

Responsabilité pénale environnementale : examen des relations douteuses entre le droit international, le droit de l'Union européenne et le droit pénal des États membres

Nicolas DE SADELEER

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, chaire Jean Monnet
Professeur invité à l'Université catholique de Louvain

Introduction

1. Au cours de ces dernières années, le droit de l'environnement a pris, aux niveaux national, communautaire et international, une acuité nouvelle, marquée par l'urgence de trouver des solutions globales relatives, notamment, au réchauffement climatique, à l'érosion de la biodiversité et à l'épuisement des ressources naturelles. L'importance que revêt cette nouvelle branche du droit¹ ne doit pas masquer les importantes faiblesses qui la minent et qui expliquent que les problèmes environnementaux n'ont pas été résolus. Celles-ci tiennent notamment à l'inflation législative, au désintérêt des pouvoirs publics, à l'hétérogénéité des incriminations, à la dispersion des autorités répressives, à l'indifférence des parquets, au manque de formation des juges répressifs, ainsi qu'au caractère peu dissuasif des peines. Ces facteurs ont non seulement contribué à faire naître un véritable sentiment d'impunité dans le chef des contrevenants mais ont transformé progressivement le droit de l'environnement en un colosse aux pieds d'argile. On le sait, une règle non sanctionnée a vocation à ne pas être respectée. Parce que le droit pénal est mal adapté à garantir la protection d'une valeur récemment inscrite dans la conscience sociale, ce constat a déjà été dressé pour tous les États membres de l'Union européenne (UE)². Or, sans une politique répressive digne de ce nom, le droit de l'environnement continuera à faire figure d'épouvantail.

L'objet de la présente contribution est de vérifier dans quelle mesure le droit international et le droit de l'UE sont susceptibles de renforcer les arsenaux répressifs des États. Étant donné que la Convention du Conseil de l'Europe sur

¹ Sur l'émergence d'une nouvelle discipline juridique, voy. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles-Paris, Bruylant-A.U.F., 1999 et *Environmental Principles*, Oxford, OUP, 2002.

² Fr. COMTE et L. KRAMĚR (éd.), *Environmental Crimes in Europe*, Groeningen, Europa Law Publishing, 2004, pp. 65-70.

la protection de l'environnement par le droit pénal du 4 novembre 1998 n'entrera probablement jamais en vigueur, notre analyse se centrera principalement sur le droit de l'UE. Après avoir rappelé les règles internationales ainsi que le contexte institutionnel dans lequel le droit communautaire de l'environnement se développe, notre analyse se focalisera sur la législation pénale de l'Union européenne, laquelle consiste essentiellement en deux directives : la directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008³, et la directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 sur la pollution par navires⁴. En raison du nombre limité de pages qui nous a été réservé, nous ne sommes pas en mesure de commenter cette seconde directive. Nous n'aborderons pas non plus la coopération entre les polices et les parquets, coopération qui demeure jusqu'à ce jour rudimentaire⁵. Après une analyse de la genèse institutionnelle de la directive 2008/99/CE, nous aborderons son contenu *ratione materiae* et *ratione personae*.

Chapitre 1

Le droit international de l'environnement, un constat de manquement

2. Cet ordre juridique paraît le plus à même de contrer les risques environnementaux à caractère transnational, voire à lutter contre les atteintes à l'environnement commises dans le cadre de conflits nationaux ou internationaux. Pourtant, il s'avère fort en retrait par rapport aux besoins de coopération nécessaires à la lutte contre une kyrielle de commerces illicites allant des déchets aux espèces sauvages. En effet, parmi le grand nombre de conventions internationales qui ne cessent d'être adoptées en ce domaine, peu d'entre elles mettent l'accent sur le volet répressif⁶. En d'autres mots, le droit international

³ Voy. la directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO n° L 328 du 6 décembre 2008, p. 1 qui se substitue à la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, laquelle fut annulée par la C.J.C.E., 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission c. Conseil*, Rec., p. I-7879.

⁴ En adoptant la directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, il n'y a pas nécessairement lieu d'en conclure à un transfert intégral des compétences des États membres à la Communauté. Cette directive se borne, en vertu de son article 1^{er}, § 2, à définir des normes minimales que les États membres peuvent rendre plus rigoureuses dans le respect du droit international. Voy. conclusions de l'avocat général Kokott sous C.J.C.E., 3 juin 2008, aff. C-308/06, *Intertanko*, Rec., p. I-4057, pt 42. La directive 2009/123/CE du 21 octobre 2009 a modifié la directive 2005/35/CE, JO n° L 280 du 27 octobre 2009, p. 52.

⁵ En ce qui concerne le contrôle des infractions, l'UE est membre et préside les réunions d'un réseau informel des autorités de contrôle des États membres et des États candidats ainsi que de la Norvège, connu sous l'acronyme IMPEL (*Implementation and Enforcement of Environmental Law*).

⁶ Certains accords obligent leurs parties à considérer certains trafics illicites comme constituant une infraction pénale : art. 4, §§ 3 et 4 de la Convention de Bâle sur le transfert et l'élimination des déchets dangereux ; art. 9, § 2 de la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets ; art. 8, § 1 de la

est avare d'incriminations. Il revient donc au législateur national d'assortir, à sa discrétion, de sanctions pénales les dispositions contenues dans des conventions internationales.

L'instrument qui retient l'attention est incontestablement la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection de l'environnement par le droit pénal du 4 novembre 1998, qui érige en infractions pénales un certain nombre d'actes commis intentionnellement ou par négligence lorsqu'ils causent ou sont susceptibles de causer des dommages durables à la qualité de l'atmosphère, du sol et des eaux, aux animaux ou aux végétaux, ou d'entraîner la mort ou de graves lésions à des personnes. Or, on peut craindre que cet accord n'entre jamais en vigueur. Enfin, en vertu du Statut de Rome de la Cour pénale internationale « le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment [...] des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu » constitue une « violation grave des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international »⁷.

Chapitre 2

Le droit communautaire de l'environnement, une discipline profondément marquée du sceau de la subsidiarité

3. Comme le confirme l'article 4, § 2, e) du TFUE, la politique de l'environnement fait l'objet d'une compétence partagée. Elle côtoie de la sorte d'autres compétences concurrentes avec lesquelles elle interagit, à savoir le marché intérieur, l'agriculture, la pêche, l'énergie, la protection des consommateurs. Il en résulte que le droit de l'environnement est soumis au respect du principe de subsidiarité⁸. À ce stade, nous formulerons quatre observations.

En premier lieu, tant que l'Union n'est pas intervenue, les États membres conservent leurs compétences dans le respect des obligations découlant du droit primaire. Tel est notamment le cas de la conservation de certaines ressources génétiques, des nanotechnologies, et de l'assainissement des sols contaminés, matières qui n'ont pas été harmonisées jusqu'à ce jour. Pour ces matières, la répression des infractions ne relève pas d'un cadre harmonisé. En second lieu, les États membres disposent d'une compétence résiduelle, à la suite de l'adoption de mesures d'harmonisation, puisqu'ils sont en droit d'adopter, conformément à

Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction ; art. 217, § 8 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer.

⁷ Art. 8, 2, b), iv).

⁸ C.J.C.E., 11 septembre 2003, aff. C-114/01, *AvestaPolarit Chrome, Rec.*, p. I-8725, pt 56.

l'article 193 du TFUE, des normes de protection renforcées⁹. En troisième lieu, la plupart des actes s'alignent sur le principe de subsidiarité en fixant des objectifs fort généraux, tout en confiant aux autorités nationales la programmation des mesures d'exécution. En quatrième lieu, la politique de l'Union est fortement décentralisée puisque le contrôle de son exécution revient aux autorités nationales. Ces dernières doivent donc se doter de régimes de contrôle et de surveillance pour faire appliquer les mesures de police afférentes à la protection de l'environnement¹⁰ et sanctionner les infractions.

