

Evaluation et acceptabilité du risque environnemental

Eve Truilhé-Marengo

La protection contre les risques environnementaux ne peut passer par l'interdiction pure et simple de toute activité humaine. Celle-ci doit être encadrée juridiquement afin de limiter ses impacts environnementaux. Cet encadrement implique l'évaluation préalable des activités et produits susceptibles d'être néfastes à l'environnement.

L'évaluation environnementale constitue donc un outil phare des politiques d'anticipation et de gestion du risque à l'échelle nationale ¹, internationale ² et européenne, principal instrument d'application du principe de prévention tout autant que du principe de précaution.

Il ne s'agit pas ici de revenir sur les textes qui consacrent une obligation d'évaluation des incidences sur l'environnement mais davantage de montrer qu'à l'instar de la politique qu'elle soutient, l'évaluation environnementale n'a cessé d'étendre son champ d'application et de se renforcer, confirmant qu'il s'agit là d'un outil incontournable de l'acceptabilité du risque. Mais qu'en même temps, au service de l'objectif de prévention, l'évaluation des incidences, est un outil contingent.

I) Un instrument omniprésent

L'évaluation des incidences que pourrait avoir un projet, une activité ou un produit sur l'environnement est incontestablement l'élément clé de la politique européenne de prévention des risques environnementaux. L'évaluation est omniprésente. On observe clairement un « gonflement » de son emprise sur le droit européen, à travers, notamment, un glissement de l'évaluation des incidences (A) à l'évaluation des éléments de l'environnement (B).

¹ Loi 76/629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, *JORF*, 13/07/1976.

² La Cour Internationale de Justice a d'ailleurs consacré le caractère coutumier de l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement. CIJ, arrêt du 20 avril 2010, *Argentine c. Uruguay*, affaire relative à des usines de pâte à papier, pt 204.

A) De l'évaluation des incidences ...

Pour prévenir un risque il faut au préalable l'avoir évalué³. A ce titre la directive « EIE », pour « évaluation des incidences sur l'environnement » (dir 85 /337 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement 4) directement fondée sur le principe de prévention 5, se présente comme des textes phares de la politique préventive de l'Union européenne.

Elle conditionne l'autorisation de certains projets ayant une influence physique sur l'environnement à une évaluation par l'autorité nationale compétente. Dans le même esprit, différents textes prévoient des évaluations des incidences ou évaluations des risques pour certaines activités ou produits à risque⁶. La directive 92/43 dite directive « Habitats »⁷ impose au maître d'ouvrage de réaliser une évaluation des incidences en ce qui concerne tout plan ou projet susceptible d'affecter un site N2000 de manière significative (que le projet soit situé à l'intérieur d'un site ou en dehors).

L'ensemble de ces textes vise à soumettre les projets publics et privés susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement à une évaluation par l'autorité nationale compétente. Dans tous les cas l'obligation d'évaluation a subi un double mouvement : une extension du champ d'application et un approfondissement des obligations liées à la réalisation de l'évaluation.

³ On peut dire la même chose s'agissant des risques sanitaires et environnementaux. L'évaluation des risques est l'une des conditions essentielles à la validité de toute mesure de précaution et donc l'instrument central de la politique de précaution de l'Union. Nous n'avons malheureusement pas la place ici de développer plus avant cet aspect.

⁴ Directive 85/337 du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOCE* du 05/07/1985, L 175.

⁵ Voir premier considérant de la directive. Voir également : CJCE du 16 mars 2006, aff. C-332/04, *Commission, c. Espagne*, *Rec.* p. 40, pt. 57.

⁶ A titre d'exemple nous citerons ici la directive 2001/18 du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, en passe d'être modifiée.

⁷ Directive 92/43 du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOCE* du 22/07/1992, n° L 206.

1) Extension

La directive EIE a été modifiée à plusieurs reprises et récemment par la directive 2014/52 du 16 avril 2014⁸. L'obligation d'évaluation s'applique aux « projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation ».

