

La prise en compte de l'incertitude par la Cour de justice de l'EU à l'aune du principe de précaution

Nicolas de SADELEER¹

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis, chaire Jean Monnet

RÉSUMÉ. — La prise en compte de l'incertitude ne constitue pas un obstacle à la prise de décision par les institutions de l'Union et, le cas échéant, par les autorités étatiques lorsque la matière a été harmonisée. Ainsi les applications du principe sont nombreuses. Il se trouve tour à tour invoqué dans des matières aussi diverses que les additifs alimentaires, les produits chimiques, les déchets dangereux, voire la pêche, lesquelles sont souvent en proie à l'incertitude. On examine ici, à la lumière d'affaires tranchées récemment tant par le tribunal de l'UE que par la Cour de justice, l'étendue du contrôle juridictionnel de la légalité de mesures de précaution.

MOTS-CLÉS. — REACH – contrôle – déchets – nature

INTRODUCTION

De manière schématique, la précaution empêche que l'on retarde l'adoption de mesures de protection de l'environnement en prétextant de la nature encore incertaine des risques incriminés. De manière inverse, elle condamne la précipitation en incitant à retarder l'exécution des projets dont les risques n'auraient pas été suffisamment identifiés. Tirant parti du fait que la science n'est plus porteuse de « vérités », le principe de précaution a non seulement fait couler beaucoup d'encre, mais a également déchaîné des controverses passionnées.

Le principe de précaution a reçu ses lettres de noblesse très tardivement en droit de l'UE. Alors qu'il fut consacré en tant que principe général de la politique internationale de l'environnement dès 1992 lors de la conférence onusienne de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement, il fallut attendre l'adoption du traité de Maastricht

¹ L'auteur remercie M^{me} M. Durdu pour ses corrections.

pour qu'il soit porté sur les fonts baptismaux de l'ordre juridique communautaire et rejoigne de la sorte les autres principes du droit de l'environnement.

Mentionné à l'article 191, paragraphe 2 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) – disposition qui énonce les principes devant fonder l'action de l'Union européenne en matière de protection de l'environnement – le principe de précaution n'a pas pour autant été défini par les auteurs du traité alors que les définitions abondent en droit international de l'environnement. La doctrine s'est dès lors demandé s'il s'agissait d'un principe sectoriel applicable à la seule politique de l'environnement ou d'un principe général de droit communautaire et s'il était applicable uniquement aux institutions communautaires. Elle a également débattu la question de savoir si ce principe pouvait être invoqué par les États membres pour justifier des mesures constitutives d'entraves techniques à la libre circulation des marchandises.

Quant à ses modalités d'application, de nombreuses questions sont restées longtemps sans réponses. Faut-il conjurer un risque grave, significatif, irréversible ? L'adoption d'une mesure de précaution requiert-elle un minimum d'indices quant à la consistance du risque soupçonné ou bien l'autorité publique se trouve-t-elle affranchie de tout élément de preuve lorsqu'elle est confrontée à un risque ?

Si les juristes ont longtemps ferrailé sur ces questions, la jurisprudence des juridictions communautaires est parvenue à étendre le champ d'application du principe de précaution à toutes les politiques qui sont confrontées à l'incertitude scientifique. Elle a aussi apporté des précisions fort utiles sur les modalités d'application dudit principe, dans le domaine de la santé notamment. Il ne pourrait être question ici de broser, même à gros traits, la place que le principe de précaution occupe désormais dans la jurisprudence de la CJUE. L'on se limitera à commenter les enseignements de récents arrêts rendus par le Tribunal et la Cour de justice, lesquels ont précisé à la fois son statut et ses modalités d'application. Ces enseignements jurisprudentiels sont essentiels pour appréhender les droits et les obligations des autorités tant nationales que communautaires qui interviennent dans différents domaines en proie à l'incertitude scientifique.

Notre exposé se divise en deux parties. La première traite brièvement du statut juridique et de la portée du principe en droit primaire et en droit dérivé². Ensuite, à la lumière d'enseignements jurisprudentiels récents dégagés en rapport avec le contrôle de légalité des actes de l'Union et de certains contentieux préjudiciels, la seconde partie met en exergue les balises que les autorités décisionnelles – de l'Union européenne et nationales – doivent suivre lorsqu'elles adoptent des mesures de protection sanitaire et environnementale dans un contexte d'incertitude.

² Nous renvoyons le lecteur à notre contribution, « Le principe de précaution dans le droit de l'UE », *Rev. fr. dr. admin.*, 2017, n° 6, p. 1-28.

I. — STATUT JURIDIQUE DU PRINCIPE EN DROIT DE L'UNION

A. — Un statut juridique polycéphale

S'agissant du statut juridique de ce principe, il convient de distinguer le droit « primaire » ou « général », lequel s'articule autour d'un ensemble de normes de nature quasi-constitutionnelle insérées dans les Traités fondateurs, du droit « secondaire » ou « dérivé » qui est composé d'une kyrielle d'actes unilatéraux à portée obligatoire, dont l'adoption est subordonnée au respect des règles de droit primaire (procédures afférentes au choix des bases juridiques, objectifs assignés à chaque politique, respect des droits économiques). À cela, il faut ajouter le droit mou que nous évoquerons aussi.

Hormis le cas de la politique environnementale, aucune autre disposition du TFUE 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 cas³ alors que la Cour de justice paraît plus réservée.

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.

La définition jurisprudentielle retenue est celle de l'arrêt *National Farmers' Union* rendu par la Cour de justice dans l'affaire de l'épizootie encéphalopathie spongiforme bovine. Selon la Cour « 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 »⁴. 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... »⁵.

En outre, dans son arrêt *Neptune Distribution*, la juridiction 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 »⁶.

La définition retenue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est favorable aux pouvoirs publics, dans la mesure où elle n'exige pas de leur part la démonstration d'un

³ TPI, 26 nov. 2002, *Artegodan*, aff. T-74, 76, & 83/00 à T-85, 132, & 137/00 et T-141/00 [2002] T:2002:283, point 184 ; TPI, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals*, aff. T-392/02, points 121 et 122 ; Trib. UE, 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, aff. T-74/00, T:2013:167, point 133.

⁴ CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, *Rec.*, p. I-2211, point 63 ; Ord., 12 juillet 1996, *Royaume Uni c. Commission*, aff. C-180/96, *Rec.* p. I-2265, point 99 ; 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/01, point 111.

⁵ *Ibid.*, point 64.

⁶ V. not. CJUE, 17 déc. 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14, EU:C:2015:823, points 81 et 82.

dommage grave, significatif ou irréversible,⁷ ne limite pas la durée des mesures, n'exige pas une analyse coûts-bénéfices⁸, n'interdit pas l'adoption de moratoires ou d'autres mesures restrictives, et n'impose pas le recours à une forme spécifique d'évaluation⁹.

On observera que peu de normes d'harmonisation se réfèrent expressément au principe de précaution, même si ce dernier est souvent invoqué dans le préambule de certains actes. Certes, le droit sur les OGM constitue un terrain d'élection pour sa mise en œuvre¹⁰. Comme on l'observera par la suite, la définition la plus achevée se trouve à l'article 7 du règlement sur la sécurité alimentaire.

À l'instar du droit international, un droit « doux » ou « assourdi » prenant la forme de communications tend à se définir la portée du droit primaire et dérivé. *A priori*, il s'agit d'actes dépourvus de force contraignante puisqu'ils ne figurent pas dans la nomenclature des actes communautaires dotés de cette caractéristique (art. 288 TFUE). Toutefois, la Cour de justice a admis que de tels instruments pouvaient, le cas échéant, engendrer des effets juridiques dès lors que l'auteur de l'acte en manifestait clairement l'intention. La Commission a adopté 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 l'utilité. Aussi le principe devrait-il engendrer un surcroît d'expertise, le moratoire n'étant qu'une modalité de la gestion des risques. Ensuite, au mois de décembre 2000, le Conseil des ministres a adopté à Nice une résolution avalisant dans les grandes lignes les options retenues par la Commission. Même si cette communication n'a pas pour effet de contraindre les institutions de l'Union à agir dans un sens déterminé, elle revêt néanmoins une importance considérable dans le contentieux. On

⁷ En vertu de l'article 5 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} 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 ».

⁸ Quant à une telle exigence liée au principe de proportionnalité, v. TPI, 11 sept. 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 468. En vertu du point 6.3.4 de la communication sur le principe de précaution intitulé « Examen des avantages et des charges résultant de l'action ou de l'absence d'action », « une comparaison entre les conséquences positives ou négatives les plus probables de l'action envisagée et celles de l'inaction en termes de coût global pour l'[Union], tant à court terme qu'à long terme » est requise. Ainsi, l'examen des avantages et des charges ne peut pas se réduire seulement à une analyse économique coût/bénéfice ; il est plus vaste dans sa portée, intégrant des considérations non économiques. Pour le tribunal, il découle de la communication en question que l'autorité appliquant le principe de précaution jouit d'une marge d'appréciation considérable quant aux méthodes d'analyse. Rien n'empêche que d'autres intérêts soient reconnus comme majeurs par rapport aux considérations économiques. Trib. UE, 17 mai 2018, *Bayer CropScience AG*, aff. T-429/13 et T-451/13, EU:T:2018:280, point 459. Sur les enjeux des analyses économiques coût/bénéfice V. N. de Sadeleer, *Environmental Principles*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 299-301.

