

LE PRINCIPE DE NON-RÉGRESSION EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT : UNE IRRÉVERSIBILITÉ RELATIVE ?

Isabelle HACHEZ

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
(Bruxelles, Belgique)

L'intitulé de la présente contribution choisi par les responsables de cet ouvrage est emprunté à la thèse de doctorat que nous avons rédigée sous la promotion du Professeur Hugues Dumont (1133). Ce disant, on n'entend nullement revendiquer la paternité de celui-ci, mais bien préciser qu'il avait, à l'époque, été choisi dans un contexte particulier : il s'agissait d'étudier l'obligation de standstill déduite des obligations positives expressément consacrées ou implicitement contenues dans les droits fondamentaux proclamés par la Constitution et les traités internationaux, au rang desquels figure le droit à la protection d'un environnement sain. Ces droits présentent la spécificité de contenir l'obligation de standstill, sans expressément en rendre compte. Dans ce contexte, la relativité de l'obligation de standstill n'était pas formulée sous la forme interrogative - comme dans la présente contribution - , mais affirmée d'emblée, comme une idée-force de la thèse : l'obligation de standstill ne s'oppose pas à toute régression mais à certaines d'entre elles seulement (I).

Le propos n'est pas nécessairement transposable aux « autres standstill environnementaux ». Comme l'auront sans doute mis en exergue les différentes contributions de l'ouvrage - auxquelles, sauf celle relative au droit belge, nous n'avons malheureusement pas eu accès au moment de rédiger ces lignes -, le principe de standstill recouvre en effet des réalités juridiques très différentes, et il en va

(1133) I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008. On précise que plusieurs passages, eux-mêmes étroitement tirés des extraits, moyennant adaptation, de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

particulièrement ainsi en matière d'environnement. Affirmative dans le cadre susdécrit, la réponse à la question de la relativité du principe de standstill mérite d'être nuancée lorsqu'on en sort (II).

Une précision terminologique s'impose enfin. En droit belge, le principe de non-régression s'est essentiellement fait connaître sous le label « standstill », même si l'expression n'apparaît pas fondée dans tous les cas où elle est utilisée (1134). Dans le cadre du présent exposé, on recourra indistinctement à cette expression ou à celle de principe de non-régression, privilégiée dans cet ouvrage.

I. – Le principe de non-régression déduit du droit à la protection d'un environnement sain

Si, depuis le mois de septembre 2006, le juge constitutionnel belge reconnaît l'existence d'une obligation de standstill déduite du droit à la protection d'un environnement sain garanti par l'article 23, alinéa 3, 4^e, de la Constitution belge, il affirme corrélativement, sans la moindre ambiguïté, sa relativité : « La Cour (constitutionnelle belge) a jugé que cette disposition impliquait une obligation de *standstill*, qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général (...) » (1135). Non seulement cette jurisprudence exige-t-elle un recul sensible du niveau de protection conféré au droit à la protection d'un environnement sain pour conclure à une atteinte à l'obligation de standstill, mais en plus admet-elle que des motifs d'intérêt général puisse justifier un tel recul. En clair, il ne devrait y avoir de violation de l'obligation de standstill que dans l'hypothèse où le recul sensible opéré par la législation litigieuse ne répondrait pas à des motifs d'intérêt général.

Cette jurisprudence est-elle fondée en droit (A) ? Est-elle par ailleurs légitime (B) ? Eu égard à notre qualité de juriste belge, ces interrogations s'adressent en l'espèce à l'article 23 de la Constitution

(1134) Dans notre thèse précitée, on avait, par commodité, pris le parti de maintenir l'expression, tout en écrivant espérer, au-delà de cette étude, voir un jour cette terminologie abandonnée au profit, par exemple, du principe de l'effet cliquet ou du principe de non-régression (cf. notre thèse précitée, n° 484).

(1135) Au moment de la rédaction de cette étude (février 2011) : C.C., n° 22/2011, 3 février 2011, cons. B.3.2. La jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (la plus haute juridiction administrative de Belgique) est également établie en ce sens. Il en va de même des avis rendus par le Conseil de conciller des autorités.

belge (1136). À première vue, rien n'empêche cependant de transposer le raisonnement destiné à les rencontrer aux dispositions équivalentes contenues dans d'autres Constitutions nationales. En tout cas nous paraît-il transposable au droit fondamental à l'environnement consacré par des traités internationaux, comme l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1137).

A. Le régime juridique du principe de non-régression

Pour se prononcer sur la pertinence de la relativité du principe de standstill entérinée par la jurisprudence belge, il convient au préalable d'examiner le fondement juridique de ce principe (1.). Ce n'est qu'aver-tis de ces prémisses que l'on pourra, dans un second temps, apprécier le bien-fondé de l'exigence d'un recul sensible (2.) du niveau de protection accordé au droit fondamental en question (3.) et de la prise en compte de motifs d'intérêt général susceptibles de blanchir, sous l'angle de l'obligation de standstill, la régression sensible opérée (4.).

1. Le fondement juridique du principe de non-régression

L'article 23 de la Constitution belge ne consacre pas explicitement l'existence d'une obligation de standstill : on n'y lit pas, en toutes lettres, l'interdiction pour le législateur de diminuer le niveau de protection qu'il a conféré à ces droits. En réalité, l'obligation de standstill est

(1136) Cet article consacre des droits économiques, sociaux et culturels (des droits dits de la deuxième génération), comme le droit à un logement décent ou à la sécurité sociale, mais également le droit à la protection d'un environnement sain, qui, bien qu'étant souvent classé parmi les droits de la troisième génération (les droits dits de solidarité), reçoit en droit constitutionnel belge, comme dans certains traités internationaux, une protection alignée sur les droits de la deuxième génération. Sur la distinction en générations de droits, toujours très prégnante en droit belge, voy. notamment les différentes contributions relatives à ce sujet publiées dans l'ouvrage *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, Bruxelles, Bruylant, 2004. À propos de l'article 23, alinéa 3, 4^e, de la Constitution belge, et plus précisément de la jurisprudence rendue à son sujet, il est renvoyé à la contribution de Ch.-H. BORN et Fr. HAUMONT dans le présent ouvrage. Par souci de complémentarité avec la contribution précitée, on se concentrera pour notre part sur l'examen des principes conduisant à asseoir la relativité de l'obligation de standstill, en épinglant ça et là - sans souci d'exhaustivité - l'une ou l'autre jurisprudences pertinentes pour notre propos.

(1137) Cet article dispose : « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ». On précise par ailleurs que s'il n'est pas expressément consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour éponyme déduit, dans certains cas, un droit à la protection de l'environnement de l'article 8 de la Convention.

contenue en germes dans les droits-créances et le droit à la protection d'un environnement sain garantis par cette disposition. En assignant à l'État un programme à réaliser progressivement, l'article 23 de la Constitution lui interdit implicitement d'agir à rebours de l'objectif fixé. Le principe de standstill se déduit donc *a contrario* de l'obligation de garantir les droits-créances et le droit à la protection d'un environnement sain.