Une première extension du domaine de l'évaluation a été opérée par la jurisprudence à travers une interprétation large de la notion de **projet**, se fondant sur l'économie générale, son champ d'application étendu et ses finalités.

Dans l'affaire *Kraaijeveld*⁹, la Cour de justice estimait qu'il serait porté atteinte à l'objectif de la directive si la qualification de « modification de projet » permettait de faire échapper certains travaux à l'obligation de réaliser une étude d'incidences, alors que, en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, ces travaux ou ouvrages sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Dans l'affaire dite de la « mer des Wadden »¹⁰, la Cour livre à nouveau une interprétation extensive de la notion de projet qui couvre « d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol ». En outre, le fait qu'une activité (comme la pêche mécanique aux coques) soit pratiquée périodiquement depuis de nombreuses années sur le site concerné n'exonère pas de l'obligation d'en évaluer chaque année l'impact sur l'environnement.

L'extension a également été législative.

L'obligation de procéder à une évaluation des incidences avant d'autoriser la réalisation de certains projets, peut être inadéquate dans la mesure où à ce stade il est quelquefois déjà **trop tard** pour renoncer à un projet. Certains projets importants sont effectivement conçus **en amont** dans le cadre de plans et programmes publics, typiquement les documents d'urbanisme, ce qui peut peser lourd dans l'issue du processus d'autorisation.

⁸ Directive 2014/52 du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE* 25/4/2014 n°L 124.

⁹ CJCE, arrêt du 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, Aff. C-72/95, *Rec.* p. 5403, pt. 31

¹⁰ CJCE, 7 septembre 2004, *Waddenvereniging et Vogelbeschermingsvereniging*, C-127/02, *Rec.* p. 7405 pt. 28.

C'est pourquoi l'Union européenne s'est dotée d'un texte relatif à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes à travers la directive 2001/42 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, dite directive « **Evaluation environnementale stratégique** » (EES)¹¹. Le texte marque un pas supplémentaire dans la prévention des atteintes à l'environnement en soumettant à évaluation **des décisions publiques stratégiques**, en ce qu'elles servent de support à de grands projets susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement. Les plans et programmes publics couverts font l'objet d'une évaluation environnementale au cours de leur élaboration et avant leur adoption.

Le champ d'application de la directive est précisé par ses articles 2 et 3. Selon l'article 3, une évaluation est requise pour les plans et programmes « susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ». Il faut distinguer entre les projets obligatoires soumis à évaluation (listé en annexe 1) et ceux qui ne le sont que de manière facultative, s'ils ont des incidences notables sur l'environnement (listé en annexe 2)

Une modification est intervenue en 2014 à travers la directive 2014/52 qui réduire la marge de manœuvre des Etats membres en modifiant les conditions dans lesquelles ils statueront sur la nécessité ou non de procéder à évaluation pour les projets énumérés à l'annexe II. La directive modifie en effet l'article 4 de la directive 2011/92 en créant une nouvelle étape dans la procédure, appelée « détermination » dont on dira ici simplement qu'il s'agit d'instaurer une sorte d'évaluation simplifiée préalable à la décision de soumettre ou non le projet à évaluation. L'ajout est bienvenu si on considère que les incidences environnementales d'un projet ne peuvent être appréhendés qu'au vu justement d'une évaluation préalable !

A côté de l'extension, il faut noter un approfondissement de l'obligation d'évaluation

¹¹ Directive 2001/42 relative à l'évaluation des incidences de certains plan et programmes sur l'environnement, *JOCE* 21/07/2001 n° L 197.