⁹ V. 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.

¹⁰ 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).

observera que les juridictions de l'Union ainsi que la Cour AELE prennent pour argent comptant les critères énoncés dans cette communication¹¹.

B. — Champ d'application du principe

1. Champ d'application matériel

Tout d'abord, les juridictions de l'Union ont rapidement étendu sa portée. Ainsi, le champ d'application du principe de précaution est nettement plus vaste que celui qui lui avait été réservé à l'origine par les auteurs du Traité de Maastricht. D'emblée, le domaine de la protection de la santé est apparu comme un point d'ancrage du principe de précaution : d'une part, les objectifs de la politique de l'environnement englobent ceux de la protection de la santé (art. 191, § 1^{er} TFUE) alors que, d'autre part, un niveau élevé de protection de la santé humaine doit être assuré dans toutes les politiques et actions entreprises par l'Union européenne (art. 168 TFUE). Pour la Cour, le principe de précaution a vocation à s'appliquer lorsque les institutions de l'Union adoptent des mesures de protection de la santé humaine¹². 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 »¹³, cet intérêt public péremptoire prime les intérêts économiques¹⁴.

Le principe de précaution revêt donc un champ d'application plus vaste que celui de la politique environnementale. Aussi doit-il se combiner avec un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, à l'ensemble des domaines d'action de la Communauté¹⁵. En effet, l'exigence de poursuivre un niveau élevé de la protection des consommateurs¹⁶, de l'environnement¹⁷ et de la santé¹⁸, de même que les différentes clauses d'intégration que comporte le traité dans le domaine de la protection de l'environnement¹⁹ et de la santé²⁰, justifient l'extension de son champ d'application²¹. De la

¹¹ CJUE, 1 avril 2004, *Bellio F.lli*, aff. C-286/02, EU:C:2004:212, point 59 ; TPI, arrêt *Pfizer*, précité, point 123 ; Trib. UE, *Du Pont de Nemours*, précité, 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.

¹² CJUE, 22 déc. 2010, *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, aff. C-77/09, EU:C:2010:803, point 72.

¹³ CJUE, 10 nov. 1994, *Ortscheit*, aff. C-320/93, *Rec.*, p. I-5243, point 16 ; CJUE, 11 juil. 2000, *Kemikalinspektionen et Toolex Alpha*, aff. C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, point 38.

¹⁴ CJUE, 12 juil. 1996, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903 ; CJUE, 17 juil. 1997, *Affish*, aff. C-183/95, *Rec.*, p. I-4315, points 43 et 57. V. TPI, 13 juil. 1996, *Pfizer*, T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815.

¹⁵ CJUE, 2 déc. 2004, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-41/02, point 45 ; 12 juil. 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. C-154/04 et C-155/04, point 68 ; arrêt, *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, précité, points 71 et 72 ; 1^{er} octobre 2019, *Blaise*, aff. C-616/17, EU:C:2019:800, point 41.

¹⁶ Art. 114, §3 et art. 169, §1 TFUE ; art. 38 Ch. dr. fond. UE.

¹⁷ Art. 114, §3 et art. 191, §2 TFUE ; art. 35 Ch. dr. fond. UE.

¹⁸ Art. 114, §3 et art. 168, §1 TFUE ; art. 36 Ch. dr. fond. UE.

¹⁹ Art. 11 TFUE.

²⁰ Art. 168, §1 TFUE.

²¹ TPI, 11 janv. 2002, *Biret international*, aff. T-174/00, EU:T:2002:2, point 183. Sur les clauses d'intégration, V. N. de Sadeleer, *Commentaire Mégret Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2010, p. 23-36.

sorte, on impose aux autorités, qu'elles soient communautaires ou nationales, une démarche de prudence.

2. Champ d'application personnel

Si le principe de précaution consacré dans le TFUE n'a pas d'effet direct en droit interne²², les États membres sont tenus de le respecter lorsque leur réglementation tombe sous le coup du droit de l'Union.

La CJUE a d'ailleurs jugé dans l'affaire *Blaise* que, dans la mesure où les dispositions du règlement n° 1107/2009 sur les pesticides se fondent sur le principe de précaution, celles-ci « n'empêchent pas les États membres d'appliquer ce principe lorsqu'il existe une incertitude scientifique quant aux risques concernant la santé humaine ou animale ou l'environnement que représentent les produits phytopharmaceutiques devant être autorisés sur leur territoire »²³.

Quand bien même il 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'Union²⁴, il revient aux États membres d'interpréter les règles de droit dérivé à la lumière des principes consacrés par les traités fondateurs et, le cas échéant, ceux qui sont consacrés par le droit dérivé.

Au demeurant, la seconde partie de notre analyse met en évidence la valeur interprétative que revêt le principe dans une série de domaines. Aussi les juridictions nationales n'hésitent-elles pas à interroger à titre préjudiciel la Cour de justice sur la portée du principe dans une matière spécifique.

C. — Caractère contraignant du principe

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'Union et, partant, aux États membres lorsqu'ils interviennent dans la sphère communautaire²⁵. Il s'ensuit que les actes de droit dérivé lui sont subordonnés. Épousant ce raisonnement, la CJUE a jugé dans l'affaire *Blaise* que :

« Il incombe donc au législateur de l'Union, lorsqu'il adopte des règles régissant la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques, telles que celles énoncées par le règlement n° 1107/2009, de se conformer au principe de précaution, en vue notamment d'assurer, conformément à l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi

²² Concl. avocat général Lens sous CJUE, 14 juil. 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, *Rec.*, p. I-3453, point 58.

²³ CJUE, arrêt *Blaise*, précité, point 44.

²⁴ CJUE, 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. C-14/83, *Rec.*, p. 1891, point 26 ; 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, point 8.

²⁵ 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 est pourtant revenu 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... » (TPI, arrêt *Artgodan*, précité, point 184 ; Trib. UE, arrêt *Du Pont de Nemours*, précité, point 134).

qu'à l'article 9 et à l'article 168, paragraphe 1, TFUE, un niveau élevé de protection de la santé humaine »²⁶.

Comme l'a souligné l'avocate générale Eleanor Sharpston dans cette affaire, « un recours en annulation peut donc être formé sur le fondement du principe de précaution en vue d'attaquer un acte jugé trop restrictif par opposition à un acte jugé n'être pas suffisamment restrictif »²⁷.

Cette exigence n'empêche toutefois pas les institutions de jouir d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'elles doivent régler dans un contexte d'incertitude²⁸. Le principe de précaution n'est pas unique. En effet, la nécessité pour les institutions de l'UE de mettre en balance plusieurs objectifs et principes, ainsi que la complexité de la mise en œuvre de critères pertinents, ont pour effet de limiter le contrôle juridictionnel au point de savoir si le législateur de l'Union, en adoptant l'acte litigieux, a commis une erreur d'appréciation manifeste²⁹. Toutefois, la souplesse qui est inhérente à la notion même de *principe* n'autorise pas pour autant les institutions à l'écarter sans dûment motiver son exclusion.

Il n'en demeure pas moins que les différentes chambres du Tribunal et de la Cour de justice éprouvent des difficultés à s'entendre sur la portée contraignante du principe.

D'un côté, le principe de précaution fut défini comme « un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ses intérêts sur les intérêts économiques »³⁰.

D'un autre côté, le Tribunal de l'UE a jugé plus récemment que le principe ne peut être interprété « en ce sens qu'une institution de l'Union est tenue, sur le fondement de ce principe, d'adopter une mesure précise, telle que le refus d'une autorisation de mise sur le marché.... S'il est vrai que ce principe peut justifier l'adoption d'une mesure restrictive par une institution, il n'en reste pas moins qu'il ne l'impose pas »³¹. Bien entendu, la portée de cet attendu doit être comprise à la lumière de la disposition législative en cause, à savoir l'article 60, § 4 du règlement REACH, laquelle ne poursuit pas une protection sanitaire et environnementale absolue³².

D. — Degré d'incertitude requis pour mettre en œuvre du principe

Si le principe de précaution dicte au décideur une attitude à contrer les risques, doit-il pour autant le forcer à adopter une mesure préventive dès qu'un risque est suspecté ? Il est incontestable, au regard du libellé des définitions de droit international, que le principe couvre tantôt des risques graves, tantôt des risques significatifs, tantôt des risques de dommages

²⁶ CJUE, arrêt *Blaise*, précité, point 42. V. par analogie, CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38*, aff. C-477/14, EU:C:2016:324, point 116.

²⁷ Concl. avocate général Sharpston sous CJUE, *Blaise*, précité, point 49.

²⁸ CJUE, arrêt *Blaise*, précité, points 46 à 117.

²⁹ CJUE, 21 déc. 2016, *Associazione Italia Nostra Onlus*, aff. C-444/15, point 46.

³⁰ TPI, arrêt *Artegodan*, précité, point 184.

³¹ Trib. UE, 4 avril 2019, *Clientearth*, aff. T-108/17, EU:T:2019:215, point 284.

³² V. les développements ci-dessous, II, C.

irréversibles³³. Mais s'applique-t-il aux risques spéculatifs ? Conformément à la jurisprudence de la Cour, le Tribunal a répondu à cette interrogation qu' « une mesure préventive ne saurait valablement être motivée par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées »³⁴. De la sorte, le Tribunal, suivi par la CJUE, a exclu du champ d'application du principe les risques qualifiés de résiduels, c'est-à-dire des risques spéculatifs fondés sur des considérations purement spéculatives, sans fondement scientifique. Une connaissance scientifique minimale s'avère dès lors nécessaire.

