

LA LOI ET LA PROTECTION
DE L'ENVIRONNEMENT,
UNE ALLIANCE QUI RESTE NÉCESSAIRE?
RETOUR SUR UN VIEUX DÉBAT

PAR

DELPHINE MISONNE

FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS, BRUXELLES

L'environnement est au faite de l'actualité parce qu'il se porte mal.

Pourtant, nombreux sont les traités et les lois qui, depuis parfois plus d'un demi-siècle, selon les contrées, tentent d'enrayer ce processus de dégradation. Le moment est-il venu pour ce droit de faire l'aveu de son impuissance, de son inaptitude à offrir des solutions? Est-ce au contraire par manque de droit que l'on en arrive à une telle situation? Ou bien, le problème est-il tout autre, la prise en compte du phénomène par le droit n'étant qu'un pansement sur une plaie dont le secret de la guérison se trouve ailleurs?

I - Un essor relativement récent

Le droit de l'environnement ne s'est développé de manière accélérée qu'à partir des années 1970, ce qui est très tardif puisque la révolution industrielle et le recours de plus en plus intensif aux énergies fossiles a démarré plus d'un siècle auparavant. Il a fallu les premières crises énergétiques pour ouvrir les yeux de certains décideurs politiques à la rareté des ressources naturelles et à la fragilité de plus en plus criante des milieux.

Les premiers efforts sont consacrés à la concertation internationale : la solution aux problèmes que posent, à l'époque, les pluies acides, les pesticides ou encore les marées noires, doit être multilatérale, «la pollution ne connaissant pas de frontières» mais également parce qu'il s'agit de s'entendre sur les contraintes com-

munes que les États sont prêts à accepter à l'aube de l'élargissement de leurs marchés. Déjà, l'intense concurrence et la mondialisation naissante invitent à la concertation.

Très vite, les engagements percolent vers les niveaux subrégionaux (la CEE, par exemple, qui n'avait pourtant pas prévu de s'occuper d'environnement dans son traité originel) et nationaux. Les États se rendent compte qu'ils ne sont pas équipés pour faire face à ce nouvel engouement (nombreux sont ceux qui n'ont même pas de ministre chargé de la question) mais certains d'entre eux prennent la problématique particulièrement à cœur, à tel point que leur propre politique commence à servir d'inspiration, comme un retour de balancier, aux engagements supranationaux.

En réalité, la politique, très jeune, cherche encore ses outils, face à la spécificité des enjeux, dont elle ne prend d'ailleurs pas encore toute la mesure.

Le défi se révèle immense. Dans bien des cas, il faut commencer par le tout début : développer la connaissance des phénomènes auxquels on doit faire face et, tout bonnement, s'accorder pour installer des réseaux d'analyse de la qualité des milieux et échanger les informations ainsi récoltées.

Ensuite ou parallèlement, il est décidé de fixer des normes, des seuils, des limites.

Les normes d'émission consistent à fixer des limites de rejet au niveau de chaque «point source», par volume d'air émis. Les normes de produits consistent à régler la composition des biens mis sur le marché, voire à interdire certains d'entre eux. Enfin, les limites d'émission ou objectifs de qualité consistent à préciser la qualité optimale du milieu récepteur, soit la concentration maximale admissible de tel polluant dans le milieu ambiant. Les normes d'émission et les objectifs de qualité sont un moment envisagés en Europe comme les deux faces d'une alternative : soit on limite les émissions de chaque point source, soit on ne gère les points sources qu'en fonction de l'état général du milieu ambiant, cette deuxième possibilité conférant en principe plus de flexibilité aux décideurs et aux entreprises (la norme applicable dans un milieu vierge de pollution étant, selon cette logique, susceptible d'être plus laxiste que celle applicable dans un milieu proche de la saturation). L'option est tranchée en faveur d'un cumul des démarches, chacune étant appelée à compléter l'autre. Mais la discussion est déjà révélatrice

d'une préoccupation de flexibilité qui ne fera que s'intensifier par la suite.

On commence également à imposer aux grandes installations industrielles le recours aux meilleures technologies disponibles, tout en les invitant à gérer leur pollution de manière «intégrée», soit en ne se contentant pas de transférer leur charge polluante d'un milieu vers un autre, mais en la gérant de manière équilibrée. Ces installations sont désormais soumises à l'obligation de détenir une autorisation d'exploitation, qui prendra plus tard le nom de «permis d'environnement». La préparation de la demande d'autorisation impose un effort d'introspection, puisque les promoteurs de projets doivent présenter un dossier d'évaluation des incidences de leur activité sur l'environnement. S'il s'agit d'installations potentiellement dangereuses pour les riverains, des plans de sécurité doivent également être établis. La loi s'immisce donc dans le fonctionnement de l'entreprise, qui évoluait auparavant fort librement.

