

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le droit européen de l'environnement

Thunis, Xavier

*Published in:*  
L'Europe et ses citoyens

*Publication date:*  
2000

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Thunis, X 2000, Le droit européen de l'environnement: le discours et la règle. dans L le Hardÿ de Beaulieu (ed.), *L'Europe et ses citoyens*. Lang, Bruxelles, pp. 151-165.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## CHAPITRE 6

# Le droit européen de l'environnement : le discours et la règle

Xavier THUNIS

*Chargé de cours aux Facultés Universitaires  
Notre-Dame de la Paix à Namur,  
Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain*

Le droit de l'environnement connaît un essor spectaculaire au niveau européen. Il emprunte des formes juridiques variées. Certaines, comme la directive ou le règlement, sont classiques. D'autres, comme la recommandation, le programme d'action ou l'accord environnemental, sont plus originales mais aussi plus difficiles à cerner au regard de la théorie des sources du droit. Le texte qui suit s'interroge sur la nature juridique des normes environnementales. Il met en évidence la part prise par la réglementation douce (« soft law ») et le rôle croissant des juges dans la construction du droit européen de l'environnement, notamment par le biais du principe de précaution.

### Introduction à l'économie d'un discours

Le langage a beaucoup en commun avec la monnaie. Plus un signe monétaire ou linguistique est utilisé, plus il court le risque de perdre de sa valeur.

Le droit européen de l'environnement, comme bon nombre de disciplines juridiques, est frappé d'inflation. Discipline jeune, aux frontières incertaines, il compte plusieurs centaines d'actes normatifs<sup>1</sup>. Cette masse

---

<sup>1</sup> En 1997, L. Kramer (*Focus on European Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 2e édition) en dénombrait à peu près deux cents tout en ajoutant que des

de textes, dont la force obligatoire n'est pas toujours bien nette, est difficile à maîtriser et à comprendre. Fruits de compromis successifs sur le plan politique, ces textes prétendent s'appliquer à un donné scientifique et technique évolutif et controversé qui les force à rester instables et ouverts. Il en résulte un droit d'experts, ce qui contredit l'idéal démocratique de participation et de transparence de ceux qui entendent protéger l'environnement.

Le législateur européen n'est pas seul en cause. Le discours juridique, c'est le discours législatif mais aussi le discours jurisprudentiel. Pour savoir si une pelure de banane ou un tas de compost sont vraiment des déchets ou si une directive européenne, qui n'a pas été transposée en droit interne, a un effet juridique, il faut avoir le courage et la compétence de lire plusieurs dizaines d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes.

D'autres formes d'inflation moins massives affectent le droit européen de l'environnement. La répétition d'un même terme, de façon parfois incantatoire, risque de le dévaloriser ou d'en altérer la signification, que ce soit aux yeux des juristes ou du grand public. Le terme responsabilité par exemple, qui a une signification juridique précise, est utilisé au niveau européen dans les contextes et les textes les plus divers, qu'il s'agisse du Livre Vert sur la réparation des dommages à l'environnement<sup>2</sup> ou du cinquième programme d'action communautaire<sup>3</sup>. À mélanger les acceptions éthiques, politiques et juridiques et à rendre chacun responsable de tout et de rien, on risque d'affaiblir cette conscience et cette vigilance qu'il s'agit précisément d'élargir au prochain et au lointain.

« Entre deux mots, plaisantait Valéry, il faut choisir le moindre. » Si le poète parle d'eau pure et l'homme moyen d'eau potable, la Directive européenne du 16 juin 1975<sup>4</sup> parle, quant à elle, de la « qualité des eaux

chiffres précis sont difficiles à donner, vu le flou qui entoure le concept d'environnement.

<sup>2</sup> L'intitulé exact est le suivant : « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen et au Comité économique et social : Livre Vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement », COM(93)47 final.

<sup>3</sup> *Vers un développement soutenable*, Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement, *J.O.C.E.*, C 138/5 du 17 mai 1993. Il y est question, à plusieurs reprises, de partage des responsabilités (cf. notamment au n° 33).

<sup>4</sup> *J.O.C.E.*, L 194/26 du 25 juillet 1975.

douces superficielles utilisées ou destinées à être utilisées à la production d'eau alimentaire ». En Wallonie s'écoulent maintenant des eaux « potabilisables » tandis que les décharges se transforment en centres d'enfouissement technique. Reflet d'une époque sans doute où il n'y a plus de sourds mais des malentendants... Les mots de plus de trois syllabes emportent souvent dans leurs méandres une réalité inquiétante.

