

19 La proportionnalité écologique : un principe émergent

Gerd WINTER,

professeur, directeur du Centre de recherche en droit européen de l'environnement, université de Bremen, Allemagne

Compte tenu de la surexploitation progressive de la nature, la proportionnalité écologique est proposée comme un principe qui suggère que, lorsqu'elle utilise la nature, la société devrait justifier ses objectifs et choisir ses moyens, qui eux devraient être appropriés, nécessaires et équilibrés. Le principe invertit le principe classique de la proportionnalité, ici nommé proportionnalité sociologique. Tandis que la socio-proportionnalité défend les libertés de la société face aux autorités publiques, l'éco-proportionnalité défend la nature face à la société. La première exige de justifier les intérêts publics considérant les intérêts privés, la seconde exige de justifier les intérêts privés considérant l'intérêt de la nature. Le principe est émergent dans plusieurs normes sociales et juridiques. Il devrait être différencié et répandu tant que les ressources naturelles deviennent rares.

1 - Des tentatives pour accorder à la nature une place plus importante dans le droit régissant les sociétés humaines, ont souvent reconnu à celle-ci des droits subjectifs en relation avec les êtres humains. Reconnaître à la nature le droit d'ester en justice est un exemple¹, un autre est la conception d'un contrat naturel qui compléterait le contrat social.² La difficulté attachée à ces suggestions est que tandis que dans le monde réel, la mise en balance des droits subjectifs conflictuels et la recherche de compromis sont nécessaires, le concept des droits subjectifs ne fournit pas des directives pour trouver la solution optimale du balancement. Par ailleurs, le développement durable est proposé comme un principe objectif protégeant la nature mais ne lui conférant aucun droit subjectif. Toutefois, le principe a été largement qualifié d'inefficace, parce qu'il a été vu comme permettant n'importe quel balancement des intérêts économiques, sociaux et naturels, qui au final favorise les intérêts économiques.³ Un autre concept objectif est l'analyse des coûts et avantages de l'action et/ou de l'inaction de la protection de l'environnement.⁴ Mais dans la mesure où le concept insiste sur l'utilisation de dénominateurs communs, sa méthode de monétisation des valeurs qualitatives n'a pas été convaincante, et si elle se contente d'un équilibre qualitatif, il est une fois de plus lacunaire quant à la façon d'atteindre des résultats acceptables. Par contraste, il y a deux principes qui raisonnent plus décidément en faveur de la nature, à savoir le principe de

non-régression⁵ et celui de durabilité forte (*strong sustainability, strenge Nachhaltigkeit*)⁶. Toutefois, les deux principes tendent à se focaliser sur la nature et à délaissier l'importance des intérêts sociaux et économiques.

L'objectif de cette étude sera de suggérer la proportionnalité comme principe promouvant le rôle de la nature en droit et fournissant des critères adéquats d'équilibrage. Ce principe est apparu comme un moyen élaboré de restriction du pouvoir de l'État dans la société humaine. Il sera également présenté comme un moyen de restriction du pouvoir de la société humaine sur la nature.

1. De la proportionnalité sociologique à la proportionnalité écologique

A. - L'appréhension classique de la proportionnalité

2 - La proportionnalité est largement admise comme un principe de l'État de droit. Ce principe juridique vise à structurer les relations entre les autorités publiques et le citoyen. Sa conception a pour but de garantir que le pouvoir public visant l'intérêt général, lorsqu'il intervient dans les droits des citoyens, doit correspondre à certaines conditions. Elles sont les suivantes :

- l'objectif poursuivi par le Gouvernement doit être justifiable (1) ;
- la mesure prise doit être :
 - efficace, c'est-à-dire capable de servir l'objectif (2) ;
 - nécessaire, c'est-à-dire non remplaçable par une autre étant tout aussi effective, mais moins intrusive sur les droits individuels (3), et ;
 - équilibré, c'est-à-dire pas excessivement intrusive sur les droits individuels en vue de l'importance de l'intérêt général(4).

Le principe peut être représenté comme le montre la figure 1. Les flèches indiquent que la mesure prise traversera les droits individuels, lorsqu'elle visera un objectif. La flèche en pointillés, représentant l'alternative B, serait plus grave que l'alternative A et est donc à rejeter.

Ndlr : Version améliorée des textes *Ökologische Verhältnismäßigkeit*, *Zeitschrift für Umweltrecht* 7-8/ 2013, p. 387-395, et *Ecological Proportionality – An Emerging Principle of Law for Nature ?*, dans Chr. Voigt (éd.) *Rule of Law for Nature*, Cambridge (Cambridge University Press 2013) p. 111-129. Je remercie Gabrielle Ngassé de sa traduction et Nathalie Hervé-Fournereau de beaucoup de suggestions d'expressions et de contenus.

1. V. Chr. Stone, *Should Trees Have Standing ? Law, Morality, and the Environment*, Oxford (Oxford University Press, 3rd ed., 2010).
2. M. Serre, *Contrat Naturel* : Flammarion 1992.
3. V. G. Winter, *A Fundament and Two Pillars ; The Concept of Sustainable Development 20 Years after the Brundtland Report*, dans H. C. Bugge and C. Voigt (eds.), *Sustainable Development in International and National Law* (Europa Law Publishing 2008), 25.
4. V. pour une esquisse du concept B.C. Field and K.C. Field, *Environmental Economics*, Boston (McGraw-Hill, 5th ed., 2009), 44 et seq., 118 et seq., 137 et seq.

