

Les enjeux de l'harmonisation des règles de protection de l'environnement

N. de Sadeleer

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

Although it was not mentioned in the 1957 Treaty of Rome, environmental concerns have, through the various treaty reforms, gradually been able to establish themselves as one of the greatest values enshrined in the treaties. Henceforth, environmental protection is not only a core objective of the Union, it has also been placed on equal footing with economic growth and the internal market. The choice of legal basis of pieces of legislations aiming at protecting the air quality represents a critical juncture in relations between institutions, as well as the relations between the Member States and the EU. It is not the case that every single provision even remotely relating to environmental issues has been passed under the only chapter of the Treaty dedicated to environmental policy (chapter XIX). As the EU harmonisation measures aim at avoiding distortions of competition between undertakings, a significant number of product-oriented directives and regulations which have a direct impact on the internal market, and in particular those which lay down product standards, have been adopted on the base of Article 114 TFEU, a provision empowering the EU institutions to enact all measures affecting the establishment and the functioning of the internal market. It is thus the aim of this article to explore some of the key issues arising in the choice of the relevant legal bases in order to harmonise environmental legislations.

I. Introduction

Si la protection de l'environnement n'est pas une préoccupation récente, celle-ci a pris, ces dernières années, une acuité nouvelle, marquée par l'urgence de trouver des solutions universelles au réchauffement climatique, à l'érosion de la biodiversité ainsi qu'à l'épuisement des ressources naturelles. Pas un jour ne se passe, en effet, sans que nous ne soyons informés de nouvelles menaces, de risques insoupçonnés, de marées noires, de la disparition d'espèces sauvages, d'incendies ravageurs, de la fonte de glaciers, de smogs troposphériques, de disrupteurs endocriniens,.... Sorti de sa marginalité, ce sujet est devenu un enjeu majeur, à tel point qu'il est récemment devenu un des fers de lance de la Commission européenne.

Ni les pollutions ni les espèces sauvages connaissent les frontières. Que ce soit pour la gestion des cours d'eau transfrontières, les transferts internationaux de déchets, la conservation des espèces migratrices, la lutte contre les substances destructrices de l'ozone stratosphérique et la réduction des gaz contribuant au réchauffement de l'atmosphère, une action transnationale s'impose. Aussi, la Communauté économique européenne fut appelée, dès le début des années 70, à jouer un rôle majeur dans le rapprochement des réglementations nationales concernant la protection de l'environnement. Progressivement, sa politique a couvert des domaines extrêmement variés allant de la protection des nappes phréatiques à celle d'espèces endémiques.

Dans une première section, nous mettrons en exergue la place qu'occupe la protection de l'environnement dans le droit primaire. Ensuite, nous exposerons les tensions qui opposent

cette politique à celle du marché intérieur, notamment quant au choix des bases juridiques respectives des actes d'harmonisation et la détermination de seuils de protection. Enfin, dans une dernière section, nous prendrons la mesure des incidences sur l'application du principe de libre circulation des marchandises qui complète de l'harmonisation obtenue au moyen d'une noria de directives et de règlements.

II. Reconnaissance dans le droit primaire de la protection de l'environnement

Faut-il encore rappeler que le concept d'environnement est un néologisme de la fin des années soixante. Quelle que soit la langue vernaculaire, la notion est très large. Le Robert le définit comme l'« *ensemble des conditions naturelles (physiques, chimiques, biologiques) et culturelles (sociologiques) dans lesquelles les organismes vivants (en particulier l'homme), se développent* »¹ tandis que le CNRS le définit comme suit: « *l'ensemble des éléments physiques qui environnent un organisme vivant, qui se trouvent autour de lui* »². Pour d'aucuns, cette préoccupation est née en réaction aux excès du progrès scientifique et technique. Mais qu'est-ce qu'au juste l'environnement ? S'il est un concept fourre-tout, c'est bien celui-là. Rebelle à tout effort de segmentation juridique, cette notion caméléon se limite dans sa signification la plus restreinte au voisinage, alors qu'interprétée dans son sens le plus large, elle se confond avec la biosphère.

Au début des années soixante-dix, il n'était guère aisé de poser les jalons d'une politique environnementale européenne dans un monde fortement artificialisé. Comment distinguer l'environnement du naturel, de l'écologique, du biologique ? Les représentations divergeaient déjà à l'époque en fonction de la richesse et de la pauvreté ainsi que des cultures, anciennes et nouvelles, rurales et urbaines, nordique et méditerranéenne,...

Etant donné que l'ordre juridique de la Communauté fut pensé à l'origine en termes d'intégration économique, ignorant la précarité des ressources naturelles et des biens inappropriables, dont nous sommes débiteurs vis-à-vis des générations futures, il ne s'est ouvert que lentement aux exigences environnementales. Alors qu'elle n'était pas évoquée en 1957 dans le traité de Rome, la protection de l'environnement est parvenue, au fil des réformes institutionnelles, à s'imposer comme une des préoccupations essentielles des institutions, ce qui atteste notamment le pacte vert de la nouvelle Commission européenne.

En tant que valeur essentielle, la protection de l'environnement fut affirmée au début des années 80 par la Cour de justice et non pas par les auteurs du traité de Rome dans le dessein d'élargir la liste des dérogations expresses à la libre circulation des marchandises³. Aussi, la consécration de cette valeur fut-elle à ses débuts davantage réactive que proactive. Par la suite, affirmé en tant qu'« *action* » par l'Acte unique européen, laquelle s'est mutée en « *politique* » lors de l'adoption du traité de Maastricht. Avec le traité d'Amsterdam « *un niveau élevé de protection et d'amélioration de l'environnement* » fut requis pour l'ensemble des politiques communautaires. Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la reconnaissance simultanée des trois piliers du développement durable consacré à l'article 3, par. 3 TUE et d'un principe de niveau de protection élevé de l'environnement dans la Charte des droits fondamentaux (article 37) permet de mesurer l'ampleur du chemin parcouru depuis l'entrée en vigueur du traité de Rome. La finalité de l'Union n'est désormais plus seulement économique ; elle est aussi environnementale. Aussi, le fonctionnement du marché intérieur est-il appelé à s'accommoder avec une valeur non-mercantile dont la protection juridique

¹ *Le Nouveau Petit Robert de la Langue française*, Paris, 2009.

² CNRS, *Trésor de la langue française*, 1979.

³ CJCE, 11 décembre 1990, *Commission c. Danemark*, C-47/88, *Rec.*, p. I-4509.

revêt un caractère tout aussi essentiel. Il convient de prendre au sérieux la place de choix qu'occupent désormais les questions environnementales dans le droit primaire.

Cela étant dit, la consécration dans le droit primaire d'une telle valeur ne peut remettre en cause les principes généraux du droit de l'Union. Autant soient-elles légitimes, des considérations environnementales ne peuvent justifier une discrimination indirecte résultant de la perception d'une redevance sur d'utilisation des infrastructures routières auxquels les véhicules de moins de 3,5 t. sont soumis, alors que les véhicules immatriculés en Allemagne bénéficient de l'exonération de la taxe sur les véhicules automobiles d'un montant équivalent à celui qu'ils auraient été amenés à acquitter pour la redevance⁴.