Enfin, il y a l'inflation des dénominations. Comment l'honnête homme et le juriste doivent-ils s'y prendre pour désigner l'Europe ? Communauté européenne, Communautés européennes ou Union européenne ? L'instabilité et la diversité des dénominations ne sont pas pures questions de forme. Elles reflètent un manque de consistance de la réalité qu'il s'agit de nommer.

### La norme incertaine

Le temps du juridique, le temps noble tel que la communauté juridique se le représente, est un temps long. Comme l'écrit Michel Virally : « Tout ordre juridique est un défi au temps, un effort de conservation de l'état social qu'il établit. »<sup>5</sup>

Pour le juriste, est vraiment juridique la règle qui dure, celle dont l'abstraction et la généralité lui permettent de se renouveler à l'épreuve des faits sans perdre sa stabilité.

Le droit ne répond plus que partiellement à cet idéal. La norme est devenue instable dans le temps. Elle paraît avoir renoncé à maîtriser ou à construire un futur. Les règles de droit contemporaines visent moins à ordonner une situation en fonction d'un projet politique qu'à gérer un système complexe par une série d'ajustements successifs tendant à des équilibres toujours provisoires<sup>6</sup>. À l'instar de la régulation des naissances ou de la température, la « régulation juridique » évoque bien le rôle d'accompagnement dévolu aux règles dans la recherche d'une homéostasie, d'un équilibre (auto)régulé fluctuant à l'intérieur de certaines marges de tolérance.

Le droit européen de l'environnement, comme tout le droit européen<sup>7</sup>, est submergé par cette vague régulatoire. Les normes environne-

<sup>5</sup> M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 188.

<sup>6</sup> Sur ce point, cf. F. Ost, « La régulation : des horloges et des nuages... » in B. Jadot et F. Ost (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 20 et s.

<sup>7</sup> La Communauté européenne a pu être présentée comme un véritable laboratoire de la régulation. X. Delgrange, L. Detroux et H. Dumont, « La régulation en droit public »,

mentales paraissent pratiquement condamnées à s'adapter en fonction d'un « objet » dont les lois de fonctionnement et de réaction sont mal connues et controversées<sup>8</sup>.

La norme est incertaine dans un deuxième sens. Le droit européen de l'environnement ne s'implante pas sur un terrain vierge. Des concurrents existent : le droit de la santé, de l'énergie ou de l'aménagement du territoire. Ce n'est pas le vide juridique qui menace, c'est le trop plein. Au niveau régional, fédéral et européen se multiplient les sources de droit qui peuvent émettre des signaux ambigus ou contradictoires. Derrière elles existent des pouvoirs, des hommes et des institutions dont les zones d'intervention ne sont pas toujours clairement fixées *a priori* mais se délimitent progressivement, en fonction de stratégies déterminées par le fondement juridique et les contraintes procédurales de tel ou tel mode d'action. Ainsi, pour répondre aux objections que suscitait son intervention en matière de responsabilité civile environnementale, la Commission, dans le Livre Vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement, indique que des disparités entre les régimes de responsabilité civile des différents États membres risquent de provoquer des distorsions anticoncurrentielles entre les entreprises selon leur localisation.

Sur la base de cette justification formelle et contestée par les entreprises elles-mêmes, la Commission parvient ainsi à déclencher la réflexion non pas sur l'instauration de conditions plus concurrentielles mais sur la réalisation d'un niveau élevé de protection de l'environnement dans l'ensemble du territoire européen<sup>9</sup>.

De façon plus générale, on sait que le choix de la base juridique pour les actes ayant trait à la protection de l'environnement a fait<sup>10</sup> et continuera de faire l'objet de discussions et même de conflits au niveau européen. La base juridique retenue détermine en effet la procédure suivie

pour l'élaboration de la norme communautaire et donc le poids des différents institutions (Commission, Parlement, Conseil) appelées à y participer.

À l'échelon communautaire, le choix est donc largement conditionné par la volonté de chacune des institutions d'affermir ses pouvoirs tout en contenant ceux des autres, et par le souci des États membres de mettre en œuvre l'harmonisation la moins menaçante possible pour leur souveraineté.

La norme est incertaine dans un troisième sens, plus fondamental. À quelle norme a-t-on affaire ? S'agit-il réellement d'une norme juridique ? L'incertitude ne provient plus de l'instabilité de la norme dans le temps ou du choix de la norme à appliquer. Elle porte sur sa nature, sur sa force obligatoire, sur sa juridicité même.

Le phénomène n'est pas propre au droit européen de l'environnement. En droit belge, par exemple, la nature juridique du Plan wallon des déchets a été discutée avant d'aboutir à la conclusion qu'il s'agissait non pas de droit mais d'une déclaration de politique générale<sup>11</sup>. En droit européen, l'incertitude se manifeste de deux manières.