Chapitre 3

Les limites générales posées par le droit communautaire à l'exercice des compétences pénales s'agissant de la protection de l'environnement

4. Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, « en principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale » relevaient « de la compétence des États membres »¹¹. Le législateur de l'Union dispose, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de compétences limitées pour harmoniser les infractions et les sanctions pénales. Le paragraphe 2 de l'article 83 du TFUE lui reconnaît la compétence d'adopter des directives établissant des règles minimales relatives à « la définition des infractions pénales et des sanctions » lorsque cela « s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation ».

5. Les écueils sur lesquels l'adoption d'un cadre harmonisant les sanctions pénales a pu se heurter ne doivent pas occulter l'influence qu'a pu exercer depuis deux décennies tant le droit primaire que le droit dérivé sur le droit pénal des États membres.

6. Tout d'abord, l'absence d'une compétence pénale n'a pas empêché le législateur de l'Union d'obliger, sur la base d'autres dispositions du traité, les États membres à aménager leur arsenal répressif en prévoyant des peines « effectives, proportionnées et dissuasives »¹². Aussi, pour un grand nombre de

⁹ Voy. notamment C.J.C.E., 14 avril 2005, aff. C-6/03, *Deponiezweckverband Eiterküpfe*, *Rec.*, p. I-2753. Voy. *infra*, n^{os} 248 à 250.

¹⁰ Recommandation 2001/331/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 prévoyant des critères minimaux applicables aux inspections environnementales dans les États membres.

¹¹ C.J.C.E., 11 novembre 1981, aff. C-203/80, *Casati*, *Rec.*, p. I-2595.

¹² Voy., par exemple, l'art. 50, § 1, du règlement (CE) n^o 1013/2006 du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets ; l'art. 10 du règlement (CE) n^o 338/97 du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce ; l'art. 21 du règlement (CE) n^o 2037/2000 du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ; l'art. 33 de la directive 2001/18/CE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM ; l'art. 8 de la directive 2009/123/CE du

secteurs, l'État membre destinataire se trouva-t-il tenu d'incriminer les comportements délictueux et dut prévoir des peines dissuasives.

Il n'en demeure pas moins que la plupart des actes de droit dérivé touchant à la protection de l'environnement ne contraignaient pas les États membres à se doter d'un arsenal répressif. Tel est toujours le cas des directives concernant la protection des écosystèmes. Nonobstant ce désintérêt pour le droit pénal, les autorités nationales ont été tenues, conformément au principe de loyauté communautaire, consacré à l'article 4, § 3 du TUE, d'adopter des sanctions équivalentes à celles applicables en droit interne à une infraction de nature et d'importance comparable, dans le dessein de garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire¹³. La sanction doit non seulement être efficace¹⁴, mais elle doit être aussi suffisamment sévère¹⁵, sans pour autant se révéler excessive par rapport à l'objectif recherché¹⁶. Qui plus est, la sanction doit être analogue à celles applicables aux violations du droit national d'une mesure et d'une importance similaire, exigences notamment rappelées dans le secteur de l'environnement¹⁷.

7. Enfin, le droit primaire exerce aussi un effet négatif sur le droit pénal des États membres. En effet, il les oblige à s'abstenir¹⁸, voire à écarter certaines incriminations, notamment celles assimilées à des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives aux échanges, contraires aux articles 34 et 35 du TFUE. Dans le même ordre d'idées, la sévérité de la peine, lorsqu'elle

21 octobre 2009 modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions. À titre d'exemple, en ne prenant pas toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour la mise en œuvre des sanctions applicables aux infractions au règlement REACH, la Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu dudit règlement ; voy. C.J.U.E., 5 mai 2011, aff. C-265/10, *Commission c. Belgique*, Rec., p. I-68.

¹³ Tout en conservant le choix des sanctions, les autorités nationales doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif (C.J.C.E., 2 octobre 1991, aff. C-7/90, *Vandevenne*, Rec., p. I-4371).

¹⁴ C.J.C.E., 10 mars 1992, aff. C-38/90 et C-151/90, *Edouard Lomas*, Rec., p. I-1781, pt 35.

¹⁵ C.J.C.E., 8 juin 1994, aff. C-382/92, *Commission c. Royaume-Uni*, Rec., p. I-2435, pt 48 ; C.J.C.E., 18 octobre 2001, aff. C-354/99, *Commission c. Irlande*, pt 46.

¹⁶ C.J.C.E., 26 octobre 1995, aff. C-36/94, *Siesse*, Rec., p. I-3573, pt 20. Cela dit, une caution de trois millions d'euros imposée par un juge espagnol aux fins du maintien en liberté du capitaine d'un bateau, pénalement poursuivi dans le cadre du naufrage de ce dernier, n'est pas disproportionnée au sens de l'article 5, § 3, de la CEDH au motif notamment que « la Cour ne saurait ignorer la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement » et « de la volonté unanime tant des États que des organisations européennes et internationales » d'identifier et d'assurer la présence des responsables des délits de pollution lors de leur procès (Cour eur. D.H., 8 janvier 2009, *Mangouras c. Espagne*, § 41).

¹⁷ C.J.C.E., 12 septembre 1996, aff. C-58/95, C-7595, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 et C-157/95, *Gallotti*, Rec., p. I-4345, pt 18.

¹⁸ C.J.C.E., 15 décembre 1976, aff. C-41/76, *Donckerwolkcke*, Rec., p. I-1921 ; C.J.C.E., 26 octobre 1989, aff. C-212/88, *Levy*, Rec., p. 3511 ; C.J.C.E., 25 février 1988, aff. C-299/86, *Drexler*, Rec., p. I-1213. Voy. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2005, p. 95.

est susceptible de porter atteinte aux libertés économiques fondamentales, n'échappe pas au contrôle du juge de l'Union. Il arrive aussi que le droit dérivé recommande aux États membres de ne pas recourir au droit pénal en vue de restreindre les libertés économiques fondamentales. Ainsi, conformément à la directive sur les services qui s'applique à de nombreuses réglementations environnementales, les États membres « ne devraient pas avoir la possibilité de restreindre la libre prestation des services en appliquant des dispositions pénales qui affectent de façon particulière l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité »¹⁹.

Chapitre 4

Genèse de la directive 2008/99/CE : le basculement des piliers

8. Conformément au droit de l'Union, tout acte de rapprochement ou d'harmonisation des législations doit trouver son fondement, directement ou indirectement, dans une ou plusieurs dispositions d'habilitation des traités²⁰. Ainsi le choix de la base juridique se trouve-t-il à la croisée des chemins tant pour les relations que les États membres entretiennent avec l'Union que pour les rapports inter-institutionnels. La base retenue détermine non seulement l'institution compétente pour adopter l'acte mais également la procédure à suivre et l'objectif poursuivi. Comme les pouvoirs de la Commission, du Parlement et du Conseil sont susceptibles de varier considérablement en fonction de la procédure retenue, il leur arrive d'émettre des préférences contradictoires quant au choix à opérer entre les différentes bases juridiques possibles. Ce choix n'est pas une question purement formelle mais bien une question de fond, de nature constitutionnelle, régulièrement tranchée par la Cour de justice.

9. Les divergences qui opposaient les institutions à propos des premiers régimes répressifs portaient sur la question de savoir si ces dernières étaient en mesure d'adopter des dispositions concernant le droit pénal dans le cadre du premier pilier, ou si ce domaine était réservé aux États membres qui pouvaient, tout au plus, se mettre d'accord en vertu du troisième pilier du traité sur l'Union européenne. En effet, sous l'empire du TCE, l'adoption des normes d'harmonisation technique par le Conseil statuant à la majorité qualifiée en codécision avec le Parlement européen (premier pilier) tranchait de manière significative avec le vote à l'unanimité au sein du Conseil de l'UE (troisième pilier). Deux arrêts en rapport avec la lutte contre la pollution ont précisé l'étendue des compétences du Conseil en matière pénale, avant que celles-ci ne soient transférées dans le

¹⁹ 12^e considérant du préambule de la directive 2006/123/CE, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

²⁰ Conclusions de l'avocat général Lagrange sous C.J.C.E., 12 juillet 1957, aff. C-7/56 et C-3-7/57, *Algera, Rec.*, p. I-169.

premier pilier à la suite de l'entrée en vigueur du TFUE. L'intérêt théorique de cette jurisprudence n'a pas été estompé par les apports du Traité de Lisbonne.

