

**ACTUALITÉS EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT :
IMPACT DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE
DES JURIDICTIONS DE L'U.E. SUR LE RÉGIME
DE RECEVABILITÉ DES RECOURS EN ANNULATION
ET SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION**

NICOLAS DE SADELEER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS, CHAIRE JEAN MONNET,
PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

ET

CHARLES PONCELET

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

LIEDEKERKE WOLTERS WAELBROECK KIRKPATRICK

INTRODUCTION

1. Le droit primaire de l'Union a progressivement mis l'accent sur une dimension environnementale (principes, objectifs, clause d'intégration, etc.) (1). Cet encadrement par le droit primaire a favorisé l'éclosion de règles de droit dérivé consacrées à la conservation de l'environnement, matière protéiforme. Dans la mesure où les frontières de la politique environnementale de l'Union sont tracées au moyen d'objectifs fort généraux (article 191, par. 1, T.F.U.E.), le législateur de l'Union est en effet parvenu à étendre son intervention à une foultitude de matières, allant de la conservation de la nature à la lutte contre le réchauffement climatique en passant par l'impact des nouvelles technologies.

Vu les enjeux socio-économiques et politiques et la multiplication des règles, la mise en œuvre de ce droit est à la source d'un

(1) N. DE SADELEER et C. PONCELET, « Chronique de jurisprudence. Droit de l'environnement », *C.D.E.*, 2012, n° 2, pp. 492-493.

contentieux fourni. On en veut pour preuve le nombre croissant d'arrêts ayant trait à la protection de l'environnement (2). Sollicité tant par les juridictions nationales que par la Commission, le juge de l'Union est ainsi devenu une figure incontournable de cette branche du droit.

2. L'objet de la présente contribution n'est pas de couvrir tous les développements jurisprudentiels récents. Nous avons décidé de nous limiter à deux aspects essentiels : d'une part, les conditions de recevabilité à remplir par les requérants contestant des actes adoptés par l'U.E. en matière de protection de l'environnement, et, d'autre part, le rôle revêtu par le principe de précaution dans les différents contentieux, principe qui est régulièrement invoqué par certains requérants comme moyen d'annulation.

I. RECOURS EN ANNULATION PAR DES REQUÉRANTS NON PRIVILÉGIÉS CONTRE LES ACTES DES INSTITUTIONS DE L'UNION

A. *Remarques liminaires*

3. L'objet du présent titre est d'examiner les conditions de recevabilité des recours en annulation exercés par des requérants non privilégiés contre des actes adoptés par les institutions de l'Union dans le contexte du droit de l'environnement.

Pour deux raisons au moins, le régime des conditions de recevabilité mérite qu'on y consacre une attention particulière sous l'angle du contentieux environnemental.

4. En premier lieu, le sujet mérite un examen approfondi en raison de l'existence de la convention d'Århus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ci-après dénommé « la convention d'Århus ») (3) adoptée sous les auspices du Conseil économique des Nations Unies et à laquelle tant l'Union européenne que ses États membres sont parties.

(2) *Ibid.*, pp. 491-588.

(3) Décision 2005/370/CE du Conseil du 17 février 2005, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, *J.O.C.E.* 2005 L 125, pp. 1-3.

Conformément au dernier de ses trois piliers (« accès à l'information », « participation » et « accès à la justice »), la convention d'Århus met à charge de chaque partie l'obligation de garantir que les membres du public « puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement »(4).

Il y a donc lieu d'examiner si les juridictions de l'Union tiennent compte de cet impératif dans le cadre de l'instruction des recours en annulation qui sont initiés par des personnes physiques ou morales à l'encontre d'actes relevant du droit de l'environnement. Dans ce contexte, la jurisprudence du Comité d'examen du respect des dispositions de la convention d'Århus (ci-après « le Comité ») sera pertinente.

5. En second lieu, le Traité de Lisbonne a modifié le régime de recevabilité des recours en annulation formés par les requérants non privilégiés en assouplissant à la marge les conditions y relatives. Il s'agira donc tout spécialement de mettre en exergue les améliorations qui pourraient être apportées suite à l'adoption de l'article 263, alinéa 4, T.F.U.E.

Dans ce cadre, l'analyse reposera sur des récents arrêts du Tribunal qui éclairent la portée de cette modification. L'approche développée sous l'angle du contentieux environnemental se justifie d'autant plus que ces arrêts ont précisément traité à l'exploitation des ressources naturelles ou encore au contrôle des risques que font peser certains produits sur l'environnement ou la santé.

6. Plus spécifiquement, l'alinéa 4 du nouvel article 263, T.F.U.E. est libellé comme suit :

« Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les actes :

- dont elle est le destinataire ;
- ou qui la concernent directement et individuellement ;
- ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. »

(4) Art. 9, paragraphe 3, de la convention d'Århus.

Il ressort de cette disposition que les auteurs du Traité F.U.E. ont envisagé trois cas de figure distincts dans lesquels les requérants non privilégiés peuvent valablement former recours en annulation.

En effet, alors que l'ancien Traité C.E. ne prévoyait que deux hypothèses, la nouvelle disposition insérée par le Traité de Lisbonne innove en envisageant une troisième hypothèse qui devrait faciliter l'accès au prétoire pour certaines catégories de requérants. À présent, ceux-ci sont libérés de l'obligation de démontrer que l'acte litigieux les concerne individuellement dans le cas où ledit acte constitue un *acte réglementaire* ne comportant pas de mesure d'exécution (5).

Il y a par conséquent lieu d'examiner plus avant les trois hypothèses envisagées par l'article 263, alinéa 4, T.F.U.E. On soulignera au préalable l'importance du strict respect des critères subordonnant la recevabilité des recours en annulation dès lors que ceux-ci constituent une fin de non-recevoir d'ordre public que les juridictions de l'Union peuvent à tout moment examiner, même d'office (6).

B. Première hypothèse

7. La décision est adressée au requérant dont il est le destinataire. Il s'agit du cas le plus aisé à résoudre : dans la mesure où la décision lui est adressée, le requérant est concerné de manière directe et individuelle.

Ainsi en va-t-il, par exemple, d'une décision prise par la Commission à l'encontre de telle société commerciale active dans le traitement et la valorisation des déchets lui enjoignant de cesser telle activité au motif qu'elle serait contraire au droit de la concurrence.

C. Deuxième hypothèse

8. La deuxième hypothèse s'applique aux actes qui ne sont pas qualifiés de « réglementaires », ou, dans l'hypothèse où ils seraient réglementaires, comportent des mesures d'exécution. Quoique l'acte ne soit pas adressé au requérant, il le concerne *de facto* directement et individuellement.

(5) Voy. *infra*, nos 20 et s.

(6) C.J.C.E., 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a. c. Commission*, C-341/00 P. *Rec.*, p. I-5263, point 32. Voy. aussi : C.J.C.E. 23 avril 2009, *Sahlstedt c. Commission*, C-362/06, *Rec.*, I-2903, point 22.

Dans le cas de figure envisagé ici, les particuliers devront démontrer qu'ils sont à la fois *directement* et *individuellement* concernés par l'acte litigieux. Ils sont alors dans la même situation qui prévalait sous l'empire de l'article 230, alinéa 4, T.C.E.

1. Le requérant est directement concerné

9. En ce qui concerne la condition d'affectation directe, les juridictions de l'Union recourent à une interprétation stricte des termes « directement concerné ».

Suivant une jurisprudence constante, la condition d'affectation directe requiert deux éléments. En premier lieu, l'acte doit produire directement des effets sur la situation juridique du requérant et non uniquement sur sa situation de fait. En second lieu, cet acte ne doit laisser aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires chargés de sa mise en œuvre, celle-ci devant avoir un caractère purement automatique et devant découler de la seule réglementation communautaire, sans application d'autres règles intermédiaires (7).

Ainsi dès lors que l'acte doit produire ses effets sans que l'autorité chargée de l'appliquer ne jouisse d'un quelconque pouvoir discrétionnaire, il ne peut y avoir de marge d'appréciation dans le chef des autorités nationales.

Si une marge de manœuvre subsiste, l'acte de mise en œuvre viendra concrétiser les effets de l'acte de portée générale et pourra donc être attaqué par le requérant non privilégié, ce qui exclut que l'acte de portée générale puisse être contesté, sauf de manière indirecte par l'exception d'illégalité visée à l'article 277, T.F.U.E.

10. Nombreux sont les requérants qui ont achoppé sur la condition de causalité directe dans le contentieux relatif à des législations environnementales. L'arrêt *Sahlstedt* en fournit une illustration frappante (8). L'affaire a trait à la création du réseau européen « Natura 2000 » qui regroupe un ensemble d'aires protégées en vertu de la directive « Habitats » (9). Sur la base des propositions des États

(7) C.J.C.E., 5 mai 1998, *Société Louis Dreyfus e.a.c. Commission*, C-386/96, *Rec.*, p. I-2309, point 43.

(8) T.P.I.C.E., 22 juin 2006, *Sahlstedt c. Commission*, T-150/05, *Rec.*, II-1851 et en appel : C.J.C.E., 23 avril 2009, *Sahlstedt c. Commission*, C-362/06 P, *Rec.*, p. I-2903.

(9) 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, J.O.C.E. 1992 L 206, pp. 7-50. N. DE SADELEER ET C.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, pp. 505-508 ; N. DE

membres reprenant les sites répondant aux critères scientifiques de la directive, la Commission put adopter des décisions de listes communes reprenant tous les « sites d'importance communautaire », pour chacune des cinq régions biogéographiques concernées sur le territoire européen (alpine, boréale, atlantique, continentale et méditerranéenne). Les États membres furent ensuite tenus de désigner comme zones spéciales de conservation les sites repris sur ces listes communautaires.

Certains propriétaires finlandais de terrains concernés par l'une des décisions de la Commission arrêtant la liste des sites à classer décidèrent d'intenter un recours en annulation à l'encontre de ladite décision.

Il y a lieu de préciser que ces décisions s'inscrivaient dans un processus décisionnel complexe et dynamique. En effet, la directive impose aux autorités nationales d'assurer que les sites classés atteignent, à terme, un « état de conservation favorable », compte tenu d'un certain nombre de paramètres écologiques (aires de répartition, populations d'espèces, dynamique des populations, etc.). Or, à défaut d'études scientifiques précises réalisées en amont, il était difficile d'identifier les mesures de protection à prendre ultérieurement afin d'atteindre cet objectif. Si tel site classé réclamera un statut de réserve naturelle vu la vulnérabilité des habitats qu'il abrite, tel autre site impliquera un mécanisme de protection moins contraignant, telle la conclusion de contrats de gestion avec le propriétaire. L'automatisme des mesures de mises en œuvre de la décision attaquée était donc sujette à caution.

En revanche, il n'était pas contestable que la désignation des sites entraîne des limitations aux droits de propriété dans la mesure où les États membres sont tenus de prendre « les mesures appropriées pour éviter la détérioration des habitats d'espèces ainsi que les perturbations touchant les espèces pour lesquelles les zones ont été désignées, pour autant que ces perturbations soient susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive » (10). Eu égard à la nécessité d'assurer l'état de conservation favorable des sites concernés, il était certain que les États membres devraient prendre,

SADELEER, « Habitats Conservation in EC Law. From Nature Sanctuaries to Ecological Networks », *Yearbook of European Environmental Law*, 2005, pp. 215-252.

(10) Art. 6, paragraphe 2, de la directive « Habitats ».

en aval, des mesures de protection afin d'assurer l'effet utile de la directive (article 6, paragraphes 2 à 4, de la directive Habitats). Par ailleurs, ledit régime de protection consacré par cette directive était, en principe, applicable aux sites dès l'adoption par la Commission de la décision attaquée, sans attendre la désignation définitive des sites par l'État membre (11).

Néanmoins, le Tribunal jugea les recours des propriétaires irrecevables. Il estima que les décisions de classement ne produisaient pas, par elles-mêmes, des effets sur la situation juridique des requérants (12), dès lors qu'il appartenait aux États membres de les mettre en œuvre et, partant, d'adopter des mesures d'exécution. En conséquence, les requérants ne furent pas considérés comme étant directement concernés par la décision litigieuse. En appel, la Cour de justice ne suivit pas les conclusions de l'avocat général Bot qui estimait que les requérants étaient à la fois directement et individuellement affectés par la décision de classement d'habitats pour la zone biogéographique boréale (13).

11. Les recours introduits à l'encontre des décisions prises en vertu de la directive 2003/87/CE par la Commission européenne à l'égard des plans nationaux de quotas d'émission de gaz à effet de serre (G.E.S.) par les entreprises soumises à ce régime (14) ne furent pas davantage couronnés de succès (15). Dans le cadre des deux premières périodes du régime d'allocation de quotas d'émission, l'octroi de ces quotas fut encadré par des plans nationaux d'allocation (P.N.A.). Aussi, conformément au principe de subsidiarité, chaque État membre dut établir la quantité de quotas d'émission de G.E.S. qu'il comptait allouer, dans le cadre de sa « bulle », et expliciter les critères sur la base desquels il se proposait de les attribuer.

(11) Voy. à cet égard : C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Dragaggi e.a.*, C-117/03, *Rec.*, I-167, point 24.

(12) T.P.I.C.E., 22 juin 2006, *Sahlstedt c. Commission*, T-150/05, *Rec.*, p. II-1851, point 54 ; T.P.I.C.E., 22 juin 2006, *Freiherr von Cramer-Klett c. Commission*, T-136/04, *Rec.*, p. II-1805, point 47.