Tout d'abord, par le brouillage des catégories traditionnelles, directives et règlements. Certaines directives se font tellement précises et contraignantes qu'elles finissent par ressembler à des règlements<sup>12</sup>. À l'inverse, d'autres directives, plus évanescentes, se contentent d'énoncer un cadre, des principes généraux ou encore des lignes directrices, ce qui les apparente à des déclarations d'intention. Les règlements, quant à eux, pourtant obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans les États membres (art. 249 nouveau, ex-article 189), sont utilisés pour encadrer des formes de participation volontaire des entre-

<sup>11</sup> Voy., sur ce point, B. Jadot, « Le Plan wallon des déchets 1991-1995 : ce n'était pas du droit... », obs. sous C.E. n° 62.261, 21 novembre 1996, *Amén.-Env.*, 1997/2, p. 121 et s. Quant au Plan d'Environnement pour le développement durable en Région wallonne (mars 1995), selon ses propres termes (p. 17) : « Les objectifs du Plan, à l'instar de ceux du Ve Programme 'environnement' de la communauté européenne (nous soulignons), n'ont pas de valeur juridiquement contraignante. Ils sont conçus comme des axes directeurs et des repères à suivre en vue de progresser dans la voie souhaitée pour toute décision à prendre par la Région... Le Plan constitue ainsi une 'source médiate de légalité' ». La portée de cette dernière expression, tirée du droit administratif français, prête à discussion.

<sup>12</sup> Ceci a été admis par la Cour de justice. Cf. C.J.C.E., 23 novembre 1977, aff. 38/77, *Enka, Rec.*, p. I-2203. Pour plus de détails, L. le Hardý de Beaulieu, *L'Union européenne*, Presses universitaires de Namur, 1998, p. 12 et s.

in *Élaborer la loi aujourd'hui...*, op. cit., p. 91 et s. (ces auteurs prennent pour illustration la libéralisation des télécommunications).

<sup>8</sup> Sur la notion d'univers controversé, O. Godard, « De l'usage du principe de précaution en univers controversé », *Futuribles*, février-mars 1999, p. 37 et s. Comme le souligne l'auteur (p. 40), « En univers controversé, les controverses scientifiques alimentent ou rejoignent des controverses sociales... ».

<sup>9</sup> Pour plus de détails, X. Thunis, « Le temps de la responsabilité. Réflexions sur la Convention du Conseil de l'Europe et sur le Livre Vert concernant la réparation des dommages causés à l'environnement », *Amén.-Env.*, 1993/4, p. 216 et s.

<sup>10</sup> À ce sujet, N. de Sadeleer, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles-Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1995, p. 134 et s.

prises. Les règlements sur l'éco-audit<sup>13</sup> ou sur l'éco-label<sup>14</sup> illustrent cette confusion des genres. Ils énoncent des principes dont l'efficacité est suspendue à l'adhésion de ceux qu'ils sont supposés régir. On reviendra sur cette insertion du volontaire dans la réglementation.

D'autre part, le droit européen de l'environnement recourt fréquemment à des instruments apparemment dépourvus de toute force juridique tels que les résolutions, les communications, les « Livres », verts ou blancs, les déclarations ou les recommandations. Ces dernières ont un statut particulièrement ambigu. Elles sont explicitement prévues par le Traité C.E. dans son article 249 (ex. art. 189) : « Les recommandations et les avis ne lient pas. » Voici un texte clair, apparemment.

La Cour de justice, dans un arrêt du 13 décembre 1989<sup>15</sup>, a cependant précisé que « les juges nationaux doivent prendre les recommandations en considération en vue de résoudre les litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre ». Ceci revient à reconnaître à la recommandation un effet utile plus important que ne le laisse supposer la lecture de l'article 249, alinéa 5.

Cette montée en grade vient, *a posteriori*, du juge, ce qui donnerait raison à l'affirmation du Chief Justice Holmes : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law. »<sup>16</sup>

### Quand le droit n'ose plus dire son nom

Les anglo-américains désignent par « soft law » tout un complexe de règles et de pratiques régulatrices, constituées d'une part de normes professionnelles et techniques produites par les pouvoirs privés, d'autre part, de recommandations, résolutions, déclarations d'intention, bref de formes douces d'intervention adoptées par les autorités publiques.

<sup>13</sup> Règlement 1836/93 du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit, *J.O.C.E.*, L 168 du 10 juillet 1993, p. 1.

<sup>14</sup> Règlement 880/92 du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique, *J.O.C.E.*, L 99 du 11 avril 1992.

<sup>15</sup> C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Rec.*, 1989, p. I-4407 ; *J.L.M.B.*, 1990, p. 326 et s., obs. D. Martin.