Considérant que la matière pénale relevait exclusivement du troisième pilier et que la Communauté européenne n'était pas compétente pour incriminer pénalement les violations des règles qu'elle édictait, le Conseil adopta une décision-cadre 2003/80 relative à la protection pénale de l'environnement. Cette initiative visait à contrer les velléités de la Commission européenne, qui avait proposé l'adoption d'une directive communautaire dont la base juridique aurait été l'ancien article 175 du TCE (art. 192 TFUE). Dans un arrêt, rendu en Grande Chambre le 13 septembre 2005, la Cour a donné raison à la Commission en reconnaissant la possibilité au législateur communautaire d'adopter des mesures d'harmonisation « en relation avec le droit pénal des États membres » dans le cadre du premier pilier²¹.

À la suite de ce premier arrêt, un second recours en annulation fut introduit par la Commission à l'encontre de la décision-cadre 2005/667 du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, décision-cadre que la Cour de justice annula deux ans plus tard²². Dans ces deux affaires, la Cour a annulé les décisions-cadres dans leur ensemble « en raison de (leur) indivisibilité »²³.

10. En ébranlant les assises du troisième pilier, la Cour de justice affirma le caractère incontournable des politiques relevant du premier pilier, lorsque ces dernières permettent l'adoption de mesures « en relation avec le droit pénal des États membres ». Eu égard à l'intervention massive des États membres aux côtés du Conseil ainsi qu'aux positions très tranchées prises par les institutions européennes quant à l'étendue de leurs prérogatives en ce qui concerne le droit pénal²⁴, ces deux arrêts secouèrent profondément le landerneau institutionnel européen.

Dans ces deux affaires, la Cour de justice prit conscience de la nécessité de renforcer l'effectivité de la protection offerte par les nombreuses règles d'harmonisation, « dont le non-respect peut avoir des conséquences graves pour l'environnement »²⁵.

Dans l'arrêt du 13 septembre 2005, elle mit l'accent sur l'obligation d'atteindre un niveau de protection élevé pour cette politique, l'obligation d'intégration,

²¹ C.J.C.E., 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission c. Conseil, Rec.*, p. I-7879. Voyez notamment H. LABAYLE, « L'ouverture de la boîte de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *Cah. dr. eur.*, 2006/3-4, pp. 379-428.

²² C.J.C.E., 23 octobre 2007, aff. C-440/05, *Commission c. Conseil, Rec.*, p. I-9097. Voy. notamment M. HEDMANN-ROBINSON, « The EU and Environmental Crime : The Impact of the ECJ's Judgment on Framework Decision 2003/667 on Ship-Source Pollution », *J.E.L.*, 2008, pp. 279-292.

²³ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pt 54 ; C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 74.

²⁴ Voy. notamment la communication de la Commission relative aux conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 (COM (2005) 583 du 23 novembre 2005).

²⁵ C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 69.

la nécessité d'atteindre un objectif essentiel de la Communauté européenne, l'existence d'une politique communautaire spécifique en matière d'environnement... obligations qualifiées d'« essentielles », de « fondamentales » et de « transversales »²⁶. Il résulte du caractère « transversal et fondamental » de la politique environnementale que cette dernière exerce une force attractive, justifiant de la sorte les incursions du législateur communautaire dans des domaines de compétences réservées au troisième pilier²⁷.

Dans l'arrêt du 23 octobre 2007, elle mit en exergue le fait que la protection environnementale devait « être considérée comme un objectif faisant également partie de la politique commune des transports »²⁸.

Après avoir rappelé les critères classiques de sa jurisprudence relative au contentieux de la base juridique, à savoir la détermination du centre de gravité de l'acte litigieux à la lumière de sa finalité et de son contenu, la Cour rappela que bien qu'« en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté », cette réserve n'empêche cependant pas le législateur communautaire « de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres », moyennant le respect d'un certain nombre de conditions²⁹. Ce raisonnement nous paraît pertinent dans la mesure où les infractions énoncées dans les deux décisions-cadres contestées se rapportaient à des comportements incriminés par des directives, adoptées sur des bases juridiques propres à des politiques relevant du premier pilier. Quant au but de l'acte contesté, la Cour de justice a souligné que « le Conseil a estimé que les sanctions pénales étaient indispensables pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement »³⁰.

11. L'examen de la finalité et du contenu des deux actes litigieux a amené la Cour à jugé que :

- la décision-cadre 2003/80 avait « pour objet principal la protection de l'environnement » et aurait dû être adoptée sur le fondement de l'ancien article 175 du TCE (art. 192 TFUE)³¹ ;
- dans la mesure où la décision-cadre 2005/667 avait « essentiellement pour objet l'amélioration de la sécurité maritime, de même que la protection de l'environnement », elle aurait dû être fondée sur l'ancien article 80, § 2 du TCE (art. 100, § 2 TFUE)³².

Cela dit, la Cour n'a pas admis que le législateur puisse harmoniser n'importe quelle règle de droit pénal dans le cadre du premier pilier. Son intervention

²⁶ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pts 41 et 42.

²⁷ D. PICHOUSTRE, « La compétence pénale de la Communauté », *J.T.D.E.*, 2006, n° 12, p. 15.

²⁸ C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 60.

²⁹ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pt 47 ; C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 66.

³⁰ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pt 50.

³¹ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pt 51.

³² C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 69.

était sujette au respect de trois conditions, lesquelles nous paraissent toujours applicables si le législateur décidait de ne pas recourir à l'article 83 du TFUE.

En premier lieu, « l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes » devait, aux yeux de la Cour, constituer « une mesure indispensable » pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement³³.

Ensuite, l'adoption de mesures en relation avec le droit pénal était censée « garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »³⁴ ou « dans le domaine de la sécurité maritime »³⁵. Ainsi, la législation pénale apparaissait comme l'accessoire de la législation communautaire et, partant, ne pouvait exister de manière autonome.

Enfin, si le premier arrêt ne tranchait pas la question de savoir si le législateur communautaire pouvait aller jusqu'à imposer un seuil minimal de sanction, en laissant aux autorités nationales le soin de fixer précisément le quantum de la peine³⁶, la Cour a clairement pris position sur cette question dans l'arrêt du 23 octobre 2007 : « la détermination du type et du niveau des sanctions pénales à appliquer [...] ne relève pas de la compétence de la Communauté »³⁷.

Chapitre 5

Analyse de la directive 2008/99/CE

Section 1

Base juridique

12. À la suite de l'entrée en vigueur de l'Acte unique en 1987, un titre spécifique fut consacré à l'environnement, lequel comprend désormais les articles 191 à 193 du TFUE. Parmi ces trois dispositions, la seconde consacre une compétence spécifique en matière environnementale en vue d'atteindre un ou plusieurs des quatre objectifs énoncés à l'article 191 du TFUE³⁸. Cette habilitation expresse a garanti l'essor d'un droit dérivé comprenant plus de trois cents actes réglementaires, dont la mise en œuvre suscite un contentieux

³³ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pt 48 ; C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 66.

³⁴ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*, pt 48.

³⁵ C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 69.

³⁶ La Cour a souligné que le Conseil des ministres, en adoptant la décision-cadre, avait respecté la compétence répressive des États membres, puisqu'il leur avait laissé le choix des sanctions applicables. Voy. D. SIMON, note sous l'arrêt du 13 septembre 2005, *Europe*, novembre 2005, p. 13.

