinage par la création de troubles excessifs alors même que ceux-ci étaient licites. La méthode inductive a également été utilisée par plusieurs juridictions pour dégager à partir de législations environnementales des principes spécifiques. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a annulé une autorisation d'exploiter au motif que

²⁸²Cf. *supra*.

²⁸³Cf. Titre III, chapitre 1er.

²⁸⁴X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant- L.G.D.J., 1995, p. 59, n° 20.

l'étude d'incidences qui l'avait précédée avait violé un principe d'indépendance et d'impartialité, principe qui bien que n'étant pas libellé comme tel dans la législation sur les études d'incidences, put être dégagé à partir de différentes dispositions décrétales et réglementaires⁽²⁸⁵⁾.

Toutefois, la méthode inductive rencontre facilement ses limites en droit de l'environnement. Tout d'abord, certains principes - l'on songe ici au principe de précaution - peuvent difficilement se rattacher aux textes en vigueur. Ils ne sont ni la synthèse ni la résultante du droit existant. Dans d'autres cas, le texte de la loi ou la volonté du législateur demeurent trop incertains pour fournir un support valable à ces nouveaux principes. L'articulation des principes de prévention, de précaution, du pollueur-payeur avec les règles contraignantes réside donc moins dans un rapport logique de type inductif que dans un rapport téléologique étant donné que ces principes sont là avant tout pour imprimer des directions nouvelles aux pouvoirs publics et non pour refléter l'état du droit existant. Qui plus est, les critiques doctrinales formulées à l'encontre de la méthode de l'induction amplifiante restent d'actualité. Cette méthode serait selon certains largement trompeuse étant donné que le texte de la loi est le plus souvent invoqué à l'appui d'un principe général de droit dans le souci de justifier a posteriori la solution adoptée ⁽²⁸⁶⁾. Ainsi, selon Philippe Gérard, l'article 544 du Code civil invoqué par la Cour de cassation dans ses arrêts du 6 avril 1960, pour affirmer le principe d'équilibre entre les charges supportées par des propriétaires voisins, masque en réalité un souci d'équité⁽²⁸⁷⁾. La reconnaissance d'un principe d'égalité devant les charges du voisinage découle donc plus de considérations morales que l'analyse même de la cohérence de l'institution du droit de propriété. Une telle démarche est loin d'être exempte de jugements de valeur. En outre, elle ne se

²⁸⁵C.E., n° 44.022, 15 septembre 1993 asbl "S.O.S. Pays mosan", *Aménagement-Environnement* 1993, p. 256, obs. B. JADOT.

²⁸⁶Ceci conduit certains à dire que le procédé inductif procéderait dès lors d'une illusion. Cf. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op.cit., p. 67, n° 24.

²⁸⁷Ph. GERARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 227 à 230.

différencie guère de celle de l'interprète qui créerait un principe ex nihilo ⁽²⁸⁸⁾.

SECTION IV. - LES PRINCIPES REVELES PAR LA DOCTRINE

Le rôle de la doctrine dans l'essor du droit de l'environnement et plus particulièrement dans la production des principes autour desquels ce droit s'articule, est loin d'être négligeable. L'on sait que pour des raisons didactiques, elle tente de rationaliser les systèmes juridiques en systématisant les règles et institutions juridiques et en les réunissant dans des ensembles cohérents et harmonieux⁽²⁸⁹⁾. Ce faisant, elle énonce des principes destinés à rendre intelligible le droit reconstruit. Elle apporte de la sorte son concours à la formulation des principes ⁽²⁹⁰⁾.

En aucun cas, cependant, la doctrine est une source directe de droit. Elle n'agit que par influence médiate car elle ne peut faire irruption dans le droit positif que par le truchement de l'oeuvre législative ou de la jurisprudence qui auraient repris ses enseignements à leur compte. Mais ceci ne l'empêche pas d'intervenir tant en amont qu'en aval de l'élaboration du texte de loi ou de la décision de jurisprudence. En dégagant des principes, elle attire l'attention du législateur sur le caractère imparfait du droit positif et l'invite à y remédier. De même, elle ouvre au juge de nouvelles pistes de réflexions qui lui permettront d'élaborer des solutions jurisprudentielles plus cohérentes. Aussi, le législateur tout comme le juge profitent-ils de cette conceptualisation du droit. Qui plus est, celle-ci se montre tout à fait désireuse à recueillir le fruit de ses efforts en voyant le législateur consacrer formellement les principes qu'elle met en avant et le juge les reprendre dans leurs décisions. Une fois ceux-ci affirmés dans une législation ou dans une décision judiciaire, ils deviennent les matériaux grâce auxquels

²⁸⁸ Selon l'expression de X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op.cit., p. 238, n° 101.

²⁸⁹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Centre universitaire de l'Etat, 1960, p. 118; M. VAN de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique*, op.cit., p. 121.

²⁹⁰ Il en va de même pour les principes généraux du droit. cf. J. BOULANGER, "Principes généraux du droit et droit positif", in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, T. I, Paris, LGDJ, 1950, n° 7, p. 57.

les commentateurs vont pouvoir édifier avec confiance de nouvelles constructions juridiques ⁽²⁹¹⁾. Les rapports entretenus entre la doctrine et les pouvoirs législatifs et judiciaires contribuent de la sorte à un enrichissement constant du système juridique.

Mais comment la doctrine s'y prend-t-elle pour faire émerger les principes du droit de l'environnement ? Il faut rappeler que ce droit est récent et a été en grande partie créé sous la pression d'associations militantes. Les juristes qui ont commencé à s'y intéresser ont cherché à rassembler au fur et à mesure des règles éparses qui concernaient de près ou de loin l'environnement dans des structures communes et à les faire coller à des objectifs plus précis poursuivis par le monde associatif. Ce travail de pionnier a constitué un terreau fort propice à l'apparition des premiers principes du droit de l'environnement. Aujourd'hui, comme l'atteste un nombre important d'ouvrages consacrés au droit de l'environnement, la doctrine contemporaine fait fréquemment appel aux principes. Dans son magistral essai sur la notion juridique de nuisances, Fr. Caballero fonde l'ordre public écologique sur les principes du seuil, de non-dégradation et du bilan⁽²⁹²⁾. Plus récemment, plusieurs ouvrages ont été consacrés à l'étude de principes du pollueur-payeur et de précaution⁽²⁹³⁾. Il est incontestable que toutes ces réflexions doctrinales incitent le législateur tout comme le juge à recourir plus aisément aux principes. L'on notera également que les efforts menés récemment en matière de codification sont souvent précédé par un important effort de pénétration doctrinale qui tend à susciter l'apparition d'un certain nombre de principes directeurs lorsque la législation sera codifiée ⁽²⁹⁴⁾. C'est ainsi que certains principes à l'origine purement doctrinaux se sont matérialisés dans le droit positif.

²⁹¹ J. BOULANGER, op. cit., n° 20, p. 66.

²⁹² Fr. CABALLERO, Essai sur la notion juridique de nuisances, Paris, LGDJ, 1981, pp. 69 à 103.

²⁹³ Un certain nombre de monographies ont également été consacrées à certains principes. cfr. B. VIRTEL, "Vorsorge im Abwasserrecht. Zur Funktion der Mindestanforderungen nach §7AWHG", IWS, Schriftenreihe, vol. 22; H. HOHMANN, The precautionary principle, Londres, Kluwer -Graham & Trotman, 1994.

²⁹⁴ Voy. le rôle assumé par différentes commissions interuniversitaires en France, aux Pays-Bas et en Allemagne dans la préparation des codes de l'environnement et des principes qu'ils contiennent.

Force est de constater que la doctrine ne doit pas nécessairement travailler de manière prospective. De nombreux principes du droit de l'environnement sont susceptibles d'être induits à partir des textes en vigueur. Lorsque B. Jadot énonce un principe de gestion des déchets sous contrôle et sans danger pour la santé ni préjudice pour l'environnement, il le dégage d'une série de dispositions de la directive-cadre sur la gestion des déchets qui ont trait à l'obligation de ne pas porter atteinte à l'environnement ou à la santé de l'homme, à l'obligation pour tout détenteur de déchets de remettre ses déchets à une entreprise procédant à des opérations d'élimination ou de valorisation et à l'obligation de créer un réseau intégré d'installations⁽²⁹⁵⁾. Dans le même ordre d'idées, le principe du pollueur-payeur peut être dégagé de la plupart des récentes législations fiscales du fait que celles-ci tendent à faire supporter le coût de la pollution par le responsable de la nuisance⁽²⁹⁶⁾. Quant au principe de prévention, il peut être extrait d'une quantité innombrable d'instruments juridiques (planification, évaluation, autorisation, surveillance, contrôle,...) qui attestent de la volonté de prévenir les dommages environnementaux plutôt que de les guérir. C'est donc à partir de ce commun dénominateur, qu'il est possible d'induire le principe de prévention et éventuellement de le faire rayonner sur les autres instruments juridiques ayant trait à la protection de l'environnement⁽²⁹⁷⁾.

Enfin, l'on aurait tort de croire que les réflexions qui ont suscité l'apparition de ces principes sont uniquement l'apanage des milieux juridiques. La place du juriste dans l'évolution des principes du droit de l'environnement est certainement plus modeste qu'il ne l'est pour d'autres branches du droit. Pour s'en convaincre, il convient de rappeler que c'est tout d'abord une réflexion de nature économique qui a suscité l'apparition du principe du pollueur-

²⁹⁵ B. JADOT, "Le statut juridique des déchets au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 28.

²⁹⁶ B. JADOT, "Taxes environnementales : objectifs et principes", in *Fiscalité de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 9.

²⁹⁷ C'est ainsi que des obligations procédurales - telle l'obligation d'obtenir une autorisation administrative avant de pouvoir exploiter un établissement classé - pourront être interprétés à la lumière du principe de prévention. Dans cette hypothèse, le principe est accueilli sans pour autant pouvoir être directement rattaché à la règle.

payeur⁽²⁹⁸⁾. Dans le même ordre d'idées, le principe de précaution est à l'origine le produit d'une réflexion dans certains milieux scientifiques qui avaient pris conscience des limites de la capacité assimilative des écosystèmes marins. Le principe des meilleures technologies disponibles tire son origine du constat par les techniciens des insuffisances d'une politique préventive basée essentiellement sur des normes de rejet.

298 Les travaux de l'économiste anglais Pigou sur l'internalisation dans les coûts de production de certaines externalités habituellement supportées par la collectivité, ont constitué un terrain d'élection pour l'application du principe du pollueur-payeur. Cf. A. C. PIGOU, *The economics of welfare*, Londres, MacMillan, 2e éd., 1924.

CHAPITRE III.

DIMENSION FORMELLE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Le critère formel semblerait être, à première vue, le plus pertinent de l'opération d'identification des principes du droit de l'environnement. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, ces principes se rattachent, à la différence des principes généraux du droit, à des sources écrites. L'on devrait donc rencontrer moins de difficultés pour les identifier que les principes généraux du droit qui sont généralement découverts au terme d'une recherche relativement élaborée. Deux approches formelles seraient envisageables : soit les principes se limitent aux seules dispositions intitulées comme telles par le législateur, soit ils englobent toutes celles dont le contenu serait plus indéterminé que les règles précises et univoques.

La première tentative de définition formelle des principes nous apparaît trop réductrice du fait que leur identification ne se cantonne pas à une simple question de terminologie. Ne nous laissons en effet pas induire en erreur par les termes. Le simple fait qu'un organe normatif vise expressément des principes ne permet pas de conférer à ces derniers une portée juridique particulière. Ainsi observera-t-on que bon nombre de dispositions intitulées principes ne présentent pas les attributs que l'on attend d'un tel instrument juridique⁽²⁹⁹⁾. De manière inverse, certains législateurs

²⁹⁹Ceci est particulièrement frappant dans le droit international où des Déclarations comme celle de Rio sur le développement et l'environnement énoncent des succédanés de bonnes intentions et non pas des principes susceptibles d'avoir des effets juridiques. L'on observera que parmi la plupart des principes repris dans cette déclaration relèvent du lieu commun et non pas du droit. Ainsi, dans la déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement, le vingtième principe en vertu duquel "les femmes ont un rôle vital dans la gestion de l'environnement et le développement. Leur participation est donc essentielle pour la réalisation d'un développement durable" ne fait qu'asséner une vérité bien connue de tous. Il semble difficile de dégager d'un tel constat une quelconque portée juridique. Dans le même ordre d'idées, le principe 21 de cette même déclaration qui encourage la mobilisation de "la créativité, les idéaux et le courage des jeunes du monde entier afin de créer un partenariat mondial, de manière à assurer un développement durable et de garantir à chacun un avenir meilleur", n'énonce aucune règle juridique. Ces différentes propositions sont tout au plus des succédanés de bonnes intentions politiques. En aucun cas, elles peuvent s'apparenter d'une manière ou d'une autre à des principes juridiques.

ou commentateurs emploient le mot "principe" à la place de celui de "règle" en vue de solenniser une disposition qui ne se différencie toutefois pas d'autres règles contraignantes ⁽³⁰⁰⁾. Il s'agit là de "principes positifs du droit"⁽³⁰¹⁾. L'usage du vocable "principes" vise à signaler la stabilité et la valeur particulière reconnue à la règle⁽³⁰²⁾ et ces principes ne se distinguent guère des règles qui en raison de leur degré de précision, ont pour vocation d'ordonner ou de prohiber un comportement déterminé. Ainsi lorsque le législateur prévoit que tout établissement dangereux, insalubre ou incommode est soumis à la délivrance d'une autorisation administrative, il énonce une règle et non pas un principe fondamental. Cette règle ne donne en effet pas d'autres choix à l'exploitant d'un établissement que d'obtenir une autorisation administrative. La violation de cette obligation peut être sanctionnée soit administrativement, soit pénalement. Elle se distingue radicalement du principe qui demeure un instrument souple d'action puisqu'il laisse une certaine marge discrétionnaire dans son application.

Par ailleurs, de nombreuses dispositions des droits nationaux désignées sous des appellations différentes se comportent comme de véritables principes directeurs alors même qu'elles n'ont pas été qualifiées comme telles par le législateur qui les adoptées. Ainsi, la plupart des droits constitutionnels à un environnement sain agissent-ils comme des principes directeurs malgré le fait qu'ils soient insérés parmi les droits économiques et sociaux. De même, l'exigence d'intégrer les considérations environnementales dans les autres politiques de la Communauté européenne ou l'obligation d'atteindre un haut niveau de protection de l'environnement constituent-elles également des principes sans pour autant s'être vu conférer cette dénomination par les auteurs du traité de la Communauté européenne⁽³⁰³⁾. En outre, si l'interprète devait se

³⁰⁰G. VEDEL et P. DEVOLVE, *Droit administratif*, T. Ier, 12 éd., 1992, Paris, Themis, *Droit public*, p. 479.

³⁰¹(301)J. WROBLESKI, "Le rôle des principes du droit dans la théorie de l'interprétation juridique", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, vol. XVII, 1984, p. 8 et *Définition de principes du droit*, *Dictionnaire de sociologie juridique*, p. 475. Voy. Titre Ier, chapitre 1er.

³⁰²A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D., 1990, 28ème cah., p. 205.

³⁰³Ces dispositions suivent en effet les quatre principes énumérés à l'article 130R du traité CE qui ont été expressément qualifiés de principes.

limiter à reconnaître les principes à partir du seul critère de leur dénomination, il ne retiendra pratiquement que ceux qui sont proclamés comme tels par le législateur international. Car s'ils abondent dans les traités multilatéraux, les principes du droit de l'environnement demeurent jusqu'à ce jour, pour les raisons que l'on connaît, plutôt rares dans les droits nationaux.

La seconde tentative de définition formelle des principes à partir du caractère indéterminé d'une disposition normative reviendrait à supposer qu'il y a principe dès que le libellé d'une disposition normative est rédigé de manière suffisamment générale. Bref, toutes les dispositions qui renverraient à des significations indéterminées pourraient, de la sorte, être qualifiées de principes. Elle nous apparaît beaucoup trop extensive car l'on viendrait à regrouper sous le terme de principes un grand nombre de dispositions - tels les standards -qui n'agissent pas spécialement comme principes directeurs. En outre, elle ferait fi, de la volonté du législateur de se donner à lui-même ainsi qu'à ses pouvoirs subordonnés de véritables lignes d'orientation, critère qui nous semble pourtant essentiel pour identifier ce type de principes.

Enfin, rien n'empêche que certains principes puissent fort bien vivre sans être expressément proclamés dans des textes dans la mesure où ceux-ci seraient l'expression de l'état du droit positif. Nous avons eu l'occasion de voir ci-dessus qu'il est possible de dégager un certain nombre de principes au moyen de l'induction amplifiante.

Une approche purement formelle ne permet donc pas d'identifier correctement tous les principes du droit de l'environnement. Elle s'estompera, comme on le verra par la suite, au profit de critères matériels et fonctionnels.

CHAPITRE IV.

DIMENSION MATERIELLE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Les principes partagent un certain nombre de caractéristiques matérielles communes que l'on ne retrouve pas avec autant d'intensité auprès des autres types de normes juridiques. Ainsi sont-ils connus pour être fortement marquées par des valeurs et pour être dotés d'une généralité, d'une transcendance, d'une permanence et d'une importance particulières⁽³⁰⁴⁾. Nous nous attacherons dans le cadre de ce chapitre à mettre en relief ces différentes caractéristiques.

SECTION I. - LE CARACTERE AXIOLOGIQUE DES PRINCIPES

Que l'on examine de plus près certains principes et l'on verra affleurer des valeurs dépassant la sphère de la technique juridique. L'identification du contenu des principes du droit de l'environnement impose, plus que pour d'autres types de normes juridiques, que l'on découvre les valeurs extra-juridiques qui les imprègnent. C'est d'ailleurs là le propre de tout type de principes juridiques que de refléter au sein de la sphère juridique des idéaux qui ne sont pas propres à celle-ci ⁽³⁰⁵⁾. Ainsi, le principe de précaution répond-t-il au souci éthique de s'abstenir dans le doute en vue de sauvegarder de la protection des intérêts des générations futures qui pourraient être affectées par une gestion imprudente

³⁰⁴Certains auteurs insistent sur la généralité, la stabilité et l'importance particulière des principes. Cf. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. T. I : Introduction générale à l'étude du droit civil*, 2ème éd, Paris, 1972.

³⁰⁵Un parallélisme peut être dressé ici avec les principes généraux du droit qui renvoient à un certain nombre de valeurs sur lesquelles le système juridique repose et qu'il convient de sauvegarder (M. VAN de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique*, op.cit., p. 93.). Ainsi, quelle que soit leur individualité propre, les principes généraux sont fonction de principes exprimés par d'autres sphères d'activités de la société humaine sur lesquels ils agissent à leur tour (H. BUCH, "La nature des principes généraux du droit", in *Rapport belge au VIème Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 59).

des ressources naturelles⁽³⁰⁶⁾, le principe du pollueur-payeur traduit-il la prise en compte dans le droit positif d'un idéal d'équité (pas d'enrichissement sans cause). De même, le principe d'un haut niveau de protection de l'environnement trahit le souci de ne pas brader la protection de l'environnement au profit d'autres intérêts. Mais cette influence ne s'exerce pas dans un sens unique car, de manière inverse, la juridicisation de principes peut elle-même influencer l'évolution des valeurs. Dans cet ordre d'idées, P. Lascoumes estime que les principes introduits par la loi "Barnier" sont susceptibles de renforcer "la reconnaissance sociale de nouvelles valeurs tels la biodiversité, le développement durable, une responsabilité étendue et l'accès à l'information"⁽³⁰⁷⁾.

La dimension axiologique revêtue par les principes peut avoir, comme nous le verrons par la suite, des répercussions essentielles sur les méthodes d'interprétation⁽³⁰⁸⁾, la résolution de conflits d'intérêts⁽³⁰⁹⁾ et le comblement des lacunes dans le droit de l'environnement⁽³¹⁰⁾.

Le caractère axiologique marqué des principes est pourtant à la source d'un certain nombre de difficultés. D'abord, la plupart des valeurs auxquelles ceux-ci renvoient sont à ce point imprécises, qu'elles ne garantissent plus la sécurité juridique. L'on se plaint d'ailleurs à dire que "plus la notion est présentée comme fondamentale, plus les incertitudes la concernant deviennent grandes"⁽³¹¹⁾. Il convient, par ailleurs, de garder à l'esprit qu'en

³⁰⁶En ce sens R. ATTFIELD, "The Precautionary Principle and Moral Values", in *Interpreting the Precautionary Principle*, op. cit., p. 157; A. KISS, "The Rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle", in *The Precautionary Principle and International Law - The challenge of implementation*, op.cit., p. 19. Voy. également Fr. OST, "Les études d'incidences : un changement de paradigme?", in *L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique?*, Bruxelles, Publications des Facultés Saint-Louis, 1992, p. 11.

³⁰⁷P. LASCOURMES, "Le droit de l'environnement en révolution", *Libération*, 21 mars 1995, p. 5.

³⁰⁸M. VAN de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique*, op.cit., p. 101.

³⁰⁹Cfr. troisième partie de l'étude.

³¹⁰Sur cette question Cf. Ch. PERELMAN, "Le problème des lacunes en droit. Essai de synthèse", in *Le problème des lacunes en droit, études publiées par Ch. Perelman*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 551.

³¹¹Cette critique est également adressée aux principes généraux du droit. Cf. G. MORANGE, "Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit", *R.D.P.*, 1977, p. 761.

accordant une trop grande importance aux valeurs guidant les principes, l'on risque d'occultier les choix socio-économiques qui les sous-tendent. Un décalage important peut en effet apparaître entre les valeurs exprimées à l'appui des principes et l'idéologie sous-jacente⁽³¹²⁾. Plusieurs exemples permettent d'illustrer la duplicité de certains principes. Le principe du pollueur-payeur qui semble traduisant dans le droit positif un idéal d'équité (ce n'est pas à la collectivité de prendre en charge les dommages causés par des pollueurs individuels), ne masque-t-il pas des préoccupations d'ordre économique (la lutte engagée contre les aides d'Etat dans la perspective de garantir une économie de marché où la concurrence n'est pas faussée)? Dans le même ordre d'idées, le principe de prévention peut cacher sous ses atours les plus attrayants le souci de ne pas remettre en cause, au nom de la protection de l'environnement, un modèle d'exploitation de type capitaliste. Le principe ne revient-il pas à admettre un juste équilibre entre la liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement, étant donné que la seule prévention des dommages environnementaux peut s'exercer par le contrôle des activités polluantes et n'implique pas nécessairement leur suppression?

SECTION II. - LA GENERALITE DU CHAMP D'APPLICATION DES PRINCIPES

La nature des principes du droit de l'environnement peut aussi être dégagée à partir du degré de généralité qui les caractérise. Ceci appelle un certain nombre de précisions. La généralité est un attribut intrinsèque de toute norme juridique, celles-ci devant nécessairement être générales et abstraites. Toutefois, le degré de généralité peut varier sensiblement d'une norme à une autre. Cette divergence de degré est particulièrement exacerbée en ce qui concerne les principes et les règles impératives.

³¹²Voy. de telles critiques ont déjà été formulées à propos d'autres branches du droit. En ce qui concerne les principes du droit du travail, voy. Fr. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Vie ouvrière, 1974, p. 59; et en ce qui concerne les principes généraux du droit, voy. Ph. GERARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 383 à 434.

La règle de droit impérative est générale car elle s'applique de manière indéterminée à toutes les hypothèses rencontrées dans les domaines qu'elle couvre. Cela ne l'empêche toutefois pas d'être, d'un autre point de vue, spéciale du fait qu'elle n'est édictée qu'en vue de régir les actes ou les faits correspondant à son objet⁽³¹³⁾. En d'autres termes, le caractère général de la règle de droit ne lui permet pas de s'étendre au-delà du champ d'application qui lui a été réservé. Le principe présente, par contre, une extension matérielle plus grande que les règles de droit impératives car il ne se limite plus à régir des hypothèses bien déterminées. Grâce à son degré d'abstraction, il peut s'appliquer à un nombre indéterminé d'hypothèses. Ainsi, comporte-t-il une série infinie d'applications⁽³¹⁴⁾. Le champ d'application du principe est de ce fait nettement plus mouvant que celui de la règle particulière.

Force est de constater que lorsqu'ils sont énoncés par le législateur en tant que principes fondateurs du droit de l'environnement, les principes du pollueur-payeur, de prévention, de précaution sont là pour chapeauter toute cette matière juridique. Ils s'appliquent donc de manière transversale à toutes les hypothèses qui sont susceptibles d'être régies par le droit de l'environnement. Leur champ d'application matériel dépasse donc largement le cadre restreint des approches sectorielles (eau, air, sol, bruit, produits, déchets, ...) qui fragmentent le droit de l'environnement en secteurs sans liens les uns avec les autres. Les principes peuvent ainsi structurer l'ensemble des règles juridiques sans opérer de distinction entre les différents domaines que ces règles recouvrent. C'est pour cette raison que le principe de précaution ne se cantonne pas au seul droit nucléaire ou aux réglementations relatives aux biotechnologies et que le principe du pollueur-payeur oblige les auteurs des pollutions à prendre en charge les coûts environnementaux de leurs activités et ce, quelle que soit l'origine ou la nature de ces pollutions. En outre, tout

313J. BOULANGER, *op.cit.*, p. 56; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 1989, p. 91, n° 75.

314J. BOULANGER, *op.cit.*, p. 56. Ce degré de généralité reconnu aux principes généraux du droit leur permet d'investir les différentes branches du droit. L'on retrouve de la sorte le principe de la bonne foi aussi dans la plupart des branches du droit : le droit des obligations, le droit administratif, ... De même, le principe d'égalité bouscule également les frontières entre le droit public et le droit privé.

nouveau régime juridique adopté dans le cadre de ce droit tombera sous le coup desdits principes.

Qui plus est, le caractère général des principes pourrait être exacerbé par le recours au principe d'intégration. Ceux-ci pourraient ainsi s'appliquer à d'autres matières que celles qui relèvent expressément de la politique de l'environnement.

SECTION III. - LA NATURE DISCRETIONNAIRE DES PRINCIPES

Parce qu'ils sont susceptibles de s'appliquer à des situations de nature différente, les principes ne peuvent pas contenir des obligations aussi strictes que les règles. Comme le souligne R. Dworkin, les principes tout comme les règles sont destinés à apporter une réponse particulière à propos d'obligations juridiques, mais ils diffèrent fondamentalement au niveau de la réponse qu'ils apportent à un problème juridique donné. La règle s'applique entièrement ou pas du tout. Au contraire, le principe renferme un ou plusieurs arguments qui justifient une interprétation, mais n'apporte pas pour autant une réponse définitive au problème posé. Derrière les principes, se cachent une série d'arguments qui vont influencer la décision finale ⁽³¹⁵⁾. Il en résulte donc que les principes laissent beaucoup plus de discrétion à leurs interprètes que ne le font les règles qui sont moins sujettes à interprétation. Ils sont donc des "instruments souples d'action", adaptables et malléables en fonction de la spécificité des situations qu'ils doivent appréhender alors que la règle apparaît comme nettement plus rigide ⁽³¹⁶⁾.

Cette distinction peut être illustrée à l'aide de l'exemple suivant. Lorsqu'une réglementation oblige l'importateur d'un déchet à le

³¹⁵"Principles and rules point to particular decisions about legal obligations in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion... A principle states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision ... All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one way or another." (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 24).

³¹⁶Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible...", *op.cit.*, p. 268.

remettre à un établissement dûment autorisé pour le traiter, elle énonce une prescription catégorique. Pour chaque importation de déchets, l'administration devra vérifier si le déchet a bien été remis à une entreprise autorisée. Elle ne jouit d'aucune discrétion. La situation est, en revanche, sensiblement différente lorsque la même réglementation prévoit que les importations et les exportations de déchets doivent être régis par les principes d'autosuffisance et de proximité. Le degré de détermination de ces deux principes est faible car l'on ne dit pas à partir de quelle distance l'installation de traitement de déchets est suffisamment proche ou trop éloignée, l'on ne précise pas non plus le niveau d'autosuffisance. Dans ce cas, l'administration dispose d'une marge discrétionnaire importante pour déterminer si les transferts de déchets peuvent être autorisés au regard des deux principes.

La seule lecture du libellé des dispositions légales consacrant les principes en matière d'environnement, fait apparaître cette nature discrétionnaire. Ainsi, les règles prises en matière d'environnement doivent-elles "se fonder"⁽³¹⁷⁾, "se reposer"⁽³¹⁸⁾ ou "s'inspirer"⁽³¹⁹⁾ des principes énoncés. Le choix de ces termes confirme le souci de laisser une certaine marge de manoeuvre aux organes qui seront appelés à mettre en oeuvre lesdits principes.

SECTION IV - LA PLACE SPECIFIQUE OCCUPEE PAR LES PRINCIPES DANS LA HIERARCHIE JURIDIQUE

Parce qu'ils sont censé représenter les valeurs fondamentales qui sous-tendent le droit de l'environnement et parce que leur champ d'application est fort étendu, les principes doivent occuper une position relativement élevée dans la hiérarchie des normes. La

³¹⁷L'article 130R du traité de la Communauté européenne indique que la politique menée en matière d'environnement est fondée sur "les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe du pollueur-payeur".

³¹⁸Cf. article 1.21., §1er du décret de la Région flamande du 5 avril 1995 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement.

³¹⁹La loi française relative au renforcement de la protection de l'environnement prévoit que les mesures de protection concourant à l'objectif de développement durable "s'inspirent" de différents principes.

plupart des principes récemment consacrés attestent d'ailleurs de cette volonté. Tel est certainement le cas des principes du droit communautaire de l'environnement qui sont expressément consacrés dans le traité de la Communauté européenne. Relevant de la sorte du droit primaire, ils s'imposent aux règles de droit dérivé (directives, règlements, décisions,...). Mais ceci n'est pas toujours le cas, car les principes se voient réservé dans les droits nationaux, une valeur législative et non pas constitutionnelle. Tel est le cas de la loi française du 2 février 1995 qui égrène les principes fondamentaux du droit de l'environnement⁽³²⁰⁾. Cette position risque de fragiliser les principes. En premier lieu, les principes restent subordonnés aux règles constitutionnelles qui leur sont hiérarchiquement supérieures et se trouvent donc dans une position de faiblesse par rapport à elles. A défaut de droit constitutionnel relatif à la protection de l'environnement, la portée de ces principes peut donc être fortement atténuées. Un commentateur de la loi française comportant des principes directeurs en matière d'environnement fait observer à cet égard que les principes environnementaux s'inscrivent souvent dans une logique antagoniste à certains des droits et libertés affirmés avec le plus de force dans le préambule de la Constitution française tels que le droit de propriété, la liberté d'aller et de venir, etc⁽³²¹⁾. Ainsi, la cause première de l'inefficacité du droit de l'environnement, c'est à dire le fait d'être en contradiction avec des normes plus puissantes ⁽³²²⁾, n'est pas effacée par la reconnaissance des principes. En second lieu, les principes peuvent toujours être infirmés par le législateur qui est censé les consacrer. Si le principe vient à être appliqué trop audacieusement, rien ne l'empêche de l'abroger ou de l'émasculer. En second lieu,

³²⁰Le rapport Barnier de 1990 plaidait plus judicieusement pour une insertion de certains principes dans le texte même de la Constitution française et de son préambule.

³²¹Y. JEGOUZO, *op.cit.*, p. 215.

³²²M.-A. HERMITTE, "Pour un statut de la diversité biologique", *R.F.D. Adm.publ.*, février-mars 1990, n° 53, p. 33.

CHAPITRE V.

DIMENSION FONCTIONNELLE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Tout comme l'angle d'approche matériel, le critère fonctionnel va aider à mettre en relief les particularités de la nature juridique des principes du droit de l'environnement. A l'instar des principes généraux du droit⁽³²³⁾, ces principes jouent un rôle important dans l'organisation et le fonctionnement de cette matière juridique; ils exercent de la sorte une fonction que l'on peut qualifier de constitutive. Parce qu'ils sont censés exprimer la rationalité fondamentale du système juridique dans lequel ils opèrent, les principes agissent sur la structure, l'organisation interne et la régulation propre à ce système. Nous tâcherons de cerner les différentes facettes de cette fonction et d'en illustrer l'importance de cette fonction à l'aide d'exemples tirés à la fois du droit international, du droit communautaire et de certains droits nationaux.

SECTION I. - LES PRINCIPES FORMENT L'ASSISE DU SYSTEME JURIDIQUE

Les principes sont traditionnellement considérés comme constituant les fondements même du système juridique. Ils sont les "poutres maîtresses de tout édifice juridique"⁽³²⁴⁾. Une fois inscrits dans les textes juridiques fondamentaux, ils légitiment les normes qui leur sont inférieures, ils conditionnent la mise en place d'un ensemble de règles selon un ordonnancement fortement hiérarchisé

³²³Traditionnellement, les juridictions dégagent les principes généraux du droit à partir des bases idéologiques et structurelles qui sous-tendent l'ordre juridique dans lequel elles se trouvent. Elles puisent dans le fonds et le tréfonds du système juridique, les règles essentielles qui garantissent sa cohérence. Les principes généraux du droit sont ainsi connus pour former le droit commun du droit positif, pour exprimer les structures du système juridique qui les anime et les valeurs sur lesquelles il repose. Pour cette raison, les principes généraux sont appelés à jouer un rôle essentiel dans le fonctionnement du système juridique. Ils synthétisent et systématisent l'ensemble des règles de droit positif comprises dans ce système. A ce titre, les principes généraux du droit remplissent une fonction constitutive.

³²⁴J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op.cit. p. 99.

et sont à leur tour consacrés de manière conséquente dans les décisions individuelles.

Le droit de l'environnement apparaît comme un sous-système fortement hiérarchisé dans lesquels les principes sont susceptibles de jouer un rôle majeur. Ainsi, le corps de principes généraux énoncé à l'article 130R du traité forme, de par sa combinaison, l'assise du droit communautaire de l'environnement⁽³²⁵⁾. Ils vont sous-tendre l'ensemble des règles de droit communautaire dérivé car le législateur communautaire va devoir s'inspirer d'eux lors de l'adoption des règles de droit dérivé. Les directives, les règlements, les décisions et les recommandations façonnés par ces différents principes vont à leur tour s'imposer aux Etats membres qui devront adopter les mesures indispensables pour leur conférer une pleine exécution⁽³²⁶⁾.

En constituant les assises du droit de l'environnement, les principes jouent un rôle de légitimation des politiques publiques de l'environnement ⁽³²⁷⁾. M. Prieur a ainsi démontré que l'élévation par le législateur de l'environnement au rang d'intérêt public était de nature à légitimer la reconnaissance des services publics de l'environnement⁽³²⁸⁾.

SECTION II. - LES PRINCIPES GARANTISSENT LA COHERENCE ET ACCENTUENT L'HOMOGENEITE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Les principes occupent une place essentielle dans la construction des systèmes ou des sous-systèmes juridiques. Ils reflètent les valeurs ou les idées directrices qui vont transcender les règles de droit positif et qui vont ordonner ces règles selon une

³²⁵Ceci est d'autant plus manifeste que les auteurs du traité ont spécialement indiqué que la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement est "fondée" sur ces principes.