L'application du principe de précaution n'est pas limitée à des cas de figure où l'existence d'un risque est incertaine, mais peut également intervenir dans l'hypothèse où l'existence d'un risque est avérée et où la Commission doit apprécier si ce risque est acceptable ou non³⁵, voire apprécier de quelle manière il convient d'y faire face dans le cadre de sa gestion³⁶.

E. — Méthodologie

Prendre un risque au sérieux requiert de la méthode. Le principe s'inscrit ainsi dans le cadre d'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 communication.

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). La distinction entre les phases d'évaluation et de gestion répond de la sorte à une double exigence : premièrement, celle de fonder la décision politique sur des données scientifiques et, deuxièmement, celle de garantir l'autonomie du politique par rapport aux résultats de l'évaluation scientifique³⁷.

La vérification du caractère probable de l'occurrence du risque doit être réalisée au moyen d'une technique spécifique, connue sous le nom d'évaluation des risques, laquelle « 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 »³⁸. Applicables dans un premier temps aux substances chimiques³⁹, les procédures d'évaluation ont été successivement étendues à la protection des travailleurs⁴⁰, à la sécurité alimentaire⁴¹, aux OGM,⁴² aux

³³ Sur ces seuils, V. N. de Sadeleer, *Environmental Law Principles*, 2^e éd., Oxford, OUP, p. 269-303.

³⁴ TPI, arrêt *Pfizer*, précité, point 143.

³⁵ Trib. UE, arrêt *Bayer CropScience AG*, précité, points 122 à 124.

³⁶ *Ibid.*, point 125.

³⁷ Concl. avocat général Mischo sous CJUE, 23 sept. 2003, *Commission c. Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.*, p. I-9693, point 92.

³⁸ TPI, arrêt *Artegodan*, précité, point 148.

³⁹ V. art. 14 Règlement 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.

⁴⁰ Art. 3 de la directive 2000/54/CE du 18 septembre 2000 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents biologiques au travail, *JO L* 262, 17 octobre 2000, p. 21.

polluants organiques persistants,⁴³ à la protection de l'eau⁴⁴ ainsi qu'aux pesticides et biocides⁴⁵. 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 soumise 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 substance⁴⁶.

Or, les scientifiques n'ont pas nécessairement réponse à tout ; leurs investigations n'aboutissent pas toujours à identifier les risques de manière probante. On le sait, l'incertitude scientifique constitue la terre d'élection du principe de précaution. Dans les recherches où prévaut l'incertitude, ils doivent faire état des limites de leur savoir, voire de leur ignorance. C'est précisément à ce stade que vient s'immiscer le principe de précaution. À cet égard, dans son arrêt *Monsanto Agricoltura Italia*, la Cour a jugé que les mesures de précaution prises par les autorités italiennes (application d'une clause de sauvegarde) « supposent en particulier que l'évaluation des risques dont disposent les autorités nationales révèle des indices spécifiques qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de conclure, sur la base des données scientifiques disponibles les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale, que la mise en œuvre de ces mesures s'impose afin d'éviter que de nouveaux aliments présentant des risques potentiels pour la santé humaine ne soient offerts sur le marché »⁴⁷. Ainsi dès lors que les recherches scientifiques ont été entreprises, quand bien même elles n'auraient pas abouti, les autorités compétentes (que ce soit au niveau de l'Union ou au niveau de l'État membre) peuvent faire application du principe de précaution afin de prendre « des mesures de protection [...] sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »⁴⁸. Les limites de l'évaluation scientifique ainsi soulignées, on en arrive donc à la phase politique de l'analyse des risques, à savoir la gestion des risques, laquelle consiste à fixer le niveau de risque acceptable. Le principe doit dès lors être

⁴¹ Art. 3, §10 et art. 6, §2 du Règlement n° 178/2002 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.

⁴² Art. 2(8) et art. 4(1) (2) ainsi que les annexes II and III de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE.

⁴³ Art. 8(7) et annexe E de la Convention de Stockholm du 14 octobre 2004 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.

⁴⁴ Art. 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.

⁴⁵ Art. 4 du Règlement n° 1107/2009 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 n° 440/2008 de la Commission du 30 mai 2008 établissant des méthodes d'essai conformément au Règlement REACH. V. l'annexe II.5 du règlement 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.

⁴⁶ 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 dangers issus des propriétés intrinsèques des substances dangereuses. V. CJUE, 15 mars 2017, *Polynt SpA*, aff. C-323/15 P, points 39 à 41.

⁴⁷ CJCE, arrêt *Monsanto Agricoltura Italia*, précité, point 113.

⁴⁸ CJUE, arrêt *Gowan Comércio Internacional e Serviços*, précité, point 73.

mis en œuvre par les autorités dans le cadre de la phase de la gestion des risques. Les mesures protectrices peuvent, si nécessaire, être adoptées à très brève échéance lorsqu'elles apparaissent indispensables⁴⁹. Ne pas permettre une intervention publique à ce stade reviendrait à vider le principe de précaution de tout effet utile.

Cependant, la césure entre évaluation et gestion des risques s'estompe car la phase décisionnelle n'est pas nécessairement autonome de la phase scientifique qui est censée la précéder. Dans son arrêt *Pfizer*, le Tribunal de Première instance a jugé qu'il appartenait :

« Aux institutions communautaires de fixer le niveau de protection qu'elles estiment approprié pour la société. En conséquence de celui-ci, elles doivent alors, dans le cadre de ce premier volet de l'évaluation des risques, déterminer le niveau de risque - c'est-à-dire le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels - qui ne leur semble plus acceptable pour cette société et qui, une fois dépassé, nécessite, dans l'intérêt de la protection de la santé humaine, le recours à des mesures préventives malgré l'incertitude scientifique subsistante. La détermination du niveau de risque jugé inacceptable comporte donc pour les institutions communautaires la définition des objectifs politiques poursuivis dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par le traité »⁵⁰.

La procédure d'évaluation des risques n'est ainsi pas la chasse gardée des toxicologues puisqu'il revient aux institutions de l'Union de fixer « le niveau de protection qu'elles estiment approprié pour la société »⁵¹. Cela étant dit, il leur est défendu d'adopter une approche purement hypothétique du risque et d'orienter leurs décisions à un niveau de « risque zéro »⁵².

F. — Principe de précaution et principe de proportionnalité

Une partie de la doctrine a suggéré de recourir au principe de proportionnalité en vue d'atténuer les excès d'une application sans nuances du principe de précaution. Si les risques doivent être pesés, la précaution devrait l'être tout autant. Il convient de rappeler qu'une différence de nature sépare le principe de précaution du principe de proportionnalité. En cristallisant les valeurs transcendant le droit de l'environnement et de la santé, la précaution s'inscrit dans un rapport étroit avec la mise en œuvre de politiques publiques protectrices d'intérêts non mercantiles. En revanche, le principe de proportionnalité s'apparente à un méta-principe appelé à rester au-dessus de la mêlée : il soupèse et concilie les intérêts antagonistes en vue de limiter leurs débordements. Se réclamant d'un idéal d'équilibre, d'un souci d'harmonie indispensable au bon fonctionnement du système juridique, il pourrait émasculer la portée du principe de précaution.

Lors de l'adoption d'une mesure restrictive ayant pour but la protection de l'environnement ou de la santé humaine, l'institution compétente à cet égard est tenue de procéder à une juste articulation entre le principe de précaution et le principe de proportionnalité, énoncé à l'article 5, paragraphe 4, TUE et qui fait partie des principes généraux du droit

⁴⁹ TPI, arrêt *Pfizer*, précité, point 160 ; CJUE, *Commission c. Danemark*, précité, point 52.

⁵⁰ TPI, arrêt *Pfizer*, précité, point 151.

⁵¹ V. en ce sens, CJUE, arrêt *Toolex*, précité, point 45 ; TPI, 11 sept. 2002, *Alpharma*, aff. T-70/99, point 164 ; Trib. UE, *Du Pont de Nemours*, précité, point 145 ; 9 sept. 2011, *Dow AgroSciences e.a. c. Commission*, aff. T-475/07, EU:T:2011:445, point 148.

⁵² TPI, arrêt *Pfizer*, précité, point 145.

de l'Union. Le principe de précaution ne justifie l'adoption de mesures restrictives qu'à la condition qu'elles soient non seulement non discriminatoires et objectives mais également proportionnées⁵³.

Une analyse de la jurisprudence laisse toutefois entrevoir que les mesures de précaution ne sont pas appréciées de manière draconienne à l'aune du principe de proportionnalité⁵⁴. Nous abordons cette question dans la partie qui suit.

II. — ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

En raison de la montée en puissance, d'une part, des exigences en termes d'évaluation des risques, et, d'autre part, du principe de précaution, les questions scientifiques sont désormais entrées de plain-pied dans le contentieux d'annulation des actes réglementant la sécurité des produits et des substances dangereuses⁵⁵. Dans le contentieux du contrôle de la légalité, le principe de précaution est invoqué par l'auteur de l'acte en vue de justifier la mesure litigieuse adoptée dans un contexte scientifique controversé. Lorsque les administrations sont confrontées à un contexte d'incertitude scientifique, les juridictions administratives sont naturellement disposées à leur accorder une marge d'appréciation significative. L'usage qui est ainsi fait du principe de précaution rejoindrait l'aversion des juridictions pour les débats scientifiques. L'enjeu est désormais de dépasser le contrôle restreint auquel se livre traditionnellement le juge de contrôle de la légalité ; car, si ce dernier décide de garantir le respect du principe de précaution, il devrait en assumer l'essence profonde⁵⁶.