Toutefois, si la notion d'environnement est aujourd'hui bien ancré dans les traités fondateurs, on peut se demander si la notion n'est pas dépassée dans la mesure où la distinction entre nature et artifice est devenu indéciable⁵ « *Si nous ouvrons les yeux sur le monde qui nous entoure, nous voyons que tout autour de nous ... porte la marque des activités techniques de l'homme, non seulement les villes mais les campagnes, les forêts, les rivières ... De même, les innombrables objets que nous utilisons nous relient à de vastes réseaux d'infrastructures technologiques, de fonctionnement desquels notre vie, dans tous ses aspects et à chaque instant, dépend inexorablement* »⁶. L'introduction de nouvelles technologies présentant un danger pour l'environnement naturel n'est-elle pas susceptible de heurter « *le point de vue d'une partie de l'opinion publique* » notamment eu égard à « *une conception chrétienne de la vie* »⁷ Et ce que nous ne parvenons pas à artificialiser (OGMs, animaux clonés, etc.), nous le contaminons. En effet, combien de substances, de résidus, de polluants, d'émissions, de rayonnements, d'effluents répandons-nous sur cette terre, sans nous rendre compte pour autant qu'ils se diffuseront dans la nature, qu'ils deviendront des éléments naturels que nous ne maîtriserons plus. Nous naturalisons ainsi nos artifices.

Enfin, on pourrait arguer qu'en constituant une des nombreuses facettes de l'intérêt général, la protection de cette valeur ne présenterait pas davantage de spécificités que d'autres valeurs telles que la santé publique, la protection des consommateurs ou la promotion de la diversité culturelle. Ce raisonnement fait cependant fi de l'impératif du développement durable. Une croissance économique viable va de pair avec la conservation des ressources naturelles, l'amélioration de la qualité de vie, la protection des travailleurs contre les nuisances industrielles, une prise de conscience de la part consommateurs de leur empreinte écologique, et la conservation de la biodiversité. Sous cet angle, la protection de l'environnement devient l'aiguillon d'une croissance économique davantage responsable, qui pourrait retarder le risque d'apocalypse que nous annonce une frange importante de la communauté scientifique. Il y aurait donc bien une hiérarchie implicite des valeurs dans le droit primaire.

III. L'environnement au service du marché intérieur ou l'inverse ?

Inspirée tantôt par la crainte d'un effritement du marché commun, tantôt par le souci d'afficher une image moins mercantile, tantôt par le dessein de sauvegarder une nature menacée, une politique européenne a vu le jour il y a près de quatre décennies. Le droit dérivé

⁴ CJCE, 18 juin 2019, *Autriche c. Allemagne*, C-591/17, EU:C:2019:504, point 75.

⁵ C. et R. LARRERE, *Du bon usage de la nature, Pour une philosophie de l'environnement*, Alto Aubier, Paris, 1997, p. 159.

⁶ Ph. ROQUEPLO, *Climats sous surveillance. Limites et conditions de l'expertise scientifique*, Paris, Economica, 1993, p. 266.

⁷ CJCE, 16 juillet 2009, *Commission c. Pologne*, C-165/08, EU:C:2009:473, point 56.

se compose aujourd'hui d'une noria de régimes juridiques visant à réglementer les nuisances et les pollutions (bruit, déchets, substances chimiques, émissions aqueuses et atmosphériques) et à protéger les principaux milieux (hydrosphère, atmosphère, pédosphère), de même que certaines de leurs composantes (biosphère). On compte aujourd'hui plus de trois cents actes réglementaires, soit près de huit pour cent du droit dérivé⁸, dont la mise en œuvre suscite un contentieux foisonnant.

Même si plusieurs bases juridiques entrent en jeu,⁹ l'harmonisation s'est articulée principalement autour de deux axes :

- d'une part, une politique relative aux émissions (normes de rejet) et aux milieux récepteurs (objectifs de qualité), dont les actes sont adoptés sur la base de l'article 192 TFUE ; cette dernière est fortement décentralisée et minimaliste (article 193 TFUE) ;
- d'autre part, une politique de produits, dont les actes sont adoptés sur la base de l'article 114 TFUE ; celle-ci repose sur des normes uniformes destinées à faciliter leur libre circulation au sein du marché intérieur.

1. Politique environnementale

Alors que le législateur de l'UE s'appuie sur l'article 114 TFUE lorsqu'il s'agit d'adopter des règlements encadrant la mise sur le marché de produits ou de substances nocives pour l'environnement, il recourt à l'article 192 TFUE pour adopter des directives qui ont pour objet la protection de certains écosystèmes et la réglementation de nuisances (les nuisances sonores urbaines, les déchets, ..).

En raison de la configuration d'une politique environnementale fortement marquée du sceau de la subsidiarité,¹⁰ ces directives, et plus particulièrement les directives-cadres¹¹ constituent le fer de lance de l'harmonisation réalisée dans ce domaine. Alors que le législateur n'a jamais recouru aux règlements pour assurer la protection de l'eau, de l'air ou la réglementation du bruit, il l'a fait pour les matières suivantes:

- la réglementation des modes de participation volontaire des entreprises (voy. par exemple les règlements sur les éco-labels ou sur les audits écologiques)¹²,
- le contrôle de l'importation, de l'exportation et du transfert des espèces menacées de disparition en raison de leur commerce international¹³,

⁸ N. de SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, ULB, 2010.

⁹ N. de SADELEER, « Environmental Governance and the Legal Bases Conundrum », *Oxford Yearbook of European Law*, 2012, pp. 1 à 29.

¹⁰ N. de SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et Société*, 2012, n° 80, pp. 73-90.

¹¹ Sur la technique de la directive-cadre dans le domaine environnemental, voy. M. BOGAART, "The Emergence of the Framework Directive in EU Environmental Policy", in M. PEETERS et R. UYLENBURG (éds.), *EU Environmental Legislation*, Cheltenham, Edgard Elgar, 2015, p. 48-79.

¹² Voy., par ex., règlement (CE) No 1221/2009 du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), JOUE, N° L 342 /1.

¹³ Voy., par ex., les règlements n°348/81/CE du 20 janvier 1981 relatif à un régime commun applicable aux importations de produits issus de cétacés, JOUE, N° L 39/ 1 ; 3254/91/CE interdisant l'utilisation du piège à mâchoires dans la Communauté et l'importation de fourrures et de produits manufacturés de certaines

- le contrôle de l'importation, de l'exportation et du transfert des déchets conformément à la convention de Bâle¹⁴,
- la mise en œuvre des trois volets de la Convention d'Aarhus¹⁵,
- la mise en œuvre des obligations découlant d'accords internationaux auxquels l'Union est partie (conventions de Bâle, de Stockholm, de Rotterdam, etc.)¹⁶.

A la différence des règlements précités qui peuvent être extrêmement précis¹⁷, les dispositions des directives-cadres sont généralement libellées de manière très générale. *A priori*, le recours à cet instrument a pour effet d'accroître la discrétion des autorités nationales quant au choix de la forme et des moyens appropriés pour atteindre les objectifs fixés par le législateur de l'Union, marge d'appréciation qui rencontre toutefois ses limites dans l'effet utile des règles de droit dérivé obligeant les Etats membres à adopter un comportement déterminé dans le dessein de prévenir la survenance d'un dommage à l'environnement¹⁸. Qui plus est, l'harmonisation est de nature minimale, puisqu'en vertu de l'article 193 TFUE les Etats membres peuvent adopter des mesures plus strictes que celles prévues par la mesure d'harmonisation¹⁹.

A l'instar d'autres volets du droit public, les règles de droit secondaire adoptées sur la base de l'article 192 TFUE se ramifient, se contractualisent et se procéduralisent, tendances qui exacerbent la lourdeur de ces normes rédigées davantage par des techniciens que par des juristes.

Qui plus est, les régimes de protection du milieu s'arriment à des approches sectorielles hétérogènes (nature, eau, air, déchets, changement climatique, protection de la couche d'ozone, etc.) poursuivant des finalités distinctes (bon état de la qualité de l'eau²⁰, état de conservation favorable des habitats et des espèces²¹, etc.), en fonction de procédures spécifiques, souvent conduites sans aucune vue d'ensemble.

Au demeurant, l'harmonisation est à géométrie variable : certaines matières sont davantage frappées du sceau de la subsidiarité (installations classées, objectifs de qualité de différents

espèces animales sauvages, JOUE, N° L 308/ 11 ; n°338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce, JOUE, N° L 61 /1.

