

DROIT ADMINISTRATIF ET RISQUE

MICHEL PÂQUES

*Professeur extraordinaire à l'Université de Liège
Conseiller d'Etat*

Introduction

Au commencement, il y a le dommage. La perte, la détérioration actuelle d'une situation. L'expérience conduit à l'invention du danger qui n'est qu'une perspective du dommage. Sa représentation dicte des comportements de prévention aux effets plus ou moins assurés, du sacrifice au dieu des eaux à la zone inondable. Tous les hommes connaissent le danger et la prudence. Même les animaux: «Chat échaudé craint l'eau froide» ...

Dans la société moderne, la science cherche les causes et les effets. Elle balise les dommages. Les analyses de probabilité améliorent la prévention. Saisi par la science, le danger devient un risque. Risque fait d'un aléa calculé, assurable, libérateur.

Le droit peut prendre les risques naturels ou techniques pour objet. Sa fonction est toujours de réduire les risques sociaux. Que sont en effet la règle générale, la responsabilité ou les contrats sinon des instruments d'escompte, tournés vers l'avenir, pour la société de confiance (1)? La sécurité juridique est atteinte quand le sujet sait avant d'agir la conséquence de son acte (2). On en connaît les conditions et les limites (3). C'est la face positive du risque juridique.

Dans la société du risque réflexif, expose le Professeur Brunet (4), l'aléa de la survenance du dommage se double d'une incertitude de l'ampleur. Cet aveu rend le risque insupportable. Calcul, assurance, libération et promesse du rachat par le progrès scientifique ne tiennent plus. Le temps du doute est venu.

M. Brunet montre que la manière de penser le risque détermine la façon de le gérer. Une perception ontologique laisse peu de place à l'action politique. La conception constructiviste conteste la réalité objective du risque. Ce n'est qu'une création humaine, un terrain où la politique joue un rôle déterminant.

Mettre en rapport le droit administratif et le risque c'est donc déjà être scientifique. L'on se situe au-delà du danger, dans la sphère de ce qui se mesure, de ce qui relève de la causalité et de la motivation. Dans une première partie, je voudrais m'attacher à l'ontologie du risque auquel l'administration s'adresse (I) et examiner, dans la seconde, l'appréciation politique en droit administratif du risque (II).

(1) A. PEYREFITTE, *La société de confiance*, Paris, Odile Jacob, 1995, 545 p.

(2) Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 182/2007 de 18 décembre 2008, motif B.5.5.; C.A., 5 juillet 1990, 25/90, M.B., 6 octobre 1990, motif 8.B.7.2; Cour E.D.H., 13 février 2003, REFAH c. TURQUIE, motif 57; T.P.I.C.E., 27 mai 2007, MEBROM, T-216/05.

(3) P. MARTENS, «Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle», in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 387 et s.; M. PÂQUES, *Droit public élémentaire*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 44 et s.; «Sécurité juridique et risque environnemental», in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 495 à 541.

(4) S. BRUNET, *Société du risque: quelles réponses politiques?*, Paris, L'Harmattan, 2007, 226 p.

I. Administration, risque et réalité

L'administration est-elle chargée de prévenir des dommages? Le droit administratif belge est dominé par le principe de légalité. La réponse doit être cherchée dans la Constitution et dans des actes législatifs. Il ne s'agit pas seulement de compétence. Le fondement légal est d'autant mieux venu qu'il conviendra le plus souvent de régler des restrictions à la liberté individuelle que nos principes placent aussi sous la protection du législateur.

Les législations révolutionnaires ne font pas du dommage une question de droit public. La réparation est une affaire de droit civil (5). L'indemnisation est mise à la charge de l'homme responsable. Dans le Code Napoléon, morale et droit font la faute qui dicte le déplacement de la charge du préjudice de la victime vers l'auteur (6). Pas de faute, pas d'auteur solvable ou pas de lien causal? La victime est laissée à elle-même, sans réparation, sans filet social. Ces principes sont simples, corrigés seulement par quelques présomptions de faute à charge des parents, des instituteurs, des artisans et surtout des maîtres et commettants où l'on verra bientôt l'embryon d'une responsabilité sans faute, à base de création de risque, mais toujours limitée au champ des relations privées entre l'employeur et le travailleur.

L'Etat fait son affaire de la répression. Le droit français range volontiers le droit pénal dans l'orbite du droit privé. N'organise-t-il pas, encore à ce jour, à côté de l'agrégation de droit public et de l'agrégation d'histoire du droit, une seule et même agrégation de droit privé et de sciences criminelles (7)? Alors que le droit pénal est branche du droit public, tant du point de vue organique que matériel, il reste, en Belgique aussi, si pas dans le champ du droit privé, en tout cas bien en dehors du droit administratif. Les ponts ne sont pas rompus, bien entendu. La Constitution est première et commune (8), mais quand le droit administratif se préoccupe de répression et pas seulement de sanction (9), qu'il devient pour des raisons d'efficacité un «droit administratif armé» (*Bewapend bestuursrecht*), il donne l'impression de sortir de son rôle.

L'administration sera chargée de la prévention de certaines nuisances. La Révolution française, confie aux administrations locales le soin de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police. Il s'agit alors de prévenir, pas de réprimer ni de procéder au dépistage de l'action criminelle. La police administrative n'est pas la police judiciaire. On vient de l'entrevoir.

(5) Ces questions ont été remarquablement analysées par le Doyen H. BOCKEN, dans sa thèse, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1979, puis dans de nombreuses publications et dans les travaux de la commission interuniversitaire flamande pour la révision du droit de l'environnement, dirigés par notre Collègue, *Interuniversitaire Commissie tot herziening van het milieu-recht in het Vlaamse Gewest, Voorontwerp Decreet Milieubeleid* (Commission BOCKEN), Bruxelles, la Charte, 1995; plus récemment, A. CARETTE, *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieu-bestanddelen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1997; P. DE SMEDT, «Aansprakelijkheidstelling voor en herstel van schade door aantasting van het mariene leefmilieu: beroerde baren van de vergramde Neptunus?», *T.P.R.*, 2002/2, pp. 1067 et s.; F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, L.G.D.J., 1981; M. REMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, P.U.F., 1989; X. THUNIS, «Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale», Rapport belge, in G. VINEY et B. DUBUISSON (dir.), *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, Schultess, et L.G.D.J., 2006, pp. 25-68.

(6) Hubert BOCKEN montre que le souci de procurer la réparation conduit à une appréciation de la faute détachée de sa référence originare pour saisir des comportements non répréhensibles en morale («Van fout naar risico», *T.P.R.*, 1984, pp. 329-415); X. THUNIS, préc., n° 2.

