

Instruments souples, instruments non contraignants, instruments du marché : une alternative pertinente ?

Michel PÂQUES

*Professeur extraordinaire à l'Université de Liège
Conseiller d'État*

Introduction

Pertinence et ordre économique

L'intitulé stimulant du sujet qui m'est confié appelle quelques commentaires liminaires. Chacun des mots, les catégories suggérées, leur association, la question lancée doivent être précisés.

Une ? Le singulier. Pourtant, trois catégories d'instruments sont proposées. Ceux-ci ont en commun d'être rangés dans l'autre branche de l'alternative. Leur communauté dans l'altérité doit être vérifiée.

Alternative ? L'alternative est à deux branches et l'on cherche immédiatement le premier terme. C'est sans aucun doute un autre type d'instruments, et ceux-ci sont bien connus puisqu'ils ne sont pas cités. Autant dire que ce sont des instruments classiques. Je puis sans doute déduire des mots « non contraignants », « souples » ou « de marché » que ce premier terme, ce point de départ classique est plutôt contraignant, rigide ou non négociable et, sans trop m'avancer, il me semble que l'on vise ici les mesures de police administratives (la méthode dite *command and control*). Il faudra toutefois vérifier que les mesures classiques ont bien ces caractéristiques.

Pertinente ? La pertinence est la qualité de ce qui convient à l'objet dont il s'agit¹. Sans nul doute, l'objectif est le service de la protection et la restauration de l'environnement. Pour mesurer l'efficacité d'un instrument juridique désigné ou non désigné, il y a lieu de tenir compte aussi de son impact sur les autres intérêts avec lesquels la protection et la restauration de l'environnement

¹ *Nouveau Petit Robert*, éd. 2007.

doivent composer. Liberté individuelle, liberté du commerce et de l'industrie, libre circulation, droit de propriété, etc.

On se demande si plusieurs des principes du droit de l'environnement, surtout la prévention et la correction par priorité à la source, puis la précaution, n'ont pas été conçus dans la perspective ou à tout le moins dans l'esprit d'une action de police. L'autorisation de police est l'instrument type de l'action préventive. Même le pollueur-payeur est établi, à la base, pour régler l'imputation des coûts de la mise en conformité à la réglementation classique². Ces principes conditionnent pourtant toute l'action juridique et participent donc, jusqu'à un certain point, de la définition de l'efficacité. Il est assez facile de passer les instruments « alternatifs » aux critères des principes.

On ne peut non plus perdre de vue la question du coût. La protection de l'environnement, c'est toujours la réduction de l'empreinte écologique ou l'internalisation du coût par l'application plus ou moins insistante du principe pollueur-payeur. Si le droit de l'environnement lutte contre des « défaillances du marché »³, les mesures « alternatives » pourraient-elles être moins coûteuses que les instruments classiques, plus « efficaces » pour reprendre la terminologie économique anglo-saxonne (*efficiency*) ?

Nous voici au cœur du problème. Cette question de pertinence renvoie aux fondements mêmes de l'ordre juridique dans lequel la défense de l'environnement est une valeur montante.

Il est nécessaire de bien situer le problème. En droit et en économie, notre structure tire son origine de la philosophie des Lumières. Juridiquement, la base est faite de liberté individuelle, de propriété privée et de droits subjectifs. Économiquement, le cadre est celui du marché où l'offre et la demande se rencontrent, où la propriété s'échange grâce aux instruments juridiques contractuels et où la recherche du profit est libre.

Ce système juridique et économique permet l'accumulation capitaliste, qu'on croyait sans limite, mais dont on perçoit aujourd'hui le butoir environnemental. Pigou a montré que dans les charges d'exploitation et les coûts que traduisent les prix, la destruction de la nature chose commune n'est guère prise en charge. C'est une externalité négative. Quant à la part de nature appropriée,

² À ce sujet, notamment, X. THUNIS et N. DE SADELEER, « Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Amén.-Env.*, livraison spéciale, 1995, pp. 3 et s. ; N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; M. PÂQUES, *Fondements et principes du droit de l'environnement de l'Union européenne*, Liège, éd. de l'Université, 2003, n° s 45 à 64.

