

Responsabilité pénale environnementale en Europe : *quo vadis* ?

Michael FAURE

Professeur à l'Université de Maastricht et à l'Université Érasme à Rotterdam

Chapitre 1 Introduction

Il n'est pas facile, voire impossible et peu pertinent, de faire des commentaires sur l'excellente contribution de Nicolas de Sadeleer qui a donné un aperçu approfondi de l'état des lieux concernant le droit pénal environnemental au niveau européen. Sa contribution constitue une analyse tellement approfondie et consciencieuse qu'il y a très peu à ajouter.

Je formulerai dès lors simplement quelques commentaires concernant la responsabilité pénale environnementale telle que prévue dans la directive 2008/99/CE tout en posant la question de la qualité du droit pénal de l'environnement.

Mes observations porteront dès lors sur la directive, mais aussi sur les aspects qui ne sont pas réglementés par celle-ci et qui sont tout aussi importants pour augmenter l'efficacité du droit pénal environnemental.

Deux problèmes concernent la qualité du droit pénal de l'environnement européen. D'une part, la dépendance administrative (chapitre 2) et, d'autre part, le caractère vague de ses dispositions (chapitre 3). Cela nous mène à la question de savoir si le droit pénal est finalement toujours nécessaire pour renforcer le droit de l'environnement (chapitre 4) et si le but de la directive est réellement d'harmoniser le droit pénal de l'environnement des États membres ou plutôt de garantir une maintenance effective (chapitre 5). Par ailleurs, la recherche de solutions alternatives pourrait s'avérer plus efficace que l'approche suivie jusqu'à présent par la Commission européenne (chapitre 6).

Chapitre 2 La qualité des dispositions pénales : dépendance administrative ?

Comme Nicolas de Sadeleer l'a clairement indiqué dans sa contribution pour la directive 2008/99/CE, il y a illicéité uniquement si une loi, une réglemen-

tation administrative d'un État membre ou une décision d'une autorité compétente d'un État membre qui donne effet à la législation communautaire – et qui est énumérée dans l'Annexe A ou dans l'Annexe B – a été violée. En outre, l'article 3 de la directive indique clairement que les États membres font en sorte que les actes indiqués dans la directive (et discutée par Nicolas de Sadeleer en détail) constituent une infraction pénale uniquement lorsqu'ils sont illicites et commis intentionnellement ou par négligence grave. Puisque l'illicéité est constitutive de l'infraction, la dépendance classique du droit pénal de l'environnement est sauvegardée. Cela constitue une opportunité perdue pour la directive. Dans le cas où une émission présente en outre un danger pour la santé humaine, la pollution est tellement grave que la dépendance administrative devrait être rompue de sorte qu'un délit autonome devrait être prévu. Prenons l'exemple d'un entrepreneur qui a déversé des déchets sur un terrain sur lequel une plaine de jeux pour enfants est installée par la suite. Dans ce cas-là, cette action est constitutive d'un danger concret pour la santé des enfants. On pourrait dès lors soutenir que l'illicéité, c'est-à-dire la violation des normes réglementaires, ne devrait pas être une condition pour établir la responsabilité pénale. En plus, dans ce cas spécifique, l'autorisation administrative ne devrait pas être une cause de justification. Le problème dans le droit pénal environnemental actuel (et aussi dans la directive) est que, dans des cas extrêmement graves, il accorde une protection limitée de l'environnement. La dépendance administrative a comme conséquence que la pollution en soi n'est pas directement punie par une sanction pénale, mais indirectement lorsque la pollution constitue également une violation d'obligations administratives, de sorte que l'intéressé a agi contrairement à l'autorisation délivrée en vertu de la loi. Du moment que les obligations administratives sont respectées (ou que les obligations administratives n'ont pas été déterminées), le droit pénal ne peut pas accorder sa protection à l'environnement¹.

Dans le cas où la pollution présente une menace pour la vie ou pour la santé, la dépendance administrative devrait être limitée. Dans ce cas, une pollution devrait être punissable alors même qu'elle est couverte par une autorisation ou en l'absence d'obligations administratives violées. C'est la définition du délit autonome qui devrait être présente dans la directive, mais qui ne l'est pas actuellement.

Il y a des exemples de délits autonomes. Ainsi, à l'article 2 de la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal² (qui n'est jamais entrée en vigueur), chaque partie s'engage à prendre, selon son droit interne, les mesures appropriées nécessaires pour qualifier certains comportements de sanctions pénales. À l'article 2.1(b), on y trouve « le rejet, l'émission ou l'introduction illicite d'une quantité des substances ou des radiations ionisantes dans

¹ Voy. M. FAURE, « Un défi : les contours de plus en plus flous du droit pénal de l'environnement », *Aménagement*, numéro spécial, 2000, p. 93.

² Voy. <http://www.coe.fr/eng/legaltxt/172ehtm>.

l'atmosphère, le sol ou les eaux, qui causent ou sont susceptibles de causer leur détérioration durable ou la mort ou de graves lésions à des personnes, ou des dommages substantiels à des monuments protégés à d'autres objets protégés, à des biens, à des animaux, ou des végétaux». En plus, cette convention connaît d'autres délits autonomes puisque l'article 2.1 pénalise « le rejet, l'émission ou l'introduction d'une quantité de substances ou de radiations ionisantes dans l'atmosphère, le sol, les eaux, qui causent la mort ou de graves lésions à des personnes ou y créent un risque significatif de causer la mort ou de graves lésions à des personnes ». Dans ce cas, il n'est plus nécessaire que l'émission ait lieu de façon illicite. C'est dès lors un exemple d'une disposition qui est entièrement indépendante du droit administratif.