(7) <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid22721/les-concours-nationaux-d-agregation.html>

(8) Marc VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

(9) R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 728 p.

La police administrative ce sont des pouvoirs d'action. L'objectif n'est pas d'éviter tout dommage à l'individu ou à la communauté, ni d'empêcher la commission de toute infraction au droit pénal. Ce que l'on redoute, c'est l'atteinte à un ordre public restreint. L'on veut saisir ce désordre à l'état de risque et le prévenir par des mesures adéquates. A l'origine, l'ordre public prend trois formes: la salubrité, la sécurité, la tranquillité (10). Depuis 1789 jusqu'à nos jours, la loi vise notamment les épidémies, les accidents, et fléaux calamiteux, des incendies, mais aussi la ruine des bâtiments ou la chute d'objets exposés aux fenêtres. Le risque et la prévention sont à l'échelle locale. Les autorités provinciales ou centrales (11) n'interviendront qu'exceptionnellement, par l'effet d'un ancien principe de subsidiarité. La commune est investie de pouvoirs d'action sur tout son territoire. Elle peut s'en prendre aux «causes qui ont leur siège dans l'enceinte des propriétés privées et dont l'action insalubre ou dangereuse se propageant au dehors, est de nature à nuire à l'ordre public» (12).

Dans des matières spéciales, les polices administratives se sont multipliées au point qu'il n'est plus possible de les dénombrer. Les objets des ordres publics spéciaux se sont étendus. Selon le cas, le désordre redouté est économique, esthétique, paysager, social, moral, patrimonial, environnemental ... Parfois, l'ordre public spécial recoupe l'ordre public général. L'apparition de ces polices spéciales tient à la sensibilité des législateurs. Ils désignent de nouvelles formes de troubles sociaux dont la prévention devient d'intérêt public. L'extension de l'ordre public général est rarissime (13). Le législateur compétent préfère créer un régime nouveau, pour un champ territorial plus large, permettre d'autres moyens d'action et distribuer la compétence d'une façon nouvelle quitte parfois à confier certaines missions à des autorités locales.

Les législations de police sont autant de miroirs de notre société. Ces transactions rousseauistes révèlent nos inquiétudes. Elles chargent l'appareil public de la protection qu'on ne demande plus seulement aux dieux. Elles admettent des restrictions aux droits et libertés. Ces voies sont multiples. Obligations de se faire connaître, d'agir, de s'abstenir, de n'agir qu'au bénéfice d'une déclaration, d'une autorisation et à ses conditions (14) ...

L'action de police corrige l'initiative privée. Quand celle-ci fait défaut et que le législateur juge pourtant l'action nécessaire, il l'organise, crée des débiteurs ou se fait lui-même pourvoyeur de l'offre. A l'époque contemporaine, les prestations de service public dans le secteur des risques sociaux ou naturels sont nombreuses. De nouvelles branches de sécurité sociale sont créées, en dernier lieu l'aide juridique et son avancée à la répétabilité des honoraires et frais d'avocat (15). Si la loi sur les calamités naturelles

(10) Nous nous plaçons à l'origine immédiate du droit contemporain. En matière de police administrative, celui-ci prend naissance dans le décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités et la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

(11) Sur ces habilitations, J. DEMBOUR, *Droit administratif*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, n° 235.

(12) C.E., 5 décembre 1957, BECQUART, *Mouv. Comm.*, 1958, p. 340, obs. J. DEMBOUR; *R.J.D.A.*, 1958, p. 117, avis M. DUMONT.

(13) Ce fut le cas lorsque la loi du 27 mai 1999 créa la notion de dérangement public comme nouvel aspect de l'ordre public général (modification de l'art. 135 de la nouvelle loi communale).

(14) Pour des exemples, «Sécurité juridique et risque environnemental», *préc.*, n° 4. Ainsi, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, art. 19 § 1er. Toute personne physique ou morale qui envisage d'acquérir des titres ou parts d'une entreprise de marché visée à l'art. 16 en sorte qu'elle détiendrait, directement ou indirectement, 10 pour cent au moins de son capital ou des droits de vote, doit en aviser préalablement la CBFA. Il en est de même lorsqu'une personne physique ou morale envisage d'accroître sa participation dans une telle entreprise en sorte que la quotité du capital ou des droits de vote qu'elle détiendrait devrait atteindre ou dépasser 10 pour cent ou tout multiple de 5 pour cent.

(15) Loi du 21 avril 2007 relative à la répétabilité des honoraires et des frais d'avocats et Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 182/2008 de 18 décembre 2008.

ne suffit pas, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre est modifiée et les compagnies tenues d'assurer le risque d'inondation (16).

Pour revenir à la classification proposée par M. Brunet, la police n'est pas affaire de danger. Elle s'adresse à un risque précis, mesuré par le législateur. L'action administrative n'est admissible que si la menace est rapportée de manière satisfaisante (contrôle des motifs de fait par le juge) et qu'elle est bien celle du désordre visé par la loi (on n'étend pas les motifs de droit qui définissent l'ordre public). Le mode d'action lui-même doit être justifié. Quand l'autorité administrative peut choisir, le principe de proportionnalité ne permet pas d'entraver la liberté plus qu'il n'est absolument nécessaire. L'interdiction de police n'est qu'une *ultima ratio* (17).

Dans ce système, la preuve du risque est indispensable (18). On ira parfois jusqu'à admettre le recours à un modèle mathématique (19). A défaut de risque prouvé, le préjudice purement hypothétique, irrationnel ne peut justifier l'action de police. C'est ainsi que le Conseil d'Etat annule la décision de l'administration flamande qui a refusé à M. Versappen les permis d'environnement pour la détention de 150 reptiles non venimeux. Dans la situation particulière, aucun risque de fuite des serpents ou de risque pour les voisins n'est prouvé. Le Conseil d'Etat se réfère à l'avis des administrations consultées. Or une autorisation écologique ne peut être refusée que sur la base de données objectives en relation avec l'inconvénient ou le risque pour le voisinage ou l'environnement et un sentiment de désagrément (*een gevoel van onrust*) parmi les voisins ne peut valoir comme une telle donnée objective et ne constitue pas une raison de refuser une autorisation écologique (20).

Le risque est donc la condition nécessaire de l'action. Sa présence se vérifie par la démonstration des causes qui peuvent conduire au dommage selon l'enseignement de l'expérience. C'est le risque scientifiquement prouvé. L'aléa propre au risque ne porte que sur sa réalisation. Le cas des serpents révèle que la part de l'inconnnaissance – *l'on ne sait jamais* – est nulle dans la justification de l'action.

