SYLLABUS

Droit de l'environnement

Nicolas de Sadeleer
Professeur ordinaire

Avertissement

Les étudiants suivant le cours du droit de l'environnement trouveront ici les développements concernant le principe du pollueur payeur, d'une part, et le principe de précaution, d'autre part. Ces notes résument les cours qui ont été faits à Louvain-la-Neuve dans le courant du mois de mars 2019.

Il leur est également possible de visionner les vidéos suivantes qui synthétisent la matière.

<https://www.youtube.com/watch?v=vAosnQeM5mY>

<https://www.youtube.com/watch?v=y1Dg0bS0rCc>

https://www.youtube.com/watch?v=x0KZS_rwn1o

Il va de soi que vous ne devez pas étudier les notes de bas de page ; en revanche, vous devez bien maîtriser les développements théoriques.

Les questions qui seront posées à l'examen seront de nature théorique. Voici quelques exemples de questions que vous pourriez avoir à l'examen : « Quelle est la portée du principe de précaution en droit international ? », « L'identification du pollueur pose-t-elle des difficultés dans le cas de l'application du principe du pollueur payeur ? », « La distinction opérée entre l'évaluation et la gestion des risques traitait la critique ? », « Comment distinguer risque dit certain des risques dits incertains ? »

Vous êtes libres de prendre les documents qui vous paraissent pertinents le jour de l'examen, à l'exception des présentes notes.

CHAPITRE I

LE PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR *

INTRODUCTION

L'usage des biens environnementaux soulève de manière assez typique des problèmes d'externalités qui se traduisent par l'absence d'intégration au niveau d'une relation économique d'un coût ou d'un bénéfice propre ⁽¹⁾. Les voisins d'un propriétaire forestier veillant à l'entretien de ses massifs boisés bénéficient d'externalités (absence d'érosion, réduction des crues, maintien d'un débit hydrique régulier) sans que le propriétaire puisse pour autant leur réclamer une contrepartie d'ordre monétaire pour les avantages qu'il leur procure. Il s'agit dans ce cas d'externalités positives ⁽²⁾. En revanche, lorsque la production ou la consommation d'un bien ou d'un service cause des dommages à des biens environnementaux, ces activités engendrent des externalités négatives dès que leur coût n'est pas pris en compte dans le prix de revient du produit consommé ou du service rendu. Dans ce cas, le prix du marché est inférieur à ce qu'il aurait dû être et les consommateurs du bien ou du service, pareils à des passagers clandestins, tirent forcément avantage du fait de ne pas devoir payer le "*vrai prix*" ⁽³⁾. Aussi l'absence d'imputation de ces coûts s'apparenterait-elle, a-t-on dit, à un *enrichissement sans cause* ⁽⁴⁾.

Or, selon la théorie développée par l'économiste anglais Pigou, il faudrait pourtant les internaliser, c'est-à-dire les intégrer dans le prix du bien ou du service en question, en les imputant à ceux qui en sont la cause ⁽⁵⁾. Là où la gratuité apparente fausse les règles du jeu, l'internalisation des coûts cachés devrait éclairer les vrais choix économiques. Bien que formulé

(*) Ce chapitre approfondit une série de réflexions exposées dans un article intitulé "Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ?", que nous avons rédigé avec X. THUNIS et publié dans le numéro spécial 1995 "Urbanisme et environnement : réparation et sanctions" de la revue *Aménagement-Environnement*.

⁽¹⁾ Voy. la synthèse de H. VARIAN, *Introduction à la micro-économie*, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 589.

⁽²⁾ Voy. à cet égard le plaidoyer en faveur d'une prise en charge par la collectivité publique des externalités positives dans le domaine de la protection de l'environnement. Cf. R. HOSTIOU, "Aménagement, environnement et propriété privée. Eléments de réflexion juridique sur l'imputabilité du coût environnemental des politiques publiques : de l'extension du principe "pollueur-payeur" à l'émergence du principe "protecteur-payeur", in *Droit de propriété et environnement*, M. FALQUE et M. MASSENET (sous la dir.), Paris, Dalloz, 1997, p. 100.

⁽³⁾ G. BRAMOULLE, "L'appropriation des biens environnementaux", in *Droit et environnement - propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 53.

⁽⁴⁾ J. DUREN, "Le Pollueur-Payeur - L'application et l'avenir du principe", *R.M.C.*, n° 305, mars 1987, p. 144.

⁽⁵⁾ A. C. PIGOU, *The Economics of Welfare*, Londres, MacMillan, 2ème. éd., 1924. Pour une application de cette thèse dans le domaine de l'écofiscalité, voy. A. PAULUS, *The Feasibility of Ecological Taxation*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1997, p. 27.

un demi-siècle après la parution des travaux de Pigou, le principe du pollueur-payeur s'inscrit bel et bien dans le sillage de la théorie des externalités puisqu'il 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. Le principe s'adresse en tout cas aux autorités publiques qui doivent soit intégrer les coûts environnementaux, non monétaires, en corrigeant les prix du marché par des taxes compensatoires, soit édicter des normes de police destinées à interdire ou à limiter les processus de production générant ces coûts.

Si 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. et de la C.E. analysés plus loin, est rarement consacré ou admis comme tel dans les études économiques contemporaines. Connue sous le nom de théorème de Coase, l'une des analyses ayant fait couler le plus d'encre considère que lorsque les coûts de transaction sont nuls ou très faibles (dans le cas où l'information est immédiatement disponible et si les négociations sont aisées entre les parties impliquées), il n'est pas plus efficace d'un point de vue économique de donner à la victime de la pollution un droit à réparation que de reconnaître au pollueur le droit de polluer ⁽⁶⁾. Etant donné que le pollueur et l'utilisateur convoitent une ressource devenue rare, il n'y a aucune raison que l'intérêt de l'un l'emporte sur celui de l'autre. Dans la mesure où chacun est prêt à payer pour son usage, ils seront naturellement enclins à conclure une transaction en vue de ramener la pollution à un niveau optimal en terme d'efficacité économique. Pour Coase, la question des externalités peut être résolue par l'attribution de droits de propriété sur les ressources naturelles. Si le pollueur détient un droit de polluer, il appartiendra aux victimes de le payer pour qu'il cesse son activité ou pour qu'il la réduise. Par contre, le pollueur devra, pour pouvoir bénéficier de la ressource convoitée, indemniser les victimes de la pollution qui se sont vues attribuer les droits d'exploitation ⁽⁷⁾. L'attribution d'un droit de propriété sur la ressource naturelle modifie la répartition des revenus tout en n'affectant pas le résultat final en terme d'efficacité.

En écartant l'intervention des pouvoirs publics au profit de la libre négociation, la thèse de Coase constitue une apologie de la doctrine libérale du "*laissez-faire*". Toutefois, son importance pratique est limitée dans la mesure où elle repose sur une série de pré-requis : la négociation ne peut aboutir que si les droits des parties sont clairement définis, l'information est complète et réciproque et que les coûts des transactions demeurent négligeables ⁽⁸⁾. Comme le reconnaît Coase lui-même, ces conditions sont rarement remplies ⁽⁹⁾. Quoi qu'il en soit, cette

⁽⁶⁾ R. COASE, "The Problem of Social Cost", *J. Law & Economics*, t. III, octobre 1960, pp. 1 à 44.

⁽⁷⁾ J.-P. SENTI, "Le prix de l'environnement. Une approche par l'analyse économique du droit", in *Droit de propriété et environnement*, *op. cit.*, p. 159.

⁽⁸⁾ H.C. BUGGE, "The principle of polluter pays in economics and law", in *Law and Economics of the Environment*, E. EIDE and R. VAN DEN BERGH (eds.), Oslo, Juridisk Forlag, 1996, p. 63.

⁽⁹⁾ R. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.

thèse soulève des difficultés considérables tant du point de vue théorique que pratique ⁽¹⁰⁾. En se focalisant sur la compensation au bénéfice des victimes, elle oblitère la dimension préventive que revêt la théorie des externalités conçue par Pigou. Elle néglige le rôle considérable joué par les pouvoirs publics qui autorisent l'accès aux ressources. Enfin, elle méconnaît le caractère intemporel des dommages environnementaux et par conséquent, les besoins des générations futures. Pourtant, elle est loin d'être isolée puisque des études économiques récentes continuent à contester l'application du principe pollueur-payeur dans un contexte international ⁽¹¹⁾; mais ces critiques semblent être ignorées par le monde politique en raison de la popularité grandissante du principe, notamment par le biais des travaux de l'O.C.D.E.

Issu de la théorie économique, le principe du pollueur-payeur a progressivement quitté la sphère des bonnes intentions et des gloses doctrinales pour servir de référent au législateur. Il joue un rôle essentiel dans la conception d'une kyrielle d'instruments juridiques sur lesquels s'appuie le droit de l'environnement, tout en servant d'élément de motivation aux juridictions. Après avoir rappelé sa genèse (section I), l'on s'efforce d'en préciser le contenu en systématisant ses différentes facettes (section II) et d'analyser ses répercussions sur le droit positif, notamment du point de vue de la fiscalité et de la responsabilité civile (section III).

SECTION I. GENESE DU PRINCIPE

Suite à un bref rappel des manifestations du principe du pollueur-payeur dans le droit international, l'on a pris le parti d'examiner de façon plus détaillée son affirmation progressive au niveau de deux organisations économiques, à savoir l'Organisation de Coopération et de Développement économique et l'Union européenne. Cette première section se clôture par un court exposé sur la place occupée par ce principe dans les ordres juridiques nationaux.

§ 1er. Droit international

En sus d'avoir été adopté par l'OCDE et la CEE, le principe du pollueur-payeur a été adopté par le Conseil de l'Europe ⁽¹²⁾, par la conférence pour la sécurité et la coopération en

⁽¹⁰⁾ M.S. ANDERSEN, *Governance by green taxes. Making pollution prevention pay*, Manchester/New-York, Manchester University Press, p. 44 à 47.

⁽¹¹⁾ K.G. MÅLER, "International Environmental Problems", *Oxford Review of Economic Policy*, 1990, vol. 6, n° 1, p. 80; 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.

⁽¹²⁾ Résolution 592 du 24 avril 1975 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Europe ⁽¹³⁾, par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies ⁽¹⁴⁾ ainsi que par l'UNEP ⁽¹⁵⁾.

On le retrouve consacré de manière expresse dans la convention de Londres du 15 février 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets ⁽¹⁶⁾, le protocole du 17 mai 1980 relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique ⁽¹⁷⁾, l'accord du 20 juin 1985 de l'ASEAN sur la conservation de la nature et des ressources naturelles ⁽¹⁸⁾, la convention de Londres du 30 novembre 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures ⁽¹⁹⁾, l'accord portant la création de l'espace économique européen ⁽²⁰⁾, la convention du 7 novembre 1991 relative à la protection des Alpes ⁽²¹⁾, la convention de Paris du 22 septembre 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique ⁽²²⁾, la convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux ⁽²³⁾, la convention d'Helsinki du 2 avril 1992 pour la protection du milieu marin pour la zone de la mer baltique ⁽²⁴⁾, la convention de Lugano du 8 mars 1993 sur la responsabilité civile résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement ⁽²⁵⁾ et les accords de Charleville-Mézières du 26 avril 1994 sur la protection de l'Escaut et de la Meuse ⁽²⁶⁾, la convention de Rotterdam sur la protection du Rhin ⁽²⁷⁾. Le fait que sa reconnaissance dans des instruments

⁽¹³⁾ Déclaration sur la sécurité et la coopération en Europe à la suite de la conférence d'Helsinki du 10 juillet 1992, in 31 ILM 1416 (1992).

⁽¹⁴⁾ Cfr. article 2.5.b du traité d'Helsinki du 17 mars 1992.

⁽¹⁵⁾ UNEP/CHW. 2/1/3, 12 décembre 1991, 9.

⁽¹⁶⁾ La convention telle que modifiée par le protocole de 1996 prévoit : *"Chaque partie contractante s'efforce d'encourager des pratiques conformes au principe du pollueur-payeur, en vertu duquel les personnes qu'elle autorise à se livrer à l'immersion ou à l'incinération en mer assument les coûts liés au respect des prescriptions relatives à la prévention et à la maîtrise de la pollution imposée pour les activités ainsi autorisées, compte dûment tenu de l'intérêt public"*.

⁽¹⁷⁾ *"Appliquant le principe de précaution et le principe pollueur-payeur..."* (préambule du protocole d'Athènes tel que modifié le 7 mars 1996 à Syracuse).

⁽¹⁸⁾ Article 10, d).

⁽¹⁹⁾ *"Tenant compte du principe du pollueur-payeur en tant que principe général du droit de l'environnement"* (préambule de la convention de Londres).

⁽²⁰⁾ Article 73.

⁽²¹⁾ *"Les Parties contractantes, dans le respect des principes... du pollueur-payeur, assurent une politique globale de préservation et de protection des Alpes..."* (Article 2 (1)).

⁽²²⁾ *"Les Parties appliquent : (b) le principe du pollueur-payeur selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur"* (article 2.2., b).

⁽²³⁾ *"Les Parties se laissent guider par les principes suivants... le principe du pollueur-payeur, en vertu duquel les coûts des mesures de prévention, de maîtrise et de réduction de la pollution sont à la charge du pollueur"* (article 2.5., b).

⁽²⁴⁾ *"Les Parties s'engagent à appliquer le principe du pollueur-payeur"* (article 3.4).

⁽²⁵⁾ Le sixième considérant du préambule de la convention de Lugano met en évidence : *"l'opportunité d'établir dans ce domaine un régime de responsabilité objective tenant compte du principe pollueur-payeur"*.

⁽²⁶⁾ Les accords Escaut-Meuse de Charleville-Mézières le définissent comme le principe *"en vertu duquel les coûts des mesures de prévention, de maîtrise et de réduction de la pollution sont à la charge du pollueur"* (articles 3.2.d)).

⁽²⁷⁾ *"Les parties contractantes s'inspirent en outre des principes suivants : d) principe du pollueur-payeur"* (article 4).

conventionnels est récente et que la portée géographique de ces derniers ne dépasse guère un cadre purement régional, conduit certains auteurs à douter que, dans l'état actuel du droit international, le principe du pollueur-payeur puisse d'ores et déjà former une règle coutumière⁽²⁸⁾. Or, depuis la Conférence de Rio, il est repris dans la déclaration sur l'environnement et le développement dont le principe 16 proclame que "*les autorités nationales doivent 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*". Toutefois, cette définition qui est libellée en des termes fort peu prescriptifs ("*devraient s'efforcer de promouvoir*", "*en principe*"...), se situe bien en retrait par rapport aux définitions qui lui ont été données auparavant par l'O.C.D.E. et la C.E. Dépourvu de tout contenu normatif précis, l'application du seizième principe de la déclaration onusienne demeure de surcroît tributaire d'impératifs économiques puisqu'il ne doit pas "*fausser le jeu du commerce international et de l'investissement*"⁽²⁹⁾.

Les pays industrialisés comme les pays en voie de développement semblent vouloir restreindre l'application du principe du pollueur-payeur à une sphère régionale, ce qui est susceptible d'empêcher son essor sur le plan mondial⁽³⁰⁾. Cela dit, le principe devrait pourtant connaître un regain d'intérêt en raison de la prise de conscience des rapports de plus en plus étroits entre le développement et la protection de l'environnement. Le besoin se fait aujourd'hui ressentir de recourir de manière plus assidue aux instruments économiques, lesquels sont en grande partie justifiés par le principe du pollueur-payeur⁽³¹⁾.

(28) Ph. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, op. cit., p. 213. H. SMETS juge par contre que ce véritable principe de droit positif pourrait devenir un principe de droit coutumier. Cf. «Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement», *R.G.D.I.P.*, 1993, n° 2, p. 362.

(29) M. PALLEMAERTS, "La Conférence de Rio : grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ?", *R.B.D.I.*, 1995/1, p. 200.

(30) L'on notera d'ailleurs la pusillanimité de certaines organisations internationales lorsqu'elles s'y réfèrent. La définition donnée en 1992 au principe par les Etats membres de la Commission économique pour l'Europe est significative de cette crainte puisqu'elle est rédigée dans des termes similaires à ceux des définitions initiales de l'O.C.D.E., lesquelles ne visaient qu'une internalisation partielle des coûts environnementaux (CSCE/RMP.6, 1990).

(31) L'on rappelle que les règles du GATT sont a priori neutres à l'égard de l'adoption du principe : "*Les Etats sont libres de taxer la vente de produits domestiques nuisibles pour l'environnement et d'exempter des produits étrangers concurrents qui seraient moins nocifs. Aussi, les règles du GATT offrent-elles aux parties contractantes le choix d'appliquer ou de ne pas appliquer le principe pollueur-payeur*" (GATT Dispute Settlement Panel, US Chemicals Tax case (1987)). Cf. Ph. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, op. cit., p. 691.

§ 2. Droit des organisations internationales poursuivant un objectif d'intégration économique

La présence relativement récente du principe du pollueur-payeur dans une série de conventions internationales ne doit pas masquer l'importance des réflexions qui ont cours depuis près de trois décennies au sein de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique et de la Communauté européenne dont les travaux ont véritablement transformé ce qui, à l'origine, n'était qu'une règle économique en un véritable principe juridique.

A. Organisation de Coopération et de Développement économique

Le principe du pollueur-payeur fut énoncé 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 ⁽³²⁾, laquelle fut rapidement suivie d'une recommandation sur la mise en oeuvre du principe pollueur-payeur ⁽³³⁾. Si le principe devait concourir à la suppression des aides d'Etat par la mise en place d'un mécanisme «*d'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution*» ainsi que des mesures administratives afférentes, il ne devait pas pour autant supprimer toute forme de pollution. En effet, le pollueur devait seulement "*se voir imputer les dépenses relatives aux mesures arrêtées par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable*" ⁽³⁴⁾. N'étant donc pas envisagé pour obliger les pollueurs à assumer toutes les conséquences de leurs actes, le principe ne garantissait qu'une internalisation partielle des coûts environnementaux.

Après une longue période d'accalmie — il fallut en effet attendre la fin des années quatre-vingt pour que le principe du pollueur-payeur connaisse un nouvel essor au sein de l'O.C.D.E. —, un nouveau pas fut franchi lorsque le Conseil de cette organisation décida dans une recommandation du 5 juillet 1989, de l'appliquer aux pollutions d'origine accidentelle liées aux substances dangereuses et plus seulement aux pollutions chroniques ⁽³⁵⁾. Dorénavant, le coût des mesures de prévention et de lutte contre les pollutions accidentelles doit être imputé à tous leurs auteurs potentiels indépendamment du fait qu'ils contribuent à la pollution. Toutefois, l'internalisation prévue du coût des pollutions accidentelles ne revêt pas encore à ce stade un caractère absolu puisque le pollueur ne doit supporter que le coût des "*mesures raisonnables*"

⁽³²⁾ C(72) 128 (final), O.C.D.E., 1972.

⁽³³⁾ C(74) 223 (final), O.C.D.E., 1974.

⁽³⁴⁾ Dans une note sur la mise en oeuvre du principe du pollueur-payeur, le Comité de l'environnement soulignait d'ailleurs qu'étant un principe d'allocation efficace des coûts, il ne devrait 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.

⁽³⁵⁾ C (89) 88 (final), O.C.D.E., 1989.

qui sont prises par les autorités dans de telles situations ⁽³⁶⁾. Il n'en demeure pas moins que cette avancée est significative car elle oblige les pollueurs potentiels à couvrir les dépenses qui incombent généralement aux autorités publiques lorsqu'elles doivent remédier à des pollutions accidentelles ⁽³⁷⁾.

Un pas supplémentaire fut posé en 1991 lorsque le Conseil de cette même 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 requérait plus seulement l'internalisation des coûts de prévention et de lutte contre la pollution mais aussi l'internalisation du coût des dommages ⁽³⁸⁾. Le progrès est à nouveau significatif : le pollueur ne devrait dorénavant plus seulement prendre en charge les mesures de prévention et de lutte contre la pollution (par exemple, la construction d'une installation d'épuration) ainsi que les coûts administratifs y afférents (par exemple, les mesures de surveillance des installations), mais il devrait également supporter les dommages causés par sa pollution (par exemple, le coût des mesures d'assainissement). Même si cette évolution n'est pas encore parvenue à son terme, le principe glisse progressivement dans le sens d'une internalisation complète des coûts de la pollution.