Encore faut-il apercevoir que le fondement de l'obligation de standstill est bien plus large que les seuls droits-créances et le droit à la protection d'un environnement sain garantis par l'article 23 de la Constitution : l'obligation de standstill assortit toutes les obligations positives induites des droits de l'homme, et pas seulement les obligations positives imposées par les droits-créances. À l'heure actuelle, on s'accorde en effet pour considérer que l'effectivité de chaque droit fondamental, indépendamment de la génération dont il relève, est susceptible de requérir des mesures positives de la part des autorités publiques (1138), et que ces obligations positives sont d'une nature identique, quel que soit le droit fondamental dont elles découlent (1139). Ainsi, le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 22 de la Constitution belge et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est traditionnellement rangé parmi les droits de la première génération, et impose essentiellement à l'État

(1138) À ce jour, il n'est en effet plus un auteur pour défendre le caractère absolu de la division en générations de droits. Il est au contraire unanimement reconnu que l'effectivité des droits civils et politiques puisse, dans certaines circonstances, requérir une prestation de la part de l'État, de la même manière que des droits économiques, sociaux et culturels, ou des droits de solidarité, peuvent, sous certains angles, commander son abstention. Tel est notamment le cas du droit à la protection d'un environnement sain : le droit de vivre dans un environnement de qualité est un droit reconnu à chacun, sans que les pouvoirs publics doivent nécessairement intervenir pour en assurer la jouissance (voy. à cet égard : B. JADOT, « Pour une meilleure prise en compte de l'environnement et des enjeux environnementaux dans la Constitution », *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 663).

(1139) Cette caractéristique est particulièrement bien mise en évidence par la typologie basée sur la nature des obligations incombant à l'État, qui a cours en droit international. Celle-ci s'adosse à la conception selon laquelle il n'y a pas de différence de nature entre les droits des différentes générations, à telle enseigne que chaque droit fondamental impose à l'État un *continuum* d'obligations, à la fois des obligations négatives et des obligations positives. Les obligations négatives requièrent une abstention de la part de l'État. Les obligations positives ont, quant à elles, en commun d'exiger une prestation de la part des pouvoirs publics, soit qu'elles postulent l'adoption d'une législation ou la modification du cadre normatif existant, voire requièrent un effort financier ou une prestation purement matérielle (obligations positives de *réalisation*), soit qu'elles commandent de protéger les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers (obligations positives de *protection*). On précise cependant que les regroupements effectués diffèrent selon les auteurs considérés (voy., à ce sujet, les différentes classifications recensées par M. SEPULVEDA, *The Nature of the*

une obligation d'abstention, une obligation négative : celle de ne pas porter atteinte à ce droit. Mais ces dispositions imposent également des obligations positives, comme par exemple, dans le domaine qui nous occupe, celle d'adopter des mesures adéquates pour protéger les riverains de nuisances sonores exorbitantes causées par des avions (1140).

S'il n'existe pas de différence de nature entre les obligations positives imposées par les droits consacrés par l'article 23 de la Constitution belge et les obligations positives appelées par les droits des autres générations, rien ne justifie de limiter le champ d'application de l'obligation de standstill au seul article 23. Les raisons qui conduisent à assortir les droits consacrés par l'article 23 d'une obligation de standstill valent *mutatis mutandis* pour les obligations positives postulées par les droits civils et politiques et les droits de solidarité. L'obligation de standstill est en effet inhérente à toute obligation positive, c'est-à-dire à toute obligation qui implique une intervention de la part de l'État, par opposition aux obligations négatives qui requièrent son abstention (1141). Il en résulte que le fondement des obligations positives constitue également le fondement de l'obligation de standstill, et ce fondement réside dans le caractère téléologique des droits de l'homme (1142). C'est parce que les droits de l'homme ne sont pas des droits théoriques et illusoire mais des droits concrets et effectifs qu'ils imposent l'adoption de mesures positives, et c'est parce que la réalisation de l'obligation positive ne s'effectue généralement pas d'un seul coup que ces droits interdisent en principe corrélativement de diminuer le niveau de protection atteint (1143).

L'établissement du lien de filiation entre l'obligation de standstill et les obligations positives est fondamental, non seulement parce qu'il

(1140) Voy. notamment : J. BODART, « La protection de l'environnement par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », *Amén.*, 2003, p. 211 à 238 ; B. JADOT, « Pour une meilleure prise en compte ... », *op. cit.*, spéc. p. 667 et 668 ; J.-F. NELRAY et M. PALLEMAERTS, « L'environnement dans la Constitution belge », *Amén.*, 2008, double numéro spécial, spéc. p. 138 à 141.

(1141) Voy. en ce sens : C.E. (ass. gén.), n° 187.998, 17 novembre 2008, *Coomans*, cons. 18.1. Pour faire écho à la contribution de Ch.-H. Born et Fr. Haumont, le considérant précité confirme, à notre estime, la thèse selon laquelle l'obligation de standstill est appelée à jouer en présence d'obligations positives et non d'obligations négatives (voy. en ce sens : B. STEEN, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, sous la direction de W. RAUWS et M. STROOBANT, Antwerpen - Oxford - Louvain-la-Neuve, Intersentia, Anthémis, 2010, p. 128, n° 19).

(1142) La nature téléologique des droits de l'homme est traduite, en droit, par des notions telles que la « dignité humaine », le « progrès », l'« État de droit », ...

(1143) Du point de vue de l'obligation de standstill, ...

fonde l'existence de l'obligation de standstill, mais aussi parce qu'il constitue le sésame de son régime juridique (1144). Précisons par ailleurs, en écho à ce qui précède, que l'obligation de standstill n'est appelée à intervenir, en matière de droit à l'environnement notamment, que lorsque sont en cause les obligations positives requises pour l'effectivité de ce droit (1145).

2. L'absence de droit acquis à la norme et l'obligation de maintenir un niveau de protection équivalent

La jurisprudence belge s'accorde à considérer que l'obligation de standstill ne confère pas un « droit acquis » à la norme venue concrétiser le droit fondamental en question (1146), mais bien un droit au maintien d'un niveau de protection équivalent. Le législateur demeure maître des modalités choisies pour réaliser un droit fondamental, et, en l'espèce, le droit à la protection d'un environnement sain : l'interdiction de reculer postulée par l'obligation de standstill n'équivaut pas à une interdiction de se déplacer latéralement ou, évidemment, d'avancer. En aucun cas, en effet, la primauté de la norme internationale ou la suprématie de la norme constitutionnelle ne confèrent une assise à une obligation d'abstention formelle du législateur. Bien plus, la loi du changement plaide en faveur de la possibilité d'adapter toute réglementation aux modifications du contour de l'intérêt général. Elle justifie que les modalités concrètes de la protection conférée restent entièrement soumises à l'appréciation du législateur.