Le progrès scientifique a favorisé l'apparition d'un nouveau type de situation: celle du risque redouté mais non prouvé. Dans ce cas, l'existence même de l'aléa est problématique. Ce risque «incertain» est celui dont on n'établit pas à coup sûr et immédiatement

(16) A certaines conditions, voy. l'art. 68-7 Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et C.E., 29 octobre 2008, COMMUNE D'AYWAILLE, 187.450; C.A., 15 mars 2007, 39/2007.

(17) Voici une illustration de ce qu'il s'agit bien d'un risque et de ces trois aspects en commençant par le second, dans le cas de l'ordre de fermeture d'un café: «Considérant que l'ordre au maintien duquel il appartient aux autorités communales de veiller est l'ordre matériel, non l'ordre moral; que la préservation spécifique de ce dernier n'incombe aux conseils communaux qu'exceptionnellement, lorsque le désordre moral s'extériorise ou risque de dégénérer en des désordres matériels qui ne soient pas susceptibles d'être prévenus pas d'autres moyens que par des restrictions aux droits et libertés dont la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissent l'exercice; que *s'il ne peut être exigé, pour fonder la compétence des autorités communales, que le risque dont il s'agit se soit réalisé*, il ne peut être admis, à l'inverse, que ce risque soit simplement celui que tout désordre moral porte en lui de s'extérioriser éventuellement en un désordre matériel» (C.E., 16 décembre 1988, CERVEAUX contre Ville de Mouscron, 31.628, *J.T.*, 1989, p. 144, extraits).

(18) C.E., 18 novembre 2008, MATIN, 188.005; C.E., 21 avril 2006, SPRL «LA DEMARCHE», 157.850.

(19) Considéré comme une appréciation non déraisonnable de la situation de fait, C.E., 17 novembre 2008, COOMANS et a., 187.998 (pour régler la sécurité et la pollution sonore liées aux vols d'avions au départ et l'arrivée de Bruxelles-National).

(20) C.E., 18 février 1997, VERSTAPPEN, 64.584; dans le même sens, à propos du risque de préjudice grave réparable causé par l'exécution immédiate de l'acte attaqué, condition de la suspension de l'acte en référé administratif, qui ne peut être hypothétique, C.E., 27 janvier 2005, a.s.b.l. GREZ-DOICEAU URBANISME ET ENVIRONNEMENT, 139.888.

la réalité (21), mais c'est en même temps celui que l'on ne peut exclure. Tels sont les risques pour la santé ou l'environnement du fonctionnement des antennes relais de téléphonie mobile (22), des lignes électriques à haute tension, des fours à micro-ondes, de la transmission de l'ESB par l'ingestion de la viande, de la dissémination des organismes génétiquement modifiés ou l'ingestion de viande aux hormones, celui de l'utilisation de la virginiamycine comme additif dans l'alimentation des animaux dont nous consommons les produits ou la chair (23) ...

Les nouvelles peurs peuvent-elles se traduire en contraintes pour les individus? Dans un système juridique où la liberté est le principe et l'entrave administrative l'exception, l'incertitude peut-elle fonder une action de police dont les motifs seront difficilement contrôlables?

L'admission du principe de précaution procure une réponse technique. Dans le domaine où la réception du principe est établie, l'action de police devient possible «sur la base d'une connaissance scientifique encore lacunaire» (24). Ce cap franchi, d'autres problèmes se posent: le seuil de vraisemblance nécessaire à l'activation de la précaution, la charge de la preuve de cette objectivation limitée, l'articulation avec les autres intérêts économiques et sociaux, le type de mesure tolérable, la proportionnalité ...

Avec le principe de précaution, l'action de police a lieu dans un contexte où le dommage et le risque sont ontologiquement hypothétiques. Néanmoins, même dans ce contexte, la réalité n'est pas purement construite. L'on veut rassembler ce que l'on sait pour fournir un embryon de justification scientifique: les experts sont conviés, on balise des champs proches, éloignés, on parle de seuil de vraisemblance, de minima et maxima, etc. L'inconnaissance a sa part, mais le risque purement hypothétique demeure exclu (25). L'incertitude caractérise à son tour ce seuil minimal ainsi que la charge de la preuve (26).

Une troisième catégorie de risque pourrait procéder non plus d'une justification fondée sur la réalité ou sur le doute scientifique, mais d'une affirmation politique plus nette.

La directive européenne 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail a imposé des mesures qui ont trait aux périodes minimales de repos, à la durée de travail, au travail de nuit, au travail posté et au rythme de travail. La Cour de Justice observe que ces dispositions répondent à un souci de protec-

(21) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, PFIZER ANIMAL HEALTH et a.c. Conseil, T-13/99, motif 142; dans le même sens T.P.I., 11 septembre 2002, ALPHARMA Inc c. Conseil, T-70/99; Dans l'arrêt du 26 novembre 2002, ARTEGODAN, T-74/2000, le tribunal définit le principe de précaution comme «un principe général de droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques» (motif 184).

(22) L. LAVRYSEN et P. DE SMEDT, «Over het succes van mobieltjes en de emancipatie van het voorzorgbeginsel. Een status questionis van de wetgeving en de rechtspraak met betrekking tot de exploitatie van GSM-zendmasten», *T.M.R.*, 2002, pp. 469 et s.

(23) T.P.I.C.E., 11 septembre 2002, PFIZER ANIMAL HEALTH et a. c. Conseil, T-13/99.

(24) T.P.I.C.E., 9 septembre 2008, BAYER CROPSCIENCE AG, T-75/06, motif 256. Son succès est tel qu'il est parfois utilisé dans une situation de risque certain, comme celui de l'explosion du biogaz d'une ancienne décharge, C.E., 22 décembre 2006, JADUILLE, 166.313.

(25) Jugé que «dans le domaine des additifs pour l'alimentation des animaux, l'existence d'indices sérieux qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité d'une substance justifie le retrait de l'autorisation de cette substance. Le principe de précaution tend en effet à prévenir les risques potentiels. En revanche, des risques purement hypothétiques - reposant sur de simples hypothèses scientifiquement non étayées - ne sauraient être retenus (voir, en ce sens, arrêts Pfizer Animal Health/Conseil, précité, point 146; Alpharma/Conseil, précité, point 159, et Artegodan e.a./Commission, précité, point 192)», T.P.I.C.E., 21 octobre 2003, SOLVAY PHARMACEUTICALS, T-392/02, motif 129; R. CARANTA, «Le principe de précaution dans la jurisprudence récente de la C.J.C.E.», *Am.-Env.*, 2008/3, pp. 181 et s., sp. p. 184.

tion de la santé et de la sécurité des travailleurs. Le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord critiquait ces mesures. Il obtint l'annulation de la disposition relative au travail du dimanche car «le Conseil est resté en défaut d'expliquer en quoi le dimanche, comme jour de repos hebdomadaire, présenterait un lien plus important avec la santé et la sécurité des travailleurs qu'un autre jour de la semaine». Rien que de très classique. Le débat se situe dans le domaine de la prévention. Mais, quant au reste, la Cour décide que l'action législative de la Communauté, «notamment en matière de politique sociale, ne saurait être limitée aux seules hypothèses comportant des justifications scientifiquement démontrées» (27). La volonté de s'affranchir de la référence à la réalité est claire. Le risque devient ici une affaire de représentation politique.