Cela illustre que la directive, en imposant une condition d'illicéité, accorde une protection relativement limitée à l'environnement par le droit pénal. En outre, la criminalisation n'est imposée que lorsqu'il s'agit d'infractions commises intentionnellement ou par négligence grave.

Il y a cependant des possibilités pour le droit pénal national des États membres d'aller au-delà de la protection accordée par la directive et cela apparaît d'autant plus nécessaire.

Chapitre 3

Qualité des dispositions pénales : notions vagues

Section 1

Exemples

Comme l'a indiqué Nicolas de Sadeleer dans sa contribution, les différentes infractions énumérées dans la directive 2008/99/CE laissent une discrétion considérable aux États membres. Il y a plusieurs exemples de l'utilisation des notions extrêmement vagues dans la directive. Ainsi, l'article 3(a) fait référence à « de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle ». La même notion est aussi utilisée dans l'article 3(b). L'article 3(c) fait référence à une « quantité non négligeable » (ainsi que l'article 4(f)). Toutes les autres infractions contiennent des notions tout aussi vagues. L'article 3(h) oblige, par exemple, la criminalisation « d'une dégradation importante d'un habitat au sein d'un site protégé ».

Évidemment, la directive devait encore être transposée par les États membres³. Mais il est étonnant que la directive utilise des notions aussi vagues pour criminaliser la pollution, ce qui est contraire au principe de légalité en droit pénal et

³ La date imposée aux États membres pour mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive est fixée par l'article 8 au 26 décembre 2010.

notamment au principe *lex certa*, qui impose au législateur l'obligation de formuler les dispositions pénales avec précision afin que les acteurs puissent prévoir si leur comportement rentre dans les conditions pour la responsabilité pénale ou non.

Section 2

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

La Cour de justice a toujours été relativement sévère concernant l'utilisation de notions vagues dans le droit pénal en soulignant l'importance du principe de certitude juridique. Dans un cas important du *Procura della Repubblica italiana c. X*⁴, une procédure a été entamée contre des personnes inconnues pour violation d'un décret concernant l'utilisation des équipements à écran de visualisation. La loi italienne avait transposé les dispositions d'une directive 90/270/CEE concernant des prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation. La Cour de justice stipulait entre autres :

« Il appartient dès lors à la juridiction de renvoi d'assurer le respect de ce principe lors de l'interprétation, à la lumière du texte et de la finalité de la directive, du droit national adopté en vue d'exécuter celle-ci.

Sous réserve de ces observations, il convient de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi.

La juridiction de renvoi demande si l'expression "travailleur qui utilise de façon habituelle et pendant une partie non négligeable de son travail normal un équipement à écran de visualisation", figurant à l'article 2, sous c), de la directive, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise, d'une part, des travailleurs qui utilisent habituellement un tel écran quatre heures consécutives tous les jours de la semaine, à l'exception d'un jour, et, d'autre part, des travailleurs qui utilisent un écran de visualisation tous les jours de la semaine pendant moins de quatre heures consécutives.

À cet égard, il convient de constater d'abord que la directive n'apporte aucune précision sur ce qu'il faut entendre par utilisation "de façon habituelle pendant une partie non négligeable de son travail normal", d'un équipement à écran de visualisation au sens de l'article 2, sous c).

Il résulte du libellé même de la disposition litigieuse que le caractère non négligeable du temps habituellement passé par un travailleur devant un écran de visualisation s'apprécie par rapport au travail normal du travailleur considéré. Cette expression ne saurait être définie dans l'abstrait et il appartient aux États membres d'en préciser la portée lors de l'adoption des mesures nationales de transposition de la directive.

⁴ C.J.C.E., 12 décembre 1996, aff. C-74/95, *Procédures pénales c. X, Rec.*, 1996, p. I-6609.

Compte tenu du caractère vague de l'expression en cause, il convient de reconnaître aux États membres, lors de l'adoption de ces mesures de transposition, un large pouvoir d'appréciation qui, eu égard au principe de la légalité des délits et des peines rappelé au point 25 du présent arrêt, empêche, en tout état de cause, les autorités nationales compétentes de faire référence aux dispositions pertinentes de la directive lorsqu'elles envisagent d'engager des poursuites pénales dans le domaine couvert par la directive.»

Cette décision importante de la Cour de justice démontre que la Cour accorde beaucoup d'attention au principe *lex certa* en faisant référence de manière explicite à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est dès lors clair qu'une phrase relativement vague dans une directive – « qui utilise de façon habituelle et pendant une partie non négligeable de son travail normal un équipement à écran de visualisation » – ne peut pas être traduite littéralement dans la phase de transposition car cela violerait le principe *lex certa*.

Section 3 Solution ?