Nous tenterons de mettre en exergue ci-dessous la place que le principe occupe dans le contentieux à la lumière d'enseignements jurisprudentiels récents. Ce faisant, on tentera de montrer l'étendue du contrôle juridictionnel.

A. — *Droit de la sécurité alimentaire. Présomption de légalité de la mesure de précaution ne pouvant être renversée qu'au prix d'une analyse scientifique rigoureuse*

Une société de droit espagnol détient les droits sur un additif zootechnique destiné à l'alimentation animale dénommé ToyoCerin, qui avait été autorisé conformément à la directive 70/524/CEE du Conseil du 23 novembre 1970 concernant les additifs dans l'alimentation des animaux. Elle sollicita devant le Tribunal de l'UE l'annulation du règlement de la Commission du 25 mars 2013 concernant la suspension de cette autorisation. Le refus

⁵³ Concl. avocat général Bobek sous CJUE, *Confédération paysanne e.a.*, aff. C-528/16, point 51.

⁵⁴ CJUE, 12 janv. 2006, *Agrarproduktion Staebelow*, aff. C-504/04, EU:C:2006:30, point 36 ; 8 juil. 2010, *Afton Chemical*, aff. C-343/09, EU:C:2010:419, point 68.

⁵⁵ V. par ex., Trib. UE, 11 juil. 2007, *Suède c. Commission*, aff. T-229/04, *Rec. I-2437*.

⁵⁶ Les mesures prises par les institutions échappent aux fourches caudines de la précaution, lorsqu'elles prennent déjà en compte l'incertitude. Ainsi, ne viole pas le principe de précaution le fait que la présence accidentelle dans la nourriture pour bébés de matériel issu de certains OGM ne dépassant pas un niveau de tolérance déterminé ne fasse pas l'objet d'un label spécifique. Pour la Cour de justice, le principe ne s'applique qu'au niveau de l'autorisation du produit à risque. V. CJUE, 26 mai 2005, *Cadocons*, aff. C-132/03, *Rec. p. I-4167*, point 63.

d'autorisation reposait sur un avis scientifique de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) qui avait considéré, en substance, que l'additif zootechnique contenait des marqueurs de résistance à deux antibiotiques et avait la capacité de créer des toxines fonctionnelles responsables d'intoxications alimentaires.

Nous nous limitons ici à l'examen des moyens ayant trait à la violation du principe de précaution, « qui constitue un principe général du droit de l'Union »⁵⁷. Conformément à ce principe, la Commission peut « se limiter à fournir des indices sérieux et concluants, qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité ou de l'efficacité du produit en cause »⁵⁸. Il ressort d'une jurisprudence constante que le principe de précaution s'inscrit dans une démarche plus globale connue sous le nom d'analyse des risques. Les deux premières étapes de cette démarche 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 (phase de gestion des risques). La distinction entre les phases d'évaluation et de gestion répond de la sorte à une double exigence : premièrement, celle de fonder la décision politique sur des données scientifiques et, deuxièmement, celle de garantir l'autonomie du politique par rapport aux résultats de l'évaluation scientifique.

On le sait, les juridictions de l'UE reconnaissent aux institutions un large pouvoir d'appréciation lorsque les évaluations s'avèrent complexes. Il s'ensuit que le contrôle par le juge du bien-fondé des appréciations opérées par les institutions de l'Union se limite à examiner si l'exercice de leurs compétences n'est pas entaché d'une erreur manifeste, s'il n'y a pas eu un détournement de pouvoir ou encore si elles n'ont pas manifestement dépassé les limites de leur pouvoir d'appréciation⁵⁹. Ces limites au contrôle juridictionnel n'affectent cependant pas son devoir « de vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence ainsi que de contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »⁶⁰. Toutefois, il est admis que la motivation de l'acte ne doit pas spécifier tous les éléments de fait et de droit pertinents. Il s'agit de permettre à l'administré d'appréhender sans équivoque le raisonnement de l'autorité.

S'agissant de l'évaluation des risques, le Tribunal rappelle dans l'affaire *Rubinum* que, dans un contexte d'incertitude scientifique dans le cadre duquel l'institution est appelée à se prononcer sur des évaluations complexes, l'identification du risque repose sur un critère de plausibilité. Aussi le requérant doit-il démontrer que les éléments scientifiques réunis par la

⁵⁷ Trib. UE, 21 mai 2015, *Rubinum, SA c. Commission européenne*, aff. T-201/13, EU:T:2015:311, point 60, obs. S. Roset, *Europe*, n° 7, juillet 2015, p. 29.

⁵⁸ *Ibid.*, point 61.

⁵⁹ Trib. UE, arrêt, *Dow AgroSciences e.a.*, précité, point 151.

⁶⁰ *Ibid.*, point 153 ; Trib. UE, 11 sept. 2018, *Apimab Laboratoires*, aff. T-14/16, EU:T:2018:524, point 49.

Commission sont insuffisants pour corroborer la plausibilité du risque⁶¹. Le Tribunal conclut que la Commission n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'additif présentait des indices sérieux et concluants permettant raisonnablement de douter de son innocuité. Ces indices sérieux découlent notamment de l'avis de l'EFSA. L'agence européenne ne s'est pas contentée d'émettre de simples « suppositions » concernant la résistance de l'additif à deux antibiotiques. La charge de la preuve revient au requérant, qui doit dès lors démontrer une appréciation scientifique erronée dans le chef de l'institution. Il ne peut, par conséquent, pas se contenter de faire valoir que les différentes appréciations de l'EFSA sont contradictoires : il doit fournir la preuve établissant que les appréciations de l'EFSA sont « manifestement erronées »⁶². En quelque sorte, la mesure de précaution jouit d'une présomption de légalité, laquelle ne peut être renversée qu'au prix d'une analyse scientifique rigoureuse.

Conformément à son règlement de procédure, le Tribunal a également écarté les preuves scientifiques produites par la requérante à l'appui de leur argumentation au stade de la réplique. Pour le Tribunal, ces expertises réalisées postérieurement à l'adoption du règlement attaqué ne sauraient être prises en considération dans le cadre du contrôle de la légalité du règlement litigieux⁶³.

Par ailleurs, la requérante soulevait la violation de l'article 7 du règlement n° 178/2002 sur la sécurité alimentaire qui consacre le principe de précaution au motif que, selon la jurisprudence, l'application de ce principe implique l'existence d'un risque et que, partant, les institutions ne sauraient se contenter de l'identification d'un danger abstrait et hypothétique, sans évaluer la probabilité de réalisation de ce danger et, par conséquent, sans évaluer le risque existant. Ce moyen est rejeté au motif que la Commission avait constaté l'existence d'un risque pour la santé qui n'était pas purement hypothétique⁶⁴.

L'évaluation finalisée, l'autorité peut soit autoriser, soit rejeter la demande d'autorisation de mise sur le marché ou l'inscription de la substance ou du produit sur une liste, voire, le cas échéant, réglementer l'utilisation du produit destiné à être commercialisé. Alors que les réglementations sont relativement précises quant aux méthodes d'évaluation des produits et des substances destinées à être mises sur le marché, elles restent en revanche à peu près muettes sur la manière de gérer les risques qui auraient été identifiés. L'autorité décisionnelle est tenue de mettre en balance de nombreux intérêts consacrés tant par le droit primaire que par le droit dérivé. La décision qu'elle prend *in fine* 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. 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 controversée.

⁶¹ *Ibid.*, point 58

⁶² Trib. UE, 21 mai 2015, *Rubinum, SA c. Commission européenne*, précité, point 78.

⁶³ *Ibid.*, point 84.

⁶⁴ *Ibid.*, points 90 et 97.

Sur la gestion du risque, il est de jurisprudence constante que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures de gestion des risques impliquant des choix politiques et des évaluations techniques complexes⁶⁵. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que la Commission entend poursuivre, peut en affecter la légalité⁶⁶. Dans l'affaire *Rubinum*, la marge d'appréciation revenant à la Commission européenne est largement préservée. Pour le Tribunal, la suspension de l'autorisation dans l'attente d'informations complémentaires n'est pas disproportionnée. En effet, la Commission « devait, conformément au principe de précaution, en suspendre les autorisations pendant la durée nécessaire pour obtenir des informations complémentaires, plutôt que [...] les maintenir dans l'attente de nouvelles analyses confirmant, ou non, l'existence de risques pour la santé »⁶⁷. Une fois le risque identifié, l'article 6 du règlement sur la sécurité alimentaire ne peut contraindre la Commission à soulever les avantages et les inconvénients économiques de sa mesure de suspension de l'additif zootechnique incriminé.

Enfin, on observera que l'incertitude scientifique quant au caractère cancérigène et génotoxique des hydrocarbures aromatiques polycycliques que l'on retrouve dans la fibre de différents aliments exotiques (cacao, épices, chips de bananes, etc.) ne permet pas à l'autorité de définir un seuil quant à la teneur de ces substances. Ceci n'empêche pas la Commission européenne de fixer un seuil relativement strict. La proportionnalité de sa mesure ne peut donc être mise en cause en raison de l'incertitude scientifique prégnante⁶⁸.