Dans une autre affaire, la société *British American Tobacco* critiquait la modification des normes communautaires harmonisées relatives à la teneur maximale en goudron des cigarettes. Cette société soutenait qu'aucune évolution des connaissances scientifiques ne justifiait la modification alors que l'article 95, § 3, du Traité CE exige une action tournée vers un niveau élevé de la protection de la santé et fondée «notamment» sur l'évolution des connaissances scientifiques. La Cour de Justice considère que «l'évolution des connaissances scientifiques n'est pas le seul motif pour lequel le législateur communautaire peut décider d'adapter la législation communautaire puisqu'il lui appartient, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose en la matière, de tenir compte également d'autres considérations, telles que l'importance accrue accordée au plan politique et social à la lutte contre le tabagisme» (28).

Enfin, dans l'affaire ABNA, il s'agissait de savoir si telle directive pouvait imposer non seulement l'indication des matières premières contenues dans les aliments composés pour animaux mais aussi les quantités exactes de celles-ci. On soutenait que ce n'était pas nécessaire, que cela allait au-delà des exigences de la précaution. L'Avocat général Tizzano s'est référé aux deux arrêts précités: «L'action législative de la Communauté [...] ne saurait être limitée aux seules hypothèses comportant des justifications scientifiquement démontrées» et «dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont [le législateur] dispose, notamment en matière de politique agricole et de santé publique, il lui appartient par conséquent 'de tenir compte également d'autres considérations' comme l'importance accrue accordée sur les plans politique et social à la sécurité alimentaire, l'inquiétude suscitée dans la population par les crises alimentaires et la défiance des consommateurs qui en résulte à l'égard de certains opérateurs économiques et des autorités qui étaient censées les contrôler» (29).

(26) E. Vos, «Risicobeheersing door de EU: het nieuwe beleid op het gebied van voedselveiligheid», in E. Vos et G. VAN CALSTER (ed.), *Risico en voorzorg in de rechtsmaatschappij*, Antwerpen, Groningue, Intersentia, 2004, pp. 69 et s., sp. p. 88; C.E., 10 août 2006, ARNOULD, 161.762; T.P.I.C.E., 9 septembre 2008, BAYER CROPS SCIENCE AG, T-75/06, motif 85; M. PAQUES, «Le Conseil d'Etat et le principe de précaution, Chronique d'une naissance annoncée», *J.T.*, 2004, pp. 169 et s., sp. n°s 18 et s.

(27) C.J.C.E., 12 novembre 1996, ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD c. Conseil de l'Union européenne, C-84/94, motifs 37 et s.

(28) C.J.C.E., 10 décembre 2002, BRITISH AMERICAN TOBACCO (Investments) Ltd et a., C-491/01, motifs 79 et s., aussi, motif 170.

(29) Conclusions de l'Avocat général TIZZANO du 7 avril 2005 in C-453/03, ABNA Ltd et a., à propos de la directive 2002/2/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, modifiant la directive 79/373/CEE du Conseil concernant la circulation des aliments composés pour animaux et abrogeant la directive 91/357/CEE de la Commission. Selon la juridiction italienne, auteur de la question, le principe de précaution aurait été enfreint, puisque le législateur communautaire n'aurait pas procédé, avant l'adoption de la directive, à une étude démontrant scientifiquement l'utilité d'indications quantitatives exactes dans la prévention des crises alimentaires. L'Avocat général TIZZANO conclut que le principe de précaution ne s'applique pas.

Sont-ce là trois exemples d'un risque politiquement construit? Une distinction semble s'imposer. Dans les deux arrêts, comme dans les conclusions de M. Tizzano, la volonté de s'affranchir de la démonstration scientifique ne porte pas tant sur la réalité du risque qui ne semble pas discutable et qui doit être montrée («l'évaluation du risque ne peut se fonder sur des considérations purement hypothétiques» (30)), que sur le degré auquel il convient de réduire celui-ci, dont la justification est presque exclusivement politique, on va le voir.

II. Administration, risque et politique

M. Brunet étudie la part d'action politique dans la décision et la manière de gérer le risque. Il suggère que le risque ontologique laisse moins d'espace à l'action politique que le risque construit.

Le droit public est fruit de la politique. La réalité est une donnée forte de l'administration du risque, mais la décision et la manière de le prendre en compte sont en revanche toutes de politique. En droit, l'auteur des choix est d'abord le Constituant, ensuite les législateurs, moins libres (31), enfin, par délégation, les administrations (32). Le juge choisit aussi, dans les marges d'interprétation que lui laissent des systèmes complexes. A ce sujet, la puissance de création de la Cour européenne des

(30) «[...] une telle évaluation du risque pourrait révéler qu'une incertitude scientifique persiste quant à l'existence ou à la portée de risques réels pour la santé publique. Dans de telles circonstances, il doit être admis qu'un État membre peut, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (voir, en ce sens, arrêt du 5 mai 1998, *National Farmers' Union e.a.*, C-157/96, Rec. p. I-2211, point 63). Toutefois, l'évaluation du risque ne peut pas se fonder sur des considérations purement hypothétiques (voir arrêts du 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia e.a.*, C-236/01, non encore publié au Recueil, point 106, et *Commission/Danemark*, précité, point 49)», C.J.C.E., 5 février 2004, COMMISSION C. FRANCE, C-24/00. On se référera aussi aux contributions rassemblées dans l'ouvrage *Le principe de précaution en droit administratif. Precautionary Principle and Administrative Law* (M. PAQUES, ed.), Bruxelles, Bruylant, 2007, en particulier à notre rapport de synthèse, pp. 19 et s. et, dans le même ouvrage, au rapport danois de M. FENGER qui se réfère à l'arrêt PFIZER du T.P.I.C.E., préc. (motif 5.3.1.) et au rapport italien de M. CARANTA. Dans le même sens, la jurisprudence signalée dans le rapport vénézuélien par Mme H. RONDÓN DE SANSÓ, n° 6, et dans le rapport suisse de Mme FASEL et M. SPRUMONT, VII.C («exigence d'un seuil minimal de scientificité du risque»).