2) Approfondissement

Les révisions successives de la directive EIE ont progressivement affiné le contenu de l'obligation d'évaluation. La révision de 2014 vient préciser ce que constitue une évaluation des incidences. Au terme de la définition donnée en article 1, il s'agit d'un processus qui comprend l'établissement d'un rapport d'évaluation, la réalisation de consultation, l'examen par l'autorité décisionnaire des informations fournies ainsi que toute information pertinente reçue dans le cadre des consultations, la conclusion motivée de l'autorité compétente sur les incidences et l'intégration de cette conclusion motivée dans la décision finale.

Une collaboration entre le maître d'ouvrage et l'autorité compétente concernant la rédaction du rapport d'évaluation est instaurée. Le maître d'ouvrage peut demander à l'autorité compétente de rendre un avis sur le champ d'application et le niveau de détail des informations à fournir dans son rapport.

La directive de 2014 prévoit des mécanismes visant à renforcer la **qualité** de l'évaluation menée : pour garantir l'exhaustivité et la qualité du rapport d'évaluation, le maître d'ouvrage doit s'assurer que celui-ci est préparé par des experts compétents. En contrepartie, l'autorité compétente, elle, veille à disposer d'une expertise suffisante pour examiner le rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, ou à avoir un accès au besoin à une telle expertise. Un article 9 bis est inséré qui tend à éviter que l'autorité décisionnaire ne se trouve dans une position de conflit d'intérêt.

Le texte tente également d'imposer **une qualité minimale des rapports d'incidences**.

Le texte innove en imposant aux Etats membres de mettre en place des **procédures de suivi des incidences négatives notables sur l'environnement**, et de la bonne mise en œuvre par le maître d'ouvrage des mesures envisagées pour éviter, prévenir ou réduire et si possible compenser les incidences négatives notables sur l'environnement (art. 8-4).

L'instrument s'est donc considérablement renforcé au fil des révisions successives qui en ont fait un outil incontournable de la politique européenne de protection de l'environnement. Il semble d'ailleurs **avoir « mûté »** au gré de législations plus récentes qui, au-delà des projets, activités et produits susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement, ont imposé l'évaluation de l'environnement lui-même ou du moins de certains de ces éléments.

Quelques mots alors sur l'évaluation de l'environnement lui-même.

B) ... A l'évaluation de l'environnement

Au delà de l'évaluation-prévention, la politique de l'Union a en effet peu à peu imposé une évaluation-cadre : une évaluation des éléments de l'environnement servant de cadre à la mise en place de mesures permettant d'atteindre l'objectif de protection poursuivi par certains textes.

La protection d'un milieu, quel qu'il soit, passe par une bonne connaissance de ses caractéristiques et des menaces qui le concernent. L'étude des directives-cadres adoptées pour la protection des différents milieux, dans un même objectif de cohérence et de lutte contre en la fragmentation du droit, fait apparaître une approche commune mettant l'accent sur ce qui semble être un élément désormais incontournable de l'acceptabilité du risque environnemental : **l'évaluation préalable de l'état du milieu à protéger.**

La directive 2000/60 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (ci-après « DCE » pour « directive-cadre sur l'eau »)¹², rompant avec une approche des ressources en eau selon leurs fonctions spécifiques ou par l'intermédiaire des rejets qui les touchent, vise à atteindre un « bon état » écologique et chimique de toutes les eaux communautaires d'ici à 2015.

Dans cet objectif, les Etats doivent préalablement effectuer une évaluation des masses d'eaux visées pour ensuite adopter des plans de gestion et des programmes de mesures adaptés à chaque masse d'eau. Cet état des lieux comporte obligatoirement :

- une analyse des caractéristiques de chaque district hydrographique, une étude de l'incidence de l'activité humaine sur les eaux,
- une analyse économique de l'utilisation des eaux,
- un registre des zones qui nécessitent une protection spéciale,
- un recensement de toutes les masses d'eau utilisées pour le captage d'eau destinée à la consommation humaine.

-

Des spécifications techniques permettant une harmonisation des analyses sont prévues en annexe.

¹² Directive n° 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JOCE n° L 327 du 22 décembre 2000.