B. Union européenne

Le principe du pollueur-payeur s'est imposé graduellement comme un des piliers de la politique communautaire de l'environnement, cette dernière ayant rapidement emboîté le pas aux recommandations adoptées par le Conseil de l'O.C.D.E en explicitant son contenu dans une série de recommandations et résolutions, et en lui conférant par la suite une portée normative. Ici aussi, un bref rappel de cette évolution s'impose.

Le principe du pollueur-payeur fut énoncé pour la première fois dans le premier programme d'action en matière d'environnement (1973-1976) d'après lequel les frais occasionnés par la prévention et la suppression des nuisances incombent normalement aux pollueurs. Des exceptions à ce principe ne pouvaient être admises que s'il ne résultait pas de distorsions importantes au niveau des échanges et des investissements internationaux ⁽³⁹⁾. Les modalités d'application de ce principe furent précisées dans une recommandation 75/436/Euratom/CECA/CEE du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention

⁽³⁶⁾ 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).

⁽³⁷⁾ H. SMETS, "Le principe pollueur-payeur", *op. cit.*, p. 350; S. GAINES, "The Polluter-Pays Principle : From Economic Equity to Environmental Ethos", *Texas Intl. L.J.*, vol. 26, p. 463.

⁽³⁸⁾ C(90) 177 (final), O.C.D.E., 1991.

⁽³⁹⁾ *J.O.*, n° C 112 du 20 décembre 1973, p. 6.

des pouvoirs publics en matière d'environnement ⁽⁴⁰⁾ qui reprend, dans ses grandes lignes, les règles élaborées par l'O.C.D.E. Vingt ans plus tard, cette recommandation constitue toujours un passage obligé pour comprendre la portée du principe du pollueur-payeur.

Selon la recommandation 75/436, *“les personnes physiques et morales, de droit privé ou public, responsables d'une pollution doivent payer les frais 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*. Les *normes* sont typiquement des mesures de police de type préventif qui ne présentent a priori pas de rapport direct avec la règle d'imputation économique qui devrait être déduite d'un tel principe du pollueur-payeur ⁽⁴¹⁾. En couvrant tout type de prélèvement financier qui fait supporter au pollueur sa quote-part des dépenses collectives qu'implique la lutte contre la pollution qu'il a provoquée, les *redevances* correspondent mieux à une règle d'imputation. Il faut noter que cette définition de la redevance relève de la science économique et non pas du droit positif, lequel lui donne une portée beaucoup plus restreinte ⁽⁴²⁾.

Les redevances se caractérisent aussi par leur dimension préventive car 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 n'est qu'accessoirement qu'elles peuvent avoir un caractère redistributif, lequel consiste à faire supporter au pollueur *“sa quote-part des*

⁽⁴⁰⁾ *J.O.*, n° L 19 du 25 juillet 1975. Tout en n'étant pas obligatoire, la recommandation n'est pas pour autant dépourvue d'effets juridiques. En principe, la recommandation ne lie pas, mais l'article 233 attribue à la Cour la compétence pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté, sans exception aucune. Elle est donc compétente pour se prononcer sur l'interprétation de recommandations adoptées sur la base du traité. De plus, *“les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en oeuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant”* (C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88, *Rec.*, I-4407, point 18).

⁽⁴¹⁾ La recommandation distingue parmi les normes celles de qualité de l'environnement, de procédé et 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. Ces normes seront mises en rapport avec le principe de prévention dans le cadre du chapitre suivant.

⁽⁴²⁾ En droit communautaire, la redevance se définit comme étant la rémunération d'un service effectivement rendu à l'importateur ou à l'exportateur, qui lui confère un avantage spécifique et qui s'élève à un montant proportionné à la valeur du service et à son coût. En droit belge, la redevance se distingue de l'impôt puisqu'il s'agit d'un prélèvement spécifique destiné à couvrir un service public rendu facultativement à l'intéressé. Elle comporte nécessairement une contre-prestation effective de la part de l'autorité publique en faveur de celui qui la paie.

dépenses des mesures collectives” (43). Enfin, l'on notera que le principe n'a pas une portée absolue étant donné qu'il fait l'objet de plusieurs exceptions analogues à celles admises au sein de l'O.C.D.E. 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 et des délais peuvent être accordés aux pollueurs afin de leur permettre d'adapter leurs produits ou leurs processus de production.

Suite à la recommandation du 3 mars 1975, le principe du pollueur-payeur a été repris dans tous les programmes d'action en matière d'environnement avec de légères variations dans la signification retenue. Dans le second programme d'action (1977-1981), il a, à nouveau, été 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 (44) alors que dans le troisième programme (1982-1986), son rôle d'incitant pour réduire la pollution et promouvoir les technologies propres a été mis en exergue (45). Le quatrième programme (1987-1992) a reconnu que le principe devrait conduire à la mise en place d'un système de responsabilité étendue pour les dommages causés à l'environnement ainsi qu'à l'adoption d'instruments économiques (46), idée d'ailleurs reprise par le cinquième programme (1993-1998) (47). La volonté initiale de supprimer toute aide publique en matière d'environnement en recourant au principe fut pourtant tempérée par l'encadrement communautaire de 1994 relatif aux aides d'Etat pour la protection de l'environnement (48).

Dans le courant des années septante, le principe du pollueur-payeur fit son apparition dans le droit communautaire dérivé en étant expressément repris dans quatre directives concernant la gestion des déchets (49) et depuis l'adoption en 1991 d'une directive-cadre sur la gestion des déchets, il recouvre tout ce pan de la politique communautaire de l'environnement

(43) Dans la mesure où la redevance est appelée à remplir cette 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”*.

(44) *J.O.*, n° C 139 du 13 juin 1977.

(45) *J.O.*, n° C 46 du 17 février 1983.

(46) *J.O.*, n° C 328 du 7 décembre 1987.

(47) *”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”* (5e programme d'action, n° 31). *”Dans l'esprit du pollueur-payeur, les taxes devraient progressivement servir à décourager la pollution à la source, ou à encourager le recours à des procédés de production propres au marché”* (5e programme d'action, n° 7.4).

(48) Encadrement communautaire 94/C 72/03 des aides d'Etat pour la protection de l'environnement. Sur cette question, voy. N. de SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, *op. cit.*, p. 197.

(49) 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). En condamnant l'interdiction d'exportation des huiles usagées hors de France comme étant contraire à l'article 30 (nouvel article 28) du traité, la Cour de justice des Communautés européennes a rejeté l'argument économique invoqué par les autorités françaises au motif que la directive communautaire leur donnait *”la possibilité, sans faire obstacle aux exportations, d'octroyer à ces opérateurs des indemnités financées conformément au principe pollueur-payeur”* (C.J.C.E., 10 mars 1983, *Inter-Huiles*, aff. C-172/82, *Rec.*, p. 555, point 18).

(⁵⁰). Il fut 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 (⁵¹) et dans le Livre vert de la Commission sur la réparation des dommages causés à l'environnement. En revanche, les directives communautaires en matière de pollution atmosphérique, de protection des eaux, de nuisances sonores ou de protection de la nature (⁵²) n'y font aucune référence expresse.

Le principe du pollueur-payeur recevra finalement ses lettres de noblesse lors de l'insertion d'un article 130R, paragraphe 2 dans le traité C.E. (nouvel article 191, § 2 TFUE) au moment de sa modification par l'Acte unique européen. Il y côtoie notamment les principes de prévention et de précaution et à l'instar de ces derniers, il est censé orienter la définition et la mise en oeuvre de la politique communautaire de l'environnement. Les auteurs du traité ont d'ailleurs confirmé son rôle essentiel en rappelant à l'article 130S, paragraphe 5 (nouvel article 175) qu'il continue à s'appliquer même lorsque le Conseil fait usage de la faculté de déroger temporairement aux règles qu'il édicte en faveur des Etats membres pour lesquels les mesures communautaires impliqueraient des coûts jugés disproportionnés.

L'aboutissement de cette évolution pourrait bien constituer un point de départ pour de nouveaux développements. Non seulement le principe du pollueur-payeur chapeaute dorénavant tout le droit de l'environnement, mais en outre, il s'impose aux institutions de la Communauté, à savoir la Commission, le Conseil, le Parlement européen, le Comité économique et social et le Comité des régions. Ces dernières sont donc impérativement tenues de le prendre en compte dans le cadre des mesures qu'ils arrêtent ou des avis qu'ils émettent, de sorte que tous les actes de droit dérivé lui sont subordonnés (⁵³). De surcroît, la Cour de justice doit en assurer le respect dans les affaires qu'elle serait appelée à trancher. Cette exigence n'empêche toutefois pas les institutions de la Communauté de jouir d'un certain pouvoir d'appréciation.

Dans ses conclusions sous l'affaire *Peralta*, l'avocat général M.C.O. Lenz a jugé que l'article 130R (nouvel article 192 TFUE) "*ne peut, en général, fournir de critère pour l'action des Etats membres dans le domaine de l'environnement*" (⁵⁴). Il en résulte que l'action des Etats

(⁵⁰) L'article 15 de la directive-cadre 75/442/CEE relative aux déchets, qui s'applique à toutes les catégories de déchets, prévoit que : "*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*".

(⁵¹) *J.O.*, n° C 251 du 4 octobre 1989, p. 3.

(⁵²) Le onzième considérant de la directive 92/43/CE concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages reconnaît d'ailleurs que le principe ne peut avoir qu'une application limitée dans le cas particulier de la conservation de la nature.

(⁵³) Sur la portée du principe en droit communautaire, l'on se référera tout particulièrement à la contribution de 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. Les observations qui suivent sur la portée du principe valent bien entendu pour les principes de prévention et de précaution, lesquels sont consacrés par la même disposition du traité. Nous nous abstenons dès lors de les répéter par la suite.

(⁵⁴) Point 33 des conclusions présentées le 11 mai 1994. Il s'agissait en l'espèce d'une question préjudicielle relative à des infractions pénales. Aucune règle de droit communautaire dérivé en matière d'environnement n'était directement en cause puisque la législation italienne transposait une convention internationale à

membres ne peut pas être critiquée au regard des principes qui sont contenus dans cette disposition, tant qu'elle n'affecte pas l'effet utile des pouvoirs conférés au Conseil. Cette affirmation nous semble devoir être nuancée dans la mesure où les principes environnementaux du traité, dont celui du principe du pollueur-payeur, s'imposent aux Etats membres de manière directe et indirecte.

Lorsqu'un principe est énoncé dans les actes de droit dérivé, les autorités nationales sont tenues de prendre les mesures nécessaires pour les mettre en oeuvre dans leur ordre juridique; tel est le cas, par exemple, de la directive 75/442/CEE relative aux déchets qui consacre le principe du pollueur-payeur.

Or, même dans le cas où ils ne seraient pas énoncés expressément dans un acte de droit dérivé, les principes environnementaux consacrés par le traité FUE peuvent s'imposer aux Etats membres dans la mesure où ils sont censés éclairer la portée des actes de droit dérivé.

De la sorte, les principes inscrits dans le traité peuvent refaire surface dans leur droit interne en raison de l'obligation qui est faite à leurs organes administratifs et judiciaires d'interpréter les textes de droit national conformément aux règles communautaires et aux principes qui en découlent ⁽⁵⁵⁾. Que ce soit au titre du droit dérivé ou de l'obligation d'interprétation conforme, il ne paraît donc plus possible pour les Etats membres de la Communauté européenne de mener une politique de protection de l'environnement qui ignore ce principe ⁽⁵⁶⁾.

L'arrêt *Standley* du 29 avril 1999 confirme l'intérêt que présente l'insertion du principe du pollueur-payeur dans le traité FUE à l'égard des obligations mises à charge des Etats membres dans la mise en oeuvre de leurs obligations de droit dérivé ⁽⁵⁷⁾. La *High Court of Justice* s'interrogeait sur la violation éventuelle du principe du pollueur-payeur énoncé à l'article 174 du traité si la directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles devait être interprétée comme obligeant les exploitants agricoles à supporter le coût de la réduction de la concentration des nitrates dans les zones vulnérables au-dessous du seuil de 50 mg/l, alors que ce type de pollution ne trouve pas exclusivement sa source dans les pratiques agricoles.

Interrogée sur ce point, la Cour de justice a conclu à l'absence de violation du principe du pollueur-payeur, dans la mesure où la directive litigieuse "*n'implique pas que les exploitants agricoles doivent assumer des charges inhérentes à l'élimination d'une pollution à laquelle ils*

laquelle la Communauté n'était pas partie. La Cour a jugé en l'espèce que l'article 130R (nouvel article 174) ne s'opposait pas à la législation italienne en cause (C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, *Rec.*, I-3453, point 58).

⁽⁵⁵⁾ C.J.C.E., 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. C-14/83, *Rec.*, p. 1891, point 26 et 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, point 8.

⁽⁵⁶⁾ Voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 25 juillet 1991 relatif à la taxation des déchets (*Doc. C.R.W.*, sess. 1990-1991, n° 235/1, pp. 21 à 25).

⁽⁵⁷⁾ C.J.C.E., 29 avril 1999, *Standley*, aff. C-293/97, non encore publié au Recueil.

n'ont pas contribué"; "il incombe aux États membres de prendre en considération, dans la mise en oeuvre de la directive, les autres sources de pollution et, compte tenu des circonstances, de ne pas faire supporter aux exploitants agricoles des charges d'élimination de la pollution qui ne sont pas nécessaires" (58). Si l'on suit ce raisonnement, les coûts afférents à la désignation et au maintien de la qualité écologique d'une zone de protection d'un milieu particulier qui seraient imputés à certaines catégories d'agents économiques ne devraient pas être supérieurs à ceux de la pollution générée par les responsables. De la sorte, un principe inscrit dans le traité C.E. influence l'interprétation à donner à une règle de droit dérivé et, partant, conditionne les pratiques administratives nationales.

§ 3. Droits nationaux

Le principe du pollueur-payeur exerce aussi une influence significative sur l'évolution des droits nationaux dans la mesure où plusieurs législateurs l'ont reconnu comme formant une norme directrice de leur politique de l'environnement. Tel est notamment le cas du droit français (59) qui le définit comme le principe "*selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celles-ci doivent être supportés par le pollueur*" ainsi que d'une réglementation régionale belge (60). Parfois on le retrouve sous une dénomination relativement similaire, à l'instar du droit allemand où il est connu sous le nom de principe du responsable-payeur (*Verursacherprinzip*) (61) ou du droit suisse dont la loi fédérale sur la protection de l'environnement prévoit un principe de causalité en vertu duquel "*les frais résultant des mesures que cette loi exige de prendre sont assumés par celui qui en est la cause*" (62). La doctrine allemande estime que conformément à l'article 20.a de la Constitution fédérale,

(58) Points 51 et 52.

(59) Article L 200-1 du Nouveau Code rural.

(60) Article 1.2.1, §2, du décret du 5 avril 1995 de la Région flamande contenant les dispositions générales concernant la politique de l'environnement qui constitue une reprise formelle de l'article 174 du traité C.E. La loi fédérale du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique dispose que "*lorsqu'ils mènent des activités dans des espaces marins, les utilisateurs de ces espaces et les pouvoirs publics doivent tenir compte du principe du pollueur-payeur (...), lequel implique que les coûts de prévention, de réduction et de lutte contre la pollution et les coûts de réparation des dommages sont à charge du pollueur*".

(61) Ce principe fait d'ailleurs l'objet de nombreux commentaires doctrinaux, voy. M. KLOEPFER, "Die Prinzipien im einzelnen", in *Umweltrecht*, München, 1989, n° 27, p. 83; B. BENDER, R. SPARWASSER & R. ENGEL, "Hauptprinzipien des Umweltrechts", in *Umweltrecht*, 3 Aufg., Heidelberg, R. Müller, 1995, n° 73, p. 27.

(62) Article 2 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement dont les travaux préparatoires rappellent que "*la loi concorde avec de nombreuses législations étrangères similaires et se conforme aux recommandations des organisations internationales dans sa volonté systématique d'appliquer aux mesures de protection de l'environnement le principe de causalité. Celui-ci consiste essentiellement à faire supporter à leurs auteurs les frais de lutte contre les atteintes à l'environnement et non plus comme jusqu'ici, à la collectivité. Il permet en outre de corriger ou d'éliminer les distorsions et disparités dans les conditions de concurrence. En effet, grevés des frais pour les mesures de protection de l'environnement, le coût des procédés de fabrication bon marché nuisibles et le coût des produits ainsi fabriqués arriveraient à la parité avec ceux des procédés des produits plus chers, mais plus respectueux de l'environnement. Le principe de causalité ne désigne pas, dans chaque cas particulier, la personne responsable des mesures à*

le principe de prise en charge collective (*Gemeinlastprinzip*) déduit du principe de l'Etat social devrait s'effacer dans le domaine de la politique de l'environnement au profit du principe du pollueur-payeur (*Verursacherprinzip*) puisqu'il revient aux "pollueurs-responsables" de financer les politiques publiques dans ce domaine. Au demeurant, la prise en charge collective des frais de lutte contre la pollution ne pourrait être admise que dans la mesure où la mise en oeuvre du principe du pollueur-payeur s'avère impraticable en raison de circonstances factuelles ⁽⁶³⁾. Enfin, les travaux préparatoires de nombreuses réglementations relatives tant à la fiscalité ⁽⁶⁴⁾, à la responsabilité civile, à la gestion des déchets, à la concurrence entre entreprises polluantes, à la subsidiation des entreprises et, enfin, aux instruments économiques confirment le succès grandissant qu'il connaît à l'échelon national. Les exemples ne manquent pas, mais ils ne relèvent pas de notre propos.

Faut-il encore rappeler que le principe du pollueur-payeur est susceptible d'intervenir dans le règlement des contentieux ayant trait à la constitutionnalité de législations fiscales relatives aux nuisances, comme l'illustre la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que l'on commentera ci-dessous. Le caractère éventuellement discriminatoire de distinctions établies entre les catégories de pollueurs devenus redevables a été examiné par cette juridiction au regard du principe du pollueur-payeur que le législateur avait décidé de suivre ⁽⁶⁵⁾.

SECTION II. ESSAI DE SYSTEMATISATION

Consacré par de nombreux textes normatifs internationaux et nationaux, le principe du pollueur-payeur paraît revêtu d'une signification quasi-éthique qui lui vaut sa popularité grandissante. Pourtant, son apparente simplicité masque en réalité bien des ambiguïtés et ses contours restent mal définis sur le plan juridique. L'on synthétise ici les principales controverses doctrinales qui se cristallisent d'une part, autour des fonctions poursuivies par le principe et d'autre part, autour des deux concepts qui s'y juxtaposent ⁽⁶⁶⁾.

prendre. Cependant il signifie que les frais pourront être reportés sur le véritable auteur de l'atteinte, même si celle-ci doit être combattue par un tiers".

⁽⁶³⁾ D. MURSWIEK, "Der Bund und die Länder Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen", in *Grundgesetz Kommentar*, M. SACHS (éd.), Munich, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, n° 35, p. 661.

⁽⁶⁴⁾ En France, voy. R. HERZOG, "Les trois âges de la fiscalité de l'environnement", *Les cahiers du CNPF*, n° 38, avr. 1993, p. 136. Pour la Belgique, voy. B. JADOT, "Les taxes environnementales : objectifs et principes", in *Fiscalité de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 9; P. VAN HUMBEEK, "De financiering van de openbare afvalwaterzuivering in Vlaanderen : een beoordeling op basis van het principe de vervuiler betaalt", *T.B.P.*, 1996, p. 134.

⁽⁶⁵⁾ Cf. infra, section III, § 1er, B.

⁽⁶⁶⁾ 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; J. DUREN, "Le Pollueur-Payeur - L'application et l'avenir du principe", *op. cit.*, p. 144; M. REMOND-GOULLLOUD, *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 uso accoglimento da parte della comunità europea», *Riv. Giur. Amb.*, 1989/2, p. 217; L. KRÄMER, "Le principe du pollueur-payeur («Verursacher») en droit communautaire —

§ 1er. Les fonctions

Au fond, l'histoire du pollueur-payeur est celle d'un glissement de sens. Les actes de l'O.C.D.E. et de l'UE l'ont invoqué dans un premier temps pour prévenir les distorsions de concurrence (instrument d'harmonisation en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché commun), ensuite pour fonder l'internalisation des pollutions chroniques (instrument de redistribution) et les empêcher (instrument de prévention) et enfin pour garantir une réparation intégrale des dommages (instrument curatif). Ces différentes fonctions s'avèrent parfois complémentaires, parfois exclusives l'une de l'autre.