(31) Des obligations en matière de risque sont établies par la Constitution, not. l'art. 23 (p. ex. Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 2/2009, 15 janvier 2009, motif B.7.); A. VANDEBURIE, *L'article 23 de la Constitution. Coquille vide ou boîte aux trésors*, Bruges, La Chartre, 2008. Il en va de même du droit international et européen.

(32) Dans les matières de police le législateur prend parfois la décision particulière ou générale. Le deuxième cas ne surprend pas; le premier est plus rare mais pas inusité. Législateur accordant un agrément (art. 144 Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers), délivrant un permis (Décret wallon du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général). Le plus souvent cependant le législateur confie à l'administration le soin d'agir et c'est là que se posent les questions de la désignation de l'autorité compétente et de l'étendue de son pouvoir d'appréciation. Les pouvoirs de police administrative sont assez souvent confiés à des autorités élues (conseil communal, collège communal, bourgmestre) ou investies de la confiance politique (ministre) et, plus rarement, à des fonctionnaires de carrière ou à des autorités «autonomes» (art. 44 Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers: «La CBFA est un organisme autonome ayant la personnalité juridique et ayant son siège dans l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale»). Sur les limites admissible de l'autonomie d'autorités compétentes pour prendre des décisions obligatoires pour les individus: «Dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiés à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer, devant les chambres législatives, la responsabilité politique» (Avis du Conseil d'Etat sur un projet de loi relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, *Doc. Parl. Ch.*, 50 1937/001; aussi P. LECROART, «La 'loi' au sens de l'art. 608 du Code judiciaire» *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006, pp. 199 et s., sp. p. 207). Ce choix de politique est important. Il en va de même de la désignation des autorités dont la consultation est réglée. L'intervention obligatoire d'une association de consommateurs ou de représentants de milieux intéressés est de nature à orienter l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

droits de l'homme est remarquable; elle ne fait souvent qu'amplifier, dans l'espace qu'elle maîtrise, l'évolution du droit des Etats contractants (33).

La décision de saisir le risque n'appartient pas à l'administration. Celle-ci reçoit son ordre de mission du législateur.

Le degré de protection de l'intérêt choisi est tout de politique. Le contrôle du juge se borne à la légitimité du but (34). Le choix du but peut encore être mis en question par le biais de l'examen de proportionnalité qui prend en compte l'importance des restrictions qu'une action cohérente requiert d'imposer à d'autres intérêts pour atteindre ce but (35). Des principes supérieurs retiennent parfois cette liberté. Ainsi les principes de prévention et de correction par priorité à la source, affirmés dans le domaine de l'environnement, peuvent empêcher le législateur d'abaisser le seuil de prévention et de préférer l'approche curative fondée sur le principe pollueur-payeur (36).

Dans le champ de l'objectif, toujours, mais déjà sur la pente des moyens, il revient encore au législateur de choisir la voie d'une action progressive, expérimentale, de ne viser

(33) En dernier lieu, Cour Eur. D.H., 27 janvier 2009, TATAR, motif 88 (extraits): «L'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'art. 8 implique, avant tout, pour les États, le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à une prévention efficace des dommages à l'environnement et à la santé humaine (Budayeva c. Russie, [...] 20 mars 2008)». Suivent des développements méthodologiques considérables.

(34) Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 2/2009, 15 janvier 2009, motif B.7.: «B.7. L'ordonnance attaquée de la Région de Bruxelles-Capitale offre une réponse au souci d'assurer la protection du droit à un environnement sain, visé à l'art. 23 de la Constitution. Le choix du législateur régional de faire figurer à l'art. 3 de l'ordonnance attaquée une norme d'immission sévère, par application du principe de précaution, relève du pouvoir d'appréciation de ce législateur et ne saurait être rejeté à défaut de normes internationales ou européennes contraignantes dans ce domaine». Pour une critique de la légitimité du but, C.A., 52/2007 du 28 mars 2007; aussi, une critique de la légitimité d'un but en matière d'entrave à la circulation des étudiants, concl. JACOBS in C-147/03, Comm. c. Autriche, n° 30.voy. sur cette question, dans la jurisprudence de la Cour de Justice, M. PAQUES, «La précaution en droit administratif», Rapport de synthèse, in *Le principe de précaution en droit administratif, o.c.*, pp. 19 et s.

(35) Telle est la portée de la finale de cette considération de la Cour d'arbitrage belge à propos d'une législation régionale de lutte contre le bruit: «B.8.3. La liberté du commerce et de l'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue. Le législateur compétent peut être amené - que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs - à limiter la liberté d'action des personnes ou entreprises concernées, ce qui aura nécessairement une incidence sur la liberté du commerce et de l'industrie. Les régions ne violeraient cette liberté que si elles la limitaient sans qu'existe une quelconque nécessité pour ce faire ou si cette limitation était manifestement disproportionnée au but poursuivi ou portait atteinte au principe en manière telle que l'union économique soit compromise» (C.A., 15 mai 1996, 29/1996, souligné par nous). La validité d'un contrôle juridictionnel du degré de protection choisi a été discutée. Elle a été admise sous l'angle d'une exception à la libre circulation des marchandises in C.J.C.E., 20 septembre 1988, Commission c. Danemark, 302/86, C.D.E., 1990, pp. 403 et s. note B. JADOT; sur cet arrêt et cette question, D. GERADIN, *Trade and the environment, A comparative study of EC and US Law*, Cambridge University Press, 1997, pp. 26 à 28 et p. 62; dans le rapport avec une limitation du droit de propriété, Cour Eur. D. H., 19 décembre 1989, MELLACHER, motif 45.

(36) Avis du Conseil d'Etat sur un Projet de décret du 15 décembre 2005 modifiant les art. 1er bis et 6 Décr. du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la région wallonne ainsi que l'art. 1er bis, §§ 5, 6 et 7 Loi du 18 juillet 1973 relative à la lutte contre le bruit, *Doc. Parl. Wall.*, 284 (2005-2006)/1, p. 16; un commentaire, in *Questions choisies de droit de l'urbanisme et de droit de l'environnement*, Liège, Anthémis, 2007, p. 122. Sur le fondement de tels principes en droit belge, M. PAQUES et B. JADOT, «Diversité des dispositions qui font de l'environnement l'objet d'un droit fondamental», in *L'environnement, objet d'un droit fondamental, Am.-Env.*, livraison spéciale, 2008, pp. 201 à 248; C.A., 14 décembre 2005, 189/2005, motif B.44.: «qu'il faut à ce sujet avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts de l'individu et de la société dans son ensemble, l'Etat jouissant [...] d'une marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre, spécialement lorsque l'exploitation d'un aéroport poursuit un but légitime et que les répercussions négatives sur l'environnement ne peuvent être entièrement éliminées». La Cour d'arbitrage se réfère à la jurisprudence HATTON de la Cour européenne des droits de l'homme.

qu'une partie d'un problème pourvu qu'il établisse que ses choix ne sont pas arbitraires (37).