³ J.E. STIGLITZ et C.E. WALSH, *Principes d'économie moderne*, trad. F. Mayer, Bruxelles, De Boeck, 2^e éd., 2004, pp. 467 et s.

elle est mieux garantie, mais le Code donne au propriétaire un droit absolu, droit de détruire comme de protéger, écrit Mme M. Remond-Gouilloud⁴.

Alors que la rareté des matières premières se paye, alors que cette rareté crée une rente au profit du propriétaire, comme la rente pétrolière au profit des propriétaires de puits du Golfe ou d'ailleurs, la destruction et la raréfaction des biens naturels ne produisent pas de rareté économique, ni de rente. Sauf dans le cas de quelques espaces conservés un temps par hasard ou grâce à la loi de police qu'on va examiner⁵, rares, convoités, et soumis à leur tour à l'appropriation.

John Maynard Keynes expose, en 1933, que le caractère destructeur du désir d'argent, qui s'exprime dans le calcul financier, menace la survie de la nature autant que celle de l'homme : « La même règle autodestructrice du calcul financier régit tous les aspects de l'existence. Nous détruisons la beauté des campagnes parce que les splendeurs de la nature, n'étant la propriété de personne, n'ont aucune valeur économique. Nous serions capables d'éteindre le soleil et les étoiles parce qu'ils ne rapportent aucun dividende ». « Le pire est que nous le faisons », ajoutent MM. Gilles Dostaler et Bernard Maris, qui rapportent ces propos de Keynes dans *Capitalisme et pulsion de mort*, publié au début de cette année⁶, et poursuivent « Nous ne voyons plus le soleil à cause des fumées, et les étoiles à cause des pollutions lumineuses ».

Voilà donc mieux profilée la question de la pertinence : comment traduire en droit une volonté de protéger les choses communes à laquelle le système n'est pas porté naturellement ?

Dans le modèle étatique issu des traités de Westphalie, l'État est souverain. La Révolution française place le principe de la souveraineté dans la nation qui peut utiliser l'instrument du droit pour accomplir sa volonté. Il y a dans l'existence de l'État souverain la possibilité d'un lieu de décision et d'un moyen de contrainte propre à entraver la pente naturelle du capitalisme, à freiner cette amplification du droit subjectif et de la propriété privée, dans son processus de destruction, sa pulsion de mort. La correction par la loi de police intervient dans le rapport du capitaliste au salarié à partir de la fin du XIX^e siècle ; l'État peut aussi s'adresser au rapport à l'environnement et, s'il décide d'intervenir, une série d'instruments sont à sa disposition, dont l'utilisation dépend d'options politiques.

⁴ M. REMOND-GOULLIUD, *Du droit de détruire – Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, P.U.F., 1989.

⁵ *Infra*, section 1^{re} et s.

⁶ G. DOSTALER et B. MARIS, *Capitalisme et pulsion de mort*, Paris, Albin Michel, 2009, pp. 64-65.

On peut, au moins théoriquement, tabler sur la puissance de l'État souverain. Une part des déplorations de l'altermondialisme tient à la constatation que cet espace de souveraineté, cette puissance de correction, n'existe pas à l'échelon universel. Dès lors, la mondialisation d'une question, la sortie de la sphère étatique, se traduit par la perte d'une possibilité de contrôler le phénomène, puisque la souveraineté de l'État n'a pas d'équivalent mondial.

Je me limiterai à l'action de l'État. Quelles sont les options? Je propose deux parties. Dans la première, je présenterai les actions qui contrarient le droit subjectif et la liberté (chapitre 1). Il ne s'agit toutefois pas de nier par principe la liberté individuelle au profit d'un nouveau collectivisme; certains examinent, en effet, la possibilité d'un totalitarisme moderne fondé sur l'idée de la planète en danger, une éthique de la décroissance en forme liberticide⁷. Il est question ici des manières de peser sur une liberté qui demeure le principe. C'est pour l'essentiel la branche implicite de l'alternative. La seconde partie sera consacrée aux instruments qui veulent s'inscrire davantage dans la dynamique de la liberté, en accompagnant celle-ci, mais sans pouvoir néanmoins renoncer à toute contrainte. Tels sont les instruments présentés dans l'autre branche de l'alternative (chapitre 2).