Les directive-cadre « stratégie pour le milieu marin »¹³ et « qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe »¹⁴ imposent également aux Etats de commencer par évaluer la qualité de ces milieux et proposent des critères permettant un système d'évaluation « normalisé ».

Pour conclure cette première partie je voudrais évoquer une tendance actuelle.

L'évaluation qui demeure à dominante scientifique cède peu à peu la place à une évaluation de type économique.

Cette tendance a pour fondement le postulat que l'invisibilité économique des éléments de l'environnement nuit à leur protection. La lutte contre l'érosion de la biodiversité constitue sans doute un des terrains privilégiés de développement de tels mécanismes : la meilleure façon de protéger la biodiversité serait de lui affecter une valeur économique. Cette idée a été relayée par de grandes initiatives internationales et européennes.

Mais je m'éloigne un peu trop du sujet : quoi que... c'est probablement à mettre en lien avec la relation entre risque acceptable et risque indemnifiable.

L'instrument est donc omniprésent. Il est aussi contingent.

II) Un instrument contingent

En effet, une analyse détaillée des obligations prévues par ces textes fait apparaître la participation finalement minimale des évaluations au processus décisionnel final. Le caractère contingent de l'instrument qu'est l'évaluation a des facteurs exogènes puisqu'il est souvent aisé d'en contourner les résultats (A) et endogènes à cause des limites qui frappent le contenu même des évaluations réalisées (B).

¹³ Directive 2008/56 du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin *JOCE* du 25/6/2008 L 164.

¹⁴ Directive du 21 mai 2008, concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe *JOCE* du 11 Juin 2008, n° L 152.

A) Facteurs exogènes

La réalisation de l'évaluation, fût elle d'une qualité et d'une indépendance parfaite, ne garantit pas en elle-même la priorité accordée à la protection de l'environnement. L'analyse détaillée des obligations prévues par ces textes met en exergue le caractère finalement minimal de leur participation à la prévention des dommages environnementaux. Comme l'affirme Nicolas de Sadeleer, l'évaluation des incidences « en raison de sa nature informative, (...) n'apporterait en fin de compte que des garanties illusoires sur le plan de la prévention ».

Les textes prévoient en effet la possibilité de passer outre les conclusions négatives de l'évaluation d'incidence à condition que cette décision soit dûment justifiée.

Je prendrai un **exemple celui de la directive « Habitat »**.

Concrètement, lorsqu'un plan ou un projet a été soumis à l'évaluation appropriée imposée par le paragraphe 3 de l'article 6 et que les conclusions de cette évaluation sont négatives, le plan ou le projet ne pourra être approuvé par l'autorité compétente que si les conditions du paragraphe 4 de l'article 6 sont remplies, autrement dit en l'absence de solution alternative, en présence de raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, et en contrepartie de l'adoption de mesures compensatoires.

Il s'agit de faire en sorte que malgré la réalisation d'un projet qui comporte des incidences significatives sur le site, la cohérence globale de ce site ne soit pas menacée ce qui suppose, à l'évidence, une ingénierie écologique spécifique.

En théorie : une telle dérogation participe me semble-t-il de la définition du risque acceptable.

En pratique la possibilité de mener à bien un projet en proposant des mesures compensatoires, conçues comme un dernier recours, peut parfaitement ruiner toute velléité de protection.

L'article 6-4 prévoit que l'Etat informe la Commission des mesures de compensation. Le libellé pourrait laisser penser que cette information peut avoir lieu *a posteriori*, il n'en est rien l'information doit avoir lieu **avant** leur mise en œuvre et, en tout état de cause, avant la réalisation du plan ou du projet concerné, mais après son autorisation. Se pose ici un problème majeur de « séquence » en terme de prise de décision. Le fait de prévoir des mesures de compensation pèse lourd dans la décision finale et brouille à l'évidence **la séquence éviter, réduire, compenser** alors même que le succès des mesures de compensation « peut rarement être prévu avec certitude ».