Si, sur le plan des principes, le propos s'énonce aisément et se justifie facilement, sa vérification pratique peut, quant à elle, s'avérer passablement complexe. Pour apprécier le caractère au moins équivalent des protections juridiques conférées par des législations distinctes, il n'est d'autre alternative que de les comparer entre elles. Or, dans bien

(1144) Quant à sa nature juridique, le principe de standstill appartient selon nous à la catégorie des principes généraux du droit (pour des développements, cf. notre thèse précitée, n° 476 et s.). Comprendons-nous bien cependant : l'obligation de standstill est dépourvue d'une normativité autonome. À lui seul, le principe de standstill est impuissant à fournir la solution du litige dans lequel il intervient. Son invocation doit nécessairement être couplée à celle du droit fondamental dont le niveau de protection a été abaissé sans motif impérieux. En dehors de la norme internationale ou constitutionnelle garantissant le droit fondamental qu'il assortit, le principe de standstill n'a pas d'existence : sans consécration normative du droit fondamental considéré, il n'est pas d'obligation positive qui tienne, et, sans obligation positive, il n'est pas question d'obligation de standstill.

(1145) Sur la question de la réversibilité des obligations positives et négatives, cf. notre thèse précitée, n° 212 à 218.

(1146) Sur la question du « point de référence », cf. la contribution précitée de Ch.-H. Born et

des cas, cette comparaison mettra aux prises des termes *a priori* incomparables (1147), à telle enseigne que l'appréciation livrée à son endroit sera affectée d'un choix subjectif, rationnellement indémontrable. Comment, en effet, comparer des pommes et des poires, si ce n'est par la projection de valeurs subjectives du décideur? L'objection déduite de l'incommensurabilité des termes en présence n'a cependant pas lieu d'être spécifiquement adressée à l'obligation de standstill (1148), et il ne convient en tout cas pas de s'y arrêter en concluant au caractère nécessairement arbitraire des décisions qui la concernent (1149).

3. L'exigence d'un recul sensible (ou significatif) (1150)

Pour se prononcer sur la pertinence de l'exigence d'un recul *significatif*, encore faut-il pouvoir déterminer ce qu'elle est destinée à traduire dans l'esprit des organes de contrôle qui la consacrent. On entrevoit à tout le moins trois possibilités.

Première possibilité. L'exigence d'un recul significatif est destinée à traduire la difficulté d'apprécier l'existence d'un niveau de protection équivalent, en raison de l'éventuelle incommensurabilité des termes de la comparaison (1151). Dans ce cas, elle n'aurait, selon nous, pas lieu d'être. En effet, si le juge ne constate pas l'existence d'un recul réalisé par la norme querellée, c'est soit en raison de l'absence de recul, soit parce que celui-ci est à ce point infime qu'il en devient imperceptible. Que le recul soit au contraire avéré, et l'exigence qu'il soit en outre significatif ou sensible n'a pas de sens. Qu'un doute persiste, et il devrait profiter à l'autorité publique, conformément aux principes guidant la répartition de la charge de la preuve (1152).

(1147) Sans compter que, compte tenu de l'inflation législative et de l'éventuelle complexité, voire de l'éparpillement des matières traitées, la détermination du niveau servant de base à la comparaison peut s'avérer fastidieuse.

(1148) D'autres principes – comme le principe de proportionnalité, le principe de la clause la plus favorable, ... – s'exposent à pareille critique (cf. notre thèse précitée, n° 343).

(1149) Il existe en effet des bornes susceptibles d'encadrer le choix du législateur et le contrôle du juge en matière de standstill (cf. notre thèse précitée, n° 344).

(1150) La pertinence de cette exigence n'est pas discutée dans la contribution de Ch.-H. Born et Fr. Haumont, à laquelle on renvoie cependant pour l'analyse de la jurisprudence récente.

(1151) Cf. *supra*.

(1152) Cf. notre thèse, n° 413 et s., sachant que, ramenées à l'obligation de standstill, les lignes dédiées à la question de la répartition de la charge de la preuve, dans le cadre d'un processus de développement durable, sont denses des développements originaux.

Deuxième possibilité. L'exigence d'un recul significatif traduit la reconnaissance, par le juge, d'une marge d'appréciation au profit du législateur (1153). De manière générale, la déférence du juge envers le législateur puise son fondement dans une donnée d'ordre technique : c'est la meilleure position, voire le surcroît d'expertise, dont jouit le législateur pour apprécier la manière d'exécuter ses obligations qui la justifie (1154). Cette meilleure position ne peut cependant être postulée *in abstracto*. Elle doit être vérifiée dans chaque cas d'espèce (1155). Dans la problématique qui nous retient, ce n'est donc que si le législateur a effectivement apprécié le respect de l'obligation de standstill - et peut ainsi se revendiquer de sa meilleure position - que le juge pourrait reconnaître une marge d'appréciation à son profit, et ne sanctionner que les erreurs manifestes d'appréciation. Or, force est de constater que dans les décisions jurisprudentielles recensées (1156), le juge ne se fonde jamais sur une éventuelle appréciation livrée par le législateur en matière de standstill pour exiger un recul significatif.

Troisième possibilité. L'exigence d'un recul significatif est destinée à traduire la marge d'appréciation inhérente à la réalisation et à la protection des droits fondamentaux. Eu égard au pouvoir d'appréciation qui lui revient dans cette mission, le législateur ne porterait atteinte à l'obligation de standstill que si, en jouant sur les modalités de protection d'un droit, il diminuait de manière significative son niveau de protection (1157). Ainsi comprise, l'exigence d'un recul significatif se justifie à notre estime (1158). Car s'il est vrai que le pouvoir d'appréciation se réduit en principe au fur et à mesure que le législateur intervient, celui-

(1153) La reconnaissance d'une marge d'appréciation est « un invariant structurel de la fonction de contrôle juridictionnel de droit public » (S. van Drooghenbroeck, *ibidem*, p. 493). Ainsi la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État belges rappellent-ils fréquemment qu'ils ne peuvent substituer leur appréciation à celle du législateur mais qu'ils sont toutefois tenus de vérifier si les critères choisis ne reposent pas sur une appréciation manifestement déraisonnable (voy. par exemple : C.E., *Inter-environnement wallonie*, 7 août 2008, n° 185.629 ; C.C., n° 121/2008, 1^{er} septembre 2008, cons. B.14.2).

(1154) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 501.

(1155) *Ibidem*, p. 496 et 502.

(1156) Voy. les références citées dans notre thèse, n° 346. Compar., pour une référence par la Cour constitutionnelle aux travaux préparatoires de la loi litigieuse attestant d'une prise en compte de l'obligation de standstill : C.C., n° 131/2010, 18 novembre 2010, cons. B.8.1.

(1157) Il convient de bien apercevoir la différence entre cette hypothèse et l'hypothèse précédente. Ici, ce sont les débiteurs de l'obligation de standstill *eux-mêmes* qui jouissent d'une latitude, tandis que dans l'hypothèse précédente, c'était le « contrôleur » qui faisait preuve de déférence à leur égard, en raison de l'appréciation à laquelle ils s'étaient livrés. Les deux hypothèses pourraient cependant se superposer dans le cas où le juge constaterait que le législateur s'est effectivement livré à une vérification du maintien d'un niveau de protection équivalent.