B. — *Droit de la sécurité alimentaire. Interdiction de mise sur le marché de substances non réglementées par des actes d'harmonisation à des fins de sécurité alimentaire*

On rappellera que l'article 7 du règlement (CE) n° 178/2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire (ci-après le « règlement général sur la sécurité alimentaire »), intitulé « Principe de précaution », permet aux États membres de recourir au principe de précaution pour justifier leurs mesures de sécurité alimentaire, tout en énonçant une kyrielle de conditions⁶⁹ :

« 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 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

⁶⁵ V. par ex., Trib. UE, arrêt *Apimab Laboratoires*, précité, points 46, 47 et 111.

⁶⁶ CJUE, 9 sept. 2011, *Dow AgroSciences e.a. c. Commission*, aff. T-475/07, point 280 et jurisprudence citée.

⁶⁷ *Ibid.*, point 98.

⁶⁸ Trib. UE, arrêt *Apimab Laboratoires*, précité, point 169.

⁶⁹ Sur la portée de cette disposition, V. N. de Sadeleer, « Sécurité alimentaire et précaution », in S. Mahieu et K. Merten-Lentz (coord.), *Sécurité alimentaire. Nouveaux enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 307-346.

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. »

La CJUE fut régulièrement appelée à répondre aux questions posées par des juridictions nationales quant à l'interprétation à donner à l'article 7. On épinglera ici une affaire en rapport avec le droit allemand. Une vaste gamme d'ingrédients, tels que des vitamines, des minéraux dont les oligo-éléments, des acides aminés, des acides gras essentiels, des fibres, diverses plantes et des extraits végétaux, est utilisée dans la fabrication des denrées alimentaires. Comme leur adjonction aux aliments est réglementée dans les États membres par des dispositions nationales divergentes, ces réglementations sont susceptibles de porter atteinte à la libre circulation de ces produits⁷⁰. Le litige portait sur le refus de l'Office fédéral allemand de la protection des consommateurs et de la sécurité des denrées alimentaires d'accorder une dérogation à la société Queisser Pharma qui lui aurait permis de fabriquer et de commercialiser un produit consistant en un complément alimentaire composé de fer. L'office allemand avait émis des doutes concernant l'innocuité de ce produit en raison du fait que celui-ci apportait quotidiennement 10 mg de fer au métabolisme.

Saisi d'un recours intenté par la société sollicitant la dérogation, le tribunal administratif de Braunschweig a interrogé la Cour de justice à titre préjudiciel quant à la conformité de la législation allemande concernant la sécurité alimentaire avec le droit primaire et secondaire.

À défaut d'une réglementation spécifique à l'adjonction des compléments vitaminés et en raison de l'inapplicabilité des articles 34 et 36 TFUE,⁷¹ la Cour de justice était appelée à vérifier si le régime d'autorisation allemand était compatible avec le règlement général sur la sécurité alimentaire⁷².

La Cour rappelle d'abord que conformément à l'article 14, paragraphes 1 et 2, de ce règlement, « aucune denrée alimentaire n'est mise sur le marché si elle est dangereuse, à savoir si elle est préjudiciable à la santé ou impropre à la consommation humaine. Par conséquent, la mise sur le marché de toute denrée alimentaire préjudiciable à la santé ou impropre à la consommation humaine doit être interdite »⁷³.

Conformément à l'article 14, paragraphes 7 et 9, dudit règlement, en l'absence de dispositions spécifiques régissant la sécurité des denrées alimentaires, celles-ci sont considérées comme sûres si elles sont conformes aux dispositions spécifiques de la législation alimentaire nationale de l'État membre sur le territoire duquel elles sont commercialisées. Il s'ensuit que cette disposition permet à l'État membre « d'établir des règles régissant la sécurité des denrées alimentaires »⁷⁴. En d'autres mots, le produit jouit d'une présomption de conformité dès qu'il

⁷⁰ Considérant 1^{er} du règlement (CE) n° 1925/2006 du 20 décembre 2006, concernant l'adjonction de vitamines, de minéraux et de certaines autres substances aux denrées alimentaires, JO, n° L 404, 2006, p. 26.

⁷¹ Sur la possibilité d'invoquer l'article 36 TFUE en cas d'absence d'harmonisation positive, V. N. de Sadeleer, *Commentaire Mégret Environnement et marché intérieur*, précité, 382-391.

⁷² CJUE, 19 janv. 2017, *Queisser Pharma*, C-282/15, EU:C:2017:26. V. N. de Sadeleer, « Affaire C-282/15 - *Queisser Pharma* », *European Journal of Consumer Law - Revue européenne du droit de la consommation*, 2018, n° 1, p. 513-519.

⁷³ CJUE, arrêt *Queisser Pharma*, précité, point 44.

⁷⁴ *Ibid.*, point 45.

est conforme à ce qui est prévu par la règle nationale qui l'emporte en l'absence d'harmonisation positive.

À cet égard, la Cour rappelle une jurisprudence bien établie : en l'absence d'harmonisation et en présence d'incertitudes, en l'état actuel de la recherche scientifique quant à la dangerosité des substances, il appartient aux États membres « de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes » en soumettant la mise sur le marché des additifs ou des auxiliaires technologiques à un régime d'autorisation préalable⁷⁵.

La Cour livre à nouveau sa grille de lecture quant à la mise en œuvre du principe de précaution. À la différence des arrêts précédents concernant la sécurité alimentaire, elle le fait non pas dans le cadre de l'article 36 TFUE, mais dans le cadre de l'article 7 du règlement général sur la sécurité alimentaire.

Pour faire bref, l'État membre ne doit pas attendre que « la réalité et la gravité des risques soient pleinement démontrées »⁷⁶ pour pouvoir adopter des mesures de protection, tant que celle-ci repose sur une évaluation des risques « fondée sur les données scientifiques disponibles les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale ». Cette évaluation « compréhensive » des risques s'avère indispensable, aux yeux de la Cour pour éviter que les mesures nationales soient d'ordre purement hypothétique⁷⁷.

Comme les recherches scientifiques ne peuvent pas toujours fournir des éléments probants infaillibles, il revient à l'autorité nationale, lorsqu'elle est confrontée à une probabilité persistante de dommages pour la santé, d'adopter les mesures restrictives idoines « sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives »⁷⁸.

Le régime d'autorisation allemand est donc examiné au regard de ces différents paramètres.

Comme les éléments d'information fournis par les autorités allemandes ne permettaient pas à la Cour de constater que l'interdiction des denrées alimentaires contenant des acides aminés était conforme aux principes généraux de la législation alimentaire découlant des articles 6 et 7 du règlement n° 178/2002⁷⁹, cette dernière invita la juridiction de renvoi à vérifier si le régime litigieux respectait les conditions jurisprudentielles précitées⁸⁰.

Or, des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique quant aux effets nuisibles pour la santé de l'adjonction d'acides aminés aux denrées alimentaires. Les dispositions du règlement général sur la sécurité alimentaire ne sauraient mettre en cause la marge d'appréciation qui revient aux États membres dans la recherche d'un niveau élevé de protection de la santé⁸¹. Qui plus est, « une telle incertitude, inséparable de la notion de précaution, influe sur l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'État membre et se répercute ainsi sur les modalités d'application du principe de proportionnalité »⁸².

⁷⁵ *Ibid.*, point 46. V. aussi CJUE, 28 janv. 2010, *Commission c. France*, aff. C-333/08, point 85.

⁷⁶ CJCE, arrêt *National Farmers' Union*, précité, point 63.

⁷⁷ CJUE, arrêt *Queisser Pharma*, précité, point 56. V., en ce sens, les arrêts du 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, précité, point 106 ; arrêt *Commission c. France*, précité, point 92.

⁷⁸ CJUE, arrêt *Commission c. France*, précité, point 93 et jurisprudence citée.

⁷⁹ CJUE, arrêt *Queisser Pharma*, précité, point 61.

⁸⁰ *Ibid.*, point 62.

⁸¹ *Ibid.*, point 63. V. aussi l'arrêt du 29 avril 2010, *Solgar Vitamin's France e.a.*, aff. C-446/08, EU:C:2010:233, points 35 et 36.

⁸² CJUE, arrêt *Queisser Pharma*, précité, point 60.

La Cour de justice suit le même raisonnement qu'elle avait adopté à l'égard du régime français d'autorisation préalable pour les auxiliaires technologiques dans la préparation des denrées alimentaires. Dans son arrêt du 28 janvier 2010, elle avait jugé que ce régime ne pouvait être justifié au titre de l'article 36 TFUE compte tenu de son caractère global⁸³. En effet, elle reprochait à la réglementation française son caractère totalement systématique et non ciblé, dans la mesure où était interdite, sauf autorisation préalable, la commercialisation de tout auxiliaire technologique ou de toute denrée alimentaire dans la préparation desquelles de tels auxiliaires avaient été utilisés. Dans le prolongement de cet arrêt, la Cour de justice juge que la législation allemande est contraire aux dispositions du règlement n° 178/2002 étant donné qu'elle couvre « de manière indifférenciée » tous les acides aminés et leurs dérivés⁸⁴.