Chapitre 1

Peser sur la liberté individuelle en agissant contre elle

Section 1

Le point de départ: l'action autoritaire de police administrative, contraignante, rigide et non négociable

Les mots «non contraignants» et «souple» invitent à prendre pour point de départ l'action de police administrative et ses caractéristiques, qui sont d'abord autoritaires, rigides et non négociables. Ces traits sont premiers, en effet, mais ils doivent être bien compris.

L'action de police est contraignante en ce que les décisions s'imposent sans que le consentement du destinataire soit nécessaire. Tel est bien le cas pour ce qui concerne la part la plus dure de l'action de police, celle des interdictions ou des injonctions. Il n'en va pas de même des autorisations caractérisées par la demande qui conditionne et limite le pouvoir de l'autorité saisie. Néanmoins, même demandée, l'autorisation est accordée aux conditions que fixe unilatéralement l'autorité compétente, sans pouvoir dénaturer la demande, mais sans non plus devoir s'en tenir aux modalités proposées par le demandeur. En outre,

⁷ B. GUIBERT «Pour une éthique spinoziste», *Entropia*, printemps 2009, pp. 54 et s.

les conditions de l'autorisation dont les effets se renouvellent à l'intervention actuelle du bénéficiaire, comme les permis d'environnement, pourront souvent être modifiées par l'autorité en cours d'exécution sans qu'une demande soit indispensable⁸. L'action de police est toutefois toujours exceptionnelle dans un régime où la liberté est le principe.

Le système des actes de police est rigide. En effet, la règle s'applique en principe sauf dérogation. Les cas d'ouverture à la dérogation, prévus par la règle s'interprètent de manière stricte et l'application concrète de la dérogation est elle-même limitée, exceptionnelle⁹. La règle ne peut être dénaturée par une dérogation. L'articulation des normes est généralement plus favorable à la hiérarchie qu'à la subsidiarité¹⁰.

Enfin, les pouvoirs de police ne sont pas négociables : pas d'arrangement sur le pouvoir de police pour procurer une autorisation en avance sur les procédures, avant l'évaluation ou l'enquête ; pas question non plus de créer des dérogations en dehors de l'habilitation de la loi ; sans la permission de la loi, encore, l'on ne peut non plus entraver la loi du changement qui permet à l'autorité de modifier les conditions d'exploitation si la protection du cadre de vie le requiert. Le contrat permet toutefois à l'opérateur de transférer des autorisations d'émettre liées au sol, comme les permis d'urbanisme et les permis d'environnement, pour autant que ce soit en même temps que le bien ou l'entreprise¹¹. En revanche, les agréments, liés aux personnes, ne sont pas transmissibles à l'initiative des contractants, même en cas de fusion de sociétés¹².

⁸ M. DELNOY et B. JADOT, « Le décret du 31 mai 2007 relatif à la participation du public en matière d'environnement : avancées et questions », in *Actualités du droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement* (dir. M. DELNOY), Louvain, Anthemis, 2009, pp. 261 et s., spéc. p. 68.

⁹ C. const., arrêt n° 87/2007, motif B.9.1.; Ch.-H. BORN, « L'évolution récente des règles relatives à la révision du plan de secteur et à ses dérogations », in *Actualités du droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement* (dir. M. DELNOY), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 41 et s., spéc. p. 90.

¹⁰ M. PÂQUES, « Principe de subsidiarité, police administrative générale et police de l'aménagement du territoire et de l'environnement », in *Recueil des travaux des XVII^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 223 à 234.