³²⁶D. SIMON, op. cit., p. 83. Cet auteur précise que les principes généraux consacrés dans l'ordre juridique communautaire ne s'imposent jamais aux Etats membres lorsque ceux-ci agissent dans le domaine de leurs compétences propres (C.J.C.E., 11 juillet 1985, Cinetec, aff. 60 et 61/84, Rec., p. 2605; 30 septembre 1987, Domirel, aff. 12/86, Rec., p. 3719.

³²⁷Y. JEGOUZO, op.cit., p. 215.

³²⁸M. PRIEUR, op. cit., p. 53.

structure rationnelle⁽³²⁹⁾. Ils sont susceptibles de combler les lacunes du droit et de résoudre les antinomies. La cohérence exclut en effet la contradiction. Elle réclame des structures claires et rationnelles.

Comme tout système juridique arrivé à un certain degré d'avancement, le droit de l'environnement est en voie de se caractériser par sa cohérence axiologique. Les principes de ce droit sont assurément un gage important de cette cohérence. En exprimant la rationalité de ce sous-système juridique, ces principes sont susceptibles d'assurer une systématisation logique des règles qui y sont comprises. Les conséquences pratiques sont indéniables. Selon Y.Jégouzo, "ce sont des principes qui invitent le législateur et le pouvoir réglementaire à mettre en cohérence les différents instruments du droit de l'environnement avec les orientations définies"⁽³³⁰⁾.

De nombreux exemples illustrent le fait que les principes peuvent ordonner les règles dans un ensemble cohérent et hiérarchisé. Ainsi, le principe de prévention est capable de projeter un éclairage nouveau sur des instruments juridiques tels que les procédures d'évaluation des incidences, les plans et les programmes, les instruments de contrôle et de surveillance qui à première vue sont fort disparates. Toutes ces institutions peuvent gagner en clarté et en cohérence lorsqu'elles sont mises en rapport avec ledit principe. Dans le même ordre d'idées, le principe de précaution apparaît en mesure de réorienter tout le droit de l'évaluation environnementale⁽³³¹⁾ qui jusqu'à présent ne repose que sur des obligations formelles (réalisation d'une évaluation des incidences) et non pas substantielle (examen substantiel de l'admissibilité écologique du projet)⁽³³²⁾. Lorsque B. Jadot énonce un principe de gestion des déchets sous contrôle et sans danger pour la santé ni préjudice pour l'environnement, il en tire une série de

³²⁹A ce propos, l'on notera que les principes généraux du droit "font du droit un système cohérent en ce sens qu'ils permettent d'assurer l'unité systématique du droit au milieu du désordre des règles positives". Cf. P. PESCATORE, *op.cit.*, p. 120, n° 72.

³³⁰Y. JEGOUZO, *op.cit.*, p. 216.

³³¹Y. JEGOUZO, *op.cit.*, p. 216.

³³²J. SAMBON, "Les intérêts et les droits de la population en matière de gestion des déchets", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 240 à 246.

conséquences juridiques qui se rattachent à différentes obligations de la directive-cadre sur la gestion des déchets : obligation d'assurer la gestion des déchets dans un souci de protection de la santé et de la sauvegarde de l'environnement sous un contrôle administratif et interdiction de mettre en danger la santé de l'homme et de nuire à l'environnement⁽³³³⁾. Toutes ces obligations s'ordonnent par l'application du principe dans un ensemble cohérent.

Les principes du droit de l'environnement renforcent non seulement la cohérence de ce droit mais contribuent aussi à éviter sa fragmentation. En d'autres termes, ils maintiennent sa cohésion. L'on sait que la politique de l'environnement recouvre des domaines extrêmement diversifiés qui a priori ont peu de rapport les uns avec les autres. En outre, les règles applicables à la protection de l'environnement se retrouvent souvent tiraillées entre la politique de l'environnement et d'autres politiques, telle la politique économique. Les principes jouent sans aucun doute, avec le procédé de codification, un rôle important pour garantir l'homogénéité du droit de l'environnement et permettent ainsi d'éviter son éclatement, son éparpillement dans une pléthore de politiques sectorielles. Ils confèrent ainsi une unité indispensable à une matière qui demeure à première vue relativement hétéroclite et qui risque continuellement d'éclater en raison de la généralité de son objet. Ce gage de cohésion est confirmé par la nature transversale des principes qui sont de ce fait susceptibles de s'appliquer à toutes les politiques sectorielles. Le principe de prévention peut s'appliquer à la fois à la source de la nuisance (par la réglementation des établissements classés), aux agents contribuant à la production de la nuisance (par des règles de surveillance et de contrôle applicables aux auteurs de la nuisance) et aux milieux récepteurs affectés par la nuisance (par la fixation d'objectifs de qualité pour l'air, l'eau ou le sol). Dans la même veine, le principe de précaution trouve à s'appliquer dans des domaines aussi diversifiés que la pollution atmosphérique, la conservation des espèces de la faune et de la flore sauvages, et la production de substances chimiques. Toujours

³³³ B. JADOT, "Le statut juridique des déchets au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement", in *L'entreprise et la gestion des déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 28.

de la même façon, le principe du pollueur-payeur internalise les coûts de production de l'environnement dans le coût des biens et des services indépendamment de leur nature ou de leurs caractéristiques.

SECTION III. - LES PRINCIPES IMPRIMENT UNE DIMENSION TELEOLOGIQUE AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Du fait qu'ils garantissent la cohérence de la matière, les principes sont empreints d'une dimension téléologique. C'est pourquoi, le droit de l'environnement pourrait être présenté, à la lumière de ses principes, sous les traits d'un sous-système téléologique, c'est-à-dire "d'un ensemble de règles structurées considérées comme autant de moyens destinés à réaliser des fins qui s'expriment elles-mêmes en termes de valeurs ou d'enjeux sociaux"⁽³³⁴⁾.

Cette nature téléologique est d'autant plus manifeste que les principes sont considérés comme des "policy principles" destinés à obliger les pouvoirs publics à mettre en oeuvre ce droit dans un sens bien déterminé.

Cette dimension téléologique fait que les principes ont assurément une valeur didactique en tant que "points de repère" permettant de situer et d'ordonner les règles en fonction de plusieurs idées directrices.

SECTION IV. - LES PRINCIPES DYNAMISENT LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

La plupart des principes du droit de l'environnement ne sont pas donnés tels quels. Ils sont induits des règles du droit positif mais

³³⁴M. VAN de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique*, op.cit., p. 100.

dès qu'ils sont susceptibles d'être induits, ils deviennent alors la cause qui anime l'évolution de ce droit. En étant à la fois le produit et la cause, ils jouent un rôle important dans l'essor de ce droit. Ainsi, tout en structurant le droit positif, ils suscitent son évolution. Ils revêtent dès lors un caractère dynamique qui leur permet d'épouser des réalités nouvelles.

Cette caractéristique est essentielle pour un droit qui doit continuellement s'adapter à de nouveaux défis. Cette adaptation est rendue possible par la généralité du contenu des principes qui autorise des interprétations évolutives. Que l'on observe de plus près certains des principes étudiés et l'on se rendra vite compte du dynamisme qu'ils projettent sur l'évolution des règles contraignantes. Ainsi, le principe de précaution issu d'une approche relativement timorée de la lutte contre les risques a évolué dans le sens d'une approche beaucoup plus radicale allant jusqu'à mettre en cause des activités dès qu'un doute subsiste à propos de leur impact sur l'environnement. De même, le sens du principe du pollueur-payeur qui se contentait à l'origine de viser la suppression des aides au fonctionnement et à l'investissement dans le domaine de l'environnement a évolué en l'espace de deux décennies dans le sens d'une internalisation plus complète des coûts environnementaux causés par les pollueurs.

Les principes du droit de l'environnement ne vont donc pas uniquement se contenter d'ordonner les normes en vigueur en fonction d'un schéma rationnel, ils vont aussi susciter l'adoption de nouvelles normes en vue de tenir compte de nouveaux défis. Ils garantissent ainsi l'évolution constante de ce droit.

SECTION V. - LES PRINCIPES APPORTENT UN ELEMENT DE SOUPLESSE DANS L'APPLICATION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Comme toute notion à contenu variable, les principes du droit de l'environnement présentent une aptitude à se mouvoir, une faculté d'adaptation à des situations très diverses. Ils permettent de la sorte un assouplissement de règles jugées trop rigides aux exigences changeantes et variées de la politique de

l'environnement. Comme d'autres principes juridiques, ils font prévaloir l'esprit du droit sur sa lettre ⁽³³⁵⁾.

Mais cette caractéristique est source d'insécurité juridique. Les principes ne permettent-ils pas en effet d'interpréter différemment le sens du texte eu égard au contenu que l'on en dégage? Le fait que les principes du droit de l'environnement se caractérisent par leur polysémie, c'est-à-dire par leur pluralité de sens virtuels renforce ce sentiment. Plus le principe devient vague, plus le législateur, les autorités administratives ou le juge disposent d'une marge discrétionnaire pour le mettre en oeuvre. Ceci est particulièrement le cas du principe de prévention qui est susceptible de justifier une gamme fort étendue de mesures. Au-delà d'un noyau dur, le concept de prévention, renvoie à une zone de pénombre, une nébuleuse qui ne fait l'objet ni de limites nettes ni d'une délimitation complète. Le caractère flou du concept de prévention a comme conséquence que la portée du principe devient largement tributaire de l'intervention du législateur ou du juge.

Ces critiques doivent cependant être nuancées. Tout d'abord, c'est un leurre de croire que la règle de droit contraignante garantit encore aujourd'hui par sa permanence une sécurité juridique absolue. Le droit positif est devenu particulièrement mouvant surtout dans des matières aussi complexes que l'environnement. Le droit de l'environnement n'est pas seulement mouvant parce qu'il doit continuellement épouser des réalités nouvelles mais surtout parcequ'il ne fait pas l'objet d'une approche coordonnée et systématique. L'on a vu ces dernières années se multiplier les législations de circonstance, élaborées à la hâte, présentant nombre de lacunes et contradictions, sujettes à interprétation en raison de leur piètre rédaction⁽³³⁶⁾. La sécurité juridique paraît dans ce cas tout à fait absente des soucis du législateur ⁽³³⁷⁾. L'on est dès lors en droit de se demander, compte tenu de ce contexte affligeant, si

³³⁵P. PESCATORE, op. cit., p. 120, n° 72; GANSHOF VAN DER MEERSCH, op.cit., n° 306.

³³⁶Sur cette instabilité du droit de l'environnement, Fr. OST, *La nature hors la loi*, op.cit., p.110 et sv.

³³⁷Voy. à ce propos l'évolution rocambolesque de certaines polices administratives, telles la police des établissements classés en Région flamande ou la police de l'évaluation des incidences en Région wallonne.

les principes ne peuvent justement pas contribuer à une plus grande sécurité juridique⁽³³⁸⁾. D'aucuns n'hésitent d'ailleurs pas à répondre que "le foisonnement du droit rend encore plus nécessaire les principes fondamentaux qui sont source , au delà de la multiplicité des textes d'unité, de clarté, de garantie"⁽³³⁹⁾. J. Boulanger n'écrivait-il pas il y a déjà près d'un demi-siècle que "les principes pouvaient justement constituer un élément stable au milieu des transformations sociales"⁽³⁴⁰⁾. Le recours aux principes traduit, selon nous, le souci d'articuler le droit sur des axes plus stables que ne le permet un droit réglementaire trop mouvant et chaotique. Enfin, il nous semble toujours possible de réduire la marge d'insécurité juridique puisqu'il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de définir au fur et à mesure la portée de ces différents principes.

³³⁸En ce sens , voy. la thèse développée par J. RIVERO à propos des principes du droit administratif français (J. RIVERO, op.cit., p. 24). Certains auteurs ne cherchent-ils pas en redécouvrant certaines dispositions fondatrices du droit de l'environnement, tel l'article 714 du Code civil, à ancrer ce droit sur des bases plus solides. Cf. B. JADOT, "L'article 714 du Code civil et la protection de l'environnement", in L'actualité du droit de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 54.

³³⁹Propos tenu par M. LONG, relaté par Y. JEGOUZO, op. cit., p. 209.

³⁴⁰J. BOULANGER, op. cit., p. 52.

CONCLUSIONS DU TITRE II

Notions indéterminées, notions à contenu variable, les principes du droit de l'environnement semblent échapper à toute définition véritable. Seule l'appréhension de leurs différentes facettes permet de les caractériser suffisamment pour pouvoir les distinguer des autres normes juridiques.

- Les principes du droit de l'environnement nous réservent ainsi des enseignements remarquables sur la dialectique des sources. Ils sont le fruit d'un intéressant processus d'échanges entre la loi, la doctrine et la jurisprudence, ce qui ne facilite pas bien entendu leur caractérisation sous leur angle organique. Mis en lumière par la doctrine, ils seront ensuite consacrés dans des textes juridiques. C'est suite à leur consécration, qu'ils connaîtront leur essor jurisprudentiel. Le législateur n'intervient donc pas de manière isolée. Ceci nous permet de conclure que la consécration de ces principes dans des textes réglementaires repose le plus souvent sur un intéressant processus d'échanges entre la loi, la doctrine et la jurisprudence. Personne ne semble ainsi détenir le monopole dans l'élaboration et l'utilisation des principes du droit de l'environnement. Ces principes présentent ainsi une spécificité certaine dans leur dimension organique, ce qui accentue leur différence par rapport à d'autres types de principes.

- Il semble par contre nettement plus délicat d'identifier ces principes d'un point de vue formel. Dans bien des cas, les principes ne sont pas identifiables par les termes qui les expriment. En outre, le fait de faire expressément référence aux principes dans le texte écrit, ne lève pas toutes les difficultés, les principes étant exprimés de manière relativement différente en raison de la nature des instruments juridiques dans lesquels ils s'insèrent.

- D'un point de vue matériel, les principes du droit de l'environnement présentent des similarités frappantes avec les principes généraux du droit. Ils partagent avec eux des critères comme celui de la généralité, de la permanence et de l'importance

hiérarchique. Ce sont là en effet des normes juridiques d'un type spécial, fortement influencées par des valeurs extra-juridiques, qui recouvrent un nombre indéterminé d'hypothèses, qui comportent une certaine discrétion et qui occupent une place relativement élevée dans la hiérarchie des normes. Ces différentes facettes rendent plus consistante la définition des principes du droit de l'environnement sous leur angle matériel.

- Nous avons finalement observé que la détermination de ces principes est plus aisée lorsque l'on met l'accent sur une conception plus fonctionnelle que conceptuelle. Cet essai de caractérisation des principes du droit de l'environnement pris dans leur dimension fonctionnelle a en tout cas fait apparaître, deux différences substantielles qui les opposent aux règles de droit.

Dépourvus de l'élément de contrainte inhérent à la règle de droit, ils ne sont pas à vraiment parler des règles de commandement. Toutefois, ils sont plus que de simples recommandations adressées aux pouvoirs publics puisqu'ils peuvent être utilisés de diverses façons à l'appui des règles contraignantes. Leur portée normative est donc tout à fait particulière se situant entre la simple directive qui ne contraint pas et l'obligation qui contraint.

D'autre part, ils assument, de différentes façons, une fonction constitutive ce qui n'est pas le propre des règles de droit contraignantes. Cette seconde fonction qui présente des facettes multiples contribue, comme nous nous efforcerons de le démontrer dans le titre suivant, à orienter l'action du législateur ou des autorités décisionnelles et à guider le juge dans le labyrinthe des textes.

Il serait cependant erroné de vouloir couler les principes que nous avons décrit, ci-dessus dans un moule positiviste tout comme de vouloir les réduire à des propositions d'ordre méta-juridique. D'une part, ces principes du droit de l'environnement tirent leur force du droit positif. Etant donné qu'ils sont, à la différence des principes généraux du droit, consacrés par différents législateurs, ils font partie intégrante de ce droit positif. Ils constituent pourtant

des normes juridiques qui se distinguent des règles de droit positif contraignantes en raison de leur degré d'indétermination accentué. D'autre part, de façon inverse, les principes ne se cantonnent pas au seul droit positif puisqu'ils forment dès idéaux régulateurs contribuant largement à la diffusion d'un nombre important de valeurs dans le droit positif.

Dès lors, à cheval sur le droit positif et sur le non-juridique, les principes du droit de l'environnement s'inscrivent donc dans une dialectique entre les règles de droit positif de type contraignant et les idéaux régulateurs. Pour cette raison, il n'est pas possible de raisonner de façon binaire en cataloguant les principes soit dans un iusnaturalisme ou en les rattachant uniquement au système juridique. Ces observations devraient conduire l'interprète à raisonner non plus de façon dichotomique (par exemple, entre droit et para-légalité, entre règles de droit positif contraignantes et principes non contraignants, ...) mais de manière gradualiste. Les principes du droit de l'environnement se situent aux confins du sous-système juridique que forme l'ensemble des règles relatives à la protection de l'environnement. Ils contribuent à mettre en rapport un certain nombre de valeurs politiques (l'internalisation des coûts de la pollution, la pollution doit être combattue à la source, les préoccupations environnementales doivent être intégrées dans toutes les politiques, ...), éthiques (la sécurité des générations futures, il ne peut y avoir d'enrichissement sans cause, ...) et idéologiques (le producteur de la nuisance doit être considéré comme le payeur) avec des règles de droit positif (les régimes de taxation, de responsabilité, d'autorisation et d'interdiction administrative, de contrôle et de surveillance, ...). De ce fait, ils ne pourront jamais entièrement tirer leur signification d'un ordre juridique purement formel tout comme ils ne pourront jamais se réduire à la seule expression des valeurs qui les imprègnent.

TITRE III

L'INCIDENCE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT SUR LE FONCTIONNEMENT DU SYSTEME JURIDIQUE

INTRODUCTION

Lors de notre tentative de définir les principes du droit de l'environnement, il nous est apparu que le critère fonctionnel constituait probablement un des meilleurs repères. Ces principes se distinguent en effet des autres normes juridiques en raison du rôle qu'ils exercent sur le fonctionnement du système juridique. Mais notre propos était demeuré volontairement vague, étant donné que nous nous contentions de rechercher des clés d'interprétation pour souligner la spécificité des principes au regard d'autres types de normes. Il nous reste maintenant à examiner, de manière plus prospective, quelles sont les fonctions plus précises ces principes seraient susceptibles de remplir.

Nous retiendrons dans cette dernière partie quatre angles d'approche. Dans un premier chapitre, le rôle de fécondation des principes dans la formulation et de la mise en oeuvre du droit de l'environnement par les différents pouvoirs de l'Etat sera mis en lumière. L'on verra ainsi comment les principes agissent-ils comme guide d'orientation à la fois à l'égard du législateur, de l'administration et du juge. Par ailleurs, le positionnement tout à fait spécifique des principes dans le système juridique nous est également apparu comme une source d'enrichissement potentielle. En effet, de manière assez étonnante, nous verrons dans un second chapitre que les principes sont susceptibles d'intensifier les interactions du droit positif avec des données non-juridiques, du droit de l'environnement avec les autres branches du droit, de l'ordre juridique national, communautaire et international,.... L'on sait par ailleurs que le droit de l'environnement rencontre des difficultés majeures en raison de l'éclatement de ses sources, du brouillage de ses finalités et de l'hétérogénéité de ses instruments à se transformer aux yeux de la communauté juridique en une véritable branche du droit. Comme nous le verrons dans un troisième chapitre, les principes permettraient de contourner certains des obstacles qui empêchent l'émergence du droit de l'environnement en tant que nouvelle branche du droit. La question n'est pas ici purement académique, étant donné que la consécration

d'une véritable autonomie du droit de l'environnement devrait pouvoir donner plus de poids aux intérêts environnementaux qu'ils n'en reçoivent actuellement dans les différents ordres juridiques. Enfin, comme nous le montrerons dans un quatrième chapitre, les principes peuvent également jouer un rôle clé dans la pondération des conflits d'intérêts. Ils pourraient en effet tempérer les rigueurs du principe de proportionnalité qui semble faire, jusqu'à présent, la part trop belle, aux intérêts antagonistes à la protection de l'environnement.

Ces différentes perspectives mettront donc en relief le rôle véritable que ces normes au contenu faiblement déterminées seraient susceptibles de jouer au sein du système juridique.

CHAPITRE Ier

LES PRINCIPES, INSTRUMENTS NOVATEURS DE REGULATION

INTRODUCTION

Au travers des valeurs de référence qu'ils véhiculent, les principes du droit de l'environnement s'adressent aux différents pouvoirs de l'Etat. Car c'est sous leur impulsion que, tour à tour, l'action législative se voit orientée, le pouvoir discrétionnaire de l'administration encadré et les méthodes d'interprétation judiciaire énervées. Les principes oeuvrent de la sorte comme un élément de fécondation de la formulation et de la mise en oeuvre du droit de l'environnement. Il s'agit là d'une des conséquences les plus immédiates et sans doute des plus importantes de l'insertion de principes dans des textes normatifs. Nous tâcherons d'apprécier ici dans quelle manière de tels principes sont susceptibles de conditionner le travail ces différents pouvoirs.

SECTION I - LES PRINCIPES COMME GUIDE D'ORIENTATION AU LÉGISLATEUR

Parce qu'ils agissent comme des normes de structure du droit de l'environnement, les principes orientent l'action du législateur. Comme le sextant, ils le guident au cours de sa traversée, ils lui balisent la voie à suivre, ils tracent le cadre dans lequel il doit agir. C'est à lui qu'il revient de donner vie aux principes consacrés dans les législations générales, en les mettant concrètement en oeuvre par le biais des législations spéciales les principes. En quelque sorte, ils seront pour lui un guide d'orientation, "de bonnes pratiques environnementales"⁽³⁴¹⁾. C'est d'ailleurs dans cet ordre d'idées que l'on a écrit que la principale utilité de la loi française insérant

³⁴¹J. de MALAFOSSE, "Les principes généraux du droit de l'environnement", in *Mélanges L. Boyer*, Faculté de droit de Toulouse, 1996, p. 6.

les principes du droit de l'environnement était "d'assurer le rôle d'une loi d'orientation environnementale"(342).

De nombreux exemples illustrent le rôle important que les principes du droit de l'environnement exercent sur la politique normative lorsqu'ils sont inscrits dans des textes juridiques. Ainsi, la première partie de l'étude a-t-elle mis en lumière comment les directives et les règlements communautaires s'inspiraient de manière significative des principes du droit de l'environnement consacrés à l'article 130R du traité. Au niveau national, la majorité des législations fiscales en matière d'environnement se revendiquent du principe du pollueur-payeur consacré par plusieurs résolutions internationales⁽³⁴³⁾. Dans son étude sur le principe de précaution en droit allemand, Madame Bolhmer-Christiaensen souligne que malgré son caractère vague, ce principe a joué un rôle déterminant dans le développement du droit allemand de l'environnement notamment par la prescription d'objectifs plus ambitieux et la mise en place de différents mécanismes permettant d'atteindre ceux-ci ⁽³⁴⁴⁾. Certes, si l'on ne manquera pas de nous rétorquer que ces législations auraient tout aussi bien pu voir le jour en l'absence de principes expressément formulés, il n'est pas certain que dans ce cas elles aient présenté le même niveau de protection environnementale.

Encore faut-il s'entendre sur la nature de l'obligation mise à charge des législateurs. S'agit-il d'une obligation de moyen, de résultat ou de garantie? La réponse ne fait ici aucun doute. C'est bien d'une obligation de moyen dont il s'agit.

Enoncés par le législateur, les principes présentent toutefois une fragilité certaine. Même en étant consacrés dans une loi-cadre, ils ne sont jamais à l'abri des lois et des majorités de circonstance. Rien n'empêche en effet le législateur de renoncer à ce qu'il s'est

³⁴²Ibidem.

³⁴³X. THUNIS et N. de SADELEER, "Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif?", *Aménagement-Environnement*, n° spécial 1995 Urbanisme et environnement : réparation et sanction, p. 3.

³⁴⁴S. BOLHMER-CHRISTIAENSEN, "The Precautionary Principle in Germany - enabling Government", in T. O'RIORDAN & J. CAMERON (ed.), *Interpretating the precautionary principle*, Londres, Cameron May, 1994, p. 55.

engagé. Les principes législatifs pourraient ainsi être constamment contredit par la kyrielle de législations sectorielles qui caractérise le droit de l'environnement. Il apparaît dès lors préférable, si on souhaite faire jouer aux principes un véritable rôle d'orientation à l'égard du législateur, de les inscrire dans les normes les plus élevées de l'ordonnement juridique. Tel est assurément le parti pris par les auteurs du traité de la Communauté européenne qui ont inséré les principes dans le traité lui-même et non plus comme auparavant dans les règles de droit dérivé. Les conséquences juridiques de ce choix sont importantes puisque le législateur communautaire est désormais tenu de se conformer aux principes énoncés dans le traité lorsqu'il adopte des actes de droit dérivé dans le domaine de l'environnement. De même, a-t-on fait valoir que la constitutionalisation du droit à la protection de l'environnement lui garantissait, au-delà de sa valeur symbolique, une plus grande pérennité que n'aurait pu le faire la loi³⁴⁵.

SECTION II - LES PRINCIPES COMME CRITERE D'APPRECIATION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

Lorsqu'ils sont consacrés par la loi, les principes s'adressent aux pouvoirs subordonnés tenus d'appliquer celle-ci. De la sorte, tant les décisions réglementaires que les décisions individuelles devront s'inspirer desdits principes⁽³⁴⁶⁾. Cette prise en compte est d'autant plus cruciale que les pouvoirs subordonnés sont quotidiennement confrontés aux pesées d'intérêts qu'impose la mise en oeuvre de leurs larges pouvoirs discrétionnaires ⁽³⁴⁷⁾. Les

³⁴⁵Fr. OST, "Un environnement de qualité : droit individuel ou responsabilité collective?", in *L'actualité du droit de l'environnement*, op.cit., p. 40.

³⁴⁶En République fédérale d'Allemagne, le principe de précaution inscrit dans différentes législations sectorielles est censé constituer une ligne politique pour les organes de l'Etat : "ein rechtspolitischer Grundsatz der die rechtsetzenden Staatsorgane dazu anhalten soll". Cf. B. BENDER et al., *Umweltrecht*, 3ème éd., Heidelberg, C.F. Müller, 1995, n° 70, p. 26. L'on a fait remarquer que l'insertion de différents principes du droit de l'environnement dans un décret-cadre de la Région flamande devrait obliger les pouvoirs subordonnés à les prendre en compte dans le cadre de leur politiques réglementaire et administrative. Cf. K. DEKETELAERE, *Flemish Environmental Policy Principles*, Eur. Env. L.R., oct. 1996, p. 286.

³⁴⁷Fr. OST, "Un environnement de qualité : droit individuel ou responsabilité collective?", op.cit., p. 40.

principes vont donc leur servir de guide, de balise, voire même de garde-fou dans la mise en oeuvre de leur pouvoir discrétionnaire⁽³⁴⁸⁾.

Le rôle d'orientation joué par les principes à l'égard des pouvoirs subordonnés peut être illustré au moyen de différents exemples. Dans une récente étude sur le droit communautaire, nous sommes parvenus à dégager plusieurs conséquences juridiques du principe d'intégration sur les pouvoirs de la Commission des Communautés européennes dans le domaine du droit de la concurrence. Lorsque la Commission doit statuer sur des demandes d'exemptions individuelles au titre du paragraphe 3 de l'article 85, elle serait, d'une part, tenue, au regard du principe, d'exempter les projets d'accords dont les conséquences seraient néfastes pour l'environnement et devrait, d'autre part, se montrer plus conciliante à l'égard des projets d'accord favorables à la protection de l'environnement⁽³⁴⁹⁾. Le principe pourrait de la sorte véritablement encadrer le pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière de concurrence. Le même raisonnement peut être tenu à propos des aides d'Etat qui doivent être approuvées par la Commission en vertu des articles 92 et suivants du traité.

L'on se demandera aussi quelle peut être la force juridique de ces principes légaux sur les actes adoptés par les pouvoirs subordonnés. Une décision prise par ceux-ci ne respectant pas les principes pourrait-elle être censurée par les juridictions pour vice de légalité? Les travaux préparatoires du décret flamand ont tenté de répondre à cette question en indiquant que seule la violation manifeste des principes qui y sont énoncés pourrait conduire à une annulation devant une instance juridictionnelle, étant donné la formulation générale de ces principes. En revanche, ces mêmes travaux préparatoires font état de la possibilité d'un contrôle beaucoup plus étendu du respect des principes légaux par les juridictions administratives du fait que celles-ci sont habilitées à

³⁴⁸Le même raisonnement est tenu à propos de principes généraux du droit, tel que le principe d'égalité. Cf. G. PELLISSIER, *op.cit.*, p. 96 à 100.

³⁴⁹N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, *op.cit.*, p. 176; J. JANS, *Europees Milieurecht in Nederland*, *op. cit.*, p. 265.

statuer en opportunité⁽³⁵⁰⁾. Cette amorce de réponse semble constituer une piste de réflexion intéressante. L'étendue du contrôle juridictionnel du respect des principes par les actes réglementaires et administratifs dépendra bien entendu du degré de précision que le législateur a conféré auxdits principes. Plus leur caractère est vague, moins ils sont susceptibles de présenter un degré d'impérativité tel qu'ils puissent avoir une force obligatoire⁽³⁵¹⁾. Dans ce cas, il s'agirait de règles normatives à caractère non réglementaire. Mais s'ils sont formulés de manière inconditionnelle, leur force juridique est incontestable. Ainsi, une disposition légale qui imposerait la prise en compte par les administrations d'une approche de précaution est-elle susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Les autorisations administratives qui ne tiendraient pas du tout compte des risques présentés par les installations projetées seraient prises en violation manifeste de cette obligation légale et pourraient, de ce fait, être annulées. Mais le contrôle juridictionnel peut-il aller plus loin lorsque l'absence de prise en compte du principe environnemental n'est pas manifeste? Peut-on imaginer que le juge puisse annuler, au nom du respect du principe de précaution, une décision qui n'aurait pas pris en compte tous les risques? Ne viedrait-il pas alors s'immiscer dans un débat d'opportunité qui ne relève en principe pas de son office?

SECTION III - LES PRINCIPES COMME INSTRUMENT D'INTERPRETATION AU SERVICE DU JUGE

§. 1er. Le recours aux principes comme méthode d'interprétation

³⁵⁰Doc. VI. R. , 1994-95, nr. 718/1, 21 et 24.

³⁵¹ K. DEKETELAERE fait remarquer qu'en raison du caractère fort général des principes, le contrôle juridictionnel ne sera que marginal. Op.cit., p. 286.

Même s'ils ne sont qu'un instrument parmi d'autres dans l'arsenal dont le juge dispose pour son travail d'interprétation, les principes peuvent exercer une influence profonde sur le travail judiciaire. En effet, confronté à des difficultés d'interprétation du texte normatif, contraint d'opérer des choix entre plusieurs lectures possibles, le juge pourra-t-il utilement s'appuyer sur les principes pour solutionner le litige dans un sens conforme à la ratio legis du texte. Si la règle consiste en l'application d'un principe, il pourra remonter jusqu'à lui pour donner un éclairage nouveau au litige. Si elle se présente par contre comme une dérogation à un principe, il devra l'interpréter restrictivement ⁽³⁵²⁾. Ainsi, les principes vont-ils ériger le juge en interprète de l'ensemble du système juridique dans lequel cette norme est insérée et non plus d'une norme particulière désincarnée.

Les principes du droit de l'environnement devraient également permettre au juge de résorber les contradictions et de pallier au silence ou à l'obscurité de la règle. Tout d'abord, les principes peuvent l'aider à résoudre les antinomies car ils permettent de donner plus de poids aux règles environnementales lorsqu'elles sont en concurrence avec des règles concurrentes ⁽³⁵³⁾. Nous aurons d'ailleurs l'occasion d'approfondir par la suite cette question. En outre, le juge peut aussi s'appuyer sur les principes pour combler certaines lacunes car il est admis qu'il doit se placer dans une telle situation, dans toute la mesure du possible dans l'esprit de l'ordre juridique et combler la lacune à partir de concepts d'harmonie ou d'économie générale du système, éclairés le cas échéant par les principes⁽³⁵⁴⁾. La créativité de la démarche jurisprudentielle devrait en sortir renforcée.

³⁵²Le même raisonnement est tenu à propos des principes généraux du droit. cf. J. BOULANGER, op.cit., p. 62.

³⁵³G. XYNOPOULOS, Le contrôle de la proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 394 à 415.

³⁵⁴M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, Le système juridique, op.cit., p. 96.

§. 2. La pratique judiciaire

Jusqu'à ce jour, les principes du droit de l'environnement ont rarement été invoqués comme tels par les juridictions. Leur apparition fort récente explique sans doute cet apparent manque d'intérêt. On les décèlera toutefois, le plus souvent, en filigrane des décisions rendues, les juges se tournant de façon parfois instinctive vers ceux-ci. En effet, lorsque des problèmes d'interprétation se posent, ils tentent d'interpréter la norme litigieuse au regard des objectifs poursuivis par le législateur, objectifs qui se confondent souvent avec les principes d'orientation que nous avons décrit.

A. Droit communautaire

Les principes du droit communautaire de l'environnement ont connu d'intéressants développements au niveau jurisprudentiel, le juge communautaire ayant eu, à plusieurs reprises, l'occasion de s'y référer. Ainsi, la Cour de justice a-t-elle fait directement appel au principe d'intégration dans trois affaires ayant trait au choix de la base juridique de réglementations communautaires concernant la protection de l'environnement⁽³⁵⁵⁾. Le recours à ce principe lui a permis de confirmer la thèse selon laquelle des actes concernant la protection de l'environnement pouvaient reposer sur d'autres bases juridiques que les articles du traité propres à cette politique. L'on notera aussi que dans son arrêt *Déchets wallons*, la Cour a fait expressément référence au principe de la réduction de la pollution à la source pour apprécier le caractère discriminatoire d'une entrave à la libre circulation des déchets ⁽³⁵⁶⁾. Ce principe lui a permis de conclure que la protection de l'environnement constituait en

³⁵⁵-Dans ces trois affaires, le principe d'intégration a été utilisé par la Cour pour confirmer l'interprétation selon laquelle les articles spécifiques à la protection de l'environnement laissent entière la compétence que la Communauté détient en vertu d'autres dispositions du traité, même si les mesures prises en vertu de celles-ci poursuivent en même temps l'un des objectifs de protection de l'environnement :

- C.J.C.E., 29 mars 1990, aff. C-62/88, Commission c. Grèce (Tchernobyl grec), point 22.
- C.J.C.E., 11 juin 1991, aff. C-300/89, Commission c. Conseil (Dioxyde de titane), point 22. Ce second arrêt confirme la thèse développée dans l'arrêt précédent.
- C.J.C.E., 24 novembre 1993, aff. C-405/92, Armand Mondiet, points

³⁵⁶C.J.C.E., 9 juillet 1992, aff. C-2/90, Commission c. Belgique, points 34 à 36.

l'espèce une exigence impérative d'intérêt général qui permettait de justifier la réglementation litigieuse.