(1158) Compar. : Th. HAUZEUR, « Nuisances sonores générées par l'aéroport de Bruxelles-National », fin d'une note sous C.E., n° 189.998, 17 novembre 2008. *Coomans, C.D.P.K.*

Le principe de non-régression en droit de l'environnement 509

ci ne pouvant en principe plus, ensuite de son intervention, diminuer le niveau de protection consacré, il reste que la reconnaissance, à son profit, de la possibilité de jouer sur les modalités de protection du droit impose de lui reconnaître une certaine latitude à ce niveau. On peut en effet postuler qu'il n'existera jamais de régime juridique tout à fait équivalent, à telle enseigne que l'exigence d'un recul significatif pour conclure à une atteinte à l'obligation de standstill apparaît comme le corollaire nécessaire de la possibilité de garantir, différemment, un niveau de protection équivalent (1159).

Est-ce à dire que, si on lui prête la troisième signification, l'exigence d'un recul significatif, telle que formulée par la jurisprudence belge, doit être approuvée ? En partie, seulement. Il convient de distinguer, parmi les affaires concernées, celles dans lesquelles l'autorité publique entendait jouer sur les modalités de réalisation du droit, de celles où le législateur n'avait nullement cette intention. Dans le premier cas, l'État devrait disposer d'une certaine marge de manœuvre ; la diminution du niveau de protection induite par la nouvelle législation ne porterait atteinte à l'obligation de standstill que si elle est significative. Par contre, dans l'hypothèse où le législateur diminuerait le niveau de protection d'un droit sans chercher à maintenir un niveau de protection équivalent, le moindre recul devrait, à notre estime, entraîner une atteinte à l'obligation de standstill. Pour des motifs dont la validité doit être appréciée sous l'angle du principe de proportionnalité (1160), le législateur renonce, dans ce cas, à utiliser la marge d'appréciation dont il dispose, et rien ne justifie alors de réserver à l'obligation de standstill un traitement distinct des autres obligations négatives. Or, si l'on relit la jurisprudence belge à l'aune de la distinction proposée, force est de constater que l'exigence d'un recul significatif n'est pas toujours limitée aux affaires dans lesquelles une mesure compensatoire a été adoptée (1161), et, inversement, qu'elle n'est pas toujours posée dans cette hypothèse (1162).

Certes, des « cas limites » ne peuvent être exclus. Il se peut que, dans certaines hypothèses, l'on ne parvienne pas à déterminer si le législateur entendait jouer sur les modalités de protection d'un droit

(1159) Cf. *supra*.

(1160) Cf. *infra*.

(1161) Pour un cas dans lequel des mesures compensatoires ont été adoptées, et l'exigence d'un recul significatif est posée par la jurisprudence, voy. : C.C., n° 137/2006, 14 septembre 2006, cons. B.4.1 à B.9. Pour des cas où aucune mesure compensatoire n'a été adoptée mais où l'exigence d'un recul significatif est néanmoins posée, voy. : C.C., n° 137/2006, 14 septembre 2006, cons. B.4.1 à B.9.

fondamental considéré, ou, au contraire, diminuer le niveau de protection, sans volonté de maintenir une mesure équivalente. Dans ce cas, la question devrait à notre avis être réglée sur la base des règles répartitrices de la charge de la preuve (1163) : le doute devrait profiter à l'État, et un recul significatif serait dès lors exigé pour conclure à une atteinte à l'obligation de standstill.

4. La prise en compte de motifs d'intérêt général

Il n'y a lieu de se tourner vers l'examen de motifs d'intérêt général susceptibles de valider la régression opérée que si l'existence d'un recul significatif est établie (1164).

Sur le plan des principes, la relativité de l'obligation de standstill ainsi comprise, qui est affirmée par la jurisprudence belge, doit être approuvée. En effet, on ne pourrait juridiquement défendre la thèse d'un standstill absolu, s'opposant à toute régression (significative), qu'à condition que la norme garantissant le droit fondamental dont découle l'obligation de standstill revête elle-même un caractère absolu. Or, les obligations positives induites des droits fondamentaux étant généralement relatives, il en va de même de l'obligation de standstill qui les assortit (1165).

L'existence de motifs d'intérêt général ou de motifs impérieux (1166) peut donc, le cas échéant, justifier une régression (sensible), pour

(1163) Sur ce point, voy. notre thèse précitée, n° 413 et s. Ajoute la remarque formulée supra, note 1145.

(1164) Le fait de se placer à l'un ou l'autre niveaux devrait notamment présenter une incidence en termes de répartition de la charge de la preuve (cf. supra et infra), même si cet enseignement ne reçoit à ce jour aucune consécration dans la jurisprudence belge. Par ailleurs, on dispose au niveau de la prise en compte de motifs d'intérêt général – en tout cas sur le plan des principes (cf. infra) – d'un cadre (à savoir le contrôle de proportionnalité, cf. infra) qui fait défaut lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un recul significatif. Force est cependant de constater qu'à ce jour, la Cour constitutionnelle belge « surfe » volontiers sur ces deux niveaux, sans les distinguer clairement l'un de l'autre (voy., par exemple, C.C., n° 94/2010, 29 septembre 2010, cons. B.6.7. : « Il s'ensuit que l'article 6.1.1, alinéa 4, du Code flamand de l'aménagement du territoire n'entraîne pas en l'espèce une réduction sensible du niveau de protection de l'environnement ou une réduction sensible qui ne puisse être justifiée par des motifs d'intérêt général qui la fondent »).

(1165) Si le rapport d'accessoire à principal qu'entretient l'obligation de standstill à l'égard des obligations positives justifie cette proposition, encore convient-il de démontrer le caractère relatif des obligations positives (voy. à cet égard notre thèse précitée, n° 382 et s.).

(1166) À supposer que l'on doive prêter crédit à la terminologie privilégiée (motifs d'intérêt général ou motifs impérieux), il conviendrait de considérer que, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la référence à des « motifs impérieux » impose de mettre en balance des intérêts plus lourds que ceux couverts par les « motifs liés à l'intérêt général ». Personnellement, et peut-être à tort, nous n'avons cependant pas le sentiment que la référence, dans la jurisprudence, à des motifs impérieux ou d'intérêt général, s'accompagne, dans les faits, d'un durcissement ou d'un assouplissement de l'obligation de standstill. Nous ne pouvons pas d'attention particulière aux termes « motifs impérieux » et « motifs d'intérêt général » utilisés par la Cour constitutionnelle belge, ainsi que la

autant, évidemment – et la précision est d'importance –, que celle-ci réponde aux conditions de validité auxquelles est soumise toute restriction (1167), et, en particulier, à l'exigence de proportionnalité.