5. M. Prieur, G. Sozzo (éd.), *La Non-Régression en droit de l'environnement*, Paris : Bruylant 2012.

6. Winter, *op.cit.* (note 3).

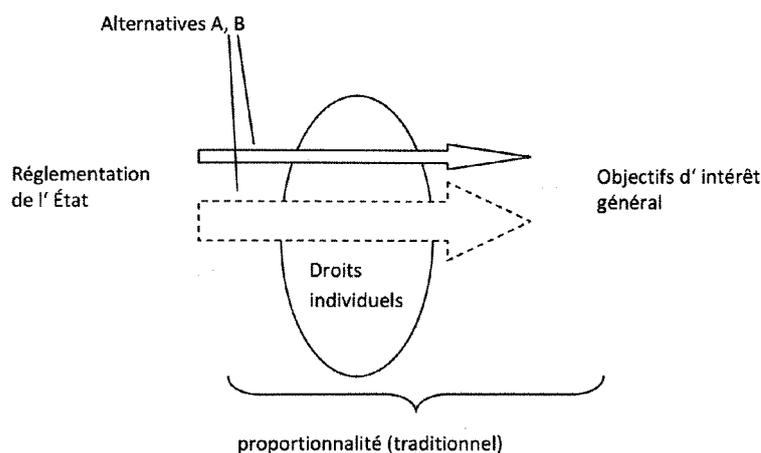


Figure 1: Le principe de proportionnalité traditionnelle

La proportionnalité (*verhältnismäßigkeit*) a diverses origines juridiques et culturelles. L'origine allemande étant probablement la plus influente. En Allemagne le principe tire son origine du droit de la police du XIX^e siècle, lorsque les tribunaux ont élaboré la doctrine selon laquelle la police, lors de la prise des mesures visant à assurer l'ordre public, n'est pas autorisée à interférer avec les droits individuels au-delà du maintien de l'ordre public⁷. Cela sous-entend deux conditions : que la mesure la moins intrusive doit être choisie, et que la mesure ne peut être hors de proportion avec l'objectif à atteindre. Peu à peu, le principe a pris la forme plus complexe comme représenté ci-dessus Il a été appliqué dans tous les champs de l'action administrative discrétionnaire. Et il est devenu même un principe constitutionnel contrôlant la législature lorsqu'une loi devait intervenir dans les droits fondamentaux.⁸ En droit administratif français, une évolution similaire a eu lieu, bien que plus circonscrite au droit administratif, soit en droit de la police en ce qui concerne le test de l'alternative la moins intrusive, soit en droit de l'expropriation s'agissant du calcul coûts-avantages⁹.

Les fondements dans les deux systèmes juridiques français et allemand ont préparé le chemin de la proportionnalité au niveau européen. Cette tradition pourrait aussi se combiner avec le principe de *reasonableness*, qui découle de la *common law* anglaise, comme norme d'appréciation de la discrétion administrative, mais qui est plus procédurale et moins systématisée que la doctrine allemande de proportionnalité¹⁰.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a assez tôt reconnu la proportionnalité comme un moyen de restreindre les empiètements sur des droits fondamentaux européens. Elle¹¹ l'a aussi appliquée à la régulation des restrictions des libertés fonda-

mentales du marché intérieur par les États membres.¹² Le principe est également mis en œuvre dans l'analyse de toute décision administrative discrétionnaire des organes européens, et en particulier de la Commission¹³.

Par conséquent, la proportionnalité est devenue un principe de grande envergure encadrant le pouvoir discrétionnaire en vue de prévenir toute atteinte excessive aux droits individuels¹⁴.

B. - Suggérer une extension de la proportionnalité

3 - L'idée est de suggérer que le principe ne devrait pas seulement être appliqué aux activités gouvernementales qui empiètent sur les droits des citoyens, mais aussi aux activités de ces citoyens qui créent des dommages sur la nature. Cette analogie est justifiable, parce que les deux zones d'application ont un dénominateur commun, qui est la limitation de pouvoir. Dans le premier cas, il s'agit du pouvoir de l'État sur la société (ou la collectivité sur les individus) qui doit être jugulé, dans le second cas, il s'agit du pouvoir de la société sur la nature qui doit être maîtrisé. La proportionnalité au sens second serait une exigence de justification des usages de la nature par la société. La « société » inclut la société civile et les entreprises, mais aussi les organismes gouvernementaux dans leur capacité non en tant que régulateurs, mais comme usagers directs de la nature.

Pour clarifier la terminologie employée, nous désignerons les deux types de proportionnalité comme sociologique et écologique. La proportionnalité sociologique (ou la socio-proportionnalité) protégera à la base principalement les droits des citoyens contre les atteintes gouvernementales, la proportionnalité écologique (ou éco-proportionnalité) protégera la nature contre les atteintes de la société (V. figure 2).