¹⁴ Règlement 1013/2006/CE sur les mouvements transfrontières de déchets, *JO*, n° L 190/1.

¹⁵ Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, JOUE, N° 264/13.

¹⁶ Voy., par ex., les règlements 2037/2000/CE du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, *JO*, n° L 244/1, et 338/97/CE sur la protection des espèces de la faune et de la flore sauvages par la réglementation de leur commerce, JOUE, N° L 51/3.

¹⁷ Voyez le degré de précision que revêt le règlement 1013/2006/CE relatif aux mouvements transfrontières de déchets ainsi que le règlement 2037/2000/CE du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

¹⁸ CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, C-72/95, *Rec.*, p. I-5403, point 50, ainsi que 28 février 2008, *Abraham*, C-2/07, *Rec.*, p. I-1197, point 37 ; CJCE, 7 septembre 2004, *Waddenzee*, C-127/02, EU:C:2004:482, point 53.

¹⁹ N. de SADELEER, *Commentaire Mégret, op.cit.*, p. 421 et sv.

²⁰ Article 4.1, a, ii) de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JOUE, N° L 327/1.

²¹ Article 2.2. 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, JOUE, N° L 206/7.

polluants dans les écosystèmes²²,...), alors que d'autres secteurs font l'objet d'une harmonisation quasiment complète (circulation interétatique des déchets²³, restrictions quant à la mise sur le marché ou l'utilisation des substances à risque²⁴). En raison de la réticence de certaines autorités nationales, des secteurs plus anciens échappent aussi en partie à l'harmonisation (réglementation des rejets des substances dangereuses dans les eaux). Les pollutions historiques échappent au régime harmonisé de responsabilité environnementale²⁵. Enfin, des secteurs entiers (aménagement du territoire, fracking, etc.) ont été totalement délaissés au motif que ces matières relèvent de la compétence soit du législateur international, soit du législateur national. Aussi le droit dérivé s'inspire-t-il moins de l'ordonnancement symétrique des jardins à la française conçus par Le Nôtre que de la composition d'un parc à l'anglaise.

Ce pan du droit dérivé a-t-il produit les effets escomptés ? Faut-il voir le verre à moitié plein ou à moitié vide ? Force est de constater que cette foulditude de règles hétéroclites, éclatées dans différents régimes sectoriels, dont la normativité est extrêmement variable, constitue un édifice largement inachevé. La proximité du législateur n'est pas nécessairement un gage de maturité. Les problèmes environnementaux sont constamment au devant de la scène. Le seuil de 400 ppm de CO₂ a été dépassé à Hawaï au mois de mai 2013, seuil qui n'avait été franchi depuis le Pliocène, soit il y a 3 millions d'année. Les dernières années ont été les plus chaudes jamais connues depuis le début des recherches climatiques. Nous avons connu en 2003-2004 l'hiver le plus chaud jamais enregistré depuis 1833. Par ailleurs, la pollution atmosphérique réduit l'espérance de vie en Europe de près d'un demi million de personnes²⁶. Sur le registre de la biodiversité, le nombre d'espèces disparaissant n'a jamais été aussi élevé. En Europe, l'objectif d'arrêter la perte de biodiversité à partir de 2010 n'a pas été atteint. « *Seuls 17 % des espèces et habitats évalués dans sont dans un état de conservation favorable, et la dégradation et la diminution du capital naturel compromettent les efforts visant à réaliser les objectifs de l'Union en matière de biodiversité et de changement climatique* »²⁷. Malgré l'accumulation des directives et des règlements, et des règles nationales qui en découlent, les pressions sur les écosystèmes s'accroissent, les espaces naturels se rétrécissent comme une peau de chagrin²⁸, les espèces disparaissent à un rythme préoccupant²⁹, les substances chimiques s'accumulent, les sols s'érodent, les mers s'acidifient, le béton se répand sur le littoral, ... Enfin, les normes protectrices arrivent comme les carabiniers d'Offenbach. Comme l'attestent les exemples qui suivent, le décalage entre les avertissements émis par la communauté scientifique et les décisions prises pour contrecarrer des risques

²² A défaut d'harmonisation, les normes de qualité environnementale pour les polluants doivent être adoptées par les Etats membres. Cf. Article 11, paras. 5 à 8 et les points 1 à 9 de l'annexe VIII de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

²³ CJCE, 13 décembre 2001, *Daimler Chrysler*, C-324/99, Rec. I- 9897, point 33.

²⁴ Trib. UE, 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours (France) e.a. c. Commission*, T-31/07, point 203.

²⁵ Article 17 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOUE, N° 143/56.

²⁶ EEA, *The Fourth Assessment*, Copenhagen, 2007, p. 73.

²⁷ Point 6, Annexe I du 7ème programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », JOUE, N° L 354/171.

²⁸ Joint EEA-FOEN Report No 11/2016, *Urban Sprawl in Europe*.

²⁹ EEA Report No 10/2020, *State of nature in the EU*.

significatifs s'avère parfois considérable³⁰. Le décalage entre la norme et les problématiques qu'elle est censée réglementer devient inquiétant.

2. Politique du marché intérieur

L'essor d'une politique environnementale au niveau européen tire indéniablement son origine du souci d'éviter les distorsions de concurrence entre les entreprises. Laisser la bride sur le cou des autorités nationales présentait le risque de voir certains Etats membres se livrer à une concurrence acharnée, du fait que certains pouvaient attirer les installations polluantes à l'endroit où le coût de la pollution est le moins élevé, phénomène qui ne pouvait difficilement être contrecarré par la seule évocation du principe du pollueur-payeur. L'absence d'harmonisation des dispositifs de lutte contre la pollution aurait dès lors pu entraîner une diminution généralisée du niveau de protection (« *Race to the Bottom* »). Aussi, bon nombre de directives furent adoptées sur la base de l'ancien article 100 TCEE, remplacé par la suite par l'article 95 CE et devenu enfin l'article 114 TFUE dans la perspective de l'établissement du marché commun, métamorphosé en marché intérieur³¹.

Dans le cadre de la politique du marché intérieur, la mise sur le marché des substances chimiques (règlement REACH, règlement pesticides, règlement biocides, règlement nouveaux aliments OGM, autres substances à risque produits chimiques, etc.) fut réglementée à l'origine par des directives remplacées par la suite par des règlements. Ces différents actes sont parvenus à harmoniser les procédures à suivre et les conditions à remplir pour pouvoir mettre sur le marché des produits à risque. En outre, cette harmonisation est de nature maximale, étant donné que les Etats membres ne peuvent s'écarter de la mesure communautaire que s'ils agissent conformément à une clause de sauvegarde³² ou s'ils sont autorisés par la Commission européenne en vertu des articles 114, paragraphes 4 à 6 TFUE³³.

Ce pan du droit dérivé est-il parvenu à juguler les risques environnementaux engendrés par les dizaines de milliers de substances que nous produisons, utilisons, consommons, rejetons ?

Si ces actes visent à la fois à supprimer les obstacles potentiels au commerce intracommunautaire qui résulteraient de règles unilatérales³⁴ et à réduire leurs impacts sur la santé et le milieu conformément à l'objectif d'un haut niveau de protection³⁵, il n'en demeure pas moins que leur objectif principal est d'établir des conditions de mise sur le marché identiques pour l'ensemble des importateurs et des producteurs.

³⁰ Bien que des inspecteurs du travail britanniques aient, dès le début du XX^{ème} siècle, mis en évidence le danger que représentait l'exploitation de l'asbeste pour les travailleurs, il fallut attendre le 19 mars 1987 pour que le Conseil adopte la première directive concernant la prévention et la réduction de la pollution de l'environnement par l'amiante. Cf. Directive du Conseil 87/217/CEE, 19 mars 1987, *JO*, n° L 85/40.

