

## Arrêt « Commission c. Autriche » : la lutte contre la pollution aux prises avec la libre circulation des marchandises<sup>1</sup>

Anne-Lise Sibony\* et Sophie Lieven\*\*

**D**ANS LE CADRE de la confrontation entre l'objectif légitime de lutte contre la pollution et la libre circulation des marchandises, il résulte de l'arrêt annoté que l'État, qui entre deux violations du droit européen doit choisir la moindre, se trouve soumis à une obligation renforcée de motivation et de preuve s'il adopte des mesures plus restrictives que celles suggérées par la Commission.

### I

#### Introduction

Dans un arrêt de grande chambre, la Cour constate que l'Autriche a manqué à ses obligations en adoptant une interdiction partielle de circuler : la mesure, qui visait à lutter contre la pollution et, ce faisant, à mettre en œuvre des directives environnementales, restreignait de manière excessive la libre circulation des marchandises. À la lecture de cet arrêt, la position des autorités nationales paraît inconfortable. S'il est classique d'affirmer que les États doivent en toutes circonstances — et donc même lorsqu'ils appliquent des directives environnementales — s'abstenir de restreindre davantage que nécessaire la libre circulation des marchandises, l'intensité des obligations mises à leur charge par la Cour paraît nouvelle. Un dilemme fréquent pour les autorités nationales (1) donne ici lieu à une surveillance renforcée de leur action (2).

### 1

#### Le dilemme des autorités nationales : l'arbitrage entre lutte contre la pollution et liberté de circulation

Depuis 2002, les autorités autrichiennes constataient une pollution préoccupante le long des autoroutes du Tyrol. La concentration de dioxyde d'azote dans l'air ambiant y dépassait de façon récurrente les seuils autorisés par les directives environnementales<sup>2</sup>. Les autorités ont

donc décidé de prendre des mesures afin de réduire la pollution, ainsi qu'elles y étaient du reste obligées par le droit de l'Union<sup>3</sup>.

Parmi les mesures adoptées par les autorités autrichiennes figurait une interdiction sélective de circuler sur un tronçon de 84 kilomètres de l'autoroute A 12 de la vallée de l'Inn, l'une des principales voies de communication entre le sud de l'Allemagne et le nord de l'Italie. Cette interdiction sectorielle de circuler visait spécifiquement les camions de plus de 7,5 tonnes transportant certaines marchandises, telles des déchets, cailloux ou encore du marbre. Le choix de ces marchandises avait été motivé par le fait qu'elles auraient une « affinité avec le rail »<sup>4</sup>.

Cette justification n'a pas convaincu la Commission. En effet, bien que l'Autriche disposât d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne les mesures qu'elle devait adopter en application des directives environnementales, elle n'en était pas moins tenue de respecter le principe fondamental de la libre circulation des marchandises<sup>5</sup>. Or la mesure adoptée en l'espèce constituait une restriction caractérisée à la libre circulation des marchandises, puisqu'elle empêchait le transit routier de plusieurs catégories de marchandises sur un axe important. La mise en œuvre du droit européen de l'environnement pouvait-elle justifier une mesure aussi radicale? C'est sur ce point qu'existaient un désaccord persistant entre la Commission et l'Autriche. En effet, une interdiction sectorielle de circuler similaire avait déjà fait l'objet d'une suspension en référé<sup>6</sup> puis d'un arrêt en manquement en 2005<sup>7</sup>. Dans ce premier arrêt, c'est

déjà sur le fondement de la proportionnalité que la Cour avait condamné l'Autriche. À la suite de cette condamnation, l'Autriche s'était efforcée d'aménager l'interdiction sectorielle de circulation, ainsi que le relève l'avocat général Trstenjak dans ses conclusions<sup>8</sup>. Il n'est donc pas ici question de la mauvaise foi ou du manque récurrent de diligence d'un État, mais d'une réelle divergence d'appréciation entre un État et la Commission. Outre l'incidence économique majeure des mesures en cause et les antécédents du litige<sup>9</sup>, c'est là sans doute l'une des raisons qui a justifié l'attribution de l'affaire à la grande chambre. Cette formation de jugement donne un relief tout particulier à la solution, qui consacre, sous couvert de contrôle de proportionnalité, un droit de regard très intrusif de la Commission sur les décisions que doivent prendre les États membres pour concilier deux obligations issues du droit européen.