La question qui se pose évidemment est de savoir de quelle façon les États membres doivent interpréter ces notions vagues en transposant la directive. Nous avons soutenu la thèse qu'une transposition littérale est impossible car beaucoup de notions dans la directive sont beaucoup trop vagues⁵. Par exemple, l'article 3(d) oblige les États membres à criminaliser l'exploitation illicite d'une usine dans laquelle une activité dangereuse est exercée, où des substances ou préparations dangereuses sont stockées ou utilisées. À défaut de transposition littérale, les États membres doivent indiquer quelles sont alors les activités spécifiques ou les activités dangereuses soumises à la loi pénale. Une indication pour interpréter les notions vagues est donnée dans l'article 2(a) de la directive qui définit l'illicéité par référence aux législations énumérées dans les Annexes A et B. Ces annexes contiennent une longue liste de directives bien connues comme la directive concernant la conservation des oiseaux sauvages (79/409/CEE), la directive relative à la lutte contre la pollution atmosphérique (84/360/CEE), la directive relative aux déchets dangereux (91/689/CEE), etc. Dès lors, une façon d'interpréter les notions vagues est de voir dans quelles mesures les directives spécifiques énumérées dans les Annexes A et B peuvent guider les États membres dans leur travail de transposition. Cela présente en outre l'avantage qu'on évite que chaque État membre donne sa propre interprétation aux notions vagues. Heureusement, les directives mentionnées dans les Annexes A et B donnent suffisamment d'indications pour interpréter, par exemple, les notions « substances ou préparations dangereuses » ou « activités

⁵ M. FAURE, « Vague notions in environmental criminal law », *Environmental Liability*, 2010, pp. 163-170.

dangereuses ». Ainsi, si l'on doit décider quelles sont les activités dangereuses dans le sens de l'article 3(d) la directive 2008/1/CE relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution, mentionnée à la fin de l'Annexe A, on pourrait donner une interprétation de la notion vague « activités dangereuses ». Dès lors, les États membres peuvent utiliser la législation nationale qu'ils ont mobilisée pour transposer les directives mentionnées dans les Annexes A et B, afin de rendre les notions vagues de l'article 3 de la directive 2008/99/CE plus concrètes.

De manière générale, le fait que l'Europe ordonne, d'un côté, aux États membres d'utiliser le droit pénal pour renforcer le droit européen de l'environnement, mais, de l'autre côté, semble oublier les notions essentielles de droit pénal tel que le principe de légalité et le principe *lex certa* est évidemment problématique. Si l'Union européenne continue à utiliser le droit pénal (et comme Nicolas de Sadeleer l'indique, cela semble effectivement être le cas), il faudrait davantage avoir égard à la qualité des dispositions pénales.

Chapitre 4

Pourquoi le droit pénal ?

La question intéressante, adressée par Nicolas de Sadeleer, est évidemment de savoir pour quelle raison la directive est si concentrée sur le droit pénal pour maintenir la législation nationale qui a transposé les directives européennes dans le domaine du droit de l'environnement. La directive 2008/99/CE donne une claire réponse :

« L'expérience montre que les systèmes de sanction existants ne suffisent pas à garantir le respect absolu de la législation en matière de protection de l'environnement. Ce respect peut et doit être renforcé par l'existence des sanctions pénales, qui reflètent une désapprobation de la société qualitativement différente de celle manifestée par le biais des sanctions administratives ou d'une indemnisation au civil. »⁶

Section 1

Et l'amende administrative ?

Cette sanction semble plus pertinente à maints égards. Premièrement, dans beaucoup d'États membres, le droit de l'environnement ne fait pas appel au droit pénal, mais, au contraire, au droit administratif et notamment aux sanctions administratives comme l'amende.

L'amende est en général très populaire auprès des économistes. Les raisons sont relativement simples : les coûts pour appliquer et maintenir l'amende sont

⁶ Voy. considérant (3) précédant la directive 2008/99/CE du 29 novembre 2008.

relativement bas et l'amende rapporte de l'argent à l'État, contrairement à l'emprisonnement. En plus, il est possible d'appliquer l'amende après une procédure relativement simple d'ordre administratif sans recourir à la procédure pénale compliquée et coûteuse. Ogus et Abbot ont critiqué le système anglais du **maintien environnemental** qui utilise uniquement la procédure pénale et les sanctions pénales. Les auteurs ont soutenu que le résultat était maigre avec seulement quelques dossiers poursuivis devant les tribunaux correctionnels et que l'introduction d'un système d'amendes administratives (pour s'occuper de tous les cas où les procureurs décidaient d'un non-lieu) pourrait augmenter l'efficacité du **maintien environnemental**⁷.

Section 2

Tendance à décriminaliser dans les États membres

Deuxièmement, l'invitation pénale lancée par la directive est contraire à la tendance de nombreux États membres. Traditionnellement, le seul moyen de maintenir le droit de l'environnement est effectivement le droit pénal. Néanmoins, aujourd'hui, nous pouvons observer dans beaucoup d'États membres une tendance à introduire les sanctions administratives et notamment les amendes administratives pour les infractions moins importantes. Cela est déjà le cas en Allemagne où l'instrument principal pour lutter contre la pollution est le « Bußgeld » (amende administrative) à imposer par le *Ordnungswidrigkeitengesetz* et applicable pour beaucoup d'infractions environnementales. Récemment, en Belgique, le décret wallon du 5 juin 2008 relatif à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions et les mesures de réparation en matière d'environnement a aussi introduit de larges possibilités pour imposer des amendes administratives. L'amende administrative est uniquement exclue en cas d'infractions de première catégorie si, selon l'article D153, ces infractions ont été commises sciemment et avec intention de nuire et contiennent un élément matériel qui consiste en la circonstance que la santé humaine a été ou est susceptible d'être mise en danger⁸. C'est aussi le cas pour la Région flamande où un décret du 21 décembre 2007 (entré en vigueur le 1^{er} mai 2009) a largement dépénalisé nombre d'infractions à la réglementation environnementale. Les infractions environnementales sont, d'après l'article 16.1.2 du décret flamand, des comportements qui concernent exclusivement une violation des obligations administratives, ne concernent pas des émissions, ne nuisent pas à la santé ou ne causent pas la mort et qui sont reprises dans une