La raison de cette extension du principe est l'accroissement de la rareté des ressources naturelles qui sont disponibles pour les sociétés modernes, que ce soit la biodiversité, l'eau, l'air pur et un climat vivable. L'enjeu est que les acteurs de la société ne sont pas essentiellement des détenteurs de droits, mais plutôt des titulaires d'obligations. Le point crucial est donc que la société humaine doit justifier ses intérêts en raison de la nature.

7. Jugements de la Cour Supérieure de la Prussie, *PROVGE* 13, 424 ; 44, 342 ; 45, 416 (423).

8. P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln (C. Heymanns Verlag, 1961) 29 et seq.

9. V. G. Dupuis, M.-J. Guédon, P. Crétien : *Droit Administratif*, Dalloz, 12^e éd., 2011, p. 841.

10. H. W. R. Wade, *Administrative Law* (Clarendon Press, 5th ed., 1982), chapitre 12. Il a été proposé d'adopter la proportionnalité comme principe de *common law* principle, V. C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge (Cambridge University Press, 1997, réimprimé 2006), 118.

11. CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, points 12-14.

12. V., par ex., CJCE, 14 déc. 2004, aff. C-463/01, *Reprises pour des emballages*, pts 75-82.

13. V., par ex., CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-189/01, *H. Jippes*, pts 80-83.

14. En plus, le principe fut aussi appliqué de limiter les interventions des institutions européennes sur les compétences des États membres. V. *TFUE*, art. 5 (4).

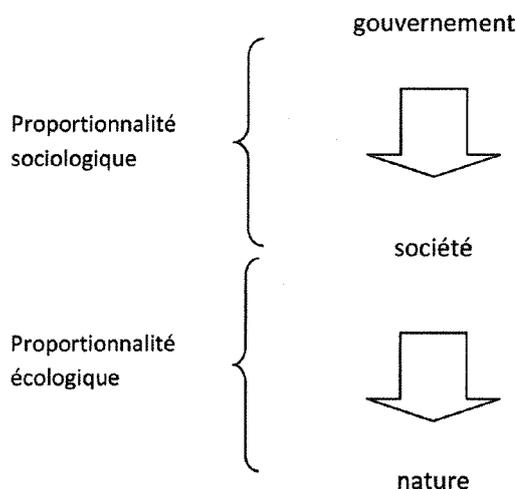


Figure 2: Deux versions de proportionnalité

C. - Concevoir une proportionnalité écologique

4 - L'éco-proportionnalité impliquerait l'analyse à quatre conditions cumulatives : si une activité empiète sur les ressources naturelles :

- l'acteur doit viser un objectif sociétal justifiable, soit la réalisation de droits individuels et/ou collectifs (1) ;

- l'activité doit éventuellement être :
 - efficace, c'est à dire capable d'être utile à l'objectif (2) ;
 - nécessaire, c'est à dire non remplaçable par une autre étant moins intrusive sur les ressources naturelles (3) ;
 - équilibrée, c'est à dire pas trop intrusive sur les ressources naturelles en vue de l'importance de l'objectif sociétal (4).
 Le principe peut être représenté comme indiqué sur la figure 3.

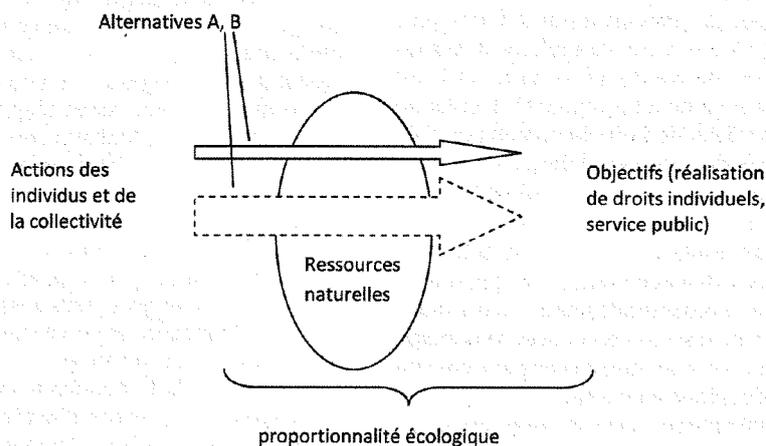


Figure 3: Éco- proportionnalité

De manière plus détaillée une version ambitieuse de l'analyse requiert les quatre exigences suivantes :

1. Alors que dans la socio-proportionnalité, l'objectif visé par l'individu est conçu comme un choix libre (voire dans les limites du respect des autres droits individuels), il est dans l'éco-proportionnalité soumis à une obligation de motivation. Cette obligation apparaît être un véritable scandale du concept, mais elle est compréhensible compte tenu de la rareté grandissante des ressources naturelles. Elle met en question notamment les riches qui par leur mode de vie consomment des ressources naturelles.

2. Si un objectif est justifiable, les moyens employés devraient lui être utiles. Par exemple, un barrage pour la production hydroélectrique manquerait d'utilité si la rivière n'apporte pas assez d'eau pour alimenter le réservoir.

3. L'élément le plus important de l'éco-proportionnalité est l'analyse de moyens alternatifs. L'alternative générant des effets moins nocifs sur les ressources naturelles, devrait être privilégiée.