Il s'ensuit que, pour être conforme au règlement général sur la sécurité alimentaire, le régime d'interdiction national, assorti de dérogations, doit cibler spécifiquement les substances pour lesquelles il subsiste un doute quant à leur innocuité. La charge de la preuve repose donc sur l'État membre. Les difficultés pratiques que ce dernier pourrait rencontrer lorsqu'il lui revient « d'effectuer une évaluation complète du risque pour la santé des denrées alimentaires contenant des acides aminés » ne sauraient justifier l'absence d'une telle évaluation complète⁸⁵.

Il ressort donc des arrêts *Commission C. France* du 28 janvier 2010 et *Queisser Pharma* du 19 janvier 2017 que les régimes d'interdiction d'utilisation ou de mise sur le marché de substances non réglementées par des actes d'harmonisation ne sont admissibles au titre de la législation alimentaire que s'ils couvrent des substances pour lesquelles les risques sont réels ou sont suspectés conformément aux prescrits jurisprudentiels.

C. — *REACH. La mise en balance des intérêts économiques du producteur d'une substance dangereuse et la protection sanitaire édulcore la portée du principe de précaution*

Alors que les évaluations des risques des substances chimiques s'appuient sur une analyse scientifique plutôt rigoureuse, il s'avère que ces évaluations ne permettent pas pour autant de surmonter toutes les incertitudes. Les conclusions de ces études sont souvent incomplètes, peu claires, voire contradictoires⁸⁶. Il est en effet difficile pour les scientifiques, notamment les toxicologues, d'établir le lien causal entre la dissémination d'une substance dans l'environnement et l'exposition des populations vulnérables. La variété extrême des mécanismes de dispersion des substances dangereuses dans l'environnement, de même que leur bioaccumulation dans la chaîne alimentaire, ont pour effet d'accroître le degré d'incertitude. Par ailleurs, les substances chimiques ont des propriétés à ce point différentes qu'elles peuvent être à l'origine de risques très divers⁸⁷.

⁸³ CJUE, arrêt *Commission c. France*, précité, note A. Rigaux, *Europe*, n° 3, mars 2010, p. 20.

⁸⁴ CJUE, arrêt *Queisser Pharma*, précité, point 64.

⁸⁵ *Ibid.*, point 66.

⁸⁶ Sur le rôle du principe de précaution en matière de substances chimiques, V. N. de Sadeleer, *Environmental Law Principles*, précité, p. 189-232.

⁸⁷ CJUE, 23 janv. 2019, *Deza*, aff. C-419/17P, point 37.

Aussi n'est-il pas surprenant que le législateur de l'union ait proclamé en 2006 le principe de précaution dans le règlement REACH⁸⁸. À cet égard, la CJUE a jugé que l'obligation d'enregistrement des monomères à la protection de la santé humaine et de l'environnement, puisque cette obligation permet également une meilleure connaissance des polymères. De surcroît, « une telle obligation d'enregistrement des substances monomères satisfait au principe de précaution tel que rappelé à l'article 1^{er}, paragraphe 3, du règlement REACH ». ⁸⁹ Au demeurant, la violation du principe est régulièrement invoquée dans les recours en annulation introduits par des entreprises à l'encontre de mesures restrictives de mise sur le marché ou d'utilisation de substances dangereuses adoptées par la Commission européenne.

Comme il n'est pas possible de couvrir tous les enseignements jurisprudentiels en cette matière, nous nous contenterons d'examiner rapidement l'arrêt *ClientEarth*. Le contentieux portait sur le rejet par la Commission européenne d'une demande de réexamen interne présentée par l'ONG ClientEarth à l'encontre d'une décision d'autoriser l'utilisation d'un perturbateur endocrinien, le Phtalate de bis (2-éthylhexyle) (DEHP). On se contentera d'aborder ici le moyen ayant trait à la violation du principe de précaution.

L'arrêt du tribunal du 4 avril 2019 semble aller à contre-courant d'une jurisprudence plutôt favorable à la protection de la santé⁹⁰. Tout d'abord, le tribunal considère que le principe prévu par le traité n'impose pas à l'institution d'adopter une mesure restrictive⁹¹. La nature contraignante du principe se trouve ainsi émasculée. Ensuite, le tribunal estime que le DEHP présente des risques pour la santé humaine, ce qui exclut les incertitudes à propos des risques pour la santé humaine lesquelles conditionnent l'application du principe de précaution.

Par la suite, le tribunal aborde le régime de l'article 60, paragraphe 4, du règlement REACH qui prévoit une procédure d'autorisation destinée à permettre aux entreprises de commercialiser des substances extrêmement préoccupantes pour la santé humaine mais dont les avantages socio-économiques prévalent. Ainsi, lorsqu'il n'a pas été établi que les risques qu'entraîne l'utilisation d'une substance pour la santé humaine ou l'environnement sont valablement maîtrisés, une autorisation peut être accordée par la Commission européenne. Dans cette hypothèse, il est néanmoins exigé, conformément au principe de substitution, qu'il n'existe pas de substances ou de technologies de remplacement appropriées qui soient économiquement et techniquement viables. Pour le tribunal, le principe de précaution ne saurait être interprété de manière à mettre en cause ce régime d'autorisation⁹². En d'autres mots, l'autorisation d'utilisation de la substance ne saurait être remise en cause au titre d'un impératif sanitaire prévalent. Sans doute faut-il comprendre la portée de l'arrêt *ClientEarth* à la lumière de l'article 60 du règlement REACH, lequel vise à atteindre un point d'équilibre entre l'utilisation limitée de substances chimiques préoccupantes et la protection de la santé.

⁸⁸ Art. 1, §3 du règlement 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.

⁸⁹ CJUE, 7 juil. 2009, *S.P.C.M. SA*, aff. C-558/07, point 54.

⁹⁰ En ce sens, V. les observations de S. Roset, *Europe*, juin 2019, n° 6, p. 28.

⁹¹ Trib. UE, arrêt *Clientearth c Commission*, précité, point 284.

⁹² *Ibid.*, point 289.

Cette disposition ne relève donc pas de la même philosophie que celle qui imprègne la législation alimentaire, laquelle a constitué « un terreau particulièrement fertile » à la jurisprudence de la Cour de justice⁹³.

Enfin, pour le tribunal, l'article 60, paragraphe 4, du règlement REACH « constitue, de manière abstraite, l'expression de l'articulation entre le principe de précaution et le principe de proportionnalité »⁹⁴. En effet, dans une situation dans laquelle tous les risques liés à l'utilisation d'une substance extrêmement préoccupante ne sont pas valablement maîtrisés, le législateur a prévu une mise en balance entre, d'une part, la protection de la santé humaine et de l'environnement et, d'autre part, les intérêts du demandeur d'autorisation, ainsi que les avantages socio-économiques résultant de l'utilisation de la substance concernée⁹⁵.

D. — *Droit de la conservation de la nature. Tant que l'incertitude n'est pas levée, l'autorisation d'un projet ayant des effets dommageables ne peut être octroyée.*

Le droit de la conservation de la nature s'articule autour de deux axes complémentaires, à savoir la protection des espèces animales et végétales et celle des habitats⁹⁶.

S'agissant de la protection des oiseaux sauvages et notamment de l'organisation de la chasse printanière d'espèces protégées, la Cour de justice a fait droit à une requête en référé de la Commission estimant que « la législation de la Communauté sur la conservation des oiseaux sauvages doit être interprétée à la lumière du principe de précaution » ; l'autorisation de la chasse en probable violation de la directive sur la protection des oiseaux pourrait, en effet, causer des préjudices irréparables à l'avifaune⁹⁷.

Par ailleurs, un État membre ne peut rejeter l'inscription d'une espèce de mammifère sauvage sur une liste positive que sur la base d'une évaluation approfondie du risque que représente la détention des spécimens de l'espèce. Vu les incertitudes qui pèsent sur le statut des espèces exotiques, une administration nationale aura bien du mal à rapporter cette preuve. Peut-on exiger qu'un fonctionnaire néerlandais ou luxembourgeois parcoure toute la Patagonie pour évaluer le statut du mara (*Dolichotis patagonum*) ? Aussi la Cour admet-elle que lorsqu'il s'avère « impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque envisagé en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées », le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives en vue de contrer « l'occurrence d'un dommage réel pour la santé ou pour l'environnement »⁹⁸. De la sorte, la liste positive d'espèces pouvant être détenues par des particuliers, laquelle limite la libre circulation des marchandises dans le marché intérieur, peut-elle comprendre des espèces pour lesquelles toutes les preuves de la menace n'ont pas été rapportées.

⁹³ Observations S. Roset, *op cit.*

⁹⁴ Trib. UE, arrêt *ClientEarth*, précité, point 292.

⁹⁵ *Ibid.*, point 293.

⁹⁶ N. de Sadeleer et C.-H. Born, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004, p. 481-568.

⁹⁷ CJUE, 24 avril 2008, *Commission c. Malte*, aff. C-76/08 R, *Rec.*, p. I-64, point 37.

⁹⁸ CJUE, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenwegers en Liefhebbers VZW*, C-219/07, *Rec.*, p. I-4475, points 37 et 38 ; 10 sept. 2009, *Commission c. Belgique*, aff. C-100/08, point 102.