⁷ Voy. A. OGUS et C. ABBOT, « Pollution and Penalties », in T. SWANSON (éd.), *Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy : Issues in Institutional Design*, Amsterdam, Elsevier, 2002, pp. 493-516 et A. OGUS et C. ABBOT, « Sanctions for Pollution : Do We Have the Right Regime ? », *Journal of Environmental Law*, 2002, vol. 14, pp. 283-300.

⁸ Cela se rapproche donc des délits autonomes dont nous avons discuté ci-dessus et où évidemment la sanction pénale s'impose effectivement.

liste établie par le gouvernement flamand. Dans ces cas-là, on peut soutenir que l'avantage économique de ces infractions (administratives) est probablement relativement réduit et que la probabilité de découverte (ou si une obligation administrative n'est pas remplie) est assez élevée. Dans de tels cas, une dissuasion appropriée peut effectivement être atteinte avec des sanctions administratives (appelées « exclusives » en Région flamande) qui vont jusqu'à 50.000 euros⁹. En outre, pour les autres délits en Région flamande, comme en Région wallonne, il est possible d'appliquer une amende administrative alternative (qui éteint donc la procédure pénale). Mais dans les deux Régions, l'application de l'amende administrative (qui éteint l'action publique) est soumise au contrôle du procureur du Roi. Cela évite donc que des cas graves soient sanctionnés d'une simple amende administrative alors que le dommage écologique peut être considérable et qu'une poursuite pénale semble plutôt indiquée. C'est pour ces raisons-là que dans les deux Régions, l'intention d'imposer l'amende administrative (dans des cas où un délit a été constaté) doit préalablement être soumise à l'avis du procureur du Roi qui peut s'y opposer et dès lors reprendre la poursuite pénale.

Finalement, on peut aussi mentionner qu'au Royaume-Uni, le *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2008. Cette loi donne aussi le pouvoir aux autorités administratives, y compris l'*Environment Agency*, à imposer des sanctions administratives (y compris l'amende)¹⁰.

La conclusion est dès lors relativement simple : il est étonnant que, d'un côté, aujourd'hui beaucoup d'États membres ont tendance à décriminaliser, ou à tout le moins à prévoir la possibilité de sanctions administratives (notamment l'amende administrative) pour sanctionner les infractions environnementales alors que la directive 2008/99/CE croit encore dans la force du droit pénal.

Section 3 Stratégie dissuasive efficace ?

Troisièmement, la directive suppose que le droit pénal est nécessaire pour « garantir le respect absolu de la législation en matière de protection de l'environnement », ce qui nécessite d'imposer des sanctions pénales « effectives, proportionnées et dissuasives »¹¹.

Tout ce raisonnement démontre que la directive part du modèle humain d'un délinquant rationnel et calculateur qui mettrait en balance les avantages d'une

⁹ À augmenter avec les décimes additionnels.

¹⁰ Ils ont été introduits par le *Environmental Civil Sanctions Order 2010* et le *Environmental Civil Sanctions (Miscellaneous Amendments) Regulation 2010*. Ce qu'on appelle au Royaume-Uni des sanctions civiles sont au fond ce qu'on appellerait sur le continent des amendes administratives. Pour les détails voy. M. FAURE et K. СВАТКОВА, « Criminal or administrative law to protect the environment ? Evidence from Western Europe », *Journal of Environmental Law*, 2012, pp. 1-34.

¹¹ Art. 5 de la directive 2008/99/CE.

infraction et les coûts escomptés (probabilité de découverte et sanction). Dans ce modèle, il est aussi très important que le contrevenant potentiel ait des informations appropriées sur ces avantages mais surtout sur les coûts escomptés. Dès lors, il n'est pas uniquement nécessaire de produire de l'information concernant les sanctions et la probabilité de découverte et de condamnation, mais aussi concernant le contenu de la réglementation. Sur ce point, la stratégie coopérative a des avantages. Dans les cas où les autorités administratives sont bien informées, mais pas les entreprises, une stratégie coopérative aurait l'avantage que le surveillant peut accompagner le monde industriel en leur expliquant le contenu de leurs obligations. Huisman et Van de Bunt ont démontré dans une recherche empirique aux Pays-Bas que très peu de délits environnementaux ont lieu de façon intentionnelle ; la plupart sont commis par manque d'information ou de moyens¹². Si cela est vraiment le cas, une approche dissuasive serait uniquement contre-productive. Ils soutiennent qu'une approche pénale n'a de sens que dans les cas où les délits écologiques sont commis intentionnellement et sont le résultat d'une analyse coût-bénéfice¹³.