Dans d'autres affaires tranchées par la Cour de justice, les principes n'apparaissent qu'en filigrane des arrêts. Deux arrêts rendus en matière de protection des oiseaux sauvages sont évocateurs de la portée que peut revêtir le principe de précaution⁽³⁵⁷⁾. Dans l'arrêt *Association pour la protection des animaux sauvages et préfet de Maine-et-Loire et préfet de La Loire-Atlantique*, la Cour de justice a tiré parti d'une approche de précaution pour privilégier la méthode de fermeture de la chasse garantissant une protection optimale de l'avifaune. La Cour a en effet considéré qu'"à défaut de données scientifiques et techniques appropriées à chaque cas particulier", c'est-à-dire en cas d'incertitude, les Etats membres ne pouvaient échelonner les dates de clôture de la chasse au risque de mettre en danger les populations d'oiseaux chassables⁽³⁵⁸⁾. Dans son arrêt *Marismas de Santona*, la Cour de justice a également fait usage d'une approche de précaution en condamnant le Royaume d'Espagne pour n'avoir pas assuré la conservation d'une zone humide de grande importance pour la conservation de certaines espèces d'oiseaux migrateurs conformément à la directive 79/409/CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages. Les autorités espagnoles contestaient que la destruction d'une zone humide située en Cantabrique puisse constituer une violation des obligations prévues à la directive étant donné qu'aucune diminution du nombre d'oiseaux protégés n'avait été constatée sur ce site. La Cour a rejeté cet argument en jugeant que l'obligation de conserver les habitats naturels de la zone s'appliquait indépendamment du fait que les populations d'oiseaux protégés ne disparaissent pas de ceux-ci⁽³⁵⁹⁾. Ce faisant, elle a dans un souci de précaution, pris en considération le contexte d'incertitude généré par le fait que la destruction des habitats naturels ne se traduirait que sur le long terme par le déclin des populations animales qui s'y trouvent.

³⁵⁷N. de SADELEER, "Bilan d'une décennie d'efforts législatifs en droit communautaire de la protection de la nature", in *Développements récents du droit communautaire de l'environnement*, Diegem, Story-Scientia, 1995, p. 286.

³⁵⁸Point 21.

³⁵⁹C.J.C.E., 2 août 1993, Commission c. Espagne, aff. C-355/90, Rec., p. I-4221, point 15.

B. Droits nationaux

A l'échelon national, les principes du droit de l'environnement n'ont pas encore connu jusqu'à ce jour un important succès auprès des juridictions. Les facteurs suivants peuvent sans doute expliquer cet apparent manque d'intérêt de la part des juges pour les principes. Tout d'abord, l'indétermination des principes fait naître certaines craintes de la part des juges. Ceux-ci seront en tout les cas enclins à s'y référer uniquement lorsqu'ils sont formellement inscrits dans un texte de loi, ce qui est encore rarement le cas. Qui plus est, la thèse selon laquelle les principes inscrits dans le traité de la Communauté européenne pourraient s'appliquer aux Etats membres par le biais du droit dérivé est loin d'être admise par tous. Ainsi, un juge britannique a-t-il jugé que le principe de précaution inscrit à l'article 130R du traité ne pouvait s'appliquer tel quel sans être expressément consacré dans son ordre juridique national⁽³⁶⁰⁾. Ceci dit, l'on voit depuis peu poindre un peu partout dans la jurisprudence, comme le montre les exemples qui suivent, différents principes du droit de l'environnement. Ce mouvement est suffisamment révélateur du rôle que peuvent exercer ces principes sur l'office du juge pour que nous nous y attardions.

1° Belgique

C'est surtout dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que l'on trouvera une référence aux principes.

Celle-ci a déjà invoqué à plusieurs reprises le principe du pollueur-payeur pour juger du caractère discriminatoire ou non de législations fiscales adoptées dans le domaine de l'environnement. Dans un arrêt du 14 novembre 1991, la Cour a admis la validité d'une taxation forfaitaire des ménages en matière de déversement d'eaux usées au regard du principe d'égalité des Belges devant la loi, tout en insistant sur le fait que les dispositions querellées avaient été présentées comme une réglementation transitoire dans

³⁶⁰Queen's Bench Division, 3 octobre 1994, R v. Secretary of State for Trade & Industry, ex parte Duddridge & others, J. Env.L., vol. 7, n°2, 1995, p. 237, obs. D. HUGUES.

l'attente d'une application plus poussée du principe du pollueur-payeur⁽³⁶¹⁾. Dans un second arrêt, des requérants reprochaient au législateur décrétal flamand d'avoir, en imposant une taxation sur le rejet des eaux usées, créer une discrimination entre les entreprises qui avaient procédé ou non à des investissements destinés à épurer leurs eaux. Cette différenciation de traitement leur apparaissait disproportionnée au regard de la fonction d'incitation propre au principe du pollueur-payeur qui avait inspiré le législateur régional. Tout en reconnaissant que le législateur décrétal avait proclamé son attention d'appliquer ledit principe en taxant les déversements d'une manière telle que les entreprises étaient encouragées à polluer le moins possible, la Cour d'arbitrage a estimé qu'il n'avait pas adopté une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif fixé⁽³⁶²⁾. Dans un arrêt du 3 juin 1993 rendu à propos d'une taxe forfaitaire perçue sur la production des déchets ménagers, la Cour a jugé que "dès lors qu'il s'inspire du principe du pollueur-payeur, une fiscalité en matière de déchets n'obéit au principe de non-discrimination que si elle atteint ceux qui polluent et si elle tient compte de la mesure dans laquelle chaque redevable contribue à la nuisance contre laquelle la taxation s'efforce de lutter"⁽³⁶³⁾. Prétextant des difficultés pratiques rencontrées par le législateur pour établir un régime de taxation différencié en fonction de la quantité de déchets produits par chaque ménage, elle n'a cependant pas annuler la disposition litigieuse même si celle-ci était contraire au principe du pollueur-payeur⁽³⁶⁴⁾. Dans un arrêt du 19 mai 1994, la Cour a jugé qu'en adoptant un régime fiscal sur la pollution des eaux s'inspirant du principe du pollueur-payeur, le législateur pouvait néanmoins s'écarter du principe qu'il avait lui-même retenu, pour traiter des circonstances particulières⁽³⁶⁵⁾.

Le recours au principe du pollueur-payeur est bien entendu facilité dans chacun de ces quatre arrêts par le fait que ledit principe figure parmi les objectifs que le législateur régional se donne

³⁶¹C.A., n° 32/91 du 14 novembre 1991, point

³⁶²C.A., n° 59/92 du 18 octobre 1992, point B.4.6.

³⁶³C.A., n° 41/93 du 3 juin 1993, point B.3.4., Aménagement-Environnement, 1993/3, obs. N. de SADELEER.

³⁶⁴Ibidem, point B.3.8.

³⁶⁵C.A., n° 39/94 du 19 mai 1994, point B.6.5.

systématiquement en matière de fiscalité environnementale. La Cour doit en effet examiner la proportionnalité de la mesure au regard de l'objectif fixé par le législateur qui se confond avec le principe. L'on aura également noté que ce n'est pas la violation du principe qui devrait conduire comme telle à l'annulation de la législation fiscale litigieuse. Sa fonction est a priori modeste : il ne sert qu'à éclairer le juge constitutionnel sur le rapport de proportionnalité entre la mesure fiscale et l'objectif éclairé au regard du principe. L'on peut en outre, regretter que le contrôle de la Cour soit à ce point timoré, aucun de ses quatre arrêts n'annulant d'ailleurs les dispositions fiscales litigieuses. Ainsi, la Cour admet-elle des régimes de taxation forfaitaire - a priori contraires au principe environnemental - soit parce qu'ils sont "temporaires" ⁽³⁶⁶⁾, soit parce qu'ils sont justifiés par des considérations pratiques⁽³⁶⁷⁾. De même, ne conteste-elle pas que des différences puissent être établies entre les pollueurs-redevables "en raison de circonstances particulières" même si celles-ci font fi de l'effet incitatif du principe environnemental ⁽³⁶⁸⁾. Ceci dit, l'annulation devrait toutefois être prononcée, au regard de cette jurisprudence, dès que les distinctions établies entre les différentes catégories de redevables ne tiendraient plus du tout compte de la part prise par chacun de ceux-ci dans la pollution comme l'exige le principe environnemental. Dans ce cas, la violation serait suffisamment flagrante pour être censurée.

Par ailleurs, le juge constitutionnel belge recourt également, mais de manière plus discrète, au principe de précaution. Ainsi, a-t-il admis que le législateur fédéral eusse pu recourir à ce principe en vue de justifier l'adoption d'une écotaxe frappant plus sévèrement des emballages constitués en PVC que les emballages constitués d'autres matériaux : "Bien qu'il n'y ait aucune unanimité absolue au sein du monde scientifique pour reconnaître la nocivité particulières du PVC pour l'environnement, le législateur a raisonnablement pu considérer, sur la base de données qui lui sont connues, que les récipients en PVC entraînent davantage de problèmes

³⁶⁶Arrêt n° 32/91 précité.

³⁶⁷Arrêt n° 41/93 précité.

³⁶⁸Arrêt n° 39/94 précité.

d'environnement que d'autres récipients"⁽³⁶⁹⁾. Un raisonnement similaire fut tenu à propos d'une législation flamande qui "procédait au démantèlement progressif de l'exploitation du gravier dans la province de Limbourg, afin de mettre fin aux atteintes à l'environnement". Le juge constitutionnel belge a précisé qu' "il appartient au législateur décréteur de peser les avantages et les inconvénients que représente, pour l'environnement, l'exploitation des gravières, le législateur décréteur pouvait donc seul apprécier si l'impact de cette exploitation sur l'environnement devait être ou non tenu pour globalement négatif et, le cas échéant, de décider qu'il devait y être mis fin dans les plus brefs délais (..). Il en est d'autant plus ainsi qu'à supposer que le débat relatif à l'environnement aboutisse plus tard à une révision des conclusions actuelles, il lui sera toujours loisible de revenir sur cette mesure au lieu de la poursuite de l'exploitation des gravières au risque de conduire à des dégradations irréversibles"⁽³⁷⁰⁾. De la sorte, le principe de précaution semble-t-il orienter le raisonnement de la juridiction constitutionnelle belge dans le sens de la reconnaissance de la spécificité de certaines mesures légales prises à l'encontre d'activités dommageables pour protéger l'environnement alors même que toutes les preuves scientifiques ne sont pas réunies quant à l'ampleur de la nature dommageable des activités incriminées. Cette évolution est d'autant plus remarquable qu'à l'époque où sont rendus ces arrêts, le principe de précaution n'est pas consacré comme tel dans le droit belge.

2° République fédérale d'Allemagne

Le fait que les autorités administratives allemandes soient soumises par plusieurs législations environnementales à prendre des mesures de précaution, a donné lieu à d'intéressants développements jurisprudentiels, notamment à propos du contentieux administratifs portant sur les normes d'émission prescrites par les autorisations d'exploiter. Le principe de précaution a aussi connu des développements tout à fait

³⁶⁹C.A., n° 7/95 du 2 février 1995, .

³⁷⁰C.A., n° 35/95 du 25 avril 1995.

remarquables en droit nucléaire, le tribunal administratif fédéral ayant notamment affiné la portée de ce principe dans l'affaire de la mise en exploitation de la centrale nucléaire de Wyhl⁽³⁷¹⁾.

En l'espèce, le tribunal administratif de Fribourg avait annulé en mars 1978 l'autorisation d'exploiter la centrale nucléaire de Wyhl en se basant sur le fait que l'autorisation ne prévoyait pas de protection contre l'éclatement du réacteur alors que le §7 de la loi sur l'énergie nucléaire prévoyait que l'autorisation ne pouvait être accordée que si "les précautions requises selon l'état de la science et de la technique sont prises contre les dommages qui peuvent être causés par la construction ou l'exploitation de l'installation". Aussi, le tribunal administratif de Fribourg censura-t-il l'autorisation prise par les pouvoirs publics qui avaient estimé, en s'appuyant sur l'avis de nombreux experts, que la protection contre l'éclatement du réacteur nucléaire n'était pas requise en tant que précaution nécessaire suivant "l'état de la science et de la technique" comme le prescrit le §7 de la loi sur l'énergie nucléaire. Cette première décision fut réformée le 30 mars 1982 par le tribunal administratif d'appel de Mannheim, qui jugea "qu'il appartenait aux sciences de la nature de faire le choix des faits qui doivent être pris en considération en faisant l'investigation des risques" et que les analyses qui avaient été ordonnées par les pouvoirs publics pour autoriser la centrale nucléaire en l'espèce respectaient le prescrit du §7 de la loi sur l'énergie nucléaire. En date du 19 décembre 1985, le tribunal administratif fédéral à Berlin trancha le contentieux sur l'exploitation de la centrale nucléaire de Wyhl et concéda au pouvoir exécutif une marge d'appréciation relativement importante des risques qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de contrôler⁽³⁷²⁾. Toutefois, le tribunal administratif fédéral apporta des éclaircissements particulièrement intéressants à propos de l'obligation de précaution inscrite au § 7 de la loi sur l'énergie nucléaire, en ce qu'elle vint à circonscrire la notion du

³⁷¹ Sur cette question cfr. M. BOTHE et H. SCHARPF, "La juridiction administrative allemande empêche-t-elle le développement de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire ?", R.J.E., 1986/4, p. 420.

³⁷² Le tribunal administratif fédéral estima qu'il n'était pas de la fonction du contrôle a posteriori exercé par des tribunaux administratifs de substituer leur propre appréciation à l'évaluation, assignée à l'exécutif, de controverses scientifiques ainsi que de l'appréciation du risque qui en résulte. Cf. M. BOTHE et H. SCHARPF, op. cit., p. 432.

risque résiduel de la manière la plus stricte possible. En raison de l'importance de cette décision dans l'évolution de la jurisprudence administrative allemande, nous citerons ici les attendus les plus remarquables de cet arrêt. Selon le tribunal administratif fédéral, "le paragraphe 7, alinéa 2, n° 3 doit être interprété, non pas en fonction d'une notion prédéterminée de "danger" - du droit administratif classique, mais eu égard au but de la protection spécifique qui figure dans le paragraphe 1er, n° 2 de la loi sur l'énergie nucléaire. La précaution au sens de la norme discutée ne signifie, par conséquent, pas que les mesures de protection ne doivent être prises que si "certaines situations ou faits peuvent, du fait de la loi de la causalité, produire d'autres situations ou faits dommageables"... Au contraire, il faut tenir compte des possibilités des dommages qui ne représentent pas encore des "dangers" dans ce sens, puisque la science, en l'état actuel, n'est pas en mesure de prédire avec certitude les conséquences de certains faits et ne peut pas donc dire si ces effets représentent un danger ou non. On doit tenir compte des soupçons de danger ou de "raison d'inquiétude" ("Besorgnisppotential"). La précaution signifie, de plus, qu'en ce qui concerne l'appréciation de la probabilité de dommages, on n'a pas à se référer aux seules connaissances pratiques des ingénieurs, mais que des mesures de sécurité doivent être considérées selon des réflexions et des calculs "purement théoriques" pour exclure de façon suffisante des risques provenant des incertitudes et des lacunes scientifiques encore existantes". (...) "Pour prendre les précautions requises selon le paragraphe 7, alinéa 2, n° 3 de la loi sur l'énergie nucléaire, il faut que les dangers et les risques soient pratiquement exclus. L'appréciation requise à cet égard doit se référer à "l'état actuel de la science et de la technique". Il faut tenir compte des incertitudes concernant la recherche et l'appréciation des risques selon les raisons d'inquiétudes qui en résultent en adoptant des hypothèses suffisamment conservatrices. Dans ce processus, l'autorité administrative chargée d'accorder l'autorisation ne doit pas seulement se fier à une doctrine dominante, mais doit tenir compte de toutes les connaissances scientifiques soutenables". Le tribunal administratif fédéral n'a pas pour autant annulé l'autorisation litigieuse ayant estimé que l'autorité compétente avait pondéré les différentes opinions scientifiques. Le juge administratif allemand a donc fait une

application fort élargie du concept de précaution qui allait probablement plus loin de ce qui avait été envisagé à l'origine par les auteurs de la législation allemande et de ce qui était admis à l'époque par la doctrine⁽³⁷³⁾. Aussi, cette jurisprudence montre-t-elle que le juge est susceptible de tirer des principes juridiques, des éléments qui lui permettent d'assurer un véritable contrôle de décisions administratives même si celui-ci ne peut conduire à la violation de la séparation des pouvoirs.

La jurisprudence du tribunal administratif fédéral repose d'ailleurs sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale qui avait jugé dans un arrêt du 8 août 1978 portant sur l'exploitation du surgénérateur de Kalkar que le §7 de la loi sur l'énergie nucléaire était bien conforme à la Constitution et visait à assurer la meilleure défense contre les dangers et la meilleure précaution contre les risques, en raison de la protection à accorder aux droits fondamentaux constitutionnels dont le droit à la protection de la santé ⁽³⁷⁴⁾. D'autre part, la Cour constitutionnelle avait également jugé que les notions indéterminées telles que "la précaution" et "l'état de la science et de la technique" devaient être précisées par les autorités administratives et par les juges et qu'il était donc légitime de confier à l'Exécutif le soin de mettre en oeuvre les principes posés par la loi.

3° France

En France, le Conseil d'Etat, appelé à apprécier la légalité d'un arrêté préfectoral portant déclaration d'utilité publique des travaux de prélèvement d'eau et déterminant, autour du point de prélèvement un périmètre de protection rapprochée, a jugé que "le fait que le test d'infiltration à la fluorescéine n'ait pas permis de confirmer de tels risques, ainsi que le fait que le rapport hydrogéologique (...) n'ait pas estimé que le périmètre de protection rapprochée était insuffisant, ne sont pas de nature à démontrer à

³⁷³G. ROLLER, *Genehmigungsaufhebung und Entschädigung im Atomrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1994, p. 54 et sv.

³⁷⁴ BVerfGE 49, 89 (143) et 53, 30 (58/58). Pour un commentaire de cette décision, cf. M. FROMONT, "République fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1978", R.D.P., 1979, p. 1650 à 1652.

eux seuls l'absence de nécessité d'élargir le périmètre de protection rapprochée en cause, afin de garantir la qualité des eaux"⁽³⁷⁵⁾. Plusieurs commentateurs ont décelé dans cet arrêt la mise en oeuvre du principe de précaution⁽³⁷⁶⁾, le Conseil d'Etat "reprochant en effet à l'administration de n'avoir pas démontré qu'il n'aurait pas été nécessaire d'élargir le périmètre de protection alors même que n'étaient pas établis avec certitude les risques d'infiltration"⁽³⁷⁷⁾.

4° Australie

Les principes sont parfois utilisés par des juridictions plus spécialisées en matière d'environnement, pour contrôler la motivation de décisions administratives. Tel est le cas de la *Land and Environment Court* de l'Etat australien de la Nouvelle-Galles du Sud qui est parvenue à dégager le principe de précaution d'une disposition de la législation relative aux parcs nationaux et à la vie sauvage⁽³⁷⁸⁾. Sur base de ce principe, la juridiction australienne a annulé une autorisation administrative accordée pour éliminer d'un site naturel où devait passer une route des espèces menacées de disparition, au motif que l'administration n'avait pas dûment pris en compte le risque de disparition des espèces concernées et qu'aucune alternative pour réduire ces risques n'avait été sérieusement étudiée. En revanche, la même juridiction a refusé d'annuler une décision administrative autorisant l'exploitation forestière d'un massif boisé au motif que l'étude d'incidences avait suffisamment mis en exergue les risques que l'exploitation projetée faisait peser sur différentes espèces animales protégées⁽³⁷⁹⁾. Dans d'autres affaires, telle l'autorisation d'une installation de déchets organiques à proximité d'une zone urbaine ⁽³⁸⁰⁾ et d'une usine de

³⁷⁵C.E., 4 janvier 1995, Ministre de l'Intérieur c/ M. Rossi. L'on observera que le principe de précaution n'avait pas à l'époque été expressément reconnu dans la loi française

³⁷⁶Y. JEGOUZO, op.cit., p. 216; L. LANOY, op.cit., p. 7; G. MARTIN, op.cit., p. 302.

³⁷⁷O. SACHS, obs. sous l'arrêt précité, CJEG, juin 1995, p. 232.

³⁷⁸Land and Environment Court of New South Wales, 23 novembre 1993, Leatch v. National Parks and Wildlife Service & Shoalhaven City Council, 81 LGERA 270.

³⁷⁹Land and Environment Court of New South Wales, 26 août 1996, Northcompass Inc. v. Hornsby Shire Council, unreported.

³⁸⁰Land and Environment Court of New South Wales, 29 septembre 1994, Nicholls v. National Parks and Wildlife Service & others, 84 LGERA 397.

combustion qui aurait contribué à l'augmentation de l'effet de serre⁽³⁸¹⁾, cette juridiction a estimé que différents éléments de l'instruction par les pouvoirs publics des demandes d'autorisations faisaient apparaître que ledit principe avait été pris en considération.

C. Remarques à propos de l'incidence des principes sur les méthodes d'interprétation

Il ressort de l'analyse de ces différentes décisions judiciaires que les principes sont toujours invoqués à l'appui d'une interprétation permettant de départager des thèses antagonistes. En donnant des indications au juge pour trancher le litige, ils n'offrent donc pas de solutions toutes faites. L'on aura en effet vu que le principe de réduction de la pollution à la source n'a pas justifié comme tel l'exigence impérative d'intérêt général invoqué par l'Etat belge dans le conflit l'opposant à la Commission à propos de l'interdiction d'importer des déchets en Wallonie. Il a tout au plus servi à appréhender le caractère éventuellement discriminatoire de la mesure sous l'angle spécifique de la nature du produit en cause. De même, le principe du pollueur-payeur invoqué à différentes reprises par la Cour d'arbitrage dans les contentieux sur la fiscalité environnementale permet à cette juridiction de vérifier la pertinence des différenciations effectuées entre différentes catégories de redevables en fonction de l'importance de leur pollution mais ne sanctionne pas comme tel la discrimination⁽³⁸²⁾.

C'est bien entendu le propre des principes que de ne pas intervenir comme le font les règles impératives, ou plutôt d'intervenir au second degré. Si les principes jouent a priori un rôle effacé, il n'en demeure pas moins que leur emploi peut s'avérer déterminant pour privilégier une interprétation au détriment d'une autre. Ils permettent de faire pencher la balance dans un sens comme dans un autre. Les principes trouveront donc un terrain

³⁸¹Land and Environment Court of New South Wales, 10 novembre 1994, *Greenpeace Australida LTD v. Redbank Power company & Singleton Council*, 86 LGERA143.

³⁸²Voy. *supra*, B, 1°.

d'élection dans ce que les juristes anglo-saxons appellent les "hard cases", c'est-à-dire les cas limites où a priori aucune thèse ne peut être départie. L'affaire relative au choix de la base juridique de la directive communautaire sur le dioxyde de titane est à cet égard très exemplatif⁽³⁸³⁾. La Cour de justice a d'abord constaté que cette directive participait tant par ses moyens que par son objet aussi bien à la protection de l'environnement qu'au fonctionnement du marché intérieur et que les deux bases juridiques contestées, l'article 130S et l'article 100A du traité, pouvaient a priori, l'une comme l'autre, lui servir de fondement juridique. C'est notamment grâce au principe d'intégration que la Cour de justice va réussir à trancher ce noeud gordien, en retenant l'article 100A - base juridique qui ne vise pas expressément la politique de l'environnement - au motif que les questions de protection de l'environnement doivent être également appréhendées dans le cadre de la politique du marché intérieur. Il s'agit là d'un argument d'autorité qui a autorisé la Cour de justice à trancher de manière cohérente en faveur d'une thèse alors que l'autre semblait a priori aussi pertinente.

§. 3. La crainte du gouvernement des juges

L'on notera enfin que le recours généralisé aux principes a ravivé la crainte que le législateur ait inventé "quelques bombes à retardement habilitant des juges qui aspireraient à gouverner à révolutionner le droit de l'environnement et à menacer la sécurité juridique"⁽³⁸⁴⁾. On imagine aisément qu'au travers de la mise en oeuvre de principes, le juge dispose d'un pouvoir tel qu'il puisse à tout moment remettre en cause les options politiques ayant présidé à l'élaboration des règles de droit. Alors que les règles juridiques ne leur laissent guère la possibilité que de les appliquer ou de ne pas les appliquer, les principes leur imposent, en raison de leur contenu faiblement déterminée, d'effectuer un important effort en vue de

³⁸³C.J.C.E., Commission c. Conseil, 11 juin 1991, aff. 300/89. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, op.cit., p. 45 à 50.

³⁸⁴Y. JEGOUZO, op. cit., p. 210. Plusieurs auteurs placent l'insécurité juridique découlant d'une trop grande liberté d'interprétation offerte par les principes parmi les principaux désavantages. Cf. P. GILHUIS & J. VERSCHUUREN, *The Codification of the Rio Principles in National Environmental Law*, op.cit., p. 18-19

déterminer leur portée exacte. Ainsi, les principes comportent-ils un élément d'incertitude tel qui risque de conduire à l'arbitraire. Qui plus est, leur contenu risque de varier sensiblement selon le lieu, l'époque, l'intérêt du magistrat, les parties en cause, les intérêts en jeu.... Voilà donc résuscité le spectre du Gouvernement des juges. Ces craintes semblent en tout cas être ravivées par le fait que l'intrusion des principes environnementaux dans le contentieux n'a pas toujours été bien accueillie par la doctrine⁽³⁸⁵⁾.

La question suivante se pose : le juge n'est-il ici qu'un modeste serviteur de principes qui s'imposent à lui ou, en les utilisant pour corroborer certaines thèses, devient-il, en fait, leur créateur? Il est indiscutable que la nature même du principe accroît le pouvoir discrétionnaire des juridictions⁽³⁸⁶⁾. Plus les notions juridiques sont indéterminées, plus grand est le pouvoir d'appréciation laissé au juge ⁽³⁸⁷⁾. Lorsqu'il est appelé à rechercher dans l'esprit du système une norme que la règle de droit n'exprime pas toujours clairement, il devient véritable créateur de droit en formulant dans une règle juridique ce qui n'est qu'un impératif rationnel de cohérence de l'ordre juridique et de ses fins. Aussi, le juge dispose-t-il d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il est confronté à deux principes antagonistes car il fixe lui-même leur poids respectif sans être tenu par des critères objectifs.

La thèse selon laquelle l'indétermination de la notion engendre la discrétion doit toutefois être nuancée⁽³⁸⁸⁾. Nous sommes en effet loin de la partager complètement car, comme nous l'avons fait remarquer ci-dessus, les principes n'agissent jamais seuls dans notre matière. Ils sont là pour conforter une interprétation au détriment d'autres, pour orienter sans les déterminer absolument,

³⁸⁵Cf. des critiques ont en effet été formulées par une partie de la doctrine tant à propos du recours du principe d'intégration dans l'arrêt *Dioxyde de titane* que du principe de réduction de la pollution à la source dans l'arrêt *Déchets wallons*.

³⁸⁶En théorie générale du droit, le caractère discrétionnaire des principes généraux du droit ne fait pas l'unanimité. Alors que Dworkin considère que dans un certain nombre de cas les principes sont susceptibles de limiter la discrétion des cours et tribunaux (R. DWORKIN, *Taking right seriously*, op. cit., p. 31), Raz estime, en revanche, qu'ils tendent généralement à accroître le pouvoir discrétionnaire du juge (J. RAZ, "Legal principles and the Limits of the Law", *Yale Law Journal*, p. 846).

³⁸⁷C. PERELMAN, "Les notions à contenu variable...", op.cit., p. 365.

³⁸⁸S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit. , p. 46.

le choix des magistrats (³⁸⁹). Si le recours aux principes accroît d'une certaine manière le pouvoir des juges, leur liberté d'appréciation reste néanmoins contingentée à la volonté du législateur qui les aurait énoncé.

CONCLUSIONS

Consacrés dans des textes juridiques, les principes sont bien des normes qui en raison de leur degré de généralité se comportent de manière sensiblement distincte des règles impératives. En tant que normes, ils fixent des balises tant pour les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Leur incidence est sans doute discrète, comme le montre certaines décisions de justice, mais elle est pourtant bien réelle. La consécration de principes produit dès lors des effets tant sur l'élaboration que sur la mise en oeuvre du droit de l'environnement. Ils constituent dès lors des éléments dynamiques dans le fonctionnement de ce sous-système juridique.

³⁸⁹ J. RAZ, *The authority of law*, Oxford, 1979, p. 96.

CHAPITRE II

LES PRINCIPES ET LEUR EFFET DE LISIERE

INTRODUCTION

En raison de leur nature dialectique, les principes occupent une position privilégiée dans la plupart des systèmes juridiques. Les principes propres au droit de l'environnement ne font pas exception à cette règle étant donné qu'en interagissant à la fois avec les valeurs extra-juridiques, le droit matériel, les autres branches juridiques et, enfin, des principes plus sectoriels, ils occupent une place tout à fait spécifique au sein du système juridique. En se trouvant de la sorte à la croisée des chemins, ils s'enrichissent de ces rapports étroits avec des éléments extérieurs aux systèmes juridiques dans lesquels ils sont censés s'insérer tout comme ils sont à la source d'un enrichissement réciproque de différentes sphères juridiques. Nous tenterons de systématiser ici ces différents processus d'interactions et de montrer leur apport respectif au dynamisme des systèmes juridiques.

SECTION IER. - L'INTERACTION ENTRE LES PRINCIPES ET LES VALEURS EXTRA-JURIDIQUES

Les principes sont susceptibles d'évoluer simultanément au sein du droit positif et en dehors de celui-ci. Ils évoluent au sein du droit positif lorsqu'ils sont expressément consacrés dans des textes normatifs parce qu'ils tirent en partie leur signification des règles de droit matériel qui elles-mêmes évoluent. Mais ceci n'empêche pas leur essor en dehors du droit positif lorsqu'ils sont repris et étayés dans des documents d'orientation politique (programmes politiques, déclarations d'intention,...). Chacune de ces évolutions ne se fait assurément pas en vase clos car les frontières entre le droit positif et la sphère extra-juridique sont tout sauf

imperméables. La dimension politique du principe conditionne l'évolution de son interprétation juridique et, de manière inverse, la consécration législative ou juridictionnelle du principe influence sa portée politique. A titre d'exemple, la consécration généralisée du principe du pollueur-payeur dans les sphères politiques a eu des incidences manifestes sur l'évolution des législations dans le domaine de la responsabilité et de la fiscalité environnementale. De manière inverse, le principe, dans sa dimension politique, va pouvoir s'enrichir d'une telle évolution.

Le caractère fort général des principes font qu'ils sont mieux à même de répercuter au sein du droit positif un certain nombre de valeurs extra-juridiques que ne le font la plupart des règles présentant un plus grand degré d'impérativité.

SECTION II -L'INTERACTION ENTRE LES PRINCIPES ET LES REGLES DE DROIT

§1er. L'ambigüité des rapports entre les principes et les règles de droit

L'on doit s'interroger sur la nature des rapports entre les principes et les autres règles du droit positif. Les premiers ordonnent-ils les règles de droit en raison de la place élevée qu'ils occupent dans la hiérarchie des normes ? Se trouvent-ils au contraire dans un état de dépendance par rapport à ces règles ? Ou concourent-ils, enfin, tout simplement à leur efficacité en les complétant ? Après avoir rappelé les deux thèses antagonistes en présence, nous tenterons de dégager une voie intermédiaire. Il en ressortira que l'interpénétration entre les principes et les règles de droit positif procure un enrichissement réciproque des uns comme les autres.

§2. Le modèle de la pyramide

A première vue, les rapports existant entre les principes, normes supérieures, et les règles de droit positif, normes inférieures

s'ordonnent dans un sens unique et vertical, à savoir du haut vers le bas, qu'exprime si bien la métaphore de la pyramide. Les principes sont en effet là pour éclairer, pour guider, pour orienter la volonté du législateur qui ordonnera lui-même la mise en place du cadre réglementaire qui donnera à la norme sa viabilité. Les principes, assis au sommet de la pyramide, insufflent alors un souffle nouveau sur les règles impératives et commandent leur essor. Ainsi, la reconnaissance du principe de prévention requiert-elle l'adoption d'actes législatifs qui eux-mêmes commanderont l'adoption d'actes réglementaires tendant à favoriser une approche préventive au détriment d'une approche curative, le principe du pollueur-payeur ordonne-t-il la mise en place d'instruments fiscaux destinés à faire internaliser les coûts de la pollution ou à mettre en place des régimes de responsabilité objective, le principe de précaution commande-t-il l'aménagement des instruments juridiques existant afin de mieux tenir compte des risques potentiels.... La relation est constamment de nature linéaire et hiérarchique, la norme inférieure étant toujours inspirée et déterminée par le principe.

Etant donné que le plus souvent les principes du droit de l'environnement prennent place dans des normes hiérarchiquement supérieures⁽³⁹⁰⁾, l'on aurait a priori tendance à les concevoir comme s'inscrivant dans un tel schéma.

§3. Le modèle de la pyramide renversée

Les rapports entre les règles et les principes peuvent cependant être analysés dans une perspective radicalement opposée. Le rapport de délégation décrit ci-dessus serait en effet contredit par le fait que la signification des principes se trouve déterminée dans une large mesure par celle qui est donnée aux règles de droit matériel. Toute modification apportée au contenu de ces règles affecte le contenu des principes qui les justifient. L'on assisterait ainsi à une véritable révolution copernicienne, le rapport entre le principe et la règle se trouvant subitement inversé. Au lieu de se faire du haut vers le bas, il se fait du bas vers le haut. Vu sous cet angle, ce n'est plus le principe qui détermine effectivement le

³⁹⁰Cf. infra Titre II, section 4.

sens et la portée de la règle de droit dérivé mais plutôt cette dernière qui donne au principe sa signification, qui lui insuffle son sens. Le principe n'a qu'une valeur indicative et ne prend forme et consistance que suite à l'intervention du législateur ou du pouvoir réglementaire. Sa portée est dès lors tributaire de l'état d'avancement du droit positif. En fin de compte, ce sont les orientations prises par le législateur qui s'avèrent décisives pour son interprétation et c'est donc ce dernier qui devient leur interprète privilégié. Aussi, le modèle pyramidal se retrouve-t-il entièrement renversé.

Si dans la conception traditionnelle du droit, une telle inversion est exclue, l'on observera néanmoins que l'imprécision du langage des normes supérieures renvoie au niveau inférieur le pouvoir de déterminer celle-ci⁽³⁹¹⁾. Ce processus est bien entendu visible dans le droit de l'environnement où l'interprétation de différents principes deviendra tributaire de l'appréciation donnée aux règles qui leur sont inférieures.

§4. Des hiérarchies enchevêtrées

Ces deux paradigmes nous paraissent excessifs car dans chaque cas ils assimilent les interactions entre les principes et les règles de droit positif à des rapports de subordination. La réalité paraît pourtant beaucoup plus complexe. En fait, aucune des deux relations hiérarchiques ne semble devoir être exclue. Le niveau supérieur redescend vers le niveau inférieur tout en étant lui-même déterminé à son tour par le niveau inférieur. En d'autres termes, les principes conditionnent la mise en oeuvre des règles du droit positif et, de manière inverse, la mise en oeuvre de ce droit donne un sens nouveau aux principes⁽³⁹²⁾. La relation s'établit donc dans les deux sens : du bas vers le haut et du haut vers le bas. Ces rapports entrecroisés ne se dessinent donc plus selon des formes rectilignes mais bien curvilignes. Ils enrichissent de la sorte le système juridique : les principes enguillardis par les progrès accomplis au

³⁹¹M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, op.cit., p. 108.

³⁹²En ce sens, J. VERSCHUUREN, "Naar een codificatie van beginselen van het milieurecht", op.cit., pp. 424 et 425.

niveau du droit positif susciteront à leur tour l'apparition de normes plus ambitieuses.