Fort heureusement, la **jurisprudence** veille. Les exemples abondent dans lesquels le juge est venu sanctionner la décision de s'écarter des résultats négatifs d'une évaluation des risques, y compris en présence de mesures compensatoires.

B - Contingence interne

De manière générale la faiblesse majeure du système réside bien évidemment dans le fait que la réalisation des évaluations n'est confiée ni à l'administration ni à une instance indépendante mais au porteur du projet lui-même. Dans la mesure où celui-ci est désigné comme l'unique responsable de la qualité et du contenu de l'étude d'impact, même lorsque l'administration lui donne un avis sur le degré de précision des informations à fournir, la crainte du contentieux constitue donc la seule garantie de la qualité de celle-ci. La tentation est grande, tout d'abord, pour le porteur d'un projet de chercher à minimiser les impacts pour éviter d'avoir à constituer un dossier d'incidences complet. Et puis, se pose également la question de la fiabilité des connaissances et des méthodes employées pour réaliser les évaluations.

En témoigne en France, un rapport rendu à la demande du Ministère de l'environnement par le Conseil général de l'environnement et du développement durable sur les « compétences et (la) professionnalisation des bureaux d'études au regard de la qualité des études d'impact »¹⁵.

¹⁵ Rapport du CGEDD n° 007411-01, établi par T. Lavoux et A. Féménias, mai 2011. Voir pour plus de détails sur la question : J. Makowiak, Expertise et biodiversité : l'exemple de l'évaluation des incidences dans le cadre du réseau Natura 2000, in : *Journal International de Bioéthique*, numéro spécial Gouvernance de la biodiversité et expertise, 2014/1 (Vol. 25)

La conclusion du rapport est lapidaire: « La qualité n'est (...) pas au rendez-vous ». Plus précisément, le rapport estime que « les mesures d'évitement, de réduction ou de compensation des impacts sur l'environnement et, en particulier, sur la biodiversité, sont mal comprises et mal appliquées et renvoient autant à la qualité des expertises mobilisées qu'à la perception de leur intérêt par les maîtres d'ouvrage »¹⁶.

S'agissant de la directive « habitats », le caractère contingent de l'évaluation est encore plus criant puisque le texte ne fait pas de celle-ci un préalable systématique à la réalisation d'un projet mais une obligation liée à l'existence d'effets significatifs du projet sur le site.

L'article 6-3 de la directive prévoit en effet que « tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative (...) fait l'objet d'une évaluation appropriée de ses incidences ».

La difficulté liée à l'utilisation de ce critère central des effets significatifs est évidente : les effets significatifs d'un projet ne peuvent être appréhendés qu'au vu justement d'une évaluation d'incidences.

Comment déterminer *a priori* qu'un projet n'aura pas d'incidences significatives sur un site sans procéder préalablement à une évaluation d'incidences ?

La possibilité du risque, la possibilité d'effets significatifs, agissent ici comme une sonnette d'alarme entraînant la mise en œuvre du reste de la procédure. *Encore faut-il qu'on agite la sonnette !*

La conclusion de ma communication pourrait être brève : je pourrais me contenter de dire que l'évaluation environnementale illustre le proverbe « *il n'est nulle part celui qui est partout* ».

Mais une telle analyse serait réductrice. **L'omniprésence** et la **contingence** concomitantes de l'évaluation des incidences s'expliquent aisément au regard des éléments qui composent la notion de risque acceptable, entendue au sens d'un **processus**.

¹⁶ Rapport précité, p. 3.

Pour qu'un risque soit acceptable il doit inévitablement être connu, appréhendé, mesuré. Pour autant, le résultat de cette évaluation ne peut **à lui seul** fonder la décision publique qui doit composer avec d'autres facteurs qui existent dans la société. **C'est cette mise en équilibre, me semble-t-il, qui fonde l'acceptabilité du risque en matière environnementale comme sanitaire.**