Cela a aussi été confirmé par une recherche de Prinsen et Vossen sur les violations de la loi concernant la protection des eaux de surface aux Pays-Bas. 32 % des entreprises ne sont pas au courant des règles existantes et 38 % suivent les règles spontanément. Seules 21 % suivent les règles par la crainte d'une sanction¹⁴. Ceci démontre qu'une stratégie visant à fournir de l'information pourrait substantiellement contribuer à ce que les normes environnementales soient respectées.

Si nous tenons compte de ces données empiriques, cela montre que, pour la plupart des infractions environnementales, une stratégie d'information est probablement plus appropriée que la stratégie dissuasive imposée par le droit pénal, qui est centrale dans la pensée de la Commission européenne, tenant compte du considérant (3) précédant la directive 2008/99/CE.

Finalement, il est aussi frappant de constater que la Commission européenne semble complètement oublier la doctrine pénale qui soutient (à bon droit) que le droit pénal doit être considéré comme un *ultimum remedium* (remède ultime). En d'autres mots, si le but (maintenance du droit de l'environnement) peut aussi être atteint avec d'autres instruments moins radicaux (comme le droit civil ou le droit administratif), il n'y a aucune raison de recourir au droit pénal. La Commission européenne n'a au fond pas examiné et ne fournit aucun argument pour démontrer que, dans beaucoup de cas, des sanctions administratives ou des mesures basées sur une stratégie d'information et de

¹² W. HUISMAN et H.G. VAN DE BUNT, « Sancties, Organisatie Criminaliteit en Milieudelicten », *Ars Aequi*, 1997, pp. 695-697.

¹³ W. HUISMAN et H.G. VAN DE BUNT, *ibid.*, p. 695. Voy. aussi W. HUISMAN, *Tussen Winst en Moraal, Achtergronden van Regelhaleving en Regelvertreding door Ondernemingen*, La Haye, Boom, 2001.

¹⁴ H.M. PRINSEN et R.M.M. VOSSEN, « Naleving en Handhaving van Regelgeving. Loont het de Moeite ? », *Justitiële Verkenningen*, 2003, vol. 29, n° 9, pp. 54-69.

coopération ne seraient pas aussi efficaces que le droit pénal, pour atteindre l'objectif recherché.

Chapitre 5

Pourquoi harmoniser ?

Section 1

Protection minimale de l'environnement ?

Ces réflexions nous mènent à la question de savoir pourquoi la directive 2008/99/CE a été adoptée. La Commission européenne n'a pas comme but d'harmoniser le droit pénal de l'environnement ou de donner une protection minimale à l'environnement en utilisant le droit pénal. Ce but était poursuivi par la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection de l'environnement par le droit pénal, mais aussi par une décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal du 27 janvier 2003¹⁵. Cette décision-cadre est la conséquence d'une initiative prise par le royaume du Danemark à la suite d'une décision-cadre concernant la criminalité grave de l'environnement¹⁶. Les considérations de cette décision-cadre de 2003 se réfèrent explicitement à la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection de l'environnement. Mais, comme décrit par Nicolas de Sadeleer, cette décision-cadre n'a pas survécu, la Commission ayant lancé une plainte formelle contre celle-ci devant la Cour de justice ayant mené à la décision bien connue du 13 septembre 2005 qui a, comme Nicolas de Sadeleer l'a indiqué, « secoué profondément le Landerneau institutionnel européen ». L'objectif de la directive 2008/99/CE est, comme indiqué également par Nicolas de Sadeleer, bien différent : la directive prend comme point de départ que la transposition actuelle du droit de l'environnement européen dans les États membres fait souvent défaut. En effet, s'il y a souvent transposition formelle des directives européennes dans le domaine de l'environnement dans les législations nationales, il y a un manque réel de suivi des obligations sur le terrain. C'est l'objectif poursuivi par la directive 2008/99/CE :

« En vue de garantir une protection efficace de l'environnement, il est absolument nécessaire d'instaurer des sanctions plus dissuasives à l'égard des activités préjudiciables de l'environnement, qui entraînent généralement ou sont susceptibles d'entraîner une dégradation substantielle de la qualité de l'air, y compris la stratosphère, du sol et de l'eau ainsi que de la faune et de la flore, notamment en termes de conservation des espèces. »¹⁷

¹⁵ JO n° L 29 du 5 février 2003, p. 55.

¹⁶ JO n° C39 du 11 février 2000, p. 4.

¹⁷ Voy. considération (5) précédant la directive 2008/99/CE.

Mais la directive n'accorde pas une protection générale à ces éléments écologiques. Cette protection est uniquement accordée, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, dans la mesure où la législation nationale, qui a transposé un des instruments mentionnés dans les Annexes A et B, a été violée¹⁸. La directive nous dit en effet :

« Les obligations prévues dans la présente directive portent uniquement sur les dispositions de la législation énumérées aux Annexes de la présente directive qui oblige les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre ladite législation, à prévoir des mesures d'interdiction »¹⁹.