A. La fonction d'intégration économique

Dès le début des années soixante-dix, l'Organisation de Coopération et de Développement économique et la Communauté économique européenne ont justifié le recours au principe du pollueur-payeur en vue de prohiber les aides d'Etat tendant à financer des investissements anti-pollution. Que des entreprises privées eussent pu continuer à bénéficier d'aides publiques pour financer leurs investissements dans ce domaine eût manifestement été à l'encontre de la doctrine du libre échange dans la mesure où ces aides faussent la concurrence entre les entreprises bénéficiaires et leurs concurrentes ⁽⁶⁷⁾. Les exceptions à cette interdiction n'ont de ce fait été autorisées que dans des circonstances exceptionnelles et moyennant le respect de conditions précises ⁽⁶⁸⁾. Quoi qu'il en soit, cette première fonction ne garantit qu'une

interprétation de l'article 130 R du Traité C.E.E.", *Amén.-Env.*, 1991/1, p. 3; 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; S. GAINES, "The Polluter-Pays Principle : From Economic Equity to Environmental Ethos", *op. cit.*, p. 463; H. SMETS, "Le principe pollueur-payeur ...", *op. cit.*, p. 339; *Ibid.*, "The Polluter Pays Principle in the early 1990's", in *The environment after Rio : international law and economics*, L. Campiglio et al. (eds.), Londres, Graham and Trotman, 1994, p. 131, *Ibid.*, "Examen critique du principe pollueur-payeur", in *Les hommes et l'environnement. En hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison Roche, 1998, p. 79; X. THUNIS et N. de SADELEER, "Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif?", *Amén.-Env.*, n° spécial 'Urbanisme et environnement : réparation et sanctions', 1995, p. 3; M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 3e éd., Paris, Précis Dalloz, 1996, p. 135; H.C. BUGGE, "The principle of polluter pays in economics and law", *op. cit.*, p. 53; R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, 2ème éd., Paris, Monchrestien, 1997, p. 92.

⁽⁶⁷⁾ 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". Pour une discussion, voy. S. GAINES, "The Polluter-Pays Principle ...", *op. cit.*, p. 470 et sv. où l'auteur analyse la compatibilité des subventions à la recherche et au développement avec le principe du pollueur-payeur.

⁽⁶⁸⁾ Ces aides 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.

internalisation partielle des coûts causés par les pollutions chroniques et continues. En effet, seuls les investissements exigés par les pouvoirs publics tombent sous le coup du principe puisqu'il n'est pas encore question d'imposer aux pollueurs la prise en charge de toutes les conséquences de leurs activités. Enfin, il faut rappeler que Pigou a au contraire voulu favoriser le subventionnement des externalités positives au moyen du produit de la taxation des externalités négatives ⁽⁶⁹⁾. Cet aspect de la théorie des externalités semble avoir été oubliée par les deux institutions économiques qui ont promu à l'origine le principe du pollueur-payeur.

Même si cette philosophie néo-libérale a été partiellement remise en cause lors de l'adoption du dernier encadrement communautaire des aides d'Etat pour la protection de l'environnement, elle tend pourtant à se maintenir ⁽⁷⁰⁾, bien qu'elle ne soit pas parvenue à empêcher le principe d'évoluer progressivement au sein de ces deux organisations internationales dans le sens d'une internalisation plus complète des coûts induits par la pollution.

B. La fonction redistributive

La principale fonction du principe consiste à internaliser le coût social que représente pour les pouvoirs publics la prévention et la lutte contre la pollution. Le principe apparaît à ce stade comme une règle économique d'après laquelle il faut rétrocéder une partie des bénéfices que les pollueurs tirent de leurs activités aux pouvoirs publics dont la mission est justement de contrôler, de surveiller, voire de lutter contre la pollution qu'ils émettent ⁽⁷¹⁾. Or, cette fonction s'attire les critiques qui ne sont pas dénuées de tout fondement. Du fait qu'il monnaie le droit de polluer, on lui reproche d'accepter la dégradation du milieu comme une fatalité pourvu que son auteur paie selon l'adage *je paie, donc je pollue* ⁽⁷²⁾. Au lieu de dissuader les bureaux ou les

⁽⁶⁹⁾ A. C. PIGOU, *A study in Public Finance*, Londres, MacMillan, 1947, p. 101.

⁽⁷⁰⁾ Certains auteurs estiment qu'il s'agit encore là de la principale fonction du principe. Cf. P.W. BIRNIE & A. BOYLE, *International Law & the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 109.

⁽⁷¹⁾ Le principe doit en effet couvrir des dépenses fort diverses : "*Le principe du pollueur-payeur signifie que le pollueur doit se voir imputer les coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution décidées par les pouvoirs publics, quelles qu'elles soient, qu'il s'agisse de mesures de prévention, de restauration ou d'une combinaison des deux*" (*Le principe pollueur-payeur*, O.C.D.E., Paris, 1975, p. 394).

⁽⁷²⁾ J. UNTERMAIER, "Le droit de l'environnement. Réflexions pour un premier bilan", *Année de l'environnement*, 1980, p. 116; S. GUTWIRTH, "Mens, natuur en recht", in *Tegenspraak (Milieu rechtgezet. Een bezinning over de grondslagen en toepassing van het milieubeleid)*, cahier n° 15, Gand, Mys & Breesch, 1994, p. 19. Ces critiques sont aussi relayées au niveau politique. Lors du débat au Sénat français sur l'adoption du principe du pollueur-payeur dans le cadre du projet de loi relatif au renforcement de la protection de l'environnement, une sénatrice fit valoir : "*l'écotaxe, qu'on le veuille ou non, c'est l'acceptation de l'impuissance devant la pollution inhérente aux modes de vie et aux modes de production, c'est l'infraction admise au respect du cadre de vie, c'est la permanence des atteintes à la nature sans rechercher d'autres solutions. Prévention et précaution, voilà ce qui doit animer aujourd'hui le débat sur la protection de l'environnement. Etendre le principe "pollueur-payeur" signifie aujourd'hui laisser le champ libre à la création ou à l'extension de taxes socialement injustes sans contreparties réelles sur l'effort national de préservation de l'environnement*" (Mme D. BIDARD-REYDET, deb. Sénat, 12 octobre 1994, 4176). Il lui fut répondu : "*Votre raisonnement consiste à dire qu'en vertu de ce principe, qui est, depuis des années, à l'origine de la lutte de ceux qui veulent un environnement meilleur et une meilleure prise en compte de notre cadre de vie, il suffira de payer*

établissements incommodes, les taxes perçues sur ces établissements encouragent plutôt les autorités à les maintenir pour remplir leur escarcelle. Au bout du compte, la redevance ne représente aux yeux de l'entreprise que l'adjonction d'une taxe supplémentaire; elle revient à perpétuer la pollution tant que son produit alimente financièrement la machine administrative qui est censée la réguler. En rebaptisant le principe du "pollueur-payeur" en principe du "payeur-pollueur", l'on mettrait au moins un terme à cette hypocrisie.

Au demeurant, la fonction purement redistributive peut faire l'objet d'une critique encore plus fondamentale. Parler du pollueur, c'est évoquer le dommage écologique, et l'évoquer c'est se placer dans une situation où le mal a déjà été accompli, en fait dans une situation où la prévention n'a plus d'utilité. En contredisant de la sorte le principe de prévention, celui du pollueur-payeur devrait donc être voué aux gémonies. Mais ces reproches doivent être nuancés dans la mesure où le principe du pollueur-payeur peut aussi, comme on va le voir dans un instant, contribuer à la réduction de la pollution (fonction préventive) et accélérer la prise en charge des dommages écologiques par leurs responsables (fonction curative).

C. La fonction préventive

Le financement de la lutte contre la pollution par l'Etat n'a aucune vertu dissuasive. Au contraire, elle encourage les pollueurs à répercuter leurs coûts sur la collectivité dans le but de rendre le prix de leurs biens et de leurs services plus concurrentiel. C'est précisément contre cette tendance que s'élève la recommandation 75/436 qui a d'emblée mis l'accent sur la dimension préventive que devait revêtir le principe du pollueur-payeur. L'adoption de normes anti-pollution et surtout des redevances qu'elle préconise, devrait selon ses termes *«inciter le pollueur à prendre lui-même au moindre coût les mesures nécessaires pour réduire la pollution dont il est l'auteur»*. Cette fonction préventive du principe du pollueur-payeur permet justement de contrer les critiques qu'on lui adresse. Elle se justifie en tout cas sur le plan économique et juridique. Sous l'angle juridique, le principe du pollueur-payeur devrait s'accorder avec celui de prévention qu'il complète; il serait en effet absurde que des principes censés garantir la cohérence de la politique de l'environnement puissent se contredire. D'un point de vue économique, les pollueurs sont incités à réduire leur pollution dès que les coûts financiers qu'ils doivent supporter s'avèrent supérieurs aux bénéfices qu'ils pourraient escompter en perpétuant leurs nuisances. Dans la mesure où les redevances augmentent proportionnellement à

pour avoir droit d'intenter au cadre de vie ! C'est celui qui porte une atteinte à l'environnement qui doit contribuer à diminuer les nuisances engendrées, voire à les arrêter. Cela n'exclut nullement que, par les voies législatives, sous réserve d'un temps d'adaptation nécessaire, ne serait-ce qu'en raison des problèmes d'emploi, nous interdissions de telles atteintes quand cela est possible et dans les meilleurs délais. Mais, dans l'immédiat, je ne vois pas pourquoi nous ferions payer à la collectivité les nuisances dont certains, essentiellement des industriels, sont responsables" (M. J. BELLANGER, déb. Sénat, 12 octobre 1994, 4177). Estimant que la négation de ce principe conduirait à une régression, la majorité des sénateurs rejetèrent l'amendement.

l'importance de la pollution, il va de leur propre intérêt de réduire leurs émissions. Au demeurant, les redevances disposent d'une nette supériorité par rapport aux normes de qualité, de procédé et de produit car elles laissent le choix aux redevables de réduire leurs rejets au niveau qui leur paraît optimal; la souplesse de la norme économique remplace à leurs yeux la rigueur de la norme contraignante.

Au service de la prévention, le principe du pollueur-payeur ne devrait plus être interprété comme permettant à celui qui paye de continuer à polluer allègrement. Son but affirmé serait désormais de mettre en oeuvre une politique de la réduction de la pollution en incitant les pollueurs à réduire leurs émissions au lieu de se contenter de verser des redevances ⁽⁷³⁾. Ainsi, les principes du pollueur-payeur et de prévention constitueraient-ils deux facettes complémentaires d'une même réalité ⁽⁷⁴⁾.

Mais que l'on ne s'y trompe pas : la fonction redistributive reste encore largement privilégiée par rapport à cette seconde fonction. Deux explications peuvent être trouvées. D'abord, les mécanismes d'incitation reposent sur le postulat que le comportement du pollueur est rationnel, ce qui est loin d'être toujours le cas. Ensuite, l'effet dissuasif dépend du prix réclamé au pollueur qui demeure généralement trop bas pour l'inciter à réduire de manière substantielle sa pollution.

D. La fonction curative

Quelle que soit l'importance ou la qualité des mesures d'ordre préventif, il subsistera toujours un risque que des dommages soient causés à l'environnement. En effet, la fixation d'un seuil d'émission conduit nécessairement à dégrader l'eau, la terre, l'air. L'on peut sans doute rétorquer à cela que la plupart des atteintes ne mettent pas à mal, en raison de leur faible intensité, la capacité de régénération des écosystèmes. Mais ceci est une vue de l'esprit car il n'y a pas de "*tolérance spontanée de l'homme et de son environnement à certains troubles qu'ils peuvent absorber sans dommage*" ⁽⁷⁵⁾. La dégradation tient plus à l'intrusion de la substance polluante dans l'écosystème que du franchissement d'un seuil d'irréversibilité. Il paraît donc opportun que le principe du pollueur-payeur puisse aussi garantir la prise en charge des dommages résiduels qui tirent leur origine de l'existence même des seuils établis par les autorités.

Fil d'Ariane de tout le droit de l'environnement, la responsabilité civile constitue un terrain idéal pour favoriser l'éclosion de la dimension curative du principe. En s'appuyant sur elle, le principe du pollueur-payeur pourrait franchir un pas supplémentaire puisqu'il ne se

⁽⁷³⁾ R. ROMI, "Le principe pollueur-payeur : ses implications et ses applications", *Drt. Evt.*, août 1991, p. 46.

⁽⁷⁴⁾ G. MARTIN, *Le dommage écologique*, rapport PIREN, mars 1989, p. 3.

⁽⁷⁵⁾ F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, *op. cit.*, n° 186, p. 236. Voy. la critique de cette explication par J. UNTERMAIER, "Le droit de l'environnement...", *op. cit.*, p. 39.

contenterait plus d'obliger le pollueur à payer une somme d'argent pour couvrir les missions accomplies par les pouvoirs publics mais garantirait aussi aux victimes d'obtenir de la part des pollueurs une réparation intégrale des dommages qu'ils ont subis du fait de leurs activités.

Si la responsabilité civile garantit une forme de redistribution *ex post*, elle se distingue de la fonction redistributive classique en revêtant une dimension plus individuelle que collective. Au demeurant, dans la mesure où l'obligation de réparer les dommages est susceptible de modifier les comportements individuels et collectifs, elle poursuit également un objectif préventif que n'a pas nécessairement la fonction redistributive.

En tout cas, une tendance se dessine dans les différents cénacles internationaux en vue de conférer au principe du pollueur-payeur une dimension curative. Dans une recommandation de 1991 relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, le Conseil de l'O.C.D.E. a admis qu'une "*gestion durable et économiquement efficace des ressources d'environnement*" ne requérait plus seulement l'internalisation des coûts de prévention et de lutte contre la pollution mais aussi l'internalisation du coût des dommages. Le Livre vert de la C.E. sur la réparation des dommages causés à l'environnement considère que "*la responsabilité civile met en jeu le principe du pollueur-payeur puisqu'elle permet de faire payer par l'auteur de la pollution le coût des dommages qui en résultent*" (76). Dans le même ordre d'idées, le préambule de la convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement rappelle "*l'opportunité d'établir dans ce domaine un régime de responsabilité objective tenant compte du principe pollueur-payeur*" (77). Or, même si les économistes ne sont pas en manque d'idées (78), cette dernière fonction butte encore aujourd'hui sur une difficulté de taille, celle de fixer le prix de la pollution (79).

§ 2. L'ambivalence des concepts de "pollueur" et de "payeur"

Le principe du pollueur-payeur consiste dans la juxtaposition de deux termes dont la compréhension semble a priori aller de soi mais qui se déroberent au fur et à mesure que l'on tente

(76) Communication 93/C 149/08 de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social "Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement", 1.0.

(77) Selon le rapport explicatif de la convention de Lugano, "*conformément au principe du pollueur-payeur, considéré par la communauté internationale comme un principe clé dans le domaine de la protection de l'environnement*", la charge financière que représente la responsabilité civile doit être répercutée sur les produits et les services que l'exploitant produit et fournit (rapport explicatif, n° 29).

(78) H. TULKENS, "L'environnement peut-il être appréhendé comme un bien économique?", in *Environnement et choix économiques d'entreprise*, C. STOFFAES et J.-M. RICHARD (éds.), Paris, InterEditions (Cahiers de Prospective), 22-31, 1995.

(79) Au niveau communautaire, le premier programme d'actions en matière d'environnement de 1973 annonçait l'adoption d'une méthode commune d'évaluation du coût de la lutte contre la pollution. Ce projet fut réalisé le 19 décembre 1978 sous la forme d'une recommandation du Conseil adressée aux Etats membres et relative aux méthodes d'évaluation du coût de la lutte contre la pollution dans l'industrie.

de cerner les pourtours. Cette définition doit donc être abordée sous deux angles différents. D'abord, qui est le pollueur ? Ensuite, que doit-il payer ?

A. Le pollueur

Avant de déterminer ce qu'il est censé payer, il convient de définir qui est le pollueur, question d'autant plus épineuse que ce sujet n'a jamais été abordé comme tel dans les travaux de l'O.C.D.E.

Les discussions relatives à l'identification du pollueur tiennent pour une bonne part à la signification exacte de la notion de pollution. Deux conceptions s'affrontent sur ce terrain. Selon la première, le passage de l'émission d'une substance à la pollution est lié au franchissement du seuil établi pour éviter l'apparition d'un dommage écologique. D'après une autre conception, la pollution existe indépendamment de cette technique administrative, par la seule présence d'un dommage. Les enjeux de cette confrontation ne sont pas seulement doctrinaux. Si la thèse du rattachement de la qualification à l'existence même du dommage l'emporte, le responsable d'un dommage écologique se trouve tenu de supporter toutes les conséquences de sa pollution alors même qu'il aurait respecté scrupuleusement les mesures édictées par la puissance publique.

Même si l'on s'accorde sur ce que recouvre la pollution, encore faut-il déterminer juridiquement quelle sera la personne qui devra respecter les obligations découlant du principe du pollueur-payeur. L'étendue du pouvoir d'appréciation réservé au législateur pour régler cette question est débattu dans une troisième subdivision.

1°. Le choix du pollueur

Le pollueur devrait être la personne qui cause la pollution. Or, même dans le cas d'une entreprise déterminée, il n'est pas toujours aisé d'identifier qui est effectivement à l'origine de ce phénomène. Tant la personne exerçant le contrôle sur les installations, le fabricant des installations défectueuses que le titulaire de l'autorisation ou ses préposés peuvent en être responsables. Cette question tend à se complexifier dans le cas des pollutions diffuses pour lesquelles de multiples agents contribuent à leur apparition. Pour des raisons d'efficacité économique et de facilité administrative, le droit ne doit pas nécessairement coller à la réalité et il est parfois préférable d'appliquer la qualification de "pollueur" à une seule personne au lieu d'une multitude. A ce titre, le pollueur peut être l'agent qui joue un rôle déterminant dans la production de la pollution plutôt que l'agent à l'origine même de la pollution. L'on notera pourtant que certains textes particuliers ont tenté tant bien que mal à gommer cette imprécision.

Ainsi, dans la réglementation communautaire des déchets, le pollueur est soit le détenteur du déchet qui le remet à une entreprise spécialisée chargée de sa gestion, soit son producteur ⁽⁸⁰⁾.

L'on peut toutefois s'interroger sur la pertinence du recours au concept de "pollueur" pour assurer la mise en oeuvre d'une politique en faveur d'un développement durable. Les problèmes écologiques contemporains ne trouvent pas uniquement leur source dans les actes de pollution mais aussi dans une consommation débridée des ressources naturelles, sans que celle-ci ne soit à proprement parler à l'origine d'une pollution. Les positions officielles de l'O.C.D.E. font en tout cas apparaître une prise de conscience progressive de la nécessité que les prix reflètent les "vrais" coûts de l'usage des ressources naturelles ⁽⁸¹⁾. En vue de garantir une gestion plus parcimonieuse de ces ressources, un principe "utilisateur-payeur" devrait désormais compléter le principe du pollueur-payeur. En attribuant un prix à la consommation des ressources naturelles, ce nouveau principe devrait contribuer au développement durable, concept aux contours nettement plus larges que celui de la lutte contre la pollution. La différence principale entre ces deux principes est que celui de "l'utilisateur-payeur" s'applique aux ressources et concerne leurs utilisateurs tandis que le principe du pollueur-payeur s'applique uniquement aux émissions de polluants et, par conséquent, aux seuls pollueurs. A part cela, ces deux principes ressortent de la même logique économique d'internalisation des coûts externes. En ne faisant pas la moindre allusion à la notion de pollution, la formulation du principe du pollueur-payeur en droit allemand ("*Verursacherprinzip*") et en droit suisse ("*principe de causalité*") semble coïncider avec ce nouveau principe.

2°. Le paiement

Identifié, le pollueur va devoir payer. Deux questions se posent à ce stade. Le principe se limite-t-il à un simple transfert de ressources financières du pollueur à l'Etat ou oblige-t-il le pollueur à prendre directement en charge des dommages qu'il a causés ? L'internalisation est-elle partielle ou totale ?

- La nature du paiement

⁽⁸⁰⁾ Article 15 de la directive 75/442/CEE relative aux déchets.