Cette thèse peut être illustrée par les développements jurisprudentiels qui ont suivi l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *Déchets wallons*. Plusieurs commentateurs avisés firent remarquer à l'époque où cet arrêt fut rendu que la jurisprudence de la Cour de justice ne pouvait s'appliquer que dans des situations exceptionnelles, du fait que l'interdiction d'importer des déchets en Région wallonne se justifiait surtout par les pollutions importantes qui avaient été causées à l'époque en raison de l'importation massive de déchets industriels étrangers. Dès lors, la référence aux principes de proximité et d'autosuffisance était purement circonstancielle. Cette interprétation restrictive fut infirmée dans les faits et par la jurisprudence. Dans les faits, les principes de proximité et d'autosuffisance furent confirmés au niveau du droit positif par un règlement sur les mouvements transfrontaliers de déchets. Dans la jurisprudence aussi car la Cour de justice a reconnu, dans deux arrêts rendus ultérieurement, la pertinence de l'application de ces principes dans le domaine des déchets. Dans un premier arrêt, *Parlement c. Conseil*, la Cour de justice s'est référée à l'arrêt *Déchets wallons* pour confirmer la nature environnementale du règlement n° 259/93 concernant la surveillance et le contrôle des transferts des déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne. A son attendu 22, la Cour de justice fit remarquer que l'ensemble des -procédures de ce règlement ont été adoptées "dans le souci de garantir la protection de l'environnement et en tenant compte d'objectifs relevant de la politique de l'environnement, tels les principes de proximité, de priorité à la valorisation et d'autosuffisance au niveau communautaire et national". En outre, elle observa que ces procédures permettaient aux Etats membres d'assurer la mise en oeuvre de ces différents principes, par l'adoption de mesures d'interdiction générale ou partielle d'importer ou d'exporter des déchets ³⁹³. Dans un second arrêt, *Commission c. Conseil*, concernant la validité de la directive-cadre relative aux déchets, la Cour de justice a confirmé l'interprétations qu'elle avait donnée

³⁹³ CJCE, 28 juin 1994, aff. C-187/93, Rec., p. I-2857, point 34.

dans son arrêt *Déchets wallons* au principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, puisque la directive litigieuse reconnaissait "notamment le principe de la proximité du lieu de l'élimination des déchets par rapport à celui de leur production afin d'assurer, autant que possible, que chaque Etat membre procède à l'élimination de ses propres déchets" ⁽³⁹⁴⁾. Cet exemple met en évidence ce que M. van de Kerchove et Fr. Ost qualifient de "hiérarchies enchevêtrées" que l'on retrouve entre les règles de droit positif et la formulation des principes, hiérarchies qui mettent à mal la représentation pyramidale de l'ordonnancement entre les principes et les règles de droit positif ⁽³⁹⁵⁾. Au paradigme de la linéarité se substitue le paradigme de la complexité. Ceci confirme que le droit de l'environnement ne peut en aucun cas se résumer à un modèle de représentation linéaire.

SECTION III - L'INTERACTION ENTRE LES DIFFERENTS ORDRES JURIDIQUES

Les principes du droit de l'environnement caractérisent la présence de systèmes juridiques ouverts, c'est-à-dire perméables aux influences exercées par les autres ordres juridiques. Cette ouverture est rendue possible par le fait que les principes propres à cette branche du droit sont généralement partagés par des ordres juridiques fort différents, tels le droit international, le droit communautaire et les droits nationaux. Par leur faculté d'être consacrés par différents législateurs, ces principes vont en effet pouvoir véhiculer et répandre un ensemble de nouvelles valeurs d'un ordre juridique à un autre. De cette manière, l'ouverture encourage les interactions entre des ordres juridiques différents et suscite à la fois leur évolution et leur adaptation permanente. Ce type d'interaction s'avère, à nos yeux, d'autant plus bénéfique que l'internationalisation de la crise environnementale rend

³⁹⁴ CJCE, 17 mars 1993, Commission c. Conseil, aff. 155/91, Rec., p. I-971, point 14.

³⁹⁵ Fr. OST et M. van de KERCHOVE, "Création et application circulaire du droit", in Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 183; Fr. OST et M. van de KERCHOVE, Le système juridique entre ordre et désordre, op.cit., p. 105 à 110; Fr. OST, La nature hors la loi, op.cit., p. 248; M. DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, op.cit., p. 109.

indispensable une coopération étroite entre les différentes sphères juridiques.

La capacité d'ouverture du droit de l'environnement suscitée par les principes est particulièrement frappante en Europe où le droit communautaire ne constitue pas un système clos évoluant en parfaite autarcie. Les règles communautaires adoptées en matière d'environnement se trouvent en effet constamment à l'interface des droits nationaux et régionaux en vigueur dans la Communauté européenne d'une part, et du droit international, d'autre part. En harmonisant les réglementations nationales, le législateur communautaire extrait de ces dernières leurs spécificités et dégage ainsi les principes qui vont guider le développement du droit communautaire dérivé. De manière inverse, comme les pollutions ne connaissent pas les frontières et que les problèmes environnementaux se posent de plus en plus souvent à l'échelle planétaire, le législateur communautaire transpose dans son ordre juridique différents principes des conventions internationales qu'il ratifie. Des principes dégagés au niveau international peuvent-ils venir, par conséquent, s'appliquer aux Etats membres de la Communauté européenne lorsque cette dernière les a repris dans sa législation tout comme des principes nationaux peuvent être consacrés par après au niveau international. Tel est notamment le cas du principe de précaution allemand repris à la fois dans l'ordre juridique international et communautaire.

L'ouverture d'un système juridique à l'autre par le biais des principes peut notamment être illustrée par l'arrêt *Déchets wallons*. Dans cette affaire, la Cour de justice s'est référée au principe de la réduction de la pollution à la source pour tempérer les rigueurs de l'application de l'exigence impérative d'intérêt général à des situations dans lesquelles les régimes juridiques étaient distinctement applicables en fonction de l'origine des déchets. Une telle solution n'était pourtant pas évidente. Le principe de la réduction de la pollution à la source inscrit à l'article 130R, paragraphe 2 n'avait à priori aucun rapport avec les mouvements transfrontaliers des déchets. Il avait été interprété jusqu'alors comme imposant la réduction de la quantité et de la nocivité des déchets au stade de leur production. Pourtant, la Cour de justice a

élargi la portée de ce principe en se référant à deux principes de droit international prévus par la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination. En éclairant la portée du principe communautaire au regard de ces deux nouveaux principes, la Cour de justice a puisé dans le tréfonds du droit international. La chose la plus étonnante tient au fait que ces principes du droit international avaient eux-mêmes été suscités par l'évolution du droit communautaire dérivé puisqu'ils étaient apparus dans une résolution du Conseil des Ministres de la Communauté européenne ⁽³⁹⁶⁾. Mais les choses ne se sont bien entendu pas arrêtées en aussi bon chemin puisque, fort de la jurisprudence de la Cour et d'une réglementation communautaire faisant la part belle à ces principes, les Etats membres ont apporté des restrictions à certains transferts de déchets. Les juges nationaux ont alors embrayé le travail commencé par la Cour de justice en appliquant à leur tour les principes environnementaux pour régler les litiges se rapportant aux mouvements transfrontières de déchets. C'est ainsi que le Conseil d'Etat français a débouté des sociétés important en France des ordures ménagères en provenance d'Allemagne qui poursuivaient l'annulation de la réglementation interdisant ce type de trafic en invoquant un principe d'autosuffisance nationale⁽³⁹⁷⁾.

Il est dès lors possible de conclure que les principes jouent un rôle tout à fait essentiel dans le rapprochement d'ordres juridiques distincts tant par leur origine historique que par leur lieu d'application géographique. Pour s'en convaincre, l'on observera que certains des législateurs nationaux qui inscrivent des principes dans leur législations-cadre recopient ceux qui ont été consacrés par le traité de la Communauté européenne qui s'est lui-même inspiré des règles de droit international. Nous découvrons qu'il s'agit là d'un véritable fonds commun du droit de l'environnement, que celui-ci se développe à l'échelon national, régional ou international.

³⁹⁶ Sur cette question, cfr. N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, op. cit., p. 461.

³⁹⁷ C.E., 15 avril 1996, Freymuth et autres, A.J.D.A., 20 juin 1996, p. 440. Voy. les conclusions du commissaire de gouvernement D. Piveteau précédant l'arrêt qui invoque le principe d'autosuffisance nationale, comme condition de l'autosuffisance européenne.

SECTION III. - L'INTERACTION ENTRE LES DIFFERENTS BRANCHES JURIDIQUES

Chaque branche juridique tend à représenter un sous-système cloisonné. Tous ces systèmes évoluent et coexistent tant bien que mal. En cherchant à résoudre en quelque sorte de manière autonome leurs problèmes, chacun produit des effets négatifs sur les autres⁽³⁹⁸⁾. En se mettant au service du développement économique le droit économique semble-t-il faire fi des questions écologiques. De manière inverse, le droit de l'environnement semble également compromettre, dans une certaine mesure, les objectifs du développement économique.

Pourtant, le droit de l'environnement devrait en raison de son caractère transversal, mettre à mal, cette représentation. L'on sait que l'apparition du principe d'intégration qui contraint chaque politique publique à prendre en compte ses conséquences sur l'environnement, a d'ailleurs accentué la transversalité de ce droit. Puisqu'il va rendre les autres branches juridiques perméables aux influences du droit de l'environnement et à ses principes, le principe environnemental va ainsi aider à rompre les effets de clôture propres à l'ascension des branches juridiques.

L'apparition du principe postule ainsi que l'autonomie des branches juridiques soit fondamentalement repensée.

Les principes, comme nous le voyons, bousculent une nouvelle fois les divisions trop rigides que les juristes mettent en place dans le but de systématiser le droit positif.

SECTION IV - L'INTERACTION ENTRE LES PRINCIPES SUPERIEURS ET LES PRINCIPES PARTICULIERS

³⁹⁸Ch.-A MORAND, "La coordination matérielle des décisions: espoir ultime de systématisation du droit des politiques publiques", in *Droit de l'environnement, mise en oeuvre et coordination*, Genève, Helbing & Holstein, 1992, p. 170.

L'on assiste au sein même du droit de l'environnement à une ramification des principes considérés comme supérieurs par la production de principes particuliers. Les "grands principes" secrètent en effet des principes au champ d'application plus circonscrit, mieux adaptés aux situations concrètes.

Ainsi, dans chaque branche sectorielle du droit de l'environnement, l'on retrouve des sous-principes établis dans la lignée des principes généraux. A ce titre, le droit des déchets est entièrement réglé par des principes s'inspirant des principes généraux du droit de l'environnement. Ceci est confirmé par la jurisprudence de la Cour de justice qui a jugé dans son arrêt *Déchets wallons*, que les principes de proximité et d'autosuffisance découlaient du principe général de la correction par priorité à la source ⁽³⁹⁹⁾. Dans le domaine de la pollution de l'eau et de l'air, le principe de stand-still en vertu duquel la mise en oeuvre des actes internationaux ne peut pas conduire à une augmentation de la pollution, est directement inspiré du principe de prévention.

L'apparition d'une série de sous-principes n'infirme pourtant pas le fait que les principes supérieurs forment l'ossature du droit de l'environnement. Comme nous l'avons déjà souligné, ces sous-principes ne constituent que le prolongement des principes généraux. Leur contenu se déduit des principes supérieurs, comme le particulier se déduit du général. En aucun cas ils ont pour vocation d'infirmer ce qui est formulé par les principes supérieurs.

CONCLUSIONS

Les principes peuvent donc partir à l'assaut de l'effet de clôture qui marque la pensée juridique contemporaine. L'autonomie du droit positif, de ses ordres et de ses branches juridiques est en effet sérieusement mise à mal par l'intrusion de concepts au contenu faiblement déterminé, lesquels se moquent des frontières que l'on a arbitrairement dressées entre le droit et le non juridique, entre le droit de l'environnement et les autres branches du droit ou

³⁹⁹ C.J.C.E., 9 juillet 1992, Commission c. Belgique, aff. 2/90, Rec., p. I-4431, point 34.

entre le droit international, le droit communautaire et les droits nationaux de l'environnement.

Il nous est donc permis de conclure que les principes présentent une richesse extraordinaire en terme d'ouverture, en terme de décloisonnement de systèmes. Parcequ'ils traduisent les idées directrices fondamentales du droit de l'environnement et qu'ils se retrouvent à cheval sur plusieurs ordres juridiques qui se complètent, ils apparaissent à nouveau comme des normes tout à fait particulières. Il s'agit incontestablement là d'un apport important à la détermination d'un socle commun pour résoudre, par le droit, les problèmes d'environnement.

CHAPITRE III

LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN TANT QU'INDICATEURS DE L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT

INTRODUCTION

Le droit est divisé en différentes "branches" qui agissent en son sein comme des sous-systèmes ⁽⁴⁰⁰⁾. Parcequ'elle systématise le droit positif et le rend, par conséquent, plus intelligible, cette division est supposée revêtir une dimension plus méthodologique et pédagogique que juridique. Mais ceci ne doit pas occulter qu'une telle division peut aussi avoir des conséquences juridiques en raison du rôle qu'elle exerce sur l'ordonnancement de la fonction juridictionnelle et la répartition des compétences au sein de celui-ci ⁽⁴⁰¹⁾. De même, il ne faut pas perdre de vue qu'elle agit également sur le fonctionnement du système juridique, l'importance accordée à une branche se faisant au détriment des autres⁽⁴⁰²⁾.

La division du droit en branches est loin d'être homogène car elle varie considérablement selon le temps et les lieux. Les branches se formalisent en effet de façon multiple tantôt à l'occasion d'une codification, tantôt sous l'impulsion d'une réflexion doctrinale, tantôt par l'effet d'un mécanisme juridictionnel déterminé ⁽⁴⁰³⁾. En outre, de nouvelles branches juridiques sont toujours susceptibles de prendre place dans l'ordre juridique en reprenant, parfois, les

⁴⁰⁰Sur les divisions du droit, cf. A. WEILL et Fr. TERRE, *Droit civil - Introduction générale*, n°52; J.-L. BERGEL, *Méthodes du droit - théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, p. 165; J. CARBONNIER, *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J.

⁴⁰¹(401) M. WALINE considère que l'apparition d'une branche nouvelle du droit implique nécessairement l'existence d'une juridiction distincte. Cf. M. WALINE, *Traité de droit administratif*, Sirey, 1959, n° 44.

⁴⁰²(402)P. ORIANNE estime qu'en plus de sa fonction d'ordonnancement juridictionnelle, la division du droit remplit une fonction de systématisation. Cf. P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1982, p. 93.

⁴⁰³(403)P. ORIANNE, *op.cit.*, p. 94.

attributions de branches plus anciennes⁽⁴⁰⁴⁾. L'apparition de "nouveaux droits", tel le "droit de la consommation", le "droit social", le "droit intellectuel" est particulièrement significatif à cet égard. Enfin, les branches sont tout sauf étanches puisqu'elles se recoupent, se superposent, s'enchevêtrent continuellement.

La consécration de principes directeurs est intimement liée à la consolidation des branches de droit⁽⁴⁰⁵⁾. Les uns et les autres entretiennent en effet des rapports de nature réciproque. L'essor de branches juridiques facilite l'apparition des principes qui leur sont propres car dès que la branche juridique prend forme, dès que ses structures se développent, les principes qui lui sont propres vont se manifester⁽⁴⁰⁶⁾. De manière inverse, les principes contribuent à façonner de nouvelles branches du droit étant donné que ces dernières prennent corps autour de concepts structurateurs qui accroissent leur autonomie par rapport aux branches rivales.

Nous tâcherons de montrer dans ce présent titre comment les principes du droit de l'environnement contribuent à affirmer le droit de l'environnement en tant que nouvelle branche du droit. Cette démarche pose préalablement la question de savoir si le droit de l'environnement revêt à l'heure actuelle les attributs d'une branche de droit. C'est pour cette raison que nous aborderons d'abord les obstacles qui sont supposés empêcher l'affirmation du droit de l'environnement en tant que branche autonome pour en venir ensuite au rôle qu'ils peuvent remplir pour concrétiser cette autonomie.

SECTION I - LES OBSTACLES RENCONTRES PAR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN TANT QUE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT

⁴⁰⁴(404)P. ORIANNE, *op.cit.*, p. 94.

⁴⁰⁵ Nous ne visons pas ici, bien entendu, la majorité des principes généraux du droit, communs à toutes les branches de droit.

(406) H. BUCH, «A propos des principes généraux du droit dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs», *Miscellanea W. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, t.III, p. 420.

Bien que ceux-ci n'aient jamais été véritablement systématisés par la doctrine, de redoutables obstacles empêchent le droit de l'environnement de s'affirmer en tant que nouvelle branche du droit. Il nous a dès lors paru opportun de bien les cerner pour dévoiler par la suite comment en recourant aux principes du droit de l'environnement, l'on parviendrait à les surmonter.

§ 1. Un droit déstructuré

Des efforts importants ont été accomplis dans le domaine du droit de l'environnement depuis le début des années septante, époque où apparurent les premières législations environnementales tant au niveau international et national et où fut proclamée la Déclaration de Stockholm. Les structures mises en place tant à l'échelon international, européen, national et local ont depuis lors contribué à multiplier les textes normatifs destinés à protéger l'environnement. Depuis peu, des codifications officieuses visant à rassembler ces règles éparses dans des trunks communs ont été initiées par différents Etats, des commentaires doctrinaux sont rédigés et des enseignements spécialisés sont organisés à leur propos⁽⁴⁰⁷⁾. Cet intérêt proncé de la part de la communauté juridique laisserait penser que le droit de l'environnement revêt désormais les caractéristiques d'une branche juridique bien assise. Or on en est pourtant loin. Encore faut-il en effet que cet essor ordonné. L'"effervescence" qui caractérise ce droit est loin d'être un signe de bonne santé. Les réglementations sont le plus souvent adoptées, au coup par coup, selon les aléas des enjeux sociaux, sans qu'il n'y ait aucune vue d'ensemble⁽⁴⁰⁸⁾ et se superposent, pour compliquer les choses, à des cadres juridiques inadaptés et obsolètes. L'on ne sera guère surpris d'apprendre que ce droit offre en fait "une masse hétéroclite de dispositions d'origines diverses, construites selon des logiques autonomes (droit rural, industriel, urbanisme) et dont une partie s'est trouvée recyclée dans un but de

⁴⁰⁷ Sur le rôle de la doctrine dans l'élaboration des principes, voy. le premier titre de la seconde partie.

⁴⁰⁸ P. LASCOUMES et G. MARTIN, "Des droits épars au code de l'environnement", *Droit et Société*, 1995, 30/31, p. 330.

protection environnementale"⁽⁴⁰⁹⁾. L'on éprouvera d'ailleurs "de la peine à discerner, au travers de la prolifération de textes, ce corps de règles cohérent, animé de principes propres sans lesquels on ne saurait d'ailleurs parler d'un droit"⁽⁴¹⁰⁾. Aussi les observateurs rivalisent-ils en effet de critiques pour dénoncer cet "édifice baroque"⁽⁴¹¹⁾, cette "nécropole juridique"⁽⁴¹²⁾, cette "jungle normative", ce "colosse aux pieds d'argile" et rares sont ceux qui osent s'engager dans ce labyrinthe de règles obscures. D'aucuns tiennent des propos encore plus sévères : le droit de l'environnement n'existerait "qu'en tant que produit d'édition et projet professionnel de certains juristes et d'utopie sociale des militants écologistes"⁽⁴¹³⁾. Que dire alors du droit international de l'environnement composé d'un amalgame de déclarations dépourvues de valeur juridique et de conventions multilatérales et bilatérales qui présentent encore moins d'effectivité que les législations nationales.

Un aussi sombre tableau pourrait faire douter que l'on se trouve en présence d'une nouvelle branche du droit. En effet, comment trouver dans un amalgame de textes, les règles de structure tant nécessaires à l'émergence d'une nouvelle branche juridique?

§ 2. Un objet évanescent rétif à une appréhension juridique

Une branche du droit est censé se cristalliser autour d'un objet déterminé. Est-ce le cas du droit de l'environnement ? L'on pourrait en douter. Comme son nom l'indique, le droit de l'environnement a trait aux règles juridiques destinées à gérer l'environnement. Mais qu'est-ce à vrai dire que l'environnement? S'il est un concept vague, c'est bien celui là. En quoi se distingue-t-il des préoccupations ressortissant à la santé publique, à la protection des travailleurs, à l'aménagement du territoire....? Est-ce là autre chose que de l'écologie? Ne serait-il pas préférable de parler de milieu au lieu

⁴⁰⁹ P. LASCOUMES et G. MARTIN, op.cit., p. 325.

⁴¹⁰ M. REMOND-GOUILLOUD, Du droit de détruire, Paris, PUF, 1989, p. 24.

⁴¹¹ P. LASCOUMES et G. MARTIN, op.cit., p. 331.

⁴¹² Ph. SAINT-MARC, Socialisation de la nature, Stock, 1971, p. 165.

⁴¹³ P. LASCOUMES et G. MARTIN, op.cit., p. 325.

d'environnement? Ces questions trouvent leur écho dans le droit positif lui-même puisque l'on voit les législateurs hésiter dès qu'ils sont appelés à délimiter le champ d'application du droit de l'environnement au moyen d'une notion aussi évanescence. Et si d'aucuns s'y risquent, ils le font tout au plus au moyen de tautologie⁽⁴¹⁴⁾. La doctrine n'apporte, elle non plus, aucune réponse claire à ces questions. L'environnement est, il faut le reconnaître, une notion caméléon qui est rétif à une appréhension juridique et ce même si l'on s'accorde aujourd'hui à la définir comme l'ensemble des éléments qui, dans la complexité de leurs relations, constituent le milieu et les conditions de vie de l'homme⁽⁴¹⁵⁾. Est-il encore possible de parler d'une nouvelle branche de droit pour une matière juridique dont l'objet est à ce point flou?

L'on se demandera tout particulièrement se que peut recouvrir le droit de l'environnement en raison du caractère vague de son objet. Les controverses que cette notion suscite se reflètent dans les difficultés rencontrées dans toute tentative de délimitation du champ d'application matériel du droit de l'environnement. La plupart des ouvrages consacrés à la matière font d'ailleurs état de la difficulté de tracer avec précision les frontières de ce droit nouveau. Si la majorité des auteurs sont d'accord pour dire que le droit de l'environnement s'organise autour d'un noyau central comprenant la lutte contre les nuisances et les pollutions, les positions des uns et des autres divergent, par contre, considérablement à propos des matières périphériques qui pourraient tomber dans son giron. Pour certains, le droit de l'environnement est appelé à couvrir toutes les polices administratives qui affectent d'une manière ou d'une autre l'environnement. Ainsi, la protection des monuments et des sites, l'aménagement du territoire, la gestion de ressources naturelles releverait du domaine du droit de l'environnement. Pour d'autres, ce droit devrait se limiter au seul domaine de la lutte contre les pollutions. Conscient de ces difficultés, certains tentent de délimiter le champ d'application du droit de l'environnement au moyen d'une

⁴¹⁴ Les auteurs du traité C.E. sont parvenu à définir la politique de l'environnement en indiquant que son objet est "de préserver, de protéger et d'améliorer la qualité de l'environnement", mais ce sans jamais indiquer en quoi consistait "l'environnement".

⁴¹⁵ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 1, n° 1.

série de cercles concentriques qui traduisent le caractère totalement ou partiellement environnemental de la règle juridique édictée ⁽⁴¹⁶⁾. Cette démarche, aussi intéressante soit-elle, montre à quel point le droit de l'environnement est loin de présenter des frontières intangibles. Qui plus est, les problèmes de délimitation se posent avec plus d'acuité encore lorsque des ordres juridiques exigent, comme y invite l'article 130R, § 2 du traité C.E., que les exigences en matière d'environnement soient une composante des autres politiques publiques. Une telle obligation ne constitue-t-elle pas la négation de l'existence d'un corps autonome de règles juridiques? L'on se demandera alors si un droit dont l'objet est à ce point imprécis et aux frontières aussi fluctuantes pourrait encore espérer accéder au rang des branches juridiques plus classiques.

§ 3. L'absence de catégories juridiques homogènes

La formation d'une branche de droit nécessite aussi la présence de catégories juridiques homogènes pour résoudre des rapports juridiques d'un type nouveau. L'on peut douter que de telles catégories puissent réellement être trouvées dans le droit de l'environnement. Dans son état actuel, il demeure tiraillé par des logiques différentes (civiliste, publiciste, administrativiste, patrimoniale..) et continue à raisonner de manière hétéroclite, à la fois en termes de milieux (eau, air, sol), d'espèces (la faune et la flore), d'activités (économiques, sociales) et de nuisances (pollutions, nuisances, substances, déchets, rejets,..). L'on aurait du mal à trouver dans une telle segmentation des catégories juridiques homogènes qui permettrait d'appréhender globalement les problèmes posés⁽⁴¹⁷⁾ et ce au grand dam de l'environnement dont

⁴¹⁶(416) Le noyau central du droit de l'environnement serait ainsi constitué par le droit de la nature, le droit des pollutions et des nuisances, le droit des monuments naturels et des sites. En deuxième ligne seraient concernées de façon privilégiée par le droit de l'environnement, les règles qui devraient, pour l'essentiel (mais non en totalité), être inspirées du souci de protéger l'environnement, à savoir le droit de l'urbanisme, le droit rural, le droit des monuments historiques, le droit minier, le droit de l'aménagement du territoire,... Enfin, un troisième cercle comprendrait les droits affectés par le droit de l'environnement (droit du travail, droit de la consommation, droit de l'énergie, droit économique, ...). Cf. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op.cit., p. 7, n° 8.

⁴¹⁷(417) P. LASCOUMES et G. MARTIN, op.cit., p. 331.

la protection réclame des concepts englobants et évolutifs ⁽⁴¹⁸⁾. Qui plus est, la création de nouvelles institutions juridiques pour repenser les problèmes posés semble encore relever de la gageure tant le fossé séparant la discipline juridique de la discipline scientifique est important. Comme François Ost l'a souligné, soit le droit de l'environnement devient l'oeuvre du juriste et ne parvient pas à saisir utilement des données décidément trop complexes et variables; soit il est rédigé par l'expert et il demeurera nécessairement complexe, variable et, en tous les cas, rétif à la segmentation juridique⁽⁴¹⁹⁾. Chaque groupe d'experts se laisse ainsi enfermer dans sa propre discipline, dans sa propre logique et les règles édictées par les uns ou par les autres ne permettent pas de combler les espoirs que l'on avait placés en elles.

Ne serait-il pas dès lors prématuré de parler d'une nouvelle branche de droit alors que les règles en vigueur n'ont pas encore pris place dans des structures juridiques homogènes destinées à appréhender correctement la matière en question?

§ 4. L'absence d'instruments juridiques spécifiques

Dans son état actuel, le droit de l'environnement éprouve sans aucun doute de grandes difficultés à se définir comme une branche autonome du droit en ce qu'il se voit obligé de puiser tout à tour dans les techniques et les notions du droit administratif, du droit pénal, du droit fiscal, du droit de la responsabilité les moyens qui sont nécessaires à son développement⁽⁴²⁰⁾. Ce droit nouveau paraît ainsi uniquement fait d'emprunts d'attributs appartenant aux branches juridiques traditionnelles ⁽⁴²¹⁾. Ne parle-t-on d'ailleurs pas du droit pénal de l'environnement et du droit fiscal de l'environnement? L'écofiscalité ne se résume-t-elle pas à l'aménagement d'instruments fiscaux classiques tels que l'impôt et

⁴¹⁸ N. de SADELEER, "La conservation de la nature au-delà des espèces et des espaces : l'émergence de concepts écologiques en droit international", in *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 186 à 195.

⁴¹⁹(419) Fr. OST, *La nature hors la loi*, Paris, La découverte, 1995, p. 96.

⁴²⁰ M. REMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire*, op.cit., p. 257. De tels constats ont déjà été formulés à propos du droit social. Cf. P. ORIANNE, "Sur les principes du droit social", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Van Goethem*, Louvain, 1964, p. 419.

⁴²¹Cf. J.-F. NEURAY, *Principes du droit de l'environnement*, op.cit., p. 18.

la redevance au bénéfice d'une meilleure protection de l'environnement? Les autorisations requises pour l'exploitation d'établissements ou d'installations se différencient-elles vraiment des autres autorisations administratives? Les incriminations pénales en matière d'environnement ne relèvent-elles pas du droit pénal spécial ? Qui plus est, les droits procéduraux tels que le droit de participation, d'ester en justice ou du droit à l'information, souvent décrits comme les fleurons du droit de l'environnement n'ont rien de spécifique à ce droit⁽⁴²²⁾. Il en va de même des mouvements d'oscillation entre la coercition et la contractualisation, la réparation et l'indemnisation, la responsabilité et la culpabilité, la codification et la spécialisation, mouvements qui secouent depuis une décennie le droit de l'environnement mais qui n'ont rien de particulier à ce dernier.

L'on serait à nouveau tenté de conclure que le droit de l'environnement, en raison de ses innombrables emprunts, ne présenterait pas les spécificités dont on est en droit de s'attendre de la part d'une branche juridique.

SECTION II - LES PRINCIPES EN TANT QUE VECTEURS DE L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT

L'on aura tout de suite perçu qu'en se heurtant à de tels obstacles, le droit de l'environnement éprouve, dans son état actuel, des difficultés certaines à émerger comme une nouvelle branche du droit. Il n'en demeure pas moins que l'apparition d'une nouvelle branche de droit doit être admise à partir du moment où un certain particularisme apparaît autour d'un objet nouveau⁽⁴²³⁾. Les préoccupations concernant la protection de l'environnement constituent incontestablement un fait social marquant de cette fin de siècle. Cette prise de conscience a suscité l'intervention des pouvoirs publics et les règles adoptées par ceux-ci ont introduit des rapports juridiques d'un type nouveau qui nécessitent une adaptation, voire une transformation des règles juridiques

⁴²²D'autres droits, tels le droit du travail et le droit de la consommation recourent aussi à ces droits procéduraux.

⁴²³ M. PRIEUR, op. cit., p. 15, n° 11.

classiques. C'est au regard de ce processus de transformation du droit, certes lent mais continu, que la question de la formation d'une branche nouvelle doit être résolue. Ce phénomène va tout particulièrement retenir notre attention, car nous verrons que les se transforment en partie sous l'impulsion des différents principes que nous avons identifié. Aussi, ces derniers principes apparaîtront-ils comme des éléments-clés du processus d'affirmation du droit de l'environnement comme une nouvelle branche juridique.

§ 1. Les principes contribuent à dégager l'objet du droit de l'environnement

L'on a vu que les controverses portant sur l'étendue des matières couvertes par le droit de l'environnement ne facilitaient pas l'émergence d'une nouvelle branche juridique. Mais faut-il nécessairement définir le droit de l'environnement au regard de critères purement formels ? Une telle tentative de définition ne court-elle pas à l'échec, comme le montre l'ordre juridique communautaire où il n'est pas possible de circonscrire le droit de l'environnement aux seules réglementations adoptées sur base de l'article 130S⁽⁴²⁴⁾.

Ne serait-il dès lors pas préférable de distinguer le droit de l'environnement des autres branches juridiques sur base de critères plus fonctionnels parmi lesquels l'on retrouverait la finalité de la poursuivies par ces règles juridiques⁽⁴²⁵⁾? En effet, à l'instar d'autres branches du droit⁽⁴²⁶⁾, le droit de l'environnement gravite autour des finalités poursuivies par les règles comprises en son sein. Les principes vont justement permettre de dégager ces finalités et contribuer de la sorte à mieux faire ressortir l'objet du droit de l'environnement.

⁴²⁴ Sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative au choix des bases juridiques des actes concernant la protection de l'environnement, voy. notre étude, *Le droit communautaire et les déchets*, op. cit. p.23 à 63.

⁴²⁵ Cette analyse est d'ailleurs confortée par la théorie générale du droit qui considère les distinctions entre les différentes branches du droit s'appuient davantage sur des critères d'ordre fonctionnel que sur des critères formels. Cf. M. VAN de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, p.64.

⁴²⁶ J. RENAUD, "La systématisation dans le raisonnement juridique", in *Logique et analyse*, août 1958, n°3-4, p. 178.

Même si ses règles sont l'expression de multiples arbitrages et le produit de compromis politiques, le droit de l'environnement se caractérise par une dimension téléologique que reflète plusieurs de ses principes. Il est destiné à donner corps à un droit à l'environnement, droit qui se trouve consacré par plusieurs constitutions d'Etats européens⁽⁴²⁷⁾. Ce droit consiste, selon nous, dans la protection des éléments abiotiques (air, eau, sol, climat,...) et biotiques (faune, flore, micro-organismes,...) en vue de garantir une gestion durable des différentes ressources indispensables à la vie sur terre. Le droit de l'environnement doit donc se concevoir en terme de protection et non pas seulement en terme de gestion. En effet, l'affirmation d'un droit à l'environnement implique que l'environnement soit protégé pour les besoins des générations présentes et futures. Les règles édictées sont donc censées poursuivre la réalisation de cette finalité. Elles ne peuvent, en conséquence, être analysées et interprétées de façon neutre ⁽⁴²⁸⁾. Les principes de prévention, de précaution, du pollueur-payeur, de réduction de la pollution à la source contribuent bien entendu à définir l'étendue de la protection à accorder à l'environnement.

Il est dès lors possible d'identifier à partir de cette finalité un noyau dur autour duquel les réglementations environnementales vont pouvoir se structurer. Ce noyau consiste dans l'obligation de préserver les fonctions essentielles des différents écosystèmes afin de maintenir une vie décente sur terre. C'est cette dimension qui devra, au titre du principe d'intégration, imprégner les politiques publiques qui ont des effets préjudiciables sur l'environnement.

Ce critère fonctionnel permet de réfuter la critique selon laquelle l'imprécision des frontières du droit de l'environnement l'empêcherait de se transformer en une branche juridique

⁴²⁷(427) Plusieurs auteurs considèrent la reconnaissance d'un droit à l'environnement comme un élément essentiel dans l'émergence du droit de l'environnement comme une nouvelle branche du droit. Cf. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, op. cit, n° 9, p. 8; J.-F. NEURAY, *Principes de droit de l'environnement*, Bruxelles, Story-Scientia, 1995, p. 26, n° 16; A. LEBRUN, *Memento de l'environnement*, 1995 - 1996, Diegem, Kluwer, 1995, p. 20.

(428) Sur le critère finaliste, cf. M. DESPAX, *Droit de l'environnement*, Paris, Litec, 1980, p. 15.

autonome. Le droit de l'environnement ne peut en effet être conçu comme une catégorie imperméable aux autres branches juridiques. Sa particularité est justement de devoir, à partir de son noyau dur, influencer les autres facettes du système juridique dans un sens plus favorable à la protection de l'environnement. Le système juridique n'apparaît dès lors plus comme on a souvent voulu le dépeindre, comme étant marqué par une séparation radicale entre ses différentes composantes, mais au contraire par l'interpénétration constante de celles-ci.

La place occupée par un droit à la protection de l'environnement et ses principes devraient faciliter de la sorte l'apparition d'un sous-système juridique autonome.