(13) Concl. av. gen. Yves Bot sous C.J.C.E., 23 avril 2009, *Sahlstedt c. Commission*, C-362/06, *Rec.*, I-2903, point 28.

(14) Voy. Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, *J.O.C.E.* 2003 L 275, pp. 32-46.

(15) N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 291-313 ; C. PONCELET, « The Emission Trading Scheme Directive : Analysis of Some Contentious Points », *European Energy and Environmental Law Review*, 2011, pp. 245-255.

Garante de l'intérêt de l'Union, la Commission a été appelée à vérifier que les projets de plans qui lui étaient notifiés étaient conformes aux exigences de la directive (16). Forte de ce pouvoir de contrôle, elle exigea de la part de nombreux États membres une réduction des quotas qu'ils envisageaient d'accorder à certaines catégories d'entreprises. De telles décisions n'ont pas manqué de faire l'objet de recours en annulation introduits tant par les États concernés que par des entreprises dont les quotas initialement attribués se trouvaient réduits, voire supprimés.

Dans l'affaire *US Steel Košice* (17), la requérante poursuivait l'annulation de la décision de la Commission approuvant le P.N.A. slovaque qui lui imposait une réduction significative des quotas. La requérante arguait devant les juridictions nationales que l'allocation proposée par l'État membre consistait dans l'octroi d'une aide d'État à un autre opérateur économique. La Cour de justice jugea que si les États membres étaient tenus de respecter les limites d'émission fixées par la Commission européenne dans ses décisions, il n'en demeurerait pas moins que ces derniers disposaient d'une certaine discrétion quant à l'attribution des quotas d'émission de G.E.S. Il en résultait que la décision de la Commission d'approuver le PNA contesté ne constituait pas la décision définitive affectant la situation juridique des requérants. Aux yeux de la Cour, la requérante n'était dès lors pas directement concernée par l'acte querellé.

12. L'application du règlement REACH (18) suscite également du contentieux. Ledit règlement crée un système d'enregistrement, d'évaluation et d'autorisations des substances chimiques nouvelles et existantes et une Agence européenne des produits chimiques (ci-après, dénommée « ECHA »). À ce titre, les substances qualifiées « d'extrêmement préoccupantes » sont soumises à un régime d'autorisation. Par ailleurs le règlement prévoit que tout fournisseur d'une substance chimique fournit à son destinataire une « fiche de données de sécurité » dont le modèle est établi à l'annexe II (19). L'ECHA a identifié certaines substances (en l'espèce, le brai de goudron de

(16) N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret, op. cit.*, p. 305.

(17) C.J.C.E., 19 juin 2008, *US Steel Košice c. Commission*, C-6/08, *Rec.*, I-96.

(18) Règlement 1907/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances.

(19) Art. 31.

houille à haute température) comme étant extrêmement préoccupante en raison du risque pour l'environnement qu'elles font courir (propriétés persistantes, bioaccumulables et toxiques) et, par conséquent, l'ont incluses dans la liste des substances candidates au régime de restriction (selon la procédure visée à l'article 59 du règlement). La décision portant sur le brai de goudron fut attaquée (20) par certains des fournisseurs devant le Tribunal (21).

Les requérantes faisaient valoir qu'en conséquence de l'adoption de la décision de l'ECHA, elles étaient soumises à l'obligation de mettre à jour la fiche de données de sécurité et étaient, à ce titre, directement concernées. Au contraire, l'Agence arguait que le problème se posait en amont, en raison du caractère intrinsèquement dangereux de la substance. Par conséquent, selon l'ECHA, les décisions qui auraient dû être prises en aval, telle la décision attaquée, ne devaient rien apporter de neuf quant aux informations devant figurer sur la fiche de données de sécurité. Les requérantes auraient dû tenir compte, avant même l'adoption de la décision attaquée, des propriétés intrinsèques de la substance lors de l'établissement de ladite fiche.

Le Tribunal ne suivit pas le raisonnement de l'Agence estimant que la contestation des requérantes portait précisément sur le risque intrinsèque de la substance, lequel était susceptible ou non de justifier une mise à jour de la fiche de données de sécurité (22).

Partant, la décision attaquée fut considérée comme produisant des effets directs sur la situation juridique des requérantes. La condition d'affectation directe fut donc considérée comme satisfaite.

2. Le requérant est individuellement concerné

13. Les contours de la condition d'individualité ont été fixés dans l'arrêt *Plaumann*. En vertu de cette jurisprudence, à défaut pour le requérant d'être le destinataire de l'acte querellé, il doit démontrer que cet acte le concerne individuellement, c'est-à-dire qu'il s'en trouve atteint « en raison de certaines qualités qui [lui] sont particulières ou

(20) Pareil acte est susceptible d'être attaqué en vertu de l'art. 263, alinéa 1 *in fine*, T.F.U.E. qui dispose que la Cour de justice « contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ».

(21) T.U.E., 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes SA e.a.*, T-93/10, non encore publié au *Recueil*.

(22) *Ibid.*, point 47.

d'une situation de fait qui [le] caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait [l']individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » (23).

Pour appartenir au cercle très fermé des requérants individuellement concernés, le requérant doit se distinguer de tout autre individu eu égard à des circonstances particulières en rapport avec l'objet de l'acte litigieux. Prenons l'exemple d'une société de pêche qui recourt à une certaine technique de pêche dans une zone déterminée et qui doit modifier ladite technique suite à l'adoption d'un règlement fixant un maillage minimal des filets. Elle exploite son équipement au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant potentiellement, à un moment donné, dans une situation identique dans la même zone de pêche concernée (24). Ledit règlement s'adresse en termes abstraits à des catégories de personnes indéterminées et s'applique à des situations définies objectivement : au regard de la jurisprudence *Plaumann*, la société de pêche n'a en principe pas d'intérêt à agir à défaut d'être individuellement concernée (25).

14. On relèvera que les critères découlant de cette jurisprudence ont été façonnés au regard d'une perception relativement traditionnelle des droits individuels et de l'intérêt personnel. S'arc-boutant sur une conception subjective de la recevabilité, les juridictions de l'Union, pas plus que les auteurs du Traité, n'ont tenu compte jusqu'à présent de la spécificité du contentieux environnemental, lequel est empreint de considérations liées à l'intérêt général et à la préservation de ressources communes, tels l'air, l'eau, les sols et la vie sauvage.

Bien que le Tribunal ait manifesté des velléités de s'écarter d'une lecture très rigoureuse des conditions d'ester en justice, la Cour ne fut pas pour autant convaincue (26). Dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*, celui-ci fut rappelé à l'ordre par la Cour qui refusa de reconnaître à l'association requérante la qualité pour agir (27). Représentant et agissant pour le compte d'exploitants agricoles espagnols, cette association poursuivait l'annulation d'un règlement

(23) C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission*, 25/62, *Rec.*, 253, point 107.

(24) C.J.C.E., 1^{er} avril 2004, *Jégo-Quéré c. Commission*, C-263/02, *Rec.*, p. I-03425, point 46. Pour des exemples récents, voy. T.U.E., 14 février 2012, *Salvatore Grasso c. Commission*, T-319/08, non encore publié au *Recueil*.

(25) C.J.C.E., 1^{er} avril 2004, *Jégo-Quéré c. Commission*, C-263/02, *Rec.*, p. I-03425, point 48.

(26) T.P.I.C.E. 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365. L'arrêt fut annulé par la Cour : C.J.C.E., 1^{er} av. 2004, *Jégo-Quéré c. Commission*, C-263/02, *Rec.*, p. I-03425.

(27) C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00, *Rec.*, p. I-6677.

réformant l'organisation commune des marchés de l'huile d'olive. La Cour de justice déclara qu'un assouplissement de l'interprétation de la condition d'individualité ne pouvait être envisagé sans une modification préalable du Traité (28). Ce faisant, la Cour n'a pas suivi les conclusions de son avocat général Jacobs qui l'invitait à faire preuve de davantage de flexibilité (29). Depuis lors, la Cour ne s'est jamais départie de cette interprétation restrictive (30).

15. S'agissant à nouveau de la directive 2003/87/CE précitée (31), la Commission avait pour mission, en vertu de l'article 10*bis* de la directive d'arrêter les mesures d'exécution pleinement harmonisées à l'échelle de l'Union relatives à l'allocation harmonisée des quotas d'émission à titre gratuit (32). Dans le cadre du processus d'élaboration de sa décision, la Commission devait consulter les parties intéressées, y compris les secteurs et sous-secteurs concernés. Dans ce contexte, l'association professionnelle Eurofer – laquelle représente les intérêts de l'industrie sidérurgique européenne – fut associée à la procédure de consultation. Suite à l'adoption de la décision de la Commission sur la base dudit article 10 *bis*, l'association décida d'initier un recours en annulation contre cet acte.

Afin de démontrer que le test requis par la jurisprudence *Plaumann* était satisfait en l'espèce, l'association fit valoir que ses membres bénéficiaient de garanties procédurales particulières, lesquelles avaient d'ailleurs obligé la Commission à les consulter (33). À cet égard, il est de jurisprudence constante que lorsque « une disposition de droit de l'Union impose, pour adopter une décision, de suivre une procédure dans le cadre de laquelle une personne peut revendiquer d'éventuels droits, dont celui d'être entendue, la position

(28) *Ibid.*, point 44. Voy. P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2011, p. 504.

(29) Concl. av. gén. Francis Jacobs sous *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00, *Rec.*, p. I-6677, point 59.

(30) C.J.C.E., 23 avril 2009, *Sahlstedt c. Commission*, C-362/06, *Rec.*, p. I-2903, point 37. Voy. un autre exemple où des autorités régionales et des associations de protection de l'environnement contestaient la validité d'un règlement sur la gestion des aires de pêche C.J.C.E., 26 novembre 2009, *Região autónoma dos Açores c. Conseil*, *Rec.*, p. I-200. La jurisprudence du Tribunal est conforme à celle de la Cour. Voy. aussi : T.P.I.C.E., 28 octobre 1993, *Zunis Holdings S.A. c. Commission*, T-83/92, *Rec.*, p. II-1169.

(31) Voy., *supra*, n° 116.

(32) À cet égard, la Commission est notamment tenue de déterminer les référentiels de chaque secteur concerné et de prendre, pour point de départ, la performance moyenne des 10 % d'installations les plus efficaces d'un secteur ou d'un sous-secteur de l'Union pendant les années 2007-2008.

(33) T.U.E., 4 juin 2012, *Eurofer c. Commission*, T-381/11, non encore publié au *Recueil*, point 32.

juridique particulière dont bénéficie celle-ci a pour effet de l'individualiser au sens de l'article 263, quatrième alinéa, T.F.U.E. » (34). Le Tribunal précise toutefois, conformément à la jurisprudence *WWF UK c. Conseil* (35), qu'une personne bénéficiant d'un tel droit procédural « ne saurait se voir reconnaître par principe, en présence d'une quelconque garantie procédurale, qualité pour agir à l'encontre d'un acte de l'Union pour contester la légalité au fond de celui-ci » (36). L'interprète pourrait rester perplexe face à l'enchaînement du raisonnement du Tribunal qui laisse certaines questions en suspens. En effet, on peut se demander quel degré de participation est nécessaire pour qu'une personne physique ou morale soit considérée comme individualisée ?

Le Tribunal clôt son raisonnement en considérant que dès lors que la requérante ne cherchait pas à sauvegarder les droits procéduraux de ses membres, mais bien à contester la légalité au fond de la décision, les membres d'Eurofer ne pouvaient être considérés comme étant individuellement concernés par l'acte litigieux (37).

16. Dans un arrêt *Enviro Tech* (38), le Tribunal a apporté d'intéressantes précisions sur la condition d'individualité à l'occasion d'une affaire portant sur le classement d'un produit en substance dangereuse (39). L'acte attaqué *in casu* constituant une directive, il revenait aux parties de s'expliquer sur l'existence éventuelle d'un lien individuel. Les requérantes tentèrent de démontrer qu'elles étaient individuellement concernées dès lors qu'elles étaient dans une position particulière en tant que détentrices de licence exclusive d'exploitation des produits concernés. Le Tribunal n'accueillit pas l'argument dès lors qu'il estima que « l'existence d'un droit acquis ou subjectif, y compris d'un droit de propriété, dont la portée ou l'exercice est potentiellement affecté par l'acte litigieux, n'est pas en tant que telle de nature à individualiser le titulaire dudit droit, en

(34) *Ibid.*, point 34.

(35) C.J.C.E., 5 mai 2009, *WWF-UK c. Conseil*, C-355/08 P, non publié au *Recueil*, points 45 et 46.

(36) T.U.E., 4 juin 2012, *Eurofer c. Commission*, T-381/11, non encore publié au *Recueil*, point 35.

(37) *Ibid.*, point 39.

(38) T.U.E., 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe Ltd e.a. c. Commission*, T-291/04, non encore publié au *Recueil* ; note D.SIMON, *Europe*, 2012, n° 3, pp. 17-18. L'introduction du recours étant antérieure au Traité de Lisbonne, la recevabilité devait être appréciée au regard de l'art. 230, alinéa 4, C.E.