⁽⁸¹⁾ Le principe utilisateur-payeur ressort de plus en plus des actes de l'O.C.D.E. Voy. la recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. de 1989 relative aux politiques de gestion des ressources en eaux : intégration, gestion de la demande et protection des eaux souterraines, 31 mars 1989 (C(89) 12/final). La recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. du 31 janvier 1991 relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement (C(90) 177/final) recommande "*d'améliorer l'allocation et l'utilisation efficaces des ressources naturelles et environnementales par l'utilisation d'instruments économiques qui permettent de mieux refléter le coût social de l'utilisation de ces ressources*". La recommandation du Conseil du 23 juillet 1992 sur la gestion intégrée des zones côtières (C(92) 114/final) propose "*la tarification des ressources côtières afin de refléter les coûts pour la collectivité de leur utilisation et de leur appauvrissement*". En droit communautaire, voyez la proposition de directive-cadre sur la protection des eaux de surface qui instaure un coût-vérité.

Le pollueur peut-il se contenter d'indemniser les pouvoirs publics ou doit-il, le cas échéant, intervenir lui-même en réparant en nature les dommages qu'il a causés ? A première vue, la réponse semble sans équivoque. Puisque le principe du pollueur-payeur a été conçu comme une règle d'allocation économique garantissant un transfert de ressources financières du pollueur aux autorités, il paraît normal que le paiement se fasse au moyen d'une somme d'argent. Sa fonction redistributive s'opposerait ainsi à toute avancée sur le plan de la responsabilité civile. Au demeurant, le paiement désigne dans le langage courant l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent.

Mais n'est-ce pas là raisonner trop rapidement ? Dans le langage juridique, le mot paiement désigne l'exécution de l'obligation quel que soit son objet. Ainsi, la dette peut-elle avoir pour objet aussi bien une somme d'argent qu'une chose de genre. Cette interprétation ouvre de larges perspectives sur le plan de la responsabilité civile qui, comme on le montrera tantôt, n'échappe plus à l'emprise du principe du pollueur-payeur. Elle devrait en tout cas être retenue car seule la *restitutio in integrum* est susceptible d'effacer le dommage écologique.

- Le montant à payer

Il y a pourtant tout lieu de croire que le principe du pollueur-payeur continuera à se traduire avant tout par des transferts financiers. En effet, la réparation en nature ne peut être envisagée que dans le cadre d'un régime de responsabilité civile qui a bien du mal à s'implanter dans le domaine de la protection de l'environnement. De plus, ce type de réparation s'avère impossible soit pour des raisons physiques, soit en raison du coût trop élevé.

Si l'on admet que le pollueur peut se contenter de verser une somme d'argent aux autorités qui se chargeront de lutter à sa place contre la pollution, encore faut-il se mettre d'accord sur le prix à payer. A cet égard, il convient de distinguer le principe du pollueur-payeur au sens strict, lequel se limite à une internalisation partielle des coûts, du principe défini au sens large qui correspond à une internalisation complète des externalités ⁽⁸²⁾.

A l'origine, le principe du pollueur-payeur couvrait uniquement le coût des mesures préventives en ce compris les missions d'ordre administratif (surveillance, mesures d'inspection, régimes d'autorisation ...) ainsi que le coût des mesures curatives. Limitées à l'assainissement ou au nettoyage du site pollué, ces mesures curatives n'avaient pas pour objet la remise en état proprement dite du site (par exemple, l'empoissonnement de la rivière polluée). La principale

(82) H. SMETS, "Examen critique du principe pollueur-payeur", in *Les hommes et l'environnement*, Paris, Frison-Roche, 1997, p. 82. Pezzey distingue, quant à lui, le "Standard PPP" (le pollueur paie seulement pour les mesures qui sont destinées à atteindre un niveau acceptable de la pollution) de l'"Extended PPP" (le pollueur paie également pour couvrir les dommages sociaux résultant du niveau de pollution acceptable). Cf. J. PEZZEY, "Market Mechanisms of Pollution Control : "Polluter Pays", Economic and Practical Aspects", in *Sustainable Environmental Management. Principles and Practice*, R. Kerri TURNER (ed.), Boulder, 1988, p. 190.

fonction du principe défini de manière stricte était d'exclure les subventions destinées à couvrir les mesures de prévention et de lutte contre la pollution financées par les pollueurs⁽⁸³⁾. Par conséquent, ces derniers considéraient qu'ils n'avaient pas d'autres dépenses à supporter que celles liées au financement des dispositifs préventifs et curatifs mis en place par les autorités.

Cette perception étriquée de l'externalité négative laissait pourtant de côté la question de la dette cachée, en d'autres mots du passif environnemental, qui en n'étant pas immédiatement pris en charge par les responsables devrait être supporté par les générations futures.

Pris au sens large, le principe du pollueur-payeur se traduit dorénavant par une internalisation complète. En sus du coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, il couvre aussi la totalité du dommage écologique. Même si cette condition est rarement satisfaite dans la pratique, la contrainte économique doit alors être proportionnelle à l'externalité, c'est-à-dire au coût social de la pollution⁽⁸⁴⁾. Cette dernière définition doit être retenue dans la mesure où elle est conforme au seizième principe de la déclaration de Rio de Janeiro⁽⁸⁵⁾ et à la recommandation de l'O.C.D.E. de 1991 où le Conseil de cette organisation a estimé "*qu'une gestion durable et économiquement efficace des ressources de l'environnement requiert notamment l'internalisation des coûts de prévention et de lutte contre la pollution ainsi que des coûts des dommages*"⁽⁸⁶⁾. L'on notera toutefois que dans de nombreux actes internationaux, seules les mesures curatives qualifiées de "raisonnables" doivent être prises en charge par le responsable⁽⁸⁷⁾.

L'indemnisation intégrale du dommage écologique soulève toutefois la question du calcul de leur valeur, question d'autant plus délicate que l'attribution d'une valeur de marché à la ressource naturelle a un effet déterminant sur l'étendue de la responsabilité. Certes, des dommages causés à la nature pourront sans doute s'apprécier en surface de forêts détruites, en

(83) Cette définition fait encore fortune dans certains cénacles internationaux. Ainsi, la convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique et la convention d'Helsinki sur la protection de l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux adoptent-elles une définition restrictive du principe qui ne correspond pas à la tendance actuelle consistant à élargir les coûts mis à la charge du pollueur. Cf. supra, section 1, § 1er, A du présent chapitre.

(84) H. SMETS, "Examen critique du principe pollueur-payeur", *op. cit.*, p. 86. Il ressort des débats au Sénat sur l'instauration de la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP), que le principe du pollueur-payeur a comme fonction de faire supporter l'intégralité des effets externes par le pollueur (Sénat, sess.ord. 1998-1999, n° 68, p. 37).

(85) En vertu du seizième principe de la déclaration de Rio, le pollueur est tenu "*d'assumer le coût de sa pollution*" et pas uniquement de prendre en charge le coût des mesures adoptées par les autorités publiques.

(86) Recommandation du Conseil de l'O.C.D.E. relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, C(90) (117) final, O.C.D.E., 1991.

(87) En ce sens, voy. la convention de Bruxelles du 29 mars 1969 sur la responsabilité civile de la pollution par les hydrocarbures; la recommandation du 5 juillet 1989 de l'O.C.D.E. sur l'application du principe pollueur-payeur aux pollutions accidentelles; la convention de Genève du 10 octobre 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateau de navigation intérieure; la convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement qui définit les "*mesures de remise en état*" devant être prises en charge par le responsable du dommage, comme consistant dans la prise de "*toute mesure raisonnable visant à réhabiliter ou à restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement*" (article 2, point 8).

nombre d'animaux ou de plantes prélevés. Or, même si de telles pertes sont quantifiables, il paraît difficile de les évaluer en termes monétaires. Quel prix faut-il donner à l'air, à l'eau, aux plantes et aux animaux sauvages ? Sans doute, certaines méthodes de calcul permettent-elles d'ores et déjà de chiffrer leur valeur eu égard aux efforts qui devront être entrepris pour restaurer les milieux dégradés dans leur pristin état ou pour réintroduire les animaux et les plantes disparus; mais celles-ci demeurent bien approximatives tant l'évolution des espèces et des espaces naturels est difficile à maîtriser. La difficulté s'accroît lorsque la question de l'indemnisation ne porte plus seulement sur des espèces ou leurs milieux de vie, mais sur les processus d'interaction entre les éléments biotiques et abiotiques. Et c'est manifestement là où le bât blesse. Pour les sciences de la nature, en effet, le dommage écologique se caractérise bien plus par la rupture des équilibres et des processus écologiques que par des pertes causées à des éléments déterminés et, partant, quantifiables ⁽⁸⁸⁾. Or, comment chiffrer ces atteintes ? Dans la mesure où sa disparition n'est pas irréversible, la destruction d'une fleur sauvage constitue un dommage qui pourra être raisonnablement chiffré. Mais lorsqu'elle frappe non plus le spécimen mais l'espèce en tant que telle, cette perte devient inévaluable du fait qu'elle se rapporte à un phénomène irréversible. Disparue, l'espèce est devenue irremplaçable. Dans ce cas, il est moins question d'apprécier la valeur économique de l'espèce que de s'interroger sur sa valeur intrinsèque; il faut admettre qu'il y a de l'inévaluable parce qu'il y a de l'irréparable. Est-il encore raisonnable d'exiger du pollueur qu'il indemnise les pouvoirs publics alors que ces derniers ne seront plus en mesure de réparer le dommage ? Le principe du pollueur-payeur butte à nouveau sur une impasse. Ceci ne fait d'ailleurs que confirmer la pertinence des approches préventives et anticipatives, lesquelles sont les seules à être en mesure d'éviter l'irréparable et, par conséquent, de cantonner l'application du principe du pollueur-payeur aux dommages réversibles.

SECTION III. APPLICATIONS DU PRINCIPE DANS LE DROIT POSITIF

Le principe du pollueur a été successivement invoqué pour combattre les distorsions de concurrence (objectif d'intégration économique), pour fonder l'internalisation des pollutions chroniques en tant qu'instrument préventif (instrument de prévention *ex ante*) et, enfin, pour justifier l'adoption de mesures fiscales ou de régimes de responsabilité objective (instrument de redistribution *ex post*). Il convient maintenant de vérifier si, comme le prétendent ses protagonistes, ce principe est réellement en mesure d'apporter des modifications à deux instruments juridiques de type redistributif, la fiscalité et la responsabilité civile.

L'avocat général Kokott avait précisé dans ses conclusions dans l'affaire *Mesquer* que, «à l'égard de la plupart des produits, le producteur doit ... considérer au départ qu'ils deviendront

(88) C. de KLEMM, "Les données des sciences de la nature", in *Le dommage écologique*, *op. cit.*, p. 12.

tôt ou tard un déchet Le producteur provoque ainsi un déchet en produisant des biens économiques et en répond également au titre du principe du pollueur-payeur⁸⁹. Ainsi tout produit mis sur le marché est-il susceptible un jour d'être délaissé par son détenteur et, par conséquent, de devenir un déchet.

La directive-cadre sur les déchets 2008/98 canalise la responsabilité des agents économiques. En effet, la collectivité n'a pas à supporter les coûts afférents à l'élimination de déchets, car cela reviendrait à libérer les producteurs des obligations qui leur incombent en vertu du principe du pollueur-payeur⁹⁰. Conformément à ce principe, consacré à la fois à l'article 191, §2 TFUE et à la directive-cadre, certaines catégories de personnes, en l'occurrence les « détenteurs antérieurs » ou le « producteur du produit générateur », peuvent être tenues de supporter le coût de l'élimination des déchets (article 15).

Même si cette disposition ne définissait pas un régime clair et exhaustif de responsabilité pour les coûts⁹¹, la CJUE a admis dans ces deux arrêts que, conformément au principe du pollueur-payeur, le « producteur du produit générateur de déchets » pouvait se voir imputer les coûts d'élimination de déchets. En effet, des coûts pouvaient être imputés à des « personnes qui sont à l'origine des déchets, qu'elles en soient détentrices ou anciennes détentrices ou encore productrices du produit générateur des déchets »⁹². De la sorte, des sociétés commercialisant du pétrole qui ne s'étaient pas défaites de leurs hydrocarbures pouvaient néanmoins être tenues responsables des dommages en raison de leur faute.

⁸⁹ Concl. av. gén. J. KOKOTT sous CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, préc., p. I-4501, point 126.

⁹⁰ CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, *Rec.*, p. I-4501; concl. av. gén. J. KOKOTT sous CJCE, 16 juillet 2009, *Futura Immobiliare srl Hotel Futura*, C-254/08, *Rec.*, p. I-6995, point 36. Sur cet arrêt, voy. N. DE SADELEER, « Arrêt 'Erika' : le principe du 'pollueur-payeur' et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier », *JDE*, 2008, p. 23.

⁹¹ Concl. av. gén. J. KOKOTT sous CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, *Rec.*, p. I-4501, point 123.

⁹² CJCE, 7 septembre 2004, *Paul Van de Walle*, C-1/03, *Rec.*, p. I-7613. Voy. N. DE SADELEER, « Comment of Case C-1/03, Paul Van de Walle », *C.M.L.Rev.*, 2006, vol. 43, pp. 207-223; M. PÂQUES, « L'arrêt Van de Walle, les sols contaminés et les déchets », in *Assainissement et gestion des sols pollués*, Bruxelles, Bruylant, 2007; CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, préc., p. I-4501; concl. av. gén. J. KOKOTT sous CJCE, 16 juillet 2009, *Futura Immobiliare srl Hotel Futura*, C-254/08, *Rec.*, p. I-6995, point 36. Sur cet arrêt, voy. N. DE SADELEER, « Arrêt 'Erika' : le principe du 'pollueur-payeur' et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier », *J.D.E.*, 2008, p. 23; *Ibid.*, « le producteur confronté au principe pollueur payeur », in P. THIEFFRY (dir.), *La responsabilité du producteur du fait des déchets*, *op. cit.*, pp. 29-41.

CONCLUSIONS

Avec son intitulé qui s'apparente à un slogan et l'apparente limpidité de la logique qui le sous-tend, le principe du pollueur-payeur recueille aisément l'adhésion. Il occupe désormais une place importante dans l'essor du droit de l'environnement tant à l'échelon international et communautaire qu'au niveau national. Répondant à une logique économique, son succès a en tout cas été assuré dans le domaine de la fiscalité environnementale. Or, malgré l'unanimité dont il fait l'objet, il faut constater qu'en pratique c'est plutôt le principe du payeur-pollueur qui tend à se maintenir tant que le droit de polluer reste bon marché, si ce n'est pas gratuit. A cet égard, les redevances sont des instruments financiers davantage destinés à financer la lutte contre la pollution, qu'à en faire payer le prix.

Le principe du pollueur-payeur semble en tout cas être pétri d'une ambiguïté fondamentale. Côté cour, il paraît indispensable à la mise en oeuvre d'une politique préventive de protection de l'environnement en lui procurant les moyens financiers dont elle a besoin et en modifiant, au besoin, les comportements des administrés. En outre, il pourrait même aller jusqu'à forcer les pollueurs à indemniser intégralement les pouvoirs publics des dégâts qu'ils auraient provoqués. Côté jardin, il paraît plutôt accrédiéter avec son parfum néo-libéral, l'idée d'un véritable droit à polluer en contrepartie d'un prix, équivalent monétaire du coût environnemental subi.

De plus, malgré la simplicité de son message, ses contours restent singulièrement difficiles à tracer sur le plan juridique. Tout se passe comme s'il se dérobaît dès que l'on tentait d'affiner sa définition. 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. Sans parler de la chaîne des actes qui, en amont de la production, rendent celle-ci possible, ou en aval, assurent au consommateur la jouissance du bien ou du service produit. Singulier trompeur surtout lorsque la pollution à combattre aujourd'hui est avant tout de nature diffuse et historique plutôt que clairement identifiable et contemporaine du dommage produit.

Comme nous l'avions écrit il y a quelques années avec Xavier Thunis, son indétermination, sensible dans le domaine de la fiscalité environnementale et plus encore dans celui de la responsabilité civile, ne suffit pas pour autant à le condamner, pas plus que l'écart d'une solution juridique par rapport à l'optimum économique ne conduit automatiquement à le 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 doctrine 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. C'est donc un gigantesque chantier qui s'ouvre si l'on veut

garantir une prise en charge effective du coût des pollutions par leurs responsables. Ainsi, le principe va-t-il 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.

CHAPITRE IV LE PRINCIPE DE PRECAUTION

INTRODUCTION

D'un point de vue temporel, les mesures de police destinées à contrer les atteintes à l'environnement se déclinent en une succession de cas de figure. Le premier se concrétise sous la forme d'une action curative qui se traduit par une intervention tardive des pouvoirs publics. Le dommage ayant déjà été causé, il ne leur reste plus à ce stade qu'à remettre en état les milieux détériorés. A cette première approche s'oppose une dimension préventive qui situe l'intervention des pouvoirs publics avant la survenance d'un dommage qui devrait vraisemblablement avoir lieu dans la mesure où rien ne serait entrepris pour l'empêcher. A ce second stade, les menaces sont tangibles, la situation peut rapidement devenir critique et il convient donc de prévenir à temps les conséquences préjudiciables qui pourraient en découler. Enfin, le troisième cas de figure est marqué du sceau de l'anticipation. Il se distingue des deux premières approches dans le sens où les autorités se prémunissent de menaces potentielles, incertaines, hypothétiques, en fait de toutes celles à propos desquelles aucune preuve tangible ne permet d'affirmer qu'elles se concrétiseront. Point d'orgue de cette évolution, la précaution se trouve ainsi en bout de chaîne de la gamme de mesures publiques destinées à contrer les dommages écologiques. Non seulement le dommage n'a pas été causé, mais encore l'éventualité de son occurrence n'est pas démontrée de manière irréfutable. De fait, l'on assiste au terme de cette gradation à un véritable changement de paradigme ⁽⁹³⁾. Alors que la notion de risque certain suffit pour décrire la prévention, le nouveau paradigme s'en distingue par l'intrusion de l'incertitude. En effet, la précaution ne suppose plus une connaissance parfaite du risque : il suffit qu'on le suspecte, qu'on le soupçonne ou qu'on le pressente. Il s'agit moins d'adopter ici "*un ensemble de mesures destinées à éviter un événement qu'on peut prévoir*" que d'observer une "*prévoyance minutieuse (...) pour éviter ou atténuer un mal, un inconvénient, un désagrément ultérieurs pressentis*" ⁽⁹⁴⁾. En se présentant sous la forme d'une action préventive anticipée en raison d'un contexte d'incertitude, la précaution constitue bel et bien un nouveau jalon dans la réduction des risques. Il n'est plus seulement question de prévenir des risques évaluables, calculables, assurables mais bien d'anticiper ceux qui relèvent de la possibilité, de l'éventualité, de la plausibilité, de la probabilité. Quel que soit leur degré de certitude, tous

(93) En ce sens, M. REMOND-GOULLAUD, "Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science", in *La vie des sciences*, tome X, 1993, n° 4, p. 355; G. MARTIN, "Précaution et évolution du droit", in *D.*, chr., 1995, p. 301; Fr. EWALD, *op. cit.*, p. 383.

(94) C.N.R.S., *Les trésors de la langue française*, Paris, Gallimard, 1988, p. 1173.

les risques doivent désormais être pris en compte dans le cadre des processus décisionnels. Ne se fondant donc plus sur des certitudes rationnelles, la précaution a nécessairement pour corollaire des situations controversées, ce qui rend son application conflictuelle.

A la une des journaux, dans le cas des affaires liées à l'amiante, à la vache folle, au poulet belge contaminé par la dioxine, et à la dissémination des organismes génétiquement modifiés, le principe de précaution est plus que jamais d'actualité. Reflétant l'adage *better safe than sorry*, il appelle à mieux anticiper les risques. D'ores et déjà, il s'immisce dans le champ juridique : des législateurs le proclament, certains juges s'en inspirent et d'importantes analyses doctrinales lui sont consacrées. Sa richesse est telle qu'elle justifie amplement les développements substantiels qu'on lui consacre ici. Or, malgré le succès qu'il rencontre dans les sphères juridiques internationales et nationales, ses contours ne se laissent pas plus facilement appréhender que ceux des autres principes du droit de l'environnement. Tant la diversité des définitions qui lui ont été données en droit international que les applications qu'il a reçues dans la jurisprudence soulignent l'hétérogénéité de ses facettes.

Une rétrospective du droit positif s'avère dès lors nécessaire. Les définitions données au principe dans les différents ordres juridiques ainsi que les arrêts les plus emblématiques sont recensés en vue de faire ressortir la série d'éléments parfaitement problématiques que cette norme comporte.