### 2

#### La justification environnementale au crible de la proportionnalité

Dans la présente affaire, l'existence d'une entrave ne soulèvait aucun doute. Toute la discussion portait donc sur sa justification. Classiquement, l'analyse se fait en trois temps : appréciation de la légitimité de la justification invoquée, vérification de l'aptitude de la mesure à atteindre l'objectif légitime, puis appréciation de la proportionnalité proprement dite, c'est-à-dire vérification que la mesure adoptée n'est pas plus restrictive (ici de la libre circulation des marchandises) que nécessaire. Dans l'arrêt rapporté, les deux premières étapes du contrôle sont traitées sans innovation majeure et peuvent être évoquées brièvement. En revanche, la dernière étape mérite que l'on s'y arrête, car elle paraît faire l'objet d'un contrôle renforcé.

(\*) L'auteur est professeur de droit européen à l'Université de Liège (Belgique) et codirectrice de l'Institut d'études juridiques européennes (I.E.J.E.). Elle peut être contactée à l'adresse : alsibony@ulg.ac.be.

(\*\*) L'auteur est assistante en droit européen à l'I.E.J.E., Université de Liège (Belgique). Elle peut être contactée à l'adresse : sophie.lieven@ulg.ac.be.

(1) C.J., 21 décembre 2011, *Commission c. Autriche*, C-28/09, non encore publié au *Recueil*.

(2) Directive 96/62/CE du Conseil du 27 septembre 1996 concernant l'évaluation et la gestion de la qualité

de l'air ambiant, J.O. L 296, p. 55; directive 1999/30/CE du Conseil du 22 avril 1999 relative à la fixation de valeurs limites pour l'anhydride sulfureux, le dioxyde d'azote et les oxydes d'azote, les particules et le plomb dans l'air ambiant, J.O. L 163, p. 41. Il faut noter que la directive 2008/50/CE a abrogé les deux directives susmentionnées, ce qui n'affecte pas la portée de l'arrêt.

(3) L'article 8, § 3, de la directive 96/62/CE obligeait les États membres à prendre des mesures dans les zones et agglomérations où les niveaux de polluants dépassaient la valeur limite, augmentée des marges de dépassement applicables.

(4) Point 41.

(5) Point 111.

(6) Ordonnance du président de la Cour du 30 juillet 2003, *Commission c. Autriche*, C-320/03 R, Rec., p. I-7929.

(7) C.J., 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, Rec., p. I-9871. Il faut cependant remarquer que l'interdiction sectorielle de circuler en cause dans l'arrêt commenté concerne un plus grand tronçon de l'auto-

route A12 et plus de marchandises que l'interdiction condamnée en 2005.

(8) Conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire C-28/09, point 2.

(9) Op. cit., note 9. L'arrêt précédent au fond (C-320/03), avait déjà été rendu par la grande chambre.

## A. — La légitimité de la justification environnementale réaffirmée

La protection de l'environnement et de la santé est de longue date considérée comme une exigence impérative d'intérêt général, de nature à justifier des entraves aux libertés de circulation<sup>10</sup>. Le contrôle de légitimité du but poursuivi ne soulève donc aucune difficulté. Tout au plus peut-on relever que la Cour insiste tout particulièrement sur la possibilité de justifier des entraves à la libre circulation des marchandises pour des motifs liés à la protection de l'environnement, citant non seulement le Traité et sa propre jurisprudence, mais aussi la Charte<sup>11</sup>.

## B. — Le test d'aptitude : une mesure nationale peut viser un objectif intermédiaire

En ce qui concerne l'aptitude de la mesure à atteindre l'objectif environnemental poursuivi, la Commission avançait un argument curieux. Elle estimait que, bien que l'interdiction sectorielle de circuler puisse contribuer à la réalisation de l'objectif environnemental, le test d'aptitude n'était pas satisfait, car la mesure aurait été entachée de contradictions internes. Habituellement, le reproche d'incohérence est invoqué dans des cas clairs de contradiction<sup>12</sup>. Ici, l'argument était beaucoup plus subtil. Selon la Commission, un premier facteur de contradiction interne tenait au fait que les autorités autrichiennes auraient poursuivi comme objectif principal non pas la réduction des émissions produites par les véhicules, mais celle du trafic routier<sup>13</sup>. Cet argument peut surprendre, car il paraît transposable à toute action publique qui définit un objectif intermédiaire (réduire la circulation) pour atteindre un objectif plus global (réduire la pollution). Il est donc heureux que la Cour rejette implicitement cet argument<sup>14</sup>. On relèvera aussi que la Cour écarte un second argument invoqué par la Commission au soutien de l'allégation d'incohérence. Le fait que les mesures visent à inciter les opérateurs à transférer vers le rail le transport routier des marchandises qui s'y prêtent le mieux (autre objectif intermédiaire) n'affecte pas la cohérence des mesures. La Cour rappelle à cet égard que la nécessité de réduire le transport routier de marchandises en les orientant notamment vers le rail a été expressément reconnue dans le cadre de la politique commune des transports<sup>15</sup>. Il semble donc qu'un objectif intermédiaire, lorsqu'il est prévu par le droit de l'Union, ne puisse être considéré comme de nature à entraîner l'incohérence de la mesure nationale qui le vise.