On rappelle à cet égard que le principe de proportionnalité comporte à la fois des aspects substantiels et des aspects formels. D'un point de vue substantiel, la proportionnalité contient trois exigences. La mesure doit être appropriée, elle doit être nécessaire, et elle doit être proportionnelle, au sens strict du terme. Sous l'angle formel, la proportionnalité s'attache à la manière dont s'est déroulé le processus décisionnel. Elle impose à l'autorité publique de démontrer qu'elle a évalué l'appropriation, la nécessité et la proportionnalité, au sens strict, de la mesure en cause, et qu'elle s'est donnée les moyens de réaliser cette évaluation de façon sérieuse. En l'espèce, l'obligation de justifier les choix opérés (1168) revient à exiger du législateur qu'il démontre avoir apprécié la conformité de la mesure projetée à l'obligation de standstill : à supposer que la norme en question consacre un recul (significatif) par rapport aux garanties préexistantes, le législateur devra justifier sa proportionnalité, en montrant qu'il a soigneusement recherché l'équilibre atteint. Dans cette perspective, il lui incombera de montrer qu'il a examiné les alternatives possibles et d'apporter la justification du choix fait en faveur de la solution retenue (1169).

À cet égard, la jurisprudence belge n'est pas à l'abri de toute critique. Ainsi la Cour constitutionnelle ne semble-t-elle pas accorder d'attention particulière à la manière dont le législateur s'acquitte d'éventuelles obligations formelles. Dans l'arrêt n° 51/2003, le juge constitutionnel va jusqu'à se déclarer incompétent « pour apprécier si l'adoption d'un décret aurait dû être précédée de consultations, d'études ou d'expertises » (1170). Cette position semble excessive : une

(1167) Cf. à cet égard notre thèse précitée, n° 388 et s.

(1168) Voy. notamment en ce sens l'observation générale n° 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur la nature des obligations des États parties, § 9, *in fine* : « toute mesure délibérément régressive (...) doit impérativement être examinée avec le plus grand soin, et pleinement justifiée par référence à la totalité des droits sur lesquels porte le Pacte, et ce en faisant usage de toutes les ressources disponibles » (souligné par nous).

(1169) En ce sens, l'obligation de standstill contribue à rationaliser le processus législatif (voy. à cet égard : F. TULKENS, « Principes de bonne législation et renouveau démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas ? », *Libér amicorum M. Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. p. 501). Dans certains cas, cette démonstration se révélera délicate à rapporter. Aussi, l'amplification du phénomène de l'évaluation législative apparaît-elle nécessaire si l'on veut prendre au sérieux l'obligation de standstill.

(1170) C.C., n° 51/2003, 30 avril 2003, cons. B.13. En l'espèce, et contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt, la Cour constitutionnelle ne se déclare pas incompétente pour apprécier si l'adoption d'un décret aurait dû être précédée de consultations, d'études ou d'expertises.

chose est, en effet, de refuser d'annuler une loi en se fondant uniquement sur le non-respect d'une obligation formelle ; une autre est de s'interdire d'avoir égard à la manière dont la décision a été adoptée dans la cadre de l'appréciation portée sur le respect du principe de standstill (1171).

Même cantonné à son versant substantiel, le principe de proportionnalité échappe parfois à un contrôle (rigoureux) de la Cour. Ce disant, on songe notamment à l'arrêt n° 87/2007 du 20 juin 2007, dans lequel le juge constitutionnel justifie une réduction sensible du niveau de protection de l'environnement par des motifs d'intérêt général. Au considérant B.9.2 de l'arrêt, des motifs d'intérêt général sont en effet avancés, mais ces motifs ne sont pas concrètement articulés avec les dispositions qu'elle révoque. Bien plus, la Cour ne réalise, en l'espèce, aucun contrôle de proportionnalité. C'est typiquement le genre d'arrêt qui est de nature à vider de toute substance le principe de standstill. En revanche, dans l'arrêt n° 137/2006, le juge conclut à l'absence de caractère proportionné du recul opéré, et ce, en se fondant, apparemment, sur l'importance de garanties de procédure – enquête publique et évaluation des incidences – consacrées par des textes internationaux ou européennes, qui ont largement aidé la Cour à franchir le pas (1172).

On l'a souligné il y a un instant : l'obligation de justifier les choix opérés revient à exiger du législateur qu'il démontre avoir apprécié la conformité de la mesure projetée à l'obligation de standstill. Encore faut-il aborder à présent les conséquences qui devraient être attachées au respect de cette obligation formelle.

Si le juge constate que le législateur s'est livré à une appréciation du respect de l'obligation de standstill au cours du processus décisionnel, il devrait en principe faire preuve de retenue à l'égard des appréciations posées par celui dont il contrôle les actes. La meilleure position, voire le surcroît d'expertise dont jouit le législateur pour apprécier la manière d'exécuter ses obligations internationales et constitutionnelles, justifie

développement de l'activité nocturne de l'aéroport de Bierset sur le sommeil des riverains et l'économie de la Région wallonne ; ils invoquaient à cette fin l'arrêt *Hatton*, rendu le 2 octobre 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme et dans lequel celle-ci imposait à l'État défendeur de justifier ses choix en se basant sur des études d'impacts économiques et environnementaux (déférée à la Grande Chambre, la portée de cette jurisprudence a cependant été substantiellement réduite ; voy. Cour eur. D.H., arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (G.C.) du 8 juillet 2003).

(1171) Voy. à ce sujet : F. TULKENS, « Principes ... », *op. cit.*, spéc. p. 501 et 502.

en effet une déférence du juge à son égard (1173). La reconnaissance, par le juge, d'une marge d'appréciation au profit du législateur devrait être la première conséquence attachée au respect de l'obligation de justifier les choix opérés. Elle emporte, elle-même, une seconde conséquence, dans la mesure où elle conduit à inverser la répartition de la charge de la preuve. Une telle inversion signifierait que, dans l'hypothèse où un doute subsisterait quant à la proportionnalité de la mesure régressive, ce serait à la partie requérante, et non à l'État, d'en supporter le risque. Comme l'écrit S. van Drooghenbroeck, « les *ratios* d'une telle inversion sont, fondamentalement, assez simples à saisir : si tant est que la concession d'une large marge d'appréciation procède de la reconnaissance de la 'meilleure position' du contrôlé par rapport au contrôleur pour évaluer les données factuelles sur lesquelles se fonde la décision litigieuse, il semble logique qu'en cas de doute persistant, le second se range *in fine* à l'évaluation du premier » (1174). Si, par contre, les travaux préparatoires ne révélaient pas la prise en compte de l'obligation de standstill par le législateur, ou dévoilaient une appréciation fondée sur une méthodologie *incorrecte*, le juge ne serait pas fondé à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation posée par ce dernier. Dans ce cas, en effet, le législateur n'aurait pas fait usage de sa meilleure position, et rien ne justifierait alors de lui reconnaître une marge d'appréciation en raison du surcroît d'expertise dont il dispose. Le juge devrait, par conséquent, exercer un contrôle strict de l'obligation de standstill, et, en cas de doute sur la proportionnalité de la mesure régressive, celui-ci devrait profiter au requérant, conformément aux règles répartitrices de la charge de la preuve (1175).