SECTION I. GENESE DU PRINCIPE

Après avoir pris ses racines au milieu des années quatre-vingt dans le "*Vorsorgeprinzip*" du droit allemand, le principe de précaution a été abondamment invoqué dans le courant des années quatre-vingt-dix dans la plupart des cénacles internationaux et l'on ne compte d'ailleurs plus aujourd'hui les conventions internationales qui le consacrent. Il est parvenu à occuper une place incontestée dans le droit international et dans le droit communautaire ainsi que dans certains droits nationaux, à tel point qu'il éclipse par la gloire qu'il a acquise bon nombre d'autres principes. Les principales étapes historiques de son évolution normative sont brièvement retracées. Comme le doute appelle plus souvent qu'on ne le croit une attitude prudente de la part du juge, le principe de précaution trouve également un terrain de prédilection dans la jurisprudence à laquelle il est fait largement écho.

§ 1er. Droit international

Le principe de précaution est apparu de manière quelque peu subreptice dans des actes non contraignants de droit international. Dès 1982, la Charte mondiale de la nature

promulguée par l'Assemblée générale des Nations unies prévoyait de s'opposer à l'autorisation des activités dommageables pour la nature dont les effets nuisibles éventuels étaient imparfaitement connus. Mais ce sont les décisions adoptées par les Etats réunis aux conférences interministérielles sur la protection de la mer du Nord qui marquèrent réellement le coup d'envoi ⁽⁹⁵⁾. Par la suite, il n'a jamais cessé d'étendre son empire dans le domaine de la pollution marine. Tant les Commissions de Paris et d'Oslo adoptèrent dans le courant des années quatre-vingt des décisions se réclamant de lui ⁽⁹⁶⁾. Dès le début de la décennie suivante, les conventions de Londres du 30 novembre 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures ⁽⁹⁷⁾, de Paris du 22 septembre 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique ⁽⁹⁸⁾ ainsi que celles d'Helsinki du 17 mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et

⁽⁹⁵⁾ Au cours de la deuxième conférence sur la protection de la mer du Nord organisée à Londres les 24 et 25 novembre 1987, les Parties soulignèrent la nécessité d'adopter une approche de précaution dans la réglementation du déversement de substances dangereuses en mer du Nord (déclaration de Londres, VII, XV et XVI). Il en fut de même lors de la troisième conférence interministérielle sur la protection de la mer du Nord tenue à La Haye. Le préambule de la déclaration de La Haye stipule que les participants à la conférence "*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*". Bien que la déclaration de La Haye consacre à nouveau le principe de précaution, elle en limite son application à des substances qui sont connues pour présenter des dangers, étant donné que les Gouvernements signataires doivent "*appliquer le principe de précaution, c'est-à-dire prendre des mesures pour éviter les impacts potentiellement dommageables des substances toxiques, même lorsqu'il n'existe pas de preuve scientifique de l'existence d'un lien de causalité entre les émissions et les effets*". Cette déclaration est donc en retrait par rapport à la déclaration de Londres (J. CAMERON et J. ABOUCHAR, "The Precautionary Principle : a Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment", *Boston C.I.L.R.*, 1991, p. 17). 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). Enfin, la déclaration d'Esbjerg relative à la quatrième conférence sur la protection de la mer du Nord accorde une importance toute particulière au principe à la fois en terme de gestion des ressources halieutiques (point 16), de prévention de la pollution par les substances dangereuses (point 17) et par les bateaux (point 42, iii)). Le principe devrait en tout cas conduire dans les vingt-cinq ans à la cessation de la pollution de la mer du Nord par les substances dangereuses. Pour un historique du rôle joué par le principe de précaution dans la protection de la mer du Nord, cf. F. MAES et A. CLIQUET, *Internationaal en nationaal recht inzake de bescherming van de Noordzee*, Deurne, Story-Scientia, 1997, p. 188.

⁽⁹⁶⁾ 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 sur la protection de la mer du Nord. Créée dans le cadre de la convention du 15 février 1972 pour la prévention de la pollution marine par des opérations d'immersion, la Commission d'Oslo a adopté le 14 juin 1989 une décision portant sur la réduction et l'arrêt du déversement de déchets industriels en mer (décision 89/1), laquelle était principalement motivée par les risques que comportait une telle méthode d'élimination des déchets industriels.

⁽⁹⁷⁾ Deuxième considérant de la convention de Londres.

⁽⁹⁸⁾ Le principe est défini par la convention de Paris comme étant celui "*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).

des lacs internationaux ⁽⁹⁹⁾ et du 2 avril 1992 pour la protection du milieu marin pour la zone de la mer baltique ⁽¹⁰⁰⁾, de Charleville-Mezière du 26 avril 1994 sur la protection de l'Escaut et de la Meuse ⁽¹⁰¹⁾, de Sofia du 29 juin 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube ⁽¹⁰²⁾, de Rotterdam du 22 janvier 1998 sur la protection du Rhin ⁽¹⁰³⁾, de même que le protocole relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution d'origine tellurique ⁽¹⁰⁴⁾ y font référence.

L'incertitude entourant les causes et les effets de la pollution atmosphérique lui a également servi de terrain d'élection. La communauté internationale n'a pas attendu que les scientifiques soient capables de déceler les véritables causes des pluies acides, de l'appauvrissement de la couche d'ozone stratosphérique ou de l'effet de serre et d'identifier avec exactitude leurs impacts potentiels pour poser les premiers jalons d'une action concertée pour lutter contre des phénomènes qui présageaient des risques d'altération écologique majeurs. Différer l'adoption des mesures envisagées pour limiter les émissions de gaz à effet de serre ou destructeurs de la couche d'ozone, c'était prendre le risque de les laisser s'accumuler dans l'atmosphère de manière grave et irréversible. Cette préoccupation a influencé la rédaction des premières conventions internationales prises dans ce domaine. En évoquant dans ses considérants que l'incertitude scientifique ne doit pas empêcher ses parties à régler la pollution de l'air, 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, avait déjà consacré le principe avant la lettre ⁽¹⁰⁵⁾. C'est de

⁽⁹⁹⁾ "Les Parties sont guidées par (...) le principe de précaution, en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en oeuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puissent avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière, d'autre part" (article 2).

⁽¹⁰⁰⁾ Les Parties contractantes à la convention d'Helsinki se sont engagées à mettre en oeuvre le principe de précaution, lequel consiste : "à prendre des mesures préventives dès lors que l'on est fondé à penser que les substances ou l'énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte à l'agrément des sites ou gêner d'autres utilisations légitimes de la mer, même lorsque le rapport de causalité entre les apports et leurs effets n'est pas établi" (article 3, alinéa 2).

⁽¹⁰¹⁾ Les accords Escaut-Meuse de Charleville-Mezières le définissent comme le principe "en vertu duquel la mise en oeuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontières significatif n'est pas différée au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre le rejet de ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière significatif" (articles 2, a et 3, 2, a).

⁽¹⁰²⁾ "Le principe du pollueur-payeur et le principe de précaution constituent le fondement de toutes les mesures destinées à protéger le Danube et les eaux de son bassin hydrographique" (article 2.4).

⁽¹⁰³⁾ Article 4 de la Convention.

⁽¹⁰⁴⁾ Cinquième considérant du protocole suite à son amendement du 10 juin 1995 à Barcelone.

⁽¹⁰⁵⁾ Les parties contractantes à la convention sur la pollution atmosphérique à longue distance du 13 novembre 1979 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 fait part de leur crainte "que l'augmentation prévue du niveau des émissions de polluants atmosphériques dans la région puisse accroître ces effets dommageables". Le second protocole de la convention reconnaît explicitement le principe de précaution : "Resolved to take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize emissions of air pollutants and mitigate their adverse effects".

façon paradoxale au moment où les effets de la diminution globale de la couche d'ozone faisaient l'objet des controverses les plus exacerbées entre scientifiques, que la convention du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d'ozone fut adoptée dans le cadre du programme des Nations unies pour l'environnement ⁽¹⁰⁶⁾. Les preuves scientifiques de la responsabilité directe des chlorofluorocarbones dans la formation du trou d'ozone ne seront en effet obtenues que trois années plus tard. Même si elle ne fixait aucun quota de réduction des émissions de chlore dans l'atmosphère, la convention de Vienne a enclenché un processus de régulation qui a rapidement abouti à la conclusion en 1987 du protocole additionnel de Montréal, lequel dû être amendé à plusieurs reprises en vue d'aboutir à la suppression totale des CFC en 1995 ⁽¹⁰⁷⁾.

Le principe déborda rapidement du domaine de la lutte contre les pollutions marine et atmosphérique, pour s'étendre à d'autres pans du droit international de l'environnement. Il fut ainsi successivement consacré comme un principe général de la politique de l'environnement le 16 mai 1990 par la Commission économique des Nations unies pour l'Europe à Bergen ⁽¹⁰⁸⁾, le 25 mai 1989 par l'Exécutif du programme des Nations unies pour l'environnement ⁽¹⁰⁹⁾, en juillet 1990 par le Conseil des ministres de l'Organisation de l'unité africaine à Addis-Abeba ⁽¹¹⁰⁾, en octobre 1990 par la Conférence ministérielle sur l'environnement organisée par la Commission socio-économique des Nations unies pour l'Asie et le Pacifique et enfin, en janvier 1991, par les ministres de l'environnement de l'Organisation de coopération et de développement économique ⁽¹¹¹⁾.

Il connut enfin une consécration universelle lors de la Conférence de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement qui vit aboutir une déclaration et deux

⁽¹⁰⁶⁾ G. MEGIE, "Incertitude scientifique et décision politique : le cas historique de l'ozone stratosphérique", in *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, O. GODARD (éd.), Paris, Maison des sciences de l'homme et INRA, 1996, p. 222.

⁽¹⁰⁷⁾ 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 régler 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" (deuxième et sixième considérants du protocole de Montréal). La convention de Vienne faisait moins de cas du principe de précaution. En vertu de son sixième considérant, 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".

⁽¹⁰⁸⁾ Déclaration de la conférence de Bergen du 16 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".

⁽¹⁰⁹⁾ Quinzième session du Conseil de l'UNEP.

⁽¹¹⁰⁾ Voy. également la convention de Bamako du 30 janvier 1991 sur des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières (article 4, alinéa 3, f).

⁽¹¹¹⁾ 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".

conventions-cadres. Instrument juridique non contraignant, la déclaration du 13 juin 1992 sur l'environnement et le développement ⁽¹¹²⁾ proclame comme quinzième principe que :

"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 de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement".

Dans cette veine, la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques signée à New-York peu de temps avant la conférence, le 9 mai 1992, impose aux parties ⁽¹¹³⁾ :

"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".

Quant au préambule de la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, elle prévoit également que :

"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".

Depuis lors, le principe de précaution a été repris dans la plupart des actes internationaux bilatéraux et multilatéraux portant sur la protection de l'environnement ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹²⁾ Le principe est également reconnu dans un autre document non contraignant, *l'Agenda 21*, 16 juin 1992, UN Doc. A/ Conf. 151/26, Vol. III (1992).

⁽¹¹³⁾ Article 3.3. En raison du libellé de la disposition ("*les parties se laisseront guider, entre autres*" par de tels principes), il semblerait qu'il s'agisse là d'une recommandation. Cf. W. LANG et H. SCHALLY, "La convention-cadre sur les changements climatiques. Un élément du bilan normatif du sommet de la terre : la CNUCED", *R.G.D.I.P.*, 1993, n° 2, p. 326.

⁽¹¹⁴⁾ En sus des conventions d'Helsinki des 17 mars et 2 avril 1992 citées ci-dessus, voy. l'accord de Panama du 11 décembre 1992 concernant les mouvements transfrontières de déchets dangereux en Amérique centrale (article 3, alinéa 3); le protocole d'Oslo du 14 juin 1994 à la convention sur la pollution atmosphérique à longue distance relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre (préambule); convention de Sofia du 29 juin 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (article 2, alinéa 4); la résolution de la conférence des parties à la convention CITES de Fort Lauderdale du 18 novembre 1994; le protocole du 10 juin 1995 de Barcelone à la convention de Barcelone de 1976 sur les zones spécialement protégées et la diversité biologique en Méditerranée (préambule); l'accord de La Haye du 16 septembre 1995 sur la conservation des oiseaux aquatiques

En raison du développement de certaines pratiques étatiques qui le consacrent et de son caractère quasi-universel, il faut y voir une règle de droit coutumier, bien que cette opinion ne fasse pas encore l'unanimité ⁽¹¹⁵⁾.

Malgré la progression indéniable du principe dans le droit conventionnel, les juridictions internationales rechignent pourtant à lui réserver un accueil favorable. Trois décisions rendues dans le courant de l'année 1997 à propos de mesures particulièrement controversées sur le plan scientifique s'opposent catégoriquement à le prendre en compte. Tout en reconnaissant le caractère sérieux des préoccupations environnementales avancées par la Hongrie pour justifier son refus d'observer le traité relatif à la construction d'ouvrages hydrauliques sur le Danube, qu'elle avait conclu avec l'ancienne Tchécoslovaquie, la Cour internationale de justice n'a pas admis dans un arrêt du 25 septembre 1997 qu'il y avait là un péril grave et imminent en raison du caractère incertain des dommages invoqués par les autorités hongroises ⁽¹¹⁶⁾.

"Le péril allégué par la Hongrie s'inscrivait dans le long terme et - élément plus important - demeurait incertain. Comme le reconnaît elle-même la Hongrie, les dommages qu'elle appréhendait devaient résulter avant tout de processus naturels relativement lents dont les effets ne pouvaient être aisément évalués. (...) Si grave qu'il pût être, le péril allégué pouvait difficilement, au vu de ce qui précède, être tenu pour suffisamment certain et, dès lors, imminent en 1989".

Enfin, il faut prendre en compte la prudence affichée par la CIJ dans *l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. En l'espèce, l'Argentine soutenait que l'approche de précaution adoptée dans le statut de 1975 avait pour effet de «transfér[er] la charge de la preuve à l'Uruguay, [de telle sorte que ce serait à lui de démontrer] que l'usine de pâte à papier Orion (Botnia) ne cause pas de dommages

migrateurs africains (article 2, alinéa 2); l'accord de New-York du 4 décembre 1995 sur la mise en oeuvre de la convention sur le droit de la mer en ce qui concerne la conservation et la gestion des stocks de poissons grands migrants ou chevauchant différentes zones maritimes (articles 5, alinéa c et 6); le traité sur l'espace économique européen conclu entre la Communauté européenne et l'Association européenne de libre échange (préambule).

Sur les développements récents du principe de précaution en droit international, voy. D. FREESTONE & E. HEY, "Origins and Development of the Precautionary Principle", in *The Precautionary Principle and International Law*, *op. cit.*, p. 3; A. KISS, "Chronique de droit international", *R.J.E.*, 1996/1-2, p. 96; P. BIRNIE, "The Status of Environmental "soft law" : Trends and Examples with Special Focus on IMO Norms, in *Competing Norms*", in *The Law of Marine Environmental Protection*, Londres/La Haye/Boston, Kluwer law intl., 1997, p. 51.

⁽¹¹⁵⁾ Ph. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, I, Manchester, Manchester University Press, 1995, n°12, p. 213; J. CAMERON & J. ABOUCHAR, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in *The Precautionary Principle and International Law*, *op. cit.*, p. 29; Z. PLATER, "From the Beginning, a Fundamental Shift in Paradigms : a theory and short history of Environmental Law", *Loy. L.A. L. Rev.*, 1994, p. 1000; H. HOHMANN, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, Londres, Graham & Trotman, 1994, p. 184; O. McINTYRE & T. MOSEDALE, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *J.E.L.*, vol. 9, n° 2, 1997, p. 221. Contra : P. W. BIRNIE & A. BOYLE, *International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1992, n°13, p. 98; D. BODANSKY, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1991, p. 417; L. GÜNDLING, "Literature Review of Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law", *Y.I.E.L.*, 1993, p. 643. Il faut toutefois noter que les auteurs qui considèrent que le principe de précaution ne constitue pas une règle de droit coutumier se sont prononcés sur cette question avant 1992, année à partir de laquelle il a connu un important essor en droit international.

⁽¹¹⁶⁾ C.I.J., 25 septembre 1997, *Hongrie c. Slovaquie*, par. 56.

significatifs à l'environnement». L'Uruguay estimait au contraire que, conformément à la jurisprudence bien établie de la Cour, il revenait à l'Argentine, Etat demandeur, de supporter la charge de la preuve.

Tout d'abord, la Cour internationale de justice a considéré que, selon le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence. Quant aux arguments avancés par l'Argentine concernant le renversement de la charge de la preuve et l'existence, à l'égard de chaque Partie, d'une obligation égale de convaincre au titre du statut de 1975, la Cour a considéré qu' « une approche de précaution, si elle peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut, n'a toutefois pas pour effet d'opérer un renversement de la charge de la preuve; elle considère également que rien dans le statut de 1975 lui-même ne permet de conclure que celui-ci ferait peser la charge de la preuve de façon égale sur les deux Parties »¹¹⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 26 août 1997 un arrêt qui demeure en tout état de cause une occasion manquée du point de vue du droit international de l'environnement puisqu'elle aurait pu contribuer au progrès de celui-ci en apportant sa caution au principe de précaution (¹¹⁸). Elle a jugé, en l'espèce, que le lien entre la décision du Conseil fédéral suisse de prolonger l'exploitation d'une centrale nucléaire et le droit à l'intégrité de la protection physique invoqué par les requérants était "*trop ténu et lointain*" pour qu'ils puissent invoquer le droit à ce que leur cause soit entendue équitablement par un tribunal au sens de l'article 6, §1^{er} de la convention européenne des droits de l'homme. Même si les victimes étaient parvenues à mettre en cause les défauts techniques de la centrale, encore devaient-elles établir de manière probante la relation de cause à effet entre le risque dénoncé et leur droit à la protection de leur intégrité physique (¹¹⁹).

(¹¹⁷) *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, para. 164.

(¹¹⁸) C.E.D.H., 26 août 1997, *Balmer-Schafroth c. Suisse*, (67/1996/686/876). J.-Fr. FLAUSS, "Actualités de la Convention européenne des droits de l'homme", *A.J.D.A.*, 1997, n° 12, p. 981; N. de SADELEER, "L'arrêt Balmer-Schafroth, une occasion manquée pour le droit international de l'environnement", obs. sous C.E.D.H. du 26 août 1997, *Amén.-Env.*, 1998/3, p. 203; P. FRUMER, "Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses", *R.T.D.H.*, 1998, n° 36, p. 819. Dans son opinion dissidente, le juge PETTITI a mis en exergue qu'un tel raisonnement revenait "*à méconnaître tout le mouvement des institutions internationales et du droit international public pour assurer la préservation des personnes et des patrimoines*", tel qu'il ressort notamment de "*l'élaboration des principes de précaution et de préservation du patrimoine commun*".

(¹¹⁹) La jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme semble exiger la démonstration de la part des requérants d'un degré de probabilité important d'une violation des droits qui y sont consacrés.

- Dans l'affaire des essais nucléaires français en Polynésie française, la Commission européenne des droits de l'homme a admis que le risque d'une violation future peut, dans des circonstances exceptionnelles, conférer au requérant la qualité de victime. Il faut alors que ce dernier produise "*des indices raisonnables et convaincants de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard*" (Com. E.D.H., 4 décembre 1995, req. n° 28204-95). Alors que les requérants avaient produit différents rapports scientifiques pour étayer leur crainte d'une violation des articles 2.3., 8 de la convention et de l'article 1er du protocole additionnel n° 1, la Commission a estimé qu'il ne lui appartenait pas de prendre position d'autant plus qu'il y a une controverse entre les parties et les experts. La Commission a ajouté à ceci que "*la seule invocation des risques inhérents à l'utilisation de l'énergie nucléaire tant civile que militaire, ne suffit pas pour se prétendre victime d'une violation de la Convention, bon nombre d'activités étant génératrices de risques. Il faut qu'ils puissent prétendre de manière défendable et circonstanciée que faute de précautions suffisantes prises par les autorités, le degré de probabilité de survenance d'un dommage est tel qu'il puisse être considéré comme constitutif d'une violation à condition que l'acte critiqué n'ait pas de répercussions trop lointaines*".

- Dans un arrêt du 9 juin 1998, la Cour a jugé qu'en procédant à des essais nucléaires, l'Etat britannique n'avait pas violé l'article 2 de la convention dans la mesure où la requérante atteinte de leucémie n'était

Elles n'ont pas "pour autant établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique, faute d'avoir démontré qu'ils se trouvaient personnellement exposés, du fait du fonctionnement de la centrale de M., à une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente. En l'absence de pareil constat, les effets sur la population des mesures qu'aurait pu décider le Conseil fédéral en l'espèce demeuraient donc hypothétiques".