§ 2. Les principes suscitent l'apparition de nouveaux cadres juridiques pour résoudre les problèmes d'environnement

Le droit de l'environnement institue-t-il de nouveaux cadres juridiques destinés à repenser nos rapports avec l'environnement?

Tout d'abord, il n'est pas certain que le droit de l'environnement doive s'exprimer au travers de nouvelles institutions, lesquelles opéreraient, un effet de rupture par rapport à l'ensemble du système juridique. D'aucuns se sont en effet employés à faire ressusciter d'anciennes institutions juridiques pour combler cette absence de cadre juridique homogène qui permettraient de repenser les rapports que nous entretenons avec la nature. L'on notera tout particulièrement à cet égard les travaux consacrés par différents auteurs à des concepts juridiques éprouvés, tel le régime juridique des res communes⁽⁴²⁹⁾ ou le patrimoine ⁽⁴³⁰⁾

⁴²⁹ A. SERIAUX, "La notion de choses communes : nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir", in *Droit et environnement : propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Presses universitaires de Marseille, 1995, p. 23; B. JADOT, "L'article 714 du Code civil et la protection de l'environnement", in *L'actualité du droit de l'environnement*, op.cit., p. 53; "L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir", in *Quel avenir pour le droit de l'environnement*, op.cit., p. 93.

⁴³⁰ Fr. OST, "Le patrimoine, un concept dialectique adapté à la complexité du milieu", in *Het milieu - L'environnement*, Fédération royale des notaires Kempen, Turnhout, 1993, p.13; "Het patrimonium opnieuw bekeken : een juridisch statuut voor het milieu", in *Tegenspraak*, cahier n° 15, *Milieu rechtgezet?*, p. 55; "Le patrimoine un statut juridique pour le milieu", in *La nature hors la loi*, op.cit., p. 306.

qui pourraient fournir au droit de l'environnement "un cadre conceptuel, une matrice théorique ... d'où procèderaient des solutions qu'il appartiendra au temps et à l'évolution des esprits de consolider et de préciser"⁽⁴³¹⁾.

Par ailleurs, des concepts nouveaux, telle l'idée d'un contrat naturel qui repenserait les liens juridiques de l'homme et de la nature de manière réciproque et symbiotique, ont également fait leur apparition⁽⁴³²⁾. Le concept du "développement durable" émergeant avec la conférence de Rio sur l'environnement et le développement serait également susceptible de fournir un nouveau cadre de référence sur lequel pourraient s'appuyer les règles en la matière ⁽⁴³³⁾.

Toutes ces théories ont certainement le mérite de tenter de dégager des cadres juridiques nouveaux pour reconstituer nos rapports avec la nature. Ils participent de cette manière à la différenciation du droit de l'environnement des autres corps juridiques.

§ 3. Les principes transforment les règles existantes dans le sens d'une meilleure protection de l'environnement

Identifier un nouvel objet est une chose, distinguer la particularité des instruments juridiques destinés à concrétiser cet objet en est une autre. Nous avons vu ci-dessus, que l'on reprochait au droit de l'environnement le manque d'instruments juridiques novateurs. Et pourtant, il est possible de découvrir dans le foisonnement des textes existants différentes tendances réglementaires se concrétisant par l'apparition d'instruments juridiques nouveaux, lesquels sont susceptibles de projeter un éclairage nouveau sur ce droit.

⁴³¹Ibidem.

⁴³²M. SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Fr. Bourin, 1990, 194 p.; S. GURTWIRTH, "Autour du contrat naturel", in *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1993, p. 120.

⁴³³ M. PALLEMAERTS, "De opkomst van het begrip 'duurzame ontwikkeling' in het internationaal juridisch en politiek discours : een conceptueel revolutie", in *De natuur van het milieurecht - Verkenningen naar de grondslagen van het milieurecht*, , Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1995, p. 380.

La première partie de l'étude a notamment mis en relief comment les principes du droit de l'environnement agissaient sur les règles existantes. Notre attention a tout spécialement été attirée sur l'incidence du principe du pollueur-payeur sur les régimes fiscaux, du principe de précaution et du principe du pollueur-payeur sur les régimes de responsabilité et du principe de prévention sur les régimes d'autorisation administrative. Ces différents principes conduisent inévitablement à une transformation des règles classiques de la fiscalité, de la responsabilité, du contrôle et de la surveillance dans le sens d'une protection accrue de l'environnement. Ainsi, sous l'impulsion de chacun d'eux, le droit de l'environnement se dote d'instruments juridiques originaux qui le démarqueront des autres branches du droit. Sans prétendre être exhaustif, l'on rappellera ici différents types d'instruments juridiques qui enrichissent, à notre estime, le droit de l'environnement.

La technique de l'évaluation des incidences, fortement influencée comme nous l'avons vu, par une approche préventive, constitue incontestablement un des instruments les plus marquants et les plus particuliers du droit de l'environnement. Considéré tout à la fois comme un instrument de conception pour le promoteur, d'information et de concertation pour les tiers et de décision pour les pouvoirs publics⁽⁴³⁴⁾, l'évaluation des incidences est à l'origine d'une "révolution écologique silencieuse" qui a non seulement apporté des modifications substantielles à de nombreuses procédures particulières mais qui a aussi réussi à transformer l'essence de la décision administrative⁽⁴³⁵⁾. Il en va de même de l'écotaxe qui contredit à coup sûr le concept classique de l'impôt dont et dont l'apparition a été suscitée par les principes de prévention et du pollueur-payeur⁽⁴³⁶⁾. Il s'agit, en effet, moins ici d'un impôt au sens classique du terme que d'un instrument fiscal original destiné à infléchir les comportements des producteurs et

⁴³⁴ B. JADOT, "Des études d'incidences : pour qui, pour quoi?", in *L'évaluation des incidences sur l'environnement : un progrès juridique?*, CEDRE, Publ. F.U.S.L., 1991, p. 197.

⁴³⁵ M. PRIEUR, *op.cit.*, p. 71.

⁴³⁶ B. JADOT, "Les écotaxes, instrument pertinent du droit de l'environnement?", in *L'introduction des écotaxes en droit belge*, CEDRE, Publ. F.U.S.L., 1994, p. 190 à 193.

des consommateurs⁽⁴³⁷⁾. Quant à la réparation du dommage écologique, elle revêt également une spécificité telle qu'elle se trouve en rupture complète avec les enseignements classiques de la responsabilité civile. Il s'agirait là d'un "thème central du droit de l'environnement"⁽⁴³⁸⁾, étant donné qu'un tel dommage présente un caractère collectif et non plus individuel et personnel. Enfin, l'action en justice pour défendre l'environnement déroute-t-elle également par son originalité. Recouvrant à la fois l'intérêt collectif, l'intérêt de l'environnement et les intérêts des générations futures⁽⁴³⁹⁾ celle-ci ne constitue ni une action individuelle ni une action collective ni une action populaire.

Ces exemples illustrent chacun à leur façon comment le droit de l'environnement se joue des distinctions opposant le droit administratif au droit fiscal, le droit de la responsabilité civile au droit judiciaire.... Sous le coup des principes, les "emprunts" se transforment en instruments adaptés à une finalité nouvelle : la protection de l'environnement.

§ 4. Les principes constituent une étape préalable de la codification

Parmi les différents obstacles rencontrés par le droit de l'environnement, nous nous sommes longtemps attardé sur son manque apparent de cohérence. Pourtant, l'on oserait espérer que les tentatives de codifications initiées en Europe par plusieurs législateurs offriront plus de rigueur et de cohérence aux règles existantes⁽⁴⁴⁰⁾. La codification a en effet souvent été apparentée à l'émergence d'une branche du droit. Il s'agirait là d'un "temps fort"

⁴³⁷C.BRICMAN, "La fiscalité de l'environnement, ceci n'est pas un impôt", in L'actualité du droit de l'environnement, op.cit., p. 399. Le commentateur souligne que la fiscalité de l'environnement est la manifestation la plus remarquable de l'évolution récente de la fiscalité.

⁴³⁸G. MARTIN, Le dommage écologique, PIREN, mars 1989, n° 219, p. 256.

⁴³⁹B. JADOT, "La reconnaissance des intérêts écologiques en droit interne", in Droit et intérêt, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., vol. 3, 1990, p. 185.

(440) Voyez la loi suisse du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement; la loi néerlandaise sur la gestion de l'environnement. Voyez également les tentatives de codification dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne, notamment aux Pays-Bas, en République fédérale d'Allemagne, en France et en Région flamande. Voy. aussi le modèle de loi-cadre sur la protection de l'environnement élaboré par le Conseil de l'Europe.

de ce processus⁽⁴⁴¹⁾, le code étant incontestablement "la représentation la plus tangible de la systématique du droit"⁽⁴⁴²⁾. En rassemblant de manière systématique et exhaustive des règles éparses dans un corps unique, le codificateur met fin à la dispersion des sources. En levant les contradictions, en supprimant les doubles emplois, en comblant les lacunes et en complétant les pans inachevés de la matière, il ordonne la matière selon des axes rationnels. Les règles prennent alors place dans un véritable sous-système.

Toutefois, le terme "codification" peut être trompeur. La simple référence à ce terme n'est pas suffisante pour confirmer que nous sommes en présence d'une nouvelle branche du droit. Il convient en effet d'être attentif à la manière dont on codifie. Deux types de codification doivent en effet être distingués. Alors que les principes ne jouent quasiment aucun rôle dans le premier type de codification, ils jouent un rôle déterminant dans le second.

Le premier modèle, dénommé "codification à droit constant" a une portée limitée puisqu'il consiste seulement à réunir dans un texte unique des dispositions diverses se rapportant à une matière déterminée, sans leur apporter de modifications autres que de forme. Le codificateur se contente, dans ce cas, d'opérer une compilation de règles qui demeurent juxtaposées. Il est permis de douter qu'à lui seul ce type de codification soit suffisant pour constituer un critère autre que purement formel de la division du droit⁽⁴⁴³⁾. Les règles éparses sont simplement juxtaposées; elles ne s'articulent sur aucun principe qui leur donne la cohérence nécessaire.

Le seconde formule se présente, par contre, comme une systématisation nettement plus poussée de la matière juridique sous une forme axiologique, c'est-à-dire créatrice de valeurs spécifiques en termes de droit. Dans cette seconde formule, "une véritable transsubstantiation des règles s'opère, les solutions étant non plus

⁴⁴¹(441) P. ORIANNE, *op.cit.*, p. 98.

⁴⁴²(442) M. VAN de KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, p. 111.

⁴⁴³ P. ORIANNE, *op.cit.*, p. 98.

juxtaposées mais hiérarchisées à partir de principes rationnels et universels et déduites les unes des autres selon des règles d'inférence logique"⁽⁴⁴⁴⁾. Le code transforme le droit en un véritable sous-système juridique dont la valeur est plus importante que la simple somme des éléments qui y sont repris ⁽⁴⁴⁵⁾. Le code devient alors "un véritable micro-système juridique doté de méthodes et de principes d'interprétation propres"⁽⁴⁴⁶⁾.

C'est bien entendu ce deuxième modèle de codification réclame à coup sûr la présence de principes fondamentaux. Le codificateur a en effet pour mission de mettre de l'ordre dans les règles en présence. Pour y parvenir, il va devoir reconstituer le droit en dégagant des règles éparses un certain nombre des principes fondamentaux. Il devra en outre articuler les règles nouvelles qu'il formule autour de ceux-ci. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle parviennent P. Lascoumes et G. Martin au terme de leur étude consacrée à la codification du droit de l'environnement. Pour ces auteurs, les principes occupent une place essentielle dans l'oeuvre de codification : " il convient de définir et d'"afficher" - par exemple, en créant une partie spéciale dans le code - les principes fondamentaux de la matière. C'est dans cette partie du code que le législateur doit indiquer ces choix et que doit se manifester le "souffle" sans lequel la codification ne serait qu'un rassemblement de textes; c'est là encore que doivent se trouver les éléments qui permettront aux juges, à la doctrine et aux plaideurs de faire évoluer la matière en fonction de nouveaux besoins et des prises de conscience..."⁽⁴⁴⁷⁾. Cette option a manifestement été suivie en France et dans la Région flamande dans leur amorce de codification des règles environnementales puisque la première législation adoptée pour marquer le début de la codification renferment plusieurs principes.

⁴⁴⁴ P. LASCOUTES et G. MARTIN, op.cit., p. 329.

⁴⁴⁵ En d'autres termes, la systématisation propre à ce type de codification fait émerger des propriétés que chacun des éléments codifiés pris de manière isolée ne présenterait pas. Cf. P. LASCOUTES et G. MARTIN, op.cit., p. 329.

⁴⁴⁶ A. VIANDIER, "La crise de la technique législative", *Droits*, 1986, n°4, p. 79.

⁴⁴⁷ P. LASCOUTES et G. MARTIN, op.cit., p. 334.

Aussi la présence de principes est-elle inhérente à l'apparition du droit de l'environnement lorsque ses règles feront l'objet d'une codification substantielle.

CONCLUSIONS

L'observateur serait à première vue tenté de conclure qu'en raison du champ d'application fluctuant de la matière, suscité par les difficultés conceptuelles inhérentes à l'appréhension par la discipline juridique d'une réalité écologique mouvante et complexe et qu'en l'absence d'instruments juridiques véritablement distincts de ceux utilisés dans d'autres branches du droit, le droit de l'environnement ne présenterait pas un degré de cohésion suffisant pour pouvoir être qualifié de nouvelle branche du droit. Mais ceci serait oublier que les règles concernant la protection de l'environnement connaissent une importante évolution marquée notamment par l'influence exercée par les principes que nous avons distingué. Ces principes sont en effet capables de surmonter la plupart des obstacles que le droit de l'environnement rencontre aujourd'hui ⁽⁴⁴⁸⁾.

Tout comme l'émergence d'un nouveau droit suscite l'apparition de nouveaux principes, l'affirmation de ces principes contribue à ce phénomène d'autonomie. L'un ne va donc pas sans l'autre. Les principes participent de manière incontestable à l'édification d'un ensemble cohérent de règles qui déboucheront sur une branche nouvelle du droit. Ils font reposer le droit de l'environnement sur des bases propres et solides, ils affinent les instruments juridiques utilisés, ils encouragent la codification des règles éparses dans des ensembles cohérents....

⁴⁴⁸(448) Ce point de vue semble d'ailleurs être partagé par la doctrine. Cf. B. JADOT et al., *Le droit de l'environnement*, Bruxelles, De Boeck, p. 363 et 364, n° 676; Fr. OST, *La nature hors la loi*, op. cit., p. 107, qui souligne toutefois que l'entreprise qui consisterait à dépasser la simple compilation pour dégager des principes généraux des solutions transcendantales au particularisme des différents régimes, demeure vaste; et J.-F. NEURAY, *Principes de droit de l'environnement*, op. cit., p. 19, n° 10, qui s'interroge sur le point de savoir si différents principes, encore peu nombreux, suffisent à élever le droit de l'environnement à la dignité d'une branche autonome du droit, mais qui n'attache pas trop d'importance à cette qualification estimant que celle-ci est essentiellement d'ordre pédagogique.

A défaut de principes directeurs, fédérateurs, proclamateurs, l'on peut craindre que le droit de l'environnement ne dépasse que difficilement le stade d'une masse informe de réglementations. Il restera dans ce cas condamné à errer au gré des goûts du jour, des effets de mode, de la tenacité et de l'influence des groupes d'intérêt, du degré de conscientisation des dirigeants politiques....

Mais l'on n'hésitera pas à nous demander quel est le sens de transformer le droit de l'environnement en une branche juridique autonome. Ne serait ce pas là une démarche purement académique prêt à ravir quelques esprits universitaires mais qui sur le fond n'aurait aucune conséquence réelle sur la portée des règles? Nous réfutons cette critique car nous sommes convaincus qu'en étant rassemblées dans un ensemble cohérent, qu'en étant affinées en fonction des finalités propres à ce droit, les règles gagneront en puissance. Non seulement ce droit sera plus facilement applicable car il s'inscrira dans une logique qui lui est propre et non plus dans une logique éclatée, mais encore, il pourra agir avec encore plus de force sur les autres composantes du système juridique. Ce dernier point est important car il ne sert en effet à rien de vouloir résoudre les problèmes environnementaux par le seul biais d'une approche sectorielle.

CHAPTIRE IV

LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT CONFRONTÉS AU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

INTRODUCTION

En mettant en corrélation des grandeurs différentes qui doivent restées proportionnelles entre elles, la proportionnalité se rapporte à un concept d'ordre dans sa détermination numérique. Elle relève dans ce sens du quantifiable. En droit, par contre, la proportionnalité revêt des contours plus qualitatifs. Elle ne se borne pas à une simple corrélation entre deux objets. Elle rapporte cette corrélation à une finalité d'ordre non quantitatif⁴⁴⁹. La proportionnalité relève ici plus de la téléologie que de la logique.

Au cours de ces dernières décennies, le principe de proportionnalité est parvenu à s'imposer dans pratiquement tous les ordres juridiques (droits international, communautaire et nationaux), ainsi que dans toutes les matières juridiques (droit pénal, administratif, constitutionnel, ...). Le principe a trouvé droit de cité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et occupe dans la hiérarchie des normes communautaires, la même place que les dispositions du traité. Il a reçu une consécration explicite dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et a également pénétré le contentieux objectif tant au niveau des cours constitutionnelles que des tribunaux administratifs ... Malgré cette "irrésistible ascension"⁴⁵⁰, le débat sur la nature même du principe de proportionnalité n'a pourtant

⁴⁴⁹ A.-S. MESCHERIAKOFF, "Le principe de proportionnalité en droit administratif français, in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 9.

⁴⁵⁰ Selon l'expression de P. MARTENS, "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", in *Mélanges J. Velu, T. I*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 49.

jamais été vraiment clôturé. Principe de justice sous-jacent au droit, véritable principe général du droit, standard juridique ou technique jurisprudentielle du contrôle de la légalité des normes, instrument de mesure du caractère excessif de l'intrusion d'une compétence dans le domaine réservée à un autre pouvoir ? Principe méta-juridique se situant au dessous des normes ou norme de pondération à l'intérieur d'institutions juridiques déterminées ? Comme on l'aperçoit, les qualifications abondent et ne font qu'alimenter les controverses sur la nature exacte de ce principe.

Le principe de proportionnalité se réclame fondamentalement d'une règle supérieure d'équilibre, d'une préoccupation d'harmonie entre différents intérêts⁴⁵¹. Il a pour objet d'arbitrer et de trancher les conflits qui peuvent surgir, à l'occasion de l'exercice d'un pouvoir déterminé, entre, d'une part, la poursuite de l'objectif et d'autre part, d'autres intérêts généraux ou privés dignes de protection. Ainsi autorise-il le contrôle des moyens employés par rapport au but poursuivi afin de ménager le mieux possible les autres intérêts légitimes. Il conduit le juge à invalider l'acte qui, bien que licite, s'avère excessif par rapport aux objectifs poursuivis. Le principe condamne de la sorte toute forme d'abus ou d'excès.

Si l'on peut se mettre d'accord sur l'essence même du principe, il en va autrement des modalités de son application. Ces modalités sont restées longtemps imprécises étant donné que nombre de juridictions ont appliqué le principe presque naturellement sans en avoir vraiment pris conscience de son existence⁴⁵². Certes, plusieurs juridictions ont tenté de dégager des critères d'application mais elles ne sont pas pour autant parvenues à les appliquer de manière systématique. Il reste néanmoins possible de systématiser à partir des critères énoncés par la jurisprudence ou sous-jacents à celle-ci, les modalités essentielles du contrôle de proportionnalité. Celui-ci recouvrirait plusieurs examens distincts, lesquels pourraient être regroupés en deux temps distincts.

⁴⁵¹ Fr. DELPÉRÉE, "Le principe de proportionnalité en droit public", Rapport belge au Xe Congrès international de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 503.

⁴⁵² G. BRAIBANT, "Le principe de proportionnalité", in Mélanges Waline, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 298.

Tout d'abord, un premier contrôle se situe en amont de la prise de décision. Il consiste dans l'examen de l'adéquation de la décision par rapport à ses motifs. Un lien de causalité doit en effet pouvoir exister entre la situation de fait et la nécessité d'intervenir. Ce contrôle, parfois appelé "contrôle de la nécessité", reste dans la plupart des ordres juridiques relativement marginal étant donné que les juridictions ne sanctionnent que les erreurs manifestes d'appréciation.

Ensuite, un second contrôle reposant sur une double appréciation prend place en aval de la prise de décision. Il s'agit, d'une part, de confronter la décision à son résultat. La question suivante se pose. Est-il indispensable d'adopter la mesure pour parvenir à ce résultat ou ne serait-il pas possible d'y parvenir en adoptant une autre mesure qui léserait moins les intérêts affectés ? Le principe de proportionnalité implique que l'on mette ici en balance des avantages et des inconvénients présentés par chacune des mesures qui permettraient d'atteindre le résultat envisagé et que l'on retienne celle dont les avantages surpassent les inconvénients. Il s'agit, d'autre part, de confronter la décision à ses effets objectifs, c'est-à-dire à ses conséquences effectives sur un référentiel subjectif consistant dans un intérêt privé ou public ⁴⁵³. Le principe de proportionnalité requiert à ce niveau-ci non plus la mise en balance des avantages et des inconvénients de la mesure projetée par rapport à des mesures alternatives mais bien la mise en balance de l'objectif poursuivi avec les intérêts des tiers qui seraient affectés par la décision.

Cette succession de tests - parfois appliqués de manière fort désordonnée - permet d'ajuster, de concilier, de faire coexister les intérêts divergents. Le principe implique ainsi un façonnage continu d'exigences antagonistes. Il ne peut donc jamais offrir des solutions toutes faites.

Ceux-ci focalisent les conflits d'intérêts qui ne peuvent être tranchés que par un savant dosage.

⁴⁵³ A.-S. MESCHERIAKOFF, *op.cit.*, p. 16.

Aux yeux de nombreux commentateurs, le principe de proportionnalité a indiscutablement le mérite de permettre aux juridictions d'aborder sereinement dans un cadre de référence juridique communément admis reposant sur des éléments contrôlables, les conflits récurrents entre les intérêts généraux et les intérêts privés ⁴⁵⁴. L'essor du principe de proportionnalité s'explique aussi par l'importance croissante occupée par les principes dans les contentieux juridiques. Cette évolution mérite une explication. L'on sait que les principes présentent une caractéristique dont les autres règles juridiques sont dépourvues, à savoir leur poids respectif. Lorsque le juge tranche un conflit opposant des règles concurrentes, il écarte celle qui ne s'applique pas à l'hypothèse qui lui est soumise alors que lorsque ce sont des principes qui entrent en conflit, il ne pourra plus aussi facilement les écarter comme il est autorisé à le faire pour les règles. En effet, à la différence des règles contraignantes, des principes différents sont susceptibles en raison de leur généralité de couvrir une hypothèse identique⁴⁵⁵. Le juge va donc devoir façonner les règles en conflit vue de concilier, voire de faire coexister dans la mesure du possible les principes antagonistes. Le recours au principe de proportionnalité lui facilitera la tâche⁴⁵⁶. De la sorte, la proportionnalité apparaît-elle comme un principe méthodologique par excellence lié au raisonnement par principes, raisonnement qui domine de plus en plus la pensée juridique contemporaine.

Il devenait donc incontournable que nous examinions dans le cadre de notre recherche, les rapports - parfois étroits - que les principes du droit de l'environnement entretiennent avec le principe de proportionnalité. Mais leurs relations sont pour le moins ambiguës.

⁴⁵⁴ En ce sens, W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", J.T., 1992, n° 562, p. 309; ; "De beginselen 'subsidiariteit, evenredigheid en samenwerking' in het Europese gemeenschapsrecht", R.W., 1992, p. 1241.

⁴⁵⁵ La règle écartée perd sa validité tandis que le principe qui n'a pas été retenu conserve malgré tout sa validité. Ph. GERARD, "Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit", op.cit., p. 78.

⁴⁵⁶ Ch.-A. MORAND, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, publications des Facultés universitaires St-Louis, à paraître.

A première vue, le principe de proportionnalité pourrait constituer un obstacle à une mise en oeuvre efficace des règles du droit de l'environnement qui heurte, en raison de son caractère transversal, de nombreux intérêts généraux et privés. En effet, ce droit est confronté en permanence à une kyrielle d'intérêts divergents et à des politiques publiques qui relèvent tout autant de l'intérêt général. Ainsi restreint-il, en raison de ses différents mécanismes de contrainte, les libertés économiques, condamne-t-il l'abusus dans le chef du propriétaire, accorde-t-il plus grande d'importance à la conservation des res communes qu'à la défense des res propriae. Aussi, la résolution de ces conflits d'intérêts suppose-t-elle l'examen du caractère raisonnable ou excessif de la règle de protection de l'environnement à l'aune du principe de proportionnalité. Conçu pour sanctionner l'excès, ce principe pourrait dès lors fort bien ménager les différents intérêts publics et privés au détriment d'une application stricte de la règle environnementale. De la sorte, la politique de l'environnement se retrouverait sacrifiée sur l'autel de la protection des intérêts généraux et privés auxquels elle s'opposerait. Il en résulterait dès lors que le principe de proportionnalité, en encadrant la mise en oeuvre du droit de l'environnement dans des limites établies par la nécessité de protéger les intérêts qui lui sont antinomiques, agirait comme un standard de régulation à la baisse.

Il est toutefois possible de voir les choses tout autrement, le principe de proportionnalité pouvant également voler au secours des intérêts environnementaux. L'on sait que ces intérêts participent de l'intérêt général et qu'ils méritent par conséquent une protection tout aussi sérieuse que celle accordée à d'autres catégories d'intérêts. De ce fait, les atteintes qui leur seraient causées ne devraient être admises que dans la mesure où elles seraient dûment proportionnées. Aussi, les riverains des installations classées ne devraient-ils subir que les nuisances qui sont indispensables à l'exploitation des installations autorisées, les espaces naturels protégés ne devraient-ils être sacrifiés que si les atteintes sont justifiées par une nécessité impérieuse et sont proportionnées à cette nécessité, l'eau et l'air ne devraient-ils être pollués que d'une manière proportionnée à leur capacité auto-épuratrice.... En fin de compte, tout empiètement exagéré sur les

intérêts environnementaux devrait être condamné au nom de la proportionnalité.

Ces deux mouvements manifestent le rôle ambigu que peut revêtir le principe de proportionnalité à l'égard de la politique de l'environnement : tantôt, il viendra limiter son essor au nom de la protection des intérêts privés et publics menacés, tantôt, il la protégera contre les velléités des autres politiques.

L'on s'attachera dans cette troisième partie de l'étude à mettre en évidence le rôle que les différents principes du droit de l'environnement peuvent exercer sur la mise en oeuvre du principe de proportionnalité. Nous examinerons dans une première section différentes décisions jurisprudentielles où le principe de proportionnalité a été utilisé pour résoudre des conflits opposant des intérêts environnementaux avec d'autres catégories d'intérêts publics ou privés. Cette étude de jurisprudence qui n'a certes pas la prétention d'être exhaustive pour un sujet aussi vaste que varié, fera à tout le moins apparaître des divergences d'appréciation importantes quant à la primauté ou à la subordination des intérêts environnementaux à l'égard des autres catégories d'intérêts. Nous tenterons à chaque occasion de mettre en exergue la force et la faiblesse des raisonnements tenus. Dans une seconde section, nous tenterons de manière nettement plus prospective, de voir comment les principes du droit de l'environnement pourraient précisément infléchir les rigueurs du principe de proportionnalité. Cet exercice mettra en lumière le rôle important que ces principes pourraient assumer au sein du système juridique.

SECTION 1er.

Le principe de proportionnalité comme moyen d'arbitrage des conflits opposant les intérêts environnementaux à d'autres catégories d'intérêts publics et privés : examen critique de jurisprudence

Introduction

Les deux premiers paragraphes du présent titre se rapportent à l'incidence favorable du principe de proportionnalité sur la protection des libertés fondamentales de nature économique et sur des autres intérêts publics lorsque ceux-ci sont menacés par la mise en œuvre de règles de protection de l'environnement. Dans le troisième paragraphe, nous nous pencherons en revanche sur l'incidence favorable que le principe de proportionnalité peut avoir lorsqu'il s'agit de juguler les excès des autres intérêts sur les intérêts environnementaux.

Nous demeurons conscients que cet exercice s'avère périlleux en raison de la présence d'ordres juridiques relativement distincts où le principe de proportionnalité a été accueilli avec plus ou moins de bonheur. En outre, il n'est guère aisé de tracer une ligne de démarcation précise parmi les différents intérêts affectés par la politique de l'environnement entre la sauvegarde des intérêts généraux et la protection des libertés économiques. Les deux situations évoquées se présentent souvent conjointement et dans certains cas sont fortement imbriquées l'une dans l'autre. A titre d'exemple, l'on observera qu'en droit communautaire, le principe de la libre circulation des marchandises est à la fois considéré comme une liberté économique fondamentale accordée aux opérateurs économiques et comme un des principaux instruments de l'achèvement du marché intérieur. Dans ce cas, l'intérêt général - la réalisation du marché intérieur - se confond avec l'intérêt privé - la liberté de faire circuler des biens au sein du marché -.

§1er. Le principe de proportionnalité au secours des libertés économiques

Animé par ses différents principes, le droit de l'environnement est capable de restreindre un nombre important de libertés économiques telles que la liberté de commerce et d'industrie, la liberté de faire circuler ses biens au sein d'un marché économique intégré, le droit de propriété. Nous verrons que ces libertés peuvent toutefois trouver dans le principe de proportionnalité, un rempart contre les excès qui seraient commis au nom de l'environnement.

A. La proportionnalité des mesures de protection de l'environnement par rapport au principe de libre circulation des marchandises

Le principe de proportionnalité s'est affirmé de la manière la plus manifeste dans le droit communautaire, où il occupe une place clé dans la jurisprudence de la Cour de justice. Il a tout spécialement été développé en vue de contrôler l'exercice par les Etats membres de certains pouvoirs portant atteinte à des libertés économiques fondamentales consacrées par le traité, notamment la libre circulation des marchandises. L'on sait que les Etats membres de la Communauté européenne peuvent déroger aux articles fondamentaux du traité de Rome interdisant les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives aux importations ou aux exportations, dispositions consacrant le principe de la libre circulation des marchandises, à condition que les mesures nationales relèvent d'un des motifs de dérogation visés à l'article 36 du traité ou soient justifiées par des exigences impératives d'intérêt général⁴⁵⁷. Pour éviter que ces dérogations vident le principe de la libre circulation des marchandises de sa substance, la Cour de justice a mis au point un certain nombre de critères relevant du concept générique de la proportionnalité afin de mettre en balance

⁴⁵⁷La Cour de justice a d'ailleurs reconnu que la protection de l'environnement constituait une telle exigence et que de la sorte des considérations relatives à la protection de l'environnement pouvaient justifier des mesures nationales restreignant le commerce intra-communautaire. C.J.C.E., 7 février 1985, Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, aff. 240/83, Rec., p.531.

d'une part, les entraves aux échanges et d'autre part, l'objectif général que la mesure nationale poursuit⁴⁵⁸. Ce contrôle se décompose en une succession de tests qui peuvent être schématisés de la façon suivante.

En premier lieu, la mesure nationale doit être nécessaire. Elle doit présenter un lien de causalité avec l'objectif poursuivi. Elle doit être apte à réaliser son objectif. Une mesure nationale qui n'empêcherait en rien la pollution qu'elle est censée combattre serait à ce titre inadmissible⁴⁵⁹.

En second lieu, la mesure nationale doit être indispensable pour atteindre l'objectif poursuivi. A ce stade du contrôle, la mesure litigieuse est confrontée avec d'autres mesures envisageables et est écartée si l'on parvient à démontrer qu'une autre mesure permet d'atteindre le même but avec la même efficacité. L'idée de base est que la règle la moins entravante doive recueillir la préférence si pour l'essentiel, elle satisfait au même degré de protection. Ceci revient à exiger que la mesure contestée s'avère plus efficace que des mesures moins restrictives pour les échanges intra-communautaires.

Enfin, à l'instigation de ses avocats généraux, la Cour de justice a parfois énoncé un troisième test, mais elle n'a jamais eu l'occasion de l'appliquer tel quel, se contentant de censurer la mesure litigieuse au motif de son caractère non indispensable⁴⁶⁰. Cette troisième étape du contrôle de proportionnalité consisterait à exiger, après s'être assuré du caractère adéquat et indispensable de la mesure, que les inconvénients auxquels celle-ci aboutit ne dépassent pas in globo ses avantages⁴⁶¹. Ce test reviendrait, en d'autres termes, à analyser la mesure litigieuse en elle-même et non plus à la comparer avec d'autres mesures. Le recours à ce troisième

⁴⁵⁸W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", J.T., 1992, p. 306.

⁴⁵⁹B. JADOT, "Mesures nationales de police de l'environnement, libre circulation des marchandises et proportionnalité", C.D.E., 1990/3-4, p. 419.

⁴⁶⁰K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, "Le principe de subsidiarité et son contexte", C.D.E., 1996/1, p. 59.

⁴⁶¹W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", op.cit., p. 306.

test est susceptible de limiter sensiblement la portée de certaines actions environnementales puisque celles-ci ne devraient pas être disproportionnés par rapport aux inconvénients qu'elles entraînent pour l'économie. Ainsi, une mesure nationale de protection de l'environnement restreignant les échanges devrait-elle être jugée illicite non seulement lorsqu'on peut lui substituer une mesure moins préjudiciable pour les échanges (violation du second test) mais également par le simple fait qu'elle nuirait de manière excessive aux intérêts commerciaux (violation du troisième test). Ceci devrait conduire la jurisprudence à ne retenir que les mesures qui sont à la fois indispensables (second test) et raisonnables (troisième test).

Les affaires tranchées par la Cour concernant la validité des mesures nationales de protection de l'environnement, projettent un éclairage intéressant sur les virtualités de ce principe. Nous verrons que la Cour de justice se focalise a priori sur leur caractère indispensable. Mais une analyse approfondie de sa jurisprudence en matière d'environnement fera apparaître que son contrôle -qui devrait à un tel stade demeuré relativement objectif revêt des contours plus discrétionnaires. Nous commenterons les arrêts les plus significatifs par ordre chronologique.

Dans son arrêt *Nertsvoederfabriek*, la Cour de justice a vérifié la validité d'une législation néerlandaise obligeant les fermiers à faire traiter les cadavres de certains animaux domestiques dans des clos d'équarrissage situés aux Pays-Bas. Cette obligation s'opposait bien entendu de plein fouet au principe de libre circulation de marchandises en vertu duquel de tels déchets devraient pouvoir être exportés pour être éliminés sur le territoire des autres Etats membres. La Cour a toutefois admis que la mesure d'interdiction d'exporter était non seulement pertinente mais qu'elle était aussi "indispensable pour préserver l'efficacité de l'ensemble du régime institué ... dans le but d'assurer l'enlèvement et l'élimination de tous les déchets animaux"⁴⁶². Elle semble avoir admis qu'il n'était pas possible pour garantir l'efficacité du régime néerlandais d'adopter des mesures alternatives.

⁴⁶²C.J.C.E., 6 octobre 1987, O.M. c. *Nertsvoedersfabriek Nederland*, aff. 118/86, Rec., p. 3883.