La conservation des habitats est indispensable pour garantir la diversité spécifique. Le réseau écologique Natura 2000 constitue, avec les règles de protection des espèces évoquées ci-dessus, l'ossature du régime de conservation de la nature applicable sur le territoire de l'Union. Son principal objectif est d'assurer « le rétablissement ou le maintien des habitats naturels et des espèces d'intérêt communautaire dans un état de conservation favorable »⁹⁹. Les zones reprises dans ce réseau ne font pas l'objet pour autant d'une protection absolue. Le législateur européen a prévu la possibilité pour les États membres de déroger au régime de protection découlant du second paragraphe de l'article 6 de la directive Habitats. L'ensemble des autres plans ou projets qui ne sont pas liés à la gestion de la zone protégée mais qui sont susceptibles de l'affecter de manière significative tombe sous le coup d'un régime dispositif d'évaluation. L'article 6, paragraphe 3 de la directive prévoit que « compte tenu des conclusions de l'évaluation des incidences sur le site et sous réserve des dispositions du paragraphe 4, les autorités nationales compétentes ne marquent leur accord sur ce plan ou projet qu'après s'être assurées qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné... »¹⁰⁰. Pour que le projet puisse être autorisé, l'autorité compétente doit de surcroît s'assurer, en vertu du paragraphe 3, « qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné... ». Or, l'évaluation appropriée ne fait pas toujours apparaître clairement la menace ou le risque de dommage que le projet ou le plan est susceptible d'entraîner pour l'intégrité du site. Dans cette hypothèse, on aurait pu conclure que le doute subsistant n'était pas de nature à empêcher les pouvoirs publics d'autoriser le projet ou d'adopter le plan. La Cour de justice en a jugé autrement. Il est en effet de jurisprudence constante qu'« aucun doute scientifique raisonnable » ne peut subsister quant aux « effets préjudiciables pour l'intégrité d'un site » Natura 2000 d'un projet d'activité qui, dans la perspective de son autorisation par l'autorité nationale, est soumis à une évaluation de ses incidences sur l'intégrité du site¹⁰¹. En cas de doute, l'autorisation ne peut être octroyée ; le plan ne peut être adopté. Il s'agit d'une application stricte du principe de précaution dans la mesure où la charge de la preuve de l'absence de risque du projet repose sur le promoteur ou sur l'autorité. On ne saurait y voir une violation du principe de proportionnalité¹⁰².

Dans une ordonnance du 27 juillet 2017 rendue par le vice-président de la Cour, le juge des référés a ordonné des mesures provisoires « eu égard au principe de précaution »¹⁰³. On

⁹⁹ Préambule de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, 6^e considérant.

¹⁰⁰ N. de Sadeleer, « Assessment and Authorisation of Plans and Projects Having a Significant Impact on Natura 2000 Sites » in B. Vanheudesen and L. Squintani (eds), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 237 et sv.

¹⁰¹ CJUE, 7 sept. 2004, *Waddenzee*, aff. C-127/02, EU:C:2004:482, points 58 à 59 ; 20 oct. 2005, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-6/04, EU:C:2005:626 ; 10 janv. 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-98/03, EU:C:2006:3 ; 13 déc. 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-418/04, EU:C:2007:780 ; 20 sept. 2007, *Commission c. Italie*, C-304/05, EU:C:2007:532 ; 10 janv. 2010, *Stadt Papenburg*, aff. C-226/08, EU:C:2010:10 ; 26 oct. 2006, *Commission c. Portugal*, aff. C-239/04, EU:C:2006:665 ; 29 janvier 2004, *Commission c. Autriche*, C-209/02, EU:C:2004:61 ; 11 avril 2013, *Sweetman*, aff. C-258/11, EU:C:2013:220, points 41 à 43.

¹⁰² Concl. avocate général Kokott sous CJUE, *Waddenzee*, précité, point 107.

¹⁰³ CJUE, (vice-président), ord. référé, 27 juillet 2017, *Commission européenne c. République de Pologne*, aff. C-441/17 R, point 25.

observera que c'est la première fois que le principe de précaution fut convoqué par le juge de l'urgence aux fins de fonder ses injonctions¹⁰⁴.

Dans son ordonnance du 20 décembre 2017, la Grande chambre de la Cour conclut s'agissant de l'existence d'un *fumus boni juris*, que, « compte tenu du principe de précaution, qui est l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par l'Union dans le domaine de l'environnement, conformément à l'article 191, paragraphe 2, premier alinéa, TFUE, et à la lumière duquel la législation de l'Union sur la protection de l'environnement doit être interprétée, il y a lieu de considérer que le recours au principal ne peut pas être considéré à première vue comme étant dépourvu de fondement sérieux »¹⁰⁵.

E. — Droit de la pêche.

La marge d'appréciation du législateur accrue à l'aune de l'approche de précaution

L'exploitation durable des ressources biologiques de la mer – compétence exclusive revenant à l'UE – repose sur « l'approche de précaution, issue du principe de précaution mentionné à l'article 191, paragraphe 2 »¹⁰⁶. L'« approche de précaution en matière de gestion des pêches » est définie par référence à l'article 6 de l'accord des Nations unies sur les stocks de poisson,¹⁰⁷ c'est-à-dire « une approche selon laquelle l'absence de données scientifiques pertinentes ne devrait pas servir de justification pour ne pas adopter ou pour reporter l'adoption de mesures de gestion visant à conserver les espèces cibles, les espèces associées ou dépendantes, les espèces non cibles et leur environnement »¹⁰⁸.

L'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 1380/2013 relatif à la politique commune de la pêche (PCP) dispose que :

« La PCP applique l'approche de précaution en matière de gestion des pêches et vise à faire en sorte que l'exploitation des ressources biologiques vivantes de la mer rétablisse et maintienne les populations des espèces exploitées au-dessus des niveaux qui permettent d'obtenir le rendement maximal durable. [...] »

Dans un contexte d'incertitude scientifique, le Conseil, en adoptant des mesures de conservation de ressources halieutiques visant à interdire l'utilisation des filets dérivants en vue de contrer la mort accidentelle des dauphins, ne saurait être tenu de suivre des avis scientifiques déterminés¹⁰⁹. Aussi la protection de la vie sauvage n'exige-t-elle pas des preuves irréfutables de la part des scientifiques. Des preuves minimales montrant que les filets dérivants constituent une menace pour la survie de certaines espèces de dauphins sont suffisantes pour limiter leur taille et, partant, réduire le risque de captures.

¹⁰⁴ S. Dupont, « L'écllosion de l'astreinte dans le référé européen irrigué par le principe de précaution : le coup de grâce du juge tutélaire d'une forêt naturelle d'exception ? », *Jean Monnet Working Paper Series, Environment and Internal Market*, 2020/4.

¹⁰⁵ CJUE, ord. référé, 20 nov. 2017, *Commission européenne c. République de Pologne*, aff. C-441/17 R, point 42.

¹⁰⁶ Règlement (UE) n° 1380/2013 du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, préambule, considérant n°10.

¹⁰⁷ Sur le rôle de l'approche de précaution dans le cadre de l'accord onusien, V. N. de Sadeleer, *Environmental Law Principles*, précité, p. 168-171.

¹⁰⁸ Art. 4 du règlement n° 1380/2013 du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche.

¹⁰⁹ CJUE, 24 nov. 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6176, points 31 à 36.

À propos de la validité du relèvement du total admissible de captures d'une espèce de poisson, le grenadier de roche, accordé aux chalutiers espagnols en vue d'éviter un impact sur une autre espèce, le grenadier Berglax, la Cour de justice a considéré que le Conseil n'avait pas excédé sa marge d'appréciation en ne prenant pas en considération le niveau historique de captures déclarées par les autorités espagnoles, dans l'attente de l'évolution des connaissances scientifiques. L'« approche de précaution » inscrite au règlement PCP « implique que l'absence de données scientifiques pertinentes ne doit pas servir de justification pour ne pas adopter ou pour reporter l'adoption de mesures de gestion visant à conserver les espèces cibles, les espèces associées ou dépendantes, les espèces non cibles et leur environnement »¹¹⁰.

Sur un tout autre registre, le règlement PCP se limite à établir une obligation de « tenir compte » des avis scientifiques lors de l'adoption de mesures de conservation halieutiques, « mais n'empêche pas le législateur de l'Union de procéder à l'adoption de telles mesures de conservation en l'absence d'avis scientifiques, techniques et économiques concluants »¹¹¹.

On le voit, à la différence de la réglementation en matière de sécurité alimentaire et de substances chimiques, la CJUE admet en matière de conservation des ressources halieutiques que le Conseil puisse disposer d'une certaine marge de manœuvre à défaut de preuves scientifiques exhaustives. Assurément la libre circulation de produits dangereux n'est pas en cause.

F. — Droit des déchets.

Prise en compte de l'incertitude lors de la classification d'un déchet comme dangereux

La jurisprudence de la Cour en matière de déchets est depuis longtemps imprégnée par les principes de prévention et de précaution. Eu égard à l'objectif poursuivi, à l'effet utile de la directive-cadre sur les déchets et aux principes phares du droit de l'environnement (prévention et précaution), une interprétation large de la notion de déchets a toujours prévalu¹¹². Ainsi la Cour a-t-elle jugé, dans l'arrêt *ARCO*, que le fait qu'une substance doive être utilisée dans des conditions particulières de précaution en raison du caractère dangereux de sa composition était révélateur de l'intention de son détenteur de s'en défaire¹¹³. Dans le même ordre d'idées, les exigences en matière de protection de l'environnement sont applicables à l'opération de stockage temporaire de déchets, parce que la disposition de la directive-cadre sur les déchets définissant ces exigences « vise à mettre en œuvre le principe de précaution »¹¹⁴.