B. La légitimité d'un principe de non-régression relatif (1176)

La thèse d'un standstill absolu, interdisant toute régression, n'apparaît pas davantage souhaitable sur le plan des principes qu'elle n'est défendable d'un point de vue juridique. Car si le standstill absolu présente le mérite de stabiliser le temps juridique, il ne permet pas de penser le rapport à l'avenir et ce, pour deux raisons au moins. Tout d'abord parce que paraissant faire son deuil de l'avenir, le standstill

(1173) On a déjà eu l'occasion de le souligner plus haut, lorsqu'on cherchait à déterminer ce que traduit l'exigence, posée par la jurisprudence belge, d'un recul significatif (ou sensible).

(1174) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 233, n° 311.

(1175) *Id.*

absolu risque d'opérer un repli sur le passé. L'idée de progrès étant enterrée, le standstill absolu est, dans ce cas, découplé de tout projet, il n'envisage plus de possible réforme. Aussi « illustre(-t-il) cette situation de temps d'arrêt » (1177), induisant « une forme d'immobilité mentale » (1178). Ensuite parce qu'en marquant le passé du sceau de l'irréversibilité, il prédétermine à ce point l'avenir qu'il l'étouffe, voire le met en péril en bridant toute créativité (1179). Dans une conception absolue du standstill, l'intervention du législateur ne se limiterait en effet pas à engager - fût-ce de manière inconsidérée - les majorités parlementaires successives sur le plan financier ; elle les lierait également, et plus fondamentalement, quant au contenu de l'option politique adoptée. Or, dans la mesure où « (...) les ressources resteront limitées (...), un arbitrage permanent devra être opéré entre les besoins divers, tout aussi légitimes les uns que les autres (emploi, enseignement, soins de santé, aide au troisième âge, logement, protection de l'environnement, pensions de retraite,...) » (1180). Par ailleurs, non seulement, la protection conférée à un droit fondamental (ou à une composante de celui-ci), plutôt qu'à un(e) autre, repose sur des options politiques que les législateurs successifs, démocratiquement élus, pourraient légitimement vouloir contester, mais en plus la variabilité de l'intérêt général peut, le cas échéant, requérir de réviser les choix initialement posés.

S'opposer à tout retour en arrière risque, pour les raisons précédemment évoquées, d'induire une apathie, voire une paralysie du pouvoir législatif : « à trop vouloir consolider en aval les progrès réalisés, l'on risque d'inhiber, en amont, la réalisation du progrès, et d'encourager, par là-même, au statisme » (1181). C'est l'une des objections les plus couramment formulées à l'encontre de l'obligation de standstill et on le comprend aisément.

Du standstill, l'obligation de standstill relativisée retient l'inscription dans la durée des actions entreprises ; mais, relative, l'obligation de

(1177) F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 268.

(1178) J.-C. GUILLEBAUD, *Le goût de l'avenir*, Paris, Seuil, 2003, p. 79.

(1179) C'est du reste l'une des raisons pour lesquelles J. Vande Lanotte et G. Goedertier hésitent à reconnaître une obligation de standstill à l'endroit de l'article 23 de la Constitution belge (*Overzicht publiek-recht*, Brugge, die Keure, 2003, p. 572 et 573. Voir également : T. DE PELSMAR-KEKER et J. VANDE LANOTTE, « Economic, Social and Cultural Rights in the Belgian Constitution », *Economic, Social and Cultural Rights. An Appraisal of Current International and European Developments*, Antwerpen, Maklu, 2002, p. 275).

(1180) P. ORIANNE, « De la juridicité des droits économiques et sociaux reconnus dans les déclarations internationales », *Ann. Dr.*, 1974, p. 158. En ce sens également : D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 197.

(1181) P. MARTENS, « Con-
sécration des droits fondamentaux en Allemagne, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 197.

standstill ne fait pas fi de la réalité sociale, complexe et mouvante, sur laquelle elle opère. Autorisant, sous condition de proportionnalité, des retours en arrière, le standstill relatif n'empêche pas le droit de s'adapter, d'évoluer, de se réformer, de se ré-inventer pour répondre à de nouvelles attentes (1182). En revanche, il met le passé à l'abri des révisions intempestives en imposant de justifier le changement, et, ce faisant, il injecte une prise de distance nécessaire à la décision réfléchie, il contribue à rationaliser le processus législatif.

C'est donc une voie qui se situe à la croisée de la sécurité juridique et de la mutabilité de la norme que trace le standstill relatif, une voie entre la rigidité d'un standstill absolu et la flexibilité illimitée appelée par le marché, entre le droit moderne - avec ses attributs de systématisme, de généralité et de stabilité - et le droit post-moderne - « monde d'incertitude, de relativisme et d'indétermination » (1183). Bref, une voie qui concilie « le besoin de stabilité et le besoin de progrès » (1184).

Si le propos se conçoit en matière de droits sociaux, on pense également pouvoir le soutenir à l'égard du droit à la protection de l'environnement, en dépit de sa nature spécifique et de la temporalité dans laquelle il se déploie (1185). Encore convient-il de ne pas se méprendre sur la portée du principe de standstill relativisé. Quatre précisions méritent à cet égard d'être apportées.

Tout d'abord, la relativité de l'obligation de standstill préconisée ne se fonde aucunement sur un parti pris idéologique en faveur du libéralisme économique, ou sur la croyance selon laquelle la croissance ferait

(1182) F. Tulkens écrit à cet égard que « puisque c'est la raison et le progrès de celle-ci qui fondent le droit, il promet lui-même une 'démarche d'invention permanente' souvent méconnue (...) la temporalité prométhéenne du droit porte en elle-même une constante adaptabilité du droit » (« La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer ? », *R.I.E.J.*, n° 24, 1990, p. 37).

(1183) J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 98.

(1184) R. LIEVENS, « La relativité des concepts juridiques », *R.D.I.D.C.*, 1958, p. 82, n° 15.

(1185) Le droit à l'environnement a en effet pour objet « la sauvegarde d'un patrimoine commun, plutôt que l'appartenance et la maîtrise exclusives » (F. OST, « Quel rapport juridique à la nature : laissez-faire, réglementation, contrat naturel ou responsabilité ? », *Amén.*, 1991, p. 194). Par ailleurs, le créancier du droit à la protection d'un environnement sain est l'humanité toute entière, en ce compris les générations futures. En la matière, les actes posés aujourd'hui ont d'ores et déjà des conséquences sur les décisions à prendre demain ; la méconnaissance des obligations intergénérationnelles « risque d'entraîner des violations massives et irréversibles » (P. MEYER-BISCH, « D'une succession de générations à un système de droits humains », *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle. Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 340, note infra-paginale 10). Partant, la nature se présente sous la figure d'un patrimoine au sens romain du terme : une valeur matérielle et symbolique que l'on transmet de génération en génération, de sorte que personne n'en est propriétaire exclusif et qu'il est défendu d'en altérer la substance » (F. OST, « Quel rapport juridique à la nature : laissez-faire, réglementation, contrat naturel ou responsabilité ? », *Amén.*, 1991, p. 194).

le bonheur (1186). On entend simplement prendre acte du caractère limité des finances publiques (1187).