(39) Directive 2004/73/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant vingt-neuvième adaptation au progrès technique de la directive 67/548/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaire et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses, *JOCE*, 2004 L 216, p. 1.

particulier lorsque d'autres opérateurs sont susceptibles de disposer de droits analogues et, partant, de se trouver dans la même situation que ce titulaire » (40). Le recours fut, par conséquent, jugé irrecevable.

3. Examen de la jurisprudence des juridictions de l'Union au regard de la Convention d'Århus

17. Au vu de la jurisprudence des juridictions de l'Union telle qu'analysée ci-dessus, il y a lieu de se demander si l'interprétation retenue des conditions de recevabilité est conforme à la lettre et à l'esprit de la convention d'Århus. Cette question se pose avec d'autant plus de pertinence que la Cour de justice enjoint aux juridictions nationales à « donner de [leur] droit national une interprétation qui, dans toute la mesure du possible, soit conforme aux objectifs fixés à l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus » (41).

Or, en tant qu'institution européenne, la Cour de justice est, elle aussi, tenue de se conformer à la Convention. Qui plus est, les dispositions de la Charte des droits fondamentaux consacrant le droit à un recours effectif et l'obligation d'atteindre un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé (42) ne font qu'accroître la nécessité d'une interprétation large des conditions d'accès à la justice suivant la lettre et l'esprit de la Convention. C'est par ailleurs ce que recommande expressément le guide d'interprétation de la Convention (43).

18. Pour le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Århus, s'agissant des recours collectifs, les parties contractantes n'ont pas la possibilité d'introduire ou de maintenir des critères à ce point stricts qu'ils ont pour effet d'empêcher des organisations non gouvernementales de contester des actes ou des omissions qui violent des dispositions nationales relatives à la

(40) T.U.E., 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe Ltd e.a. c. Commission*, T-291/04, non encore publié au *Recueil*, point 116.

(41) CJUE, 8 mars 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, C-240/09, non encore publié au *Recueil*, point 51.

(42) Art. 52, paragraphe 3, 35 et 37 de la Charte. Cf. N. DE SADELEER, « Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases », *Nordic Journal of International Law*, 2012, pp. 39-74.

(43) S. STEC, S. CASEY-LEFKOWITZ (dir.), *The Aarhus Convention : An Implementation Guide*, UNECE, 2000, 136. Voy. <http://www.unece.org/env/pp/acig.pdf>. Ce guide n'a toutefois pas de force contraignante comme en a récemment jugé la Cour (C.J.U.E., 16 février 2012, *Solvay e.a.*, C-182/10, non encore publié au *Recueil*, point. 28).

protection de l'environnement (44). En effet, une interprétation large de la convention s'impose (45).

Dans une affaire introduite contre l'Union, le Comité a déclaré qu'il « est patent que la jurisprudence établie par la Cour de justice est trop restrictive que pour satisfaire aux critères de la Convention d'Aarhus ». (46). Celui-ci poursuit en affirmant qu'il « est convaincu que si la jurisprudence des cours de l'Union sur l'accès à la justice était maintenue, à moins qu'elle ne soit intégralement compensée par des procédures administratives de réexamen, l'Union européenne ne saurait être considérée comme respectant l'article 9, paragraphe 3, de la Convention » (47).

De plus, la jurisprudence des juridictions de l'Union paraît particulièrement inappropriée dans le cadre du contentieux environnemental dès lors que, comme le reconnaît le Tribunal, « les actes pris dans le domaine de l'environnement sont le plus souvent des actes de portée générale » (48).

La Cour de justice pourrait fort bien modifier sa position tout en respectant les limites de sa fonction juridictionnelle. En effet, comme l'a suggéré le Comité, la disposition sur laquelle s'appuie la Cour pour maintenir les requérants non privilégiés dans un étroit corset est libellée d'une telle façon qu'elle pourrait être réinterprétée en vue de permettre à certaines catégories d'individus ou à des organisations représentatives de la société civile de pouvoir ester en justice dans le respect de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention (49).

(44) Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Århus, 14 juin 2005, Communication ACCC/C/2005/11 (Belgique).

(45) A. ANDRUSEVYCH, T. ALGE, C. CLEMENS (dir.), « Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2008) », *R.A.C.S.E.*, Lxiv, 2008, 44 : *Id.*, « Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2008-2011) », *R.A.C.S.E.*, Lxiv, 2011.

(46) Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, 14 mars 2011, Communication ACCC/C/2008/32 (Union européenne) point 87 (uniquement disponible en anglais à ce jour). Traduction libre : « it is clear [...] that this jurisprudence established by the [C.J.E.U.] is too strict to meet the criteria of the [Århus] Convention ».

(47) *Ibid.* Traduction libre : « the Committee is convinced that if the examined jurisprudence of the EU Courts on access to justice were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedures, the Party concerned would fail to comply with art. 9, paragraph 3, of the Convention ».

(48) T.U.E., 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie & al. C. Commission*, T-396/09 non encore publié au *Recueil*, point 65.

(49) Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, 14 mars 2011, Communication ACCC/C/2008/32 (Union européenne), point 86.

D. *Troisième hypothèse*

19. La troisième hypothèse concerne les recours en annulation intentés par des personnes physiques ou morales contre des actes réglementaires les concernant directement et ne comportant pas de mesure d'exécution. Introduit par le Traité de Lisbonne, cet assouplissement relatif aux conditions de recevabilité devait remédier aux situations qui avaient été antérieurement dénoncées dans plusieurs affaires (50). L'élargissement tient à la suppression de la nécessité pour le requérant de démontrer qu'il est « individuellement concerné » par l'acte attaqué.

Il convient à présent d'analyser la portée des deux nouvelles conditions de recevabilité propres à cette troisième hypothèse : l'acte attaqué (1) doit être réglementaire et (2) ne peut comporter de mesures d'exécution.

En ce qui concerne la condition de causalité directe, la Cour continuera très probablement à appliquer sa jurisprudence antérieure (51). Comme le précise le Tribunal, « la notion d'affectation directe telle que nouvellement introduite dans [l'article 263, alinéa 4, T.F.U.E.] ne saurait, en tout état de cause, faire l'objet d'une interprétation plus restrictive que la notion d'affectation directe telle qu'elle apparaissait de l'article 230, alinéa 4, C.E. » (52).

I. *L'acte attaqué est réglementaire*

20. Comme les auteurs du Traité de Lisbonne n'ont pas défini la notion d'« acte réglementaire », il reviendra à la Cour de justice d'interpréter la portée de ce concept qui fait, à ce jour, l'objet d'interprétations divergentes (53).

(50) T.P.I.C.E., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365 ; C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd e.a. c.*, C-432/05, *Rec.*, p. I-2271. Cf. A. VAN WAEYENBERGE et P. PECHO, « L'arrêt Unibet et le Traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *C.D.E.*, 2008, pp. 123 à 156.

(51) Voy., *supra*, n° 9 à 12.

(52) T.U.E., 25 octobre 2011, *Microban International Ltd e.a. c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil*, point 32.

(53) K. LENAERTS, « Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *C.D.E.*, 2009, pp. 725 à 728.

Différentes thèses ont été avancées par la doctrine sur ce point (54).

Le Tribunal a pris position sur la question aux termes d'une ordonnance du 6 septembre 2011 (55). L'affaire avait trait à un recours introduit par des chasseurs Inuits ainsi que des associations de trappeurs qui sollicitèrent la suspension et l'annulation du règlement 1007/2009/CE du Parlement européen et du Conseil sur la commercialisation des produits dérivés du phoque. L'objet de ce règlement consiste à harmoniser les règles concernant la mise sur le marché de tels produits.

À défaut de définition explicite de la notion d'actes réglementaires dans le Traité, le Tribunal se fonde sur une interprétation littérale, historique et téléologique. Il énonce que l'article 263, alinéa 4, T.F.U.E. prévoit « qu'une personne physique ou morale peut former un recours contre les actes dont elle est le destinataire, ainsi que, d'une part, contre les actes de portée générale, législatifs ou réglementaires, qui la concernent directement et individuellement et, d'autre part, contre certains actes de portée générale, à savoir les actes réglementaires, qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution » (56).

Faisant œuvre normative, il considère que la finalité de l'article 263 est de « permettre à une personne physique et morale d'introduire un recours contre les actes de portée générale qui ne sont pas des actes législatifs, qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution, en évitant ainsi les cas où une telle personne devrait enfreindre le droit pour avoir accès à un juge » (57).

Le Tribunal fonde son interprétation sur une distinction à opérer entre les actes législatifs et les actes réglementaires.

Il estime que cette interprétation ne peut être contestée au nom du principe général du droit à une protection juridictionnelle effective. Il estime d'ailleurs que la finalité de l'article 263, alinéa 4, T.F.U.E. est d'éviter qu'une personne doive enfreindre le droit national pour

(54) L'objet de la présente contribution n'est pas d'exposer ce débat. Le lecteur est renvoyé à : N. DE SADELEER, C. PONCELET, « Contestation des actes des institutions de l'Union européenne à l'épreuve de la Convention d'Århus », *R. T.D. eur.*, janvier-mars 2013, pp. 17-22.

(55) T.U.E., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement et Conseil*, T-18/10, non encore publié au *Recueil*. Voy. aussi pour un examen de cette décision : A. CREUS, « Commentaire des décisions du Tribunal dans les affaires T-18/10 Inuit et T-262/10-Microban », *C.D.E.*, 2011, pp. 659 et s.

(56) *Ibid.*, point 45.

(57) *Ibid.*, point 50.

avoir accès à un juge (58). Il n'explique toutefois pas pourquoi l'interprétation retenue du terme *réglementaire* satisfait cet objectif.

Le Tribunal fait reposer la définition de l'acte réglementaire sur un critère procédural : ce sont les modalités de l'adoption de l'acte qui doivent être prises en considération (59). Ce faisant, il refuse de s'appuyer aussi bien sur un critère formel portant sur l'intitulé de l'acte que sur un critère substantiel ayant trait à la portée générale ou individuelle de l'acte contesté. Sur ce point, l'ordonnance tranche avec la jurisprudence antérieure qui était marquée par une conception matérielle et non formelle des actes contestés devant les juridictions de l'Union. En effet, ce n'est traditionnellement pas tant la forme d'un acte que son contenu qui doit être prise en considération (60).

Étant donné que l'acte litigieux ne pouvait être qualifié de réglementaire, les requérants devaient établir l'existence d'un lien direct et individuel. Le Tribunal n'a toutefois pas retenu les arguments avancés à ce sujet ; les recours furent donc rejetés par le Tribunal.

21. Les enseignements de l'ordonnance *Inuit* furent confirmés en octobre 2011 par un arrêt du Tribunal rendu dans l'affaire *Microban* (61). En l'espèce, le Tribunal était saisi d'un recours en annulation d'une décision de la Commission visant à interdire l'utilisation d'une substance dans la fabrication de matériaux en matière plastique destinés à emballer des denrées alimentaires. Le Tribunal estima qu'il s'agissait bien d'un acte réglementaire au sens de l'alinéa 4 de l'article 263, T.F.U.E. et, après examen du respect des autres conditions, déclara le recours recevable. Le Tribunal s'appuya sur le raisonnement développé dans l'affaire *Inuit* selon lequel l'acte réglementaire consiste en tout acte à portée générale à l'exception des actes législatifs (62). Comme il s'agissait d'une décision adoptée dans l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, le Tribunal conclut à la recevabilité du recours. On observera que le

(58) T.U.E., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Parlement et Conseil*, T-18/10, point 50.

(59) D. SIMON, *op. cit.*, p. 14.

(60) Voy. T.P.I.C.E., 6 septembre 2004, *SNF c. Commission*, T-213/02, *Rec.*, p. II-3047.

(61) T.U.E., 25 octobre 2011, *Microban International Ltd e.a. c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil* ; note D. SIMON, *Europe*, 2011, n° 12, p. 19. Voy. aussi L. GONZALEZ VAQUÉ et S. ROMERO MELCHOR, « The Microban Judgment », *European Food and Feed Law*, 2012, n° 6, pp. 312-321.

(62) T.U.E., 25 octobre 2011, *Microban International Ltd e.a. c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil*, point 21.

recours en annulation n'aurait pas été fructueux en application de l'ancien article 230, C.E. à défaut de pouvoir être jugé recevable (63). Sous cet angle, l'arrêt *Microban* reflète la valeur ajoutée de la modification apportée par le Traité de Lisbonne aux conditions d'ester en justice pour les requérants non privilégiés.

22. Par ailleurs, dans le cadre de l'affaire *Eurofer* commentée ci-dessus, le Tribunal a jugé que la décision de la Commission adoptée sur la base de l'article 10*bis* de la directive 2003/87/CE était un acte réglementaire. Il en est de même des directives adoptées par la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution ou de délégation ainsi que des décisions émanant de l'ECHA (64) ou de toute autre agence européenne.

23. On retiendra donc de l'examen de la jurisprudence intervenue jusqu'à présent que l'acte réglementaire constitue tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs, c'est-à-dire les actes qui ne sont ni adoptés selon la procédure législative ordinaire ni selon une procédure législative spéciale au sens de l'article 289, paragraphes 1 à 3, T.F.U.E.

Pour le surplus, sans doute faudra-t-il attendre un arrêt de la Cour de justice, saisie en appel, afin que la jurisprudence soit définitivement arrêtée sur l'ensemble des questions soulevées quant à la portée de la notion d'acte réglementaire (65).