<sup>16</sup> O.W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, vol. X, 1897, p. 461.

« Soft law » est une expression difficilement traduisible. Elle évoque un droit dont la souplesse contraste avec la rigidité des règles étatiques classiques (« hard law »). Des traductions existent. Droit vert ou droit assourdi<sup>17</sup> mettent l'accent sur un devenir normatif sourd qui travaille en quelque sorte le système juridique du dedans<sup>18</sup>. « Soft law » pourrait aussi se traduire plus librement : quand le droit n'ose plus dire son nom. Cette traduction n'exclut pas les précédentes mais elle attire l'attention sur l'intervention en demi-teinte des pouvoirs publics nationaux ou européens qui, pour toute une série de raisons, renoncent de plus en plus souvent à l'impératif juridique classique (le « tu dois ») au profit de formules où se mêlent le souhait, l'incitation et la menace. La nature exacte de ce droit mou, flou ou gazeux est difficile à déterminer<sup>19</sup>.

S'agit-il encore de droit ?

On ne s'aventurera pas, dans ces quelques réflexions, sur le terrain miné de la définition du droit. Le phénomène de la régulation douce par les pouvoirs publics et, plus encore, celui de l'autorégulation par les pouvoirs privés oblige à réexaminer la théorie des sources de droit en termes gradualistes plus qu'en termes d'opposition binaire entre droit et non droit. L'évolution contemporaine fait apparaître une sorte de dégradé juridique, un *continuum* entre différentes formules normatives recourant, selon des pondérations variables, à la contrainte et à l'adhésion.

Pour illustrer ceci, qu'on nous permette un détour par le droit européen des paiements. Cette matière étudiée par ailleurs<sup>20</sup> montre que le jeu entre les normes incitatives promulguées par les autorités européennes et l'autorégulation du secteur concerné se déroule de façon parfois très complexe. Dans sa Recommandation du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement<sup>21</sup>, la Commission européenne, pour

<sup>17</sup> F. Rigaux, « Le droit au singulier et au pluriel », *R.I.E.J.*, 1982/9, p. 19, ainsi que p. 42 et s.

<sup>18</sup> P. M. Dupuy, (« Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *R.G.D.I.P.*, 1997/4, p. 873 et s.) parle, quant à lui, (p. 877 et 889) de droit programmatoire dont il souligne l'insertion progressive dans des instruments juridiquement contraignants (p. 892 et s.).

<sup>19</sup> À ce sujet, F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », *R.T.D.Civ.*, 1995, p. 509 et s.

<sup>20</sup> X. Thunis, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Presses universitaires de Namur, 1996, p. 60 et s.

<sup>21</sup> *J.O.C.E.*, L. 317/55 du 24 novembre 1988.

assurer la protection des titulaires de cartes de paiement, « demande » aux émetteurs, aux banques entre autres, de fournir aux titulaires une information appropriée et de prévoir, en leur faveur, un plafonnement des dommages, en cas de perte, de vol ou de contrefaçon de l'instrument de paiement. Il s'agit là d'un appel direct à l'autoréglementation par le secteur concerné. Bien que le texte de la recommandation ne soit pas formellement contraignant, les émetteurs d'instruments de paiement ont été obligés, pour éviter une directive, d'adopter un code de bonne conduite qui a repris, sur bien des points, le contenu de la recommandation. Ce n'était pas tout. Encore fallait-il, pour répondre aux inquiétudes de la Commission concernant précisément la force obligatoire du code à l'égard de l'ensemble des émetteurs européens, que soient aussi modifiés, en conformité avec la recommandation et le code, les accords, bien obligatoires ceux-là, conclus entre les émetteurs et leurs clients.

En pratique, le contrôle de la conformité est effectué par la Commission mais aussi et surtout par les organisations représentatives des consommateurs.

Comme le montre cet exemple, la distinction entre droit et non droit devient très mouvante dans ce processus où alternent normes douces et (menace de) normes dures. Cette alternance débouche parfois sur l'indistinction. Faut-il y voir une dégradation du phénomène juridique ? Les appréciations divergent. Elles reflètent des philosophies du droit et sans doute aussi des philosophies politiques profondément différentes. Dans une étude très remarquée consacrée au droit international public, P. Weil a plaidé vigoureusement pour une restauration du seuil de normativité permettant de distinguer droit et non droit<sup>22</sup>. Selon la doctrine inspirée par le pluralisme juridique au contraire, l'existence d'un droit assourdi démontre qu'il n'y a pas de rupture de continuité entre les différentes formes d'impératifs et qu'il n'y a aucune raison de considérer les États comme les foyers exclusifs de la juridicité<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> « Vers une normativité relative en droit international public ? », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 5 et s. ; Adde Ch. Leben, « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits*, n° 5, P.U.F., 1987, p. 121 et s.