La Cour de justice a en revanche censuré plusieurs mesures nationales comportant des interdictions d'importer des biens pour des raisons de défense de l'environnement au motif que ces mesures n'étaient pas indispensables. Dans son arrêt *Bouteilles danoises*, elle a été appelée pour la première fois à mettre en balance le principe de libre circulation des marchandises et le principe de protection de l'environnement en tant qu'exigence impérative d'intérêt général⁴⁶³. En l'espèce, la Commission contestait l'obligation imposée par les autorités danoises de consigner et de réutiliser des emballages pour liquides alimentaires au motif que cette mesure restreignait les importations au Danemark de produits emballés à l'étranger. L'avocat général Sir Gordon Slynn estimait que même si la mesure litigieuse pouvait relever d'une exigence impérative, encore devait-il "y avoir une pondération d'intérêts entre la libre circulation des marchandises et la protection de l'environnement, même si pour atteindre le point d'équilibre le degré élevé de protection recherché devait être réduit"⁴⁶⁴. Aux de l'Avocat général, des mesures moins efficaces telles qu'un régime de consigne volontaire ou d'amendes pour sanctionner l'abandon des emballages auraient du être préférées à la mesure optimale mais disproportionnée que constituait l'obligation de reprise. Ce raisonnement conduisait en réalité à aligner le niveau de protection recherché à un point raisonnable où la libre circulation des marchandises n'était pas sérieusement entravée. La Cour de justice s'est cependant écartée des conclusions de son avocat général. Elle a estimé que la mesure danoise constituait un "élément indispensable d'un système visant à assurer la réutilisation des emballages et nécessaire pour atteindre les buts poursuivis par la réglementation litigieuse". Elle en a déduit que la mesure était proportionnée sans pour autant s'interroger sur les implications de la mesure danoise pour le commerce intra-communautaire. En effet, l'objectif - la réutilisation des bouteilles - ne pouvait être atteint de manière efficace que si l'on obligeait les opérateurs économiques à réutiliser les bouteilles. Une mesure

⁴⁶³C.J.C.E., 20 septembre 1988, Commission. c. Danemark, aff. 302/88, Rec., p.46.

⁴⁶⁴Conclusions présentées le 24 mai 1988, Rec., p. 4626.

alternative (par exemple, des campagnes d'encouragement...) n'aurait pas permis d'atteindre ce but avec la même efficacité.

Elle tint, par contre, dans le même arrêt, un tout autre raisonnement à l'égard du régime d'agrément auquel les emballages devaient être soumis pour pouvoir être commercialisés au Danemark. Elle estima que si l'Etat danois disposait "d'un choix entre différentes mesures aptes à atteindre le même but, il lui incombait de choisir le moyen qui apportait le moins d'obstacles à la liberté des échanges"⁴⁶⁵. Elle en a déduit que le régime d'agrément administratif danois était disproportionné du fait que le système de consigne et de reprise limitait déjà sensiblement les risques de voir l'environnement souillé par des emballages abandonnés. Aussi l'obligation très générale de reprendre des emballages non agréés "de nature à protéger l'environnement" devait-elle prendre le pas sur l'obligation plus précise de faire agréer les emballages qui offrait "une protection très sensible de l'environnement".

Ce raisonnement est pour le moins criticable. Tout d'abord, l'on observera que la Cour a comparé deux mesures qui ne présentent pas le même degré d'efficacité⁴⁶⁶ et qui, de surcroît étaient interdépendantes, la seconde obligation constituant le corollaire de la première. Ensuite, la Cour n'a plus confronté la seconde mesure litigieuse - l'agrément administratif - à l'objectif fixé par le législateur national - la réutilisation des emballages - comme elle l'avait fait pour la première mesure. Elle s'est contenté de confronter celle-ci à un objectif beaucoup plus général qui est la protection de l'environnement⁴⁶⁷. Les termes de la comparaison étant modifiés, la mesure apparaissait à ses yeux comme nettement plus disproportionnée que si elle avait été mise en relation avec son

⁴⁶⁵Point 6 de l'arrêt

⁴⁶⁶ L'obligation très générale de reprendre tous les emballages apparaissait en effet moins efficace que l'obligation plus précise de faire agréer les emballages afin d'optimiser le système de reprise.

⁴⁶⁷Voy. les critiques formulées par B. JADOT, "Mesures nationales de police de l'environnement, libre circulation des marchandises et proportionnalité", C.D.E., 1990/3-4, p. 408; D. GERADIN et R. STEWARDSON, "Trade and Environment : some lessons from Castelmagne Tooheys and Danish Bottles, I.C.L.Q., 1995, vol. 44, p. 69; N. de SADELEER, Le droit communautaire et les déchets, op. cit., p.113.

objectif initial⁴⁶⁸. En revanche, si l'objectif retenu avait bien été celui de la réutilisation des emballages, il aurait été plus délicat de conclure au caractère disproportionné de la mesure.

Utilisé de la sorte, le second test de proportionnalité se confond avec le troisième test qui, comme nous l'avons déjà souligné, revient à hiérarchiser les différents types de valeurs en conflit⁴⁶⁹. Une telle confusion est regrettable car en comparant les mérites d'une procédure administrative avec les inconvénients causés au commerce intracommunautaire, la Cour de justice a mis en balance les intérêts de la protection de l'environnement avec ceux du marché intérieur et fait prévaloir des intérêts d'ordre privé (le droit d'exporter sans restrictions administratives des emballages vers le Danemark) sur des intérêts publics (le droit des citoyens danois de jouir d'un environnement qui n'est pas souillé par des déchets d'emballages)⁴⁷⁰.

Comme le montre d'autres décisions rendues par la Cour, le critère du caractère indispensable de la mesure limite fortement l'autonomie des Etats membres en ce qui concerne leur niveau de protection de l'environnement. Deux affaires en matière d'interdiction de commercialiser des animaux sont révélateurs de cette tendance.

Dans l'affaire *Gourmetterie van den Burg*, la Cour avait été saisie d'une question préjudicielle portant sur le point de savoir si les Pays-Bas pouvaient valablement au regard de l'article 36 du traité interdire l'importation d'espèces d'oiseaux qui ne vivaient pas à l'état sauvage sur son territoire mais qui pouvaient être chassées sur le territoire des Etats membres où l'espèce se rencontrait⁴⁷¹.

⁴⁶⁸En effet, de nombreuses autres mesures permettaient d'atteindre bien plus aisément un objectif défini dans des termes aussi généraux.

⁴⁶⁹K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, *op.cit.*, n° 69, p. 59.

⁴⁷⁰Sur ce point, N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, *op. cit.*, p.93 et 94.

⁴⁷¹C.J.C.E., 23 mai 1990, *Gourmetterie Van den Burg*, aff. 169/89, Rec., 1990, p. 2143. En l'espèce, un commerçant néerlandais avait importé des Lagopèdes d'Ecosse. Ceux-ci pouvaient être valablement chassés au Royaume-Uni. En revanche, ils étaient entièrement protégés aux Pays-Bas du fait qu'ils ne relevaient pas des espèces chassables et commercialisables.

La mesure litigieuse a été passée au crible du contrôle de proportionnalité par l'avocat général W. Van Gerven dont les conclusions sont particulièrement éclairantes. L'avocat général a admis que la mesure était adéquate en raison de l'existence d'un lien de cause à effet entre la mesure et l'objectif poursuivi. En interdisant l'importation sur son territoire d'une espèce d'oiseau chassée au Royaume-Uni, les Pays-Bas limitaient nécessairement la pression cynégétique exercée sur cette espèce. La mesure d'interdiction a été ensuite soumise au critère de l'alternative la moins restrictive. La Commission soutenait à cet égard qu'il ne pouvait pas y avoir d'autres mesures alternatives que l'interdiction de commercialiser puisque l'espèce d'oiseau ne vivait pas à l'état sauvage sur le territoire de l'Etat légiférant. Cet argument n'a pourtant pas été retenu par l'avocat général. Considérant que cette espèce n'était pas menacée puisqu'elle pouvait être légalement chassée, ce dernier a considéré que la mesure d'interdiction n'était pas indispensable. En troisième lieu, l'avocat général a confronté la mesure d'interdiction au regard du critère de proportionnalité entre l'entrave qu'elle institue et l'objectif qu'elle poursuit. Il conclut, en se référant à l'arrêt *Bouteilles danoises* que la mesure d'interdiction est disproportionnée avec la contribution mineure qu'elle pourra apporter à la réalisation de l'objectif poursuivi, à savoir la conservation d'une espèce d'oiseau non menacée.

La Cour de justice a suivi les conclusions de son avocat général et a censuré la mesure litigieuse ⁴⁷²⁴⁷³. La lecture de cet arrêt nous donne l'impression qu'en l'absence d'alternative, le troisième test vient se substituer au second, confusion qui a permis à

⁴⁷² La Cour de justice estime que "l'article 36 du traité en combinaison avec la directive 79/409/CEE devait être interprétée en ce sens que l'interdiction d'importation et de commercialisation des oiseaux n'était pas justifiée lorsqu'il s'agissait d'espèces ne se trouvant pas sur le territoire de l'Etat membre légiférant et qui, d'autre part, n'étaient ni migratrices ni menacées au sens de la directive"(Point 16).

⁴⁷³ Dans deux autres affaires ayant trait à la protection des oiseaux sauvages, l'avocat général N. Fennelly a examiné la proportionnalité de mesures interdisant la commercialisation d'espèces exotiques et d'espèces nées en captivité. Il a à chaque fois estimé que les mesures n'étaient pas indispensables à la poursuite de la conservation de la nature étant donné que des mesures moins sévères auraient pu être adoptées. La Cour n'a toutefois pas examinée dans le cadre de la réponse aux questions préjudicielles posées, cette question. Cf. conclusions de l'avocat général N. Fennelly sous CJCE, 8 février 1986, Godefridus Vander Feesten, aff. C-202/94, non encore publiée au Recueil, non encore publié au Recueil; et sous CJCE, 8 février 1986, Didier Vergy, aff. C-149/94/94, non encore publié au Recueil.

la Cour de mettre en balance l'objectif national poursuivi - la réduction de la pression cynégétique dans les autres Etats membres - avec l'intérêt affecté - la libre circulation des marchandises-. Ceci montre une fois encore l'éminente fragilité, la superficialité même du clivage entre le second et le troisième test.

Mais la simple présence de mesures alternatives permet à la Cour de justice de censurer la mesure litigieuse. Aussi, n'a-t-elle pas admis dans son arrêt *Ecrevisses indigènes*, que la République fédérale d'Allemagne puisse prohiber l'importation d'écrevisses exotiques pour protéger sa population d'écrevisses indigènes au motif que l'Etat allemand aurait pu adopter des mesures moins draconiennes pour protéger sa population d'écrevisses indigènes⁴⁷⁴.

Cette analyse de la jurisprudence de la Cour de justice appelle à ce que nous formulons les premières observations sur l'utilisation du principe de proportionnalité. Le recours au principe de proportionnalité pour valider une restriction au principe de libre circulation des marchandises revient indiscutablement à opérer une pesée des intérêts qui sont sous-jacents à chacune des normes en conflit. Est-ce critiquable? Nous le pensons car le principe doit, selon nous, se cantonner au contrôle de l'adéquation du moyen par rapport à la fin qu'il poursuit et ne devrait pas s'étendre à la confrontation d'un objectif par rapport à un autre. Et ce pour une raison bien simple : le premier raisonnement repose sur des critères objectifs - la comparaison des avantages et des inconvénients des mesures alternatives en présence - tandis que le second autorise en revanche un contrôle nettement plus subjectif se concrétisant par la mise en balance des différents intérêts en présence. Le risque est alors grand de voir le juge s'investir du pouvoir d'apprécier le caractère légitime des objectifs poursuivis par les législateurs nationaux et d'en évaluer les avantages par rapport à l'entrave aux échanges commerciaux qu'ils créent. L'on viendra alors à se

⁴⁷⁴C.J.C.E., 13 juillet 1994, *Commission c. R.F.A.*, aff. C-131/93, Rec., p.I-3303. Les mesures moins sévères auraient pu consister dans l'interdiction de relacher des écrevisses exotiques dans la nature, dans la mise en place de programmes de sauvetage des populations d'écrevisses indigènes...

demander s'il est sain que le juridique vienne côtoyer un contrôle quasiment politique de l'opportunité de la mesure⁴⁷⁵.

B. La proportionnalité des mesures de protection de l'environnement par rapport à la liberté de commerce et d'industrie

Inspirées par les principes de prévention ou de précaution, les réglementations environnementales apportent des restrictions souvent significatives à la liberté d'entreprendre des opérateurs économiques. Confrontées à des conflits opposant des intérêts environnementaux à des intérêts économiques, les juridictions ont tendance à mettre en balance la nécessité d'intervenir pour protéger l'environnement avec la liberté de commerce et d'entreprise. Le principe de proportionnalité occupe une place essentielle dans le règlement de ce type de conflit. Nous examinerons ici la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'Etat.

En Belgique, en vertu de la loi de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les Régions sont tenues dans l'exercice de leurs compétences - portant notamment sur la protection de l'environnement - de ne pas porter atteinte au principe de la liberté de commerce et d'industrie⁴⁷⁶. La Cour d'arbitrage eut à connaître plusieurs recours intentés par des particuliers à l'encontre de réglementations régionales dans le domaine de l'environnement. Dans ces différents contentieux, la Cour a d'abord rappelé que la liberté de commerce et d'industrie ne pouvait être conçue comme une liberté absolue. Elle a ensuite noté que dans de très nombreux cas, une loi - que ce soit dans un secteur économique ou dans d'autres secteurs - limite la liberté d'action des personnes ou des entreprises concernées et a ainsi nécessairement une incidence sur la liberté de commerce et d'industrie. Toutefois, les limitations apportées à cette liberté ne peuvent être admises que dans le respect du principe de proportionnalité. Mais la disproportion doit être manifeste car aux yeux de la Cour, une politique publique de

⁴⁷⁵En ce sens H. BAUER-BERNET, "Notions indéterminées et droit communautaire", in *Les notions à contenu variable*, op.cit., p. 283.

⁴⁷⁶La Cour d'arbitrage qualifie en effet cette liberté de principe, cfr. C.A., N° 55/92, 9 juillet 1992, 5.B.8.

l'environnement ne porterait atteinte à cette liberté que dans la mesure où "elle serait totalement disproportionnée avec le but poursuivi". Comme le confirme la jurisprudence commentée ci-dessous, la Cour se montre en effet relativement timorée quant au contrôle de proportionnalité dans cette matière.

Des exploitants agricoles poursuivaient l'annulation d'un décret flamand relatif à la gestion du lisier au motif que cette législation portait atteinte à la liberté de commerce et d'industrie, pour laquelle seul le législateur national serait compétent. La Cour d'arbitrage a d'abord rappelé que lorsqu'elles exercent leurs compétences en matière de politique économique, les régions sont tenues de respecter le principe de la liberté de commerce et d'industrie. Toutefois cette liberté ne peut être conçue comme une liberté absolue. Les régions ne violeraient cette liberté, d'après la Cour d'arbitrage, que "si elles la limitaient sans qu'existe une quelconque nécessité pour se faire ou si cette limitation était totalement disproportionnée avec le but poursuivi..." ⁴⁷⁷. Au regard de cet enseignement, la Cour a admis que le législateur régional puisse, "pour régler de manière adéquate le problème de la pollution de l'environnement par les engrais", imposer aux personnes et aux entreprises concernées un certain nombre d'obligations contraignantes du moment que cette intervention législative était proportionnée par rapport au but poursuivi".

Le même raisonnement fut adopté par la Cour dans différents arrêts rendus à propos de la loi sur les écotaxes où des opérateurs économiques arguaient que le montant élevé des taxes violait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. La Cour d'arbitrage a jugé que les écotaxes sur le papier journal ⁴⁷⁸ ainsi que sur les pesticides et les produits phytopharmaceutiques ⁴⁷⁹ n'étaient pas disproportionnées parce que le législateur avait prévu une application progressive et un régime d'exonération des nouvelles mesures fiscales. En atténuant la sévérité de la mise en

⁴⁷⁷ C.A., n° 55/92 du 9 juillet 1992, 5.B.8.

⁴⁷⁸ C.A., n° 6/95 du 2 février 1995, B.2.18.

⁴⁷⁹ C.A., n° 4/95 du 2 février 1995, B.13.4.

oeuvre des mesures fiscales adoptées, ces différentes modalités de la mise en oeuvre de la taxe ménageaient la liberté menacée.

La Cour d'arbitrage a parfois procédé à une lecture originale du principe de proportionnalité. Tel est le cas d'un arrêt rendu à propos d'un décret de la Région flamande du 14 juillet 1993 "portant création d'un Fonds de gravier et réglant l'exploitation du gravier". Cette législation répondait au souci affirmé par le législateur de "procéder au démantèlement progressif de l'exploitation du gravier dans la province de Limbourg, afin de mettre fin aux atteintes à l'environnement résultant de la multiplication des excavations et des plans d'eau qui sont la conséquence de cette exploitation...". Le juge constitutionnel rappella à nouveau que la liberté de commerce et d'industrie ne pouvait être conçue comme une liberté absolue. Il précisa toutefois qu'il appartenait au législateur décréteur "de poser les avantages et les inconvénients que représente, pour l'environnement, l'exploitation des graviers, le législateur décréteur pouvait donc seul apprécier si l'impact de cette exploitation sur l'environnement devait être ou non tenu pour globalement négatif et, le cas échéant, de décider qu'il devait y être mis fin dans les meilleurs délais, comme cela avait déjà été décidé pour la partie de la même plaine située aux Pays-Bas. Il en est d'autant plus ainsi qu'à supposer que le débat relatif à l'environnement aboutisse plus tard à une révision des conclusions actuelles, il lui sera toujours loisible de revenir sur cette mesure au lieu que la poursuite de l'exploitation des graviers risque de conduire à des dégradations irréversibles" ⁴⁸⁰. L'on notera ici que le principe de précaution fait irruption dans la mise en balance des avantages et des inconvénients suscités par l'interdiction d'exploiter les gravières. En effet, la Cour estime que devant un risque de dégradation irréversible de l'environnement, il est préférable que le législateur intervienne même si son intervention met fin à certaines activités économiques et porte atteinte de manière conséquente à la liberté du commerce et d'industrie.

Il n'en demeure pas moins que dans certaines décisions le principe de proportionnalité vient à la rescousse de la liberté de

⁴⁸⁰ C.A., n° 35/95 du 25 avril 1995, B.6.6.

commerce et d'industrie. Dans un arrêt du 15 mai 1996, la Cour d'arbitrage eut à répondre à une question préjudicielle l'interrogeant sur le point de savoir si une législation anti-bruit qui rendait impraticable l'exercice de certaines activités de chantier respectait la liberté de commerce et d'industrie. La Cour, sur base des rapports techniques transmis, avait constaté que les entrepreneurs n'avaient pas d'autres choix pour se conformer à la réglementation litigieuse que de renoncer à l'exécution de leurs chantiers. Compte tenu de ces conséquences, la Cour a estimé que la disposition en cause affectait la liberté du commerce et d'industrie de façon disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi⁴⁸¹. C'est donc ici l'impossibilité d'accomplir une activité économique essentielle qui est jugée disproportionnée. Ainsi même si l'objectif poursuivi par le législateur est a priori légitime - protéger la santé des riverains contre des bruits assourdissants - le moyen d'y parvenir est excessif en terme de restrictions des libertés économiques.

Une autre illustration de l'incidence du principe de proportionnalité sur la protection de la liberté de commerce et d'industrie peut être trouvée dans l'important contentieux relatif aux autorisations d'exploitation des établissements classés. Les réglementations ayant trait à ce sujet, tel le Règlement général sur la protection du travail, essayent de concilier dans la mesure du possible la liberté du commerce et de l'industrie avec les préoccupations de protection de l'environnement. La jurisprudence belge apporte un éclairage intéressant sur la proportion devant exister entre l'autorisation d'exploiter et les contraintes qui en découlent pour l'exploitant. Elle tend à accorder une importance relative à l'objectif poursuivi par l'autorité administrative qui est mis en balance avec les intérêts économiques de l'exploitant. Ainsi, les autorités délivrant les autorisations d'exploiter "doivent prendre les mesures indiquées par la science et l'expérience pour réduire les nuisances à un niveau tel qu'elles n'excèdent pas les inconvénients normaux du voisinage, sans imposer aux entreprises une charge qui rendrait leur exploitation impossible"⁴⁸². Les

⁴⁸¹C.A., arrêt n° 29/96 du 15 mai 1996.

⁴⁸²C.E., arrêt Mollers, n° 14675, 19 avril 1971.

autorisations qui entendent "ramener les inconvénients et incommodités de l'établissement projeté en dessous des charges normales du voisinage" ⁴⁸³ ou "qui ne mettent pas en balance l'incommodité de l'établissement projeté avec les charges normales du voisinage" ⁴⁸⁴ sont à cet égard jugées illicites. En revanche, lorsque l'autorité compétente concilie "raisonnablement", au regard de l'intérêt général, les intérêts privés de l'exploitant et ceux des voisins, l'autorisation ne peut être critiquée ⁴⁸⁵. Il ressort de cette jurisprudence qu'une juste proportion doit exister entre la décision administrative (l'autorisation d'exploiter), sa finalité (la limitation des inconvénients normaux du voisinage) et ses répercussions sur les intérêts privés protégés (la liberté du commerce et d'industrie). Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence contemporaine reconnaît que l'autorité dispose, pour l'examen de certaines demandes d'autorisations, "d'un grand pouvoir d'appréciation en opportunité, qui lui permet notamment de décider à partir de quelle intensité les risques de l'exploitation dans un site donné obligent l'autorité à sacrifier la commodité de l'exploitant de procéder à son activité économique. Cette barrière est franchie "lorsqu'il est raisonnablement perçu, que cessant d'être négligeables, les risques sont intolérables pour la qualité du milieu et des conditions de vie des hommes"⁴⁸⁶. A contrario, l'on pourrait supputer que lorsqu'elle est confrontée à des risques négligeables, l'autorité administrative ne pourrait exiger de la part de l'exploitant un sacrifice disproportionné par rapport aux enjeux environnementaux.

Il ressort de cet examen de jurisprudence que la liberté de commerce et d'industrie loin d'être absolue, conditionne pourtant le niveau de protection voulu tant par le législateur que par l'administration. De principes -tels celui de précaution - peuvent toutefois apporter un éclairage nouveau sur l'éventuelle disproportion de la mesure environnementale.

⁴⁸³ C.E., arrêt Mollers, n° 14675, 19 avril 1971.

⁴⁸⁴ C.E., arrêt Holemans, n° 22.330, 10 juin 1982.

⁴⁸⁵ C.E., arrêt Moors, n° 42.619, 20 avril 1993.

⁴⁸⁶ C.E., arrêt S.A. Cockerill-Sambre, n° 41.904, 5 février 1993.

C. La proportionnalité des mesures de protection de l'environnement par rapport au droit de propriété

Participant de l'intérêt général, la protection de l'environnement est susceptible de conditionner le droit de propriété⁴⁸⁷. Les exemples abondent. Ainsi, un arrêté de biotope ou l'édiction de servitudes destinées à protéger des espèces de la faune et de la flore empêchent-ils le propriétaire de jouir normalement de son bien, la réglementation de l'usage des ressources naturelles limite-t-elle le droit des propriétaires... Mais chacune de ces interventions risque d'entrer en conflit avec le droit de propriété non seulement protégé par la plupart des Constitutions européennes⁴⁸⁸, mais également en vertu de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁴⁸⁹. Certes, en aucun cas ce droit de propriété est absolu. Il doit céder devant l'intérêt général mais dans des conditions bien particulières. Ainsi, en vertu de la convention, la simple atteinte aux biens n'est régulière qu'à trois conditions:

- que la servitude ait été établie par un texte légal;
- qu'elle réponde à un véritable but d'intérêt général, tel que la protection de la nature;
- qu'il y ait un "juste équilibre" entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu.

Ainsi, au regard de la troisième condition, doit-il exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, ce qui peut dans certains cas rendre nécessaire une indemnisation. Cette exigence, qui pourrait conduire à un contrôle très poussé des mesures prises par les pouvoirs publics, est

⁴⁸⁷F. COLLART DUTILLEUL et R. ROMI, "Propriété privée et protection de l'environnement", A.J.D.A., n° 9, 20 sept. 1994, p. 571.

⁴⁸⁸Article 16 de la Constitution belge; article 34 de la Constitution française; article 22 de la Constitution suisse.

⁴⁸⁹Cet article dispose que "toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans des conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...)".

néanmoins largement vidée de sa substance car la Cour estime qu'une large mesure d'appréciation doit être laissée aux Etats ⁴⁹⁰.

A propos de la légalité de planter certaines espèces et l'interdiction d'en planter d'autres, la Cour reconnaît qu'il y a là une ingérence dans le droit de propriété, mais celle-ci demeure justifiée par des raisons d'intérêt général, sans être disproportionnée⁴⁹¹. De même, en ce qui concerne, le retrait d'une autorisation d'exploitation d'une gravière accordée initialement pour une durée de trente ans afin de protéger les poissons, la Cour a vérifié si la décision avait ménagé un "juste équilibre" entre les impératifs de conservation de la nature et la sauvegarde du droit au respect des biens dans le chef de l'exploitant de la gravière. Elle a estimé que le retrait de l'autorisation incriminée n'était pas disproportionné étant donné que les requérants ne pouvaient nourrir l'espoir de poursuivre leur exploitation en raison de différentes modifications apportées à la législation et en raison d'un délai de fermeture fort avantageux dont ils bénéficièrent et ce malgré l'importance du préjudice financier subi par l'exploitant du fait de l'impossibilité de continuer son exploitation⁴⁹². La Cour a aussi jugé que l'abrogation d'un certificat d'urbanisme sans qu'aucune indemnité n'ait été prévue n'est pas non plus disproportionnée du fait que la mesure a "eu pour résultat d'empêcher de construire dans une zone agricole destinée à préserver une ceinture verte"⁴⁹³. Cette mesure constituait, aux yeux de la Cour européenne, un moyen approprié - voire unique - de garantir que la législation pertinente en matière d'aménagement du territoire serait correctement appliquée. Relevant que les requérants se trouvaient engagés dans une entreprise commerciale et qu'ils connaissaient le plan de zonage, la Cour n'a pas estimé pouvoir tenir pour disproportionnée l'annulation du permis sans aucune mesure de redressement en leur faveur .

⁴⁹⁰ F. SUTRE, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, D., 1986, p. 71. .

⁴⁹¹ C.E.D.H., arrêt *Martin Denev*, 18 janvier 1989, série A, vol. ...

⁴⁹² C.E.D.H., arrêt *Fredin*, 18 février 1991, série A, vol. 192.

⁴⁹³ C.E.D.H., arrêt *Pine Valley Developments Ltd* du 29 novembre 1991, série A, vol. 222.

Il ressort de ces trois arrêts que la Cour admet facilement la nécessité de la mesure et qu'elle se montre peu exigeante quant à son degré de proportionnalité étant donné qu'elle prend en considération tous les avantages offerts aux parties lésées. L'on notera que dans une affaire tranchée par la Commission, le contrôle du "juste équilibre" peut s'avérer quasiment fictif⁴⁹⁴. Cette réserve de la part de la Cour et de la Commission doivent s'expliquer plus par la volonté de ménager le pouvoir des Etats Parties au Protocole de restreindre le droit de propriété que par une méthodologie spécifique.

D. La proportionnalité des mesures de protection de l'environnement par rapport aux principes de l'égalité et de la non-discrimination

Le principe de proportionnalité a pris une place croissante dans le contrôle du respect des principe d'égalité et de non discrimination⁴⁹⁵. Selon la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, il peut être admis que les distinctions opérées par le législateur se justifient par l'intention de sauvegarder un intérêt public supérieur, pourvu que les mesures prises puissent être raisonnablement considérées comme étant proportionnées à l'objectif poursuivi⁴⁹⁶. Toute disproportion dans le traitement des catégories

⁴⁹⁴ La Commission européenne des droits de l'homme a jugé à propos du classement d'une vallée en vue de protéger son caractère naturel, que "le but des restrictions imposées au requérant, à savoir la protection de la nature, est d'intérêt général". Quant à l'exigence de proportionnalité..., la Commission observe d'abord que la mesure de classement, bien qu'elle ait entraîné certaines restrictions à l'usage des terrains en question..., ne prive pas définitivement le requérant de la possibilité d'effectuer ses travaux d'aménagement hydroélectrique, mais soumet la réalisation de son projet à l'obtention d'une autorisation spéciale. Dans ces conditions, la mesure incriminée ne peut être considérée comme causant au requérant "un préjudice de nature à rendre cette mesure disproportionnée au but poursuivi par celle-ci". Or, le propriétaire ne pourra jamais obtenir l'autorisation pour construire le barrage étant donné que c'est la vallée qui est classée. Cf. Commission, 4 septembre 1991, Req. n° 12964/87.

⁴⁹⁵ Le principe de proportionnalité est inhérent à ce contrôle. "Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport aux but et aux effets de la mesure considérée; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapports raisonnables de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé". C.A., n° 21/89 du 21 juillet 1989, B.4.5.b.

⁴⁹⁶ C.A., n° 18/90 du 23 mai 1990, B.9.2.

distinctes de citoyens entraîne en revanche une discrimination qui doit être sanctionnée.

La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est particulièrement instructive en ce qui concerne la proportionnalité de différentes mesures fiscales destinées à assurer la protection de l'environnement par rapport aux objectifs poursuivis. Conformément au principe d'égalité, la taxe environnementale doit être proportionnelle à la pollution émise. L'établissement d'une taxe dont le taux serait trop élevé par rapport au degré de pollution aboutirait à créer des différences non justifiées entre les différentes catégories de contribuables et serait par conséquent contraire au principe d'égalité⁴⁹⁷. Dans le même ordre d'idées, un régime de taxation forfaitaire peut également violer le principe d'égalité étant donné que ce régime fiscal imposera des obligations disproportionnées à charge des redevables polluant plus ou moins que la moyenne. Le principe du pollueur-payeur projette un éclairage tout particulier sur ce contrôle, comme les arrêts commentés ci-dessous le font apparaître.

Une première affaire portait sur la conformité d'une taxe forfaitaire sur la production de déchets. La section de législation du Conseil d'Etat avait estimé dans l'avis qu'il avait remis à propos de la législation en projet qu'il serait contraire au principe du pollueur-payeur - dont la fonction première est d'inciter les pollueurs à réduire leurs nuisances - de faire supporter par l'ensemble des contribuables une taxe forfaitaire sur la production des déchets ménagers alors que la quantité de déchets produits est susceptible de varier sensiblement d'un ménage à l'autre⁴⁹⁸. Un tel régime fiscal risquait de surcroît, selon le Conseil d'Etat, de violer le principe de non discrimination en raison de son effet discriminatoire à l'égard des ménages produisant moins de déchets

⁴⁹⁷ La Cour d'arbitrage a ainsi jugé que la circonstance qu'une taxe sur les rejets d'eaux usées destinée à créer des moyens financiers ne justifie pas un mode de calcul qui revient à taxer de manière identique les entreprises industrielles entre lesquelles existent des différences essentielles au regard de la mesure considérée. C.A., n° 16/92 du 12 mars 1992; Baroid Minerals Inc.

⁴⁹⁸ En ce sens, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique sur l'avant-projet devenu décret de la Région wallonne du 23 juillet 1991 relatif à la taxation des déchets (Doc.C.R.W., sess. 1990-1991, n° 253/1, p. 21 à 23).

que la moyenne retenue comme base de taxation forfaitaire. La Cour d'arbitrage saisie d'un recours à l'encontre de la nouvelle taxe a jugé que "dès lors qu'elle s'inspire du principe du pollueur-payeur, une fiscalité en matière de déchets n'obéit au principe de non-discrimination que si elle atteint ceux qui polluent et que si elle tient compte de la mesure dans laquelle chaque redevable contribue à la nuisance contre laquelle la taxation s'efforce de lutter"⁴⁹⁹. En reconnaissant de la sorte que la taxation n'appliquait qu'imparfaitement le principe environnemental⁵⁰⁰, la Cour a estimé qu'elle n'était pas parfaitement adéquate au but recherché. Sous prétexte de ne pas se substituer au législateur, elle a toutefois refusé de censurer le régime fiscal controversé ⁵⁰¹. Cet arrêt montre comment, lors du contrôle de la proportionnalité d'une taxe environnementale, la Cour constitutionnelle apprécie l'adéquation de la mesure par rapport au principe du pollueur-payeur qui constitue en l'espèce l'objectif de la mesure fiscale.

Une seconde affaire atteste à nouveau de l'importance du contrôle de l'adéquation de la taxe par rapport à son objectif. Des producteurs de récipients en PVC invoquaient devant la Cour d'arbitrage la violation du principe d'égalité des Belges devant la loi en ce que le taux d'une écotaxe sur ce type d'emballages visant à appliquer le principe du pollueur-payeur était disproportionné car il avait pour effet de doubler le prix de vente de la boisson contenue dans le récipient. La Cour d'arbitrage a d'abord reconnu que lorsque la taxe se voulait dissuasive et qu'elle tendait à une modification du comportement du producteur et du consommateur, elle devait nécessairement être importante. Elle a ensuite jugé qu'"en prévoyant une taxe d'un montant tel qu'il a un effet prohibitif, le législateur a pris une mesure conforme à l'objectif qu'il poursuit. Apprécié par rapport à cet objectif, le montant de la taxe n'est manifestement pas disproportionné"⁵⁰². La Cour d'arbitrage se contente ici de confronter la mesure adoptée par le législateur -

⁴⁹⁹C.A., n° 41/93 du 3 juin 1993, AM Begaux-Lateur, point B.3.4.

⁵⁰⁰Ibidem, point B.3.5.

⁵⁰¹ Ibidem, point B.3.8. cf. N. de SADELEER, "Le degré de corrélation entre le principe du pollueur-payeur et les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination", *Amén.-Env.*, 1993/3, p. 164.

⁵⁰² C.A., n° 6/95 du 2 février 1995, B.3.11.

adoption d'une taxe dont le taux est fort élevé - avec l'objectif poursuivi - la modification du comportement du producteur et du consommateur -. La distinction opérée entre les brasseurs et d'autres producteurs d'emballages n'est pas discriminatoire étant donné que le moyen colle ici avec l'objectif poursuivi. L'on pourrait toutefois reprocher à la Cour de ne pas avoir examiné s'il n'était pas possible de parvenir au même résultat d'une façon moins coûteuse. Mais ne tombe-t-il pas sous le sens qu'un taux de taxation moins élevé n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif fixé par le législateur qui était de modifier de manière aussi significative les comportements des consommateurs et des producteurs?

§2. Le principe de proportionnalité au secours des intérêts publics de nature socio-économiques

Dans toute société moderne, la protection de l'environnement ne constitue qu'un intérêt général parmi d'autres⁵⁰³. Lorsque les valeurs propres au droit de l'environnement sont confrontées à d'autres intérêts généraux, les juridictions tentent d'évaluer le poids respectif des uns et des autres en recourant au principe de proportionnalité. Dans bien des cas, comme nous l'observerons, la spécificité des premiers intérêts les rend vulnérables à la généralité des seconds.

A. La proportionnalité des mesures de protection de l'environnement par rapport au principe de l'exclusivité des compétences

Dans les Etats fédéraux, l'intervention d'un législateur peut empiéter sur les compétences réservées aux autres entités fédérées. De tels débordements sont contrôlés au regard du principe de

⁵⁰³Voy. l'article 1er de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature qui considère "la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent" comme étant d'intérêt général.

proportionnalité. Dans la mesure où l'empiètement est nécessaire à la poursuite de l'objectif poursuivi et ne porte pas atteinte à l'essence des compétences de l'autre entité, il sera considéré comme suffisamment proportionné.