2. L'acte qui est réglementaire ne doit pas comporter de mesures d'exécution

24. Les actes réglementaires ne peuvent être contestés par les personnes directement concernées que dans la mesure où « ils ne comportent pas de mesure d'exécution ». Aussi une entreprise contestant la légalité de décisions de la Commission refusant la mise sur le marché d'O.G.M. ou de substances dangereuses devront-elles démontrer

(63) En effet, le destinataire de la décision n'était pas individuellement concerné dans le cadre de l'application du test *Plaumann*.

(64) T.U.E., 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes SA e.a.*, T-93/10, non encore publié au *Recueil*, points 52-62.

(65) Des ordonnances rendues par le Tribunal confirment cette jurisprudence : T.U.E., 4 juin 2012, *Eurofer c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil*, points 42-45 ; T.U.E., 4 juin 2012, *Hüttenwerke Krupp Mannesmann c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil*, points 34-37 ; T.U.E., 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes SA e.a.*, T-93/10, non encore publié au *Recueil*, points 52-62.

que les actes litigieux n'appellent pas l'adoption de mesures supplémentaires. Cette condition suscite plusieurs interrogations. Trois hypothèses peuvent être distinguées.

a) L'acte réglementaire comporte une mesure nationale d'exécution

25. Les requérants qui dirigent leur recours à l'encontre de l'acte réglementaire ne pourraient se prévaloir de conditions de recevabilité plus favorables lorsque cet acte comporte une mesure d'exécution nationale.

Alors que les directives entraînent nécessairement l'adoption de mesures d'exécution (article 288, paragraphe 2, T.F.U.E.) (66), il en va généralement autrement des règlements et des décisions. On pourrait alors présumer qu'en raison de l'absence de mesures nationales d'exécution, la légalité des décisions et règlements pourrait plus facilement être contestée devant le Tribunal. Cela dit, il ne faudrait pas perdre de vue qu'un grand nombre de règlements et de décisions appellent une série de mesures nationales. Faudra-t-il en conclure que le régime le plus libéral sera écarté ?

Le cas du Feder (67) constitue une illustration patente de ces difficultés. Ce fonds soutient des programmes nationaux destinés à assurer le développement régional à travers l'Union. Les États membres sont appelés à adopter des stratégies nationales établissant leurs priorités en ce qui concerne leurs dépenses en termes de développement régional. Qui plus est, des programmes opérationnels sont établis à un niveau régional. La Commission européenne négocie et approuve ces deux catégories de programmes, lesquelles servent de base à l'octroi des ressources financières. Dès lors, il y a lieu de se demander si les décisions d'approbation de ces différents programmes nationaux constituent des actes requérant des mesures d'exécution.

26. L'exemple suivant est également éclairant. Les règlements de pêche établissent des quotas spécifiques qui ne doivent pas être

(66) Seules les directives de la Commission (soit de délégation, soit d'exécution) pourraient être contestées en vertu des conditions d'ester plus favorables tant que ces actes ne nécessitent pas l'adoption d'autres mesures d'exécution.

(67) Règlement 1783/1999/CE du 12 juin 1999 du Parlement européen et du Conseil relative au Fonds européen de développement régional, *J.O.C.E.* 1999 L 213, pp. 1-11.

transposés par les États membres. Il n'en demeure pas moins que de tels règlements obligent ces derniers à adopter des mesures de contrôle et des sanctions (68). Faut-il considérer ces régimes nationaux comme des mesures d'exécution au sens de l'alinéa 4 de l'article 263 ? Une réponse négative nous paraît s'imposer dans la mesure où l'on peut arguer que de telles mesures sont inhérentes au droit national et non à l'acte réglementaire lui-même.

27. Par ailleurs, qu'en est-t-il d'un règlement qui donnerait lieu, dans certains États membres, à des adaptations normatives alors que d'autres États ne devraient adopter aucune mesure suite à ce règlement ? Étant donné que la réception du droit de l'Union varie considérablement d'un ordre juridique à un autre, il serait inadmissible que l'application de la condition d'absence de mesure d'exécution soit tributaire de la spécificité des systèmes nationaux. Ceci mettrait sérieusement en péril le principe d'égalité de traitement. En effet, la possibilité de contester directement un acte des institutions varierait à travers l'Union (69). La recevabilité du recours serait fonction non pas de l'acte querellé mais du droit national.

28. Il y a, par ailleurs, lieu de s'interroger sur la différence entre la condition d'affectation directe que le requérant doit en toute hypothèse établir et celle d'absence de mesure d'exécution. Dans son arrêt *Eurofer*, le Tribunal laisse entendre que l'absence de marge d'appréciation dans le chef des États membres – laquelle est de nature à établir l'affectation directe (70) – n'exclut pas que l'acte attaqué comporte néanmoins des mesures d'exécution (71). Ceci semble suggérer une interprétation large de la notion de mesure d'exécution. On se gardera cependant bien de ne pas accorder une importance trop grande à cet *obiter dictum* du Tribunal.

29. On le voit, le libellé de l'article 263, alinéa 4, T.F.U.E. soulève de nombreuses questions qu'il reviendra aux juridictions de l'Union de trancher. Si une interprétation large de la notion de mesure d'exécution devait être adoptée, il incomberait au requérant d'établir qu'il remplit les conditions fixées dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire

(68) Voy. par exemple : C.J.C.E., 12 juillet 2005, *Commission c. France*, C-304/02, *Rec.*, p. I-6263.

(69) Ceci est soulevé dans : P.CRAIG ET G. DE BURCA, *op. cit.*, p. 509.

(70) Voy., *supra*, nos 9 à 12.

(71) T.U.E., 4 juin 2012, *Eurofer c. Commission*, T-381/11, non encore publié au *Recueil*, point 59.

qu'il est directement et individuellement concerné par l'acte contesté(72).

b) L'acte réglementaire comporte expressément une mesure d'exécution de l'Union

30. Lorsque l'acte cadre est suivi d'une mesure d'exécution de l'Union, le requérant ne pourra tirer parti du nouveau régime de recevabilité pour contester l'acte cadre. Il devra alors introduire un recours en annulation contre l'acte d'exécution. Ce n'est que dans cette hypothèse qu'il pourra se contenter de démontrer qu'il est « directement » concerné par l'acte, la condition d'individualité n'étant alors plus d'application. En outre, dans le cadre de son recours intenté contre la mesure d'exécution, le requérant pourrait soulever l'exception d'illégalité de l'acte cadre devant le juge européen (article 277, T.F.U.E.).

Si le requérant souhaite néanmoins contester l'acte cadre, c'est la deuxième hypothèse qui retrouve alors droit de cité : il lui appartiendra de démontrer qu'il est directement et individuellement concerné par l'acte(73). En l'espèce, aucun progrès n'est réalisé en termes de protection juridictionnelle.

31. Par ailleurs, une difficulté nouvelle survient. Dans la pratique, de nombreux actes nécessitent l'adoption de mesures d'exécution, lesquelles soit ne voient pas le jour, soit sont adoptées après plusieurs années. La principale difficulté tient au fait que le requérant ne dispose que d'un délai de deux mois pour introduire son recours en annulation. Tout porte à croire que pour l'immense majorité des actes-cadre nécessitant l'adoption de mesures d'exécution, aucune mesure ne sera adoptée dans les deux mois à compter de la publication de l'acte cadre au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Dans l'hypothèse où le requérant s'abstiendrait de contester l'acte-cadre, préférant contester ultérieurement les éventuels actes d'exécution, il encourt le risque de se trouver dans une impasse si aucune mesure d'exécution n'est adoptée par la suite.

La seule voie de recours qui lui serait réservée serait celle du recours en carence en vertu de l'article 265 T.F.U.E. s'il revenait à

(72) Voy. *supra*, n° 8 à 16.

(73) *Idem*.

la Commission d'adopter l'acte d'exécution. La recevabilité de tels recours est bien entendu incertaine. De tels écueils devraient dès lors inciter les requérants à exercer le recours en annulation contre tous les actes réglementaires les concernant directement sans attendre pour autant l'adoption de mesures d'exécution.

c) L'acte réglementaire ne comporte pas de mesures d'exécution

32. Si l'acte réglementaire ne comporte pas de mesures d'exécution, il s'agit de l'hypothèse la plus favorable pour le requérant. Lorsque ce dernier est directement concerné (par exemple : un importateur ou une entreprise productrice), il jouit d'un intérêt à agir étant donné que l'acte est de nature réglementaire et ne requiert pas de mesures d'exécution. En effet, l'acte est d'application automatique dans la mesure où ni la Commission européenne ni les autorités nationales ne doivent intervenir. Le régime plus libéral est dès lors d'application.

33. Ce scénario est illustré dans le récent jugement rendu par le Tribunal dans l'affaire *Microban* évoquée ci-dessus. En l'espèce, la décision de non-inscription de la substance litigieuse sur la liste positive a eu pour conséquence immédiate son retrait de la liste provisoire et l'interdiction de sa commercialisation, sans qu'il ne soit nécessaire que les États membres adoptent une quelconque mesure d'exécution (74). Le fait que la décision laissait aux États membres le soin de prendre certaines mesures « accessoires par rapport à l'objet principal de la décision attaquée » (75) ne conduisit pas le Tribunal à conclure à l'irrecevabilité du recours. Celui-ci s'est montré relativement souple quant à l'examen de cette condition, ce dont on peut assurément se réjouir (76).

34. Dans l'affaire commentée ci-dessus où une décision de l'ECHA d'inscrire certaines substances sur la liste provisoire des substances extrêmement préoccupantes fut contestée, ladite substance devait faire ultérieurement l'objet d'une inclusion dans l'annexe XIV du règlement REACH, à savoir dans la liste des substances soumises à

(74) T.U.E., 25 octobre 2011, *Microban International Ltd e.a. c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil*, point 34.

(75) *Ibid.*, point 37.

(76) Voy. toutefois pour une ordonnance où la condition dont question ne fut pas considérée comme remplie : T.U.E., 4 juin 2012, *Eurofer c. Commission*, T-381/11, non encore publié au *Recueil*, point 56.

autorisation. Cette seconde liste ne constitue toutefois pas une mesure d'exécution (77).

35. En revanche, il serait possible que l'acte réglementaire quereulé comporte virtuellement des mesures d'exécution alors que celles-ci n'auraient pas encore été adoptées au moment de l'introduction du recours en annulation. Cette dernière hypothèse soulève des difficultés d'appréciation substantielles. À cet égard, il convient de se pencher sur la signification exacte du terme « comporter ». Celui-ci renvoie notamment aux termes « admettre » et « contenir ». Le Tribunal quant à lui emploie, dans son arrêt *Microban*, le verbe « nécessiter » (78) en lieu et place du verbe « comporter ».

Faut-il pour autant conclure que les actions introduites à l'encontre d'actes non suivis de mesures d'exécution seraient recevables à condition que le requérant soit directement concerné ? Bien que n'exigeant pas l'adoption de mesures d'exécution, certains actes admettent la possibilité d'une telle adoption laissant à la Commission ou aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation. Faut-il nécessairement considérer que de tels actes comportent des mesures d'exécution au sens de l'alinéa 4 de l'article 263 T.F.U.E. ? Il appartiendra à nouveau à la Cour de justice de trancher entre ces différentes interprétations.

E. Voie alternative : le renvoi préjudiciel

36. Qu'en est-il du particulier dont la situation ne correspond à aucun des trois cas de figures examinés ci-dessus, mais qui entend néanmoins contester la validité d'un acte ?

Il lui appartiendra alors de susciter un litige devant les juridictions nationales dans l'espoir que celles-ci posent une question préjudicielle à la Cour de justice.

En effet, en étant attiré devant des juridictions répressives nationales pour avoir violé les dispositions d'un règlement, le requérant peut toujours se prévaloir de l'illégalité de l'acte litigieux et inviter la juridiction répressive nationale à poser une question préjudicielle à

(77) T.U.E., 7 mars 2013, *Bilbaina de Alquitranes SA e.a.*, T-93/10, non encore publié au *Recueil*, point 64.

(78) T.U.E., 25 octobre 2011, *Microban International Ltd, e.a. c. Commission*, T-262/10, non encore publié au *Recueil*, point 36.

la Cour de justice (article 267, T.F.U.E.). À cette occasion, le particulier soulèvera l'exception d'illégalité de l'acte (article 277, T.F.U.E.). Sous cet angle, la jurisprudence de la Cour de justice revient en fin de compte à obliger l'intéressé à violer les dispositions contestées.

Ce procédé n'est pas sans poser un problème fondamental : conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne peut en effet être « demandé à des particuliers d'enfreindre la loi afin de pouvoir accéder à la justice » (79). Le droit à un recours effectif (art. 6 et 13, C.E.D.H. et art. 47 Charte des droits fondamentaux) se trouverait mis en péril.

Cet artifice procédural est d'autant plus critiquable que la Cour elle-même a considéré, dans son arrêt *Unibet*, que si une personne morale « était contrainte de s'exposer à des procédures administratives ou pénales à son encontre et aux sanctions qui peuvent en découler, comme seule voie de droit pour contester la conformité des dispositions nationales en cause avec le droit communautaire, cela ne suffirait pas pour lui assurer une telle protection juridictionnelle effective » (80).