<sup>23</sup> F. Rigaux, *op. cit.*, p. 19 et s. L'auteur écrit même (p. 55 et s.) que « la doctrine du pluralisme juridique est logiquement menée à nier toute différence de nature entre morale et droit, entre le *sollen* juridique et le *sollen* moral ».

## Gouverner la société par contrat ?

En droit contemporain, et cela vaut aussi en droit européen de l'environnement, tout se passe comme si différents pôles de production normative, privés et publics, contribuaient, par leur interaction et leur coopération, à un équilibre dynamique du système juridique. Le phénomène a toujours existé, ne serait-ce que parce que la liberté contractuelle, admise dans notre droit, opère une décentralisation du pouvoir législatif. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » dit l'article 1134, alinéa 1 du Code civil.

La montée en force d'un droit négocié donne toutefois au phénomène une tout autre ampleur<sup>24</sup>. Le contrat, idée régulatrice (cf. le contrat social de Rousseau ou le contrat naturel de Michel Serres) et réalité juridique positive, est devenu technique de gouvernement. L'autorité publique, nationale ou européenne, substituée à son pouvoir d'action un mode d'intervention fondé sur la participation volontaire de ceux qu'elle entend régir. À vrai dire, c'est plutôt d'un gouvernement par consensus<sup>25</sup> qu'il faudrait parler. Ainsi, dans les matières de l'éco-label ou de l'éco-audit, les entreprises deviennent des partenaires pour la réalisation du développement durable plutôt que les destinataires de normes imposées par l'autorité<sup>26</sup>. Cette approche volontaire concrétise le choix d'un partage de responsabilités exprimé par le Cinquième programme qui, notons-le, tout en n'ayant pas en soi de valeur contraignante, oriente toute une politique juridique<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Sur ce thème, cf. Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerckove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1996, 703 pages.

<sup>25</sup> Le consensus nous paraît différent du contrat. Celui-ci implique certes un accord de volontés, un consensus, si l'on veut, sur un certain objet mais il s'agit d'un accord explicite des parties qui contractent, après avoir pris la mesure de différences exprimées. Le consensus, dont on dit parfois qu'il est mou, se caractérise plus par une absence d'opposition que par une manifestation explicite de volonté sur des intérêts reconnus, après discussion, comme conciliables.

<sup>26</sup> Ph. Renaudière, « Phénomènes et instruments 'consensuels' ou non contraignants en droit communautaire de l'environnement », *Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement*, n° spécial *Amén.-Env.*, 1997, p. 12.

<sup>27</sup> V. sur ce point, les réflexions de L. Krämer, « Tendances actuelles dans le droit européen de l'environnement », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 140 et s.

Autre exemple : la Directive du Conseil des Communautés européennes du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates<sup>28</sup> à partir de sources agricoles contient un article 4 selon lequel :

En vue d'assurer pour toutes les eaux un niveau général de protection contre la pollution, les États membres dans un délai de deux ans à compter de la présente directive :

a) établissent un ou des codes de bonne pratique agricole, qui seront mis en œuvre volontairement par les agriculteurs et qui devraient contenir au moins les éléments énumérés au point A de l'annexe II.<sup>29</sup>

Plus nettement et de façon beaucoup plus générale, une recommandation de la Commission du 9 décembre 1996<sup>30</sup> prône le recours aux accords environnementaux entre les pouvoirs publics et l'industrie pour mettre en œuvre certaines dispositions des directives communautaires. Pour autant qu'ils satisfassent à des exigences de précision et de publicité (cf. art. 2. 2 et 2. 3 de la recommandation), ces accords pourraient *se substituer* à la législation ou la compléter. Il s'agit là, *stricto sensu*, d'une technique de gouvernement par contrat.

Cette technique présente des avantages et des risques. Le contrat séduit par sa flexibilité. Son utilisation traduit aussi la volonté du pouvoir politique de faire oublier qu'il impose et de recueillir l'adhésion de ceux qu'il entend régir. Le procédé n'est cependant pas exempt d'ambiguïtés. Le contrat a aussi une part de rigidité : dans la mesure où il fait la loi des parties (art. 1134 C. civ.), il est moins avantageux pour le partenaire public que l'action unilatérale qu'il risque de paralyser.

Les formes sont sœurs jumelles de la liberté, écrivait Savigny. Cette réflexion est toujours d'actualité et il est à craindre que le gouvernement par contrat, généralement apprécié pour sa souplesse et son caractère

<sup>28</sup> J.O.C.E., L 375/1 du 31 décembre 1991.