¹¹ S. PERIGNON, « Peut-on vendre des "droits à construire" ? », *Rép. Defrénois*, 1993, pp. 321 et s., rapporté par O. JAMAR, « Les permis de lotir », in *L'urbanisme dans les actes*, sous la direction d'O. JAMAR, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 412 et s., spéc. 492 ; M. MOLINER-DUBOST, « Requiem pour le principe d'incessibilité des autorisations administratives », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 2141 et s. Toutefois, C.E., 28 mai 1998, *a.s.b.l. Protection et sauvegarde du quartier du Sporting et crts*, n° 73956, *Rev. dr. comm.*, 1999, p. 154, qui condamne la cession à un opérateur privé assujéti à la procédure ordinaire, d'un permis délivré à une administration en application d'une procédure spécialement applicable aux demandes introduites par des personnes morales de droit public (article 127 du C.W.A.T.U.P.).

¹² C.E., 30 avril 1998, *Grégoire*, n° 73382 ; P. DE WOLF et Ph. COENRAETS, « Le sort des autorisations et des agréments administratifs en cas de fusion et d'absorption de sociétés – Principes des fusions et confusions des principes », in *Amén.-Env.*, livraison spéciale, 1999, « Droit commercial, droit des sociétés et environnement : questions d'actualité », pp. 3.

Section 2

Slogan et réalité

Il y a une propension à dénoncer des résultats insatisfaisants du système de *command and control* qui n'a pas pu entraver le processus de dégradation de l'environnement, à stigmatiser les connaissances insuffisantes de l'administration, l'excessive influence des *lobbies* lors de la prise de décision publique ou le caractère peu flexible, trop pointilleux de l'instrument réglementaire¹³. Ce courant doctrinal, venu des États-Unis, y est cependant donné pour minoritaire¹⁴.

Il n'est pas exact que la mesure de police souffre nécessairement d'un défaut d'adaptation au cas soumis, comme il est pourtant d'usage de le soutenir dans l'analyse économique du droit¹⁵. La règle elle-même se prête à la distinction par catégories objectives et peut cibler les nécessités justifiables (il suffit de voir la finesse des classes de projets soumis à autorisation ou encore la diversité des conditions sectorielles d'émissions¹⁶). Elle se complète d'actes particuliers encore mieux adaptés (autorisations, injonctions). Le pouvoir discrétionnaire permet l'ajustement des décisions aux cas particuliers et évite un alourdissement disproportionné de la contrainte que déterminerait un système constitué seulement d'une règle trop générale¹⁷. Ainsi, le droit européen de l'évaluation des incidences laisse aux États membres le choix de l'action par catégorie ou par décision individuelle. Il en est de même de la directive IPPC qui permet la fixation des conditions d'émission par la voie de l'autorisation ou par le biais de règles combinées avec l'autorisation¹⁸.

La mesure de police ne manque pas non plus de flexibilité sous l'angle de l'adaptation à l'évolution technologique, puisque la règle, tout comme l'acte individuel dont les effets se renouvellent à l'initiative individuelle du bénéficiaire, sont en principe soumis au régime unilatéral de la loi du changement

¹³ Notamment D.J.E. GRIMEAUD, « Convergence or divergence in the use of "negotiated environmental agreements" », in *European and US Environmental Policy: an overview – Green Giants? Environmental Policies of the US and the EU*, N.J. VIG and M.G. FAURE éd., Cambridge, Massachusetts et Londres, Angleterre, MIT Press, 2004, pp. 159 et s.

¹⁴ M. HERZ, « Les grands débats autour du droit de l'environnement aux États-Unis », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, pp. 87 et s., spéc. p. 88.

¹⁵ J.E. STIGLITZ et C.E. WALSH, *op. cit.*, p. 472.

¹⁶ Cons., en droit wallon, Wallex, <http://wallex.wallonie.be>, au v° « Permis d'environnement ».

¹⁷ M. PÂQUES, « Sécurité juridique et risque environnemental », in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la dir. de L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 495 à 540, spéc. n° 6.

¹⁸ Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, article 9, § 8.

qui procure la souplesse et la capacité d'adaptation indispensable, notamment à l'initiative de l'administration vigilante¹⁹.