On abordera ici un arrêt qui est passé inaperçu en raison sans doute de la technicité de l'affaire. Dans l'arrêt *Alfonso Verlezza*,¹¹⁵ la CJUE fut appelée à se prononcer pour la première fois sur la classification de déchets sous des rubriques dites « entrées miroirs » de la liste

¹¹⁰ CJUE, 11 janv. 2017, *Espagne c. Commission*, aff. C-118/15, EU:C:2017:461, point 48.

¹¹¹ *Ibid.*, point 49 ; Concl. avocat général Saugmandsgaard Øe sous cet arrêt, points 54 et 55.

¹¹² CJCE, 15 juin 2000, *ARCO Chemie*, C-418/97 et C-419/9, *Rec.*, p. I-4475, points 36 à 40 ; 10 mai 2007, *Thames Water Utilities*, aff. C-252/05, EU:C:2007:276, point 27.

¹¹³ CJCE, arrêt *ARCO Chemie*, précité.

¹¹⁴ CJCE, 5 oct. 1999, *Lirussi et Bizzaro*, aff. C-175/98 et C-177/98, *Rec.*, p. I-6881, point 53 ; 11 déc. 2008, *MI.VER et Antonelli*, aff. C-387/07, EU:C:2008:712, point 24 ; 10 sept. 2009, *Commission c. Grèce*, aff. C-286/08, EU:C:2009:543, point 73.

¹¹⁵ CJUE, 17 mars 2019, *Alfonso Verlezza*, aff. C-487/17 à C-489/17, EU:C:2019:270.

européenne des déchets reprise dans la décision 2000/532/CE¹¹⁶. Les questions préjudicielles furent soulevées dans le cadre de procédures pénales engagées à l'encontre d'une trentaine de personnes prévenues de trafic illicite de déchets ; elles étaient prévenues d'avoir traité comme des déchets non dangereux des déchets qui l'étaient bel et bien. Les litiges concernaient des déchets dont la composition n'était pas d'emblée connue des détenteurs dans la mesure où ils résultaient d'un traitement biomécanique de déchets municipaux. Pour cette raison, ils peuvent être classés sous des « entrées miroirs ». En effet, si de tels déchets contiennent des substances dangereuses ou présentent des propriétés dangereuses, ils devront être classés sous l'entrée miroir de déchet dangereux 19 12 11*. En revanche, s'ils ne présentent pas de telles propriétés, ils devront être classés sous l'entrée miroir de déchet non dangereux 19 12 12. En l'espèce, le caractère dangereux des déchets en cause suscitait des doutes. Le ministère public reprochait aux prévenus d'avoir attribué à leurs déchets des « codes miroirs » non dangereux, en ayant recours à des analyses partielles, permissives et non exhaustives, dans le dessein d'échapper à l'application de nous régimes plus stricts.

Dans ses trois premières questions préjudicielles, la juridiction italienne de renvoi demandait, en substance, à la CJUE si le détenteur d'un déchet susceptible d'être classé sous des codes miroirs, mais dont la composition n'était pas d'emblée connue, devait déterminer la composition du déchet et la présence d'une ou de plusieurs substances dangereuses afin d'établir si celui-ci présentait des propriétés dangereuses.

La CJUE a d'abord rappelé qu'un devoir d'investigation s'impose au détenteur car il lui appartient « de recueillir les informations susceptibles de lui permettre d'acquérir une connaissance suffisante de ladite composition et, de ce fait, d'attribuer audit déchet le code approprié »¹¹⁷. Ensuite, lorsque le détenteur d'un déchet a réuni les informations sur la composition de ce déchet, il lui incombe « de procéder à l'évaluation des propriétés dangereuses dudit déchet conformément à l'annexe de la décision 2000/532, rubrique intitulée « Évaluation et classification », point 1, afin de pouvoir le classer comme dangereux »¹¹⁸.

La juridiction de renvoi souhaitait également savoir si, en cas de doute ou d'impossibilité de déterminer avec certitude la présence ou non de substances dangereuses dans un déchet, le principe de précaution impose de le classer sous une entrée miroir de déchet dangereux.

Pour la CJUE, l'application de ce principe qui constitue l'un des fondements de la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement doit être relativisée dans le domaine spécifique de la gestion des déchets. En effet, le législateur de l'UE a mis ce principe en balance avec la faisabilité technique et la viabilité économique des opérations de gestion de déchets¹¹⁹. Il s'ensuit que « les détenteurs de déchets ne [sont] pas obligés de vérifier l'absence de toute substance dangereuse dans le déchet en cause » ; ils peuvent « se borner à rechercher les substances pouvant être raisonnablement présentes dans ce déchet et évaluer ses propriétés dangereuses sur la base de calculs ou au moyen d'essais en rapport avec ces substances »¹²⁰.

¹¹⁶ N. de Sadeleer, *Le Droit des déchets dans l'UE. De l'élimination à l'économie circulaire*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 247-255.

¹¹⁷ CJUE, arrêt *Alfonso Verlezza*, précité, point 40.

¹¹⁸ *Ibid.*, points 50 et 51.

¹¹⁹ Art. 4, §2, al. 3 de la directive 2008/98 du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives.

¹²⁰ CJUE, arrêt *Alfonso Verlezza*, précité, point 59.

A l'instar de l'affaire *ClientEarth* évoquée ci-dessus à propos de la substance dangereuse DEHP, la CJUE insiste sur la spécificité de l'approche réglementaire en vue de s'affranchir d'une application pour rigoureuse du principe de précaution.

Cependant, la classification comme déchet dangereux d'un déchet susceptible d'être classé sous des codes miroirs s'impose lorsqu'« après une évaluation des risques aussi complète que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce, le détenteur de ce déchet est dans l'impossibilité pratique de déterminer la présence de substances dangereuses ou d'évaluer la propriété dangereuse que présente ledit déchet »¹²¹. L'impossibilité de mener à bien une évaluation des risques ainsi que l'impossibilité pratique de déterminer la présence de substances dangereuses conduit donc à l'application du régime le plus strict.

La réponse à la dernière question relativise par conséquent la tentative de dégager un équilibre entre les droits et les obligations du détenteur.

CONCLUSIONS

Ne rejetant pas la science, le principe de précaution prend la mesure de l'incertitude qui subsiste malgré les recherches menées dans différents domaines en proie aux controverses scientifiques. Aussi, la prise en compte de l'incertitude ne constitue-t-elle pas un obstacle à la prise de décision par les institutions de l'Union et, le cas échéant, par les autorités étatiques. Si leur volonté d'atteindre un haut niveau de protection environnementale et sanitaire n'est donc pas remise en cause, il leur revient pourtant de circonscrire le risque à un niveau « acceptable ».

Conscientes des limites de la science, les juridictions de l'Union permettent tant aux institutions qu'aux États membres d'adopter des mesures protégeant la santé ou l'environnement lorsque les scientifiques ne sont pas parvenus à lever le voile de l'incertitude quant à l'occurrence ou à l'ampleur du risque suspecté. Nous avons pu apercevoir ici que les applications du principe sont nombreuses, puisque, sans procéder à un examen exhaustif de la jurisprudence récente de la CJUE, il est invoqué dans des matières aussi diverses que les additifs alimentaires, les produits chimiques, les déchets dangereux, voire la pêche. Aussi les opérateurs économiques ne sont-ils plus en droit de s'attendre à ce que des mesures de protection soient fondées sur une démonstration scientifique qui écarte toute incertitude.

Or, si l'accent est mis sur l'autonomie du décideur par rapport à la dimension scientifique, on a pu observer à la lumière des affaires commentées que la démarche scientifique constitue une démarche préalable et indispensable à la prise de décision.

desadeleer.nicolas@gmail.com

¹²¹ *Ibid.*, point 60.

Bibliographie

- D. Misonne & N. de Sadeleer, « Article 37 » in F. Picod *et al.* (dir.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, p. 789-814, avec D. Misonne p. 513 à 519.
- N. de Sadeleer, 2020, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 535 p.
- , 2019, « Affaire C-282/15 - *Queisser Pharma* », *European Journal of Consumer Law - Revue européenne du droit de la consommation*, p. 20 et s.
- , 2018, « National Control of GMO Cultivation in the EU. The Path to Reconciliation of Opposed Interests », *Nordic Journal of Environmental Law* (1), p. 27 à 54.
- , 2017, « Le principe de précaution dans le droit de l'UE », *RFDA*, n° 6, p. 1-28.
- , 2016, *Le Droit des déchets dans l'UE. De l'élimination à l'économie circulaire*, Bruxelles, Bruylant, p. 247-255.
- , 2013, « Sécurité alimentaire et précaution », in S. Mahieu & K. Merten-Lentz (coord.), *Sécurité alimentaire. Nouveaux enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, p. 307-346.
- , 2013, « Assessment and Authorisation of Plans and Projects Having a Significant Impact on Natura 2000 Sites » in B. Vanheudesen & L. Squintani (eds), *EU Environmental and Planning Law Aspects of Large-Scale Projects*, Anvers, Intersentia, p. 237 et s.
- , 2010, *Commentaire Mégret Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2010, p. 23-36.
- S. Dupont, 2020, « L'éclosion de l'astreinte dans le référé européen irrigué par le principe de précaution : le coup de grâce du juge tutélaire d'une forêt naturelle d'exception ? », *Jean Monnet Working Paper Series. Environment and Internal Market*, 2020/4.