³⁷ C.J.C.E., 23 octobre 2007, précité, *Commission c. Conseil*, pt 70.

³⁸ Voy. N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, Coll. Commentaire J. Mégret, Bruxelles, ULB, 2010, pp. 39-46.

foisonnant³⁹, qui réglementent les nuisances et les pollutions (bruit, déchets, substances chimiques, émissions aqueuses et atmosphériques) et protègent les principaux écosystèmes (eau, air), de même que certaines de leurs composantes (faune et flore). L'harmonisation du droit pénal environnemental des États membres ne s'implantait donc pas en terrain vierge.

Aussi, forte de la légitimité qu'elle a obtenue à la suite de l'annulation, le 13 septembre 2005⁴⁰, de la décision-cadre 2003/80/JAI relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, la Commission a présenté une proposition de directive qui est devenue la directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal⁴¹. Il en résulte que cette directive fut adoptée dans le cadre du premier pilier selon la méthode communautaire, conformément à une procédure législative ordinaire requise par l'article 192, § 1^{er} du TFUE.

Or, il n'existe pas une seule politique environnementale au niveau de l'Union, dans la mesure où ces questions se rattachent, en vertu du principe d'intégration⁴², à plusieurs politiques. Aussi des actes poursuivant accessoirement la protection de l'environnement peuvent-ils être adoptés sur la base d'autres bases juridiques que celle prévue à l'article 192, § 1^{er} du TFUE⁴³. On observera que l'annexe A de la directive 2008/99/CE fait référence à plusieurs directives adoptées sur la base de l'article 114 du TFUE, disposition ayant trait au marché intérieur.

Section 2

Le choix de la directive en tant qu'instrument d'harmonisation

13. Conformément au principe de subsidiarité⁴⁴, le législateur européen a tendance à préférer recourir à des directives plutôt qu'à des règlements de

³⁹ Pour une analyse critique du droit dérivé, voy. N. DE SADELEER, *ibid.*, pp. 117-336.

⁴⁰ C.J.C.E., 13 septembre 2005, précité, *Commission c. Conseil*.

⁴¹ JO n° L 328 du 6 décembre 2008, p. 1 ; D. GUIHAL et P. THIEFFRY, « L'incrimination pénale, instrument ultime de mise en œuvre du droit européen de l'environnement », *Gaz. pal.*, 29 janvier 2009, n°s 28 à 29, pp. 11-20 ; L. KRÄMER, « La protection de l'environnement par le droit pénal communautaire », *R.D.U.E.*, n° 1-2009, pp. 13-31 ; A. GOURITIN et P. DE HERT, « La directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal », *J.D.E.*, 2009, n° 6, pp. 164-171 ; M. FAURE, « The Environmental Crime Directive 2008/99/EC », *E.J.C.L.*, 2011/1, pp. 193-208.

⁴² Consacrée à la fois à l'article 11 du TFUE et à l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux, la clause d'intégration requiert que les exigences environnementales soient intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'UE. Voy., N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, pp. 23-31 ; *id.*, « Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases », *N.J.I.L.*, n° 81, 2012, pp. 39-74.

⁴³ Voy. N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, pp. 75-95 ; *id.*, « Environmental Governance and the Legal Bases Conundrum », *Oxford Yearbook of European Law*, vol. 31, n° 1, 2012, pp. 1-29.

⁴⁴ Voy. N. DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et Société*, 2012, n° 80, pp. 73-90.

même qu'à des directives-cadres au lieu de mesures détaillées⁴⁵. Rien d'étonnant dès lors à ce que le législateur ait adopté dans le dessein « d'établir des mesures en relation avec le droit pénal » une directive et que la majorité des actes énumérés à l'annexe A soient des directives et non des règlements. Aussi, le degré d'harmonisation relève ici moins d'un régime centralisé mettant en place un « common playing field » destiné à faciliter l'exercice des droits économiques des entreprises que d'une politique filandreuse où s'affichent plus nettement les aspirations étatiques en termes de régulation. Le recours à la directive-cadre accroît forcément la discrétion des autorités nationales quant au choix de la forme et des moyens appropriés pour mettre en œuvre le droit dérivé. En effet, ce type d'instrument ne prescrit pas la forme et les moyens pour atteindre un résultat particulier. Il en résulte que la liberté d'action de l'État membre quant au choix des formes et des moyens appropriés pour l'obtention dudit résultat demeure, en principe, complète⁴⁶, moyennant le respect de l'effet utile des obligations communautaires⁴⁷.

Section 3

Ratio legis

14. La directive répond aux préoccupations liées à la progression des infractions, « qui s'étendent de plus en plus souvent au-delà des frontières des États où ces infractions sont commises » de même qu'au caractère inadapté des régimes infractionnels⁴⁸. La réponse repose sur la promotion du rôle sanctionnateur du droit pénal, lequel reflète « une désapprobation de la société » distincte des sanctions administratives et des indemnisations au civil⁴⁹.

Section 4

Incriminations

A. État de la question

15. La directive se contente d'obliger les États membres à incriminer des actes dits « illicites », c'est-à-dire la violation de trois catégories d'actes. En outre, elle impose d'incriminer les actes illicites qu'elle énumère « lorsqu'ils sont commis intentionnellement ou par négligence au moins grave »⁵⁰.

⁴⁵ Voy., à cet égard, le Livre blanc de la Commission européenne sur la gouvernance (2001) 428 final, p. 24.

⁴⁶ TPICE, 7 novembre 2007, aff. T-374/04, *Allemagne c. Commission, Rec.*, p. II-4431, pt 78.

⁴⁷ C.J.C.E., 8 septembre 2005, aff. C-40/04, *Yonemoto, Rec.*, p. I-7755, pt 58.

⁴⁸ Préambule, considérants 2 et 3.

⁴⁹ Préambule, 3^e considérant.

⁵⁰ Art. 3, § 1. S'agissant des infractions commises par négligence, étant donné que la directive prévoit comme critère une « négligence grave », les États membres ont la possibilité de prévoir des infractions pour des comportements commis par simple négligence.

Aussi la directive ne vise-t-elle pas à faire sanctionner les infractions aux législations nationales comme s'y attachait la décision-cadre annulée, mais seulement la violation de certaines règles de droit secondaire et des actes internes destinés à garantir leur transposition. En établissant « des mesures en relation avec le droit pénal »⁵¹, elle n'a assurément pas pour vocation d'unifier les législations répressives des États membres. Ainsi ne crée-t-elle pas une incrimination générale ou autonome et ne vise-t-elle pas à faire sanctionner les infractions aux réglementations nationales⁵². Venons en aux trois catégories.

16. La première catégorie reprend soixante-dix actes sectoriels en matière d'environnement, lesquels sont énumérés à l'annexe A. Toutes les infractions de la directive sont définies par référence à des textes existants, ce qui pose des difficultés légistiques dans la mesure où ces actes sont régulièrement modifiés ou remplacés. Ces actes tantôt garantissent la protection de différentes composantes du milieu, tantôt réglementent la mise sur le marché ou les atteintes causées par des produits ou des déchets. Si la majorité d'entre eux ont été adoptés sur la base de l'article 192 du TFUE, il n'en demeure pas moins que d'autres le furent sur la base de l'article 114 du TFUE, lequel a trait à l'établissement et au bon fonctionnement du marché intérieur.

17. La seconde catégorie énumère trois directives adoptées sur la base du traité EURATOM⁵³. La violation d'obligations découlant de directives adoptées sur la base de ce traité doit dès lors être sanctionnée par les États membres conformément à une directive adoptée en vertu de l'ancien traité CE, devenu par la suite le TFUE⁵⁴.