Section 2

Un système mixte de répartition des compétences

Le problème est qu'aujourd'hui, comme l'indique Nicolas de Sadeleer, nous avons un système mixte et hybride en ce qui concerne le droit de l'environnement en Europe : une grande partie de la législation nationale des États membres concernant la protection de l'environnement est d'origine européenne. Mais vu le système de répartition des compétences, seuls les États membres sont en mesure de transposer les directives européennes et dès lors de garantir l'effectivité de la législation européenne. Le problème est que les États membres pourraient être incités à transposer formellement et ne rien faire par la suite de sorte que la protection accordée par les directives européennes reste lettre morte. En outre, les économistes ont indiqué qu'il y a une certaine concurrence entre les États qui pourraient avoir tendance à protéger leur industrie nationale et à ne pas appliquer la législation nationale qui transpose les directives européennes avec beaucoup d'enthousiasme. C'est ce qu'on appelle la course vers le fond²⁰.

Section 3

La course vers le fond

Il est difficile de se prononcer s'il y a course vers le fond en ce qui concerne le maintien de la législation environnementale dans les États membres. Nous avons soutenu que cela n'était probablement pas le cas avant 2004 où beaucoup d'États membres (comme les pays nordiques, l'Allemagne et les Pays-Bas) ont plutôt couru vers le haut (vers une protection environnementale plus élevée) que vers le fond. Mais depuis l'élargissement de l'Union vers l'Est, la situation a peut-être changé dans la mesure où certains de ces États membres ont tendance à transposer formellement les directives environnementales, tout en étant

¹⁸ Cela découle de la définition de l'illicéité dans l'article 2 (a) de la directive.

¹⁹ Considération (9) précédant la directive 2008/99/CE.

²⁰ Pour l'argumentation économique voy. M. FAURE, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 271.

assez laxistes sur le terrain afin de protéger les investissements dans leurs industries nationales en développement²¹. Vu ce danger d'une course vers le fond et vu le fait que l'Europe n'a, dans l'état actuel, aucune compétence pour assurer le respect des obligations contenues dans la législation environnementale, on comprend que, comme le décrit par Nicolas de Sadeleer, beaucoup de mesures ont été développées pour forcer les États membres à non seulement transposer les obligations contenues dans les directives, mais aussi à procéder à leur maintien efficace. Nicolas de Sadeleer a inventorié les instruments utilisés, mais il est important de mentionner que la Cour, dans sa jurisprudence, a par exemple exigé que les États membres prennent des mesures nécessaires pour sanctionner les infractions à la législation nationale transposant les directives environnementales avec des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives²². Aussi a-t-il été décidé qu'un maintien faible, c'est-à-dire un manque de poursuites au niveau national, peut être considéré comme une violation du droit européen²³.

Section 4

Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives

À cela s'ajoute le fait que maintenant, de façon plus au moins récurrente (et aussi dans la directive 2008/99/CE), il est mentionné que les États membres doivent incorporer des sanctions (pénales) effectives, proportionnées et dissuasives. Se pose cependant la question de savoir comment interpréter ces notions relativement vagues.

Ailleurs j'ai soutenu que, dans le droit de l'environnement, efficacité ne rime pas avec dissuasion et qu'il importe avant tout que le but environnemental soit atteint. Cela veut dire qu'il est important d'avoir, par exemple, des sanctions réparatrices (visant à la remise en état des lieux), mais aussi des sanctions préventives (par exemple une défense d'utiliser une machine qui est à la base de la pollution). En ce qui concerne la dissuasion, le modèle économique du droit pénal nous apprend que la sanction doit être plus élevée que le bénéfice obtenu par la pollution, et ce, d'autant plus que la probabilité de découverte de l'infraction est souvent réduite.

En ce qui concerne la proportionnalité, nous avons soutenu qu'un droit pénal optimal a besoin de différents types de délit, visant la mise en danger abstraite, la mise en danger concrète et un délit autonome (discuté ci-dessus)²⁴. Il est dès

²¹ Voy. pour cette hypothèse, M. FAURE et J.S. JOHNSTON, « The law and economics of environmental federalism : Europe and the United States compared », *Virginia Environmental Law Journal*, 2009, vol. 27, pp. 267-274.

²² Voy. C.J.C.E., 21 septembre 1989, **aff. C-88**.

²³ C.J.C.E., 9 décembre 1997, **aff. C-265/95, Commission c. France**.

²⁴ Voy. M. FAURE, « Vers un nouveau modèle de protection de l'environnement par le droit pénal », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2005, n° 1, pp. 3-19.

lors possible d'indiquer ce qu'on doit comprendre par des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées²⁵.

Néanmoins, il y a deux remarques à faire sur ce point. Premièrement, cette notion de sanctions « effectives, dissuasives et proportionnées » prend comme point de départ, le modèle d'un criminel rationnel et calculateur qui peut être dissuadé car il a commis l'infraction pour obtenir des bénéfices. Comme nous l'avons indiqué, les données empiriques démontrent que, dans la plupart des infractions, c'est le cas contraire qui s'impose dans la mesure où les délits sont commis par négligence. Dans ce cas-là, une sanction proportionnée peut aussi consister en des sanctions plutôt réparatrices qui visent à informer l'opérateur et à prévenir les infractions à l'avenir. Deuxièmement, le but poursuivi par la Commission européenne d'imposer des sanctions « effectives, dissuasives et proportionnées » ne garantit évidemment pas que les États membres vont effectivement appliquer ces sanctions, même si elles sont prévues dans leur législation. Évidemment, comme nous l'avons mentionné, la Cour oblige aussi les États membres à poursuivre, de manière effective, les infractions à la législation nationale transposant le droit européen mais, sur ce point, le contrôle est relativement marginal. Au final, il n'y a pas obligation de poursuivre et une obligation de « maintien » à 100 % n'est ni possible, ni souhaitable²⁶. Après tout, les autorités de poursuites (notamment le ministère public) dans les États membres disposent toujours d'une discrétion pour apprécier, dans chaque cas particulier, s'il est indiqué ou non de poursuivre. En plus, même si les infractions sont poursuivies, on ne peut jamais limiter le pouvoir du juge de décider quelle sanction il faut imposer dans un cas concret. Et, à nouveau, la théorie économique nous apprend que c'est à bon droit qu'existe cette compétence discrétionnaire concernant la détermination de la sanction. Seul le juge peut appliquer des sanctions adéquates en prenant en compte tous les critères pertinents²⁷.