Par ailleurs, certains particuliers ont pris le parti de contester les actes de transposition de directives devant certaines juridictions nationales, telles la *High Court* à Londres dans la mesure où le contentieux d'annulation peut porter sur l'intention du gouvernement de transposer une directive (81). Ces aménagements procéduraux accusent toutefois des limites évidentes : la déclaration d'invalidité par la Cour ne conduit aucunement à la disparition automatique de l'acte contesté (82). Il appartient en effet aux institutions de l'Union et aux autorités nationales de prendre les mesures nécessaires pour remédier à ladite déclaration d'invalidité.

II. PRINCIPE DE PRÉCAUTION

37. Tirant parti du fait que la science n'est plus porteuse de « vérités », le principe de précaution a non seulement fait couler beaucoup

(79) C.E.D.H., 24 sept. 2002, *Posti Rahko c. Finlande*, point 64.

(80) C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd e.a.*, C-432/05, *Rec.*, p. I-227, point 64.

(81) C.J.U.E., 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America*, C-366/10, non encore publié au *Recueil*. Voy. également C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-0702.

(82) S.VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'UE*, Larcier, 2011, p. 576.

d'encre mais a aussi déchaîné des controverses passionnées, davantage dans le domaine alimentaire qu'en matière d'environnement.

Pour faire bref, le principe de précaution empêche donc que l'on retarde l'adoption de mesures de protection de l'environnement en prétextant de la nature encore incertaine des risques incriminés. Par conséquent, les institutions peuvent prendre des mesures de protection, en vertu de ce principe, sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées.

L'objet de cette seconde partie de notre contribution n'est pas de réécrire l'histoire de ce principe, voire de réévaluer son statut juridique dans le droit de l'Union (83), mais bien de préciser le rôle qu'il est susceptible de jouer dans certains contentieux. Dans les deux premières sections, nous aborderons le statut en droit primaire et secondaire, pour ensuite, dans une troisième section, examiner le rôle joué par le principe dans le contentieux.

(83) De nombreuses contributions ont d'ores et déjà été consacrées à ce principe dans le droit de l'U.E. Voy. A. ALEMANNI, « Le principe de précaution en droit communautaire », *R.D.U.E.*, 2001, pp. 917-940 ; I. CHEYNE, « Taming the Precautionary Principle in EC Law : Lessons from Waste and GMO Regulation », *J.E.E.P.L.*, 2007, vol. 4, n° 6, pp. 468-484 ; G. CORCELLE, « La perspective communautaire du principe de précaution », *RMC* 2001, pp. 450-447 ; N. DE SADELEER, « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », *C.D.E.*, 2001, n° 1, pp. 79-120 ; *Ibid.*, « The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law », *E.L.J.*, 2006, n° 1, pp. 139-172 ; *Ibid.*, *Implementing the Precautionary Principle : Approaches from Nordic Countries and the EU*, Londres, Earthscan, 2007 ; *Ibid.*, « The Precautionary Principle Applied to Food Safety », *E.J.C.L.*, 2009, n° 1, pp. 147-170 ; *Ibid.*, « The Precautionary Principle as a Device for Greater Environmental Protection : Lessons from EC Courts », *R.E.C.I.E.L.*, 2008, vol. 18, n° 1, pp. 3-10 ; *Ibid.*, « The Precautionary Principle in EU Law », *Aansprakelijkheid Verzekering en Schade*, 2010, n° 5, pp. 173-184 ; *Ibid.*, « Sécurité alimentaire et précaution », in S. MAHIEU et K. MERTEN-LENTZ (coord.), *Sécurité alimentaire. Nouveaux enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 307-346 ; W.T. DOUMA, *The Precautionary Principle. Its Application in International, European and Dutch Law*, PhD, Groningen, 2002 ; L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING et C. JACQUET, « Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé », *Revue Marché unique européen*, 1999/1, pp. 79-128 ; J. SCOTT et E. VOS, « The Juridification of Uncertainty : Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle in the EU and the WTO », in Ch. JOERGES et R. DEHOUSSE (éds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, O.U.P., 2002, pp. 253-286 ; J. SCOTT, « The Precautionary Principle before the European Courts' in law », in R. MACRORY (ed.), *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Pub., 2005, pp. 51-72 ; A. SZAJKOWSKA, « The Impact of the Definition of the Precautionary Principle in EU Food Law », *CMLRev.*, 2010, n° 47, pp. 173-196 ; J. ZANDER, *Different Kinds of Precaution*, Cambridge, CUP, 2011, pp. 76-151 ; M. WEIMER, « Applying Precaution in EU Authorisation of Genetically Modified Products-Challenges and Suggestions for Reform », *E.L.J.*, 2010, vol. 16, n° 5, pp. 624-657.

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

1. Un statut juridique polycéphale

38. Le principe relève du droit primaire, c'est indéniable. C'est en effet avec le Traité de Maastricht que le principe de précaution a été porté sur les fonds baptismaux de l'ordre juridique communautaire. Il se trouve consacré dans le chapitre relatif à la politique de l'environnement du T.F.U.E. dont l'article 191, paragraphe 2, T.F.U.E. prévoit que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement [...] est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ». Hormis le cas de cette politique, aucune autre disposition de ce traité ni du T.U.E. ne l'énonce.

L'emploi de l'indicatif et non du conditionnel au paragraphe 2 de l'article 191 confirme qu'il s'agit bien là d'une obligation (84). Est-ce pour autant un principe général de droit ? Après l'avoir qualifié de « principe autonome », le Tribunal a estimé que c'était le cas (85). Le silence de la Cour de justice quant au statut dudit principe est éloquent ; manifestement, cette dernière ne semble pas prête à mettre le doigt dans l'engrenage.

Enfin, l'on ne saurait pourtant perdre de vue que cette norme ne s'implante pas sur un terrain vierge. En effet, le principe de précaution doit se combiner avec le principe d'un haut niveau de protection de l'environnement, des consommateurs et de la santé publique (86).

39. À défaut de définition dans les traités ou les protocoles, il revient tantôt aux institutions, tantôt aux juridictions de préciser

(84) Dans l'arrêt *Pfizer*, le Tribunal a consacré le caractère facultatif du recours au principe de précaution (aff.T-13/99, point 160). Le Tribunal semble pourtant revenir sur cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs en jugeant que le principe de précaution constitue « un principe général de droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées... » (T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 184 ; 7 mars 2013, *Acino/Commission*, T-539/10, non encore publié au *Recueil*, points 63 et 6612 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, non encore publié au *Recueil*, point 134). Faut-il dès lors conclure à la lecture de ce dernier arrêt que le recours au principe de précaution serait désormais obligatoire ? Pour notre part, nous avons défendu, la thèse selon laquelle, en ce qui concerne la politique communautaire de l'environnement, l'art. 191, paragraphe 2, T.F.U.E. obligeait les autorités communautaires à agir dans le sens indiqué par les principes environnementaux, y compris le principe de précaution, sans que l'on puisse pour autant déduire de ce dernier principe des obligations claires et précises.

(85) T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 184 ; T.P.I.C.E., 21 octobre 2003, précité, *Solvay*, points 121 et 122 ; T.U.E., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, point 133.

(86) T.U.E., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, points 131-132 et 146.

ses contours. Or, si elles partagent un fond commun, les définitions consacrées par les uns et les autres ne se recoupent pas nécessairement.

La définition retenue par la Cour de justice est incontestablement la plus favorable aux pouvoirs publics. Dans son arrêt *National Farmers' Union*, cette dernière a en effet considéré que « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées » (87).

Cette définition paraît favorable, car elle n'exige pas la démonstration d'un dommage grave, significatif, ou irréversible, ne limite pas la durée des mesures, n'exige pas une analyse coûts-bénéfices (88), n'interdit pas l'adoption de moratoires ou d'autres mesures restrictives, et n'impose pas le recours à une forme spécifique d'évaluation.

Une communication de la Commission du mois de février 2000 explicite la portée d'un principe que les auteurs du Traité ne se sont pas encombres à définir. Au mois de décembre 2000, le conseil des ministres a adopté à Nice une résolution avalisant dans ses grandes lignes les options retenues par la Commission. Même si elles n'ont pas pour effet de contraindre les institutions de l'Union à agir dans un sens déterminé, ces documents revêtent une importance politique considérable. Le principe ne revêt pas dans ce cas, loin s'en faut, les traits attachés à la reconnaissance d'une règle juridique, car son support n'est pas contraignant.

Sur le fond, les institutions communautaires ont adopté jusqu'à présent une ligne médiane selon laquelle il conviendrait, d'une part, d'exclure toute application abusive du principe qui masquerait « un protectionnisme déguisé » et, d'autre part, d'écarter toute version minimaliste qui en réduirait son utilité. Aussi le principe devrait-il engendrer un surcroît d'expertise, le moratoire n'étant qu'une

(87) C.J.C.E., 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, C-157/96, *Rec.*, p. I-2211, point 63 ; C.J.C.E., *Royaume Uni c. Commission*, C-180/96, *Rec.*, p. I-2265, point 99 ; C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 111 ; C.J.C.E., 22 décembre 2010, *Gowan*, C-77/09, *Rec.*, p. I-13533, point 73 ; C.J.C.E., 28 janvier 2010, *Commission c. France*, C-333/08, point 91 ; C.J.C.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-7027, point 62. Voy. aussi T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, par. 139.

(88) Quant à une telle exigence liée au principe de proportionnalité, voy. T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 468.

modalité de la gestion des risques. Néanmoins, l'accent est mis sur l'autonomie du politique par rapport à la dimension scientifique, surtout lorsque les décideurs sont confrontés à un risque inacceptable, à une incertitude scientifique ou au souci du public de jouir d'une protection maximale.

On observera enfin que les juridictions de l'Union ainsi que la Cour A.E.L.E. prennent pour argent comptant les critères énoncés dans cette communication (89).

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

40. C'est avec le développement du droit de l'environnement, au début des années 1990, que le principe de précaution a été porté sur les fonts baptismaux (90). Alors qu'il fut expressément consacré à l'article 191, T.F.U.E. lors du Traité de Maastricht, il ne fut jamais étendu au cours des réformes subséquentes à d'autres politiques.

Pourtant, ses applications sont nombreuses, puisqu'il a été invoqué tant pour la réglementation des additifs alimentaires que pour celle des produits chimiques (91).

C'est incontestablement dans les arrêts relatifs à la protection de la santé publique que ce principe s'est imposé avec le plus de vigueur (92). Son extension à un autre domaine que celui de l'environnement allait de soi. En effet la politique de la santé publique revêt

(89) C.J.C.E., 1^{er} avril 2004, *Bellio Elli*, C-286/02, *Rec.*, p. II-3465, point 59 ; T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, précité, point 123 ; T.U.E., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, point 149. Dans son arrêt *E.F.T.A. Authority c. Norvège*, E-3/00, la Cour E.F.T.A. a appliqué les critères prévus par ladite communication.

(90) N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 136-166.

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

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

une dimension transversale dans la mesure où l'article 168 T.F.U.E. requiert « un niveau élevé de protection de la santé humaine », « dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union » (93).

Aux yeux du Tribunal, le champ d'application du principe de précaution est « plus vaste » que celui qui lui est en principe réservé par les auteurs du traité. Ne se limitant pas uniquement à la politique de la protection de l'environnement, il s'applique aussi aux consommateurs et à la santé (94).

Au demeurant, lorsqu'il est énoncé dans le domaine de la protection de la santé publique, il peut aisément se confondre avec des préoccupations environnementales. Ceci n'a rien d'étonnant dans la mesure où l'article 191, par. 1^{er}, T.F.U.E. prévoit que la politique environnementale poursuit un objectif de protection sanitaire (95). En effet, comme il ressort de l'arrêt *Afton*, il est difficile, voire impossible, de distinguer ce qui relève de la protection des consommateurs, de l'environnement et de la santé (96).

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

41. Tout d'abord, le principe de précaution s'impose aux institutions de l'Union, qui sont tenues de le respecter dans le cadre des mesures qu'elles arrêtent ou des avis qu'elles émettent. De la sorte, tous les actes de droit dérivé lui sont subordonnés. Cette exigence n'empêche toutefois pas les institutions de jouir d'un certain pouvoir d'appréciation. Enumérées au paragraphe 3 de l'article 191 T.F.U.E., les modalités d'exercice de l'action de l'UE en matière d'environnement sont susceptibles de tempérer, le cas échéant, la rigueur de ce principe. Mais la souplesse qui est inhérente à la notion même de « principe » n'autorise pas pour autant les institutions à l'écarter sans pour autant dûment motiver son exclusion.

(93) T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, point 183 ; Trib., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, point 134.

(94) *Ibid.*, point 184.

(95) N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur*, Bruxelles, U.L.B., 2010, pp. 437-438.

(96) C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-7027, point 49.

Ensuite, même si le principe de précaution n'a pas d'effet direct en droit interne (97), les États membres sont tenus de le respecter lorsqu'ils mettent en œuvre les régimes de droit dérivé où il est consacré. C'est notamment le cas du règlement 178/2000 relatif à la sécurité alimentaire qui n'empêche pas l'adoption de mesures de précaution par les autorités nationales (98).

Quand bien même ce principe ne serait pas expressément énoncé dans une règle de droit dérivé en matière de santé publique, il n'en demeure pas moins que ce dernier éclaire la portée des obligations qui pèsent sur les autorités nationales. Aussi, conformément aux principes qui découlent de l'ordre juridique de l'Union (99), il revient aux États membres d'interpréter les règles de droit dérivé à la lumière des principes consacrés par les traités fondateurs.