Les outils juridiques veillent à parer à l'urgence et à intégrer la préoccupation environnementale dans la prise de décision. Les démarches sont tant réactives (toute catastrophe ou incident mûrit la réflexion sur l'état du droit de l'environnement) que préventives, l'accent mis sur les responsabilités étant supposé avoir un effet sur la manière dont une activité sera désormais conçue et organisée. La prévention devient le moteur affirmé de l'action publique. Il vaut mieux tenter de parer au problème que devoir en panser les plaies. L'action en amont est la plus efficace; elle est aussi la moins chère pour la collectivité.

Il est cependant assez frappant de constater, avec un peu de recul, que cet essor accéléré du droit de l'environnement s'apparente, dans ses débuts, à une démarche d'accompagnement d'un processus de développement déjà bien en place, qu'il n'est point question de remettre en cause. On contrôle la pollution, certes, mais on n'envisage pas de la supprimer complètement, une telle ambition étant considérée comme utopique dans une société de croissance recourant massivement aux énergies fossiles. La plupart des instruments en témoignent; ce que l'on vise, c'est de contenir la nuisance dans les limites de ce que la société considère comme acceptable, cette limite étant, dans le meilleur des cas, la préservation d'un environnement «sain». Des freins sont néanmoins posés à l'égard du *tout au développement*, dans deux domaines : celui des déchets, où le

principe de prévention est prôné comme la clef de la réduction de la « montagne des déchets » (le meilleur déchet est celui qui n'existe pas) et dans le domaine de la conservation de la nature, où la protection des espèces et des espaces nécessite des régimes de protection stricte sans trop de concessions.

L'approche est aussi très compartimentée. On traite d'environnement par le biais de mesures environnementales mises en place par les nouvelles autorités spécialement en charge de l'environnement. Or, dès les années 1970, la prise de conscience verte était liée à la crise de l'énergie. Les grands problèmes de l'époque étaient aussi dus à l'essor agricole (les pesticides et les engrais) et industriel (les pluies acides). On développe pourtant les recettes dans la sphère dite environnementale, sans trop tenir compte du fait que les solutions devront venir des terrains que sont l'énergie, l'agriculture, l'industrie, les transports, la mobilité, etc. Une politique de petits pas qui mène par exemple à développer des objectifs de qualité de l'air (pas plus de telle dose de dioxyde d'azote par m³) sans se soucier des politiques de mobilité et de transport. Le souci d'horizontalité ne viendra qu'un peu plus tard.

Intégration, précaution, participation et, parfois, durabilité, ne s'imposeront dans l'élaboration des politiques environnementales – sur le papier à tout le moins – que dans les années 1990. C'est l'époque de nouveaux engagements internationaux à l'échelle planétaire, lesquels auront une répercussion particulièrement importante sur le contenu des textes juridiques et sur leurs principes fondateurs, à l'échelle globale ou locale.

Avec la reconnaissance mondiale de la réalité du changement climatique, un sillon se creuse dans la manière dont les politiques environnementales sont désormais envisagées. Des efforts draconiens s'imposent certes pour gérer les externalités environnementales du développement des activités humaines, dans toute leur diversité. Mais il apparaît soudain que les problèmes constatés impliquent une autre dimension, celle d'une remise en cause bien plus radicale de notre dépendance aux énergies fossiles et des phénomènes de combustion qu'elle implique. Il faut oser quitter la démarche de « contrôle » pour approcher de plus près la racine du problème. Appel est fait à une nouvelle révolution industrielle. Notre modèle de croissance occidentale, parce qu'il provoque la modification de notre climat, n'est pas durable.

La lutte contre le changement climatique crée par ailleurs une rupture dans la manière dont les instruments de la politique environnementale étaient jusque-là pensés. Puisque le CO₂ a ceci de particulier de ne pas causer de problème au sol, à l'endroit même de son émission, mais à l'échelon global, de nouveaux outils sont envisagés pour autoriser la délocalisation des solutions. Prendre le taureau par les cornes et effectuer chez soi toutes les modifications possibles semblait demander un effort trop considérable aux États et aux entreprises. On crée dès lors un espace pour la flexibilité : le mécanisme pour un développement propre, qui favorise les investissements dans certains pays du Sud en échange de « crédits d'émission » pour le promoteur du Nord ; le marché d'émission qui conditionne les rejets de CO₂ à la détention de « quotas », monnayables et échangeables, dont la quantité totale disponible sur le marché est cependant limitée. Le changement climatique fait résolument entrer la politique environnementale dans une nouvelle phase, car en conférant désormais un prix aux émissions, la gestion de l'environnement est susceptible de devenir un véritable business. Le souci de protection de l'environnement acquiert une légitimité économique. Au-delà de la contrainte, il est soudain possible d'en faire du profit.