Le plus souvent, le pouvoir de police est discrétionnaire. La décision à prendre n'est pas l'application pure et simple de la disposition habilitante. La mesure discrétionnaire procède d'une politique qui n'est pas seulement fonction de la réunion de circonstances admises par le droit. Le pouvoir discrétionnaire ouvre un espace d'appréciation purement politique. Pourvu que les conditions de la légalité soient respectées, le juge ne peut censurer la décision discrétionnaire (38). La séparation des pouvoirs ou, à tout le moins, la séparation des fonctions entre le juge et l'administration s'y oppose.

C'est ainsi que l'autorité administrative qui agit en vue de régler à la fois la sécurité des mouvements d'avions et la protection des populations contre les nuisances sonores peut choisir un mode de concentration des vols au-dessus de certaines zones où la population est faible ou opter pour la dispersion maximale entre tous les habitants de la périphérie de l'aéroport. C'est une question d'opportunité, un choix politique dont les deux branches sont également légales, mais aussi électoralement inégales. Le juge ne s'y immisce pas, sauf à considérer une erreur manifeste d'appréciation (39). Par exemple, il sera disproportionné de soumettre les transactions immobilières à autorisation pour saisir le risque de développement des secondes résidences dans les montagnes autrichiennes. Un système de déclaration aurait pu atteindre l'objectif en écornant moins la liberté individuelle (40). Ou bien, dans l'affaire ABNA, une obligation d'indiquer la quantité exacte des composants d'un aliment va manifester au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de santé publique déjà servi par la mention des ingrédients (41). Même s'il constate l'erreur manifeste d'appréciation, le juge ne peut substituer sa décision à celle de l'administration qui devra refaire l'acte.

L'étendue de ce pouvoir n'est pas uniforme. La police générale doit affronter toutes sortes de causes de désordre. L'habilitation donnée à l'administration est large quant au choix des moyens et l'appréciation de proportionnalité prend alors une importance particulière (42). Dans des domaines spéciaux, le législateur compétent circonscrit davantage les comportements visés et calibre plus finement le pouvoir confié à l'administration. Par exemple, la décision de soumettre l'accomplissement d'actes à permis est fréquemment prise par le législateur lui-même. Il reste alors à établir si tel projet concret est autorisable quand aucune règle ne l'exclut. Là s'exerce le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Dans le régime des installations classées, l'on demande à l'autorité de se représenter la charge que l'activité causerait au voisinage et d'œuvrer à

(37) C.J.C.E., 16 décembre 2008, ARCELOR, C-127/07 et les concl. Av. gén. POIARES-MADURO, du 21 mai 2008; aussi, C.A., 92/2006, *Am.-Env.*, 2006/4, pp. 181 à 190, note M. PÂQUES, «L'émission trading à la Cour d'arbitrage».

(38) P. ex.: C.E., 22 décembre 2006, JADUILLE, 166.313: «Considérant que lorsque le bourgmestre exerce ses pouvoirs de police administrative sur la base des art. 133 et 135, § 2, de la nouvelle loi communale, il dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la menace pour la sécurité publique et quant aux mesures à prendre pour prévenir les risques d'accident; que le Conseil d'Etat, qui est le juge de la légalité, ne peut substituer son appréciation à l'autorité administrative et ne peut que sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation, soit celle que ne commettrait pas une autorité normalement prudente et diligente».

(39) Cass., 4 mars 2004 et 3 janvier 2008; C.E., 17 novembre 2008, COOMANS et a., 187.998.

(40) C.J.C.E., 1er juin 1999, KONLE, C-302/97; F. HAUMONT, «La Cour de justice des Communautés européennes et l'urbanisme», *Mélanges H. Jacquot*, Presses Univ. Orléans, 2006, p. 265-281.

(41) C.J.C.E., 6 décembre 2005, ABNA Ltd, C-453/03 et a., motifs 80 et s.

(42) Pour une application de ce contrôle de proportionnalité (art. 135, § 2, nouvelle loi communale), C.E., 6 octobre 2005, MATHIEU, 149.892; C.E., 21 avril 2006, la société privée à responsabilité limitée «LA DEMARCHE», 157.849 et 157.850; C.E., 29 août 2006, la société anonyme CZH Invest et COLIN, 162.080. sur ce que l'obligation de sûreté n'est pas une obligation de résultat, Cass., 28 janvier 2005; *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2005, pp. 24-25.

la rendre supportable (43). Le but n'est pas d'exclure tous les inconvénients de ces établissements (44). Parfois, mais plus rarement, aucun risque d'atteinte à l'intérêt protégé n'est admissible, en principe au moins (45).

L'attribution du pouvoir discrétionnaire peut être une manière commode de ne pas accabler l'administré. Autrement dit, dans l'ordre des libertés publiques, l'incertitude liée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire peut procurer un plus grand bien que la règle générale trop complète. Un exemple le fera comprendre. Vaut-il mieux assujettir à une étude par un expert agréé tous les projets d'exploitation dont le législateur peut supputer l'impact sur l'environnement ou est-il préférable de n'exiger du demandeur de permis qu'un document simplifié, appelé notice, et laisser à l'administration le soin d'établir ensuite, discrétionnairement et cas par cas, s'il convient de poursuivre l'investigation en faisant appel à l'expert agréé (46)? De telles formes de pouvoir discrétionnaire permettent aussi d'admettre plus facilement les seuils quantitatifs, si fréquents, si commodes aussi, mais problématiques aux alentours du cap (47). Combien de projets à la limite et de divisions artificielles que traquent les administrations et les juges (48).

Le risque est placé dans la règle par une action de politique. La distance entre les rives de l'Atlantique a rendu la chose évidente quand il s'est agi d'accueillir la précaution. Faut-il inhiber la société, se priver de gains futurs en succombant aux peurs actuelles (49) ou bien doit-on éviter de mettre à charge de toute la collectivité les conséquences futures incertaines de choix individuels? Ce sont là sont quelques enjeux de la précaution. Quoi de plus politique que ces arbitrages? Articuler libertés publiques et intérêt général, c'est le rôle du législateur ou du Constituant.