<sup>29</sup> Ce code de bonnes pratiques a été repris en annexe d'un arrêté du gouvernement wallon du 5 mai 1994, c'est-à-dire dans une norme classique précisant toutefois que le code n'acquiert force obligatoire que s'il fait partie d'un programme d'action ! Voyez la perplexité de P. Henry, « Les codes de bonnes pratiques », *Amén.-Env.*, 1997, n° spécial, p. 45 et s.

<sup>30</sup> J.O.C.E., L 333/59 du 21 décembre 1996. Voyez aussi la Résolution du Conseil du 7 octobre 1997 concernant les accords environnementaux, J.O.C.E., C 321/6 du 22 octobre 1997.

informel<sup>31</sup>, pêche par manque de publicité et rende illusoire l'information du citoyen<sup>32</sup>, condition préalable de tout débat social.

En fin de compte, dans cette technique de gouvernement, l'autorité publique accepte, dans une certaine mesure, de perdre sa qualité de tiers à la relation sociale pour favoriser une promotion plus souple de l'intérêt général<sup>33</sup>. Rôle toujours le rêve d'une société autorégulée, malgré sa complexité, dans laquelle le pouvoir politique, si on lui concède encore quelque nécessité, s'affirme au mieux comme endogène au système dont il prétend améliorer le fonctionnement.

Comme l'écrit François Ewald, dans un autre contexte<sup>34</sup> : « Le panoptique est une machine dont le fonctionnement ne requiert pas d'autre énergie que celle des individus sur qui elle s'applique ; elle peut donc fonctionner indéfiniment. Si le rêve des physiciens est la découverte du mouvement perpétuel, peut-être celui du politique est-il de trouver un dispositif qui, à l'exemple du panoptique, fonctionnerait indéfiniment tout seul : autorégulé. »

## Le droit européen de l'environnement, une construction collective

Le législateur, qui entend s'attaquer à la protection de l'environnement au niveau national ou européen, est confronté à deux difficultés majeures.

<sup>31</sup> En réalité, le contrat est souple parce que moyennant l'accord de toutes les parties contractantes, il peut être renégocié et adapté à la situation nouvelle. Il est aussi plus informel que la loi car il n'est pas soumis comme cette dernière à des procédures de discussion collective et de publicité. En revanche, il est une source formelle de droit car il a force de loi pour les parties. Le gouvernement par consensus peut, quant à lui, être informel sur les deux plans, celui des procédures (informel signifie peu tenu au respect de formes procédurales prédéfinies) et celui de la force obligatoire (informel vise alors l'intensité d'une règle ou d'une pratique qui ne s'impose pas catégoriquement à ceux qu'elles sont censées régir).

<sup>32</sup> Il y a lieu de se demander si ce genre de convention où l'autorité publique restreint son pouvoir d'action unilatéral, ne doit pas être soumis au droit d'accès aux informations ayant trait à l'environnement.

<sup>33</sup> Dans les conventions auxquelles les autorités publiques ne sont pas parties contractantes, celles-ci conservent un rôle de tiers qui leur permet, d'en assurer la sanction et, le cas échéant, l'exécution forcée. Voyez à ce sujet M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 32 et s.

<sup>34</sup> *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 51.

L'incertitude et la controverse scientifique (réelle ou entretenue...) règnent sur nombre de questions qu'il souhaite régler, ce qui réagit sur le contenu, la rigueur et la précision des exigences que la norme va formuler.

D'autre part, dans une société divisée sur les valeurs qui la fondent et les projets qui doivent la mobiliser (économie ou environnement ? développement durable ou croissance soutenable ?), le législateur ne parvient plus à trancher clairement. Son intervention se limite souvent à prévoir des procédures complexes<sup>35</sup> permettant l'expression et la pondération des désaccords. Quand ils s'attaquent au fond des problèmes, les textes de compromis s'épuisent dans les détails, ou se contentent de jeter des bases d'accord minimal entourées du flou nécessaire pour que chacune des parties en ressorte satisfaite, au moins provisoirement. Notre époque n'a rien inventé. Dans son *Bréviaire des politiciens*, le cardinal Mazarin donnait déjà le conseil suivant : « Le plus important est d'apprendre à manier l'ambiguïté, à prononcer des discours qui pourraient s'interpréter dans un sens aussi bien que dans un autre afin que nul ne puisse trancher. »<sup>36</sup>

Il est (trop) facile de faire le procès du législateur, européen ou national<sup>37</sup>. La complexité, à la fois sociale et scientifique, des questions environnementales l'oblige soit à se faire excessivement prolix, soit à recourir à des notions ouvertes et à des principes évolutifs qu'il renonce à définir, faute d'accord ou des connaissances nécessaires.