³¹ N. de SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, OUP, 2014, p. 157-161.

³² S'agissant des clauses de sauvegarde concernant la culture des OGM, voy. notamment CJUE, 13 septembre 2017, *Giorgio Fidenato*, C-111/16, EU:C:2017:676.

³³ N. de SADELEER, « Les dérogations nationales à l'harmonisation du marché intérieur. Examen au regard de l'article 114, paragraphes 4-7 TFUE », *RDUE*, 2013, 1-35.

³⁴ M. ONIDA, « Products and the Environment », in R. MACCRORY (éd.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law. A High Level of Protection?*, Groningen, Europa Law publishing, 2005, p. 248.

³⁵ M. PALLEMAERTS (éd.), *EU and WTO Law : How tight is the Legal Straitjacket for Environmental Product Regulation?*, Brussels, VUB University Press, 2006 ; L. KRÄMER, *EC Environmental Law*, 6ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, p. 224-272.

Aussi la politique de l'Union reste-t-elle davantage dictée par la volonté d'égaliser les conditions de concurrence que par la conservation des écosystèmes. Qui plus est, malgré le champ d'application relativement large du règlement REACH, l'Union ne dispose pas d'un ensemble de règles dont l'objet serait de réduire, de manière systématique et cohérente, les impacts des produits sur la santé et l'environnement. Sans doute le nœud du problème tient-il au fait que, selon la logique du développement durable, les produits devraient être utilisés à long terme alors que la croissance économique traditionnelle repose non seulement sur une augmentation constante de la production des biens, mais aussi sur des produits dont la durée de vie est sans cesse plus courte. Au demeurant, l'obsolescence programmée des produits électroniques atteste nos modes de consommation évanescents. Aussi les « produits verts » n'existent-ils pas vraiment, même si certains d'entre eux engendrent moins de nuisances que des produits équivalents. ? A la lecture de certains arrêts rendus par la Cour de justice, le profane, soucieux de consommer des produits naturels, sombrera dans un abîme de perplexité quant à l'artificialisation de notre monde³⁶.

3. Matières se trouvant à cheval sur le droit du marché intérieur et le droit de l'environnement

La frontière n'est pas toujours facile à tracer entre les compétences partagées en rapport avec le fonctionnement du marché intérieur (article 114 TFUE) et le droit de l'environnement (article 192 TFUE). Ainsi certaines matières sont couvertes à la fois par des directives et des règlements dont les bases juridiques diffèrent.

On en veut pour preuve la réglementation des produits phytopharmaceutiques. Relevant à l'origine exclusivement de la PAC (article 43 TFUE ; article 37 TCE), la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et les «substances actives» que contiennent ces derniers fut, dans un premier temps, réglementée par la directive 91/414/CEE du Conseil, du 15 juillet 1991, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques. Cette directive fut remplacée à la fin de l'année 2009 par un règlement 1107/2009/CE concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (ci-dessous règlement « produits phytopharmaceutiques »)³⁷. Ce nouveau règlement a pour base juridique les article 43, par. 2, TFUE, 114 TFUE et 168, par. 4, TFUE. L'autorisation ne peut être accordée qu'à la condition que les substances actives du produit phytopharmaceutique soient reprises dans un règlement comportant la liste des substances actives³⁸. L'inscription par la Commission, conformément à une procédure de comitologie, de ces substances constitue un enjeu considérable. Pour qu'elle soit inscrite à l'annexe I du règlement, la substance active ne devrait pas avoir ni d'effet nocif sur la santé humaine ou animale ni d'influence inacceptable sur l'environnement³⁹. L'inscription d'une substance active (par exemple, le glyphosate, l'azoxystrobine, le triasulfuron, le carfentrazone-éthyl, etc.) à l'annexe I implique qu'elle ne devra pas être enregistrée en tant que substance chimique en vertu de la réglementation sur les

³⁶ CJCE, 14 juillet 2005, *Commission c. Espagne*, C-135/03, *Rec.*, p. I-6906, points 36 à 41 ; 14 juillet 2005, *Commission c. Espagne*, C-135/03, *Rec.*, p. I-6906, points 36 à 41 ; 4 avril 2000, *Adolf Darbo*, C-465/98, *Rec.*, p. I-2321, point 33 ; CJ, 26 mai 2005, *Cadocons*, C-132/03, *Rec.*, p. I-4167.

³⁷ Règlement 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, JOUE, N° L 309/1.

³⁸ Article 29, par. 1, a). Voy. le règlement d'exécution (UE) No 540/2011 de la Commission du 25 mai 2011 portant application du règlement (CE) no 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil, en ce qui concerne la liste des substances actives approuvées, JOUE, N° L 135/1.

³⁹ Article 4, par. 2.

substances chimiques⁴⁰. L'autorisation du produit phytopharmaceutique (par exemple, le Roundup) est accordée par l'État membre sur le territoire duquel le produit est mis sur le marché pour la première fois. En vue de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, le règlement soumet au principe de la reconnaissance mutuelle les autorisations accordées par des États membres⁴¹.

Par ailleurs, le législateur de l'Union a adopté à la fin de l'année 2009 la directive 2009/128/CE instaurant un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatible avec le développement durable⁴². Adoptée sur la base de l'article 192 TFUE, cette directive prévoit un certain nombre de mesures de prévention dont la planification au niveau national de la réduction des dangers et des risques de la lutte chimique contre les ravageurs, une amélioration de l'information du grand public, un régime de certification des utilisateurs professionnels et des distributeurs, l'inspection régulière du matériel d'application, l'interdiction de la pulvérisation aérienne, la lutte intégrée ainsi que la protection du milieu aquatique et des zones protégées, en vertu notamment des directives-cadres sur l'eau ainsi que les directives « Oiseaux » et « Habitats ».

Ces deux approches réglementaires sont complémentaires. Alors que le règlement « produits phytopharmaceutiques » garantit en amont la mise sur le marché de produits contenant des substances actives moins nocives, la directive 2009/128/CE établit en aval un cadre réglementaire obligeant les pouvoirs publics à réglementer l'usage des produits autorisés. Le règlement « produits phytopharmaceutiques » débouche ainsi sur une harmonisation maximale, tandis que la directive 2009/128/CE constitue une harmonisation minimale, laquelle est justifiée par la diversité des conditions agricoles, phytosanitaires et d'environnement des régions concernées. Le tableau suivant met en exergue les différences entre ces deux approches réglementaires.

Harmonisation UE	Règlement (CE) n°1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques	Directive 2009/128/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 instaurant un cadre d'action communautaire pour parvenir à une utilisation des pesticides compatibles avec un développement durable
Objet	Liste positive de substances actives ; mise sur le marché et restrictions des produits phytopharmaceutiques	Plans nationaux, formation, vente de pesticides, sensibilisation
Base juridique dans le TFUE	Article 43, § 2 TFUE (PAC) 114, § 1 ^{er} TFUE (marché intérieur), Article 169, § 2, b) TFUE (protection des consommateurs)	Article 192, § 1 ^{er} TFUE (environnement)

⁴⁰ Article 15, par. 1, REACH.

⁴¹ Article 40.

⁴² JOUE, N° L 309/71.

De même, le droit dérivé en matière de conservation de la nature opère une distinction entre une approche centralisée s'agissant des espèces de la faune et de la flore sauvages faisant l'objet d'un commerce international (Règlement 338/97) et les espèces indigènes vulnérables ou menacées dont le commerce doit être restreint (directives 2009/147 (oiseaux sauvages) et 92/46 (habitats)). Les rapports entre ces deux approches réglementaires sont emberlificotés. Ainsi, nonobstant l'absence d'une disposition spécifique dans le règlement (CE) n° 338/97, les espèces dont le commerce est interdit par les directives oiseaux et habitats relèvent automatiquement de l'annexe A⁴³. Le tableau suivant illustre la ligne de partage entre ces deux approches réglementaires.