II – La loi mise en difficulté

La législation environnementale n'est certes pas parfaite. Elle doit être examinée sans complaisance.

L'une des grandes failles connues est sa désincarnation : le législateur ne se pose pas suffisamment tôt la question du caractère applicable et contrôlable de ce qu'il met en place. Il en résulte dès lors parfois un droit flottant, non arrimé aux exigences essentielles de la mise en œuvre effective, que ce soit pour des raisons pratiques mais aussi pour des raisons juridiques ou politiques. L'insuffisance de contrôle et, in fine, l'absence de sanctions, créent un véritable brèche dans la légitimité et la respectabilité de certaines réglementations environnementales.

Une autre plainte récurrente est l'inadéquation de la loi aux problèmes rencontrés, son mauvais calibrage, par manque d'information ou par inexistence de l'information. Le décideur ne serait pas suffisamment au fait de la problématique pour proposer les solu-

tions optimales, qui conduiraient à une amélioration de la situation environnementale tout en choisissant la voie du moindre coût pour les opérateurs économiques concernés. Le législateur ne connaîtrait pas suffisamment le secteur dont il souhaite se préoccuper. Il ne proposerait pas les remèdes les plus adéquats.

Certains, au regard de ces lacunes importantes, en viennent à généraliser la défaillance en appelant au rejet de la norme, inutile car mal conçue, excessive car source de trop de tracasseries administratives, pour plaider l'adoption de régimes qui fonctionneraient principalement sur la base du partenariat et de la confiance mutuelle, sans recours à l'État.

Les instruments ne devraient plus être «juridiques», au sens de contraignants, mais «économiques», souples ou flexibles, conçus de manière à créer des impulsions adéquates pour convaincre les acteurs économiques d'aller dans la direction souhaitée. Plutôt que d'agiter un bâton que l'on ne peut finalement manier correctement, ne vaut-il pas mieux utiliser la voie de la carotte? Plutôt que de prescrire unilatéralement une voie à suivre, ne vaut-il pas mieux faire confiance au secteur et l'inviter à proposer lui-même des solutions? La récrimination est politique. Elle est aussi culturelle, très influencée par le modèle libéral anglo-saxon. La loi qui dit «il faut faire A, sinon il y aura sanction» ne convainc pas, dès lors que A est estimé inapproprié et qu'en outre, on sait que la sanction ne suivra pas. La loi dite classique ou, avec un certain mépris (Bedder 1997), *command and control*, est contestée au profit d'instruments considérés, par tout un mouvement de pensée, comme étant plus pertinents et plus novateurs: les instruments dits «économiques» (persuader en jouant sur les coûts, critère particulièrement important pour l'entreprise), les instruments «volontaires» (amener le partenaire économique à s'engager sans l'y contraindre) et, parmi ceux-ci, les instruments ayant un impact sur l'image de marque de l'entreprise.

Cette tension déjà ancienne, entre les promesses magnifiées d'une *soft law* et les contraintes du *command and control*, fait toujours bien débat et revient à questionner le rôle de la puissance publique dans la protection de l'environnement.

Ainsi, dans la mouvance du processus de Lisbonne et de la recherche de la voie optimale pour stimuler la compétitivité de l'industrie européenne, la Commission a lancé en 2005 un vaste programme de

réécriture de l'acquis législatif, afin de le simplifier et de l'alléger de toutes les contraintes et tracasseries qu'elle estime contreproductives. Dans la recherche de cet optimum, elle affirme que l'auto-régulation (le secteur concerné s'organise lui-même, fixe ses propres normes) et la co-régulation (l'institution européenne fixe l'objectif mais en confie l'exécution aux instituts de standardisation ou invite les secteurs à s'organiser pour proposer des mesures d'exécution) doivent être privilégiés, car ils sont source de simplification, sans s'inquiéter de ce que le recours à ces formules évacue totalement l'intervention des États dans la mise en œuvre de la norme. Le processus de réglementation par le biais de la directive, instrument-roi jusqu'alors, est ouvertement décrié, car il aurait le tort de confier trop de pouvoir aux États à l'occasion de l'exercice de transposition, avec les possibilités de différenciation qui en résultent. En ressort un nouveau concept, celui de *gold plating*, qui vise, tout en laissant supposer qu'il est inadéquat, le processus de ciselage et de renforcement de la norme effectué parfois au plan national, dans le respect du Traité CE. La Commission dénigre donc le recours aux directives pour deux raisons: parce qu'elles relèvent du type d'instrument classique qui ne lui semble plus toujours approprié dans un contexte d'intense compétitivité mais aussi et surtout, parce qu'il conférerait une trop grande marge de manœuvre aux États qui, en créant des disparités d'application, imposeraient autant de complications au monde des affaires. La Commission en vient à affirmer, que si la législation est, dans certains cas, inévitable, autant procéder alors par l'adoption de règlements qui n'impliquent pas d'action de transposition.