Ensuite, il n'est pas anormal que, dans nos sociétés connaissant un développement important, les énergies soient déployées afin d'opposer une résistance à la mondialisation croissante qui menace chaque jour d'écorcher les avancées sociales réalisées dans le passé. Mais cela ne modifie en rien notre propos selon lequel l'acquis ne peut être valorisé pour lui-même : les avancées réalisées ne doivent pas être défendues pour ce qu'elles ont été, mais parce que, aujourd'hui encore, elles sont porteuses de sens (1188).

D'autre part, il n'est pas contestable que la prise en compte de motifs d'intérêt général, dans le respect du principe de proportionnalité, s'accompagne de son lot d'insécurité juridique. Il en va cependant de l'obligation de standstill comme de toute norme autorisant des restrictions à son prescrit. Par ailleurs, ce n'est pas tant la reconnaissance de la relativité de l'obligation de standstill et l'introduction d'une exigence de proportionnalité destinée à l'encadrer, que la manière dont celle-ci est appliquée par le juge, qui prête le flanc à la critique. Seul un contrôle rigoureux du respect du principe de proportionnalité est en effet de nature à préserver la substance de l'obligation de standstill.

Enfin, ne perdons pas de vue que d'autres mécanismes sont susceptibles de refermer le passé qu'une conception relative de l'obligation de standstill contribue, pour sa part, à ouvrir. On pense au principe de l'intangibilité de la substance des droits fondamentaux, qui oppose une limite absolue à certaines régressions : celles qui portent atteinte au noyau dur des droits fondamentaux (1189). Avec la difficulté évidente d'en délimiter les contours, ce principe devrait permettre de faire obstacle aux actes qui entraîneraient une détérioration irréversible de l'environnement. Dans la mesure où il soustrait l'essentiel – et l'essentiel

(1186) En écho à l'article de I. CASSIERS et C. DELAIN, « La croissance ne fait pas le bonheur : les économistes le savent-ils ? », *Regards économiques*, mars 2006, n° 38, 14 p.

(1187) Sans rentrer dans des considérations qui excèderaient dans une large mesure notre compétence, on ne peut cependant perdre de vue que l'état des finances publiques n'est pas seulement déterminé par les dépenses publiques, mais est aussi fonction des choix effectués en termes de recettes, et, dans cette perspective, on peut légitimement se demander si une réforme fiscale qui impliquerait une diminution des recettes pourrait, au titre d'une insuffisance des finances publiques, justifier une restriction d'un droit fondamental.

(1188) La permanence des lois n'est qu'éventuelle et conditionnelle, écrivait J. Bentham : « tant que les raisons qui ont servi de motif à la loi subsisteront, la loi devra subsister elle-même » (cité dans la pensée de J. BENTHAM, *Actualité de la pen-*

seulement – à l'usure du temps, la reconnaissance d'un niveau de protection incompressible sur lequel le législateur ne pourrait revenir ne se heurte pas aux objections adressées au standstill absolu. En permettant d'assurer la transmission d'un patrimoine minimal aux générations futures, il complète au contraire adéquatement le mécanisme de standstill, conçu de manière relative.

II. – Les « autres principes de non-régression »

En matière d'environnement, tout spécialement, le principe de non-régression, tel qu'on vient de le développer, côtoie d'autres mécanismes juridiques également désignés par ce label ou celui de standstill que, pour rappel, on tient ici pour synonymes.

Ces « autres principes de non-régression » présentent, par contraste avec le premier, la particularité d'être traduits en une exigence précise (A) ou, à tout le moins, d'être expressément consacrés par une disposition normative (B). Dans le premier cas de figure, en tout cas, cette caractéristique n'apparaît pas dépourvue d'incidence sur le caractère relatif ou absolu du principe en cause. Il appartient dans cette hypothèse à l'auteur de la norme de prendre parti en faveur de l'une ou l'autre option. On se limitera, dans le cadre de cet exposé, à illustrer ce propos par quelques exemples, en renvoyant pour le surplus à notre étude précitée (1190).

L'attention accordée aux différences séparant le principe de non-régression déduit des droits fondamentaux des « autres principes de non-régression » ne doit cependant pas faire oublier que tous ces concepts présentent un certain nombre de points communs : destinés à protéger l'environnement, ils entretiennent tous un rapport au temps, tout comme ils imposent une obligation négative à l'État, ou, autrement dit, une obligation d'abstention.

A. Le principe de non-régression traduisant une exigence déterminée posée par une norme juridique à propos d'une hypothèse précise

Il arrive, en droit de l'environnement, que des directives européennes, recevant leur prolongement dans les droits nationaux, contiennent

une clause dite de non-régression, interdisant, en substance, de diminuer le niveau de protection atteint à un moment donné. On songe, par exemple, à l'article 3.1 de la directive 80/779/CEE du Conseil du 15 juillet 1980 concernant des valeurs limites et des valeurs guides de qualité atmosphérique pour l'anhydride sulfureux et les particules en suspension : « Les États membres prennent les mesures appropriées pour que, à partir du 1^{er} avril 1983, les concentrations d'anhydrides sulfureux et de particules en suspension dans l'atmosphère ne soient pas supérieures aux valeurs limites figurant à l'annexe I, sans préjudice des dispositions ci-après », autorisant des dérogations limitées (1191).

Découplée d'une obligation positive œuvrant à l'effectivité du droit fondamental dont elle serait déduite, l'obligation négative de non-régression est du même coup soustraite à une perspective dynamique qui rejaillirait sur son régime juridique. Elle n'a pas vocation à engranger les pas réalisés dans le sens d'un objectif déterminé. Elle interdit « seulement », et sous réserve de dérogations temporaires, de diminuer le niveau de protection atteint (ou à atteindre) à un moment donné (en l'espèce, le 1^{er} avril 1983) (1192).

L'exemple qu'on vient de donner mérite à notre avis d'être distingué d'un autre type de clause de non-régression, que l'on retrouve dans plusieurs directives également. Ainsi, l'article 11.6 de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, dispose qu'« en mettant en œuvre les mesures visées au paragraphe 3, les États membres prennent toutes les dispositions nécessaires pour ne pas augmenter la pollution des eaux marines. Sans préjudice de la législation existante, l'application des mesures prises dans le cadre du paragraphe 3 ne peut en aucun cas causer, directement ou indirectement, un accroissement de la pollution des eaux de surface » (1193). La directive admet cependant qu'il puisse « exister des raisons de déroger à l'exigence de prévenir toute dégradation supplémentaire de l'état des eaux ou de parvenir à un bon état dans des conditions spécifiques, si le non-respect de cette exigence résulte de

(1191) Les considérants de la directive précisent à cet égard que « ces valeurs limites risquent, en dépit des mesures prises, de ne pas pouvoir être respectées dans certaines zones et que, dès lors, les États membres doivent pouvoir bénéficier de dérogations limitées dans le temps, à condition de présenter à la Commission des plans d'amélioration progressive de la qualité de l'air dans ces zones ».