Harmonisation en droit UE	Règlement 338/97 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce	Directive 2009/147 concernant la conservation des oiseaux sauvages Directive 92/46 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages
Objet	Mise en œuvre de la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES). Le règlement établit une liste des espèces menacées regroupées en quatre annexes (A,B, C et D).	Ces directives établissent un régime général de protection de toutes les espèces d'oiseaux sauvages sauvages vivant sur le territoire européen ainsi que des espèces d'autres taxons.
Base juridique dans le TFUE	Article 192, § 1 ^{er} TFUE (environnement)	Article 192, § 1 ^{er} TFUE (environnement)

IV. Les mesures environnementales contrées par les libertés économiques fondamentales

D'aucuns considèrent que les mesures nationales ou régionales de protection de l'environnement masqueraient des velléités d'une politique néo-protectionniste. La volonté de garantir une meilleure protection du milieu en limitant l'importation des produits générateurs de nuisances ne constitue-t-elle pas un alibi particulièrement crédible permettant de renforcer la position concurrentielle des industries nationales ? Une telle stratégie ne s'avère-t-elle pas d'autant plus insidieuse que les mesures prises pour combattre la pollution sont, pour la plupart, indistinctement applicables aux produits nationaux comme aux produits étrangers ? Les mesures nationales visant à protéger l'environnement doivent-elles alors céder le pas devant les libertés de faire circuler les marchandises et les services, qui constituent, aux yeux de la Cour de justice et de la grande majorité des commentateurs du traité, un des fers de lance de la construction européenne ?

La compatibilité des mesures environnementales adoptées par les Etats membres et les libertés économiques doit être appréhendée sous deux angles distincts : l'application directe

⁴³ L'annexe A reprend les espèces inscrites à l'annexe I de la CITES ainsi que d'autres espèces que l'UE considère comme menacées d'extinction ou qui sont extrêmement rares. La Cour de justice a jugé que le règlement (CE) n° 338/97 ne s'opposait pas à ce qu'un Etat membre interdise, de manière générale, sur son territoire toute utilisation commerciale des spécimens nés et élevés en captivité lorsque ceux-ci appartiennent à des espèces inscrites à l'annexe A. Tel est le cas d'une interdiction française de commercialiser certaines espèces de perroquets inscrites à l'annexe A alors même que ces spécimens sont nés en captivité en France. Voy. CJCE, 23 octobre 2001, *Tridon*, C-510/99, Rec., p. I- 7777, point 41.

des libertés de circuler et, de manière complémentaire, l'harmonisation positive.

Le juriste devra tout d'abord vérifier si la validité de la mesure nationale doit être appréciée à l'aune de la mesure d'harmonisation ou du droit primaire, exercice qui n'est guère aisé. Ensuite, à défaut d'harmonisation complète, dans la mesure où le régime national constitue une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à la libre circulation des marchandises, il devra vérifier la pertinence de la justification avancée par les autorités nationales et la proportionnalité de la mesure. Dans la mesure où le droit national de l'environnement comporte des régimes environnementaux hybrides s'inspirant tantôt du droit administratif, tantôt du droit fiscal, tantôt du droit pénal, tantôt du droit civil, cette vérification est loin d'être aisée.

1. Harmonisation positive

Dès que les obligations prévues par les directives et les règlements harmonisent la matière de manière complète, les mesures nationales restreignant les échanges doivent être appréciées au regard du droit dérivé et non pas à l'aune des dispositions de droit primaire consacrant la libre circulation des marchandises⁴⁴.

Les Etats membres se trouvent alors purement et simplement privés de la possibilité d'adopter des mesures plus restrictives que celles prévues par le droit dérivé. Ni les exigences découlant de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, ni les justifications inscrites à l'article 36 TFUE ne peuvent être invoquées⁴⁵. Par exemple, lorsque la norme d'harmonisation a aménagé de manière exhaustive des procédures communes de contrôle, les autorités nationales sont tenues d'accomplir leurs inspections dans le respect de ces procédures. L'affaire *Daimler Chrysler* apporte un éclairage intéressant. En l'espèce, le Land de Bade-Wurtemberg obligeait les producteurs et détenteurs de déchets dangereux établis sur son territoire à les envoyer, en vue de leur incinération, à un centre de traitement dépendant dudit Land, ce qui privait leurs détenteurs de la possibilité de les exporter à moindre coût, vers la Belgique pour y être traités. Devant vérifier si le règlement n° 1013/2006 sur les mouvements transfrontières de déchets autorisait les États membres à prendre des mesures d'interdiction des transferts de déchets afin de mettre en oeuvre les principes de proximité et d'autosuffisance «conformément au traité», la CJUE a dû cerner les contours de ces termes. Elle a jugé que la mesure allemande en cause ne pouvait pas « faire l'objet d'un examen distinct de sa compatibilité avec les dispositions des articles [34, 35 et 36 TFUE] »⁴⁶. Cet examen ne doit se faire uniquement au regard du dispositif du règlement n° 1013/2006.

Les Etats membres ne sont autorisés à s'en écarter que lorsque la norme d'harmonisation prévoit expressément des possibilités de dérogations sous la forme d'une clause de sauvegarde⁴⁷. Ainsi, si un État membre souhaite contrer, après la délivrance de l'autorisation

⁴⁴ Voy., parmi beaucoup d'autres, les arrêts : CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi*, C-5/77, *Rec.*, p. 1555, point 35 ; 5 avril 1979, *Ratti*, C-148/78, *Rec.*, p. 1629, point 36 ; 8 novembre 1979, *Denkavit Futtermittel*, C-251/78, *Rec.*, p. 3369, point 14 ; 20 septembre 1988, *Moormann*, C-190/87, *Rec.*, p. 4689, point 10 ; 7 mars 1989, *Schumacher*, C-215/87, *Rec.*, p. 617, point 15 ; 21 mars 1991, *Delattre*, C-369/88, *Rec.*, p. I-1487, point 48 ; 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, C-62/90, *Rec.*, p. I-2575, point 10 ; 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077, point 30 et CJ, 10 novembre 1994, *Ortscheit*, C-320/93, *Rec.*, p. I-5243, point 14.

⁴⁵ CJCE, 12 novembre 1998, *Commission c. Allemagne*, C-102/98, *Rec.*, p. I-6871 ; 20 octobre 2005, *Commission c. Suède*, C-111/03, *Rec.*, p. I-8789.

⁴⁶ CJUE, 13 décembre 2001, *DaimlerChrysler*, C-324/99, *Rec.*, p. I-9897, point 43.

⁴⁷ CJ, 5 octobre 1977, *T.T.J.*, C-5/77, *Rec.*, p. 1555 ; 5 avril 1979, *Ratti*, C-138/78, *Rec.*, p. 1609.

de mettre sur le marché un OGM, un nouveau risque pour l'environnement ou la santé au moyen d'un régime d'interdiction ou de restriction, il est tenu de recourir à l'une des clauses de sauvegardes prévues par la réglementation de l'Union⁴⁸, soit l'article 16, par. 2 de la directive 2002/53 concernant le catalogue commun de variétés végétales, soit l'article 23, par. 1 de la directive 2001/18, soit l'article 34 du règlement 1829/2003⁴⁹. « Expressions particulière du principe de précaution »⁵⁰, ces clauses de sauvegarde ont été interprétées restrictivement, notamment dans les affaires ayant trait au à propos de la culture du maïs MON 810, étant donné qu'elles dérogent au principe général de libre circulation⁵¹.