De la sorte, la politique menée en matière d'environnement en plus d'être limitée par les compétences qui lui sont expressément attribuées, pourrait également être restreinte de son for intérieur par le principe de proportionnalité alors même que les actions entreprises s'inscrivent dans les limites formelles de sa compétence.

Lorsque la Cour d'arbitrage est confrontée à des conflits de compétences entre les entités régionales et fédérales dans le domaine de l'environnement, elle jauge l'intervention des uns et des autres à l'aune du principe de proportionnalité. Ainsi dans l'arrêt rendu sur la validité du décret flamand relatif au lisier, la Cour a-t-elle rejeté le moyen des requérants selon lequel la mesure régionale empiétait sur la compétence réservée au législateur fédéral en matière agricole. La Cour a fait une application du principe de proportionnalité en jugeant que "le fait que les obligations imposées par le décret aient des répercussions sur le secteur agricole ne signifie cependant pas que le législateur décentral ait excédé sa compétence. Ce ne serait le cas que si les restrictions imposées étaient telles qu'il serait impraticable pour le législateur national de conduire à une politique efficace dans une matière qui relève de sa compétence, notamment la politique agricole"⁵⁰⁴. A propos d'une taxe sur l'exportation des déchets ménagers produits en Région flamande, la Cour a jugé que bien que s'agissant d'une entrave aux échanges susceptible de compromettre l'union économique et monétaire belge, "la mesure critiquée apparaît nécessaire pour assurer la bonne exécution du programme de traitement de déchets"⁵⁰⁵. En ce qui concerne l'intervention du législateur fédéral dans l'établissement d'écotaxes destinées à réduire la production de

⁵⁰⁴ C.A., n° 55/92 du 9 juillet 1992, 5.B.7.

⁵⁰⁵ C.A., n° 32/91 du 14 novembre 1991, 5.B.1. La position adoptée par la Cour d'arbitrage dans cet arrêt a été critiquée car étant en retrait par rapport à l'exigence de proportionnalité. Cf. les critiques formulées par X. DELGRANGE et J.-P. KEMPENNE, "Convergences et divergences dans le contrôle constitutionnel de la non-discrimination et de l'union économique et l'unité monétaire", in *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, 1993, La Charte, p.86.

déchets - relevant de la compétence régionale -, elle estime qu'elle n'est pas disproportionnée dans la mesure où les Régions ont été associées en fait à l'introduction de ces taxes⁵⁰⁶.

Le contrôle opéré par la Cour d'arbitrage dans ces trois arrêts est tout sauf téméraire. Dans le premier arrêt, la Cour estime que seules des restrictions qui rendraient impraticables l'exercice de la compétence de l'entité fédérée seraient disproportionnées. Dans la seconde décision, la nécessité devient synonyme de proportionnalité. Dans le troisième arrêt, ce sont des éléments purement factuels - la conclusion d'un accord de coopération - qui permet à la Cour de soutenir que l'intervention de l'autorité fédérale dans le domaine de compétence régionale n'est pas disproportionnée.

§3. Le principe de proportionnalité au secours des intérêts environnementaux

Nous examinerons ci-dessous comment le principe de proportionnalité permet de justifier ou de condamner des mesures poursuivant le développement économique au détriment des intérêts environnementaux.

A. La proportionnalité des mesures de développement économique par rapport au-respect de la vie privée et familiale et du domicile

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contient des droits qui sont susceptibles d'avoir des "prolongements environnementaux" ⁵⁰⁷. Parmi ceux-ci, le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale et de

⁵⁰⁶C.A., n° 7/95 du 2 février 1995, B.2.5.

⁵⁰⁷ Sur ce sujet, lire M. DEJEANT-PONS, "Le droit de l'homme à l'environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l'Europe, et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", *Rev.jur.envir.*, 1994, pp. 373 et sv., et "Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", *Liber amicorum M.A. EISSEN*, Bruylant, L.G.D.J., 1995, pp. 79 et sv; B. JADOT, "Le droit à la conservation de l'environnement", in *Amén.-Env.*, n° spécial 1996.

son domicile, consacré par l'article 8 de la Convention est probablement le plus souvent invoqué par des justiciables pour s'opposer à des mesures portant atteinte à leur environnement. Nous examinerons ici les décisions et arrêts rendus par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme dans des affaires qui concernent la protection de l'environnement.

La Commission européenne des droits de l'homme a admis que la construction d'un barrage pouvait constituer une ingérence dans la vie privée des membres d'un groupe minoritaire - en l'occurrence des Lapons faisant déplacer leurs troupeaux sur des distances importantes et protestant contre l'immersion d'une partie de la vallée où ils étaient nés et avaient l'intention de vivre - mais que cette ingérence pouvait être considérée comme raisonnablement justifiée au regard de l'article 8, par. 2 parce qu'autorisé par la loi d'une part et nécessaire au bien-être économique, d'autre part ⁵⁰⁸. Dans l'affaire *S. c. France* mettant en cause l'exploitation d'une centrale nucléaire, la Commission a examiné la proportionnalité des ingérences étatiques dans la vie privée de riverains pour déterminer si elles pouvaient être considérées comme "nécessaires dans une société démocratique au bien-être économique"⁵⁰⁹. Elle a jugé que lorsqu'un Etat est autorisé à restreindre des droits ou des libertés garantis par la Convention, la règle de proportionnalité pouvait l'obliger à s'assurer que ces restrictions ne forçaient pas l'intéressé à supporter une charge déraisonnable. Compte tenu des compensations allouées aux requérants par les juridictions nationales, la Commission a estimé que l'ingérence n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire dans une société démocratique. Elle ne pouvait dès lors être disproportionnée au but légitime lié à l'exploitation nucléaire⁵¹⁰.

La Cour a, quant à elle, eu à connaître d'une affaire dans laquelle les requérants, voisins de l'aéroport international de Heathrow,

⁵⁰⁸ Décision de la Commission du 3 octobre 1983, G. et E. c. Norvège, D.R. 35, p. 30.

⁵⁰⁹ Décision de la Commission, S. c. France.

⁵¹⁰ La proportionnalité de la mesure ne prenait toutefois en compte que les nuisances acoustiques alors que selon le requérant souffrait d'autres inconvénients telles que l'éclairage permanent, les nuages formés par les tours de refroidissement, qui n'avaient pas été indemnisés par les juridictions nationales. Cf. M. DEJEANT-PONS, "Le droit de l'homme à l'environnement et la Convention européenne...", op. cit., p. 106.

reprochaient aux autorités britanniques de ne pas avoir pris de mesures réduisant à suffisance le bruit, jugé excessif, engendré par le trafic aérien de l'aéroport. Rejetant la requête, la Cour a notamment déclaré que, dans l'appréciation du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en la matière, il y avait spécialement lieu d'avoir égard, d'une part, au fait que l'existence de grands aéroports internationaux et l'emploi croissant des avions à réaction sont devenus nécessaires au bien-être économique d'un pays et, d'autre part, à la nécessité de laisser aux Etats une importante latitude pour déterminer la manière optimale de traiter les problèmes dus au bruit des avions⁵¹¹. En revanche, dans l'affaire *Lopez Ostra*, la Cour a jugé qu'en dépit de la marge d'appréciation reconnue à l'Etat défendeur, celui-ci n'avait pas réussi à ménager un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la collectivité - en l'espèce le fonctionnement d'une station d'épuration- et la jouissance effective par la requérante du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale auquel il avait été gravement porté atteinte en raison de la nocivité des pollutions⁵¹².

Dans les trois premières affaires, la Commission et la Cour ont estimé que les ingérences se justifiaient, notamment, parce qu'elles étaient "nécessaires dans une société démocratique au bien-être économique du pays". La faible taille du barrage comparée aux grands espaces sauvages environnants, l'indemnisation accordée à la victime de la gêne acoustique provoquée par l'exploitation de la centrale nucléaire et l'adoption des mesures de réduction des nuisances acoustiques adoptées par les autorités britanniques sont autant d'éléments qui ont permis à la Commission et à la Cour d'affirmer que les ingérences se situaient dans les limites du raisonnable. Par contre, dans l'affaire *Lopez Ostra*, la Cour a reconnu que l'équilibre était bel et bien rompu⁵¹³.

⁵¹¹ C.E.D.H., arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-uni*, 21 février 1990. voy. J.Fr. FLAUSS, op. cit., p. 259.

⁵¹² C.E.D.H., arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994 .

⁵¹³ L'on peut présumer que dans cette dernière affaire, l'importance du préjudice moral et physique subi par les victimes ait été déterminant. En ce sens, B. JADOT, "Le droit à la conservation de l'environnement", op.cit.

B. La proportionnalité des mesures développement économique par rapport au mesures de conservation de la nature

La plupart des législations dans le domaine de la conservation de la nature imposent une protection intégrale des espèces animales et végétales sauvages les plus menacées et de leurs habitats. De telles mesures reposent sur une approche de précaution. Dans certains cas les juridictions sont confrontées devant le dilemme soit d'appliquer ces réglementations à la lettre et, par conséquent, de condamner sévèrement d'autres intérêts soit de les assouplir en admettant les dérogations. Pour être admises, celles-ci devraient toutefois être suffisamment proportionnées. Le principe de proportionnalité joue ici une fois de plus un rôle clé dans la résolution de tels conflits. L'analyse de différentes décisions judiciaires est à nouveau exemplative d'un certain manque de rigueur dans le contrôle de proportionnalité.

Dans son arrêt *Tennessee Valley Auth. v. Hill*, la Cour suprême des Etats-Unis a été appelée à juger l'interdiction prononcée par un juge fédéral de poursuivre la construction d'un barrage qui devait provoquer l'extinction une espèce de poisson endémique dont l'habitat était intégralement protégé en vertu de l'Endangered Species Act. Le bilan "coût-bénéfice" aurait dû faire apparaître que l'arrêt de la construction du barrage aurait eu des répercussions socio-économiques considérables alors que la disparition de l'espèce menacée qu'aurait entraîné la construction du barrage n'avait pas d'incidences économiques immédiates. La Cour suprême n'a pourtant pas admis que cette protection puisse faire l'objet de la moindre dérogation même si les intérêts socio-économiques en jeu apparaissaient a priori comme beaucoup plus importants que la survie du poisson. Les attendus de l'arrêt sont particulièrement intéressants quant au rôle joué par la notion de précaution. Selon la Cour, "la valeur du patrimoine génétique est incalculable. Il est dans l'intérêt de l'humanité de limiter les pertes dues aux variations génétiques. La raison est simple, ce sont les clés d'énigmes que nous sommes incapables de résoudre, et elles peuvent fournir des réponses aux questions que nous n'avons pas encore appris à nous poser. Le plus simple égocentrisme nous

commande d'être prudent"⁵¹⁴. Ainsi la balance penche-t-elle en faveur du poisson, sa disparition apparaissant disproportionnée aux yeux de la Cour suprême par rapport aux gains économiques immédiats procurés par la construction du barrage.

Dans différentes affaires concernant la protection des habitats d'espèces menacées d'oiseaux, la Cour de justice des Communautés européennes a également fait pencher la balance en faveur de la protection des intérêts environnementaux au détriment des intérêts socio-économiques. Dans l'affaire *Leybucht*, la Cour de justice fut appelée à examiner la validité de travaux d'aménagements apportés par les autorités allemandes dans une zone spécialement destinées à la protection des oiseaux. Les travaux qui altéraient les habitats protégés étaient, entre autres, justifiés par la nécessité de mieux protéger les villages avoisinants contre les raz-de-marée. La Commission européenne chargée du contrôle du droit dérivé contestait cette argumentation et attaqua la République fédérale pour ne pas avoir garanti la protection de la zone classée. Après avoir constaté que la directive communautaire instituait un régime de protection des habitats naturels qui ne pouvait faire l'objet de dérogation, la Cour a néanmoins admis que "le danger d'inondations et la protection des côtes constituent des raisons suffisamment sérieuses pour justifier les travaux d'endiguement et de renforcement de structures côtières"⁵¹⁵. Mais elle a aussi tôt souligné que l'on ne pouvait déroger aux règles de protection édictées par la directive que de façon strictement proportionnée. A cet égard, les mesures devaient se limiter au strict minimum et ne comporter que la réduction la plus petite possible de la zone classée pour sauvegarder le principe essentiel de la sauvegarde de la vie humaine⁵¹⁶. La proportionnalité exigeait donc que les travaux soient en rapport avec la nécessité de déroger au régime de protection de l'habitat naturel. Les intérêts d'ordre socio-économique qui ne relevaient pas de "l'intérêt supérieur" que constituait la protection de la vie humaine ne pouvaient de la sorte

⁵¹⁴*Tennessee Valley Auth. v. Hill*, 473 U.S. 153, 180 (1978). Traduction libre de J.L. SAX, "Le petit poisson contre le grand barrage devant la Cour suprême des Etats-Unis", R.J.E., 1978/4, p. 372.

⁵¹⁵C.J.C.E., 28 février 1991, Commission c. R.F.A., aff. C-56/90, Rec. 1991, I- 883, point 23.

⁵¹⁶Point 23, in fine.

être invoqués pour justifier certains des travaux litigieux. Par conséquent, les travaux destinés à lutter contre les raz-de marée furent jugés suffisamment proportionnés à l'objectif de sécurité alors que les travaux qui ne répondaient qu'à des intérêts socio-économiques ne furent pas admis en raison de leur caractère disproportionné⁵¹⁷. La Cour a d'ailleurs confirmé dans son arrêt *Marismas de Santona* sa jurisprudence en rejetant les justifications socio-économiques avancées par les autorités espagnoles pour autoriser la construction de différentes infrastructures qui avaient causé la destruction d'une zone importante pour la conservation d'espèces d'oiseaux d'eau⁵¹⁸.

Un arrêt *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, rendu par le Conseil d'Etat de Belgique retient également l'attention en ce qui concerne la balance des intérêts⁵¹⁹. En l'espèce, un rocher sur lequel se trouvait la dernière station d'une espèce de fleur endémique, la Joubarde d'Aywaille, risquait de s'effondrer. Les autorités communales se disant soucieuses de protéger la vie de leurs administrés, avaient ordonné le dynamitage du rocher au mépris de différentes réglementations relative à la protection de la nature. Le Conseil d'Etat fut appelé à trancher un recours introduit par des associations de protection de l'environnement qui poursuivaient la suspension de l'ordonnance communale. Bien que cette dernière était avant tout justifiée par des raisons économiques (nécessité de réouvrir une route touristique à la circulation, coût excessif des mesures alternatives, ...), la Haute juridiction administrative a mis en balance le préjudice grave et difficilement réparable que subirait la flore menacée en raison du dynamitage du rocher avec le péril grave qui pesait sur les vies humaines du fait de potentielles chutes de rocher et rejeta le recours en prenant bien soin d'opposer un simple "risque" (la disparition d'espèces protégées) à un véritable "péril" (la chute de pierres).

⁵¹⁷Toutefois, la Cour a atténué la portée du principe de proportionnalité en recourant au principe de compensation. Les parties du projet justifiées pour d'autres raisons que la protection de la vie humaine comportaient des répercussions positives concrètes pour les habitats des oiseaux.

⁵¹⁸CJCE, 2 août 1993, Commission c. Espagne, aff. C-355/90, Rec., p. I-4221.

⁵¹⁹C.E., arrêt *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, n° 55.378, 25 septembre 1995, *Aménagement-Environnement*, 1996/4, obs. M. Pâques, G. Martin et Ch.-A. Morand.

L'on reste toutefois perplexe devant cette jurisprudence. Alors que dans l'arrêt *Leybucht*, la Cour de justice n'avait admis que les mesures suffisamment proportionnées à l'objectif de protection des vies humaines, le Conseil d'Etat dans son arrêt *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, n'a pas examiné si le dynamitage était proportionné par rapport aux objectifs de protection de la vie humaine alors que les études scientifiques citées dans l'arrêt faisaient pourtant état de mesures alternatives qui ne mettaient pas en péril le site. En omettant d'examiner le caractère proportionné de la mesure litigieuse, l'arrêt est venu conforter les intérêts socio-économiques qui sous-tendaient la décision litigieuse.

Ceci nous conforte dans l'idée que toute balance des intérêts mettant en jeu des principes antagonistes doit s'inscrire dans le cadre d'une méthodologie rigoureuse reposant sur une application correcte du principe de proportionnalité.

SECTION 2.

L'apport des principes du droit de l'environnement au principe de proportionnalité

Introduction

Toute décision prise par les pouvoirs publics pour protéger l'environnement est susceptible de se répercuter favorablement ou défavorablement sur les intérêts étrangers à sa finalité propre. Ces intérêts qui peuvent aussi bien appartenir à des tiers qu'au sujet même du droit que la règle consacre, sont pour la plupart aussi légitimes et respectables que l'objectif environnemental poursuivi par les pouvoirs publics. La mise en oeuvre du droit de l'environnement débouchera dès lors d'une façon ou d'une autre sur des conflits d'intérêts qui devront être résolus en conformité avec l'intérêt général. Il ressort de la plupart des décisions commentées que le principe de proportionnalité constitue bel et bien la clé de voute de la résolution de tels conflits. En sanctionnant le débordement, en corrigeant l'excès, ce principe intervient indiscutablement comme un élément modérateur des tensions qui parcourent le droit de l'environnement.

Pourtant, le bilan du rôle du principe de proportionnalité dans le règlement des conflits en matière d'environnement est pour le moins mitigé. Sous le couvert de la proportionnalité, certains juges n'hésitent pas à hiérarchiser les valeurs en conflit et à faire prévaloir les intérêts publics et privés affectés par la protection de l'environnement. La protection de l'environnement ne ressort pas nécessairement gagnante d'une telle confrontation (voy. la jurisprudence administrative en matière d'établissements classés), la jurisprudence de la CJCE en matière de conservation des habitats naturels).

Faut-il pour autant remettre en cause le principe de proportionnalité ? Avant de répondre à cette question, il convient de souligner que les principes du droit de l'environnement ne

s'opposent pas en tant que tels au principe de proportionnalité. Nous sommes en effet en présence de principes de nature fondamentalement distincte. En cristallisant les valeurs transcendant le droit de l'environnement, les premiers s'inscrivent dans un rapport étroit avec cette matière. Ils sont susceptibles d'affronter d'autres principes transcendant des intérêts antagonistes, tels que le principe de la liberté du commerce et d'industrie ou le principe de la libre circulation des marchandises. Le principe de proportionnalité constitue en revanche un méta-principe propre à la résolution des conflits d'intérêts. Il n'est pas spécifique à une branche juridique particulière même si l'on décèle aisément sa présence dans bon nombre d'institutions juridiques. Appelé à rester au-dessus de la mêlée, il intervient toujours au second degré. Il soupèse les intérêts antagonistes les uns par rapport aux autres et tente de les concilier dans la mesure du possible en restreignant les éventuels débordements. Il s'agit donc là d'un principe qui se réclame d'un idéal d'équilibre, d'harmonie qui est propre à l'ensemble du droit. Il domine de ce fait les règles de droit et les principes qui les sous-tendent. Dès lors, les rapports entre les principes du droit de l'environnement et le principe de proportionnalité ne doivent pas être perçus en termes d'opposition mais doivent être projetés dans une perspective nettement plus large, celle du règlement des conflits d'intérêts où la balance est réglée en fonction de la proportionnalité.

La question centrale qui sera abordée dans cette seconde section portera sur l'incidence des principes du droit de l'environnement sur le contrôle de proportionnalité.

A première vue, ces principes que nous avons étudié semblent remplir un rôle non négligeable dans le contrôle de la proportionnalité des mesures environnementales. Aussi, le principe de précaution et le principe du pollueur-payeur sont-ils pris en considération par le juge dans le cadre de la balance des intérêts (arrêt de la C.A. gravières de la Meuse et écotaxes, arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis *Snail Darter*). Mais, ceux-ci pourraient sans aucun doute, jouer un rôle encore plus significatif dans la pesée des intérêts. Etant donné que le contrôle de proportionnalité recouvre, à vrai dire, plusieurs tests de la validité d'une mesure,

l'on tentera d'identifier pour chacune de ces étapes comment les principes pourraient assouplir la rigueur de ce contrôle.

§1er. L'incidence du principe de précaution sur le contrôle de la nécessité de l'intervention de l'autorité publique en matière d'environnement

Lorsqu'il examine la proportionnalité d'une mesure, le juge vérifie tout d'abord l'adéquation de celle-ci par rapport à la situation de fait. La nécessité d'intervenir au nom de la protection de l'environnement doit donc être établie. Un lien de cause à effet doit exister entre la dégradation environnementale et la mesure d'intervention qui porte incidemment atteinte à d'autres intérêts.

Les mesures adoptées par les pouvoirs publics en matière de protection de l'environnement sont normalement destinées à remédier ou à prévenir la dégradation du milieu. Dans bien des cas, l'état de dégradation est plus suspectée que clairement établie d'un point de vue scientifique. Soucieux d'éviter toute -disproportion, le juge regardera avec scepticisme les mesures qui ne seraient pas justifiées sur des bases solides. Il se posera les questions suivantes. Est-il admissible que l'on porte atteinte, parfois de manière substantielle, à des intérêts protégés alors que la mesure n'est pas pleinement justifiée du point de vue scientifique? Ne faudrait-il pas mieux attendre un complément d'informations avant d'intervenir?

Or le principe de précaution est susceptible d'assouplir ce premier test : il permet de justifier une intervention des pouvoirs publics alors même que le lien de causalité entre l'activité dommageable et la pollution n'est pas clairement établi⁵²⁰. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur ce principe que la Cour administrative fédérale allemande admet la nécessité de mesures administratives portant atteinte à la liberté d'entreprendre, alors même que le lien de causalité entre l'activité et le dommage environnemental n'est établi que de manière abstraite. Ainsi, dans un arrêt de principe du 14 février 1984, cette Cour confrontée à la proportionnalité d'une

⁵²⁰En ce sens, K.-H. LADEUR, "Environmental Constitutional Law", in *European Environmental Law, a comparative prospective*, ed. Gerd Winter, Dartmouth, 1996, p. 30.

autorisation d'exploiter imposant à l'exploitant la combustion d'une huile dont le contenu en soufre était peu élevé, juge-t-elle que "la précaution est rendue nécessaire dans la mesure où il existe des raisons de croire que les émissions de polluants auront probablement un effet nocif sur l'environnement alors même que dans le cas concret le lien de causalité n'était pas encore établi" et que, par conséquent, la proportionnalité devait être calculée entre les mesures adoptées et "l'étendue du potentiel de risque d'émissions"⁵²¹. En conséquence, la mesure a été jugée nécessaire, donc proportionnée.

De même, le principe est susceptible de conduire à un véritable arbitrage entre les intérêts en cause. L'on a vu que dans une affaire comme celle de la Joubrade d'Aywaille, la pesée des intérêts ne s'est pas faite entre les vies humaines et l'environnement, mais bien entre la protection de l'environnement et des coûts économiques. Commentant cet arrêt, Gilles Martin fait observer que cette pesée n'aurait pu se faire, au regard du principe de précaution, qu'après que l'autorité eut été mise "en mesure de connaître et de comprendre les intérêts en présence"⁵²². Il en conclut que pour se donner le temps de récolter les informations utiles à la décision, le Conseil d'Etat aurait dû suspendre la décision ordonnant le dynamitage du rocher. Ainsi, c'est l'ensemble de la pesée des intérêts qui, à la lumière de cette nouvelle exigence de prudence, devrait être repensée.

§ 2. L'incidence des principes sur l'adéquation de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi

Le principe de proportionnalité exige également que la mesure soit exactement adaptée au but visé. Celle-ci doit donc être apte à atteindre l'objectif fixé; elle ne peut se révéler par son ampleur déplacée par rapport au problème posé car il ne sert à rien

⁵²¹BVerw GE, 17 février 1984, Bd. 69 (1985), p. 43.

⁵²²Commentaire sous l'arrêt n° 55.378 du 25 septembre 1995.

de tirer sur des moineaux avec un canon ou d'écraser des mouches avec un marteau-pilon⁵²³.

De nombreuses mesures peuvent paraître à première vue inadéquates par rapport à l'objectif qu'elles sont censées poursuivre. Faut-il, pour garantir un niveau élevé de réutilisation des bouteilles, adopter des taxes à un taux prohibitif, qui empêcheront la commercialisation des emballages non réutilisables et porteront sévèrement atteinte au principe de la liberté de commerce et d'industrie et au principe de non-discrimination? Ne serait-il pas préférable d'atteindre cet objectif en organisant des campagnes de publicité, en adoptant des mesures facultatives ..? Le taux prohibitif est-il vraiment adapté au but visé? La Cour d'arbitrage, confrontée à la validité d'un tel régime de taxation, estime que le législateur a pris une mesure conforme à l'objectif qu'il poursuit et qu'apprécié par rapport à cet objectif, la taxe n'est pas disproportionnée⁵²⁴. Et pourtant, l'on pouvait valablement s'interroger sur la nécessité en l'espèce d'instaurer une taxe prohibitive qui avait pour effet de faire disparaître du marché le bien taxable alors que l'objectif classique de la fiscalité vise à dégager des moyens financiers. Au regard de cet objectif fiscal classique, la mesure fiscale apparaissait comme disproportionnée. Mais cette critique aurait fait fi du rôle rempli par le principe du pollueur-payeur qui revient à inciter les pollueurs à réduire leur pollution. Il convenait donc de vérifier l'adéquation du moyen - la taxe prohibitive - avec l'objectif de ce régime fiscal éclairé à la lumière du principe qui l'inspire, à savoir le principe du pollueur-payeur. Au regard d'une telle comparaison, la mesure fiscale apparaissait comme suffisamment proportionnée.

Ainsi, les principes du droit de l'environnement peuvent également aider le juge à replacer l'objectif poursuivi par la mesure litigieuse dans son contexte.

⁵²³Selon l'expression de G. BRAIBANT, *op.cit.*, p. 298.

⁵²⁴C.A., n° 6/95, précité.

§3. L'incidence des principes sur le contrôle du caractère indispensable de l'intervention de l'autorité publique

La mesure doit aussi être indispensable pour atteindre l'objectif poursuivi. Ainsi, pour être justifiée au titre de l'article 36 du traité l'obligation de traiter aux Pays-Bas des déchets animaux doit-elle être indispensable au fonctionnement du régime d'élimination de ces déchets⁵²⁵. Dans le même ordre d'idées, pour être admise en tant qu'exigence impérative d'intérêt général, il faut que l'obligation de reprise des emballages de liquides alimentaires s'avère indispensable au fonctionnement du régime de réutilisation de ces emballages⁵²⁶.

Cependant, si l'on parvient à démontrer que d'autres mesures compromettent moins les intérêts publics et privés protégés tout en permettant d'atteindre l'objectif poursuivi de manière aussi efficace, ce sont ces dernières qui devraient être privilégiées. Le débat se situe donc ici en termes de comparaison de différents types de mesures, ce qui ne va pas sans poser des difficultés méthodologiques majeures.

L'on aura constaté que trop souvent, les juridictions mettent sur le même pied des mesures environnementales ne présentant pas le même degré d'efficacité. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi mis sur un pied d'égalité l'obligation de remettre des huiles usagées à des collecteurs tenus de les recycler avec la possibilité des les remettre à des collecteurs étrangers autorisés à les brûler⁵²⁷, l'interdiction d'importer des espèces animales domestiques pour protéger des espèces animales sauvages avec l'institution de contrôles sanitaires⁵²⁸, l'obligation d'obtenir un agrément administratif pour commercialiser des bouteilles avec l'obligation de réutiliser ces mêmes bouteilles⁵²⁹. Dans chacune de ces affaires, la Cour a conclu que la mesure

⁵²⁵C.J.C.E., 6 octobre 1987, aff. 118/86, précité.

⁵²⁶C.J.C.E., 20 septembre 1988, aff. 302/88, précité.

⁵²⁷ Arrêt Syndicat national des fabricants raffineurs d'huiles de graissage, aff. 172/82 (Inter-Huiles), point 14.

⁵²⁸ Arrêt Commission c. RFA, aff. C-131/93 (écrevisses indigènes), point 24. Voy. plus particulièrement les conclusions de l'avocat général W. van Gerven sous cette affaire, point 14.

⁵²⁹ Arrêt Commission c. Danemark, aff. C-302/86 (Bouteilles danoises), point 21.

nationale litigieuse était disproportionnée pour le simple fait que les mesures alternatives permettaient d'atteindre le même objectif tout en étant plus favorables aux échanges communautaires. Or chacune des mesures querellées s'avéraient aux yeux des autorités nationales plus efficaces que les mesures alternatives.

L'on ne manquera pas tout d'abord de reprocher au juge communautaire, surtout dans le domaine de l'environnement, son absence de compétence technique pour pouvoir valablement comparer des méthodes différentes par rapport au résultat envisagé. En effet, l'on peut se demander si celui-ci est vraiment à même de comparer différents types de mesures alors qu'il ne dispose pas nécessairement de tous les éléments techniques pour effectuer cette comparaison. Comment pourrait-il alors censurer le législateur ou l'administrateur alors qu'aucun savoir ne le désigne comme plus expert que celui qu'il contrôle? ⁵³⁰ Ne revient-on pas en fin de compte à permettre au moins compétent de dire que le plus compétent s'est trompé?⁵³¹. L'on aura observé que les arrêts de la Cour de justice condamnant le caractère non indispensable de la mesure nationale prêtent le flanc à la critique car ils reposent plus sur des affirmations que sur des démonstrations. A aucun moment, la Cour parvient à établir clairement en quoi la mesure alternative est aussi avantageuse que la mesure litigieuse.

En outre, le contrôle du caractère indispensable de la mesure masque dans ces cas un contrôle nettement plus controversé sur le caractère proportionné ou disproportionné même de la mesure. En effet, ne maîtrisant pas les éléments techniques pour pouvoir valablement comparer l'efficacité réelle des mesures concurrentes, le juge sera tenté de se laisser guider par la valeur qu'il estime supérieure. Pour un juge soucieux de garantir l'intégration économique, les mesures alternatives devront être privilégiées tout simplement parcequ'elles présentent moins d'entraves aux échanges et cela indépendamment du souci de maintenir la mesure la plus efficace. Dans ces circonstances, la mise en balance des avantages et des inconvénients de mesures divergentes présente le

⁵³⁰ P. MARTENS, op. cit., p. 62.

⁵³¹ J.P. COSTA, op. cit., p. 437.

danger de faire prévaloir à tous les coups la mesure la plus raisonnable sur la mesure la plus rigoureuse et ce au détriment de l'objectif poursuivi.

Nous devons formuler les critiques suivantes. Cette méthode d'analyse fait fi, à notre estime, de la prise en compte du principe d'un haut niveau de protection de l'environnement. Comme nous l'avons vu, ce principe commande en droit communautaire mais aussi dans un certain nombre de droits nationaux que les mesures de protection poursuivent un niveau optimal. Un contrôle de proportionnalité qui viendrait à rabaisser systématiquement le niveau de protection à un niveau intermédiaire ou à un niveau faible serait contraire à ce principe.

Le principe environnemental devrait commander à ce que le contrôle du caractère indispensable de la mesure se pose uniquement en terme de comparaison de mesures présentant un degré d'efficacité identique. Ceci ne compromet en rien le contrôle de proportionnalité puisque de toute manière la mesure la moins restrictive devra être retenue. Mais ce contrôle sera remplacé dans des limites plus objectivables.

Certes, le doute peut exister à propos du caractère nettement plus avantageux de la mesure querellée par rapport à d'autres mesures concurrentes. A cet égard, l'on tiendra compte du principe de précaution qui justifie l'intervention des pouvoirs publics alors que la lumière n'est pas entièrement faite sur la nécessité d'intervenir.

§4. Les principes du droit de l'environnement aux prises avec le bilan "coût-bénéfice"

La pondération des intérêts en présence s'avère encore plus délicate lorsqu'il n'y a pas de mesure alternative. Le contrôle de proportionnalité s'avère dans ce cas beaucoup plus tranché pour deux raisons. En premier lieu, la comparaison ne pourra se faire qu'entre l'action et l'inaction. Le principe de proportionnalité se résumera à l'examen suivant : les inconvénients auxquels aboutit

l'action dépassent-ils ou ne dépassent-ils pas ses avantages? Dans l'affirmative, l'action devra être condamnée au nom de la préservation de l'intérêt affecté. Dans la négative, la mesure pourra être validée et les limitations apportées aux intérêts des tiers devront être supportés. En second lieu, la sanction prise par le juge sera plus lourde de conséquences, la mesure jugée disproportionnée ne pouvant plus être remplacée par une autre. Le juge sera alors conduit à prendre parti soit en faveur de l'intérêt sous-jacent à la mesure d'ingérence soit en faveur de l'intérêt menacé.

Cette étape du contrôle de proportionnalité est incontestablement la plus controversée : en autorisant le juge à procéder à ce bilan "coût-avantage", ne lui donne-t-on pas l'instrument capable de recalibrer la totalité de l'oeuvre normative, qu'elle soit réglementaire ou législative"⁵³²?

Le bilan "coût-avantage" de la mesure varie en fonction de la perspective dans laquelle se place le juge. Une mesure fort avantageuse du point de vue de l'environnement risque d'être tout à fait incomprise. De même, les inconvénients suscités par une mesure risquent de paraître bénins dans le chef de son auteur mais exagérés dans le chef des tiers concernés. L'appréciation est ici avant tout subjective. La balance risque donc de pencher dans des sens différents selon les sensibilités des juges. Ainsi, le juge préoccupé du devenir de la gent ailée trouvera disproportionné l'empiètement d'un parc national par une autoroute tandis que le juge amateur de vitesse penchera en faveur de la solution opposée. Le souci de protection de l'environnement pourra tantôt être privilégié, tantôt, au contraire, être placé en retrait.

A. Critique de la nature discrétionnaire du test de proportionnalité

Une partie de la doctrine n'a jamais caché son inquiétude de voir le juge usurper la place qui revient au législateur ou à l'administrateur. Un auteur écrit dans cette veine que "le recours

⁵³² P. MARTENS, "L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité", *op.cit.*, p. 50.

systématique au principe de proportionnalité n'est pas sans danger, parce que la règle est trop subjective pour offrir au justiciable une garantie absolue. La démarche risque de remplacer l'arbitraire de la puissance publique par l'arbitraire du juge ou, en d'autres termes, de substituer le juge au législateur ou à l'administration dans l'exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Il s'agit là d'une latitude redoutable qui utilisée par un magistrat mal inspiré, conduira à des solutions n'entraînant pas l'adhésion, et que nul ne pourrait alors sanctionner" ⁵³³.

Il est vrai que lorsqu'il estime qu'une mesure de police environnementale est excessive parce qu'elle va au-delà du nécessaire, ou encore lorsqu'il considère que les inconvénients de la mesure environnementale pour l'économie sont plus importants que les avantages qu'elle procure en termes de protection de l'environnement, le juge administratif se rapproche de très près d'une appréciation d'opportunité ⁵³⁴. De même lorsque la Cour de justice estime qu'un agrément administratif est disproportionné pour assurer la protection de l'environnement, elle procède à un jugement de valeur qui a priori ne relève pas de sa compétence juridictionnelle. Ce qui est trop rigoureux relève alors de l'excessif tandis que ce qui est raisonnable demeure proportionné. Examiné sous cet angle, le principe de proportionnalité pourrait avoir des effets redoutables sur la politique de l'environnement.