La mesure de police n'est pas fermée à la position du destinataire : la participation du demandeur est déterminante dans la matière des permis ; elle est garantie aux tiers aussi bien dans l'action réglementaire que particulière²⁰. Les procédures participatives sont nombreuses, en effet, et atténuent le caractère unilatéral des actes, puisque l'autorité doit en tenir compte²¹. Certes le « coût de transaction » de ces procédures est élevé, spécialement quand l'acte intéresse un grand nombre d'individus. La participation complique la gestion administrative du dossier. La difficulté de conduire l'enquête inhibe parfois l'autorité, comme dans le cas de la modification des plans wallons d'occupation du sol (plans de secteur). La procédure de révision devient dissuasive et des voies d'évolution médiatees sont cherchées²². Plus originales sont les possibilités pour le public de demander une action autoritaire. On en connaît dans le domaine du classement de biens du patrimoine où les intéressés peuvent mettre en branle la procédure de classement d'un bien²³. Plus récemment, la faculté de demander la modification de la règle a été ouverte dans le domaine des plans d'aménagement. Le procédé est devenu formel à l'article 42bis du Code de l'aménagement du territoire (C.W.A.T.U.P.). En termes d'efficience, cela permet surtout de mettre le coût de l'évaluation des incidences du projet sur

¹⁹ Sur cette faculté d'adaptation, par exemple, le décret wallon relatif au permis d'environnement, article 65 ; M. PÂQUES, « Les conditions d'octroi du permis d'environnement », in *Le décret wallon relatif au permis d'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 91 et s., spéc. p. 172 ; sur la position contraire de l'analyse économique du droit de police, J. STIGLITZ et C.-E. WALSH, *op. cit.*, p. 472 ; sur ce thème de la nécessité d'un droit adaptable et non vétilleux pour éviter la péremption trop rapide, voy. le remarquable texte de Mme J. MORAND-DEVILLER, « Droit de l'urbanisme et éthique », in *Terres du droit – Mélanges en l'honneur d'Yves Jegouzo*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 697 à 714.

²⁰ Notamment les articles 6, 7 et 8 de la Convention d'Aarhus.

²¹ Sur l'importance de cette obligation, très nuancée, M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier 2007, 937 pp.

²² M. PÂQUES, « Centralisation et décentralisation en droit wallon de l'urbanisme », *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.559 et s.

²³ Jugé : « que les motifs qui fondent la décision attaquée sont d'autant moins admissibles qu'il s'agit précisément de considérations qui doivent être vérifiées – pour être confirmées ou infirmées – dans le cours de la procédure administrative que le Code wallon organise et qui permet de recueillir toute une série d'avis et de consultations (y compris une enquête publique) destinés à éclairer l'autorité chargée de se prononcer sur l'opportunité de classer ou non le bâtiment ; que le moyen est fondé » (C.E., 17 octobre 2002, *Guiot et Detienne*, 111666). Le décret de la Communauté française du 11 juillet 2002 relatif aux biens culturels mobiliers et au patrimoine immatériel de la Communauté française, contient un dispositif comparable quant à l'initiative du classement (article 4). Une réaction législative a étendu le pouvoir discrétionnaire de l'administration, exposé des motifs d'un projet de décret-programme portant diverses mesures en matière de fiscalité régionale, de trésorerie et de dette, d'organisation des marchés de l'énergie, d'environnement, d'agriculture, de pouvoirs locaux et subordonnés, de patrimoine et de logement et de la fonction publique, *Doc. Parl. wall.*, 603 (2003-2004)/1, du 26 novembre 2003, p. 13.

l'environnement à charge de l'initiateur plutôt que du pouvoir public, comme il y va normalement quand il s'agit du coût de l'élaboration d'une règle.

Cependant, exiger cette participation, ne revient pas à imposer le consensus, puisque, au moment « normateur », l'acte reste l'œuvre unilatérale de l'autorité compétente^{24 25}. C'est donc une forme d'action autoritaire, mais qui se prête à l'ajustement au point de vue du destinataire ou du milieu dans lequel la norme doit s'appliquer pourvu que l'autorité le décide^{26 27}.