18. Enfin, le législateur fait référence à toute réglementation ou décision nationale « qui donne effet à la législation communautaire » susvisée⁵⁵. Dans la mesure où l'essentiel du droit substantiel en matière d'environnement repose sur des directives et non des règlements⁵⁶, le caractère illicite des infractions sera apprécié principalement au regard des actes relevant de cette troisième catégorie. Or, à la différence de la directive, le règlement s'incorpore aux sources formelles de l'ordre juridique national. Il comporte un certain nombre d'incriminations, lesquelles ne peuvent faire l'objet de mesures de transposition. Il n'en demeure pas moins que le législateur national est tenu d'adopter les peines condamnant ces infractions dans une législation séparée. Dans la pratique, ceci conduit le droit pénal à faire référence aux infractions prévues par un règlement communautaire. Il en résulte que la législation nationale prescrit que

⁵¹ Art. 1^{er}.

⁵² L'infraction autonome qui était prévue par la proposition de la Commission et la décision-cadre a été écartée par le Parlement européen. Pour un exemple d'incrimination autonome par rapport au droit matériel, voy. l'article 2, § 1, a de la Convention de Lugano.

⁵³ Art. 2, a, ii et annexe B.

⁵⁴ P. THIEFFRY, *op. cit.* p. 11.

⁵⁵ Art. 2, a, iii.

⁵⁶ N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur, op. cit.*, pp. 141-144.

la violation de telle ou telle disposition du règlement est passible d'une sanction pénale. Cette technique a été désignée au moyen de différents termes, tels que ceux d'« incorporation »⁵⁷ ou d'« intégration directe »⁵⁸.

B. Les neuf catégories d'infractions prévues par la directive

19. En principe, toute pollution, toute nuisance n'est pas punissable; c'est uniquement dans l'hypothèse où une obligation de nature administrative a été enfreinte que la pollution ou la nuisance est susceptible d'être sanctionnée pénalement⁵⁹. L'illicéité est donc appréciée par référence directe ou indirecte à des règles de droit dérivé, lesquelles sont mises en oeuvre par des mesures de nature administrative. La directive traduit, de la sorte, la dépendance du droit pénal par rapport au droit administratif, dépendance qui est quasiment généralisée dans le droit national. Aussi le droit pénal de l'environnement est-il appelé à demeurer dans le giron du droit administratif.

Ce n'est pas le non-respect d'une des dispositions d'un de ces actes qui constitue une infraction, mais uniquement le fait de commettre « intentionnellement ou par négligence au moins grave » – ces notions n'étant pas définies⁶⁰ – un des actes énumérés à l'article 3, disposition qui énumère neuf catégories d'infractions. Trois d'entre elles concernent la faune et la flore et leurs habitats, deux autres ont trait à la gestion des déchets, deux concernent l'émission de substances chimiques, dont celles destructrices de la couche d'ozone, la dernière se rapporte aux installations classées. Nous les analyserons systématiquement.

1. *Le rejet, l'émission ou l'introduction de substances ou de radiations ionisantes dans la nature*

20. La directive érige le délit de pollution illicite de « l'atmosphère, du sol ou des eaux » et de « la faune ou de la flore »⁶¹. L'élément matériel se caractérise par des rejets, des émissions ou l'introduction de substances dangereuses dans l'environnement, comportements qui sont réglementés par de nombreuses directives concernant la protection soit des eaux, soit de l'air. La notion de substance ne couvre pas celle de déchets qui est visée à l'article 3, b.

Tout dépassement des seuils prévus par ces directives ne doit pas pour autant être incriminé. Un certain niveau de gravité est requis : l'émission ou le rejet

⁵⁷ A. HUET, « Droit pénal », *Rép. Comm. Dalloz*, 1997, p. 5.

⁵⁸ M. DELMAS-MARTY, « Union européenne et droit pénal », *Cah. dr. eur.*, 1997, p. 625.

⁵⁹ M. FAURE, « La protection de l'environnement par le droit pénal ? Une perspective économique », in *Acteurs et instruments du droit de l'environnement*, Limal, Anthemis, 2010, p. 136.

⁶⁰ Le fait que des notions comme la négligence ne soient pas définies par le législateur communautaire n'enfreint pas le principe de sécurité juridique (C.J.C.E., 3 juin 2008, précité, *Intertanko*, pt 79). La négligence grave est une violation caractérisée involontaire de l'obligation de diligence à charge de la personne responsable.

⁶¹ A. GOURITIN et P. DE HERT, « La directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal », *op. cit.*, p. 167.

constituant une infraction aux obligations légales est érigé(e) en infraction en raison d'une mise en danger concrète soit de la santé des personnes, soit des composantes du milieu⁶². Le seul rejet illicite ne suffit donc pas à qualifier l'action ou l'omission en tant que délit. Le terme « dégradation substantielle » laisse aux États membres une discrétion considérable⁶³.

21. La plupart des directives énumérées à l'annexe A ont trait à la protection des eaux et de l'air. Ceci appelle quelques explications. Tout d'abord, s'agissant des ressources hydriques, on insistera sur l'importance que revêt la directive-cadre 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau⁶⁴. Sur un plan préventif, cette directive-cadre énonce une obligation de résultat pour les États membres : celle de garantir le « bon état » des eaux de surface et des eaux souterraines d'ici le 22 décembre 2015⁶⁵. La directive-cadre permet aux États membres d'adopter des normes de rejet qui s'avèrent à la fois plus contraignantes et efficaces que les objectifs de qualité dans la mesure où la vérification du niveau de pollution peut se faire de manière très précise au point d'émission⁶⁶. C'est précisément la violation de ces normes de rejet qui devrait faire en droit national l'objet d'incriminations spécifiques.

Ensuite, fortement marquée du sceau de la subsidiarité, particulièrement ambiguë et emberlificotée, offrant un large pouvoir d'appréciation aux autorités nationales en raison des objectifs qu'elle fixe, la réglementation de l'Union en matière de pollution atmosphérique ne couvre qu'un nombre limité de polluants atmosphériques et de sources d'émission. On retrouve également ici des normes de rejet ou d'émission harmonisées.

Enfin, à la différence des ressources hydriques, la protection des sols demeure éparpillée dans plusieurs dispositifs ayant trait tantôt la protection de l'environnement, tantôt à d'autres domaines politiques. Aussi cette matière constitue-t-elle un espace saturé de règles éparpillées dont les objets parfois se recourent, parfois se complètent.

2. Les opérations de traitement de déchets

22. Les déchets causent de multiples atteintes à l'environnement, notamment aux sols, à l'air, ainsi qu'aux eaux de surface et souterraines. Le droit des déchets s'adosse à une directive-cadre, à savoir la directive 2008/98/CE⁶⁷, ainsi qu'à une vingtaine de directives sectorielles, lesquelles sont fortement empreintes du principe de subsidiarité. La directive-cadre impose, entre autres, aux États

⁶² M. FAURE, « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal », *R.E.D.E.*, n° 1/2005, p. 3.

⁶³ L. KRÄMER, « La protection de l'environnement par le droit pénal communautaire », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ JO n° L 327 du 22 décembre 2000, p. 1.

⁶⁵ Art. 4, § 1, e, ii et b, ii.

⁶⁶ Art. 16, § 6.

⁶⁷ JO n° L 312 du 22 novembre 2008, p. 3.

membres d'assurer l'élimination et la valorisation des déchets selon des méthodes qui ne portent atteinte ni à la santé ni à l'environnement⁶⁸.

La directive 2008/98/CE couvre une série d'opérations de traitement, à savoir « la collecte, le transport, la valorisation ou l'élimination, y compris la surveillance de ces opérations ainsi que l'entretien subséquent des sites de décharge et notamment les actions menées en tant que négociant ou courtier (gestion des déchets) ». En exigeant que les infractions aient pour effet de « causer la mort ou de graves lésions à des personnes » ou de causer « une dégradation substantielle de la qualité » de certaines composantes biotiques et abiotiques de l'environnement, la directive 2008/99/CE place la barre très haut. En effet, il est exceptionnel que des déchets puissent causer la mort ou de graves lésions⁶⁹. Quant à la dégradation substantielle de certaines composantes de l'environnement, l'appréciation paraît plutôt subjective.