III – Au-delà de la caricature

Pour appréhender, aujourd'hui, ce conflit de méthodes, il convient de tenir compte d'une évolution plurielle.

1° Tout d'abord, la loi a pris à cœur le problème de la concertation et de la participation en matière environnementale. Elle est désormais organisatrice de dialogue. Elle met fermement en place nombre de procédures de consultation ou de concertation, impliquant citoyens, riverains et/ou experts, procédures dont le non respect conduit inexorablement à l'annulation de la norme en cas de

recours devant les juridictions administratives. Le décideur ouvre désormais sa fenêtre pour entendre l'opinion de la rue.

La norme devient elle-même, parfois, fruit de dialogue : l'adoption de nombre de réglementations traitant d'environnement se nourrit de l'opinion d'une multitude d'experts, consultés en principe d'une manière équilibrée, via les plates-formes d'avis, par le biais de demandes adressées à des conseils préconstitués, voire même, au plan européen, par le biais de consultations par internet. Le décideur a désormais les moyens d'être éclairé. La pertinence de cet éclairage dépend cependant de la manière dont les acteurs se sont prêtés au jeu de cette consultation. Et si l'éclairage devient trop intense, le décideur doit veiller à ce que ce soit toujours bien lui qui tient la plume.

2° Ensuite, les instruments *softs* ne doivent plus nécessairement être considérés par opposition à la loi «classique», mais dans une perspective de complémentarité. Le législateur y recourt au sein même de ses textes. Il ouvre ainsi la possibilité d'atteindre un objectif donné, soit par le biais d'une mesure classique d'exécution, soit par le biais de la conclusion d'une convention environnementale ou par la mise en œuvre d'un programme d'action. Il prévoit des régimes dérogatoires particuliers pour les administrés qui s'inscrivent dans une démarche de certification environnementale ou de labellisation de leurs produits. Il donne des mandats aux instituts de standardisation pour qu'ils lui proposent les normes les plus adéquates dans un secteur donné.

Cette complémentarité est elle-même encadrée par la loi. Les conventions environnementales ne sont en principe admises que si elles répondent à des exigences de transparence et de publicité, visant à garantir que la puissance publique n'aliène pas à la légère, par voie contractuelle, la responsabilité qui lui incombe de protéger le milieu de vie de l'ensemble de ses administrés. C'est d'ailleurs bien là l'un des dangers de la contractualisation de la politique environnementale : que le citoyen soit tenu complètement hors jeu.

La taxe, instrument économique par excellence, n'existe aussi que par la loi, car elle doit respecter de très sévères exigences constitutionnelles visant à empêcher toute création de privilèges. La réglementation des marchés publics commence à accepter l'exigence verte comme l'un des critères décisifs d'attribution d'un marché, néanmoins sans l'imposer. Certaines démarches de certification et de

labellisation sont elles-mêmes encadrées de manière réglementaire, vu la nécessité de mettre en place les organismes officiels d'accreditation. Le marché d'émission est également formaté par la loi, même si les quotas de CO₂ s'échangent selon les lois de l'offre et de la demande ; le mécanisme ne fonctionne que sur la base d'une série de choix qui ont été posés par le législateur, concernant le mode d'attribution initiale et les mécanismes de contrôle et de sanction, notamment. Ce mécanisme, flexible en ce sens que les entreprises sont supposées gérer leurs émissions en fonction des quotas qu'elles auront obtenus des autorités ou achetés sur le marché, ne peut exister sans la loi. La démarche, fort originale, est celle d'un processus par paliers, qui ne prétend pas être parfait au départ, mais qui teste dans un premier temps le bon fonctionnement de chacun de ses rouages. Le régime est d'une complexité inégalée dans la panoplie des instruments de la politique environnementale.

3° Enfin, certains de ces instruments commencent à se révéler bien moins efficaces que leurs mérites tant vantés ne le laissent croire.

L'efficacité économique et l'intérêt environnemental de certains accords volontaires sont désormais sujets à caution (OCDE 2003). On citera ainsi la désillusion récente à l'égard des engagements que l'industrie automobile avait pris à l'égard des institutions européennes pour réduire d'autant, à telle date, les émissions polluantes des nouveaux véhicules mis sur le marché. Ces engagements, sans autres mesures d'accompagnement, n'ont pas conduit au résultat escompté. Il est vrai qu'un accord ne lie que ceux qui s'engagent, au contraire de la loi qui s'impose à tous. Dans un contexte de mondialisation et d'intense concurrence, l'instrument révèle donc ses faiblesses. Il reste néanmoins plus adéquat dans des contextes moins globalisés ou dans des secteurs comportant peu d'acteurs (Rehbin-der 2000).