4. En supposant qu'un objectif soit justifié et le moyen efficace et nécessaire, alors les moyens devraient néanmoins être rejetés si leurs effets nocifs sont excessifs, en comparaison avec l'importance de l'objectif. Par exemple, si l'extension d'une autoroute peut

uniquement être effectuée en endommageant un biotope valable,, mais cela augmenterait sa capacité de transport de seulement 5 %, le dommage peut être qualifiés d'excessif par rapport à l'objectif, l'augmentation de la capacité de transportation.

Certes, il apparaît très ambitieux de suggérer l'introduction de le profil entier d'éco-proportionnalité pour tous les domaines de l'utilisation des ressources naturelles rares. Il serait, cependant, un grand pas en avant si au moins la justification des objectifs et le respect des alternatives devient une exigence générale. Donc, le champ de concrétisation des deux éléments les plus importants – un objectif raisonnable et l'analyse des alternatives – sera encore expliqué.

Quant à l'exigence d'un objectif raisonnable, le champ des justifications possibles s'étend du plaisir personnel et du profit économique à la valeur utilisée d'un produit ou d'un service jusqu'à un intérêt public. Un intérêt non seulement privé mais public devrait être nécessaire, quand il est inévitable que de très précieux actifs environnementaux soient sacrifiés pour l'objectif, comme si un habitat naturel rare sera détruit au profit d'une meilleure infrastructure de transport. Plus le dommage ou risque de dommage est important, plus important doit être le bénéfice si l'effet nocif doit être accepté. Puisque l'objectif est un guide approprié pour déterminer l'étendue des alternatives qui devraient être considérées, il convient de noter que plus l'objectif est formulé en termes généraux, plus le choix des alternatives devient grand. Par exemple, si l'objectif défini vise à faciliter le transport entre deux agglomérations, les autoroutes et les voies ferrées sont deux options à considérer. Si l'objectif vise moins à servir le transport individuel, seules les différentes sortes et lignes d'autoroutes devraient être incluses. Enfin, si l'objectif est très spécifiquement déterminé de sorte qu'une autoroute à six voies doit être construite dans un couloir précisément délimité, seul un petit écart géographique peut être considéré.

Concernant le rôle des alternatives, le choix des options peut être laissé subjectivement à son promoteur, ou il peut découler des critères objectifs. Par exemple, la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences environnementales de certains projets publics et privés confine l'analyse aux « principales alternatives étudiées par le promoteur », donc à un choix subjectif. En revanche, la directive 2001/42 sur l'évaluation des incidences environnementales de certains plans et programmes prévoit l'identification de solutions de substitution raisonnables, donc d'un choix déterminé par un critère objectif. La formulation de cette obligation semble moins exposée à l'abus des développeurs. Quant au spectre des alternatives qui doivent être considérées, comme déjà mentionné, l'objectif (privé ou public) de l'usage de la nature doit servir de critère. Un dernier problème est lié au fait que les alternatives peuvent se différencier en fonction de leur aptitude à atteindre l'objectif, et elles peuvent requérir de différents coûts financiers. Par exemple, la construction d'un tunnel sous un biotope précieux est normalement plus coûteux que la coupe transversale sur la surface. Il semble que ces questions de l'atteinte des objectifs et les effets secondaires financiers doivent être résolues par une évaluation appropriée des intérêts et incidences.

2. Le statut juridique

5 - Les exemples donnés indiquent déjà que la proportionnalité écologique n'est pas complètement étrangère au droit de l'environnement. Toutefois, son statut juridique reste à clarifier. Le principe devrait premièrement être conçu comme une norme sociale, et non comme une norme juridique. Plus que la socio-proportionnalité, qui encourage l'exploitation des droits individuels à moins que l'État définisse les limites, l'éco-proportionnalité est particulièrement appropriée à être adoptée en tant que norme sociale parce qu'elle vise explicitement à un auto-engagement sociétal concernant l'utilisation des ressources naturelles. En outre, le principe peut également être formulé comme une exigence de normes juri-

diques. Nous allons explorer dans quelle mesure le principe a déjà été intégré dans les deux catégories de normes.

A. - Une norme sociale

6 - En ce qui concerne les normes sociales nous nous demanderons si les individus, les entreprises et les organisations gouvernementales, lors de l'utilisation des ressources naturelles, réfléchissent à la question de savoir si l'activité sert un objectif justifiable, si l'objectif peut être atteint par des moyens moins attentatoires et si les atteintes résiduelles sont contrebalancées par l'importance de l'objectif.

Dans le monde social, la proportionnalité s'est en effet largement répandue dans l'aire de la consommation de ressources environnementales. Par exemple, de plus en plus de consommateurs comparent les produits et les services non pas seulement en termes de prix et fonctionnalité, mais aussi en termes d'impact environnemental de leur fabrication, leur exploitation et leur élimination. Non seulement les alternatives moins attentatoires sont prises en compte, mais aussi les objectifs de consommation sont souvent remis en question. L'usage de la bicyclette est un exemple : en comparaison avec la voiture, dans de nombreuses situations, la bicyclette est considérée non seulement comme l'alternative la moins attentatoire mais aussi un meilleur objectif justifiable, car elle est plus rapide dans les centres-villes et plus saine pour le cycliste.