Le Traité de Maastricht a répondu en ouvrant le droit européen de l'environnement à la précaution. La Commission applique le principe à la sécurité vétérinaire (50) puis le législateur communautaire y fit plus largement appel. Au contentieux, l'existence d'un pouvoir d'appréciation fut jugée suffisante pour fonder l'action en situation d'incertitude (51) avant que la précaution devienne un «principe général de droit com-

(43) C.E., 15 janvier 2009, MARELLA et a., 189.510; C.E., 16 novembre 2006, TOSSINGS, 164.854; J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 237 à 239; M. PAQUES, «Les conditions d'octroi du permis d'environnement», in *Le décret relatif au permis d'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 91 à 179.

(44) C.E., 18 février 1997, VERSTAPPEN, 64.584; déjà, C.E., 10 avril 1964, COLIN et PETITPAS, 10.548, *Rec.*, p. 328.

(45) Art. 6, § 3, de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

(46) Tel était le choix du droit wallon en 1985, abandonné en 2002 au profit de la liste fermée et restauré en 2006 sans toutefois revoir complètement la liste des assujettissements a priori ... Dans les cas qui ne sont pas assujettis de plein droit à étude d'incidences, le texte actuel du Code de l'environnement règle le pouvoir de l'administration de vérifier, sur la base de la notice, que le projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement et en cas de conclusion positive d'ordonner l'établissement d'une étude.

(47) C.A., 5 juillet 2006, 116/2006, motif B.5.

(48) C.E., 7 août 2007, S.A. ELECTRABEL, 173.911; C.E., 7 août 2008, l'Association sans but lucratif PENSIONS COMPLEMENTAIRES DE LA BANQUE BRUXELLES LAMBERT, actuellement l'Association sans but lucratif PENSIONS COMPLEMENTAIRES D'ING BELGIQUE S.A., 185.636; C.J.C.E., 21 septembre 1999, COMMISSION c. IRLANDE, C-392/96; pour une discussion dans le cas d'une demande portant sur un poulailler de 19920 poules (le seuil étant de 20000), C.E., 2 juillet 2008, GRAULICH et COLSON, 185.135.

(49) S.G. WOOD, S.Q. WOOD et R.A. WOOD, «Whether the Precautionary Principle? An American Assessment from an Administrative Law Perspective», in *Le principe de précaution en droit administratif, o.c.*, pp. 245 à 280.

(50) C.J.C.E., 5 juillet 1998, ROYAUME-UNI c. Commission, C-180/96, cons. 98 à 100 (recours en annulation); ég. C.J.C.E., 5 juillet 1998, NATIONAL FARMER'S UNION, C-157/96, cons. 62 et s. (question préjudicielle demandant une appréciation de validité).

(51) Le principe de proportionnalité est également invoqué, à ce sujet, voy. R. CARANTA, «Le principe de précaution dans la jurisprudence récente de la C.J.C.E.», *Am.-Env.*, 2008/3, pp. 181 et s.

munautaire» (52). La Cour européenne des Droits de l'homme s'inspire de cette évolution (53).

En droit belge, la Cour d'arbitrage jugea, presque en passant, que l'action législative en situation d'incertitude ne violait pas la Constitution (54). Le Conseil d'Etat décida que les habilitations d'urbanisme et d'environnement conçues au temps de la prévention devaient être appliquées aux nuisances incertaines des antennes relais de téléphonie mobile ou des lignes à haute tension. Les concepts plastiques comme «la compatibilité avec le voisinage» ou «le «risque de préjudice grave difficilement réparable» étaient en effet utilisables. Il fallait seulement admettre que les origines historiques des textes n'entravaient pas l'interprète averti des hypothèses nouvelles. De nombreux arrêts imposèrent la précaution (55), avant que les législateurs interviennent pour confirmer la pertinence de cette démarche et chercher à l'encadrer (56). C'est dans ce courant qu'il faut situer une décision récente qui admet qu'une commune a pu adopter un règlement de police générale relatif aux émissions des antennes relais de téléphonie mobile en s'appuyant sur le principe de précaution, sur le vieux texte de l'article 135 de la Nouvelle loi communale et la compétence de veiller à la salubrité publique (57).

La réception de la précaution règle la première question des motifs de droit. Elle ne résout pas le problème du degré de protection ou celui des mesures à prendre qui dépendent de nouvelles décisions politiques (58). L'incertitude rend le contrôle des motifs de fait et de proportionnalité plus délicat (59). La faible représentation de l'ontologie du risque étend le pouvoir discrétionnaire. L'on cherche alors à compenser l'inconvénient par une procédure qui prend «une importance d'autant plus fondamentale» (60). La méthodologie de la précaution ne cesse en effet de se perfectionner (61).

La procédure réduit la part de la décision politique. Elle empêche l'autorité d'interdire sur la base d'un risque que la méthode choisie ne révèle pas ou qu'elle ne permet pas d'accueillir. Elle exige à tout le moins du décideur un effort d'explication. Voici deux illustrations.

(52) Dans l'arrêt du 26 novembre 2002, ARTEGODAN, Aff. T74/2000, le Tribunal définit le principe de précaution comme «un principe général de droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques» (motif 184).

(53) Cour Eur. D.H., 27 janvier 2009, TATAR, après le motif 70 et motif 120.

(54) C.A., 2 février 1995, 7/95, motif B.3.8: «Bien qu'il n'y ait pas unanimité absolue au sein du monde scientifique pour reconnaître la nocivité particulière du PVC pour l'environnement, le législateur a raisonnablement pu considérer, sur la base des données qui lui sont connues, que les récipients en PVC entraînent davantage de problèmes d'environnement que d'autres récipients».

(55) On en trouvera une analyse in «Le Conseil d'Etat et le principe de précaution ...», *préc.*

(56) Art. D.3 du Code wallon de l'environnement; Arrêté royal du 10 août 2005, fixant la norme pour les antennes émettant des ondes électromagnétiques entre 10 MHz et 10 GHz; B. JADOT et F. TULKENS, «Le principe de précaution en droit belge», in *Le principe de précaution en droit administratif ...*, *préc.*, pp. 31 et s., sp. p. 33; Aussi, Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 2/2009 de 15 janvier 2009.

(57) C.E., 4 novembre 2008, la Société anonyme KPN ORANGE BELGIUM, actuellement dénommée la Société anonyme BASE, 187.717. Sur ce point précis, il semble que la police administrative fédérale des radiations non ionisantes se soit maintenant développée au point de saisir complément et suffisamment ce risque et exclue désormais la compétence des autorités locales fondées sur la police générale. L'arrêt apprécie la validité d'une ordonnance communale antérieure à ces arrêtés fédéraux.

(58) P. ex. T.P.I.C.E., 30 octobre 2008, REPUBLIQUE FRANÇAISE C. COMMISSION, T-257 RII, motif 89 qui se réfère aux arrêts PFIZER et ALPHARMA, précités.