Les procédures de labellisation et de certification n'ont pas eu non plus le succès escompté (Pallemaerts et al. 2006).

L'incidence environnementale positive du mécanisme pour un développement propre reste encore à démontrer, de même que celle du marché d'émission en Europe. On peut toutefois considérer que ce dernier contribue grandement à ce que les acteurs industriels prennent soudain au sérieux la cause environnementale. Derrière l'apparente flexibilité du système, un quota est un quota et il n'est

plus question d'émettre du CO² sans titre justificatif. La pollution de l'air est possible, certes, mais elle a désormais un prix. La récente affaire Arcelor Mittal en Région wallonne vient de le démontrer clairement : la réouverture d'un haut-fourneau ne peut se faire que si un nombre suffisant de quotas est disponible pour couvrir les émissions futures. La dimension environnementale marque désormais fermement son empreinte dans la décision d'implantation d'une industrie.

Les termes du débat entre la contrainte et la *soft law* doivent donc être nuancés. D'une part, parce que la loi aveugle et sourde à la réalité des enjeux de terrain est devenue rare sous nos contrées. D'autre part, parce qu'aucun de ces instruments « souples » ne semble mériter le titre de panacée; l'idéal se trouve probablement dans un mélange, voire une rencontre des genres (*the «mix» of instruments*). Finalement, qu'importe le canal pourvu qu'on ait l'effet. Les combinaisons sont multiples. Les outils sont parfois utilement complémentaires; dans d'autres cas, ils sont mis en concurrence dans une perspective constructive, l'un parant aux faiblesses de l'autre, sans tomber dans la manœuvre dilatoire. L'autorégulation qui ne fait que retarder la prise en charge sérieuse d'un problème donné ou qui ne fait que conforter le maintien tranquille du «*business as usual*» a peu d'avenir devant elle. La flexibilité qui oublierait sa contribution à un objectif environnemental fondateur, emportée dans le tourbillon de seules considérations économiques, ne contribue bien évidemment pas à la valorisation de la démarche.

Le monde de l'entreprise affirme haut et fort la nécessité d'une flexibilité dans la mise en œuvre de ses obligations, flexibilité qui implique une possibilité de choix motivé par la recherche du moindre coût. Il reconnaît cependant tout autant l'importance de fixer les objectifs à atteindre de manière contraignante, à l'échelon le plus élevé possible, afin de mettre tous les acteurs sur le même pied, dans un monde très concurrentiel. Or le seul moyen d'imposer la contrainte est de recourir à la loi, au sens large, qu'il s'agisse d'un traité, d'une directive européenne ou d'une loi nationale. Un engagement volontaire ne lie, par définition, que ceux qui y consentent.

IV – La loi mais pas n'importe quelle loi

L'environnement ne peut se contenter de déclarations politiques, de programmes d'actions et de bonnes intentions. Ce n'est pas en invitant les citoyens à «faire des efforts» que l'on résoudra, par exemple, les problèmes de pics de pollution de l'air. Dans la recherche de solutions aux problèmes d'environnement, la norme contraignante reste nécessaire pour rendre visible l'ambition politique, même si elle n'est pas suffisante.

Inversement, ce n'est pas une loi seule qui protégera une rivière; il vaut mieux susciter également l'intérêt et l'adhésion de l'ensemble des riverains aux avantages de sa protection. Il n'y a pas de protection de l'air qui soit possible sans modification des technologies et des comportements, pas de modification des habitudes énergétiques sans changement des mentalités; cependant, la loi se révèle essentielle dans sa fonction d'impulsion et de gouvernail.

C'est effectivement le rôle de la loi de définir les responsabilités, d'affirmer les objectifs, d'annoncer le contrôle et la sanction. Elle ne doit cependant pas nécessairement vouloir tout régir et elle doit veiller à impliquer le mieux possible les acteurs concernés dans la recherche des solutions, qu'ils soient contrôleurs ou contrôlés.

L'exercice, pour qu'il se matérialise par des résultats tangibles sur le terrain environnemental, se révèle délicat. Les critères théoriques de sa pertinence sont nombreux. Ils ne sont pas nécessairement faciles à mettre en place.

A. L'OBJECTIF POURSUIVI DOIT ÊTRE DÉFINI ET PRÉCISÉ PAR DES CHIFFRES ET DES DÉLAIS

Une législation doit être articulée autour d'un objectif, susceptible d'en guider l'application et l'appréciation dans le cadre d'un contrôle qui serait effectué par les cours et tribunaux. Cet objectif consiste à fixer un sens à la norme, en lui conférant clarté et cohérence. Il s'agit d'adresser un message aux acteurs concernés : *désormais, c'est dans telle direction qu'il s'agit de vous orienter.*

La sécurité juridique impose une constance de l'objectif. Les atermoiements du législateur sont particulièrement contreproductifs, dès lors qu'ils en viendraient à brouiller, par le biais de modifications successives, le sens de la politique menée. L'industrie a besoin

d'objectifs fermes sur le long terme pour orienter ses investissements. Le citoyen a besoin de clarté pour commencer à modifier ses comportements.