La mesure de police classique peut fixer clairement les obligations qu'elle impose et permettre leur connaissance, *a priori*, de manière bien nette, par les destinataires et les tiers. Cela peut faciliter le contrôle et la détermination de la constitution d'une infraction.

On peut discuter de la capacité des autorités à utiliser judicieusement les instruments de police et à veiller à la sanction. L'incidence de la politique dans l'examen de ces questions est présentée comme un biais négatif et une source d'inefficiences par un courant d'analyse économique²⁸; au contraire, bien comprises, ces influences peuvent constituer des éléments de prise en considération de l'intérêt commun et d'exercice de la démocratie. En outre, plusieurs procédés facilitent l'adaptation de la norme de police aux situations particulières.

²⁴ M. HEQUART-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 248; M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, n^{os} 81 et 114. Le régime de l'acte sera celui d'un acte unilatéral, ouvert à la loi du changement.

²⁵ La corégulation visée dans l'Accord interinstitutionnel, « Mieux légiférer », conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission (2003/C 321/01), *J.O.U.E.*, C321 du 31 décembre 2003, définie au n^o 18, va plus loin; pour un exemple d'exécution d'une directive confiée à un accord de branche, *infra*, Chapitre 2, section 1^{re}.

²⁶ Par exemple: « Le gouvernement peut donner une valeur réglementaire aux accords volontaires passés entre producteurs pour qu'une zone de culture soit, pour une espèce donnée et une période déterminée, exclusivement réservée à des variétés non génétiquement modifiées. Une zone réservée à des variétés non génétiquement modifiées bénéficie d'une protection de l'espace périphérique correspondant à la distance de séparation définie à l'article 2, 11^o » (article 28 du décret du 19 juin 2008, relatif à la coexistence des cultures génétiquement modifiées avec les cultures conventionnelles et les cultures biologiques).

²⁷ « En ce qui concerne, en premier lieu, les accords de programme qui se trouvent à différents stades d'élaboration, eu égard à l'argumentation de la partie défenderesse selon laquelle lesdits accords ne revêtent pas les caractéristiques juridiques d'un plan ou d'un projet au sens de l'article 6, § 3, de la directive 92/43, il convient d'observer que, dans le cadre d'un recours en manquement relatif aux obligations énoncées dans ladite disposition, la Commission ne saurait se limiter à alléguer la simple existence de tels accords, mais doit également fournir des éléments suffisamment concrets pour pouvoir conclure que ces accords dépassent le stade d'une réflexion administrative préliminaire et comportent un degré de précision dans la planification exigeant une évaluation environnementale de leurs effets » (C.J.C.E., 4 octobre 2007, Commission c. République italienne, C-179/06).

²⁸ J.E. STIGLITZ et C.E. WALSH, *op. cit.*, p. 472.

Section 3

Flexibilité et valeur de la norme de police – Le pouvoir discrétionnaire et la valeur indicative

La règle rigide s'assouplit, dans son application, quand l'auteur de l'acte particulier reçoit un pouvoir discrétionnaire. Elle s'assouplit davantage quand l'auteur de l'acte individuel reçoit le pouvoir de déroger à la norme à valeur réglementaire. Cette compétence est nécessairement expresse et d'interprétation stricte. Elle est limitée par l'interdiction de dénaturer la règle.

La flexibilité peut s'introduire dans la norme elle-même. La valeur réglementaire et sa rigidité sont alors abandonnées au profit d'un principe de souplesse. La norme devient indicative et n'est plus qu'une proposition d'action faite à l'auteur de l'acte individuel. Ce dernier peut s'en écarter en motivant la décision en fonction des nécessités qu'il trouve dans la situation particulière et à condition que les motifs se rattachent à l'ordre public qui définit la législation de police en question²⁹. La soumission de l'acte individuel à la norme souple se traduit donc dans deux obligations. La première est celle de se conformer à la ligne de conduite, même si elle n'est qu'un principe. La seconde est procédurale, de motiver la décision de s'écarter du principe établi par cette ligne de conduite. La jurisprudence n'impose pas à l'auteur de l'acte individuel l'interdiction de dénaturer la norme souple, à valeur indicative, que constitue le schéma de structure communal, alors qu'il n'aurait pas été dénué de sens de poser cette exigence³⁰.