(59) C.E., 4 novembre 2008, la Société anonyme KPN ORANGE BELGIUM, actuellement dénommée la Société anonyme BASE, 187.717.

(60) T.P.I.C.E., 9 septembre 2008, BAYER CROPS SCIENCE AG, T-75/06, motif 256.

(61) «Rapport de synthèse», précité; C.J.C.E., 12 janvier 2006, AGRARPRODUKTION STAEBELOW GmbH, C-504/04.

Un code wallon de bonnes pratiques suggérait la norme de 3 volts par mètre. Ce seuil de 3 volts par mètre est au centre de l'arrêt Mobistar du 19 juin 2003 (62). Consulté par l'administration, l'Institut scientifique de service public (ISSEP) a fait application du chiffre en question et a produit une analyse précise. Il a conclu que le permis pouvait être délivré. Le ministre a pourtant refusé en s'appuyant sur l'opposition de la population massivement exprimée au cours de l'enquête, sur le peu d'intégration architecturale et la violation d'un «principe de regroupement». Au cours de sa défense, le ministre soutient qu'il a fait application du principe de précaution. Le Conseil d'Etat accueille le recours de l'opérateur Mobistar et annule le refus en livrant l'enseignement suivant: le ministre n'était pas tenu de suivre l'avis de l'ISSEP, pris spontanément, mais pour le faire régulièrement il devait donner à sa décision des motifs convaincants; or il n'a contesté ni la méthode appliquée par l'Institut, ni les faits constatés par lui. Si l'instance consultée et l'autorité de décision choisissent de faire application d'un procédé même non obligatoire mis au point pour saisir le risque incertain, elles doivent tirer des conclusions cohérentes, sauf à adopter une autre méthode d'appréciation. Lorsque la démarche de précaution est encadrée, le respect du balisage s'impose.

Plus récemment, l'Institut flamand pour la biotechnologie (a.s.b.l.) a critiqué avec succès une décision de refuser le permis de procéder à l'évaluation sur le terrain de peupliers génétiquement modifiés pour la production de bioéthanol. Les ministres de l'Etat belge avaient refusé en s'écartant de l'avis des experts réunis au sein du conseil consultatif de biosécurité. Le Conseil d'Etat relève l'insuffisante motivation de la décision fédérale: pour ne pas suivre la décision du conseil de biosécurité, il fallait des raisons très fortes, or les ministres ont reproché sans raison adéquate le défaut d'un protocole d'évaluation de risques environnementaux que l'arrêté royal du 21 février 2005 n'exige pas et que le conseil consultatif de biosécurité n'avait pas jugé nécessaire; ensuite, les ministres ont invoqué des effets négatifs pour la résistance aux antibiotiques, mais sans les préciser comme il le convenait; enfin, les ministres ont refusé pour des raisons d'opportunité du développement des biocarburants, ce qui est sans rapport avec la sécurité de l'introduction des O.G.M., en d'autres mots, sans rapport avec l'objet de la police en question (63). A lire l'arrêt, l'Etat considérait qu'il lui revenait de mettre en balance le risque de l'introduction des O.G.M. dans l'environnement et les observations du public, mais le Conseil d'Etat ne voit là aucun motif d'étendre l'objet de la police en question. Les objections du public aux agro-carburants ne peuvent justifier la décision.

De premiers commentateurs de l'arrêt y ont vu la prohibition des arguments politiques une fois la caution scientifique acquise et critiqué l'importance exclusive ainsi donnée à la science au détriment des arguments sociétaux (64). La critique paraît exagérée. Ce n'est pas l'absence de pouvoir discrétionnaire politique qui est sanctionnée mais la qualité des motifs allégués. Il ressort cependant de ceci que l'espace de la décision politique peut être réduit par une règle qui impose par principe la référence à la science, même en situation d'incertitude. Si la règle est jugée mauvaise ou trop étroite, il suffit de la refaire. Ce n'est pas la nature du risque qui dicte la consistance de la norme, mais l'autorité politique agissant à l'échelon pertinent de la hiérarchie des sources du droit.

(62) *Préc.*

(63) C.E., 23 décembre 2008, VZW Vlaams Instituut voor Biotechnologie, 189.134.

(64) Ph. BARRET, «Paradoxes transgéniques», *La Libre Belgique*, 5 février 2009.

Conclusion

Le risque renvoie à la réalité, mais la décision et la manière de l'administrer sont bien politiques. Le juge n'intervient que pour vérifier la conformité au droit des options prises en ordre subordonné. La réalité ne détermine pas ce que le droit doit être. Le positivisme juridique est constructiviste en matière de risques comme ailleurs. Que l'option politique procède de la science ou d'autres considérations, il s'incline devant elle.

Le droit administratif assume de plus en plus de risques au fur et à mesure que les instruments de mesure se perfectionnent. Ce constructivisme crée le risque juridique. La multiplication des règles, la difficulté de leur connaissance sont dénoncées (65). *Milieu-recht te veel?* interrogeait le Doyen Bocken.

Dans la lutte contre certains risques sociaux ou naturels visés à l'article 23 de la Constitution, le principe de *standstill* se lit comme une règle de non régression dans l'encadrement juridique. La voie du progrès ainsi tracée est celle de l'alourdissement de l'emprise administrative sur la vie. Les lendemains de crise invitent toujours au resserrement du corset de police et à l'intervention de service public. Chaque jour produit son lot d'appel au droit pour saisir les conséquences du krach.

Ce renforcement est-il le sens unique de la durabilité, principe constitutionnel des politiques publiques (art. 7bis Constitution)? Au moment où je commençais à rédiger ces lignes, *Courrier international* publiait quelques articles sur des grandes civilisations disparues, étouffées par leur complexité et une incapacité politique corollaire à se réformer (66). Généralement elles durent six cents ans, écrivait-on. Certains ont vu dans le glissement climatique, la fin du pétrole, la faillite d'ENRON et la débâcle financière d'octobre des signes avant coureurs et calculé nos six cents ans depuis le *Quattrocento* ... A l'heure du risque systémique non maîtrisé, on lit beaucoup de choses.

Limont, au printemps 2009

(65) D. RENDERS et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Erreur de droit et droit à l'erreur», in *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 459 et s. Dans le même ouvrage, G. PÜCKE évoque un droit pléthorique et complexe qui fragilise l'action de l'administration («Illégalités et caetera, Défaut de base légale, légalité de l'acte administratif et responsabilité des pouvoirs publics», *ibid.* pp. 449 et s., sp. p. 458).

(66) *Courrier international*, Livraison du 18 décembre 2008.