<sup>35</sup> Les droits procéduraux s'organisent et les recours se multiplient. Ceci présente des avantages mais soulève aussi le problème de la coexistence des procédures mises en place et de l'harmonisation des conditions auxquelles elles sont soumises. Ainsi, le droit d'accès à l'information n'est pas toujours facile à faire valoir dans le cadre d'une étude d'incidences rythmée par des délais stricts. Quant à la prolifération des recours, notamment des référés, elle a de quoi désorienter. Sur ce point, F. Ost, « Les référés en matière d'urbanisme et d'environnement : carrefour ou labyrinthe », *Amén.-Env.*, 1993, n° spécial, p. 44 et s.

<sup>36</sup> Arléa, 1996, p. 67.

<sup>37</sup> Comme l'écrit finement P. Martens, dans *La sécurité juridique* (éd. du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 262) : « Rien n'est plus paralysant pour un législateur que d'être tolérant : le pluralisme n'inspire pas des textes superbes. Heureux législateur – mais quant au style seulement – que celui qui peut couler des exclusions sans appel dans des formules implacables. Tocqueville nous l'avait déjà dit : la démocratie fait moins de grandes choses mais elle en fait davantage. C'est vrai qu'elle ne fait pas de belles lois. Mais fait-elle encore des cathédrales ? »

Dans ces conditions, il n'y a lieu de s'étonner ni de la fréquence d'intervention du juge, ni du pouvoir accru qui lui incombe. Dans la première hypothèse, le juge est amené à résoudre des contradictions, des incohérences ou même à combler les lacunes de législations détaillées et pointillistes. Dans la seconde, il va s'attacher, s'il a l'audace nécessaire, à donner graduellement un contenu aux principes et aux notions ouvertes. Tâche redoutable, angoissante et peut-être enivrante. On est surpris de voir à quel point les juges européens, la Cour de justice des Communautés européennes en particulier, assumant une tâche politico-juridique, parviennent à donner un contenu opératoire à des textes dont la valeur paraissait, *a priori*, plutôt programmatique<sup>38</sup>. Ainsi, dans son arrêt *Déchets wallons*<sup>39</sup>, la Cour fait référence au principe de la correction par priorité, à la source qui n'est pas défini à l'article 174 du traité (ex-article 130 R), pour apprécier le caractère discriminatoire d'une entrave à la libre circulation des déchets.

Selon la Cour (points 34 et s. de l'arrêt), « le principe de la correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement, principe établi pour l'action de la Communauté en matière d'environnement à l'article 130 R, par. 2, du traité, implique qu'il appartient à chaque région, commune ou autre entité locale, de prendre les mesures appropriées afin d'assurer la réception, le traitement et l'élimination de ses propres déchets ; ceux-ci doivent donc être éliminés aussi près que possible du lieu de leur production, en vue de limiter leur transport. »<sup>40</sup>

Autre exemple significatif, le principe de précaution. Il est, lui aussi, simplement énoncé à l'article 174 du traité et certains auteurs avaient douté de son caractère juridique<sup>41</sup>. Dans la crise dite de la vache folle

<sup>38</sup> Sur l'ensemble de la question, J. Bouckaert, « La Cour de justice et la protection de l'environnement », in UAE-CEDRE (eds.), *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63 et s.

<sup>39</sup> *C.J.C.E.*, 9 juillet 1992, aff. C2/90, *Commission c. Belgique*, *Rec.* 1992, p. I-4431, *Amén.-Env.*, 1992/3, p. 162 et s., obs. N. de Sadeleer.

<sup>40</sup> Pour une évaluation critique de la jurisprudence de la Cour et de son évolution ultérieure, J. Bouckaert, *op. cit.*, p. 72 et s.

<sup>41</sup> V. sur ce point L. Gonzalez Vaqué, L. Ehring et C. Jacquet, « Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé », *Revue du Marché unique européen*, 1999/1, p. 83 et les références citées en notes 2 et 3. Sur le principe de précaution en général, sa genèse, son contenu et sa valeur juridique, voyez l'exposé complet et stimulant de N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant-AUF, 1999, p. 136 et s.

(ESB : encéphalite spongiforme bovine), la Cour était confrontée à un recours en annulation du Royaume-Uni contre une décision de la Commission<sup>42</sup> interdisant, dans l'attente d'un examen global de la situation, l'exportation de bovins et de viande bovine ou produit obtenu à partir de celle-ci, du territoire du Royaume-Uni vers les autres États membres.