Enfin, dans deux décisions du 18 août 1997, un panel de l'Organisation mondiale du commerce a jugé que l'identification du risque que présenterait la présence d'hormones dans la viande était une condition *sine qua non* de l'évaluation des risques exigée par l'article 5 de l'Accord sur la mise en oeuvre des mesures sanitaires et phytosanitaires. De ce fait, la Communauté européenne ne pouvait recourir au principe de précaution pour justifier sa mesure ⁽¹²⁰⁾. L'on ne pouvait d'ailleurs être plus clair : une mesure restreignant les échanges commerciaux doit reposer sur des risques dûment évalués et non pas sur les incertitudes inhérentes à la recherche scientifique ⁽¹²¹⁾.

§ 2. Droit UE

1. Droit primaire : statut juridique et champ d'application

A. Un statut juridique polycéphale

Comme le Traité de Maastricht a porté sur les fonts baptismaux le principe de précaution en l'insérant dans le Traité CE, dans le chapitre relatif à la politique de l'environnement, ce principe a d'emblée relevé du droit primaire. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il est consacré dont l'article 191, § 2 TFUE, qui prévoit que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement (...) est fondée sur les principes de*

pas parvenue à démontrer l'existence d'un lien de causalité entre l'irradiation de son père et l'apparition ultérieure de la maladie chez elle. D'après la Cour, l'on ne pouvait raisonnablement attendre des autorités britanniques qu'elles fournissent pendant la période des essais des conseils sur la santé que s'il était apparu à l'époque comme vraisemblable que les irradiations étaient susceptibles d'entraîner des risques réels (C.E.D.H., *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, (14, 1997/798/1001), par. 38).

- Alors même qu'ils sont impliqués dans des activités pouvant avoir sur le long terme de graves répercussions sur leur santé, les requérants ne peuvent exiger des autorités qu'elles élaborent et collectent des informations de nature à dissiper leurs inquiétudes et à les éclairer sur les risques encourus. Il leur revient de démontrer que les autorités détenaient au moment des faits les documents pertinents sur les risques de radiations ionisantes. A défaut d'apporter une telle preuve, ils ne peuvent invoquer la violation de leur droit au respect de leur vie privée, faute d'avoir été correctement informés (C.E.D.H., arrêt *Mc Ginley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, par. 99).

⁽¹²⁰⁾ Mesures C.E. relatives à l'hormone dans la viande, Plainte des Etats-Unis, OMC WT/DS 26/R/USA du 18 août 1997; Mesures C.E. relatives à l'hormone dans la viande, plainte du Canada, OMC WT/DS 48/R/CAN du 18 août 1997. D'après le panel, le principe de précaution n'est applicable qu'aux seules mesures transitoires en vertu de l'article 5.7 de l'accord. L'on notera cependant que le panel déduit le principe de précaution de cette disposition qui ne le consacre pas expressément. Pour un commentaire critique de ces décisions, voy. S. DEIMANN, "WTO Panel on EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)", *Elni Newsletter*, 1997/2, p. 1; B. EGGERS, "Die Entscheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall. Doch ein Recht auf Vorsorge?", *EuZW*, 1998/5-6, p. 147; K. Van der BORGHT, "Risico-evaluatie, Groeihormonen en de WTO", *T.M.R.*, 1998/4, p. 239.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, sub. VIII D5(b)(iii).

précaution et d'action préventive ». Hormis le cas de la politique environnementale, aucune autre disposition de ce traité ne l'énonce.

Est-ce pour autant un principe général de droit ? Après l'avoir qualifié de « *principe autonome* », le Tribunal a estimé que c'était le cas¹²².

Par ailleurs, l'on ne saurait pourtant perdre de vue que cette norme ne s'implante pas sur un terrain vierge. En effet, le principe de précaution doit se combiner avec le principe d'un haut niveau de protection de l'environnement, des consommateurs et de la santé publique¹²³.

Or, à défaut de définition dans les traités, il revient tantôt aux institutions, tantôt aux juridictions d'en préciser les contours. Si elles partagent un fond commun, les définitions consacrées par les uns et les autres, comme il sera exposé ci-après, ne se recourent pas nécessairement.

Ainsi, dans l'affaire de l'[épizootie](#) d'encéphalopathie spongiforme bovine (ci après « ESB »), qui avait touché le Royaume-Uni à partir de 1986, le Cour de justice a dû se prononcer sur la validité de la décision de la Commission interdisant l'exportation de la viande bovine britannique alors que la réalité et la gravité des risques de propagation de la maladie de Creutzfeld-Jakob n'étaient pas encore pleinement démontrées. Dans son arrêt *National Farmers' Union*, cette dernière a jugé que « *lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées* »¹²⁴. Cette « *approche* » est corroborée par le fait que « *la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement* » et que « *cette politique, visant un niveau de protection élevé, se fonde notamment sur les principes de précaution et de prévention...* »¹²⁵.

En outre, dans son arrêt *Neptune Distribution*, elle a précisé que, « *lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives* »¹²⁶.

¹²² TPI, 26 novembre 2002, *Artegoda*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 184; TPI, 21 octobre 2003, précité, *Solvay*, points 121 et 122 ; Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 133.

¹²³ Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, points 131-132 et 146. Voy. D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, Bruxelles, Anthémis, 2011, p. 285.

¹²⁴ CJUE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, C-157/96, *Rec.*, p. I-2211, point 63 ; CJUE, *Royaume Uni c. Commission*, C-180/96, *Rec.*, p. I-2265, point 99 ; CJUE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 111 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Gowan*, C-77/09, point 73 ; CJUE, 28 janvier 2010, *Commission v France*, C-333/08, point 91 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, point 62. Voy. aussi TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, para. 139.

¹²⁵ *Ibid.*, point 64.

¹²⁶ Voir, notamment, CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823, points 81 et 82.

La définition retenue par la Cour de justice de l'Union européenne est favorable aux pouvoirs publics, car elle n'exige pas de leur part la démonstration d'un dommage grave, significatif, ou irréversible,¹²⁷ ne limite pas la durée des mesures, n'exige pas une analyse coûts-bénéfices¹²⁸, n'interdit pas l'adoption de moratoires ou d'autres mesures restrictives,¹²⁹ et n'impose pas le recours à une forme spécifique d'évaluation¹³⁰.

Dans le prolongement des premiers arrêts rendus sur le principe de précaution, la Commission adopta au mois de février 2000 une communication explicitant la portée de ce principe. Sur le fond, la Commission a suivi une ligne médiane selon laquelle il faudrait, d'une part, exclure toute application abusive du principe qui masquerait « *un protectionnisme déguisé* » et, d'autre part, écarter toute version minimaliste qui en réduirait son utilité. Aussi le principe devrait-il engendrer un surcroît d'expertise, le moratoire n'étant qu'une modalité de la gestion des risques. Au mois de décembre 2000, le Conseil de ministres adopta à Nice une résolution avalisant dans ses grandes lignes les options retenues par la Commission. Même si elles n'ont pas pour effet de contraindre les institutions de l'Union à agir dans un sens déterminé¹³¹, ces documents revêtent une importance politique considérable. On observera, par ailleurs, que les juridictions de l'Union ainsi que la Cour AELE prennent pour argent comptant les critères énoncés dans cette communication¹³².

B. Champ d'application *ratione materiae*: de la politique environnementale à la sécurité alimentaire

C'est grâce à l'essor du droit de l'environnement, au début des années quatre-vingt, que le principe de précaution a vu le jour¹³³. Alors qu'il fut expressément consacré à l'article 191 TFUE lors du Traité de Maastricht, il ne fut jamais étendu au cours des réformes subséquentes des traités fondateurs à d'autres politiques publiques menées par l'UE. Il en va de même en droit français, dans la mesure où la charte constitutionnelle

¹²⁷ En vertu de l'article 5 de loi constitutionnelle n° [2005-205](#) du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement les autorités doivent parer la réalisation d'un dommage qui pourrait affecter "de manière grave et irréversible l'environnement".

¹²⁸ Quant à une telle exigence liée au principe de proportionnalité, voy. TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 468.

¹²⁹ Quant aux enjeux sous-jacents à ces différents critères, voy. N. de SADELEER, *Environmental Principles*, Oxford, Oxford University Press, pp. 155-174.

¹³⁰ Voy. cependant l'obligation de recourir à des formes spécifiques d'évaluation des risques prévues par plusieurs régimes harmonisés relatifs à l'alimentation et aux substances dangereuses.

¹³¹ N. DE SADELEER, « Classification des actes de droit non contraignants de l'union européenne », in I. Hachez (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, Saint-Louis, 2012, p. 253 à 293.

¹³² CJUE, 2004, *Bellio F.lli*, aff. C-286/02, point 59 ; TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, précité, point 123 ; Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 149. Dans son arrêt *EFTA Authority c. Norvège*, aff. E-3/00, la Cour EFTA a suivi à la lettre les critères prévus par ladite communication.

¹³³ N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 136-166.

limite sa portée aux matières environnementales. Pourtant, ses applications dépassent largement le domaine de la lutte contre les pollutions et les nuisances.

Tout d'abord, les juridictions de l'Union ont rapidement étendu sa portée. Ainsi, aux yeux du Tribunal, le champ d'application du principe de précaution est « *plus vaste* » que celui qui lui est en principe réservé par les auteurs du traité. Ne se limitant pas uniquement à la politique de la protection de l'environnement, il s'applique aussi aux consommateurs et à la santé¹³⁴. C'est incontestablement dans les arrêts relatifs à la protection de la santé publique qu'il s'est imposé avec le plus de vigueur¹³⁵. Cette extension n'a pas surpris les commentateurs. En effet, la politique de la santé publique revêt une dimension transversale dans la mesure où l'article 168 TFUE requiert « *un niveau élevé de protection de la santé humaine* », « *dans la définitions et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union* »¹³⁶. Comme la Cour de justice a jugé que « *parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 36 [TFUE], la santé et la vie des personnes occupent le premier rang* »¹³⁷, cet intérêt public péremptoire prime les intérêts économiques¹³⁸. Au demeurant, lorsqu'il est énoncé dans le domaine de la protection de la santé publique, il peut aisément se confondre avec des préoccupations environnementales. Ceci n'a rien d'étonnant dans la mesure où l'article 191, par. 1^{er}, TFUE prévoit que la politique environnementale poursuit un objectif de protection sanitaire¹³⁹. Il ressort notamment de l'arrêt *Afton*, il est parfois difficile, voire impossible, de distinguer ce qui relève de la protection des consommateurs, de l'environnement et de la santé¹⁴⁰.

¹³⁴ Ibid., point 184.

¹³⁵ Sur l'extension du principe au droit de la santé, voy. en particulier les arrêts suivants: CJUE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9 ; CJUE, 12 juillet 1996, *Royaume-Uni c. Commission*, C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903, point 93 ; CJUE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105 ; CJUE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. I-9693 ; TPI, 13 juillet 1996, T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815, point 88 ; TPI, 16 juillet 1998, *Bergaderm*, T-199/96, *Rec.*, p. II-2805 ; TPI, 30 juin 1999, *Alpharma Inc.*, T-70/99 R, *Rec.*, p. II-3495 ; TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305 ; TPI, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals c. Conseil*, T-392/02, *Rec.*, p. II-4555 ; TPI, 28 septembre 2007, *France c. Commission*, T-257/07 R, *Rec.*, p. II-4153. Voy. N. DE SADELEER, « The Precautionary Principle applied to Food Safety. Lessons from the EC Courts », *E.J.C.L.*, 2009, n° 1, p. 147-170.

¹³⁶ TPI, 26 novembre 2002, *Artegoda*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 183 ; Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 134.

¹³⁷ CJUE, 10 novembre 1994, *Ortscheit*, C-320/93, *Rec.*, p. I-5243, point 16 ; CJUE, 11 juillet 2000, *Kemikalineinspektionen et Toolex Alpha*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, point 38.

¹³⁸ CJUE, 12 juillet 1996, *Royaume-Uni c. Commission*, C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903 ; CJUE, 17 juillet 1997, *Affish*, C-183/95, *Rec.*, p. I-4315, points 43 et 57. Voy. TPI, 13 juillet 1996, *Pfizer*, T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815.

¹³⁹ N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010, p. 437-438.

¹⁴⁰ CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, point 49.

Ensuite, ses applications dans le droit dérivé sont nombreuses¹⁴¹, puisque le principe est invoqué tant dans le domaine de la sécurité alimentaire et des produits chimiques, de la pêche¹⁴³, de la conservation de la nature¹⁴⁴, et de la gestion des déchets.

C. Champ d'application *ratione personae* : des institutions aux autorités nationales

Tout d'abord, en raison de l'emploi de l'indicatif et non du conditionnel au paragraphe 2 de l'article 191 TFUE, le principe de précaution s'impose aux institutions de l'Union¹⁴⁵. Selon la Cour, le législateur de l'Union doit « *tenir compte* » de ce principe¹⁴⁶, ce qui devrait à notre avis renforcer le contrôle de la motivation de la mesure de gestion de risque. De la sorte, tous les actes de droit dérivé lui sont subordonnés. Cette exigence n'empêche toutefois pas les institutions de jouir d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'elles doivent réglementer dans un contexte d'incertitude. Enumérées au paragraphe 3 de l'article 191 TFUE, les modalités d'exercice de l'action de l'UE en matière d'environnement sont en effet susceptibles de tempérer, le cas échéant, la rigueur de ce principe. Mais la souplesse qui est inhérente à la notion même de « *principe* » n'autorise pas pour autant les institutions à l'écartier sans pour autant dûment motiver son exclusion.

Ensuite, même si le principe de précaution n'a pas d'effet direct en droit interne¹⁴⁷, les Etats membres sont tenus de le respecter lorsque leur réglementation relève du droit de l'union.

Quand bien même ce principe ne serait pas expressément énoncé dans une règle de droit dérivé (par exemple, le droit de déchets), il n'en demeure pas moins qu'il éclaire la portée des obligations qui pèsent sur les autorités nationales. Aussi, conformément aux principes qui découlent de l'ordre juridique de l'Union¹⁴⁸, il revient aux Etats membres d'interpréter les règles de droit dérivé à la lumière des principes consacrés par

¹⁴¹ Pour des exemples, voy. N. DE SADELEER (éd.), *Implementing Precaution. Approaches from Nordic Countries, the EU and USA*, London, Earthscan, 2007, p. 396; J. ZANDER, *Different Kinds of Precaution*, Cambridge, CUP, 2010.

¹⁴³ Les article 2, paragraphe 2 et 4 du règlement (UE) n° 1380/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2013, relatif à la politique commune de la pêche (ci-après "PCP") consacre une "approche de précaution".

¹⁴⁴ Voy. tout particulièrement CJUE, 7 septembre 2004, *Waddenzee*, C-127/02, *Rec.*, p. I-7405, point 58.

¹⁴⁵ Dans l'arrêt *Pfizer*, le Tribunal a consacré le caractère facultatif du recours au principe de précaution (aff. T-13/99, point 160). Le Tribunal semble pourtant revenir sur cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs en jugeant que le principe de précaution constitue « *un principe général de droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées...* » (26 novembre 2002, *Artogodan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 184 ; 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 134).

¹⁴⁶ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce*, C-78/16 et C-79/16, C:2016:42, point 47.

¹⁴⁷ Ainsi, dans ses conclusions sous l'affaire *Peralta*, l'avocat général M.C.O. Lenz a jugé que l'ancien article 130R (nouvel article 191 TFUE ; article 174 TCE) « *ne peut, en général, fournir de critère pour l'action des Etats membres dans le domaine de l'environnement* ». Cf. Conclusions de l'avocat général Lenz sous CJ, 14 juillet 1994, *Peralta*, C-379/92, *Rec.*, p. I-3453, point 58).

¹⁴⁸ CJUE, 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, C-14/83, *Rec.*, p. 1891, point 26 et CJUE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, point 8.

les traités fondateurs et, le cas échéant, ceux qui sont consacrés par le droit dérivé. Tel est notamment le cas de l'obligation faite au juge national de vérifier la conformité des mesures nationales de sécurité alimentaire par rapport au principe de précaution consacré par le règlement 178/2000 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire¹⁴⁹ (ci-après le règlement « sur la sécurité alimentaire »)¹⁵⁰.

2. Droit dérivé

Le principe a souvent été décrié en raison de son imprécision. Lorsqu'il ne fait pas l'objet d'une définition précise, les questions fusent. Faut-il conjurer un risque grave, significatif, irréversible, collectif ? Faut-il que le risque soit susceptible de provoquer des dégâts mortels ? L'adoption d'une mesure de précaution requiert-elle un minimum d'indices quant à la consistance du risque soupçonné ou se trouve-t-elle affranchie de tout élément de preuve ? Sous quelle forme convient-il d'agir : moratoire, contrôle, surveillance, autorisation ? Et ce pour combien de temps ? En raison de la portée très générale du principe de droit primaire, tel qu'interprété par la jurisprudence, encore faut-il vérifier si le droit dérivé ne fixe pas certaines balises.

On observera que peu de dispositifs d'harmonisation se réfèrent expressément à la précaution, même si le principe est souvent invoqué dans le préambule de certains actes¹⁵¹. Certes, le droit sur les OGM, avatar ultime du mythe de Prométhée, constitue un terrain d'élection pour sa mise en œuvre¹⁵², et on le retrouve aussi proclamé dans le règlement REACH¹⁵³. Mais, la définition la plus achevée se trouve à l'article 7 du règlement sur la sécurité alimentaire, lequel jalonne le parcours de l'adoption des mesures de précaution.

« 1. Dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque.

2. *Les mesures adoptées en application du paragraphe 1 sont proportionnées et n'imposent pas plus*

¹⁴⁹ Règlement 178/2000 du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (JO L 31, p. 1).

¹⁵⁰ CJUE, 19 janvier 2017, *Queiser Pharma*, C-282/15, C:2017:26.

¹⁵¹ Les considérants 6 et 10 et 24 du règlement (UE) n° 1380/2013 relatif à la politique commune de la pêche énoncent l'« approche de précaution ».

¹⁵² En vertu de la directive 2001/18/CE, les procédures d'instruction des demandes d'autorisation de mise sur le marché d'OGM sont explicitement guidées par le principe de précaution, auquel il est fait référence dans plusieurs dispositions (considérant 8, article 1^{er} et annexe II C, 2, 1 et [décision de la Commission 2002/623/CE](#) du 24 juillet 2002 arrêtant les notes explicatives destinées à compléter l'annexe II).

¹⁵³ Article 1, par. 3 du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), JO L 136, p. 1.

de restrictions au commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, en tenant compte des possibilités techniques et économiques et des autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question. Ces mesures sont réexaminées dans un délai raisonnable, en fonction de la nature du risque identifié pour la vie ou la santé et du type d'informations scientifiques nécessaires pour lever l'incertitude scientifique et réaliser une évaluation plus complète du risque. »

Assurément, les auteurs du règlement ont tenté d'apaiser les craintes exprimées quant à la trop grande malléabilité de ce principe, source potentielle d'arbitraire aux dires de ses critiques. Cette disposition appelle en tout cas plusieurs observations.

En premier lieu, à défaut de disposer des « *informations disponibles* », les autorités ne pourront adopter de telles mesures. Qui plus est, ces mesures ne sont prises que dans « *l'attente d'une évaluation plus complète du risque* », ce qui accentue leur caractère provisoire.

A la différence d'autres textes, le dommage que la mesure de précaution doit parer est interprété largement : il ne doit être ni significatif, ni irréversible. Les effets sur la santé doivent tout au plus être nocifs, ce qui permet d'englober une vaste gamme de risques.

En deuxième lieu, le principe n'est pas chevillé à la gestion des risques. En effet, l'article 6, par. 3 prévoit que « *la gestion des risques tient compte* », entre autres, du principe de précaution. Il se trouve ainsi placé sur un pied d'égalité avec d'autres facteurs légitimes, les résultats de l'évaluation des risques ainsi que les avis de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (ci-après l'« EFSA »)¹⁵⁴.

Par ailleurs, en conformité avec l'article 168 TFUE, les mesures doivent « *assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par l'Union* ».

En outre, parce qu'elles sont provisoires, elles doivent être « *réexaminées dans un délai raisonnable* ». Il revient, en effet, à terme de « *lever l'incertitude scientifique* », ce qui n'est pas nécessairement chose aisée.

Il convient aussi qu'elles ne portent pas atteinte aux libertés économiques.