Dans le monde économique, les codes de conduite des entreprises et des associations d'entreprises contiennent parfois des recommandations reflétant des éléments de la proportionnalité écologique. Alors que de nombreuses sociétés multinationales adoptent seulement à des fins vagues un comportement économique durable, il y en a d'autres qui s'engagent pour la minimisation de l'impact de l'environnement et sont même prêtes à reconstruire le bénéfice de leurs produits¹⁵.

Par exemple, l'entreprise chimique suisse Novartis a jusqu'à récemment compté les éléments suivants parmi les principes de sa « politique sur la citoyenneté d'entreprise » concernant la santé, la sécurité et l'environnement, soit la *HSE Performance* :¹⁶ « Nous nous efforçons de faire un usage efficient des ressources naturelles et de minimiser les impacts environnementaux de nos activités et de nos produits au cours du cycle de leur vie. Nous évaluons les implications HSE afin de nous assurer que les avantages de nouveaux produits, procédés et technologies emportent sur les risques résiduels ».

La clause de minimisation des impacts peut être considérée comme une analyse des alternatives et l'exigence d'efficacité des moyens. En plus, la société est même prête à jauger les avantages des produits avec les risques environnementaux restants.

Un exemple plus modeste peut être trouvé dans les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur les multinationales. Bien qu'ils proviennent d'une organisation internationale étatique, ils peuvent être considérés comme une norme d'auto-investissement parta-

15. Pour une analyse empirique et théorique d'exemples V.M. Herberg, *Global Legal Pluralism and Interlegality : Environmental Self-Regulation in Multinational Enterprises as Global Law-Making* et O. Dilling, *Proactive Compliance ? Repercussions of National Regulation in Standards of Transnational Business Networks*, dans O. Dilling, M. Herberg, G. Winter (eds.), *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford (Hart Publishing, 2008).

16. www.novartis.com/downloads/corporate-responsibility/ (visited 26.08.12) (traduction de l'auteur) ; cette formule fut plus tard remplacée par une version moins ambitieuse qui se concentre sur la réduction d'émissions de la production mais omet le balancement de coûts et avantages des produits.

gée par les industries/entreprises progressistes. Ils énoncent entre autres¹⁷ :

[Les entreprises devraient :]

6. constamment s'efforcer d'améliorer leurs performances environnementales, au niveau de l'entreprise et, le cas échéant, de sa chaîne d'approvisionnement, en encourageant des activités telles que :

(a) l'adoption de technologies et de procédures d'exploitation dans tous les secteurs de l'entreprise qui renvoient les normes concernant la performance environnementale dans la partie la plus performante de l'entreprise ;

(b) le développement et l'approvisionnement en produits ou en services qui n'ont pas d'impacts environnementaux intolérables ; sont sans danger dans leur utilisation prévue ; réduisent les émissions de gaz à effet de serre ; sont efficient dans leur consommation d'énergie et de ressources naturelles ; peuvent être réutilisés, recyclés ou éliminés en toute sécurité.

Bien que la demande de meilleur choix de technologies n'implique pas encore une comparaison avec les meilleures technologies dans le monde entier, elle éveille l'attention sur les alternatives les plus développées au niveau multinational. De même, au moment de choisir le type de produit ou service à fournir, l'entreprise doit respecter des critères assez ambitieux tels que l'éviction des impacts intolérables environnementaux, l'utilisation sécuritaire, la réduction des gaz à effet de serre, l'efficacité de l'énergie et des ressources, et la réutilisation, le recyclage et l'élimination sécuritaire des déchets.

De toute évidence, ces principes directeurs sont des recommandations et des engagements volontaires, qui exhortent davantage qu'ils ne contraignent. Ils sont néanmoins des exemples de normes sociales. De plus ils sont concrets et soutenus par une infrastructure organisationnelle comme des officiers spécialisés dans l'environnement, des rapports sur les engagements, de la gestion des plans, des mécanismes de contrôle interne et ainsi de suite, et seront considérés comme une auto-obligation¹⁸.

B. - Une norme juridique

7 - En conclusion, le principe de l'éco-proportionnalité est en effet en train d'émerger comme une norme sociale. Il est important en tant que source de l'auto-réglementation de la société, en particulier dans les domaines de la vie sociale sur lesquelles le droit n'a pas encore agit. L'éco-proportionnalité est, cependant, également appropriée comme un contenu du droit formel. Bien sûr, la législation étatique peut également formuler des règles de base que la société devrait respecter lors de l'utilisation des ressources naturelles. En fait, compte tenu du besoin urgent d'initiatives plus audacieuses en vue de la protection de l'environnement, il peut servir d'instrument approprié pour amener la société à avoir plus de respect pour la nature. Cela est d'autant plus avéré si l'on peut démontrer que le principe n'est pas entièrement nouveau, mais peut déjà être retracé dans certaines lois existantes. Quelques exemples étaient déjà donnés ci-dessus, d'autres peuvent être cités.

Un exemple probant est celui d'un ensemble de critères établis pour la protection du réseau européen de zones protégées appelées Natura 2000. Si un projet provoquant des incidences négatives significatives sur un site Natura 2000 doit être réalisé, il peut exceptionnellement être autorisé s'il n'y a pas de solutions alternatives moins attentatoires et le projet est justifiable pour des raisons impératives d'intérêt public. Dans un tel cas, des mesures compensatoires qui permettent de réduire l'impact, doivent être prises.