(10) C.J., 5 avril 2001, *Bellamy*, C-123/00, Rec., p. I-2795; C.J., 4 juin 2009, *Mickelsson*, C-142/05, Rec., p. I-4273.

(11) Points 120-122.

(12) Voy. par exemple, C.J., 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01, Rec., p. I-13031, points 67-69; C.J., 10 avril 2008, *Commission c. Portugal*, C-265/06, Rec., p. I-2245, point 44.

(13) Point 63.

(14) Point 129.

(15) Points 130 et 131.

## C. — Le test de proportionnalité stricto sensu : vers un contrôle accru des décisions nationales

La Cour aborde dans l'arrêt rapporté le test de proportionnalité dans un contexte particulier, qui explique probablement l'intensité particulière du contrôle. Deux éléments caractérisaient ce contexte : en premier lieu, la mesure en cause constituait une restriction caractérisée — et même « radicale » selon les termes de la Cour<sup>16</sup> — de la libre circulation des marchandises; en second lieu, des mesures alternatives avaient été identifiées et examinées à la fois par l'État et par la Commission. Leur désaccord portait sur l'efficacité respective de ces différentes mesures pour réduire la pollution. Il s'agissait là d'un point décisif, puisque les mesures choisies par l'Autriche n'auraient pu être justifiées que si, étant nettement plus restrictives, elles étaient aussi nettement plus efficaces.

Dans ce contexte, on comprend que la Cour parte des mesures écartées par les décideurs autrichiens et envisage si, comme le soutenait la Commission, c'est à tort qu'elles avaient été rejetées. Deux mesures sont à cet égard examinées.

La première mesure proposée par la Commission consistait dans l'extension de l'interdiction de circulation frappant les camions de certaines classes Euro à de camions correspondant à d'autres classes Euro<sup>17</sup>. L'Autriche considérait que cette mesure n'était pas fiable, car les camions correspondant à la norme Euro IV émettaient souvent plus de dioxyde d'azote que les camions correspondant à la norme Euro III<sup>18</sup>. La Cour écarte l'argument au motif que les classes Euro sont de plus en plus exigeantes. Ce raisonnement revient à dire deux choses : en premier lieu, l'État qui veut adopter une mesure plus restrictive qu'une mesure suggérée par la Commission doit établir que cette dernière mesure ne peut pas être plus efficace que la mesure plus restrictive qu'il envisage d'adopter. Il s'agit d'une preuve négative, donc diabolique par nature. En second lieu, la Cour évacue le diable par un argument qui relève plus de l'argument d'autorité que d'un argument de droit (les classes Euro sont conçus pour être de plus en plus exigeantes, mais le sont-elles vraiment?). Ce type d'argument laisse très peu de place à une preuve contraire reposant sur des éléments de fait<sup>19</sup>. D'un point de vue procédural, il semble donc très difficile à l'État de décliner une proposition de mesure moins restrictive émise par la Commission, et ce même dans l'éventualité où il aurait procédé à des études approfondies, ce qui était le cas en l'espèce pour l'autre mesure alternative en discussion.

La seconde mesure mise en avant par la Commission consistait dans une limitation de vitesse permanente à 100 km/h sur le tronçon concerné. Cette mesure avait été écartée par l'Autriche sur la base d'une étude<sup>20</sup> d'où il ressortait que la réduction d'émission de dioxyde d'azote ne serait que de 1,1% avec une limitation permanente de vitesse à 100 km/h, alors que l'inter-

(16) Point 140.

(17) Points 141 et s. Les classes Euro III, IV, V correspondent à des normes de pollution de plus en plus exigeantes.

(18) Point 142.

(19) Point 143.

(20) L'étude Ökoscience. Points 97 et 98 de l'arrêt.

dition sectorielle de circuler induirait une réduction supérieure, à savoir 1,5%. Cette étude se basait, pour ses calculs, sur les vitesses effectivement pratiquées par les usagers. La Cour juge cependant que l'Autriche ne peut pas se fonder sur ces vitesses « réelles » mais doit uniquement se fonder sur la vitesse maximale autorisée, vitesse qu'il incombe à l'État de faire respecter<sup>21</sup>. Or, si l'on se base sur la vitesse maximale autorisée, le potentiel de réduction de la limitation uniforme de vitesse passe à 1,8%, la mesure suggérée par la Commission apparaissant alors comme plus efficace du point de vue environnemental que la mesure choisie par l'Autriche. Dès lors, la Cour conclut que l'Autriche n'a, derechef, pas démontré à suffisance de droit qu'elle avait choisi la mesure la moins restrictive<sup>22</sup>.