3. *Le transfert de déchets*

23. La seconde catégorie d'infraction est complétée par une catégorie spécifique ayant trait aux mouvements transfrontières de déchets. Il s'agit de l'unique catégorie qui fasse expressément référence à une législation de l'Union. Depuis le 1^{er} juillet 2007, le règlement (CE) n° 1013/2006 constitue la clé de voûte de la réglementation de l'UE sur les mouvements transfrontières de déchets. Excluant de son champ d'application les transferts internes aux États membres, ce règlement encadre de manière extrêmement précise leurs pouvoirs en ce qui concerne les importations et les exportations ainsi que le transit des déchets. Le niveau de contrôle des transferts de déchets varie selon leur destination ou leur provenance, ces derniers étant susceptibles de circuler entre les États membres, ou encore entre l'Union et des États tiers⁷⁰. Le comportement est érigé en infraction en raison de son seul caractère illicite. Il s'agit donc d'un délit de mise en danger abstraite ou « délit formel ».⁷¹ Cela dit, en prescrivant un seuil, à savoir des transferts illicites « en quantité non négligeable », les États membres ne sont pas tenus de sanctionner pénalement toutes les infractions commises lors des transferts de déchets. À nouveau, ce critère paraît aussi vague que celui de « dégradation » de la qualité de l'environnement prévu dans d'autres catégories. Dans une affaire d'exportation de catalyseurs usagés provenant

⁶⁸ Art. 10 à 13. Quant à l'absence d'effet direct de cette obligation, voy. C.J.C.E., 22 février 1994, aff. C-236/92, *Comitato di coordinamento par la difesa della Cava, Rec.*, p. I-485, pt 14.

⁶⁹ Lorsque la gestion inappropriée d'une décharge cause la mort des riverains, le caractère défailant du cadre réglementaire est susceptible d'entraîner la violation de l'article 2 de la CEDH. Cour eur. D.H., 18 juin 2002, *Oneryildiz c. Turquie*. Cet arrêt fut confirmé après renvoi en Grande Chambre par Cour eur. D.H., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*. Quant à l'augmentation des risques de cancer en raison de la mauvaise gestion de décharges en Campanie, voy. Cour eur. D.H., 10 janvier 2012, *Di Sarno e.a. c. Italie*, ainsi que C.J.U.E., 4 mars 2010, aff. C-297/08, *Commission c. Italie, Rec.*, p. I-1749.

⁷⁰ C.J.U.E., 10 novembre 2011, aff. C-405/10, *Garenfeld*, pt 44, non encore publié.

⁷¹ M. FAURE, « The Environmental Crime Directive 2008/99/EC », *op. cit.*, p. 265 ; A. GOURITIN et P. DE HERT, « La directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal », *op. cit.*, p. 167.

d'Allemagne vers le Liban, la Cour de justice a jugé que les dispositions du règlement présentaient un degré de clarté suffisant pour pouvoir constituer les éléments d'une qualification pénale nationale en conformité avec le principe de la légalité des délits et des peines⁷².

4. *Les usines dans lesquelles est exercée une activité dangereuse ou l'utilisation ou stockage de substances ou préparations dangereuses*

24. On peut être quelque peu surpris par la terminologie retenue. Les textes font généralement référence aux établissements ou aux installations classés, concepts plus larges que celui d'usine. Les différentes directives sur les établissements classés sont désormais fusionnées dans la directive 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles⁷³, laquelle énonce les principes généraux d'une politique de prévention et de réduction intégrée de la pollution. Elle confère aux États membres une marge d'appréciation significative quant à la mise en œuvre des obligations qui y sont prescrites. Par ailleurs, la directive 2012/18/UE concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses⁷⁴ (dite directive «Seveso III») vise à assurer la prévention des accidents majeurs impliquant des substances dangereuses et la limitation de leurs conséquences pour la santé humaine et l'environnement, afin d'offrir de façon cohérente et efficace dans toute l'Union un niveau de protection élevé.

5. *Les atteintes causées par les matières nucléaires ou autres substances nucléaires dangereuses*

25. Les États membres sont aussi tenus d'incriminer «la production, le traitement, la manipulation, l'utilisation, la détention, le stockage, le transport, l'importation, l'exportation, l'élimination de matières nucléaires ou d'autres substances radioactives dangereuses» lorsque ces activités s'avèrent illicites et causent des dommages d'une certaine ampleur. Ces opérations sont visées par trois directives reprises à l'annexe B.

6. *Les atteintes aux espèces de la faune et de la flore sauvages protégées*

26. La protection des espèces se trouve au cœur des règles de conservation de la nature. Cette sixième catégorie d'infraction vise «la mise à mort, la destruction, la possession ou la capture de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages protégées». Pour définir ces espèces, la directive renvoie dans son article 2, *b, i*, d'une part, à l'annexe IV de la directive Habitats et, d'autre part,

⁷² C.J.U.E., 10 novembre 2011, aff. C-405/10, *Garenfeld*, pt 48.

⁷³ JO n° L 334 du 17 décembre 2010, p. 17.

⁷⁴ Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, JO n° L 197 du 24 juillet 2012, pp. 1-36.

à la directive Oiseaux, ces deux actes établissant un cadre juridique de protection des espèces animales et végétales sauvages. De manière générale, la directive Oiseaux énonce une interdiction générale de tuer, de capturer, de perturber, de détenir et de commercialiser les espèces d'oiseaux, de les perturber intentionnellement, de détenir des espèces protégées ainsi que de détruire, d'endommager ou de ramasser leurs nids et leurs œufs⁷⁵. En outre, un certain nombre de moyens de capture sont interdits⁷⁶. À la différence de la directive Oiseaux, la directive Habitats n'instaure pas un régime général de protection des espèces animales et végétales vivant à l'état sauvage sur le territoire de l'Union, les mesures de protection ne s'appliquant qu'à l'égard d'un nombre restreint d'espèces d'intérêt communautaire⁷⁷. Deux régimes de protection sont prévus par la directive Habitats : d'une part, un régime de protection stricte des espèces dont les prélèvements ne peuvent être autorisés qu'à titre exceptionnel et, d'autre part, un régime plus souple autorisant que certaines espèces fassent l'objet de prélèvements limités. Pour chacune de ces espèces, les États membres veillent à maintenir ou à rétablir leurs populations dans un état de conservation favorable⁷⁸. Ces régimes de protection ne sont pas pour autant absolus dans la mesure où ils connaissent d'importants tempéraments, notamment en ce qui concerne la commercialisation, la chasse et la capture traditionnelle de certaines espèces.

La répression ne s'impose pas en présence de toute infraction. En effet, les auteurs de la directive 2008/99/CE ont exclu « les cas où les actes portent sur une quantité négligeable de ces spécimens et ont un impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce ». Comment déterminer une « quantité négligeable », voire un « impact négligeable » ? Au demeurant, lorsque des espèces rares sont braconnées, la quantité est certes négligeable mais l'impact ne l'est pas pour autant.

7. *Les atteintes aux espèces de faune et de flore protégées dans le cadre d'une activité commerciale*

27. Les directives Habitats et Oiseaux réglementent le commerce d'un certain nombre d'espèces indigènes⁷⁹. Quant aux espèces exotiques importées sur le territoire de l'Union, le commerce de certaines d'entre elles est réglementé en vertu du règlement 338/97/CE⁸⁰. D'autres actes, qui interdisent la

⁷⁵ Art. 5 et 6, § 1.

⁷⁶ Art. 8.

⁷⁷ N. DE SADELEER et Ch.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 541-558.

⁷⁸ Art. 2.

⁷⁹ N. DE SADELEER et Ch.-H. BORN, *op. cit.*, pp. 562-568.