Le sens doit en outre être concret pour être suivi d'effets et cette concrétisation passe par la fixation de chiffres et de délais, qui ne sont pas seulement posés comme des cibles mais bien comme de véritables contraintes qui feront l'objet de vérifications. Sans obligation contraignante et chiffrée, une bonne intention s'essouffle trop facilement.

Il s'agit d'une préoccupation importante lors de la négociation de traités internationaux. Le processus de lutte contre le changement climatique en est une belle illustration : sans objectif de réduction ferme, la Convention-cadre de 1992 sur les changements climatiques n'était pas suffisamment convaincante à l'égard des parties. Le Protocole de Kyoto de 1997, marque une avancée importante en fixant un objectif de réduction global à atteindre soit 5% *par rapport au niveau de l'année 1990 au cours de la période d'engagement allant de 2008 à 2012* (article 3). La question n'est évidemment pas purement technique. La possibilité de s'accorder sur des chiffres et des délais est le fruit et la preuve d'une maturation politique.

B. L'OBJECTIF DOIT AVOIR DU SENS AU REGARD DE L'ENJEU ENVIRONNEMENTAL CONCERNÉ OU À TOUT LE MOINS ÊTRE JUSTIFIÉ PAR L'EFFET D'AMORCE ESCOMPTÉ

Toute la difficulté, pour le législateur, est de définir un objectif pertinent au regard de la complexité de la problématique environnementale et de l'incertitude scientifique qui, bien souvent, la caractérise. La matière qu'il brasse est éminemment technique. Elle est étroitement liée à l'état de la science et de ses controverses. Elle touche également souvent à d'importants intérêts économiques.

La fixation d'un objectif, d'une ambition quant au niveau de protection de l'environnement, suppose de peser les intérêts en présence. Parfois le décideur est confiant, fort de la nécessité d'agir de manière drastique à l'égard d'une situation préoccupante et non contestée. Parfois, il est beaucoup plus hésitant, car il fait face à une problématique économiquement très sensible ou scientifiquement instable. Cette pesée des intérêts, si elle est politique, est désormais confrontée à une multitude de balises juridiques, qu'il

s'agisse de principes reconnus ou émergents (principe de précaution, principe de *standstill*, principe d'un niveau élevé de protection de la santé et de l'environnement) ou d'exigences constitutionnelles (le droit à la protection d'un environnement sain). Il est en effet des socles de protection avec lesquels on ne transige pas.

Le compromis obtenu, que matérialise l'objectif inscrit dans la loi, doit par ailleurs rester logique au regard du problème environnemental traité, faute de quoi l'accord obtenu risque d'être rapidement décrédibilisé. Ce fut d'ailleurs l'une des pommes de discorde de la négociation du Protocole de Kyoto : pourquoi s'engager à respecter un objectif de diminution de 5% des émissions globales lorsque l'on affirme d'autre part que le changement climatique ne pourra être contré ou à tout le moins freiné que par des réductions beaucoup plus radicales ? Le sens de la démarche, dans ce cas bien précis, consistait dans la volonté de créer un effet de levier, un effet boule de neige, sans lequel le mécanisme âprement négocié, tel un château de cartes, risquait de s'effondrer.

C. LA LOI DOIT AVOIR UN BON POTENTIEL D'APPLICABILITÉ

L'une des clefs de succès d'une loi environnementale est sa capacité à être appliquée. Cette capacité dépend d'une multitude de facteurs, qui tiennent tant à son contenu qu'aux mesures d'accompagnement qui lui sont nécessaires. La loi est-elle «réaliste», envisage-t-elle bien correctement tous les aspects du mécanisme mis en place ? N'a-t-elle pas oublié de préciser le fonctionnement de tel organisme de contrôle, les modalités procédurales de telle étape, n'impose-t-elle pas des obligations incohérentes ou excessivement lourdes ? Les personnes chargées de sa surveillance disposent-ils bien de toutes les compétences et de tous les outils nécessaires à son respect ?

Lorsqu'un régime de protection ne fonctionne pas bien, faut-il le remettre à plat par une nouvelle réforme ou se pencher sur les raisons, auxquelles on peut sans doute remédier, qui conduisent à sa non application ? La question n'est pas suffisamment posée. En matière d'environnement, le législateur aime remettre sans cesse son ouvrage sur le métier.