Cela signifie que le but poursuivi par la directive 2008/99/CE d'un maintien efficace des dispositions nationales transposant le droit européen ne peut jamais être atteint. La question se pose dès lors de savoir si l'introduction du droit pénal ne remplit pas surtout une valeur symbolique²⁸.

À ce point, il est intéressant de mentionner comme Nicolas de Sadeleer, que les possibilités pour l'Union d'harmoniser le droit pénal ont considérablement évolué. L'article 83(2) du TFUE donne même la possibilité d'établir des règles

²⁵ Pour des détails voy. M. FAURE, « Effective, proportional and dissuasive penalties in the implementation of the Environmental Crime and Ship-Source Pollution Directives : questions and challenges », *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, pp. 256-278.

²⁶ Voy. M. FAURE, « La protection de l'environnement par le droit pénal ? Une perspective économique », in B. JADOT (éd.), *Acteurs et outils du droit de l'environnement. Développements récents, développements (peut-être) à venir*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 153-154.

²⁷ F. EASTERBROOK, « Criminal procedure as a market system », *Journal of Legal Studies*, 1983, pp. 259 et 325.

²⁸ Voy. M. FAURE, « European environmental criminal law : do we really need it ? », *European Environmental Law Review*, 2004, p. 24.

minimales relatives à « la définition des infractions pénales et des sanctions ». On peut se demander si ce remède est efficace et approprié. Comme nous venons de l'indiquer, même si l'Union définit les infractions pénales (comme elle le fait déjà aujourd'hui), mais aussi les règles minimales relatives aux sanctions, elle ne contrôle pas pour autant le pouvoir discrétionnaire du ministère public en ce qui concerne les poursuites, ni celui du juge en ce qui concerne l'imposition de sanctions pénales. On peut donc à nouveau se demander si l'opération européenne n'est pas plus symbolique que pratique.

Chapitre 6

Solutions alternatives

Il est frappant de constater que la directive 2008/99/CE considère la criminalisation comme remède aux problèmes de transposition au niveau national en ce qui concerne la poursuite des infractions contre la législation nationale transposant le droit européen. Est-ce que l'Union se fixe au fond au vrai problème ? Le vrai problème semble que la Commission suppose toujours qu'il y a une lacune dans le maintien de la législation nationale transparent des directives européennes, mais ce ne sont que des suppositions. La Commission ne dispose d'aucune donnée. Nous avons déjà soutenu, qu'avant de répéter des actions législatives qui n'ont que valeur de symbole, il serait mieux de commencer par un inventaire précis. Il s'agirait ainsi de répertorier les données concernant le nombre d'entreprises qui sont soumises à autorisation, le nombre de contrôles effectués, le nombre d'infractions constatées et les conséquences données à ces infractions. Dans une petite recherche concernant les Pays-Bas, l'Allemagne, le Royaume-Uni et la Région flamande, nous avons découvert que les données sont extrêmement limitées et qu'en plus, la façon dont les données sont collectées est différente pour les quatre systèmes juridiques examinés²⁹. Cela veut dire que beaucoup d'actions de la Commission sont basées sur des présomptions et des idées qui n'ont aucune base empirique, car la Commission européenne n'a pas de données concernant le « maintien » du droit de l'environnement dans la pratique. Nous voulons dès lors suggérer, qu'au lieu de répéter encore une avalanche législative, de répertorier au préalable la façon dont les États membres collectent les données sur le nombre d'infractions commises et les suites qui y sont réservées. Et ce n'est que dans la mesure où ces données sont inquiétantes qu'il convient de se pencher sur les mesures à adopter pour y remédier. Nous avons souvent l'impression que la Commission

²⁹ M. FAURE et K. SVATIKOVA, « Enforcement of Environmental Law in the Flemish Region », *European Energy and Environmental Law Review*, 2010, vol. 19(2), pp. 60-79 ; M. FAURE et K. SVATIKOVA, « De handhaving van het milieurecht in het Vlaamse Gewest in de praktijk », *Panopticon*, 2010, vol. 31, n° 5, pp. 57-81 ; M. FAURE et K. SVATIKOVA, « Criminal or Administrative Law to Protect the Environment ? », *Journal of Environmental Law*, 2012, pp. 1-34.

légifère à l'aveugle en présupposant des problèmes pour lesquels elle ne dispose d'aucune preuve empirique.