Or, la seule existence formelle d'un acte de droit dérivé ne suffit pas à écarter l'article 36 TFUE ou les exigences impératives d'intérêt général. Encore faut-il que l'harmonisation soit complète. Tant qu'elle ne l'est pas, les États membres peuvent valablement invoquer les motifs visés à l'article 36 TFUE ou une exigence impérative d'intérêt général pour faire obstacle à la libre circulation des marchandises concernées, la primauté du droit dérivé ne valant que dans les limites du domaine harmonisé⁵².

Pour des matières hétérogènes, réglementées par des directives et des règlements au contenu fort technique, la tâche du juriste s'avère extrêmement ardue. Aussi la Cour a-t-elle dû vérifier à plusieurs reprises si des dispositions de directives environnementales à bout de déboucher sur une harmonisation complète de la matière.

- L'article 5 de la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballage, qui permet aux États membres de favoriser, conformément au traité, les systèmes de réutilisation des emballages qui sont susceptibles d'être réutilisés sans nuire à l'environnement, ne conduit pas à harmoniser complètement les systèmes nationaux destinés à favoriser la réutilisation des emballages⁵³.
- Dans le même ordre d'idées, l'article 7 de la directive 94/62 n'harmonise pas de manière complète les instruments économiques pouvant être adoptés par les États membres. Il s'ensuit qu'un droit d'accise, devant être acquitté par les opérateurs qui n'adhèrent pas au système de reprise des déchets d'emballage en Finlande, doit être apprécié au regard de l'article 110 TFUE et non pas de la directive⁵⁴.

⁴⁸ CJUE, 6 septembre 2012, *Pioneer Hi Bred Italia*, C-36/11, EU:C:2012:534; V. Concl. av. gén. Yves BOT, point 51.

⁴⁹ N. de SADELEER, "Terroir et génie génétique: la réglementation des OGM à l'épreuve des forces centrifuges et centripètes", *Rev Tr Dr Eur*, juillet-sept. 2015, 497-528.

⁵⁰ CJUE, 21 mars 2000, *Greenpeace France*, C-6/99, *Rec.*, point 44 ; 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec.* I-8105, point 111.

⁵¹ CJUE, 8 septembre 2011, *Monsanto*, C-58/10 à C-68/10, EU:C:2011:553, points 70 et 71 ; Concl. av. gén. Yves BOT, point 55.

⁵² CJCE, 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de La Crespelle*, C-323/93, *Rec.*, p. I-5077 ; 20 septembre 1994, *Commission c. Italie*, C-249/92, *Rec.*, p. I-4311 ; 12 octobre 2000, *Cidrerie Ruwet*, C-3/99, *Rec.*, p. I-8749. En ce qui concerne la protection de l'environnement, voy. notamment CJCE, 11 juillet 2000, *Kemikalinspektionen et Toolex Alpha*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, points 27 à 33.

⁵³ CJCE, 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-309/02, points 37 à 45.

⁵⁴ CJUE, 12 novembre 2015, *Valev Visnapuu*, C-198/14, EU:C:2015:751, point 74.

- Avant l'entrée en vigueur du règlement REACH, la réglementation des substances chimiques ne constituait pas une harmonisation exhaustive, ce qui rendait possible l'interdiction d'une substance dangereuse sur le territoire d'un Etat membre⁵⁵.
- Du fait qu'elles ne s'appliquent pas aux véhicules de collection, les directives établissant des normes anti-pollution devant être respectées lors de la première mise en circulation de véhicules automobiles n'empêchent pas les Etats membres de supprimer, au titre d'une des clauses de sauvegarde, l'immatriculation des véhicules étrangers qui ne respectent pas les normes d'émission⁵⁶.
- Si elle interdit aux Etats membres de restreindre ou d'entraver la mise sur le marché de bateaux de plaisance portant le marquage 'CE', la directive 94/25/CE, du 16 juin 1994 ne s'oppose pas pour autant à des mesures nationales qui, pour des raisons tenant à la protection de l'environnement, interdisent leur utilisation, pourvu que ces dispositions n'enfreignent pas les règles du traité⁵⁷.
- Le règlement 338/97/CE du Conseil, du 9 décembre 1996, relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce n'a pas procédé à une harmonisation complète du domaine qu'il couvre. Par conséquent, les mesures plus strictes prises ou maintenues par les États membres doivent être compatibles avec l'article 34 TFUE⁵⁸.
- En prévoyant des mesures destinées à protéger des espèces de poissons indigènes des risques pathogènes provenant d'espèces invasives, les Pays-Bas ne visent pas à protéger des espèces menacées qui tomberaient sous le champ d'application de la directive Habitats et, partant, peuvent invoquer l'article 36 TFUE⁵⁹.

S'agissant des actes adoptés en vertu de l'article 114 TFUE, la possibilité pour adopter des mesures plus sévères est extrêmement limitée.

2. Harmonisation négative

Lorsque le législateur n'a pas réglementé la matière ou au lorsque la mesure ne débouche pas sur une harmonisation complète, les Etats membres demeurent libres de fixer le niveau de protection, moyennant le respect du droit primaire. Cependant, ils doivent veiller à ce que leurs mesures ne constituent pas des entraves à la libre circulation des marchandises. L'interdiction de principe des restrictions quantitatives à des mesures d'effet équivalent au sens des articles 34 et 35 TFUE peut toutefois faire l'objet, en vertu de l'article 36 TFUE, de restrictions dans la mesure où celles-ci sont justifiées par la nécessité de sauvegarder certains intérêts, lesquels sont énumérés de manière limitative⁶⁰. La « protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux » et la « préservation des végétaux », motifs inscrits à l'article 36 TFUE mais qui ne reprennent pas la protection de l'environnement, ont généralement été invoqués avec succès par les autorités nationales⁶¹. Par ailleurs, la Cour de justice a eu l'occasion d'affirmer, à de nombreuses reprises, que la protection de l'environnement constituait un objectif d'intérêt général justifiant que des restrictions puissent être apportées

⁵⁵ CJCE, 11 juillet 2000, *Toolex*, C-473/98, EU:C:2000:379, points 27 à 33.

⁵⁶ CJCE, 11 décembre 2008, *Commission c. Autriche*, C-524/07, EU:C:2008:717, points 46 à 47.

⁵⁷ CJCE, 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, C-142/05, EU:C:2009:336, point 21.

⁵⁸ Voy, notamment, CJCE, 23 octobre 2001, *Tridon*, C-510/99, points 45 et 46 ainsi que 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel*, C-219/07, *Rec.*, p. I-4475, points 14 et 15 ; 10 septembre 2009, *Commission c. Belgique*, C-100/08, point 70.

⁵⁹ CJCE, 4 décembre 2008, *Commission c. Pays-Bas*, C-249/07, points 42 à 43.

⁶⁰ CJCE, 25 janvier 1977, *Bauhuis*, C-46/76, *Rec.*, p. 5.

⁶¹ N. de SADELEER, *Commentaire Mégret*, *op.cit.*, p. 382 à 387.

aux libertés économiques fondamentales⁶². Considérant qu'il s'agit là d'«un des objectifs essentiels de la Communauté»⁶³, la Cour a validé plusieurs régimes environnementaux au titre d'une exigence impérative d'intérêt général⁶⁴. Son interprétation est d'ailleurs corroborée par les différents ajouts apportés au fil des réformes institutionnelles au droit primaire.

De l'analyse de ces enseignements jurisprudentiels, il ressort qu'un infléchissement d'une jurisprudence trop longtemps favorable aux intérêts mercantiles est en train de s'opérer. Cette évolution s'impose, d'une part, en raison de la complexité des situations auxquelles les Etats membres font face et, d'autre part, du fait qu'il convient de leur offrir une certaine marge de manoeuvre lorsqu'ils doivent contrer de nouveaux risques sans devoir être tributaires des lenteurs du processus décisionnel de l'Union s'agissant de l'importance constitutionnelle de cette valeur.

On en veut pour preuve les évolutions suivantes.