À l'appui de son recours, le Royaume-Uni invoquait, entre autres motifs, la violation du principe de libre circulation des marchandises et du principe de proportionnalité<sup>43</sup>. Dans son arrêt *Royaume-Uni c. Commission* du 5 mai 1998<sup>44</sup>, la Cour, après avoir rappelé le principe de proportionnalité et confirmé sa portée en droit communautaire<sup>45</sup>, souligne qu'au moment de l'adoption de la décision contestée, une grande incertitude régnait sur les risques que comportaient les exportations d'animaux vivants, de la viande de bœuf ou des produits dérivés<sup>46</sup>. En se fondant sur l'article 130 R (art. 174 nouveau), elle décide que l'on doit admettre que « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent adopter des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »<sup>47</sup>.

Qu'il s'agisse de la santé *stricto sensu* ou plus largement de la protection de l'environnement, la Cour joue un rôle moteur. À l'époque où le traité ne comportait pas de disposition spécifiquement consacrée à la protection de l'environnement, la Cour avait déjà, dans un arrêt remarqué<sup>48</sup>, consacré celle-ci comme un objectif essentiel de la Communauté européenne.

<sup>42</sup> Décision 96/239/CE, *J.O.C.E.*, L 78 du 28 mars 1996, p. 47 et s.

<sup>43</sup> Le test de proportionnalité vise à examiner si l'avantage que procure la mesure restreignant le commerce intracommunautaire au regard de l'objectif poursuivi (protection de la santé ou plus largement de l'environnement) « fait bonne mesure par rapport au préjudice qu'elle entraîne pour le commerce intracommunautaire (c'est-à-dire en termes familiers, pour savoir si le jeu en vaut la chandelle) » (W. Van Gerven, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, p. 306, 1ère col.).

<sup>44</sup> C.J.C.E., 5 mai 1998, Aff. C-180/96, *Royaume Uni c. Commission*, *Rec.*, 1998, p. I-2265.

<sup>45</sup> Point 96 de l'arrêt.

<sup>46</sup> Point 98 de l'arrêt.

<sup>47</sup> Point 99 de l'arrêt.

<sup>48</sup> C.J.C.E., 7 février 1985, aff. 240/83, *Association de défense de brûleurs d'huiles usagées*, *Rec.*, 1985, p. I-531.

Cette créativité a fait craindre un gouvernement des juges et suscité la réflexion sur les limites à leur pouvoir d'interprétation<sup>49</sup>. Force est toutefois de constater que les juges n'aspirent généralement pas à gouverner. Mais c'est à eux « qu'est faite la dernière passe – celle qui expose le plus aux sifflets »<sup>50</sup>. Aux juges de faire bon usage d'un ballon dégage dans la hâte par un législateur communautaire « qui en a plein les pieds ». Il arrive d'ailleurs à ce dernier de reprendre le contrôle du match et de contrer des jurisprudences qu'il estime trop hardies<sup>51</sup>.

Il nous paraît souhaitable que les institutions communautaires ne soient pas les acteurs exclusifs de ce jeu dialectique. Une résolution du Conseil<sup>52</sup> insiste, à juste titre, sur la nécessité d'associer les citoyens et les organisations non gouvernementales à la mise en œuvre et à l'application du droit européen, notamment par une amélioration de l'accès aux tribunaux. On peut se demander si la Cour ne devrait pas revenir sur une conception fort restrictive de l'intérêt à agir<sup>53</sup> et accueillir, de façon plus large, l'action de groupements représentatifs de défense de l'environnement qui agissent comme des auxiliaires de l'autorité publique dans la recherche et la poursuite des violations.

<sup>49</sup> N. de Sadeleer, « Quelles balises pour le juge ? », in UAE-CEDRE (eds.), *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 226 et s.

<sup>50</sup> L'image est de P. Martens, *op. cit.*, p. 262.

<sup>51</sup> Voy. les réflexions de J. Bouckaert, *op. cit.*, p. 168 et s.

<sup>52</sup> Résolution du conseil du 7 octobre 1997 relative à la rédaction, à la mise en œuvre et à l'application du droit communautaire de l'environnement, *J.O.C.E.*, C 321/I du 22 octobre 1997. Cf. particulièrement les paragraphes 24 à 26.

<sup>53</sup> De l'arrêt rendu par la Cour le 2 avril 1998, (C-321/95P, *Stichting Greenpeace Council c. Commission soutenue par le Royaume d'Espagne*, *Rec.*, p. I-1651), il résulte que ni des personnes physiques, ni une association pour la protection de l'environnement ne peuvent contester en droit communautaire des décisions de la Commission ne les concernant pas individuellement et directement. Au sujet de cet arrêt, voyez les observations critiques de N. de Sadeleer, *Amén.-Env.*, 1998/4, p. 298 et s. Plus largement, voir l'étude de O. De Schutter, « L'accès des groupements à la justice », *J.T.D.E.*, 1999, n° 61, p. 153, part. p. 161, note 66.