B. Droit dérivé

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

De manière assez étonnante, les actes adoptés sur la base de l'article 192, T.F.U.E. font rarement référence à ce principe (100). Cela dit, la reconnaissance du principe permet de justifier la légalité de régimes ayant pour effet de limiter la liberté de commerce et d'entreprise. À titre d'exemple, certains producteurs de substances

(97) Ainsi, dans ses conclusions sous l'affaire *Peralta*, l'avocat général M.C.O. Lenz a jugé que l'ancien article 130R (nouvel article 191 T.F.U.E. ; article 174 T.C.E.) « ne peut, en général, fournir de critère pour l'action des États membres dans le domaine de l'environnement ». Cf. Conclusions de l'avocat général Lenz sous C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Peralta*, C-379/92, *Rec.*, p. I-3453, point 58).

(98) Le considérant n° 16 du règlement confirme cette interprétation en prévoyant que « les mesures régissant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux adoptées par les États membres et la Communauté doivent généralement reposer sur une analyse des risques, sauf si les circonstances ou la nature des mesures rendent ce recours inutile. »

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

(100) Voy. Considérant 9 et art. 1^{er}, para. 3 du Règlement REACH.

monomères soumises à l'obligation d'enregistrement prévue par le règlement REACH ont tenté de démontrer qu'une telle obligation était invalide. Dans un *obiter dictum*, la Cour de justice a souligné que l'obligation d'enregistrement satisfait au principe de précaution tel que rappelé à l'article 1^{er}, paragraphe 3, dudit règlement (101).

43. Jusqu'à présent, seul le règlement 178/2000/CE relatif à la sécurité alimentaire le définit. Assurément les auteurs du règlement ont voulu apaiser les craintes exprimées quant à la trop grande malléabilité de ce principe, source potentielle d'arbitraire. Il s'agit sans aucun doute de la première définition dans le droit dérivé, mais aussi à ce stade de la plus complète. Le recours aux mesures de protection est jalonné de nombreuses balises.

« 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 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. »

Cette disposition appelle plusieurs observations.

En premier lieu, à défaut de disposer des « informations disponibles », les autorités ne pourront adopter de telles mesures. Qui plus est, ces mesures ne sont prises que dans « l'attente d'une évaluation

(101) Point 54. Le Tribunal estime, pour sa part, que le règlement est fondé sur la recherche d'un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement, qui est lié aux principes de précaution et de prévention. Les liens entre ces différents principes réduisent les cas où l'institution responsable de la mesure de restriction pourrait être censurée pour erreur manifeste d'appréciation. Trib, 1^{er} février 2013, *Polyelectrolyte Producers Group et autres c. Commission*, T-368/11.

plus complète du risque ». Par ailleurs, la nature du dommage est interprétée largement. Il ne doit être ni significatif, ni irréversible. Les effets sur la santé doivent tout au plus être nocifs, ce qui permet d'englober une vaste gamme de risques. Ensuite, le principe n'est pas chevillé à la gestion des risques. En effet, l'article 6, paragraphe 3 prévoit que « la gestion des risques tient compte » entre autres du principe de précaution. Le principe se trouve placé sur un pied d'égalité avec d'autres facteurs légitimes, les résultats de l'évaluation des risques ainsi que les avis de l'Agence. En outre, le recours à ces mesures n'est pas neutre. Elles doivent en effet « assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté », ce qui est conforme à l'article 168, T.F.U.E. Au demeurant, ces mesures sont de nature « provisoire ». Parce qu'elles sont provisoires, elles doivent être « réexaminées dans un délai raisonnable ». Il revient, en effet, à terme de « lever l'incertitude scientifique », ce qui n'est pas nécessairement chose aisée. Il convient aussi que les mesures en cause ne portent pas atteinte aux libertés économiques. Enfin, les mesures en question doivent être proportionnées, ce qui paraît tomber sous le sens dans la mesure où le principe de proportionnalité est un principe général de droit.

C. Contrôle juridictionnel

1. Contrôle de légalité des actes de l'U.E.

a) Contrôle marginal

44. Il arrive aussi que les requérants contestent la légalité interne de l'acte querellé en reprochant à l'administration d'avoir pris une décision excessive en matière de protection de santé publique alors que celle-ci ne paraît pas entièrement justifiée au regard des connaissances scientifiques du moment. Le recours au principe de précaution, qui a permis l'adoption de la mesure litigieuse dans ce contexte controversé, devrait permettre de contrecarrer leur grief. Ainsi, dans l'affaire de la maladie de la vache folle, la Cour de justice a fait référence au principe de précaution inscrit à l'article 191, paragraphe 2, du Traité pour corroborer la décision d'interdire la commercialisation de la viande bovine britannique, au motif que la Commission pouvait prendre des mesures de protection de la santé publique sans devoir attendre que la réalité et la gravité des risques

de propagation de la maladie de Creutzfeld-Jakob soient pleinement démontrées(102).

45. *A priori*, le recours assidu à des données scientifiques a généralement pour effet de restreindre la portée du contrôle juridictionnel. Se contentant de vérifier l'existence même de l'appréciation des données scientifiques sous-tendant la décision querellée, le juge de l'Union estime qu'il n'a pas à résoudre des problématiques complexes avec l'assistance éclairée d'experts(103).

L'usage qui est ainsi fait du principe de précaution rejoindrait l'aversion des juridictions pour les débats scientifiques. En raison de la haute technicité des controverses, celles-ci ne sont prêtes à s'immiscer qu'avec beaucoup d'humilité sur ce terrain. 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. Cet espace de liberté paraît d'autant plus nécessaire lorsque les preuves scientifiques réunies ne dictent pas à l'administration une solution toute faite.

Dans les arrêts *Pfizer Animal Health c. Conseil* et *Alpharma c. Conseil*, le Tribunal a rappelé que « le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques que l'article 34 C.E. lui attribuent. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure »(104). Le Tribunal a conclu que l'adoption du règlement attaqué ne constituait pas une mesure manifestement inappropriée pour atteindre l'objectif poursuivi.

Dans le même ordre d'idées, du fait que la directive 91/414/CEE du Conseil, du 15 juillet 1991, concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques(105) poursuit des objectifs multiples, c'est-à-dire l'élimination des entraves tout en maintenant un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé, la Commission dispose, aux yeux du Tribunal, d'un large pouvoir

(102) C.J.C.E., 5 mai 1998, *Royaume Uni c. Commission*, C-180/96, *Rec.*, p. I-2265.

(103) C.J.C.E., 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, C-341/95, *Rec.*, p. I-4355, point 54.

(104) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 412 ; T.U.E., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, points 125 et 156.

(105) *J.O.*, n° L 230, p. 1. Modifiée à plusieurs reprises, cette directive est en voie d'être remplacée par le règlement n° 1107/2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques.

d'appréciation dans ses prises de décisions, eu égard aux évaluations techniques complexes qu'elle doit opérer (106), et cela même si l'exercice de ce pouvoir n'est pas pour autant soustrait au contrôle juridictionnel (107).

De surcroît, il faut rappeler que la plupart des actes contestés au titre du principe de précaution sont soumis à l'obligation d'atteindre un niveau élevé de protection, que ce soit pour la santé en vertu des articles 114, paragraphe 3 et 168, par. 1^{er} T.F.U.E., ou de l'environnement conformément aux articles 3, paragraphe 3, T.U.E., 114, paragraphe 3 et 191, paragraphe 2, T.F.U.E. Ces obligations de droit primaire obligent les institutions de l'Union à mener une politique ambitieuse et, partant, ont pour effet de conduire les juridictions à appliquer strictement les mécanismes de protection.

46. Mal armé pour se prononcer sur le fond, le Tribunal restreint son contrôle du bien-fondé de la décision (contrôle de légalité interne) au motif qu'il ne peut substituer son appréciation à celle de l'institution. Étant donné que seule une décision manifestement déraisonnable, au regard des conclusions de l'étude scientifique, est susceptible d'annulation, son contrôle demeure marginal.

En revanche, tant le Tribunal que la Cour de justice paraissent se livrer à un contrôle plus étendu du respect des procédures (contrôle de légalité externe). Le renforcement du contrôle du respect de la procédure dans des affaires controversées sur le plan scientifique répond incontestablement à l'esprit du principe de précaution, à savoir un principe qui comporte l'aménagement de procédures permettant un examen aussi complet que possible du risque afin de réduire l'incertitude à un niveau minimal. Lorsque des procédures d'évaluation des risques sont prévues pour éviter leur apparition, il paraît normal que les juridictions se montrent plus rigoureuses, voire pointilleuses dans la vérification de leur respect et qu'elles n'hésitent pas à prononcer la nullité des décisions prises au mépris de l'une d'elles.

(106) C.J.C.E., 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Valles c. Commission*, C-326/95 P *Rec.*, p. I-6557, points 74 et 75 ; T.U.E., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, point 155.

(107) C.J.C.E., 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés c. Commission*, C-326/05 P *Rec.*, p. I-6557, point 106 ; T.P.I.C.E., 3 septembre 2009, *Cheminova*, T-326/07, *Rec.*, p. II-2685, point 107.

b) Renforcement du contrôle de légalité et prise en considération de l'incertitude

47. En raison de la montée en puissance, d'une part, des exigences en termes d'évaluation, et, d'autre part, du principe de précaution, les questions scientifiques sont désormais entrées de plein pied dans le contentieux d'annulation des actes réglementant la sécurité des produits et des substances dangereuses (108). 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 doit, sous peine d'incohérence, en assumer l'essence profonde.

En effet, comme le montre les exemples suivants, les juridictions de l'Union insistent depuis plus d'une décennie davantage sur la nécessité de faire reposer tant les actes de droit dérivé que les mesures nationales sur des assises scientifiques fermes. Il s'agit là d'une obligation de moyen.

À propos des mesures nationales, le juge se montre particulièrement exigeant. À ce titre, une mesure administrative adoptée pour contrer le risque d'introduction accidentelle d'organismes pathogènes exotiques réclame « une évaluation approfondie ... établie à partir des données scientifiques les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale » (109).

48. Il en va de même du contrôle des mesures de droit dérivé. « Préalable à la prise de toute mesure préventive² », la mesure de précaution doit être précédée d'une 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 » (110), ce qui garantit, aux yeux du Tribunal, l'objectivité scientifique des mesures et permet d'éviter la prise de mesures arbitraires. Le règlement « sécurité alimentaire » prévoit, au demeurant, que « l'évaluation des risques est fondée sur

(108) Voy., par exemple, T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, T-229/04, *Suède c. Commission*, *Rec.*, p. I-2437.

(109) C.J.C.E., 4 décembre 2008, *Commission c. Pays-Bas*, C-249/07, point 51.

(110) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Alpharma*, T-70/91, *Rec.*, p. II-3495, points 161 et 168 ; 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 156 ; T.U.E., 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours*, T-74/00, point 138. Voy. aussi C.J.C.E., 9 septembre 2003, C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia*, *Rec.*, p. I-8105, point 79. Voy. également les art. 3(9) à (14) du règlement (CE) n° 178/2002 ainsi que les points 5.1.1 et 5.1.2 de même que l'annexe III de la communication de la Commission sur le principe de précaution (COM (2000)1).

les preuves scientifiques disponibles et elle est menée de manière indépendante, objective et transparente » (111).

La science doit donc être prise au sérieux. Le principe requiert de la sorte une évaluation très complète de tous les effets d'une substance à risque pour que ses producteurs puissent la mettre sur le marché. Pour qu'elle soit inscrite à l'annexe I de cette directive, la substance active ne devrait pas avoir ni d'effet nocif sur la santé humaine ou animale ni d'influence inacceptable sur l'environnement en vertu de l'article 5, par. 1, b) de la directive 91/414/CEE. Interprétée en liaison avec le principe de précaution, cette disposition, implique que, « s'agissant de la santé humaine, l'existence d'indices sérieux qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité d'une substance, s'oppose, en principe, à l'inscription de cette substance à l'annexe I de la directive 91/414. En effet, le principe de précaution tend à prévenir les risques potentiels » (112). Le fait de ne pas procéder à un examen complet de tous les usages représentatifs d'un produit phytopharmaceutique en vue d'apprécier l'impact de la substance active sur la faune sauvage souligne donc le caractère insuffisamment probant du dossier (113).

49. Or, les scientifiques n'ont pas nécessairement réponse à tout ; leurs investigations n'aboutissent pas toujours à identifier les risques de manière probante. 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. Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise 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 alors l'adoption de mesures restrictives, sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives (114).

C'est donc précisément en raison des imperfections de l'évaluation des risques que le principe de précaution tend à s'imposer. Sauf à vider cette norme de tout effet utile, tant la Cour de justice que

(111) Art. 6, par. 2 du règlement « sécurité alimentaire ».

(112) T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, T-229/04, *Rec.*, p. II-2437, point 161 ; 3 septembre 2009, *Cheminova*, T-326/07, point 166.

(113) T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, T-229/04, points 232 à 235.

(114) C.J.C.E., 28 janvier 2010, *Commission c. France*, C-333/08, *Rec.*, p. I-757, point 93.

le Tribunal ont admis que l'impossibilité de mener à bien une évaluation scientifique complète des risques ne saurait empêcher l'autorité publique de prendre des mesures préventives, si nécessaire à très brève échéance, lorsque de telles mesures apparaissent indispensables (115).