On a pu se demander s'il était pertinent d'exclure de la jurisprudence *Cassis de Dijon* des mesures environnementales distinctement applicables. Des discriminations *de facto* peuvent résulter de l'avantage naturel dont les opérateurs économiques locaux disposent à l'égard de leurs concurrents étrangers, notamment en ce qui concerne la réutilisation de produits dans le dessein d'éviter qu'ils ne deviennent des déchets⁶⁵. Consciente de l'interpénétration croissante de la santé et de l'environnement et de la difficulté à tracer une ligne de démarcation entre ce qui relève de l'article 36 TFUE et ce qui constitue une exigence impérative, la CJUE a admis à plusieurs reprises que des mesures environnementales distinctement applicables puisse être justifiées simultanément au titre d'une exigence impérative et d'un motif inscrit à l'article 36 TFUE⁶⁶.

Par ailleurs, lorsqu'il dissimule un contrôle axiologique de proportionnalité *stricto sensu*, le test de nécessité représente un véritable obstacle aux mesures nationales. Au demeurant, le recours à ce test n'est pas exempt de critiques⁶⁷. On pourrait reprocher à la Cour de justice de ne pas disposer d'une compétence technique suffisante pour mettre en parallèle, dans un domaine aussi complexe que la défense de l'environnement, des méthodes pour le moins divergentes par rapport au résultat envisagé. Est-elle apte à les comparer alors qu'il ne dispose pas nécessairement de tous les éléments techniques ? Peut-elle censurer le législateur ou l'administrateur alors qu'aucun savoir ne le désigne comme plus expert que celui qu'elle contrôle ?

Dans plusieurs arrêts récents, le juge communautaire s'est toutefois montré plus attentif à

⁶² CJCE, 7 février 1985, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, C-240/83, *Rec.*, p. 531. Cette affaire ne se situait pourtant pas exactement dans le cadre de l'application de la jurisprudence *Cassis de Dijon* puisque la matière était en partie couverte par une directive d'harmonisation.

⁶³ Voy., notamment, CJCE, 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark*, C-302/86, *Rec.*, p. 4604, point 9 ; 14 juillet 1998, *Aher Waggon*, C-389/96, *Rec.*, p. I-4473 ; 2 avril 1998, *Outokumpu*, C-213/96, *Rec.*, p. I-1777, point 32 et CJ, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, C-176/03, *Rec.*, p. I-7879, point 41 ; 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, *Rec.*, p. I-9871, point 72.

⁶⁴ Le juge national semble être enclin à suivre la jurisprudence de la Cour. En ce qui concerne les entraves à l'importation de déchets, voyez CE fr, 15 avril 1996, *Freytmuth*, nos 142.020, 142.022 et 142.053, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Piveteau in *AJDA*, 1996, p. 440.

⁶⁵ CJCE, 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C- 463/01, *Rec.*, p. I-11705, point 77 ; 14 décembre 2004, *Radlberger et Spitz*, C-309/02, *Rec.*, p. I-11763.

⁶⁶ N. de SADELEER, *Commentaire Mégret, op.cit.*, p. 389 à 391.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 399 à 412.

l'efficacité des mesures en cause en tenant compte notamment des spécificités de la lutte contre la dégradation de l'environnement et des obligations découlant du droit international; le coût ainsi que les difficultés techniques de la mise en oeuvre des différentes branches de l'alternative paraissent de la sorte mieux sous-pesés. La Cour a également pris en considération les capacités limitées des administrations nationales chargées de la mise en oeuvre de réglementations de plus en plus vastes et complexes.

A priori, un Etat membre ne peut rejeter l'inscription d'une espèce animale 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 éprouvera bien des difficultés à rapporter cette preuve. 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 »⁶⁸. 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 par les scientifiques.

Par ailleurs, des mesures jugées à priori plus sévères que les autres branches de l'alternative peuvent se justifier en raison de l'effectivité des contrôles à mener par les autorités déconcentrées. En effet, le principe de libre circulation ne devrait pas conduire l'autorité nationale à devoir mettre en oeuvre une mesure alternative qui restera lettre morte parce qu'inapplicable ou trop couteuse. A cet égard, la Cour a récemment reconnu la possibilité d'adopter « des règles générales qui sont, d'une part, nécessaires du fait des particularités géographiques de l'Etat membre concerné et, d'autre part, facilement gérées et contrôlées par les autorités nationales » lorsqu'il s'agit de limiter ou d'interdire l'utilisation d'un produit nocif pour l'environnement⁶⁹. En effet, il est plus facile pour les pouvoirs publics de mettre en oeuvre un régime généralisé d'interdiction atténué, le cas échéant, par des mécanismes dérogatoires que d'appliquer un millefeuille de régimes particuliers.

À notre estime, lorsque le législateur de l'Union est dans l'incapacité de déterminer un seuil de protection commun aux vingt-sept Etats membres, la Cour de justice n'a pas à substituer sa propre pondération des intérêts à celle effectuée par les autorités nationales.

Enfin, il revient l'Etat membre de démontrer, au moyen de preuves scientifiques, l'adéquation et la nécessité de l'entrave à la libre circulation des marchandises. Qui plus est, ce risque doit être apprécié au moyen d'une « évaluation approfondie »⁷⁰. Or, dans un univers incertain, il ne leur est pas toujours facile de réunir des preuves qui établissent avec certitude le lien de causalité entre la substance à risque et le dommage suspecté. La Cour a néanmoins admis que les Etats membres puissent invoquer le principe de précaution, consacré à l'article 191, par. 1 TFUE. Ainsi, l'interdiction de la substance chimique trichloroéthylène l'emporte sur l'autre branche de l'alternative défendue par la Commission européenne, à savoir l'adoption de seuils

⁶⁸ CJUE, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenwegers en Liefhebbers VZW*, C-219/07, *Rec.*, p. I-4475, points 37 et 38 ; 10 septembre 2009, *Commission c. Belgique*, C-100/08, EU:C:2009:537, point 102.

⁶⁹ CJCE, 10 février 2009, *Commission c. Italie*, préc., p. I-519, point 67; CJCE, 4 juin 2009, *Percy Mickelsson et Joakim Roos*, C-142/05, p. I-4273, point 36.

⁷⁰ CJCE, 2 décembre 2004, *Commission c. Pays-Bas*, C-41/02, *Rec.*, p. I-11375, point 54.

d'exposition dans le but de réduire chez les travailleurs le risque de cancer. A cet égard, les difficultés inhérentes (incertitude scientifique) à l'établissement des seuils d'exposition soulignent les limites en terme d'effectivité de la seconde branche de l'alternative⁷¹. De manière inverse, le fait que la mesure d'interdiction de commercialiser la substance réduise le nombre d'utilisateurs et encourage les produits de substitution souligne son caractère nécessaire. Dans la mesure où il permettait d'améliorer la protection des travailleurs tout en tenant compte des exigences de continuité des entreprises, le régime suédois était adéquat et proportionné. La mesure d'interdiction litigieuse était d'autant plus conforme au principe de proportionnalité que l'octroi d'une dérogation était subordonné à la condition de l'absence d'un produit de substitution moins dangereux et à l'obligation pour le requérant de rechercher à l'avenir une solution de rechange moins nocive pour la santé publique et l'environnement⁷². Appliqué en l'espèce de manière implicite, le principe de précaution enrichit le principe de proportionnalité étant donné qu'il contribue, dans la pesée des intérêts, à éclairer les enjeux environnementaux dans un contexte d'incertitude.