Un exemple analogue est prévu par la Loi fédérale allemande de la protection de la nature (*Bundesnaturschutzgesetz, BNatSchG*). La section 15 *BNatSchG* établit que chaque fois qu'un projet

entraîne une altération significative de la nature et du paysage (*Eingriff in natur und landschaft*), les quatre critères suivants doivent être remplis : tout d'abord, il doit être évalué si les effets négatifs du projet peuvent être évités. Ici, les variantes du projet qui sont recherchées sont celles qui portent le moins atteintes à la nature. Dans un deuxième temps, tous les effets négatifs qui sont jugés inévitables doivent être compensés. Deux mesures sont prévues comme compensation : une mesure reconstructive (*ausgleichsmaßnahme*) comme par exemple la reconstruction d'un biotope à proximité de l'endroit du projet, et la mesure remplaçante (*ersatzmaßnahme*) qui peut être n'importe quelle mesure de protection de la nature et réalisé plus loin de l'endroit du projet. Dans un troisième temps, le dommage restant après la compensation doit être mis en balance avec l'importance du projet ; si le dommage est plus important que le projet, celui-ci est inadmissible. S'il est moins important, une compensation monétaire doit être payée comme mesure de quatrième étape.

D'autres exemples sont donnés ci-dessous dans des versions sommaires. Un bref commentaire entre parenthèses indique quels éléments de l'éco-proportionnalité sont représentés.

- une dérogation à l'obligation de protéger les espèces d'oiseaux en voie de disparition est admissible pour des raisons d'intérêt de la santé et de la sécurité publiques, la sécurité aérienne et la prévention des dommages importants aux cultures, « où il n'y a pas d'autre solution satisfaisante » (*dir. 2009/147/CE, art. 9*) (l'objectif - santé et sécurité - à justifier, des alternatives à analyser) ;

- les États membres peuvent déroger à l'obligation d'assurer une bonne qualité d'eau de surface si les besoins environnementaux et socio-économiques, servis par l'usage d'eau, ne peuvent être atteints par un choix environnemental significativement meilleur n'entraînant pas de coûts disproportionnés (*dir. 2000/60/CE, art. 4 (5)*) (les alternatives à analyser, l'objectif - besoins socio-économiques - à considérer) ;

- les nouveaux produits phytopharmaceutiques contenant certaines substances immanentes dangereuses ne peuvent être approuvés si, pour l'usage envisagé, un produit phytopharmaceutique autorisé ou un contrôle non chimique ou une méthode de prévention existe déjà qui est plus sûre pour l'environnement (*règl. (CE) n° 1107/09, art. 50 (1) (a)*) (alternatives à analyser) ;

- la production et la commercialisation de certains produits chimiques immanents dangereux ne peuvent être autorisées que si leur risque sanitaire ou leur risque sur l'environnement est contrôlé de manière adéquate ou est compensé par des avantages socio-économiques et s'il n'y a pas de substances ou des technologies alternatives appropriées (*V. règl. (CE) 1907/06, art. 60 (2) t. 60*) (alternatives à analyser, solution devant être mise en balance avec l'objectif - avantages socio-économiques) ;

- une étude de l'impact environnemental doit montrer quelles alternatives pour le projet proposé ont été analysées et pourquoi elles ont été rejetées (*dir. 2011/92/UE, art. 5 (3)* ; *dir. 2001/42/CE, art. 5*) (alternatives à tester) ;

- l'exploitant d'une installation dangereuse doit appliquer les meilleures techniques disponibles, qui sont définies comme « le stade de développement le plus efficace et avancé [...] en prenant en considération les coûts et les avantages (*dir. 2010/75/UE, art. 2 n° 10*) (alternatives à analyser ; coûts devant être mis en balance avec les avantages environnementaux).

Un certain nombre d'accords internationaux ont également adopté des éléments du principe de l'éco-proportionnalité :

- selon la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP), « lors de l'examen de propositions de construction de nouvelles installations ou de modification substantielle des installations existantes à l'aide de procédés entraînant des rejets des substances chimiques énumérées à la présente annexe, il faudrait examiner en priorité les procédés, techniques ou méthodes de remplacement qui présentent la même utilité mais qui évitent la

17. OECD (2011), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>, chapter VI No. 6. (traduction de l'auteur).

18. M. Herberg, *op. cit.* (note 13) p. 30-32.

formation et le rejet de ces substances chimiques »¹⁹ (alternatives à analyser) ;

- la Convention d'Espoo sur l'étude de l'impact sur l'environnement (EIE) dans un contexte transfrontalier prévoit que l'EIE contient « une description, le cas échéant, des alternatives raisonnables (par exemple, localisation ou technologique) à l'activité proposée et également l'alternative de non-action »²⁰ (alternatives à analyser) ;

- selon le Protocole de Kiev sur l'évaluation stratégique environnementale (ESA), le rapport environnemental doit identifier, décrire et évaluer les effets significatifs probables de l'environnement, incluant la santé, de la mise en œuvre du plan ou du programme et ses alternatives raisonnables²¹ (alternatives à analyser) ;