En troisième lieu, les mesures en question doivent être proportionnées, ce qui paraît tomber sous le sens dans la mesure où le principe de proportionnalité constitue un principe général de droit.

¹⁵⁴ S'agissant de l'évaluation des risques, un processus reposant sur des bases scientifiques et comprenant quatre étapes, à savoir l'identification des dangers, leur caractérisation, l'évaluation de l'exposition et la caractérisation des risques, elle doit être fondée sur « *les preuves scientifiques disponibles et qu'elle est menée de manière indépendante, objective et transparente* »¹⁵⁴. 154

II. Le principe de précaution entre évaluation et gestion des risques

1. La césure

Le principe de précaution s'inscrit dans une démarche plus globale connue sous le nom d'analyse des risques, laquelle se décline en trois étapes : l'évaluation du risque, sa gestion et sa communication¹⁵⁵. Les deux premières étapes sont essentielles parce qu'elles visent, d'une part, à assurer un fondement scientifique aussi rigoureux que possible à la gestion des risques (phase d'évaluation des risques) et, d'autre part, à reconnaître une marge d'autonomie à l'autorité chargée *in fine* d'adopter une décision sur le risque (gestion des risques).

A cet égard, on observera que le règlement (CE) 178/2002 sur la sécurité alimentaire distingue l'évaluation des risques qui « *est fondée sur les preuves scientifiques disponibles et est menée de manière indépendante, objective et transparente* » de la gestion des risques, laquelle doit prendre en considération tant l'évaluation que d'autres facteurs légitimes ainsi que le principe de précaution¹⁵⁶. De même, le règlement sur les produits phytopharmaceutiques prévoit une césure nette entre l'évaluation et la gestion des risques¹⁵⁷.

La distinction entre les phases d'évaluation et de gestion répond à une double exigence : d'une part, celle de fonder la décision politique sur des données scientifiques et, d'autre part, celle de garantir l'autonomie du politique par rapport aux résultats de l'évaluation scientifique¹⁵⁸. Conformément à cette rhétorique, il conviendrait d'abord évaluer, et de décider par la suite¹⁵⁹. A ce stade, il est indispensable d'éclaircir la portée de ces deux concepts.

¹⁵⁵ Articles 3, 10° du règlement (CE) n° 178/2002/ CE sur la sécurité alimentaire.

¹⁵⁶ Articles 6, par. 2 et 6, par. 3 du règlement (CE) n° 178/2002/ CE sur la sécurité alimentaire.

¹⁵⁷ En vertu du 12ème considérant du règlement n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE et 91/414/CEE du Conseil (JO, n° L 309, 24 novembre 2009, p. 1), l'évaluation des risques est confiée à l'EFSA alors que leur gestion revient à la Commission européenne (cf. 12ème considérant).

¹⁵⁸ Conclusions de l'avocat général Mischo sous CJUE, 23 septembre 2001, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. I-9693, point 92.

¹⁵⁹ V. HEYVAERT, « The Changing Role of Science in Environmental Regulatory Decision-Making in the European Union », *L.&E.A.*, 1999, 3 & 4, p. 426 et sv.; C. NOIVILLE et N. de SADELEER, « La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques », *R.D.U.E.*, 2/2001, pp. 389-449 ; T. Christoforou, « Science, Law and Precaution in Dispute Resolution on Health and Environmental Protection: What Role for Scientific Experts? », in *Le commerce international des OGM* (Paris, Documentation française, 2002) 213-283 ; C. JOERGES et K.-H. LADEUR, *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden, Nomos, 1997 ; A. ALEMANO, *Trade in Food*, Londres, Cameron & May, 2007, pp. 77-104; S. MAHIEU, *Le droit de la société de l'alimentation*, Bruxelles, Larcier, 2007, 674 pp.

2. L'évaluation des risques

A. La généralisation des procédures d'évaluation

«*Préalable à la prise de toute mesure préventive*», l'évaluation des risques a pour objet «*l'évaluation du degré de la probabilité des effets adverses d'un certain produit ou procédé pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels*»¹⁶⁰, ce qui garantit, aux yeux du Tribunal de l'UE, l'objectivité scientifique des mesures et permet d'éviter la prise de mesures arbitraires.

Applicables dans un premier temps aux substances chimiques¹⁶¹, les procédures d'évaluation ont été successivement étendues à la protection des travailleurs¹⁶², à la sécurité alimentaire¹⁶³, aux OGM,¹⁶⁴ aux polluants organiques persistants,¹⁶⁵ à la protection de l'eau¹⁶⁶, ainsi qu'aux pesticides et biocides¹⁶⁷. Les méthodes d'évaluation varient d'une réglementation à une autre. Ainsi, l'identification d'une substance chimique comme «*extrêmement préoccupante*», et partant susceptible d'être soumis à la procédure d'autorisation en vertu du règlement REACH, n'exige pas de procéder à une évaluation des risques, mais seulement à une évaluation des dangers » résultant des propriétés intrinsèques de cette substance¹⁶⁸.

¹⁶⁰ TPI, 11 septembre 2002, *Alpharma*, aff. T-70/91, Rec. II-3495, points 161 et 168 ; 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, Rec., p. II-3305, point 156. Voy. aussi CJUE, 9 septembre 2003, aff. C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, Rec. I-8105, point 79; Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 138. Voy. également les article 3(9) à (14) du règlement (CE) No 178/2002 ainsi que les points 5.1.1 et 5.1.2 de même que l'annexe III de la communication de la Commission sur le principe de précaution (COM (2000)1).

¹⁶¹ Voy. la directive 93/67/CEE de la Commission, du 20 juillet 1993, établissant les principes d'évaluation des risques pour l'homme et pour l'environnement des substances notifiées conformément à la directive 67/548/CEE du Conseil, JO, n° L 227, 8 septembre 1993, p.9, abrogée depuis 2008 par REACH. Voy. désormais l'article 14 REACH.

¹⁶² Article 3 de la directive 2000/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail, JO, n° L 262, 17 octobre 2000, p. 21

¹⁶³ Articles 3, par. 10 et 6, par. 2 du règlement «sécurité alimentaire».

¹⁶⁴ Articles 2(8) et 4(1) (2) ainsi que les annexes II and III de la directive 2001/18/CE, JO, n° L 106, 17 avril 2001.

¹⁶⁵ Article 8(7) et annexe E de la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants ; décision 2006/50/CE du Conseil du 14 octobre 2004 relative à la conclusion de la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, JO, n° L 209, 31 juillet 2006, p. 1.

¹⁶⁶ Article 16(2) de la directive 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JO, n° L 327, 22 décembre 2000, p. 1.

¹⁶⁷ Article 4 du règlement (CE) n° 1107/2009 du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, JO, n° L 230, p. 1. Les essais présentés aux fins de l'approbation d'une substance active dans un biocide sont menés conformément aux méthodes décrites dans le règlement (CE) 440/2008 de la Commission du 30 mai 2008 établissant des méthodes d'essai conformément au règlement REACH. Voy. l'annexe II.5 du règlement (UE) n° 528/2012 du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, JO, n° L 167, p. 1.

¹⁶⁸ Cependant, la Cour a jugé que l'article 57, f du règlement REACH n'interdisait pas la prise en considération d'autres données, notamment les mesures de gestion des risques, que celles relatives aux

Le règlement “sécurité alimentaire” prévoit, au demeurant, que “l’évaluation des risques est fondée sur les preuves scientifiques disponibles et elle est menée de manière indépendante, objective et transparente”¹⁶⁹. L’importance accordée à l’évaluation des risques dans ce règlement tend à rendre conforme cette discipline aux exigences découlant de l’Accord OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires¹⁷⁰. L’évaluation des risques y est définie comme un processus reposant sur des bases scientifiques et comprenant quatre étapes, à savoir l’identification des dangers, leur caractérisation, l’évaluation de l’exposition et la caractérisation des risques. Mise sur pied en vertu de ce règlement, l’EFSA rend des avis scientifiques dans le cadre de procédures d’autorisation de mise sur le marché ou de restrictions placées sur des substances dangereuses¹⁷¹ ou des organismes génétiquement modifiés¹⁷². Ces avis sont appelés à éclairer la Commission européenne dans l’exercice de ses pouvoirs délégués ou d’exécution.

Selon les règlements, cette évaluation peut incomber tantôt au fabricant du produit ou à son importateur, tantôt aux autorités compétentes au niveau national, sous l’égide d’un contrôle des instances communautaires. Cela étant dit, plusieurs réglementations concernant la mise sur le marché de substances à risque prévoient que l’opérateur économique et non pas les pouvoirs publics supportent la charge de la preuve de l’innocuité de la substance suspectée dangereuse¹⁷³.

A titre d’exemple, conformément au règlement REACH, tout producteur ou importateur de substances telles que celles contenues dans des préparations, dans certains articles¹⁷⁴ ou encore dans certains produits¹⁷⁵ sont tenus de les enregistrer auprès de l’agence européenne des produits chimiques (ci-après l’«ECHA») ¹⁷⁶. Le défaut d’enregistrement est sanctionné selon l’adage «*pas de données, pas de marché*»¹⁷⁷, ce qui prive l’importateur ou le producteur de la possibilité commercialiser leurs substances, leurs articles ou leurs produits. Une évaluation de la sécurité chimique ainsi qu’un rapport sur la sécurité chimique sont établis pour toutes les substances qui font

dangers issus des propriétés intrinsèques des substances dangereuses. Voy. CJUE, 15 mars 2017, *Polynt SpA*, C-323/15 P, C:2017:207, points 39 à 41.

¹⁶⁹ Article 6, par. 2 du règlement “sécurité alimentaire”.

¹⁷⁰ Voy. E. STOCKES, « The Role of Risk Assessment in Precautionary Intervention: A Comparison of Judicial Trends in the EC and WTO », *JEEPL*, 2007, vol. 4, n° 6, p. 461.

¹⁷¹ En vertu du règlement n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, l’évaluation des risques est confiée à l’EFSA.

¹⁷² Voy. notamment les articles 6 et 18 du règlement n° 1829/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 22 septembre 2003, concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés. Voy. N. de SADELEER, *Commentaire Mégret Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, éd. de l’Université libre de Bruxelles, 2010, p. 137-141.

¹⁷³ TPI, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, T-229/04, *Rec.*, p. II-2437, point 161.

¹⁷⁴ Articles 3, 3° et 7.

¹⁷⁵ Article 7, par. 2.

¹⁷⁶ Article 6, par. 1^{er}.

¹⁷⁷ Article 5.

l'objet d'un enregistrement pour une quantité égale ou supérieure à dix tonnes par an par déclarant. L'ECHA procède au contrôle du caractère complet de l'enregistrement¹⁷⁸. Le fait que le producteur ne parvienne pas à lever l'incertitude pesant sur l'existence ou l'étendue du risque lui est donc défavorable. On ne pourrait donc arguer qu'il s'agisse d'un renversement de la charge de la preuve¹⁷⁹.

B. Critiques émises à l'encontre de l'évaluation des risques

Le processus d'évaluation est connu pour être lourd, complexe, coûteux, et ne permet pas nécessairement de lever toute l'incertitude. Pour de nombreuses substances, ce processus a conduit les pouvoirs publics sont noyés sous une accumulation de données. A cet égard, les politologues américains évoquent le syndrome de "*paralysis by analysis*".

Critiquée par d'aucuns en raison de sa lourdeur et de son coût, cette méthodologie n'a pas donné les effets escomptés quant à l'évaluation des substances chimiques¹⁸⁰. D'autres critiques peuvent être formulées à l'encontre de cette procédure.

De nature purement scientifique, l'évaluation des risques n'implique pas la participation du public, celui-ci n'intervenant qu'au stade ultérieur de la gestion des risques. Cette césure entre des scientifiques qui examineraient objectivement des faits et la sphère de délibération publique où les valeurs seraient débattues de manière subjective ne fait pas l'unanimité. *De facto*, les institutions politiques s'immiscent constamment dans la sphère de l'expertise¹⁸¹.

Par ailleurs, soit les méthodes d'évaluation paraissent trop ciblées et font abstraction de risques peu quantifiables, soit elles s'avèrent inefficaces en raison de leur lourdeur et de leur coût.

En outre, les experts se limitent généralement à analyser les effets directs des produits, à défaut de pouvoir évaluer leurs effets indirects. Qui plus est, les évaluations se limitent à une seule substance ou un seul produit, ce qui conduit les experts à ignorer leurs effets cumulatifs ou synergétiques, alors que le consommateur se trouve souvent exposé à un cocktail de substances chimiques¹⁸². Ainsi les impacts d'exposition des substances chimiques ne sont-ils étudiés que de manière isolée sans prendre en compte les effets additionnels (accumulation de plusieurs substances dans les tissus) ou synergétiques (effets conjugués de plusieurs substances toxiques sur un organisme). Au demeurant, des substances cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction (les agents perturbateurs endocriniens par exemple) et des polluants organiques persistants (les «

¹⁷⁸ Article 20, par. 2.

¹⁷⁹ C. E. FOSTER, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 245-249.

¹⁸⁰ N. de SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, op.cit., p. 184 et 185.

¹⁸¹ C. NOIVILLE et N. de SADELEER, "La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques", op.cit., p. 389.

¹⁸² Council conclusions on combination effects of chemical substances, 2988th Environment Council meeting, Bruxelles, 22 décembre 2009.

P.O.P. », comme le lindane) se multiplient désormais et leur interaction peut entraîner de nombreux effets délétères.

En outre, l'évaluation se focaliserait davantage sur les risques que sur les moyens de les prévenir, ce qui revient à mettre en œuvre une politique de confinement du risque – quelle quantités de substances dangereuses sont-elles assimilables ? - plutôt qu'une politique de substitution¹⁸³. Or, les mesures de restriction quant aux quantités, à la toxicité, à la dangerosité, aux usages, etc. ne parviennent certainement pas à supprimer les risques.

Qui plus est, en raison de la marge d'appréciation considérable quant à la méthodologie retenue, les experts paraissent avoir la bride sur le cou¹⁸⁴. A défaut d'encadrement réglementaire, il leur revient de déterminer le niveau de sécurité acceptable alors que cette tâche est censée revenir à des institutions jouissant d'une certaine légitimité démocratique¹⁸⁵.

Aussi les conclusions de ces études donnent-elles lieu rapidement des controverses¹⁸⁶, Comme on a pu le voir récemment avec le classement de plusieurs substances chimiques. Les exemples abondent. Alors que le [Centre international](#) de recherche sur le cancer (CIRC) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a classé la substance active Glyphosate que l'on rencontre notamment dans le pesticide Roundup dans la catégorie 2A – c'est-à-dire « *cancérogènes probables* » –, dernier échelon avant la qualification de « *cancérogène certain* », le comité d'évaluation des risques de l'ECHA a rendu le 15 mars 2017 Un avis

selon lequel la dite substance ne pouvait être classée comme cancérogène. Dans le même ordre d'idées, le classement du bisphénol A par le comité réglementaire en date du 16 juin 2017 comme substance « extrêmement préoccupante » par l'ECHA au titre du règlement REACH ne concerne que le danger que représente cette substance en soi et non pas les risques encourus par la population, question qui est au centre d'un

¹⁸³ Fortement lié au principe de précaution, mais n'apparaissant que de manière éparse dans le droit dérivé, le principe de substitution encourage les autorités à remplacer des substances nocives par des substances moins néfastes. Voy. l'article 6, par. 1, f) de la directive 89/391/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et la santé des travailleurs au travail ; l'art. 4, par. 1 de la directive 90/394/CE concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérogènes au travail ; la directive 98/24/CE concernant la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs contre les risques liés à des agents chimiques sur le lieu de travail ; article 10.5, i) de la directive 98/8/CE sur les biocides; art. 5, par. 5 et 6 de la directive 1999/13/CE relative à la réduction des émissions de composés organiques volatiles dus à l'utilisation de solvants organiques dans certaines activités et installation ; art. 1, par. 3 du règlement REACH.

¹⁸⁴ M. O'Brien, *Making Better Environmental Decisions*, Cambridge, Mass., MIT Press, 2000, p. 27.

¹⁸⁵ Voir ci-dessous.

¹⁸⁶ Menée par onze équipes différentes, les risques identifiés par des évaluations portant sur les impacts d'une substance cancérogène variaient d'un facteur d'un million. Voy. S. Contini, A. Amendola and I. Ziomas, *Benchmark Exercise on Major Hazard Analysis*, Ispra, European Commission Joint Research Center, 1991.

désaccord entre l'ANSES et l'agence de l'Union¹⁸⁷. La méthodologie retenue par les experts influence bien entendu les résultats de ces évaluations des risques.

C'est précisément en raison des imperfections de l'expertise que le principe de précaution tend à s'imposer. Sauf à le vider de tout effet utile, tant la Cour de justice que le Tribunal ont admis que l'impossibilité de mener à bien une évaluation scientifique complète des risques ne saurait empêcher l'autorité publique d'adopter des mesures préventives, si nécessaire à très brève échéance, lorsque de telles mesures apparaissent indispensables¹⁸⁸. Ainsi, « *vu l'incertitude inhérente à l'évaluation des risques posés à la santé publique, notamment par l'emploi d'additifs alimentaires* », la Cour de justice admet que « *des évaluations divergentes de ces risques peuvent légitimement être effectuées, sans nécessairement être fondées sur des données scientifiques différentes ou nouvelles* »¹⁸⁹.

Le principe de précaution doit, dès lors, être mis en œuvre par les autorités publiques dans le cadre de la phase de la gestion des risques que nous examinons ci-dessous.

3. Gestion des risques

A. Détermination du niveau de protection

Si la procédure d'évaluation des risques relève à priori de la chasse gardée des toxicologues, il revient néanmoins aux institutions de l'Union « *de fixer* », dans le cadre de l'évaluation des risques, « *le niveau de protection qu'elles estiment approprié pour la société* », c'est-à-dire le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé humaine qui ne devrait pas être dépassé¹⁹⁰.

Qui plus est, s'il leur est défendu d'adopter une approche purement hypothétique du risque et d'orienter leurs décisions à un niveau de « *risque zéro* »¹⁹¹, il n'en demeure pas moins que ce niveau de protection doit être déterminé eu égard à l'obligation découlant des articles 114, par. 3 et 168, par. 1er TFUE d'atteindre « *un niveau élevé de protection de la santé* » et à l'obligation découlant des articles 3, par. 3 TUE, 114, par. 3 et 191, par. 2 TFUE d'atteindre « *un niveau élevé de protection de l'environnement* ». Ces dispositions de droit primaire obligent en tout cas les institutions de l'Union à poursuivre une politique ambitieuse. Elles peuvent s'assimiler à une ligne de conduite destinée à guider et à inspirer le législateur sans le lier inconditionnellement¹⁹². Leur méconnaissance devrait conduire le juge à invalider l'acte.

¹⁸⁷ S. Foucart et S. Horel, « Le bisphénol A classé comme « extrêmement préoccupant » par l'Europe », *Le Monde*, dimanche 18 – lundi 19 joints 2017, p. 10.

¹⁸⁸ TPI, 11 septembre 2002, précité, *Pfizer*, aff. T-13/99, point 160 ; CJUE, 23 septembre 20003, précité, *Commission c. Danemark*, point 52

¹⁸⁹ CJUE, 2 mars 2003, C-3/00 *Danemark c. Commission*, ECR I-2643, para. 63.

¹⁹⁰ Voir, en ce sens, CJUE, 11 juillet 2000, *Toolex*, C-473/98, Rec. p. I-5681, point 45 et TPI, 11 septembre 2002, *Alpharma*, précité, point 164 ; Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 145 ; 9 septembre 2011, *Dow AgroSciences e.a./Commission*, T-475/07, EU:T:2011:445, point 148

¹⁹¹ Trib., 11 septembre 2002, précité, *Pfizer*, aff. T-13/99, point 145.

¹⁹² D. Misonne, *Droit européen de l'environnement et de la santé. L'ambition d'un niveau de protection élevé*, LGDJ, Anthémis, 2011.

Ainsi, la détermination du niveau de risque jugé inacceptable comporte-elle pour les institutions de l'Union l'obligation de définir préalablement des objectifs politiques en termes de sécurité dans un sens bien précis : celui du renforcement et non de la dégression. En bref, le niveau de protection « élevé » doit d'emblée être fixé par les institutions, ou, à défaut, par les autorités nationales.