D. LA LOI DOIT DÉFINIR LES RESPONSABILITÉS

L'un des grands motifs d'adoption d'une législation est la nécessité de définir les devoirs, missions et responsabilités de chacun des acteurs concernés par une cause environnementale, qu'il s'agisse des pouvoirs publics ou des particuliers.

Au-delà des mécanismes classiques, le droit de l'environnement tente d'innover. Il confère un poids particulier au principe du pollueur payeur, issu des théories économiques. Il développe des mécanismes de responsabilité objective, sans exigence de faute, qui permettent de remonter parfois très en amont dans la chaîne des responsabilités, jusqu'aux institutions de crédit si elles se révèlent les plus solvables (*deep pocket policy*). Il invite, dans d'autres cas, à la mutualisation des coûts au sein des secteurs particulièrement exposés. Il impose aux producteurs de s'interroger sur l'impact de leur activité sur l'environnement, non seulement lors de leur processus industriel mais également lorsque le produit qu'ils fabriquent devient un déchet : des obligations de reprise leur sont imposées, afin qu'ils contribuent activement à la gestion des déchets mais également, dans une perspective de prévention, afin qu'ils soient amenés à réfléchir à l'optimisation de la conception de leur produit.

L'intérêt de l'adoption d'une loi est également de fixer des règles communes, qui placent les destinataires sur pied d'égalité (*level-playing field*). Cette mise à niveau revêt une connotation très particulière dans un contexte d'intense concurrence et de mondialisation des échanges. Les destinataires de la norme sont souvent demandeurs de la définition d'un niveau d'exigence commun, à la condition que cela soit à l'échelle la plus vaste possible. L'Europe plutôt que l'État, le Monde plutôt que l'Europe. Une telle situation, bien compréhensible, peut cependant devenir source de paralysie. Le décideur, parfois, doit oser se poser en *challenger* pour inviter ses administrés à se lancer, les premiers, sur la voie d'une saine ambition environnementale ou à tester, les premiers, des outils considérés comme novateurs. C'est un peu ce qui se fait actuellement sur la scène européenne avec le marché d'émission ou les initiatives relatives à l'éco-conception des produits. Ce qui est fait au plan national est très souvent source d'inspiration pour la généralisation d'une politique à une plus grande échelle.

E. LA LOI DOIT SUSCITER L'ADHÉSION LA PLUS LARGE POSSIBLE ET ÊTRE EXPLIQUÉE

Pour que la réglementation environnementale soit respectée, il faut non seulement qu'elle soit dotée de mécanismes de contrôle et de sanction, elle doit également recueillir, idéalement, l'assentiment d'une partie au moins des destinataires concernés. Dans cette perspective, les mécanismes de consultation préalables à son adoption sont précieux. Les experts, qu'ils proviennent des secteurs économiques concernés ou de la société civile, peuvent donner des avis particulièrement utiles au décideur, lequel pourra affiner le mécanisme mis en place et répondre à des préoccupations qu'il n'avait probablement pas envisagées d'emblée. Le message est encore plus clair lorsque, tous intérêts confondus, ces experts s'accordent pour rejeter ou soutenir une proposition. Il est important cependant que ces acteurs soient consultés suffisamment en amont du processus d'adoption de la norme. Une consultation tardive est un simulacre, dès lors qu'elle ne peut plus avoir d'impact sur la décision. Elle a alors l'effet contraire à celui recherché ; plutôt que de contribuer à un dialogue constructif et à faire comprendre les enjeux de la réglementation en projet, elle aura tendance à provoquer une réaction de rejet.

Il ne faut bien sûr pas simplifier le processus à outrance. Les lois ne sont pas faites pour être populaires. Leur prescrit est parfois très sévère. Si le décideur souhaite que la norme soit respectée, il doit alors idéalement l'accompagner d'actions de sensibilisation. La loi doit également prévoir des mesures transitoires permettant à chacun de s'adapter, à condition que cette transition reste de l'ordre du raisonnable. L'interdiction soudaine, pour les camions, de l'accès à un tunnel de montagne pour des motifs de qualité de l'air aura peu de chance de résister aux actions d'opposition, judiciaires ou autres, si elle n'est pas devancée par une adéquate campagne de sensibilisation à l'attention de la profession. L'imposition du jour au lendemain d'un régime de sacs payants pour le ramassage des immondices, sans explication quant au sens de la démarche et quant aux alternatives envisageables, est vouée à de grandes difficultés.

F. LA LOI DOIT S'ACCOMPAGNER D'UNE RÉELLE CAPACITÉ DE CONTRÔLE ET DE SANCTION

Le dispositif normatif n'est pas un guide explicatif, un catalogue de bonnes intentions. Il pose des règles susceptibles d'être contrôlées sur le terrain et, in fine, d'être sanctionnées.