## D. — Le mécanisme d'approfondissement du contrôle de proportionnalité

Comment passe-t-on d'un contrôle souvent léger de la proportionnalité à un contrôle beaucoup plus serré, comme celui pratiqué ici, dans lequel l'État doit prouver contre la Commission? Il semble que les étapes soient les suivantes : tout d'abord, pèse sur l'État le devoir général de choisir une mesure parmi les moins restrictives des libertés de circulation. Ce devoir ne peut faire l'objet d'un contrôle que s'il est assorti d'une obligation de motivation. Il est donc normal que l'État doive justifier du fait qu'il a examiné plusieurs mesures alternatives avec le sérieux requis. C'est cette obligation d'examen diligent et de motivation qui était en cause dans l'arrêt *Commission c. Autriche* de 2005. En l'espèce, l'Autriche avait examiné les alternatives et les avait écartées car leur potentiel de réduction de la pollution était moindre. On pouvait donc penser qu'elle avait satisfait à ses obligations. En outre, rien ne laissait présager que la Cour allait contrôler l'appréciation faite par l'Autriche de façon beaucoup plus approfondie. En effet, la Cour, suivant sa pratique habituelle, avait déclaré qu'il lui suffisait de vérifier si les autorités autrichiennes avaient rempli leur obligation d'examen des mesures alternatives « sans qu'il y ait lieu pour la Cour de se prononcer elle-même sur l'existence de moyens de remplacement (...) ni de vérifier si d'autres mesures, combinées ou non, auraient pu être adoptées pour atteindre l'objectif de réduction des émissions de polluants dans la zone concernée »<sup>23</sup>. Il est vrai que, dans l'affaire de 2005, la Cour n'avait pas eu besoin de pousser son examen des preuves, car elle avait retenu un défaut d'étude des modes de transport alternatifs à la route<sup>24</sup> et l'absence totale d'examen de mesures alternatives.

Il est à noter que le contrôle plus poussé de la Cour dans le présent arrêt est précisément rendu possible par le fait que l'Autriche avait répondu aux reproches qui lui avaient valu d'être condamnée. C'est parce qu'elle avait communiqué à la Commission son analyse des mesures alternatives que celle-ci a été en mesure de

(21) Point 147 de l'arrêt.

(22) Point 148.

(23) C.J., 15 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-320/03, op. cit., note 9, point 87.

(24) *Ibidem*.

porter à son tour une appréciation, qui s'est révélée divergente. Comme dans d'autres domaines, l'intensité du contrôle judiciaire s'approfondit donc ici par le jeu des arguments des parties<sup>25</sup>. En l'espèce, cet approfondissement s'opère au détriment de la marge de liberté de l'État, sans toutefois qu'il en aille nécessairement ainsi.

Dans la présente affaire, le potentiel de réduction de la pollution attribué respectivement aux différentes mesures alternatives était assez pro-

che. Celui d'une limitation de vitesse permanente à 100 km/h n'était, moyennant l'adoption d'une hypothèse de calcul favorable à la Commission, supérieur à celui de l'interdiction litigieuse que de 0,3 point de pourcentage<sup>26</sup>. S'agissant de simples projections, on peut se demander si les chiffres discutés par la Commission devant la Cour sont à ce point fiables qu'ils puissent légitimer un constat de manquement au principe de proportionnalité. Si la Cour ne pouvait trancher le litige entre la Commission et l'Autriche qu'en entrant dans le détail des appréciations divergentes, on peut

(25) A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 747 et s.

(26) Points 144 à 148 de l'arrêt.

s'étonner que les parties n'aient pas débattu de la marge d'erreur des prévisions qu'elles s'opposaient. Sans doute, l'Autriche aurait-elle eu intérêt à le faire. Faute d'arguments en ce sens, la Cour n'a pas davantage approfondi son contrôle. Dès lors, c'est le jeu de la charge de la preuve qui fait succomber l'État : il lui incombe de prouver contre la Commission et il n'a pas fait naître le doute sur le bien-fondé des allégations de cette dernière.