V. Conclusions

On peut certainement se réjouir que les auteurs des traités aient pondéré les intérêts, égrené des objectifs, proclamé des principes, exigé le décloisonnement des politiques, délimité largement les cadres d'intervention. Le droit dérivé est-il pour autant à la hauteur des ambitions qui ont été gravées dans le marbre du droit primaire ? Assurément, le diable se cache dans le fouillis réglementaire. Or, force est de regretter que l'édifice mis en place par les institutions soit à ce point baroque et inachevé. Les mesures de protection sont dispersées entre le droit agricole, de l'énergie, des transports, du marché intérieur et de la consommation. Dans le même ordre d'idées, le champ d'application du principe de précaution ne s'arrête pas à la politique environnementale. En effet, l'exigence de poursuivre un niveau élevé de la protection des consommateurs⁷³, de l'environnement⁷⁴ et de la santé⁷⁵, de même que les différentes clauses d'intégration que comporte le traité dans le domaine de la protection de l'environnement⁷⁶ et de la santé⁷⁷, justifient l'extension de son champ d'application⁷⁸. Sans doute le droit de l'environnement se trouve-t-il aujourd'hui encore davantage éclaté que par le passé en raison des spécificités de la politique de la lutte contre le réchauffement climatique.

Il en résulte que les matières sont particulièrement enchevêtrés : les régimes d'autorisation se superposent, voire se contredisent, l'agencement de multiples « zonages » prévus par des directives poursuivant des objectifs divergents s'avère délicat, des régimes poursuivant le plus pur utilitarisme côtoient, voire concurrencent des régimes veillant à la conservation de manière complètement désintéressé. Les niveaux de protection oscillent constamment, car l'objectif n'est assurément pas de supprimer tout risque, mais bien de maintenir les dommages dans des limites jugées acceptables, eu égard aux capacités d'assimilation, de dilution et de résilience des écosystèmes. On éprouve souvent de la peine à voir si certains régimes sont

⁷¹ CJCE, 11 juillet 2000, *Kemikalinspektionen et Toolex*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, point 45. A propos de l'impossibilité de déterminer un seuil d'exposition en raison des lacunes scientifiques, voy. également CJ, 5 février 1981, *Eyssen*, C-53/80, *Rec.*, p. 409.

⁷² CJCE, 11 juillet 2000, précité, *Kemikalinspektionen et Toolex*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, points 46 et 47.

⁷³ Art. 114, §3 et art. 169, §1 TFUE ; art. 38 Ch. dr. fond. UE.

⁷⁴ Art. 114, §3 et art. 191, §2 TFUE ; art. 35 Ch. dr. fond. UE.

⁷⁵ Art. 114, §3 et art. 168, §1 TFUE ; art. 36 Ch. dr. fond. UE.

⁷⁶ Art. 11 TFUE.

⁷⁷ Art. 168, §1 TFUE.

⁷⁸ TPI, 11 janvier 2002, *Biret international*, aff. T-174/00, EU:T:2002:2, point 183.

susceptibles d'évoluer davantage dans le sens de la conservation que du compromis. Or, la rareté de certaines ressources et la vulnérabilité des écosystèmes justifient leur conservation, indépendamment de toute considération utilitariste. En outre, la subsidiarité, la proportionnalité, les différenciations régionales, les aléas des négociations, la faiblesse des contrôles sont autant de frein à l'essor d'une politique ambitieuse. A cela, il convient d'ajouter que les règles de droit dérivé sont rapidement dépassées tant en raison de la progression des connaissances scientifiques que de l'évolution particulièrement rapide, à l'échelle de l'histoire de cette planète, des problèmes écologiques.

Le bât blesse quant à l'application de ce droit, tâche, faut-il le rappeler, qui incombe aux Etats membres. Le nombre croissant d'arrêts de condamnation rendus par la Cour de justice ne constitue d'ailleurs que la partie immergée de l'iceberg. L'absence de volonté politique, le manque de ressources financières, la prééminence des intérêts traditionnels sur les intérêts écologiques, des régimes répressifs inadaptés, les restrictions à l'accès à la justice, l'ambiguïté des régimes juridiques constituent autant de facteurs qui minent l'application des régimes d'harmonisation et qui, en fin de compte, discréditent cette discipline.

Enfin, la politique environnementale oscille entre des régimes centralisés concernant la mise sur le marché de produits et de substances à risque et une politique filandreuse où s'affichent nettement les préférences étatiques en termes de régulation. L'harmonisation est donc à plusieurs vitesses. Aussi est-il possible d'exploiter aujourd'hui dans l'UE des installations classées en recourant à des technologies fort différentes dans la mesure où il revient aux autorités d'apprécier le caractère excessif de leur coût alors que la mise sur le marché d'une voiture ou d'un tracteur requiert le respect de normes d'émission communes à l'ensemble des Etats membres.

Nous avons aussi pris le soin de rappeler que les mesures environnementales, quelles soient adoptées par l'Union ou par les Etats membres, doivent veiller à ne pas porter atteinte aux libertés économiques consacrées par le droit primaire. Or, les interactions entre les mesures de protection environnementales et la liberté de faire circuler les marchandises se conjuguent de manière antagoniste. Qui plus est, les conflits n'opposent pas seulement droit primaire et droit national. Le droit dérivé peut également venir au secours des opérateurs économiques contestant des mesures nationales destinées à protéger l'environnement. Ainsi, conformément à la directive sur les emballages et les déchets d'emballage, l'Etat allemand a favorisé la réutilisation des bouteilles, ce qui l'a mis en porte-à-faux avec une directive qui oblige les producteurs d'eau minérale à embouteiller leurs bouteilles à la source⁷⁹. De même, la « circonstance qu'il existerait des itinéraires de remplacement ou d'autres modes de transport de nature à permettre l'acheminement des marchandises » transportés par des poids lourds dont les émissions de polluants dépassent les objectifs de qualité atmosphérique en Autriche « n'est pas de nature à écarter l'existence d'une entrave »⁸⁰.

⁷⁹ CJCE, 14 décembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C- 463/01, *Rec.*, p. I-11705, point 77 ; CJ, 14 décembre 2004, *Radlberger et Spitz*, C-309/02, *Rec.*, p. I-11763.

⁸⁰ CJ, 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03 R, *Rec.*, p. I-3593, points 66 et 67. En effet, en contraignant les entreprises de transport « à rechercher (...) des solutions de remplacement rentables pour le transport des marchandises », l'Etat membre est susceptible de limiter les possibilités d'échanges entre l'Europe septentrionale et le nord de l'Italie (*Ibid.*, points 67 et 68).

Cela dit, eu égard au rééquilibrage des objectifs poursuivis par les traités, force est de reconnaître que le droit économique ne devrait pas l'emporter sur le droit de l'environnement. La conciliation serait de mise. Sans pour autant se trouver soumises aux impératifs du marché, les mesures environnementales pourraient tirer profit des exigences découlant du droit économique. En effet, dans le dessein de garantir la libre circulation des marchandises et des services, il est préférable d'harmoniser vingt-sept réglementations disparates. Si les impératifs du droit primaire sont correctement appliqués,⁸¹ le niveau global de protection en sortira renforcé.

Mais notre propos ne s'arrête pas là. L'environnement est devenu un enjeu économique majeur. L'UE est le premier acteur économique mondial, devançant tant la Chine que les EU. En raison de sa richesse, son empreinte écologique est indéniable. En outre, sa croissance économique est tributaire de l'importation de ressources naturelles allant du pétrole aux terres rares qui sont exploitées en dehors d'Europe. Cette dépendance exacerbe notre vulnérabilité économique. La rupture de la corrélation entre croissance économique et pression sur l'environnement, préconisée par les institutions de l'UE, vise aussi à affranchir cette organisation d'être tributaire des envolées des cours des matières premières. Une économie du recyclage et de ressources énergétiques renouvelables produites à partir de sources renouvelables constitue désormais autant un enjeu environnemental qu'économique.

⁸¹ La CJUE a ainsi contrôlé la conformité du règlement sur les produits phytopharmaceutiques avec le principe de précaution. CJUE, 1^{er} octobre 2019, *Blaise*, C-616/17, EU:C:2019:800, point 41.