- la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone suggère un échange entre les parties contractantes des informations techniques sur :

- la disponibilité et le coût des substituts chimiques et des technologies alternatives pour réduire les émissions des substances modificateuses de la couche d'ozone et la recherche planifiée en cours s'y référant ;

- les limitations et tous les risques liés à l'utilisation chimique ou autres substituts et les technologies alternatives, ainsi que les informations socio-économiques sur, entre autres, « les coûts, les risques et les avantages des activités humaines susceptibles de modifier indirectement la couche d'ozone et les incidences des mesures réglementaires prises ou envisagées pour contrôler ces activités » (alternatives à analyser, objectif-avantages à prendre en considération).²²

En conclusion, il apparaît que l'éco-proportionnalité a été adoptée par un certain nombre d'instruments juridiques d'États, de l'UE et d'accords internationaux sous différentes formes, et parfois dans une version assez complète. Il semble exister une certaine logique derrière le choix de configuration : plus l'analyse est ambitieuse, plus la ressource naturelle en cause est considérée avoir de la valeur, ou plus grave est l'effet nocif. Par conséquent, la version de Natura 2000 particulièrement stricte est expliquée par la condition de rareté de la ressource protégée. En revanche, la version modeste requise pour une EIE peut avoir cours du fait que l'EIE couvre de nombreux effets et l'environnement tout entier, et pas seulement des effets graves ou des ressources menacées.

3. Les proportionnalités s'imbriquant en droit de l'environnement

8 - Les proportionnalités écologique et sociologique semblent s'imbriquer dans le domaine du droit de l'environnement. En droit de l'environnement de nombreuses règles établissent déjà des obligations de la société vis-à-vis de la nature, demandant le respect pour elle et exigeant évidemment aussi la proportionnalité des moyens et des fins, y compris les analyses d'alternatives. Par exemple, la Loi fédérale allemande sur la protection contre les

émissions (*Bundesimmissionsschutzgesetz – BImSchG*) habilite l'autorité compétente à ordonner à l'exploitant d'une installation dangereuse d'améliorer sa performance environnementale, à moins que cela n'entraîne des coûts disproportionnés. La disposition applicable, l'article 17, prévoit comme suit :

« (1) Afin d'exécuter les obligations résultant de la présente loi ou de toute ordonnance délivrée en vertu des présentes, un arrêté pourrait être délivré suivant l'issu d'un permis [...]. Si après que soit délivré un tel permis [...] la protection du public général ou du voisinage contre tout effet nocif sur l'environnement [...] s'avère insuffisante, l'autorité compétente doit délivrer des prescriptions supplémentaires.

(2) L'autorité compétente ne peut délivrer une prescription supplémentaire, si une telle prescription manquerait de proportionnalité, surtout si l'effort nécessaire pour se conformer à la prescription n'est pas proportionnel à l'effet désiré ; à cet égard, une attention particulière doit être accordée à la nature, le volume et la dangerosité des émissions provenant de l'installation et les émissions causées par celle-ci ainsi que la durée de vie utile et les particularités et caractéristiques techniques de l'installation. ».

La proportionnalité de cette sorte est également un principe important en droit international. Par exemple, l'article 2.2 de l'Accord relatif aux obstacles techniques au commerce (*TBT agreement*) exige qu'une mesure visant un intérêt public tel que la santé ou la protection de l'environnement ne doit pas être plus restrictive que nécessaire pour le commerce. L'organe d'appellation a établi une méthodologie plutôt sophistiquée pour réaliser l'analyse de la proportionnalité, comprenant les considérations suivantes :

(i) le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause ;

(ii) la restriction commerciale de la mesure, et ;

(iii) la nature des risques en cause et de la gravité des conséquences qui découleraient du non-accomplissement de l'objectif(s) poursuivi(s) par le membre à travers la mesure.

Dans la plupart des cas, une comparaison de la mesure contestée et d'autres mesures possibles doit être entreprise. En particulier, il peut être approprié pour l'application de la présente comparaison d'examiner si l'alternative proposée est moins restrictive pour le commerce, si elle ferait une contribution équivalente à l'objectif légitime applicable, en tenant compte des risques que le non-accomplissement créerait, et si elle est raisonnablement disponible²³.

Toutefois, ce genre de proportionnalité, bien que traitant de la protection de l'environnement, est encore caractérisée par la logique de minimisation des atteintes aux intérêts de la société, comme étant habituelle dans son application dans les relations État-citoyens. La protection de l'environnement apparaît ici comme un intérêt public. Donc, les atteintes des moyens servant l'intérêt public doivent être limitées afin de protéger les droits individuels. Dans le cas de l'article 17 *BImSchG*, ces atteintes sont les coûts des mesures protectrices, et dans le cas de l'article 2.2 de l'Accord OTC, elles sont les coûts des restrictions du libre commerce (V. figure 4).

19. Partie V B de la Convention.

20. Conv., art. 4 avec Appendix II (b).

21. Protocole, art. 7 (2).

22. Conv., ann. II, n° 4 et 5.

23. *AB Tuna WT/DS381/AB/R*, n° 322.