#### E. — La proportionnalité, une appréciation en droit?

En dernier lieu, l'arrêt soulève une interrogation, sur le type d'appréciation dont relève la proportionnalité. Les preuves qu'examine la Cour portent sur les effets prévisibles des mesures en discussion. Pourtant, la Cour n'exige pas de véritable analyse empirique. Au contraire, la Cour adopte une méthode d'appréciation de la proportionnalité que l'on peut qualifier d'abstraite. Cela transparaît plus particulièrement sur un point, lorsque la Cour considère que l'Autriche a eu tort de se baser sur des faits (la vitesse réelle des voitures mesurée sur le tronçon concerné) pour apprécier l'efficacité respective de deux mesures envisageables alors qu'il aurait fallu se baser uniquement sur le droit (vitesse maximale autorisée). Si la proportionnalité doit ainsi être appréciée uniquement en droit et non en fait, la Cour n'est pas moins bien placée que les juges nationaux pour porter cette appréciation. Si cette méthode abstraite devait être d'application générale, on pourrait se demander pourquoi, dans le cadre des questions préjudicielles, la Cour renvoie habituellement cette appréciation au juge national.

## C

#### Conclusion

S'il est bien sûr acceptable en principe de faire peser sur les États membres une obligation de sérieux dans l'examen des mesures alternatives afin de choisir les moins restrictives pour le marché intérieur, l'arrêt annoté montre comment cette obligation est forte dans le cas où un État adopte une mesure altérant radicalement une liberté de circulation. Avant d'adopter une mesure aussi drastique qu'une interdiction de circulation, l'État doit s'assurer que les mesures moins restrictives seraient nécessairement moins efficaces et être en mesure de le prouver. Les administrations devront à cet égard prendre garde au fait que les études sur lesquelles elles se basent pourront être passées au crible lors d'un contrôle de proportionnalité. La marge d'appréciation des États ne pourra alors être défendue qu'en poussant le débat sur un terrain très technique pour contrer les appréciations éventuellement divergentes de la Commission. Peut-être la qualité de l'action publique en sera-t-elle améliorée.

#### Découvrez les nouveautés de la collection Droit de l'Union européenne



#### LE JUGE DE L'UNION EUROPÉENNE, JUGE ADMINISTRATIF

Brunessen Bertrand

La problématique du juge de l'Union européenne comme juge administratif est fondée sur la dialectique de l'organe et de la fonction. Il existe un rapport de rétroaction entre la fonction de juger l'administration et la création d'un droit administratif. Les fonctions du juge de l'Union en matière administrative sont ambivalentes.

Édition 2012 – 1176 p. – 180,00 €

#### LE STATUT DES RÉGIONS ULTRAPÉRIPHÉRIQUES DE L'UNION EUROPÉENNE

La construction d'un modèle attractif et perfectible d'intégration différenciée

Isabelle Vestris

Le traitement réservé par la Communauté économique européenne aux régions composant l'actuel groupe des régions ultrapériphériques (ci-après RUP) est symptomatique de l'originalité de la démarche de construction communautaire.

Édition 2012 – 690 p. – 95,00 €

#### PÉDAGOGIE JUDICIAIRE ET APPLICATION DES DROITS COMMUNAUTAIRE ET EUROPÉEN

Sous la direction de Laurent Coutron

Cet ouvrage contribue à mettre en évidence l'homogénéisation progressive du rôle, ou de l'attitude, et des pouvoirs du juge. La vérification de l'hypothèse exige d'étudier les interactions entre les ordres juridiques communautaire, européen et français.

Édition 2012 – 330 p. – 70,00 €

#### AUX MARGES DU TRAITÉ

Déclarations, protocoles et annexes aux traités européens  
Actes de la journée d'études organisée par le CRUCE, 18 septembre 2009

Sous la direction de Sérgolène Barbou des Places

Cet ouvrage offre la première étude collective des actes annexés aux traités européens depuis le traité CECA. Il explique le recours croissant aux annexes en droit de l'union européenne et s'efforce d'en restituer le sens.

Édition 2012 – 260 p. – 60,00 €

**str@da**  
lex Ouvrages disponibles en  
version électronique sur  
[www.stradalex.com](http://www.stradalex.com)

Commandez en ligne !

Les frais de port sont gratuits pour les pays de l'Union européenne  
[www.bruylant.be](http://www.bruylant.be)

Les références de nos distributeurs sont consultables sur notre site

Libraires français : Lextenso – 33, rue du mail – 75081 Paris cedex 02  
Tél. + 33 (0) 1 56 54 16 00 – Fax + 33 (0) 1 56 54 16 49 – [info@lexenso-editions.fr](mailto:info@lexenso-editions.fr)



**BRUYLANT**  
[www.bruylant.be](http://www.bruylant.be)