B. La prise de décision au regard du niveau d'acceptation du risque

La gestion des risques, à l'aune du principe de précaution, poursuit en tout cas un objectif. Le principe “*impose à l'autorité publique de gérer un risque dépassant le niveau de risque jugé acceptable pour la société de manière à le circonscrire audit niveau [...]. La gestion du risque par l'adoption de mesures appropriées visant à assurer un niveau élevé de protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement correspond donc à l'ensemble des actions entreprises par une institution afin de faire face à un risque de manière à le circonscrire à un niveau acceptable*”¹⁹³. Comme il n'y aurait donc pas d'alternative entre le risque et l'absence de risque, l'enjeu serait de tracer la ligne de démarcation entre ce qui relève de l'acceptable et de l'inacceptable pour la société¹⁹⁴. Ce choix est rendu nécessaire car les procédures d'évaluation, on l'a dit, ne permettent pas toujours d'obtenir toute la certitude scientifique sur les impacts suspectés et que la possibilité d'éradiquer tout risque - thèse dite du « risque zéro » - demeure controversée¹⁹⁵. Dans ce contexte, il revient aux pouvoirs publics de prendre les décisions qui s'imposent pour ramener les risques au niveau qui leur paraît admissible, conformément au principe d'un haut niveau de protection de la santé¹⁹⁶.

Malgré ses mérites, la notion d'acceptabilité du risque telle qu'énoncée par la jurisprudence est particulièrement floue, ce qui offre aux institutions, voire aux Etats membres une latitude considérable. Il en va de même du droit dérivé dans la mesure où plusieurs règlements imposent de s'en tenir à des niveaux de protection relativement vagues, tels un haut niveau de protection, l'absence de risques inacceptables¹⁹⁷, l'absence de risques pour la santé, etc.

Il arrive parfois que les objectifs de la gestion des risques soient mieux affirmés, ce qui

¹⁹³ Trib., 28 septembre 2007, *France c Commission*, T-257/07, point 211.

¹⁹⁴ C. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, Paris, PUF, p. 3.

¹⁹⁵ Certaines juridictions estiment que le niveau de risque zéro est inatteignable. Voy. TPI, 11 septembre 2002, *Alpharma*, Rec. p. II-3495, point 166; 11 septembre 2002, *Pfizer*, précité, point 145; *Solvay Pharmaceuticals*, aff. T-392/02, point 130. En revanche, d'autres juridictions estiment qu'un tel niveau peut être atteint de manière exceptionnelle. En ce sens : Cour EFTA, *EFTA Authority c. Norvège*, aff. E-3/00, point 23; Organe d'appel du règlement des différends de l'OMC, *CE- Hormones*, point 187. Par le passé, la Cour de justice a validé des mesures particulièrement strictes éliminant tout risque. Voy. CJUE, 1984, *Melkumie*, aff. 97/83, Rec. 2367, point 15; 24 octobre 2002, *Walter Hahn*, aff. C-121/00, Rec. p. I- 9193, point 31.

¹⁹⁶ Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, point 145.

¹⁹⁷ Point 61 de l'annexe VI de la directive 98/8/CE concernant la mise sur le marché des produits biocides, précité.

pourrait renforcer le contrôle juridictionnel¹⁹⁸. Ainsi, en vertu du règlement n° 1107/2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, les résidus des produits phytopharmaceutiques ne doivent pas avoir « *d'effet nocif sur la santé des êtres humains, y compris les groupes vulnérables, ou sur la santé des animaux, compte tenu des effets cumulés et synergiques connus ou sur les eaux souterraines* »¹⁹⁹. En outre, le produit phytopharmaceutique ne peut être mis sur le marché que s'il ne « *provoque ni souffrances ni douleurs inutiles chez les vertébrés à combattre* » et s'il « *n'a pas d'effet inacceptable sur l'environnement* »²⁰⁰.

Une fois le niveau d'acceptabilité du risque établi, l'évaluation finalisée, l'autorité est appelée à le « gérer ». Dans le cadre de dispositifs d'harmonisation prévoyant des régimes d'autorisation, elle peut soit autoriser, soit rejeter la demande d'autorisation de mise sur le marché (ci-après « AMM ») ou l'inscription de la substance ou du produit sur une liste, voire, le cas échéant, réglementer l'utilisation du produit destiné à être commercialisé²⁰¹. Ce faisant, elle doit mettre en balance de nombreux intérêts consacrés tant par le droit primaire que par le droit dérivé²⁰². La décision qu'elle prend relève à ce stade de la « *gestion des risques* », qui s'entend comme la détermination d'un niveau de risque acceptable par l'autorité décisionnelle sur la base des résultats de l'évaluation scientifique.

C. La prise en compte des avis scientifiques

Alors que les réglementations sont relativement précises quant aux méthodes d'évaluation des produits et les substances destinées à être mises sur le marché, elles restent en revanche à peu près muettes sur la manière de « gérer » les risques. La décision finale doit-elle se plier aux résultats des expertises ? Les crises sanitaires qui ont ébranlé le landerneau européen à la fin des années quatre-vingt-dix ont montré à quel point il était difficile de répondre à cette question et, partant, d'articuler l'expertise scientifique et la décision. On le sait, les controverses scientifiques renvoient rapidement à des controverses sociales, voire politiques, sur le niveau de risque acceptable²⁰³. Aussi

¹⁹⁸ Pour un exemple récent en ce qui concerne l'inscription d'une substance à risqué sur une liste "positive", voy. TPI, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, aff. T-229/04, Rec. p. I-2437.

¹⁹⁹ Article 4, par. 2.

²⁰⁰ Article 4, par. 3, d) et e).

²⁰¹ N. de SADELEER, « Procédures de mise sur le marché des substances chimiques, des produits phytopharmaceutiques et des OGM », in C. Huglo et G. Trebule (coord.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 219-250.

²⁰² On observera que les juridictions de l'Union reconnaissent que la protection des consommateurs relève de la mise en balance des intérêts. Voy. CFI, 2003, aff. T-344 & 345/00, *LEVA & Pharmacia Enterprises v. Commission*, point 66.

²⁰³ Sur la difficulté de trouver un équilibre entre la rigueur scientifique et la nécessité, dans un contexte d'incertitude, d'intervenir en vue de préserver l'intérêt général, voy. N. de SADELEER, "The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law », op.cit., pp. 139-172.

plusieurs actes de droit dérivé soulignent-ils le fait que la décision ne peut être le pur décalque des résultats scientifiques²⁰⁴.

Quelle est la marge de manœuvre de l'autorité décisionnelle ? Sa décision s'appuie généralement sur des avis rendus par des agences, telles l'ECHA pour les substances chimiques tombant sous le coup du règlement REACH et l'EFSA s'agissant de la sécurité alimentaire. Ces avis scientifiques occupent une place de première ordre dans le processus décisionnel. En effet, le Tribunal oblige l'institution souhaitant s'écarter de l'avis "*de motiver spécifiquement son appréciation par rapport à celle exprimée dans l'avis*", cette motivation devant "*être d'un niveau scientifique au moins équivalent à celui de l'avis en question*"²⁰⁵. Dans la mesure où la Commission ne dispose pas d'une expertise scientifique du même acabit que celle des agences précitées²⁰⁶, il ne lui est guère aisé de justifier sur un plan scientifique une proposition qui s'écarterait sensiblement d'un de leurs avis²⁰⁷. Ceci explique que cette institution a tendance à suivre, en ce qui concerne les règles de sécurité alimentaire, les avis rendus par l'EFSA.

Cela étant dit, rien n'empêche la Commission d'interpréter l'avis scientifique dans le sens d'une protection renforcée. S'agissant du contrôle de la légalité d'une mesure d'éradication d'un risque phytosanitaire, la Cour de justice fit observer que l'EFSA n'était pas parvenu à démontrer dans son avis l'existence d'un lien de causalité certain entre la bactérie *Xylella fastidiosa* et le dessèchement rapide des oliviers dans la Région des Pouilles. Toutefois, dans la mesure où l'autorité alimentaire avait mis en évidence « *une corrélation significative entre cette bactérie et l'occurrence d'une telle pathologie* », la Commission européenne pouvait fonder sa mesure sur cet avis scientifique en raison des incertitudes scientifiques qui subsistaient quant à la propagation de cette pathologie²⁰⁸.

Hormis cette obligation de motiver la décision communautaire eu égard aux avis spécifiques, les textes normatifs n'en disent guère davantage sur ce à quoi renvoie

²⁰⁴ Articles 3, par. 12 et 6, par 3, ainsi que considérant 19 du règlement "sécurité alimentaire"; art. 7, par. 1er du règlement 1829/2003 du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés, JO, n° L 268, 18 octobre 2003. Voy. C. Pintado, « La valeur juridique des avis de l'EFSA » in E. Van Nieuwenhuyze & C. Verdure (éds.), *Actualités en droit alimentaire*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 173 et s.

²⁰⁵ TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, précité, point 199.

²⁰⁶ Les actes adoptés par ces différentes agences peuvent-ils faire l'objet d'un contentieux en annulation ? La situation est contrastée. Alors que certaines décisions adoptées l'ECHA en matière d'évaluation des dossiers peuvent faire l'objet de recours auprès d'une chambre de recours et ensuite auprès du Tribunal (voy. les articles 91 à 94 du Règlement REACH), les avis rendus par l'AESA, ne peuvent être assimilés à des actes tombant sous le coup de l'article 263 TFUE. Il s'agit là d'actes préparatoires n'ayant pas pour effet de produire des effets juridiques obligatoires à l'égard des tiers (Trib., ordonnance du 17 juin 2008, *FMC Chemical et Arysta Lifesciences c. EFSA*, aff. T-311/06, points 67 et 68; ordonnance du 17 juin 2008, *Dow AgroSciences c. EFSA*, points 59 et 60). Cela dit, lorsque les avis scientifiques de l'AESA sont viciés, leur illégalité se répercute sur les décisions subséquentes prises par la Commission, lesquelles sont soumises à un contrôle juridictionnel.

²⁰⁷ A. ALEMANO et S. MAHIEU, « The EFSA before the European Courts », *E.F.&F.L.R.*, 2008, n° 5, p. 325 ; M. LEE, *EU Regulation of GMOS*, Cheltenham, Elgar Pub., 2008, p. 86.

²⁰⁸ CJUE, 9 juin 2016, *Pesce*, C-78/16 et C-79/16, C:2016:42, point 60.

exactement la gestion des risques. Il en résulte qu'à quelques exceptions près, la marge d'appréciation qui est réservée aux autorités décisionnelles par rapport aux résultats de l'évaluation paraît *a priori* extrêmement large.

CONCLUSIONS

En matière d'environnement, tout est devenu affaire de temps : le temps que l'on ne peut plus perdre, le temps que l'on ne parviendra pas à récupérer, le temps que l'on ne peut encore prédire ... Or, un changement de temps doit se traduire par un changement de ton ! Et le principe de précaution marque de manière symbolique ce passage. Il fait de la prudence une composante essentielle de toute politique, ce que les auteurs anglo-saxons traduisent par les termes : "*policy for action in the face of uncertainty*".

Conçu pour faire obstacle à des situations irréversibles, ce principe va donc inviter l'autorité à agir ou à s'abstenir en cas d'incertitude. Il doit en tout cas l'inciter à retarder, voire même à abandonner son action dès que celle-ci est soupçonnée d'avoir des conséquences graves pour la protection de l'environnement et cela même si les soupçons qui pèsent sur elle ne sont pas entièrement étayés sur le plan scientifique. De manière inverse, il doit aussi accélérer l'adoption des décisions destinées à assurer une meilleure protection de l'environnement même si leur bien-fondé ne fait pas l'unanimité parmi les experts. Le principe s'inscrit en tout cas dans une perspective dynamique et non pas statique. Les décisions prises sous l'égide de la précaution devraient être considérées comme révisables : il faut pouvoir interdire ce qui a été autorisé de même qu'il faut pouvoir desserrer le corset de protection adopté lorsque les craintes se dissipent en raison de l'amélioration de l'information. Les décisions de nature irréversible se trouvent donc à l'antipode du principe de précaution. Remodelant l'essence même de la norme, sa mise en oeuvre dépasse largement la simple procéduralisation de la prise de décision, même si cette démarche permet de confronter les différents points de vue et intérêts.

Alors que la certitude du risque fait appel à une attitude de prévention, son incertitude requiert la précaution. Bien qu'il permette de distinguer les deux approches, ce critère masque pourtant mal les rapports ambigus qui se nouent entre les deux principes. S'il est exact que la précaution se situe dans le prolongement naturel de la prévention, elle est pourtant bien plus qu'une simple variante de celle-ci. C'est à la fois une différence de degré et de nature qui opposent les deux principes. Une différence de degré en ce que le nouveau principe pousse toujours plus loin la prévention dans l'espoir de rattraper l'éternel retard de la décision sur la maîtrise du risque. Institutionnalisant la prudence à un niveau encore jamais atteint, il forme un jalon supplémentaire dans la lutte contre les menaces qui pèsent sur l'environnement. Une différence de nature aussi parce que le principe de précaution transforme le doute en une certitude possible et, partant, conforte l'action des pouvoirs publics lorsque ceux-ci sont confrontés à de l'incertain. Il va de la sorte remodeler de manière parfois substantielle les mesures de police sur lesquelles s'appuie la politique de

l'environnement. Tel est notamment le cas des procédures d'évaluation des risques qui sont appelées à mieux intégrer l'incertitude. De même, le principe peut rénover la faute en matière de responsabilité civile et assouplir en droit judiciaire la règle *Actori incumbit probatio*. C'est à juste titre que l'on peut donc parler de changement de paradigme sur le plan juridique.

La mise en oeuvre du principe de précaution présente aussi des difficultés qui, pour être identiques dans les différents ordres juridiques étudiés ci-dessus, n'en sont pas moins sérieuses. Ne déterminant pas le degré de prudence nécessaire pour se protéger du risque, son application dépendra en fait de la gravité potentielle des dommages et de la probabilité de leur occurrence. Or, la perception de ces données est dans une large mesure subjective. Un danger qui est grave pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre. En outre, l'élimination définitive du risque — ou le "risque zéro" — relève de l'utopie car celui-ci demeure inhérent à nos activités. Il est à la fois présent et absent dans toute chose, il est infiniment petit comme il peut être infiniment grand. Interprété de manière trop radicale, le principe de précaution pourrait sacrifier l'innovation à la sécurité. Des garde-fous devraient donc être mis en place. Ceux-ci reviendraient, notamment, à exiger que les suppositions scientifiques présentent un minimum de consistance; mais que l'on se garde de pousser trop loin ces exigences car elles auraient alors pour effet de vider le principe de sa substance.

Le chemin qui reste à parcourir avant de voir éclore les premières manifestations du principe de précaution dans le droit positif, semble à première vue parsemé d'embûches tant les systèmes juridiques s'appuient plus sur des certitudes que sur des probabilités. Au grand dam de la sécurité juridique, va-t-il pousser les autorités à contraindre au nom d'enjeux encore hypothétiques et à exiger l'indemnisation de dommages encore incertains ? L'occasion nous a pourtant été donnée d'observer tout au long des développements de la troisième section, que la plupart des réformes préconisées au titre de la précaution se manifestent d'ores et déjà, par bribes, dans les textes normatifs. Ce mouvement est sans aucun doute appelé à s'amplifier dans la mesure où le système juridique devra nécessairement s'adapter à la nécessité d'anticiper les risques écologiques.

Puisque l'heure des certitudes est désormais révolue, la précaution devrait prendre le pas sur la prévention. Si l'on place beaucoup d'espoir aujourd'hui dans ce nouveau principe, il faut bien se garder de croire qu'il va chasser celui de la prévention du revers de la main. Celui-ci reste plus que jamais d'actualité dans la mesure où la plupart des atteintes à l'environnement ne sont pas attribuables à un manque de prévision. Si nos connaissances de l'état de l'environnement ont indiscutablement progressé dans le courant de ces deux dernières décennies et ont permis de lever le doute sur l'origine de nombreuses agressions, le politique n'a malheureusement pas toujours été capable d'en déduire toutes les mesures qui s'imposaient. N'est-il d'ailleurs pas navrant de voir les autorités poursuivre des

politiques dont elles connaissent pertinemment bien les effets préjudiciables pour le milieu ? L'avènement de la précaution ne devra donc pas faire oublier que la bataille est loin d'être gagnée du côté de la prévention.

CONCLUSIONS DE LA PREMIERE PARTIE

Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution sont en tout cas bien présents dans le droit positif puisqu'ils suscitent à la fois l'apparition de nouveaux instruments juridiques et l'adaptation à des fins protectrices de mécanismes qui ne sont pas nécessairement propres au droit de l'environnement. En étant convié sur le terrain de la responsabilité civile, ils ont tous les trois montré qu'ils pouvaient chacun à leur manière façonner cette institution juridique relativement classique. La diversité de leur application est en tout cas frappante puisque des normes extrêmement disparates, allant du droit administratif au droit civil, se revendiquent d'eux. Le principe du pollueur-payeur se traduit par des aménagements apportés à la fois aux aides d'état, à la fiscalité environnementale, à la gestion des fonds d'indemnisation et à la responsabilité civile. L'on retrouve le principe de précaution aussi bien dans les conventions sur la pollution marine que dans les directives concernant la biotechnologie. Or, c'est précisément la caractéristique d'un principe juridique que de pouvoir s'appliquer à une multitude de cas.

Bien qu'ils se rattachent à des modèles distincts, les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution ont plutôt tendance, en garantissant une protection efficace du milieu, à converger vers un objectif commun. Même s'ils peuvent parfois déboucher sur des solutions contradictoires, ils sont interdépendants. Pour cette raison, il convient de les appréhender non pas en termes d'opposition mais bien d'interaction. L'un ne va d'ailleurs pas sans l'autre et il n'est d'ailleurs pas rare qu'ils se cotoient au sein d'une même réglementation. Autant le principe de précaution réclame la présence de la prévention, autant cette dernière implique le maintien du principe du pollueur-payeur. Une politique préventive qui ne serait plus financée au titre du principe du pollueur-payeur serait en effet vouée à l'échec. Moyennant quelques ajustements, des techniques préventives comme celles du seuil et de l'évaluation des incidences peuvent également servir des fins anticipatives. De même, le principe du pollueur-payeur est susceptible de revêtir tant une dimension préventive (par exemple, une taxe dont le montant est élevé) qu'anticipative (par exemple, le cas d'une taxe au montant dissuasif qui frappe une activité alors que ses conséquences nocives demeurent controversées).

Ces principes appartiennent en tout cas à des concepts dont la compréhension semble aller de soi mais qui ont tendance à se dérober au fur et à mesure que l'on cherche à les définir. Qu'il s'agisse du pollueur-payeur où l'on est passé d'une internalisation partielle à une internalisation globale, ou de la précaution qui tend à recouvrir des risques de plus en plus incertains, l'on a pu apercevoir le caractère évolutif de leur contenu. Aussi est-il possible de conclure qu'ils comportent tous les trois des notions nébuleuses, protéiformes,

maniabiles et que, pour cette raison, leur mise en oeuvre ne va pas sans peine. Dévoilant les difficultés d'interprétation et d'application qu'ils suscitent dès qu'ils sont appelés à intégrer le droit positif, cette première partie de l'étude aura au moins eu le mérite de remettre en cause leur apparente simplicité.

Il paraît donc crucial de les aiguillonner dans le sens d'une plus grande rigueur, ce qui se justifie d'autant plus par la reconnaissance d'un droit à la protection de l'environnement, lequel donne précisément pour mission aux autorités publiques de tout mettre en oeuvre pour que l'environnement soit protégé. Aussi, le principe de précaution ne devrait-il pas s'embarrasser de trop de limitations, le principe du pollueur-payeur devrait-il être envisagé dans une dimension résolument préventive et le principe de prévention devrait-il favoriser l'adoption des instruments les plus efficaces à garantir la protection du milieu.

Enfin, il va sans dire que cette présentation théorique ne reflète que partiellement la réalité. La consécration d'un principe juridique ne devient effective que dans la mesure où des changements significatifs sont opérés dans le droit positif. Si beaucoup d'espoirs sont mis aujourd'hui dans le principe de précaution, encore faut-il rappeler que les principes du pollueur-payeur et de prévention n'ont pas encore véritablement réussi à pénétrer les systèmes juridiques, comme l'atteste l'accroissement des problèmes écologiques. L'on pourrait certes dénoncer l'hypocrisie qu'il y a de la part des institutions internationales et des Etats à proclamer avec solennité des principes qu'ils se gardent bien d'appliquer. Le chemin qui reste à parcourir pour assister à l'émergence de politiques environnementales véritablement guidées par des principes d'orientation semble, lorsque l'on connaît la réalité, encore bien long.