S'il est établi qu'il y a effectivement problème, la solution n'est certainement pas de forcer les États membres à adopter des mesures symboliques comme l'introduction de sanctions pénales minimales. Le vrai problème n'est probablement pas au niveau du juge, mais plutôt au niveau des inspections et des suites réservées à des procès-verbaux après qu'une infraction a été commise. Sur ce point, il est intéressant de mentionner que le Parlement européen et le Conseil ont adopté une recommandation du 4 avril 2001 prévoyant des critères minimaux applicables aux inspections environnementales dans les États membres³⁰.

Actuellement, la force de cet instrument est encore relativement faible car c'est uniquement une recommandation et il n'y a pas beaucoup d'information concernant l'effectivité et l'influence de cette recommandation sur le terrain. Le problème dans le droit européen réside sans doute dans le caractère hybride, si bien décrit par Nicolas de Sadeleer, où la Commission reste dépendante de la coopération des États membres pour garantir l'effectivité du droit de l'environnement. Une solution radicale serait évidemment de suivre le modèle américain, c'est-à-dire d'accorder aussi au niveau central, donc à l'Union européenne, le pouvoir de contrôler et d'inspecter le suivi effectif de la législation nationale des États membres transposant les directives. Jusqu'à présent, cela n'a jamais été considéré comme acceptable vu la souveraineté des États.

Les problèmes que nous connaissons actuellement en Europe sont inexistantes aux États-Unis dans la mesure où l'*Environmental Protection Agency* de Washington dispose des pouvoirs de vérifier directement le suivi de la législation fédérale environnementale de l'Alaska jusqu'à la Floride. Évidemment, la création d'une inspection européenne disposant d'un tel droit n'est pas pour demain bien que cela serait évidemment la solution la plus efficace plutôt que de continuer avec une législation purement symbolique comme aujourd'hui. Mais apparemment, au niveau politique, on songe à une autre solution, à savoir modifier la force contraignante des recommandations en prévoyant des critères minimaux applicables aux inspections environnementales dans les États membres. Cela veut simplement dire transformer la recommandation du 4 avril 2001 dans une directive ou même dans une ordonnance. D'un autre côté, on réfléchit aussi à la possibilité de donner le droit à la Commission (ou à une autre institution compétente au niveau européen) de vérifier le fonctionnement des inspections nationales et la façon dont l'inspection environnementale a lieu sur le terrain. Dans ce modèle, l'Europe ne viendrait pas directement contrôler, par exemple, les entreprises en Irlande ou en Slovénie, mais pourrait contrôler le fonctionnement des inspections environnementales dans les États membres. Je considère que cela serait déjà un pas très important qui pourrait augmenter l'effectivité du droit pénal national transposant le droit européen

³⁰ JO n° L 118 du 27 avril 2001, p. 41.

environnemental d'une façon beaucoup plus efficace que par des mesures symboliques comme l'introduction des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions.

En plus, dans la pratique, nous avons aussi vu que l'effectivité du droit pénal de l'environnement dépend souvent de la coopération entre différents acteurs comme, par exemple, les inspections environnementales et le ministère public. Dès lors, il est plus important d'investir dans la promotion des réseaux des inspecteurs plutôt que de se concentrer sur des changements législatifs de valeur symbolique. Sur ce point, il faut évidemment souligner que l'Europe a déjà pris des mesures importantes. On peut ainsi mentionner l'importance du réseau IMPEL³¹, un réseau européen concernant le suivi du droit de l'environnement sur le terrain qui est également soutenu par la Commission européenne. Au niveau international, ce travail est effectué par le réseau INECE (*International Network for Environmental Compliance and Enforcement*)³², un réseau qui a également déjà apporté des résultats importants sur le terrain, par exemple en ce qui concerne le mouvement transfrontière des déchets.

Chapitre 7

Conclusion

Avec nos quelques observations, suivant l'excellente contribution de Nicolas de Sadeleer, nous avons voulu souligner qu'il est probablement plus important de fixer l'attention sur la façon dont le droit pénal est suivi et maintenu dans la pratique que sur des exercices plutôt symboliques relatifs à la définition des infractions pénales et des sanctions. Concernant la définition des infractions, nous avons démontré que la directive 2008/99/CE utilise souvent des notions vagues et dès lors viole des principes essentiels du droit pénal, notamment le principe de légalité et le principe *lex certa*.

Aussi, on a l'impression que la Commission européenne a une croyance très forte dans la force du droit pénal, oubliant que des sanctions administratives peuvent suffire pour une large partie des infractions. Surtout dans les cas (et d'après les données criminologiques il y en a beaucoup) où les infractions ne sont pas commises intentionnellement mais plutôt par négligence. On peut dès lors se poser la question de savoir si l'approche dissuasive basée sur un droit pénal répressif est toujours la solution la plus efficace.

Il serait probablement plus important de se concentrer sur la façon dont le droit pénal est appliqué sur le terrain par les inspections. Mais un premier départ pour n'importe quelle action dans ce domaine serait d'avoir des données fiables

³¹ <http://impel.eu/>.

³² <http://inece.org/>.

concernant les infractions et leur suivi. Ce n'est que si ces données posent un vrai problème qu'il faut envisager les mesures législatives appropriées à adopter. Nous suggérons dès lors que la Commission européenne établisse une base de données fiable concernant la filière du maintien du droit pénal de l'environnement dans les États membres.