⁸⁰ Règlement (CE) n° 338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce (JO n° L 61 du 3 mars 1997). Le règlement ne précisant pas quels moyens de preuve il convient d'utiliser pour démontrer l'acquisition légale des spécimens d'espèces inscrites à ces annexes, notamment lorsque ceux-ci sont nés en captivité sur le territoire communautaire, le

commercialisation d'autres espèces de mammifères marins, ne sont pas repris à l'annexe de la directive 2008/99. À l'instar de la catégorie précédente, la répression n'est pas de mise lorsque les atteintes portent sur « une quantité négligeable de ces spécimens » ou « ont un impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce ». Ces seuils sont critiquables. Il est exceptionnel qu'une importation illicite puisse avoir un impact significatif sur l'état de conservation d'une espèce. En effet, c'est davantage la généralisation du commerce qui est à l'origine du déclin de l'espèce qu'une importation frauduleuse. Par ailleurs, à la différence de la directive Habitats, le règlement 338/97/CE ne consacre pas la notion d'« état de conservation ». Enfin, s'agissant de l'importation illicite d'espèces menacées, la probabilité de leur découverte demeure extrêmement faible. Aussi l'appât du gain l'emporte-t-il encore facilement sur le risque pris par le contrevenant d'être poursuivi⁸¹.

8. *Les actes dégradant un habitat au sein d'un site protégé*

28. À la différence des autres incriminations, cette catégorie requiert un dommage spécifique causé à un habitat⁸² protégé soit au titre de la directive Habitats, soit au titre de la directive Oiseaux⁸³. La rédaction de cette infraction est particulièrement maladroite. Le droit dérivé connaît plusieurs catégories de sites protégés, notamment les zones de protection spéciale (ZPS) qui doivent faire l'objet de mesures de conservation spéciale en vertu de la directive Oiseaux et les zones spéciales de conservation (ZSC) désignées et protégées en vertu de la directive Habitats. Pour faire bref, les directives Habitats et Oiseaux imposent désormais aux États membres de prendre « les mesures appropriées pour éviter la détérioration des habitats d'espèces [...] ».⁸⁴ Le paragraphe 2 de l'article 6 de la directive Habitats oblige les États membres à éviter les détériorations et les perturbations, quelle que soit leur origine. Cette obligation couvre tous les habitats naturels et les habitats d'espèces inclus dans la ZSC ou la ZPS. Aussi les autorités nationales sont-elles tenues d'adopter un cadre réglementaire contraignant destiné à couvrir l'ensemble des activités humaines susceptibles de détériorer, au sein du site protégé, ses habitats⁸⁵.

À nouveau, un seuil est prévu pour déclencher la répression pénale : la « dégradation » de l'habitat au sein du site protégé doit être considérée comme

soin de fixer ces moyens de preuve est donc laissé aux autorités compétentes des États membres. En outre, la mise en place du régime de protection institué pour les spécimens d'espèces protégées n'affecte pas l'obligation générale qu'il incombe à l'accusation de prouver, dans le cadre d'une procédure pénale, que le prévenu a utilisé illégalement à des fins commerciales des spécimens d'espèces protégées. C.J.C.E., 16 juillet 2009, aff. C-344/08, *Tomasz Rubach, Rec.*, p. I-7033, pts 27 et 32.

⁸¹ M. FAURE, « La protection de l'environnement par le droit pénal ? Une perspective économique », *op. cit.*, p. 139.

⁸² Conformément à la directive Habitats, l'habitat consiste en un « milieu défini par des facteurs abiotiques et biotiques spécifiques où vit l'espèce à l'un des stades de son cycle biologique » (art. 1^{er}, f).

⁸³ Art. 2, c).

⁸⁴ Art. 6, 2 de la directive Habitats.

⁸⁵ N. DE SADELEER et Ch.-H. BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, *op. cit.*, pp. 519-520.

« importante ». Ceci appelle plusieurs observations. Alors que la directive Habitats évoque la notion de « détérioration », la directive 2008/99/CE se réfère à la notion de « dégradation », ce qui n'est pas la même chose. Ensuite, la directive 2008/99/CE requiert une dégradation « importante » alors que la directive Habitats oblige les États membres à prévenir toute forme de « détérioration ». Enfin, conformément à l'esprit de la directive Habitats, la directive 2008/99 couvre tout type d'acte, indépendamment de son origine, de sa localisation, de sa nature, de son intensité, de sa durée, de sa répétition, etc.

9. *Les activités illicites touchant aux substances appauvrissant la couche d'ozone*

29. L'élément matériel consiste dans le caractère illicite de différentes activités, à savoir « la production, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché ou l'utilisation de substances appauvrissant la couche d'ozone ». Sont visées des opérations réglementées par le règlement (CE) n° 2037/2000⁸⁶, lequel réglemente la production, l'importation, l'exportation et l'utilisation de certaines substances qui appauvrissent la couche d'ozone. À la différence des incriminations relatives aux substances, l'incrimination relative à celles qui appauvrissent la couche d'ozone n'est pas subordonnée à l'existence de quantités non négligeables. En outre, il n'est pas nécessaire d'exiger que la transgression cause ou soit susceptible de causer une atteinte aux personnes ou à un dommage à l'environnement. Du fait qu'il est indépendant de tout dommage, il s'agit d'un délit formel⁸⁷.

C. Considérations critiques

30. L'essentiel du droit matériel de l'environnement est-il pour autant couvert par ces neuf catégories d'incrimination ? Assurément non.

Tout d'abord, on l'a vu, pour la majorité de ces catégories, des conditions relatives à la gravité de l'atteinte à la vie, à la santé ou au milieu doivent être remplies, alors que d'autres requièrent des dommages spécifiques aux milieux naturels (espèces protégées, habitats protégés). Le caractère vague et très général des notions de dommages « substantiels » causés à des composantes indéfinies de l'environnement au moyen de critères de gravité variables atteste une véritable frilosité. En outre, le flou instillé par la subsidiarité s'étend également à plusieurs critères repris d'autres directives dont les concepts sont fortement imprégnés de considérations scientifiques, comme l'« état de conservation favorable »⁸⁸.

On observera, ensuite, que l'annexe A ne couvre pas tout ce pan du droit dérivé. Ainsi, le règlement REACH, la directive 2008/50/CE sur la qualité de l'air, la

⁸⁶ Règlement (CE) n° 2037/2000 du Conseil du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, JO n° L 244 du 29 septembre 2000, p. 1.

⁸⁷ A. GOURITIN et P. DE HERT, « La directive du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal », *op. cit.*, p. 168.

⁸⁸ Art. 3, f) et g).

directive 2008/56/CE sur la protection des eaux marines, le règlement (CE) n° 1072/2008 concernant la classification, l'étiquetage et l'emballage des substances et des mélanges ainsi que le règlement (CE) n° 698/2008 sur le commerce des produits chimiques dangereux ont été omis. Qui plus est, on constatera qu'aucune infraction pénale n'est prévue pour des nuisances sonores excessives. Le considérant 15 de la directive prévoit néanmoins que « chaque fois que des dispositions législatives [...] sont adoptées, elles devraient préciser, le cas échéant, que la présente directive s'applique. Si besoin est, l'article 3 devrait être modifié ». Or, à notre connaissance, les adaptations n'ont jamais eu lieu.

Enfin la directive crée uniquement une obligation d'incriminer certains comportements. À l'instar des autres instruments de rapprochement du droit pénal, elle n'oblige pas les États membres à poursuivre les infractions correspondantes⁸⁹. Or, on le sait, l'absence de poursuites des violations du droit de l'Union est constitutive d'un manquement⁹⁰.