Ce pouvoir doit-il pour autant être qualifié de discrétionnaire? De nombreux auteurs tempèrent cette appréhension même s'ils demeurent conscients que le contrôle de proportionnalité constitue une arme redoutable. Pour cette raison, l'on conseille de la manipuler avec prudence., l'on rappelle à cet égard que le juge n'est là que pour sanctionner "l'excès patent", "les graves disproportions"⁵³⁵, qu'il va naturellement pratiquer "l'auto-limitation" et que sa "fonction pacificatrice" lui ordonne de ne

⁵³³ J.-F. NEURAY, "Le droit à l'environnement et la liberté du commerce et de l'industrie. Réflexions sur un nouveau conflit de normes", *Rev.Dr.ULB*, n° 12, 1995, p. 68

⁵³⁴ De telles critiques sont d'ailleurs formulées à propos du principe de proportionnalité quelque soit la catégorie d'acte administratif concerné. Cf. J.P. COSTA, "Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *A.J.D.A.*, 1988, p. 436.

⁵³⁵ S. RIALS, *op. cit.*, p. 247.

jamais s'aventurer trop loin dans son contrôle ⁵³⁶. Le juge n'est-il d'ailleurs pas naturellement enclin à se montrer prudent? Une décision trop sévère ne recueillera ni l'adhésion de la doctrine ni celle des justiciables. L'on fait aussi remarquer qu'en n'étant pas plongé dans les tourments de l'action politique ou administrative, il peut trancher dans la sérénité ⁵³⁷. En revanche, s'il agit avec trop de circonspection, on lui reprochera alors son manque d'audace, sa servilité devant les pouvoirs publics....

En fin de compte, le contrôle de ce qui peut paraître démesuré est une question de mesure. Voilà donc la modération exclure la discrétion.

Mais ces réponses ne nous convaincent pas entièrement. Est-il vraiment possible, comme se le demande comme Stéphane Rials, de concilier l'intérêt de l'environnement et celui de la défense nationale, tous deux éminents, "si ce n'est par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire"?⁵³⁸ Ne serait-il pas préférable d'avouer que tout bilan "coût-bénéfice" recèle nécessairement une dose de discrétionnaire? Ne faudrait-il pas considérer qu'il y a là "un choix parfaitement dogmatique, un arbitrage qui demeure, au sens neutre et ancien de ce terme, arbitraire"⁵³⁹. C'est bien arbitrairement que le juge considère que tant d'unités de bien-être pour les touristes valent tant d'unités de recul pour la nature⁵⁴⁰.

⁵³⁶ P. MARTENS, op. cit., p. 63.

⁵³⁷ P. MARTENS, op.cit., p. 82; P. LEWALLE, "Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge", in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, op. cit., p. 82 à 84.

⁵³⁸ S. RIALS, op. cit., p. 247. .

⁵³⁹ S. RIALS, op. cit., p. 150. Cet auteur donne différents exemples où la préférence a été donné au développement économique au détriment de la conservation de la nature par une utilisation dogmatique du standard de proportion.

⁵⁴⁰ S. RIALS, op. cit., p. 324.

B. Ojections in concreto et in abstracto du bilan "coûts-avantages"

L'intérêt général comprend une pluralité d'intérêts publics parmi lesquels l'on retrouve la protection de l'environnement. L'intérêt porté à la protection de l'environnement est cependant relativement récent. Il demeure fragile et le poids qu'on lui accorde est faible. Lorsqu'elles sont mises en balance avec d'autres catégories d'intérêts, les règles environnementales ne peuvent aboutir qu'à des compromis qui répondent imparfaitement aux défis posés.

L'application du principe de proportionnalité a fait l'objet de fortes objections de la part de certains auteurs.

In concreto, il n'est guère aisé de comparer les avantages et les inconvénients présentés par une mesure de protection de l'environnement. Peut-on en effet démontrer que des mesures relatives à la gestion- des déchets procurent des avantages disproportionnés en raison des inconvénients qu'ils créent en terme d'échanges commerciaux? Il serait peut-être possible de calculer les pertes économiques des opérateurs économiques concernés puisque celles-ci s'expriment en termes monétaires. L'on éprouvera par contre, un malaise certain à évaluer la juste valeur économique des avantages procurés par une telle mesure. En effet, quelle valeur peut-on accorder à la préservation des ressources naturelles, à la salubrité de l'environnement, à la qualité de vie? Ces données forcément subjectives ne sont pas quantifiables économiquement⁵⁴¹. Le bilan "coût-avantage" ne peut de ce fait reposer sur une simple comparaison de chiffres; il ne peut se résumer à une évaluation purement mathématique. Le principe revêt alors une dimension beaucoup moins objectivable.

In abstracto, il nous semble extrêmement délicat de mettre en balance des mesures environnementales inspirées par les principes que nous avons décrit et les droits de nature économique. Ces droits - tels le droit de propriété, le droit de libre circulation des

⁵⁴¹L. KRAMER, "L'environnement et la marché unique européen", R.M.U.E., 1993/1, p. 48; N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, op.cit., p. 93.

marchandises ou le droit d'entreprendre - portent avant tout sur des intérêts d'ordre privé alors que la protection de l'environnement se rapporte à un intérêt collectif. Tout le monde a intérêt à pouvoir respirer un air pur, à boire une eau non polluée, à jouir d'un paysage préservé L'intérêt général justifie que des intérêts individuels cèdent devant la nécessité de protéger un bien collectif. En outre, dans les Etats où le droit de l'environnement a reçu une consécration constitutionnelle, les mesures environnementales participent à l'exécution de ce droit. Dans le cas où les droits économiques ne sont pas consacrés par la Constitution, le principe de la hiérarchie des normes devrait pouvoir être utilement invoqué ⁵⁴². La mesure environnementale justifiée au titre du droit de l'environnement devrait recevoir un préjugé favorable de la part du juge dans la mesure où les droits affectés occupent une position inférieure dans la hiérarchie des normes. Cependant, un certain nombre de droits économiques ont également une portée constitutionnelle⁵⁴³. Nous nous retrouvons alors en face d'un conflit de normes de valeur égale où le principe de proportionnalité paraît particulièrement adapté pour apporter une solution raisonnable. Le juge sera tenté d'instaurer un équilibre entre ces normes antagonistes.

⁵⁴²Tel est le cas de la liberté du commerce et de l'industrie en Belgique.

⁵⁴³En France, le Conseil constitutionnel a affirmé la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie, du droit de propriété....En Belgique, le droit de propriété est protégé par la Constitution.

CONCLUSIONS

Confrontés à des conflits opposant des principes concurrents, les juges se réfugient derrière le contrôle de proportionnalité pour tenter de les faire coexister, le cas échéant, en censurant leurs éventuels excès. Le droit de l'environnement n'est pas épargné par ce phénomène. Etant donné que sa mise en oeuvre se heurte à des résistances de plus en plus fortes de la part des multiples intérêts publics et privés, le principe de proportionnalité est apparu aux yeux de beaucoup comme la panacée pour régler ce type de conflits. L'analyse d'une jurisprudence fort diverse tant du point de vue des sources que de la nature du contentieux, a d'ailleurs fait ressortir le rôle prééminent rempli dans ce type de conflits par le principe de proportionnalité qui agit par un mécanisme d'affinement des conflits d'intérêts, en remontant des intérêts en conflit aux valeurs représentées par eux⁵⁴⁴.

L'on reste toutefois dubitatif devant l'utilisation de ce principe dans les conflits mettant en cause la politique de l'environnement. Le recours à la proportionnalité est loin de se montrer toujours favorable aux intérêts environnementaux. Aussi aura-t-on beau jeu de mettre en évidence que le principe masque le caractère discrétionnaire de plusieurs décisions jurisprudentielles. Aussi pourra-t-on regretter la sévérité du juge censurant trop systématiquement les décisions environnementales au nom de la proportionnalité. De manière plus épisodique lorsqu'il condamne une ingérence d'ordre socio-économique comme disproportionnée, pourra-t-on vanter sa témérité. La multiplicité des enjeux et l'hétérogénéité des valeurs auxquelles le juge est confronté font du principe une notion à géométrie variable qui permet le meilleur comme le pire. Le principe force le juge à procéder à une hiérarchie des valeurs en cause et à en jauger le poids respectif eu égard à chacun des intérêts concernés. C'est précisément cette mise en balance des valeurs qui pose problème en matière d'environnement,

⁵⁴⁴ Y. HANNEQUART, "Le principe de proportionnalité en droit privé belge", in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, op. cit., p. 142.

non pas seulement parce que la subjectivité risque de détroner l'objectivité, mais également en raison de la nature juridique des intérêts en cause. Mais le principe de proportionnalité, en restant un gage d'harmonie, remplit une fonction indispensable. Il est donc préférable de réfléchir, quelles que soient les critiques que l'on serait prêt à formuler à titre individuel, aux améliorations qui pourraient lui être formulées en vue de mieux objectiver la démarche du juge. Le recours aux principes du droit de l'environnement pourrai t être ici d'un grand secours.

Sans aucun doute, ces principes longtemps relégués à l'arrière plan, réclament une attention bien plus accusée de la part du juge lorsqu'il est appelé à mettre en balance des intérêts. Nous nous sommes attachés, au cours de ce dernier chapitre, à montrer comment ces principes permettraient, chacun à leur façon, de mieux prendre en compte la spécificité des mesures environnementales et de leur accorder plus de poids lorsqu'elles sont mises en balance avec des intérêts divergents. Ainsi, c'est chacune des étapes de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure qui devrait être réévaluée à la lumière de ces principes.

En étant susceptibles d'occuper l'avant-scène du contrôle de proportionnalité, ces principes pourront alors contribuer à accroître l'effectivité du droit de l'environnement.

CONCLUSIONS DU TITRE II

En raison de la place qu'ils occupent dans le système juridique, les principes du droit de l'environnement sont appelés à jouer un rôle essentiel dans l'ordonnancement des règles qui le composent en un tout cohérent. A la lisière du droit positif, ils synthétisent, systématisent et dynamisent ainsi l'ensemble des règles de droit positif. Ils orientent le travail du législateur ainsi que des pouvoirs subordonnés et inspirent le juge (chapitre 1er), ils facilitent le rapprochement d'ordres et de branches juridiques cloisonnés (chapitre 2), ils agissent, en exprimant la rationalité fondamentale du droit dans lequel ils opèrent, sur sa structure et sur son organisation interne et accentuent l'autonomie de celui-ci par rapport aux autres branches de droit (chapitre 3), ils permettent enfin une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux dans la pesée des intérêts en obligeant à procéder à une lecture originale du principe de proportionnalité (chapitre 4). Les virtualités des principes sont donc bien réelles.

CONCLUSIONS GENERALES

Le droit de l'environnement est-il à ce point fragile qu'il faille le consolider en recourant à des instruments souples, à des standards juridiques, à des principes ? Les abondantes règles techniques auxquelles les législateurs ont recouru depuis plus de trois décennies ne suffissent-elles pas à contenir les altérations écologiques ? Sont-elles à ce point inefficaces que l'on doive trouver refuge dans un "droit à texture ouverte", dans un "droit mou" ?

Une chose est pourtant sûre. Les principes ont réussi à occuper en un temps très bref une place essentielle dans l'essor du droit de l'environnement. Ainsi trouvent-ils leur place dans de nombreuses déclarations et conventions internationales dont le traité de Rome qui en énonce cinq d'entre eux; plusieurs législateurs nationaux s'attachent-ils dans leurs efforts de codification à donner une ossature à leurs réglementations en les reprenant. La consécration des principes du droit de l'environnement se généralise donc. L'on ne saurait y voir là le produit d'une quelconque alchimie juridictionnelle ou le fruit d'une recherche intellectuelle débridée.

Ceci nous a conduit, dans la première partie de l'étude, à nous attarder aux principes les plus couramment invoqués par les législateur international, communautaire et nationaux, à savoir les principes du pollueur-payeur, de prévention, de précaution, de la correction à la source et de l'intégration. L'on nous reprochera sans doute le côté arbitraire de ce choix. Nous sommes bien entendu conscients que nous avons tout juste commencé à explorer les rivages d'un vaste continent qui abrite sans doute de nombreux autres principes qui méritent encore d'être identifiés. Toutefois, nous sommes parvenu à dégager un véritable fil conducteur qui unit les cinq principes que nous avons cerné. Le principe du pollueur-payeur conditionne le principe de prévention qui renvoie lui-même à trois principes : la précaution, la correction à la source et l'intégration. Les principes permettent ainsi de baliser tous les aspects de la politique de l'environnement. Ils en forment

l'ossature. Un grand nombre de mécanismes juridiques trouvent appui sur lesdits principes. Souvent, des sous-principes viennent en étayer le contenu : la prévention se combine avec le principe du seuil, la précaution avec le principe de l'évaluation du risque. Le principe de la réduction de la pollution à la source engendre pour le domaine des déchets les principes de proximité et d'autosuffisance.

L'on a pu se demander se qui pouvait susciter l'intérêt du monde juridique pour des principes souvent assimilés à des guides d'orientation politique et dont l'influence sur le droit est largement différée. Il est certain que les principes ne s'apparentent pas à des règles de droit positif au sens classique du terme. En raison de leur caractère abstrait, ils ne reçoivent jamais une formulation univoque et tout à fait précise. De ce fait, ils se situent à la lisière des différents ordres juridiques qu'ils ordonnent. Ils sont le produit d'une dialectique constante entre les règles de droit positif contraignantes qu'ils inspirent et les valeurs qu'ils véhiculent. Cette dialectique n'empêche toutefois pas que leur portée juridique soit réelle même si leur intensité demeure variable. Cette normativité des principes est constante : les règles de droit positif doivent s'interpréter conformément aux principes, les principes vont faciliter la recherche des finalités que se donne le droit de l'environnement, en cas de conflit entre des intérêts divergents, les principes pourront aider le juge à trancher. C'est dans le cadre de la seconde partie de l'étude que nous sommes parvenus à caractériser au moyen de différents angles d'approche la véritable nature juridique de ces principes et de les différencier d'autres concepts, tels les standards juridiques ou les principes généraux du droit.

Enfin, il nous restait à démontrer quelle utilité ces principes pouvaient présenter pour le fonctionnement du système juridique. Nous nous y sommes attachés dans une troisième partie qui aura mis en relief le rôle important que ces principes peuvent exercer sur les techniques d'interprétation, l'émergence d'une nouvelle branche du droit et la pondération des intérêts. Certes, nous demeurons conscients que nous avons entrouverts que certaines portes et que le sujet est loin d'être épuisé. D'autres que nous, espérons-le, prendront sans doute la relève et enrichiront notre propos.

Faut-il pour autant conclure? Peut-on vraiment tirer un trait sur une tendance normative qui vient à peine d'émerger? Ceci nous paraît déraisonnable. Nous terminerons donc ces lignes par la constatation suivante : l'émergence de principes dans le droit de l'environnement s'inscrit dans une évolution plus générale affectant le droit tout entier. La science juridique a reposé pendant longtemps, dans une perspective positiviste, sur une séparation très nette faite entre le droit, la morale et la politique. Or le droit se conçoit aujourd'hui différemment. Il s'organise autour d'un faisceau de principes entre lesquels différents arbitrages doivent être réalisés. Les principes du droit de l'environnement sont fortement imprégnés de cette nouvelle image du droit moderne. Dans un ordre juridique où à la hiérarchie formelle entre les normes s'est substituée une interaction délicate entre le droit, l'éthique et la politique, les principes sont appelés à remplir une fonction cruciale : celle d'inspirer le législateur et l'administration active et celle de guider le juge. L'avenir du droit de l'environnement sera donc marqué par cette tendance. Dans la mesure où l'application des principes que nous avons décrit ci-dessus est susceptible d'accroître la cohérence, la cohésion et la rigueur de ce droit parvenu péniblement à l'âge de la maturité, l'on ose espérer que ses règles gagneront en effectivité. Dans ce cas seulement, l'environnement sera gagnant.

Bruxelles, le 29 novembre 1996

BIBLIOGRAPHIE

I. APERCU GENERAL DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

de SADELEER N., "La consécration de principes en vue d'un nouvel essor du droit de l'environnement", in Quel avenir pour le droit de l'environnement?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1996, p.239 - 259.

MORAND CH.-A, "Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes", in Quel avenir pour le droit de l'environnement?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 1996, p. 261-285.

VERSCHUUREN J., "Naar een codificatie van beginselen van het milieurecht", Recht en Kritiek, 1995/4, p. 421.

II. LES PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

HORVARTH K. & VISSER P., National experiences on codifying Rio principles in national legislations, Publikatie reeks Milieubeheer, D.-G. Milieubeheer - Ministerie van Volksrijksvesting, Ruimtelijke ordening en Milieubeheer, n° 1996/2, 1996, 20 p.

IUCN Environmental Law Centre, Draft International Covenant on Environment and Development, Environmental policy and law paper, n° 31, 1995, Gland, 200 p.

KAMTO M., "Les nouveaux principes du droit international de l'environnement", R.J.E., 1993/1, p. 11.

SANDS Ph., Principles of international law, Manchester, 1995.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, Environmental protection and sustainable development, Legal principles and recommendations, Londres, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1987.

III. LES PRINCIPES DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ENVIRONNEMENT

DE SADELEER N., Le droit communautaire et les déchets, Bruxelles, Bruylant - L.G.D.J., 1995, p. 505 à 545.

JANS J.H., Europees Milieurecht in Nederland, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1994, p. 17 à 26.

KRAMER L., "Community Environmental law under the Maastricht Treaty on European Union and the fifth environmental programme" in Recent Economic and Legal Developments in European Environmental Policy, Leuven Law Series, 5, Leuven University Press, Leuven, 1995, p. 83.

SEVENSTER H. G., Milieubeleid en Gemeenschapsrecht, Deventer, Kluwer, 1992, p. 100 à 134.

IV. LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT FRANCAIS

CANS Ch., "Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995", R.J.E., 1995/2, p. 195.

DE MALAFOSSE J., "Les principes généraux du droit de l'environnement", in Mélanges Jouri Boyer, Faculté de droit de Toulouse, 1996.

JEGOUZO Y., "Les principes généraux du droit de l'environnement", R.F.D. adm., 12 (2), mars - avr. 1996, p. 209.

LANOY L., "Réflexions sur la place et la portée des principes généraux du droit de l'environnement", Bulletin du droit de l'environnement industriel 2/96, p. 6.

LEPAGE C., "Les grands principes tels que les décline la loi Barnier sont à revoir", Le courrier de l'environnement, mars 1995, p. 23.

V. LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT ALLEMAND

BENDER B., SPARWASSER R. & ENGEL, "Hauptprinzipien des Umweltrechts", in Umweltrecht, 3. Aufl., Heidelberg, R. Müller, 1995, p. 24 à 27.

BOEHMER-CHRISTIANSEN S., "The Precautionary Principle in Germany", in T. O'Riordan and J. Cameron (ed.), Interpreting the Precautionary Principle, Londres, Cameron and May, 1994, p. 31.

BOTHE M. & SCHARPF H., "La juridiction administrative allemande empêche-t-elle le développement de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire?", Revue juridique de l'environnement, 1986/4, p. 420-439.

KLOEPFER M., "Die Prinzipien im einzelnen", in Umweltrecht, München, 1989, p. 74 à 83.

LADEUR K.-H., "Zur Prozeduralisierung des Vorsorgebegriffs durch Risikovergleich und Prioritätensetzung", in Jarbuch des Umwelt, Heidelberg, TechnikB, 1994, p. 297 à 331.

ROLLER G., Genehmigungsaufhebung und Entschädigung im Atomrecht, Baden-Baden, Nomos, Frankfurter Schriften zum Umweltrecht, 1994.

VON MOLTKE K., "The vorsorgeprinzip in West German environmental policy", in Royal commission on environmental pollution, 12th report: Best practicable environmental option, Cmnd 310, Londres, HMSO, 1988.

VON LESNER H., "Vorsorgeprinzip", in Handwörterbuch des Umweltrecht, Bd. II, Berlin, 1988, p. 1086-1092.

VI. LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN DROIT BELGE

DEKETELAERE K., "Flemish Environmental Policy Principles", Eur. Env. L. R., oct. 1996, p. 275-286.

LOONTJES K., "De doelstellingen en de beginselen van het vlaamse milieubeleid", in Algemene bepalingen Vlaams milieubeleid en bedrijfsinterne milieuzorg, Brugge, Die Keure, Milieurechtstandpunten, vol. 9, p. 45-61.

VII. LE PRINCIPE DU POLLUEUR- PAYEUR

CABALLERO F., Essai sur la notion juridique de nuisance, Paris, L.G.D.J., 1981, n° 253, p. 315.

de SADELEER N., "Quatrième partie - titre II : Le principe du pollueur-payeur", in Le droit communautaire et les déchets, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 521.

DUREN J., "Le Pollueur-Payeur - L'application et l'avenir du principe", R.M.C., n° 305, mars 1987, p. 144.

GAUTIER Ph., «L'Acte unique et les principes de l'action communautaire en matière d'environnement : prévention ou réparation ?», in La réparation des dommages catastrophiques, XIIIème journée J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 379

JADOT B., «Le statut juridique des déchets, au regard de la protection de la santé de l'homme et de l'environnement», in l'entreprise et la gestion des déchets, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 45

KRAMER L., «Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire, interprétation de l'article 130 R du Traité C.E.E.», Amén.-Env., 1991/1, p. 3

KRAMER L., «The Polluter-pays Principle in Community Law. The Interpretation of Article 130R of the E.E.C. Treaty», in Focus on European Environmental Law, Sweet & Maxwell, 1992, p. 244 à 263.

MELI M., «Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della comunità europea», Rivista Giuridica dell' Ambiente, 1989/2, p. 217

PRIEUR M., Droit de l'environnement, 3ème éd., Paris, Précis Dalloz, 1996, n° 149 à 152, p. 137 à 143.

REMOND-GOUILLOUD M., Du droit de détruire, Paris, P.U.F., 1989, p. 161

SMETS H., «Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement», Revue générale de droit international public, 1993, n° 2, p. 346

THUNIS X. et de SADELEER N., "Le principe du pollueur-payeur: idéal régulateur ou règle de droit positif?", Aménagement-Environnement, N° spécial 'Urbanisme et environnement : réparation et sanctions', 1995, p. 3

VIII. LE PRINCIPE DE PRECAUTION

BODANSKY D., "The precautionary principle : the US experience", in T. O'Riordan and J. Cameron (Eds.), Interpreting the precautionary principle, Londres, Cameron and May, 1994.

CAMERON J. & ABOUCHAR J., "The precautionary principle : a fundamental principle of law and policy for the protection of the global environment", Boston College International and Comparative Law Review 1991, p. 1-27.

CAMERON J., "The status of the precautionary principle in international law", in T. O'Riordan and J. Cameron (Eds.), Interpreting the Precautionary Principle, Londres, Cameron and May, 1994.

FREESTONE D., "The precautionary principle", in International law and global climate change, op.cit

FREESTONE D. & HEY E (Ed.), The Precautionary Principle and International Law, Kluwer, 1995, 306p.

GÜNDLING L., "The status in international law of the principle of precautionary action", International Journal of Estuarine and Coastal Law, p. 23-30.

HEY E., "The precautionary concept in environmental policy and law : institutionalizing caution", The Georgetown International Environmental Law Review, vol. 4, p. 303.

HICKLEY J. E. & WALKER V. R., "Refining the precautionary principle in international environmental law", Virginia environmental law journal, T. 14, 1995/3, p. 423-454.

HOHMANN H., "Precautionary legal duties and principles of modern international environmental law", in Columbia Journal of Environmental Law, 1996/1, p. 183-203.

HOHMANN H., The precautionary principle, Kluwer-Graham & Trotman, Londres, 1994.

JERNELÖV A., "The precautionary principle", in On the general principles of environment protection, Stockholm, Swedish Government Official Reports, 1994/69, p. 45-51.

JORDAN A.J. et O'RIORDAN T., "The precautionary principle in UK environmental law and policy", in Gray T.(Ed.), UK Environmental policy in the 1990s, Londres, MacMillan, 1995.

McGARVIN G., "The implications of the precautionary principle for biological monitoring", in Interpreting the Precautionary Principle, op. cit.

MARTIN G., "Précaution et évolution du droit", Dalloz chronique, 1995, p. 299-306.

O'RIORDAN T. et JORDAN A., "The precautionary principle in contemporary environmental politics", Environmental values, vol. 4, 1995, p.

O'RIORDAN T. & CAMERON J. (Ed.), Interpreting the precautionary principle, Londres, Cameron and May, 1994.

REHBINDER E., "Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts : das Vorsorgeprinzip als Beispiel", in Bürger-Richter-Staat, Festschrift für Horst Sandler, München, Hg. Fransen/Redeker/Schlichter/Wilke, 1991, p. 269-283.

REHBINDER E., "Precaution and sustainability: two sides of the same coin ?", in . Alexandre Kiss & Françoise Burhenne-Guilmin (Eds), A law for the environment: essays in honour of Wolfgang E. Burhenne, IUCN - The World Conservation Union, 1994, p. 93-101.

REHBINDER E., "The precautionary principle in an international perspective", in Miljørettens grundsporgsmaal, Copenhagen, 1994, p. 91.

REMOND-GOUILLOUD M., "A la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement", in Revue juridique de l'environnement, 1992/1, p. 5-17.

REMOND-GOUILLOUD M., "Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science", La vie des sciences, tome X, 1993, n° 4, p. 355.

STAIRS K.C. et JOHNSTON P.A., "The Precautionary Action Approach to Environmental Protection", in Environmental Pollution 1, ICEP, 1991, p. 473-479.

IX. LE PRINCIPE DE LA REDUCTION DE LA POLLUTION A LA SOURCE

de SADELEER N., "Les limites posées à la libre circulation des marchandises par les exigences de protection de l'environnement", C.D.E. 1993/5-6, p. 672.

TABLE DES MATIERES

TITRE Ier - LA GENESE DE CERTAINS PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

INTRODUCTION

CHAPITRE IER - LE PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR

INTRODUCTION

SECTION I. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR COMME UN PRINCIPE DE DROIT INTERNATIONAL

- §1er. Les recommandations de l'O.C.D.E.**
- § 2. Le droit communautaire**
- §3. Reflexions sur la signification du principe**

SECTION II. LES REPERCUSSIONS DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR SUR LA FISCALITE ENVIRONNEMENTALE

- §1er. L'identification du redevable**
- §2. L'assiette de la redevance**
- § 3. L'affectation du produit de la redevance**

CONCLUSION

CHAPTIRE II- LE PRINCIPE DE PREVENTION :

SECTION I. GENERALITES

- § 1. Introduction**
- § 2. La genèse du principe**
- § 3. Les différentes facettes du principe**

SECTION II. APPLICATION DU PRINCIPE EN DROIT COMMUNAUTAIRE

- § 1. Historique**
- § 2. La prévention, objectif politique de certaines politiques sectorielles**
- § 3. Les différents instruments juridiques du droit communautaire de l'environnement mettant en oeuvre le principe de prévention**

SECTION III. LES ENSEIGNEMENTS DU ROLE DU PRINCIPE DE PREVENTION DANS LE DEVELOPPEMENT DU DROIT COMMUNAUTAIRE

CHAPITRE III - LE PRINCIPE DE PRECAUTION

SECTION I. GENERALITES

- § 1er . Introduction**
- § 2. Genèse du principe**
- § 3. Les fondements éthiques du principe de précaution**
- § 4. L'émergence du principe de précaution en droit international**
- § 5. Les différentes facettes que peut revêtir le principe de précaution**

SECTION II. LES APPLICATIONS DU PRINCIPE DE PRECAUTION DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

§ 1er. Historique

§ 2. Les illustrations du principe de précaution dans le droit communautaire dérivé

SECTION III. ENSEIGNEMENTS SUR LE RÔLE DU PRINCIPE DE PRECAUTION DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ENVIRONNEMENT

§ 1er. Le principe de précaution, un principe encore en gestation

§ 2. Le principe de précaution et la place des scientifiques dans le processus décisionnel

§ 3. Les avancées timides du principe de précaution en droit communautaire

CHAPITRE IV - PRINCIPE DE LA CORRECTION, PAR PRIORITE A LA SOURCE, DES ATTEINTES A L'ENVIRONNEMENT

SECTION I. GENERALITES

SECTION II. LE PRINCIPE DE CORRECTION, INTERPRETE A LA LUMIERE DES PRINCIPES DE PROXIMITE ET D'AUTOSUFFISANCE

§ 1er. L'arrêt "Déchets wallons" et le recours au principe de correction

§ 2. Les rapports entre le principe de correction, d'une part, et les principes d'autosuffisance et de proximité, d'autre part.

CHAPITRE V - LE PRINCIPE D'INTEGRATION

SECTION I. GENERALITES

§ 1er. Introduction

§ 2. Genèse du principe

§ 3. Les différentes facettes que peut revêtir le principe d'intégration

§ 4. L'émergence du principe d'intégration en droit international

SECTION II. LES APPLICATIONS DU PRINCIPE D'INTEGRATION DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

§ 1er. L'émergence du principe dans le traité de Rome et les programmes d'action en matière d'environnement

§ 2. La mise en oeuvre du principe d'intégration dans le droit communautaire dérivé

SECTION III. ENSEIGNEMENT SUR LE RÔLE DU PRINCIPE D'INTÉGRATION DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE L'ENVIRONNEMENT

§ 1. La reconnaissance de l'exigence d'intégration

§ 2. Les écueils rencontrés lors de la mise en oeuvre du principe

§ 3. Les remèdes

CONCLUSIONS DU TITRE Ier

TITRE II

ESSAI DE CARACTERISATION DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

INTRODUCTION

CHAPITRE IER. - REFLEXIONS LIMINAIRES SUR LA NATURE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION I.- LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT NE SONT PAS DES REGLES IMPERATIVES

SECTION II. -LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT NE SONT PAS DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

SECTION III.-LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT NE SONT PAS DES STANDARDS JURIDIQUES

CHAPITRE II- LA DIMENSION ORGANIQUE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION I. - LA PLURALITE DES SOURCES

SECTION II. - LES PRINCIPES PROCLAMES PAR LE LEGISLATEUR

SECTION III. - LES PRINCIPES ENONCES PAR LE JUGE

SECTION IV.- LES PRINCIPES REVELES PAR LA DOCTRINE

CHAPITRE III.- DIMENSION FORMELLE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

CHAPITRE IV.- DIMENSION MATERIELLE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION I. - LE CARACTERE AXIOLOGIQUE DES PRINCIPES

SECTION II. - LA GENERALITE DU CHAMP D'APPLICATION DES PRINCIPES

SECTION III. - LA NATURE DISCRETIONNAIRE DES PRINCIPES

SECTION IV - LA PLACE SPECIFIQUE OCCUPEE PAR LES PRINCIPES DANS LA HIERARCHIE JURIDIQUE

CHAPITRE V - DIMENSION FONCTIONELLE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION I. - LES PRINCIPES FORMENT L'ASSISE DU SYSTEME JURIDIQUE

SECTION II. - LES PRINCIPES GARANTISSENT LA COHERENCE ET ACCENTUENT L'HOMOGENEITE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION III. - LES PRINCIPES IMPRIMENT UNE DIMENSION TELEOLOGIQUE AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION IV. - LES PRINCIPES DYNAMISENT LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

SECTION V. - LES PRINCIPES APPORTENT UN ELEMENT DE SOUPLESSE DANS L'APPLICATION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

CONCLUSIONS DU TITRE II

TITRE III

L'INCIDENCE DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT SUR LE FONCTIONNEMENT DU SYSTEME JURIDIQUE

INTRODUCTION

CHAPITRE Ier - LES PRINCIPES, INSTRUMENTS NOVATEURS DE REGULATION

INTRODUCTION

SECTION I - LES PRINCIPES COMME GUIDE D'ORIENTATION AU LÉGISLATEUR

SECTION II. - LES PRINCIPES COMME CRITERE D'APPRECIATION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION

SECTION III - LES PRINCIPES COMME INSTRUMENT D'INTERPRETATION AU SERVICE DU JUGE

- §. 1er. Le recours aux principes comme méthode d'interprétation
- §. 2. La pratique judiciaire
- §. 3. La crainte du gouvernement des juges

CONCLUSIONS

CHAPITRE II - LES PRINCIPES ET LEUR EFFET DE LISIERE

INTRODUCTION

SECTION I. - L'INTERACTION ENTRE LES PRINCIPES ET LES VALEURS EXTRA-JURIDIQUES

SECTION II -L'INTERACTION ENTRE LES PRINCIPES ET LES REGLES DE DROIT

- §1er. L'ambiguïté des rapports entre les principes et les règles de droit
- §2. Le modèle de la pyramide
- §3. Le modèle de la pyramide renversée
- §4. Des hiérarchies enchevêtrées

SECTION III - L'INTERACTION ENTRE LES DIFFERENTS ORDRES JURIDIQUES

SECTION III. - L'INTERACTION ENTRE LES DIFFERENTS BRANCHES JURIDIQUES

SECTION IV - L'INTERACTION ENTRE LES PRINCIPES SUPERIEURS ET LES PRINCIPES PARTICULIERS

CONCLUSIONS

CHAPITRE III - LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN TANT QU'INDICATEURS DE L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT

INTRODUCTION

SECTION I - LES OBSTACLES RENCONTRES PAR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN TANT QUE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT

- § 1. Un droit déstructuré**
- § 2. Un objet évanescent rétif à une appréhension juridique**
- § 3. L'absence de catégories juridiques homogènes**
- § 4. L'absence d'instruments juridiques spécifiques**

SECTION II - LES PRINCIPES EN TANT QUE VECTEURS DE L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT

- § 1. Les principes contribuent à dégager l'objet du droit de l'environnement**
- § 2. Les principes suscitent l'apparition de nouveaux cadres juridiques pour résoudre les problèmes d'environnement**
- § 3. Les principes transforment les règles existantes dans le sens d'une meilleure protection de l'environnement**
- § 4. Les principes constituent une étape préalable de la codification**

CONCLUSIONS

CHAPTIRE IV - LES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT CONFRONTÉS AU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

INTRODUCTION

SECTION I. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ COMME MOYEN D'ARBITRAGE DES CONFLITS OPPOSANT LES INTÉRÊTS ENVIRONNEMENTAUX A D'AUTRES CATÉGORIES D'INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS : EXAMEN CRITIQUE DE JURISPRUDENCE

Introduction

- §1er. Le principe de proportionnalité au secours des libertés économiques**
- §2. Le principe de proportionnalité au secours des intérêts publics de nature socio-économiques**
- §3. Le principe de propotionnalité au secours des intérêts environnementaux**

SECTION II.- L'APPORT DES PRINCIPES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT AU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

Introduction

- §1er. L'incidence du principe de précaution sur le contrôle de la nécessité de l'intervention de l'autorité publique en matière d'environnement**
- § 2. L'incidence des principes sur l'adéquation de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi**
- §3. L'incidence des principes sur le contrôle du caractère indispensable de l'intervention de l'autorité publique**
- §4. Les principes du droit de l'environnement aux prises avec le bilan "coût-bénéfice"**

CONCLUSIONS

CONCLUSIONS DU TITRE II

CONCLUSIONS GENERALES

TABLE DES MATIERES