Par ailleurs, « vu l'incertitude inhérente à l'évaluation des risques posés à la santé publique, notamment par l'emploi d'additifs alimentaires », la Cour de justice admet que « des évaluations divergentes de ces risques peuvent légitimement être effectuées, sans nécessairement être fondées sur des données scientifiques différentes ou nouvelles » (116). Aussi la Cour reconnaît-elle que les conclusions de ces études sont rarement monolithiques.

50. L'incertitude constitue donc la pierre angulaire du principe (117). Mais la mesure est-elle pour autant dite ? En raison des difficultés éprouvées à tracer les contours de cette notion, où faut-il placer le curseur ? À partir de quel degré d'incertitude est-il possible de prendre des mesures de précaution ? Est-il possible de tracer une ligne de démarcation entre le probable, le possible, l'hypothétique, le virtuel ? La ligne de démarcation séparant prévention et précaution est-elle aussi rectiligne qu'on l'affirme ? L'ignorance relève-t-elle de l'incertitude ? Le risque hypothétique y échappe-t-il ? Assurément ce serait le cas. Les juridictions de l'Union considèrent que ce principe « tend à prévenir des risques potentiels » (118) et non pas « des risques purement hypothétiques, reposant sur des hypothèses scientifiques non étayées » (119). Dans le même ordre d'idées, une présomption généralisée d'un risque pour la santé justifiée au titre du principe de précaution doit pouvoir être étayée au moyen d'éléments de preuve pertinents (120).

(115) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, précité, *Pfizer*, T-13/99, point 160 ; C.J.C.E., 23 septembre 2003, précité, *Commission c. Danemark*, point 52.

(116) C.J.C.E., 2 mars 2003, C-3/00 *Danemark c. Commission*, *Rec.*, p. I-2643, par. 63.

(117) La lutte contre l'alcoolisme relève d'une logique de prévention et non de précaution en raison de l'absence d'incertitude quant aux effets délétères de l'alcool. Voy. Cour EFTA, *Pedidel*, E-4/04, EFTA Ct. Rep. I.

(118) T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, T-229/04, point 161.

(119) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 143 ; 21 octobre 2003, *Solvay pharmaceuticals c. Conseil*, T-392/02, *Rec.*, p. II-4555, point 129 ; C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, *Rec.*, p. I-8105, point 106 ; C.J.C.E., 23 septembre 2001, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. I-9693, point 49 ; C.J.C.E., C-58/10 to C-68/10, *Monsanto* [2011], point 77 ; Cour E.F.T.A., *E.F.T.A. Authority c. Norvège*, E-3/00, E.F.T.A. Ct. Rep. 73, point 29.

(120) C.J.C.E., 28 janvier 2010, *Commission c France*, C-333/08, point 97.

Nous pouvons conclure que le principe de précaution n'oblitére pas une approche scientifique, ce qui serait au demeurant contraire au droit primaire. Il prend acte des limites rencontrées par les experts dans l'évaluation de certains risques.

c) Précaution, erreur manifeste d'appréciation et principe de proportionnalité

51. À la lecture des arrêts les plus récents, il nous semble que le principe de précaution se trouve désormais placé entre l'enclume et le marteau, avec d'un côté le grief tenant à l'erreur manifeste d'appréciation en raison de l'incertitude persistante à laquelle les experts sont confrontés, et de l'autre le principe de proportionnalité avec lequel la précaution doit être appréciée (121). Aussi nous a-t-il semblé plus judicieux d'examiner comment ces trois griefs sont susceptibles de s'articuler.

Tout d'abord, selon la jurisprudence de la Cour, « un contrôle juridictionnel, même s'il a une portée limitée, requiert que les institutions communautaires, auteurs de l'acte en cause, soient en mesure d'établir devant la Cour que l'acte a été adopté moyennant un exercice effectif de leur pouvoir d'appréciation, lequel suppose la prise en considération de tous les éléments et circonstances pertinents de la situation que cet acte a entendu régir » (122). Comme nous l'avons déjà souligné, l'incertitude sous-jacente au principe de précaution ou à la logique de précaution tend à conforter la marge de manœuvre dont disposent les institutions lorsqu'elles doivent réglementer des substances à risque dans un univers incertain. Ainsi, l'obligation dans le chef des institutions de prendre « en considération tous les éléments et circonstances pertinents de la situation » doit être tempérée par la prise en compte du degré d'incertitude qui peut découler de l'impossibilité d'obtenir toutes les informations ou de la complexité scientifique du sujet.

(121) L'avocat général Kokott estime que lorsque l'acte litigieux a été adopté sur une autre base juridique que l'article 192 T.F.U.E., sa validité ne peut pas être directement appréciée à l'aune du principe de précaution. En revanche, selon elle, le principe de précaution trouve surtout à s'appliquer dans le cadre de l'examen du principe de proportionnalité. Voy. Concl. av. gén. Julianne KOKOTT, point 54. Dans son arrêt du 8 juillet 2010, la Cour paraît suivre implicitement ce raisonnement.

(122) C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-7027, point 39 ; Concl. av. gén. Julianne KOKOTT, point 35.

À titre d'exemple, la Commission peut, en raison du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu quant à l'appréciation de données scientifiques complexes, revenir sur son appréciation initiale – laquelle reposait sur l'évaluation scientifique préparée par l'État membre rapporteur – et, partant, assortir l'autorisation d'une substance utilisée dans un produit phytopharmaceutique (le fénarimol) à des restrictions d'utilisation. En s'écartant des avis scientifiques qui lui avaient été soumis, la Commission n'a pas méconnu l'obligation de prendre en considération avec soin et impartialité les éléments scientifiques présentés par l'État membre rapporteur au cours de la phase d'évaluation des risques à laquelle cette substance fut soumise (123). En outre, en vertu de la directive sur la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, tant la Commission que le Conseil demeurent en droit d'adopter des mesures de gestion des risques différentes de celles proposées par l'État membre rapporteur.

52. En se succédant à un rythme parfois effréné, les résultats des évaluations des risques viennent parfois à se contredire. Aussi la science n'a-t-elle donc rien de statique. Qui plus est, le processus législatif est alambiqué. Dans un premier temps, comme le requiert notamment l'article 114, paragraphe 3, T.F.U.E., la Commission expose le fondement de son analyse à la lumière des informations scientifiques disponibles en fondant sa proposition sur des recherches approfondies, connues sous le nom d'évaluation d'impact. Par la suite, le Parlement ou le Conseil, dans le cadre de la procédure législative, sont appelés à s'appuyer sur l'analyse de la Commission qui ne les lie pas pour autant. Outre le laps de temps significatif qui peut s'écouler entre ces différentes étapes, de nouvelles considérations scientifiques peuvent émerger dans le courant du processus législatif. Le principe de précaution peut, dans ce contexte, conforter la volonté du Conseil et du Parlement européen de prendre en compte de nouvelles données scientifiques.

L'affaire *Afton* est un excellent exemple de la prise en compte des données scientifiques aux différentes étapes de la procédure législative. S'agissant de la limitation de l'utilisation d'additifs métalliques dans les carburants de bateaux de navigation intérieure, notamment le M.M.T., une société productrice arguait devant la Cour de justice que le législateur avait imposé de manière erronée des teneurs limites

(123) C.J.C.E., 22 décembre 2010, *Gowan*, C-77/09, *Rec.*, p. I-13533, point 65.

de cette substance dans certains carburants. À cette fin, la société faisait observer que ces limites n'étaient pas justifiées à la lumière de l'étude d'impact jointe par la Commission à sa proposition de directive. La Cour de justice a considéré que tant le Parlement européen que le Conseil s'étaient appuyés sur des études intervenues postérieurement, lesquelles ne pouvaient pas être prises en compte par la Commission lors de la publication de son étude d'impact (124). Aussi, au cours du processus législatif, tant le Parlement européen que le Conseil avaient « pris en compte les données scientifiques disponibles, y compris celles parues au cours de cette procédure, pour exercer effectivement leur pouvoir d'appréciation » (125). En ce qui concerne la proportionnalité de ladite mesure, la Cour jugea qu'« eu égard aux incertitudes portant tant sur les dommages causés par l'utilisation de M.M.T. que sur les risques engendrés, [...] la fixation des teneurs limites en M.M.T. dans les carburants n'apparaît pas manifestement disproportionnée au regard des intérêts économiques des producteurs de M.M.T., en vue d'assurer un niveau élevé de protection de la santé et de l'environnement » (126).

53. Au terme de cet examen de jurisprudence, on peut identifier quelques balises que l'autorité décisionnelle devra suivre.

Ratione materiae, les conditions suivantes peuvent être dégagées de la jurisprudence. Il convient d'abord que l'autorité saisisse toute la portée de la question scientifique posée. Aussi, les mesures de protection adoptées dans un contexte d'incertitude doivent reposer « sur des données scientifiques disponibles les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale » (127), voire « une information suffisamment fiable et solide » (128). Ainsi, l'autorité peut être conduite à réunir « des indices sérieux et concluants, qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité et/ou de l'efficacité du médicament » (129). Il en résulte que l'on peut exiger « une évaluation approfondie du

(124) C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-7027, points 36 à 40.

(125) *Ibid.*, point 50.

(126) *Ibid.*, point 68.

(127) C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 113 ; C.J.C.E., 23 septembre 2001, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. I-9693, point 51 ; T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, points 196-197.

(128) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 162.

(129) T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945, 192.

risque » (130). Enfin, la spécificité du risque doit être appréciée à la lumière des contraintes géographiques, écologiques, nutritionnelles et sociales (131). L'autorité peut tenir compte, en outre, de la gravité de l'impact d'une survenance de ce risque sur la santé humaine, y compris l'étendue des effets adverses possibles, de la persistance, de la réversibilité ou des effets tardifs possibles de ces dégâts (132). Rien n'empêche que les autorités puissent s'appuyer sur des recommandations faites par des organes scientifiques internationaux (133), communautaires, voire nationaux. Dans le même ordre d'idées, la Commission peut, dans son évaluation des risques, se reposer sur des données scientifiques recueillies en dehors de l'UE, aux États-Unis et en Norvège, quand bien même ces données reposaient sur le scénario le plus défavorable (134).

Ratione temporis, d'autres exigences s'imposent. L'autorité doit s'appuyer sur les données scientifiques disponibles au moment de la prise de cette mesure (135). Il est préférable de tenir compte des dernières recherches (136), ou des résultats les plus récents (137) ainsi que de toute nouvelle preuve scientifique (138). Comme l'a affirmé de manière pertinente l'avocat général J. Kokott, « l'obligation de tenir compte des dernières connaissances scientifiques ne fonde aucune règle de preuve stricte » (139).

Il n'en demeure pas moins que tous ces critères demeurent fort imprécis, ce qui accentue la marge de manœuvre des autorités décisionnelles.

(130) C.J.C.E., 23 septembre 2001, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. I-9693, point 48.

(131) C.J.C.E., 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, 178/84, *Rec.*, 1227 ; 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, C-192/01, *Rec.*, p. II-9693, point 54.

(132) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, point 153.

(133) T.U.E., 1^{er} février 2013, *Polyelectrolyte Producers Group et autres c. Commission*, T-368/11, points 45-48 et 50.

(134) *Ibid.*, points 53-63.

(135) *Ibid.*, point 144.

(136) C.J.C.E., 11 juillet 2000, *Toolex*, C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, point 45.

(137) C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto*, C-236/01, point 113 ; C.J.C.E., 23 septembre 2001, *Commission c. Danemark*, C-192/01, point 51 ; 12 juillet 2005, aff. jtes. C-154/04 et C-155/04, *Alliance for Natural Health*, *Rec.*, p. I-6451, point 53.

(138) T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artegodan*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, point 194.

(139) Concl. av. gén. Julianne KOKOTT dans C.J.U.E., 8 juillet 2010, *Afton Chemical*, C-343/09, *Rec.*, p. I-7027, point 34.

2. Recours en manquement et préjudiciels

a) Principe de précaution et libertés de circulation

54. *A priori*, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures nationales tenant en échec le principe de libre circulation des marchandises.

À la différence des affaires examinées ci-dessus, les juridictions de l'Union interprètent de manière plus stricte le principe de précaution lorsque ce dernier est invoqué par les États membres dans le dessein de justifier la proportionnalité des mesures attentatoires à la libre circulation des marchandises (140).

En effet, dans le contentieux en annulation des actes de l'Union, les juridictions mettent en balance des droits économiques – droit de propriété, liberté de commerce et d'industrie – avec un intérêt général poursuivi par l'Union, telle la protection de la santé ou celle des consommateurs.

En revanche, dans les contentieux portant sur la validité de mesures nationales, la Cour de justice met en balance un principe fondamental de l'Union, à savoir le droit de faire circuler librement ses marchandises en vertu des articles 34-36, T.F.U.E. avec l'intérêt poursuivi par l'État membre soit au titre de l'article 114, paragraphes 4 et 5, T.F.U.E., soit en vertu de l'article 36, T.F.U.E. (141)

55. Cela dit, pour de nombreux produits à risque, le législateur de l'U.E. a adopté des normes d'harmonisation sur la base de l'article 114, T.F.U.E., lequel a trait à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. Ces normes conduisent à une harmonisation maximale, c'est-à-dire que les États membres ne peuvent en principe adopter des normes plus sévères sous peine de porter atteinte au bon fonctionnement du marché. Or, en vertu du paragraphe 5 de cette disposition, les États membres peuvent être autorisés par la Commission européenne à introduire des mesures plus sévères que celles arrêtées dans le cadre du fonctionnement du marché intérieur, à condition qu'elles soient « basées sur des preuves scientifiques nouvelles » relatives entre autres à la santé humaine (142). Le principe

(140) Voy. les conclusions de l'avocat général Pociès Maduro dans l'arrêt du 2 décembre 2004, C-41/02, *Commission c. Pays-Bas*, *Rec.*, p. I-11375, point 30.