(1192) Législation belge. cf. notre thèse précitée, n° 518.

circonstances imprévues ou exceptionnelles, en particulier d'inondations ou de sécheresse, ou, en raison d'un intérêt public supérieur, de nouvelles modifications des caractéristiques physiques d'une masse d'eau de surface ou de changements du niveau des masses d'eau souterraine, à condition que toutes les mesures réalisables soient prises pour atténuer l'incidence négative sur l'état de la masse d'eau » (1194).

La portée de la directive précitée – dont le considérant reproduit atténue également le caractère absolu de la clause de non-régression –, nous paraît pouvoir différer de l'hypothèse précédemment envisagée. Cette clause ne signifie-t-elle pas que la mise en œuvre de la directive, et des mesures qu'elle prescrit, ne permet pas aux États membres de diminuer le niveau de protection national atteint au moment de l'adoption de celle-ci ? À la lumière de l'arrêt *Mangold* rendu par la Cour de justice (1195), on serait enclin à le penser. Si tel était le cas, les États membres demeureraient libres, en dépit de l'existence de la directive et dans le respect des autres normes juridiques, d'apprécier la nécessité de diminuer le niveau de protection national atteint pour une raison *autre* que la mise en œuvre de celle-ci (1196).

B. Le principe de non-régression consacré comme tel par une norme juridique

En droit belge, le principe de standstill est consacré, comme tel, dans plusieurs normes internes et ce, essentiellement en Région flamande. Ainsi, l'article 1.2.1, § 2, du décret du 5 avril 1995 de la Région flamande contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement énonce que « la politique de l'environnement vise un niveau élevé

(1194) Cons. 32 de la directive précitée.

(1195) C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, 144/04. Voy. à ce sujet notre thèse précitée, n° 521 et les références citées.

(1196) Une question identique se pose à propos de certaines conventions internationales. On songe par exemple à l'article 2, 7°, de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, qui prévoit que « (l')application de la présente Convention ne doit pas donner lieu à une détérioration de l'état de l'environnement ni à un accroissement de l'impact transfrontière » (Helsinki, 17 mars 1992). Certes, il n'est pas question en l'espèce de « transposer » la Convention, au sens où on l'entend pour les directives européennes. Il reste que toute disposition normative est susceptible d'appeler des mesures d'exécution pour son application. La portée de cette disposition n'est-elle pas d'interdire qu'à cette occasion, l'État puisse tirer prétexte du niveau de protection requis par la Convention pour diminuer celui actuellement observable dans son ordre juridique interne ? La question mérite à tout le moins d'être posée. Si une réponse négative devait lui être apportée, ces clauses de standstill figurant dans différentes directives européennes et conventions internationales auraient alors une portée plus large, celle d'interdire en principe toute régression.

de protection sur la base d'une évaluation des différentes activités sociales. Elle repose notamment sur le principe de la prévoyance, le principe de l'action préventive, le principe que les atteintes à l'environnement doivent par priorité être combattues à la source, le principe de *standstill*, et le principe que le pollueur paye ». Et le législateur d'ajouter au paragraphe 3 que « les (...) principes visés (au) § 1^{er} (...) doivent être incorporés dans l'élaboration et la mise en œuvre de la politique de la Région flamande dans d'autres domaines. Lors de la mise en œuvre de la politique, il est tenu compte des aspects socio-économiques, de la dimension internationale et des données scientifiques et techniques » (1197).

Que recouvre ce principe? Qu'il s'agisse d'un principe directeur de l'action, à l'instar des autres principes consacrés par le décret du 5 avril 1995, est certain. Mais pour le surplus, ni le décret ni les travaux préparatoires ne développent davantage ces principes (1198). Quant à la doctrine, elle reste relativement vague sur la portée exacte à conférer à ce principe, en ce compris sur le caractère relatif ou absolu qui est le sien (1199). Un auteur comme J. Verschuuren ne lui en reconnaît pas moins trois fonctions, à l'instar des autres principes directeurs que le principe de *standstill* côtoie. « Firstly, principles are guidelines for the interpretation of statutory rules. Secondly, they can stimulate environmental considerations to be integrated into non-environmental policies (the 'integration principle'). Thirdly, principles can be used by the judiciary to test governmental decisions in case of obvious neglect by the authorities » (1200). Ainsi, la régularité des règlements et actes administratifs individuels pourrait être contrôlée à l'aune de ce principe (1201).

(1197) M.B., 3 juin 1995.

(1198) Voy. en ce sens : L. LAVRYSEN, *De ontwikkeling van het Europese, Belgische en Vlaamse milieurecht in een wijzigende institutionele context (onderzoek naar de ontwikkeling van het milieurecht vanuit een publiekrechtelijke invalshoek)*, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 695 ; J. VERSCHUUREN, *Principles of Environmental Law. The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European and National Environmental Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 122.

(1199) Voy. à cet égard : L. LAVRYSEN, « European Environmental Law Principles in Belgian Jurisprudence », *Principles of European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 87 ; L. LAVRYSEN, *De ontwikkeling ...*, op. cit., p. 695, et les références citées ; J. VERSCHUUREN, op. cit., p. 57 ; Ch.-W. BACKES et al., *Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer*, Den Haag, Boom, 2002, p. 93, point 5.2.1.

(1200) J. VERSCHUUREN, *Principles ...*, op. cit., p. 122.

(1201) Voir en ce sens : L. LAVRYSEN, *De ontwikkeling ...*, op. cit., p. 695 et 696 et les références citées. Voir également : N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de prévention*. *Ecgi sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, 49, p. 244. En jurisprudence, voy. notamment à cet égard : 24 februari 2005,

Conclusion

En tant que principe général de droit déduit des obligations positives requises pour l'effectivité des droits fondamentaux, le principe de non-régression est relatif à un triple titre. Premièrement, il ne confère pas à ses bénéficiaires un droit acquis à la norme, mais exige en principe le maintien d'un niveau de protection équivalent. Deuxièmement, la moindre diminution de ce niveau de protection n'entraîne pas une atteinte à l'obligation de *standstill* : un recul significatif est exigé (cette exigence ne nous apparaît cependant fondée que dans l'hypothèse où le législateur entend garantir différemment le droit fondamental considéré). Troisièmement, une atteinte à l'obligation de *standstill* n'entraînera une violation de celle-ci qu'en l'absence de motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier au terme d'un contrôle de proportionnalité.

En revanche, lorsqu'elle présente la spécificité d'être expressément consacrée, le régime juridique de l'obligation de non-régression peut être modalisé en fonction des lieux de son apparition (interdiction de reculer relative ou absolue, temporaire ou définitive, ...), selon ce que le texte prévoit ou la jurisprudence en infère. À supposer qu'elle soit rédigée en termes absolus, on ne pourrait cependant exclure que la clause de *standstill* destinée à protéger le droit de l'environnement entre en concurrence avec d'autres droits fondamentaux ou motifs d'intérêt général, à telle enseigne qu'en pratique, le juge soit conduit à opérer une balance des intérêts en présence. Quant à la portée du principe de non-régression consacré comme tel, et sans autre explicitation, dans un texte normatif, elle apparaît bien trop imprécise pour pouvoir soutenir, en l'état actuel du droit, son caractère absolu.