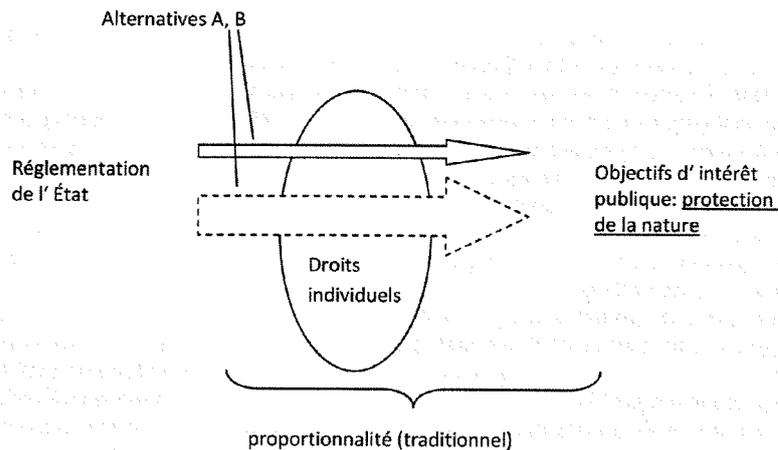


Figure 4: Socio-proportionnalité visant la protection de la nature

Par contre, l'éco-proportionnalité inverse la relation et demande que les objectifs de la société soient limités en raison de la protection de la nature, et appelle la recherche de l'alternative la moins dommageable pour la nature. Cela implique que la réglementation s'écarte d'une présomption en faveur de la protection de la nature tandis que, en étant basée sur la socio-proportionnalité, elle serait fondée sur une présomption d'intérêts de la société. La particularité importante de l'éco-proportionnalité, est qu'elle met les intérêts des individus et des collectivités plus radicalement en question que ne le fait la socio-proportionnalité. En droit traditionnel de l'environnement, ces intérêts restent largement incontestés. Par exemple, dans l'article 17 *BImSchG* précité, seulement « la durée de vie et la particularité caractéristique de l'installation » sont considérées sur le plan du droit de la société, et à l'article 2.2 de l'Accord OTC seule la liberté du commerce international est considéré. Aucune question visant à savoir si l'activité économique offre un service pour la société, n'est posée. En revanche, l'éco-proportionnalité demanderait plus fondamentalement une réflexion sur les buts et raisons des services.

Le tableau 1 est une tentative pour établir la différence entre les deux proportionnalités en variant les réponses aux quatre analyses.

	Socio-proportionnalité	Éco-proportionnalité
Objectif justifiable ?	Justifie la protection de la nature	Justifie les avantages de la société
Moyens effectifs ?	Exclut les options qui impliquent une charge superficielle sur la société	Exclut les options qui impliquent une charge superficielle sur la nature
Moyens nécessaires ?	Choisit l'option qui implique moins de charges sur la société tout en étant également effectif	Choisit l'option qui implique moins de charges sur la nature tout en étant également effectif
Moyens équilibrés ?	Sacrifice de la nature si la charge est excessive pour la société	Sacrifice des avantages sociaux si la charge est excessive pour la nature

Tableau 1 : La socio-proportionnalité et l'éco-proportionnalité comparées

La différence entre les deux versions de proportionnalité peut produire des contradictions dans des cas pratiques. Il faut donc des règles de priorisation. Comme la socio-proportionnalité est fondée sur les droits fondamentaux constitutionnels, elle doit être considérée comme étant supérieure. Mais dans la mesure où les ressources naturelles sont surexploitées et deviennent rares, le régime plus strict de l'éco-proportionnalité est justifié comme raison impérieuse de restriction des droits subjectifs (et des intérêts publics autres que ceux de la préservation de la nature). La charge de la preuve de la rareté des ressources pèse sur l'État régulateur. Mais si la preuve est donnée, le principe d'éco-proportionnalité peut donner la préférence. En un mot : des réglementations réalisant l'éco-proportionnalité sont justifiées comme socio-proportionnelles si les ressources naturelles à consommer sont devenues rares.

4. Conclusion

9 - L'éco-proportionnalité est proposée comme un principe pour l'équilibrage des intérêts d'exploitation et de protection de la nature, ainsi structurant la marge discrétionnaire issue des concepts tels que les droits de la nature, le contrat naturel, l'analyse de la durabilité et du rapport coût-bénéfice. L'éco-proportionnalité est une analogie au principe bien établi de proportionnalité, appelé ici socio-proportionnalité. Ces deux principes ont un dénominateur commun en ce sens qu'ils contrôlent le pouvoir, respectivement, le pouvoir de l'État sur la société et de la société (des individus et de la collectivité) sur la nature. Comme dans la socio-proportionnalité, l'éco-proportionnalité exige quatre analyses, à savoir un objectif justifiable d'action et d'efficacité, la nécessité et l'équilibrage des moyens. Il a été démontré que le principe est déjà présent à la fois comme une norme sociale et juridique. Il est suggéré qu'il soit intégré dans davantage de secteurs de normes sociales et de l'ordre juridique, tout en prenant une forme plus différenciée et ambitieuse au fur et à mesure que les ressources naturelles deviennent rares.

Mots-Clés : Principes généraux du droit de l'environnement - Droit de l'Union européenne