(141) C.J.C.E., *Rewe-Zentral AG*, 20 février 1979, C-120/78, *Rec.*, p. 649.

(142) N. DE SADELEER, « Les dérogations nationales à l'harmonisation du marché intérieur. Examen au regard de l'article 114, paragraphes 4-7 T.F.U.E. », *Revue du droit de l'U.E.*, 2013, pp. 1-35.

accroît-il la latitude des autorités nationales de pouvoir s'écarter des normes d'harmonisation afférentes au fonctionnement du marché intérieur ?

La Cour de justice fut appelée à contrôler la validité d'une interdiction adoptée par une province autrichienne de cultiver sur son territoire des O.G.M. Selon la Commission européenne, les données avancées par les autorités autrichiennes au titre du principe de précaution ne pouvaient être assimilées à « des preuves scientifiques nouvelles » au sens du paragraphe 5. L'avocat général Sharpston indiqua dans ses conclusions que : « Quant à l'insistance avec laquelle les requérants invoquent le principe de précaution, j'ajouterais que, quelle que soit l'utilité de ce principe lors de l'appréciation de nouvelles preuves relatives à une nouvelle situation, la précaution en soi n'est pas de nature à rendre nouvelle telle preuve ou telle situation. La nouveauté tant de la situation que de la preuve est un critère double qui doit être rempli avant l'entrée en jeu du principe de précaution » (143). Soulignant que « le Tribunal n'apparaît pas avoir commis une erreur de droit en rappelant que les conclusions de l'E.F.S.A. relatives à l'absence de preuves scientifiques démontrant l'existence d'un problème spécifique avaient été prises en considération par la Commission », la Cour de justice rejeta les pourvois (144). Il en résulte que le principe consacré à l'article 191, T.F.U.E. ne prévaut pas sur l'obligation dans le chef de l'État membre d'apporter des preuves nouvelles conformément au paragraphe 5 de l'article 114, T.F.U.E.

Dans une affaire concernant la possibilité pour l'Allemagne de maintenir des normes de protection de la santé des enfants risquant d'entrer en contact avec des jouets contenant certains métaux lourds plus sévères que celles prévues par la directive sur les jouets, le Président du Tribunal statuant sur une demande de référé a pris en considération en vue de déterminer l'existence d'un risque de préjudice grave et irréparable :

« le juge des référés doit, lui aussi, tenir compte de ces considérations fondées sur le principe de précaution et relatives à l'existence et à la gravité de risques potentiels pour la santé, lorsqu'il est appelé à

(143) Conclusions de l'avocat général Sharpston du 15 mai 2007, aff. jtes. C-439/05 P et C-454/05 P, *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission, Rec.*, p. I-7441, point 134.

(144) C.J.C.E., 13 septembre 2007, aff. jtes. C-439/05 P et C-454/05 P, *Land Oberösterreich et Autriche c. Commission, Rec.*, p. I-7441, point 64.

trancher la question de savoir si l'acte juridique en cause est, avec un degré de probabilité suffisant, susceptible de causer des dommages graves et irréparables pour la santé. En particulier, il ne saurait écarter de tels dommages comme étant purement hypothétiques au seul motif que des incertitudes scientifiques demeurent quant aux éventuels risques pour la santé » (145).

b) Interprétation stricte des obligations environnementales pesant sur les États membres

56. Le fait que l'environnement soit à ce point dégradé tient en partie à la mauvaise conception des régimes de protection ainsi qu'à leur manque d'effectivité. En effet, les autorités nationales ne se donnent pas toujours les moyens d'atteindre les objectifs qui sont fixés par les nombreuses directives ayant trait à la protection de l'environnement. Aussi faut-il rappeler que le principe de précaution constitue un des fondements du haut niveau de protection environnementale (146). À ce titre, il assume indéniablement une fonction interprétative (147). On en veut pour preuve les affaires suivantes.

57. Alors qu'elle était invitée par les requérants s'opposant à la commercialisation du maïs transgénique Bt en France à faire une application autonome du principe de précaution, la Cour de justice a jugé que cette norme trouvait déjà son expression dans plusieurs dispositions de la directive 90/220/CEE sur la dissémination des O.G.M., notamment dans une clause de sauvegarde (148). Le principe de précaution prend néanmoins dans cet arrêt la forme d'un principe d'interprétation du droit qui sert à corriger la portée de la compétence liée de l'État O.G.M. Malgré la compétence liée, l'autorité nationale peut s'opposer à la commercialisation de l'O.G.M. si « elle dispose entre-temps de nouveaux éléments d'information qui l'amènent à considérer que le produit... peut présenter un risque pour la santé humaine et l'environnement » (149).

En effet, « le système de protection mis en œuvre par la directive » sur la mise sur le marché des O.G.M. (actuellement remplacée par la

(145) Trib. ordonnance du 15 mai 2013, T-198/12 R, *Allemagne c. Commission*, point 73.

(146) C.J.C.E., 7 septembre 2004, *Waddenzee*, C-127/02, *Rec.*, p. I-7405, point 44.

(147) N. DE SADELEER, *Commentaire Mégret. Environnement et marché intérieur, op. cit.*, pp. 34-36.

(148) C.J.C.E., 21 mars 2000, *Greenpeace France*, C-6/99, *Rec.*, p. I-1676.

(149) *Ibid.*, point 47.

directive 2001/18/CE) ne saurait obliger un État membre à « donner son consentement par écrit s'il dispose entre-temps de nouveaux éléments d'information qui l'amènent à considérer que le produit qui a fait l'objet de la notification peut présenter un risque pour la santé humaine et l'environnement », au motif notamment du respect du principe de précaution sous-jacent à ladite directive (150). La clause de sauvegarde constitue donc « une expression particulière du principe de précaution », le processus de sa mise en œuvre pouvant prendre en compte l'incertitude (151).

58. Le caractère exhaustif de certaines réglementations a pour effet d'oblitérer le recours au principe de précaution. On en veut pour preuve l'affaire suivante. Le maïs MON 810 est revenu au devant de la scène juridique dans l'affaire *Pioneer Hi Bred Italia*. En l'espèce, la Cour de justice fut interrogée par une juridiction italienne sur le point de savoir si un État membre pouvait superposer un niveau supplémentaire de contrôle des risques. En d'autres mots, était-il possible de cumuler un régime national d'autorisation de la mise en culture d'O.G.M. à l'A.M.M. prévue par le règlement 1829/2003.

Suivant les conclusions de l'avocat général Bot, la Cour de justice a jugé qu'un État membre n'était pas en droit de subordonner à une autorisation nationale, fondée sur des considérations de protection de la santé ou de l'environnement, la mise en culture d'O.G.M. déjà autorisés en vertu du règlement 1829/2003 et inscrits au catalogue commun en application de la directive 2002/53 (152). Une telle procédure supplémentaire ne pourrait en tout cas se fonder sur la faculté pour les États membres d'introduire des mesures de coexistence entre les différents types de culture (O.G.M., bio, traditionnelle), telle que prévue l'article 26*bis* de la directive 2001/18. En effet, une telle interprétation serait « contraire au système mis en place par le règlement n° 1829/2003 et la directive 2002/53, système qui consiste à assurer la libre circulation immédiate des produits autorisés au niveau communautaire et admis au catalogue commun, après que les exigences de la protection de la santé et de l'environnement ont

(150) *Ibid.*

(151) *Ibid.*, point 44 ; C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia S.p.a.e.a.*, C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 110.

(152) C.J.C.E., 6 septembre 2012, *Pioneer Hi Bred Italia*, C-36/11, points 70 et 71.

été prises en considération au cours des procédures d'autorisation et d'admission » (153).

Si un État membre souhaite néanmoins contrer, après la délivrance de l'A.M.M., 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'Union (154). Or, il résulte de différents arrêts rendus notamment à propos de la culture du maïs MON 810 que ces clauses doivent être interprétées restrictivement. Plus particulièrement, ces clauses actionnées par les États membres ne peuvent compromettre l'A.M.M. qui relève de la compétence de l'U.E.

À cet égard, force est de constater que, dans un arrêt *Monsanto* du 8 septembre 2011, la Cour a jugé que dans la mesure où le maïs MON 810 ne tombait plus sous le champ d'application de la directive 2001/18 (155), seul l'article 20, paragraphe 1, du règlement 1829/2003 était d'application. En autorisant la poursuite de l'utilisation des produits qu'il régit, cette disposition couvre l'utilisation en tant que semences du maïs notifié (156). Les mesures d'urgence ne peuvent donc être adoptées par les États membres à l'encontre de l'utilisation de ce maïs qu'en vertu de l'article 34 de ce règlement, selon lequel, « [l]orsqu'un produit autorisé par le[dit] règlement [...] est, de toute évidence, susceptible de présenter un risque grave pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement [...], des mesures sont arrêtées conformément aux procédures visées aux articles 53 et 54 du règlement (CE) n° 178/2002 ». On notera que le règlement 178/2002 établit les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire (157). Dans son arrêt

(153) *Ibid.*, point 74.

(154) C.J.C.E., *Pioneer Hi Bred Italia*, C-36/11 ; Voy. concl. av. gén. Yves BOT, point 51.

(155) Les auteurs de la directive 2001/18 avaient eu le souci de traduire avant l'heure le principe de précaution dans le domaine des O.G.M., comme a pu le confirmer la Cour de justice dans un arrêt *Greenpeace France* (C.J.U.E., 21 mars 2000, *Greenpeace France*, C-6/99, *Rec.*, p. I-1676, point 44). En raison de la présence « de nouveaux éléments d'information » obtenu dans le courant de l'instruction de la demande d'autorisation, la Cour a admis qu'une autorité nationale puisse adopter des mesures de sauvegarde lorsqu'elle est amenée à considérer que le produit O.G.M. « peut présenter un risque pour la santé ou pour l'environnement qui n'a pas été appréhendé dans le cadre de la procédure d'instruction communautaire » (C.J.C.E., 21 mars 2000, précité, *Greenpeace France*, point 44).

(156) C.J.U.E., 8 septembre 2011, *Monsanto*, C-58/10 à C-68/10, points 70 et 71 ; Concl. av. gén. Y. BOT, point 55. Sur cet arrêt, voy. : M. WEIMER, « The Right to Adopt Post-Market Restrictions of GM Crops in the E.U. », *E.J.R.R.*, 2012, pp. 447 et s. M. CLÉMENT, « Arrêt *Monsanto* : Du principe de précaution au risque manifeste », *R.E.D.C.*, 2012, pp. 163 et s.

(157) *J.O.*, n° L 31, 1^{er} février 2002, p. 1.

Monsanto, la Cour a interprété les conditions prévues à l'article 34 de manière fort stricte : « outre l'urgence », les États membres doivent démontrer « l'existence d'une situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé humaine, la santé animale ou l'environnement » (158). Le principe de précaution n'est pas évoqué dans cet arrêt alors qu'auparavant, dans l'arrêt *Monsanto Agricoltura*, la Cour n'avait pas hésité à interpréter la clause de sauvegarde prévue par le règlement 258/97/CE, remplacé désormais par le règlement 1829/2003, à l'aune de ce principe (159).

III. CONCLUSION

59. L'examen des morceaux choisis de la jurisprudence récente des juridictions de l'Union révèle que le contentieux relevant du droit de l'environnement entraîne son lot de difficultés, aussi bien s'agissant de l'accès à la justice que s'agissant des questions liées au fonds des litiges.

À la lumière d'une série d'affaires tranchées par le Tribunal et la Cour de justice, nous avons pu mettre en exergue quelques écueils auxquels le praticien sera particulièrement attentif.

S'agissant de l'accès à la justice, celui-ci veillera, compte tenu des conditions de recevabilité des recours en annulation telles que déterminées par le Traité et interprétées par le juge communautaire, à identifier le ou les actes susceptibles d'être annulés par les juridictions de l'Union. À défaut, il envisagera de contester la norme de droit dérivé litigieuse indirectement devant les juridictions nationales dans l'espoir que ces dernières interrogent à titre préjudiciel la Cour de justice.

S'agissant du principe de précaution, le praticien prendra la mesure, lorsqu'une discussion litigieuse se noue autour de la légalité d'un acte pris par une institution dans le domaine de la santé ou de l'environnement, à tenir compte de la marge d'appréciation reconnue à ladite institution. Il prendra soin, lorsque la mise en œuvre d'actes de droit dérivé est sujette à différentes interprétations, à les interpréter à l'aune de ce principe.

(158) C.J.C.E., 8 septembre 2011, *Monsanto*, C-58/10 à C-68/10, point 81. Voy. G. KALFLECHE, « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (novembre 2011- mai 2012) », *Europe*, n° 7, juillet 2012, pp. 10-11.

(159) C.J.C.E., 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, C- 236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 112.