Section 5 Sanctions

31. Dans son arrêt rendu sur la validité de la décision-cadre 2005/667, la Cour avait souligné : « que s'agissant [...] de la détermination du type et du niveau de sanctions pénales à appliquer, il convient de constater [...] que celles-ci ne relèvent pas de la compétence de la Communauté ». Cette constatation n'était étayée par aucune explication. Certains éclaircissements peuvent être trouvés dans les conclusions rendues par l'avocat général Mazak dans l'affaire C-440/05⁹¹. Selon ce dernier, « chaque code pénal exprime une hiérarchisation propre des intérêts juridiques qu'il entend protéger (les biens, les personnes, l'environnement, etc.) et module les sanctions en conséquence ». En conséquence, la détermination par le législateur de l'Union de la nature et du niveau des sanctions qui doivent être infligées serait susceptible de « conduire à une fragmentation et compromettre ainsi la cohérence des systèmes pénaux nationaux ». Il ajoutait également que la gravité des sanctions pénales, ainsi que leur caractère effectif et dissuasif devaient être replacés dans le contexte national, lequel pouvait faire la part belle aux sanctions administratives. La Cour de justice voulut-elle confirmer ce raisonnement ? On ne le saura sans doute jamais. Quoi qu'il en soit, le législateur de l'Union en a manifestement tenu compte. En effet, dans le fil de cette jurisprudence, la directive 2008/99/CE ne détermine ni le niveau ni le type de peine.

Il ne faut pas être grand clerc pour se rendre compte que la liberté dans le choix de la nature et du *quantum* des sanctions⁹² est susceptible de compromettre

⁸⁹ P. THIEFFRY, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁰ C.J.C.E., 11 juin 1991, aff. C-64/88, *Commission c. France, Rec.*, p. I-2727.

⁹¹ Conclusion du 28 juin 2007 dans l'affaire C-440/05, pt ...

⁹² Voy. C.J.C.E., 10 juillet 1990, aff. C-326/88, *Hensen, Rec.*, p. 2911.

l'effectivité du droit européen. Nous sommes d'avis que les particularités des régimes nationaux ne constituaient pas un obstacle dirimant pour s'opposer à l'harmonisation des sanctions⁹³. Est-il en effet souhaitable que des destructions causées à des habitats protégés soient sanctionnées dans certains États membres par des amendes d'un montant ridicule alors que ces habitats sont protégés dans le cadre d'un réseau Natura 2000 consacré à la conservation de milieux vulnérables à travers toute l'Europe? Poser la question, c'est déjà y répondre. De surcroît, l'argument avancé par l'avocat général Mazak s'agissant des spécificités du droit pénal national ne convainc pas lorsque l'on sait dans quelle mesure le droit de l'environnement en Europe est consolidé par les règles de droit dérivé. Réserver la détermination des sanctions nationales aux seuls États membres relève « d'une conception conservatrice qui a pour conséquence d'empêcher une cohérence entre le droit matériel de l'environnement et les sanctions applicables »⁹⁴.

32. Cela dit, non seulement les États membres restent libres de conserver des régimes plus sévères⁹⁵, mais rien ne les empêche d'appliquer concurremment différentes formes de sanctions. Ainsi, la directive permet de faire une application concurrente du droit pénal et des sanctions administratives et de toute autre forme de responsabilité, qu'elle résulte ou non du droit de l'UE ou du droit interne⁹⁶. Assurément, en matière d'environnement, la répression n'est qu'une pièce sur l'échiquier⁹⁷. Enfin, on peut se demander si la retenue du législateur de l'Union est encore justifiée au regard des avancées procurées par le Traité de Lisbonne en matière d'harmonisation du droit pénal. Les difficultés rencontrées au cours de la rédaction de cet acte seraient, à notre avis, largement aplanies en raison des nouvelles compétences accordées dans ce domaine à l'Union. En effet, l'article 83 du TFUE étend l'harmonisation non seulement aux « infractions pénales » mais aussi aux « sanctions dans le domaine concerné ».

33. Cela dit, comme nous l'avons souligné ci-dessus, conformément aux principes d'assimilation ou d'équivalence, les violations doivent être sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux infractions du droit interne d'un caractère et d'une importance similaires⁹⁸. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, la directive prévoit que les sanctions pénales doivent être effectives, proportionnées et dissuasives⁹⁹. Mais ces exigences demeurent bien floues, notamment lorsque la criminalité est transfrontière, ce qui est souvent le cas en matière de protection des espèces animales et de gestion des déchets.

⁹³ En ce sens, L. KRÄMER, « La protection de l'environnement par le droit pénal communautaire », *op. cit.*, p. 24.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁹⁵ Considérant 12 ; art. 193 du TFUE.

⁹⁶ Considérant 11.

⁹⁷ Les efforts en matière de répression revêtent, au demeurant, un caractère additionnel par rapport à d'autres formes de sanctions. Voy. considérant 11.

⁹⁸ C.J.C.E., 21 septembre 1989, aff. 68/88, *Commission c. Grèce*, *Rec.*, p. 2965.

⁹⁹ Art. 5.

Section 6

Responsabilité des personnes morales

34. Établi par les articles 6 (responsabilité pénale des personnes morales) et 7 (sanctions à leur encontre), la responsabilité des personnes morales est traitée de manière particulièrement ambiguë. La directive énonce plusieurs conditions. Parmi celles-ci, on observera que la personne morale est tenue responsable « lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle » a rendu possible la commission de l'infraction¹⁰⁰, ce qui est fort ambigu. Du fait que plusieurs États membres ignoraient ce type de responsabilité, la directive n'exige pas que les sanctions annoncées revêtent un caractère pénal¹⁰¹.

Conclusions

35. Au terme de cette analyse, on ne peut qu'insister sur le rôle dissuasif assumé par le droit pénal, mais aussi sur sa fonction de « renforcement symbolique » du droit matériel¹⁰². La directive 2008/99/CE est-elle dès lors à la hauteur des enjeux ? Dans la mesure où elle se contente d'établir des « mesures en relation avec le droit pénal », cette directive n'harmonise pas les législations répressives des États membres. Se contentant d'obliger les États membres à incriminer certains comportements vaguement définis à la lumière de législations éparses, elle ne crée pas de nouvelles incriminations. En d'autres mots, l'incrimination n'existera que dans la mesure où elle aura été consacrée en droit interne. La directive reflète ainsi la complexité de la législation environnementale de l'UE qui est profondément marquée du sceau de la subsidiarité. Le dernier mot revient donc aux autorités nationales, d'autant plus que la directive évite d'harmoniser les peines. Le quarteron d'experts s'intéressant à ces matières éprouvera donc bien des peines à se retrouver dans ce dédale législatif.

Qui plus est, les catégories de comportements devant être incriminés par les législateurs nationaux sont pétries d'ambiguïté, d'incohérence, voire de pusillanimité. Le risque est grand que les autorités les plus laxistes se limitent à sanctionner les infractions les plus graves, voire à celles qui relèvent de l'hypothétique. Enfin, la directive passe sous silence le choix de la nature et du *quantum* des sanctions.

L'effectivité de la directive est donc largement tributaire de la volonté politique des États membres de poursuivre un niveau élevé de protection de l'environnement, volonté qui peut être sujette à caution lorsque l'on connaît l'ampleur du contentieux en manquement dans ce domaine. Pour les États membres dont

¹⁰⁰ Art. 6, § 2.

¹⁰¹ Art. 7.

¹⁰² M. VAN DE KERCHOVE, « Réflexions suscitées par "La protection de l'environnement par le droit pénal ?" de Michael Faure », in *Acteurs et instruments du droit de l'environnement*, op. cit., p. 170.

les réglementations étaient déjà fort avancées, cette directive ne présente aucune valeur ajoutée. Pour d'autres États, sa transposition était déjà largement assurée¹⁰³. Force est de craindre que ce nouvel instrument ne gomme pas les divergences en termes de répression de la criminalité environnementale, constatées depuis des années.

¹⁰³ P. THIEFFRY, *op. cit.*, pp. 16-17.