Le contrôle et la sanction restent pourtant le vrai talon d'Achille du droit de l'environnement, à tous les niveaux de prise de décision. Beaucoup d'institutions ne sont pas dotées de suffisamment de moyens de surveillance, à commencer par la scène européenne. Les instances chargées des poursuites ne placent pas toutes l'environnement dans leurs priorités. Les instruments du droit pénal sont parfois trop lourds à manier mais leur remplacement progressif, dans certains cas, par les sanctions administratives, nécessite d'importantes précautions juridiques. L'accès aux cours et tribunaux n'est toujours pas largement ouvert aux organisations susceptibles de prendre la défense de l'environnement, lorsque aucun intérêt particulier n'est en jeu, alors même qu'une convention internationale pousse à ouvrir la porte des prétoires (la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement – UNECE – 1998).

Les actions en justice sont pourtant souvent les vraies révélatrices de la force de conviction de certaines lois qui, de près ou de loin, touchent à la protection de l'environnement. Les actions portant sur les atteintes aux garanties procédurales sont nombreuses et très souvent couronnées de succès. D'autres actions, telles celles qui permettent aux citoyens d'obtenir qu'une loi soit respectée, là où la puissance publique ne s'attachait pas spontanément à en garantir la mise en application, sont plus rares. Enfin, la reconnaissance d'un droit à un environnement sain dans la Constitution d'un État est cruciale pour asseoir les attentes légitimes des citoyens. En Belgique, une prolongation récente, en est le principe de *standstill*, selon lequel le niveau de protection de l'environnement consacré par une loi ne peut être sensiblement réduit par une nouvelle législation sans qu'existe pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général (selon l'interprétation qui en fut donnée par la Cour constitutionnelle, le 14 décembre 2006 – www.arbitrage.be).

Conclusions

La loi, à condition qu'elle soit éclairée et bien conçue, a toujours un rôle à jouer dans la défense de notre environnement. Sans loi, pas d'allocation de responsabilités et pas de clarté dans les objectifs. Or tous les acteurs ont besoin de sécurité juridique.

La loi, en tant que source d'obligations contraignantes, reste nécessaire, mais elle n'est pas omnipotente dans la mise en pratique de l'ambition politique. Elle doit jouer la carte de la complémentarité. Pour construire un édifice solide, il faut des pierres d'angle et des poutres, mais aussi une multitude d'autres éléments. La loi est l'un des éléments porteurs de l'édifice, essentiel, mais non suffisant. La panoplie des instruments souples et flexibles susceptibles de lui venir en appui est de plus en plus étoffée, la créativité étant de mise en la matière. La plupart de ces instruments flexibles et économiques n'existent cependant pas hors du droit. Le débat ne consiste donc pas tant à questionner le rôle même de la loi dans la politique environnementale, mais plutôt à s'interroger sur la place que celle-ci accorde à la flexibilité, sur le degré de choix qu'elle laisse aux acteurs concernés pour atteindre les objectifs fixés, dans le respect du droit supposé de tous à la protection d'un environnement sain.

Ce n'est pas parce que les problèmes de pollution subsistent et, pour certains, s'aggravent, que toute la politique environnementale et les instruments juridiques qui la soutiennent doivent être rejetés. Une prise de recul est cependant nécessaire, prenant conscience que les mesures prises ne sont pas toujours, pour des raisons multiples, les mieux calibrées, notamment parce que l'on s'est souvent contenté d'accompagner le processus de développement, sans oser le questionner vraiment. La reconnaissance mondiale du changement climatique semble annoncer un revirement de cette tendance, puisqu'il est désormais clairement exprimé que notre croissance, encore tellement dépendante des énergies fossiles, n'est pas durable.

Bibliographie

- BEDER Sharon, 1997, *Global Spin : The Corporate Assault on Environmentalism*, Vermont, Chelsea Green Publishing Company.
- CASTIAUX Annick, PONDEVILLE Sophie & THUNIS Xavier, 2007, «Les leviers de la politique environnementale et leurs perceptions», in *Rapport ana-*

lytique sur l'état de l'environnement 2006-2007, pp. 697-713, MRW-DGRNE, Namur.

COM, 2005, 535, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions «Mettre en oeuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire».

COM, 2007, 19, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – *Results of the review of the Community Strategy to reduce CO² emissions from passenger cars and light-commercial vehicles*.

OCDE, 2003, *Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement – Efficacité et combinaison avec d'autres instruments d'intervention*.

PALLEMAERTS Marc, JANS Théo & MISONNE Delphine, 2006, *The Role of Public Authorities in Integrated Product Policy : regulators or coordinators*, Publications de la Politique scientifique fédérale, CP/49, (www.belspo.be).

REHBINDER Eckard, 2000, «Market-based incentives for environmental protection», in REVESZ R. & al., *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge University Press, pp. 245-262.