Le législateur lui-même peut régler l'adoption de normes souples qu'il appelle parfois schémas. Cette filiation très légitime ne fera pas nécessairement du schéma un acte qui cause grief par lui-même et qui soit attaquant immédiatement devant le Conseil d'État³¹, mais cette valeur souple ne lui retire pas

²⁹ Voy., *mutatis mutandis*, C.E., 10 juillet 2001, *s.a. I.T.M. Belgium*, n° 97612.

³⁰ C.E., 15 juillet 2004, *Gauthier et crts*, n° 133.927.

³¹ Ce défaut de valeur réglementaire convainc le juge de l'excès de pouvoir de rejeter le recours directement exercé contre cet acte (C.E., 27 octobre 2007, *Stolz et Swinnen*, n° 176.181). On ne perdra pourtant pas de vue que, contrairement aux lignes de conduite et directives administratives adoptées spontanément par l'administration, le schéma est un document d'aménagement du territoire dont l'adoption est prévue et minutieusement réglée par acte législatif qui va jusqu'à organiser la tutelle spécifique; ensuite, sa présence conditionne dans certains cas la procédure applicable aux demandes de permis (article 107 du Code de l'aménagement du territoire); enfin, ce document est contraignant pour l'administration, même si ce n'est qu'en principe, et pour les tiers qui en subiront les effets de principe quand ils introduiront des demandes dans le champ d'application des prescriptions de schémas (pour une critique de cette jurisprudence dans la ligne de l'application de la Convention d'Aarhus, B. JADOT, « Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, sous la dir. de H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGENBOECK, Bruxelles, la Charte, 2006, pp. 405 et s., spéc. p. 453); en revanche, contre un acte

non plus, selon le cas, sa qualité de plan ou programme au regard de la directive 2001/42/CE³².

La ligne de conduite peut prendre la forme moins solennelle des orientations administratives³³, appelées aussi directives administratives, à la mode française³⁴, formulées *ex ante*, qui ne dispensent pas de l'obligation d'examiner chaque cas en particulier³⁵. Elle peut résulter aussi de l'accumulation des décisions prises sur des questions comparables par la même autorité; elle se dégage alors *ex post*, de l'observation de la pratique et procède du principe d'égalité³⁶. Ces lignes de conduite sont dotées de la même valeur indicative et sont sanctionnées par le juge de l'excès de pouvoir qui contrôle la cohérence des motifs des décisions particulières³⁷, qui permet l'adaptation bien motivée à une nouvelle circonstance, mais exclut le changement d'attitude injustifié³⁸. Il y va de la sécurité juridique et de l'égalité.

Les documents programmatiques constituent une bonne part de la littérature communautaire. Livres verts, communications de la Commission, stratégies thématiques... Le plus connu, le programme d'action environnemental, est maintenant réglé à l'article 175 du Traité C.E. et soumis à la procédure de codécision. En lui conférant «une certaine valeur juridique», comme l'écrit M. Krämer, le Traité en a vraisemblablement tué la dynamique au profit des instruments informels³⁹. Les «orientations» et «communications» de la

individuel, le moyen pris de la violation de cet acte indicatif peut déterminer une annulation, C.E., 14 novembre 1996, *Tasse*, arrêt n° 65.053, *Amén.-Env.*, 1997, p. 114, note M. DELNOY; mon étude, «La nature juridique des schémas directeurs et des schémas de structure», *Amén.-Env.*, 1994, pp. 9 et s. F. HAUMONT, *Urbanisme – Région wallonne*, t. 1. *La planification*, Bruxelles, Larcier, 2007, n°s 238 et s.

³² J. VAN YPERSELE, «Les activités économiques dans les zones d'aménagement», in *Actualités du droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement* (dir. M. DELNOY), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 97 et s., spéc. p. 109 et réf.

³³ T.P.I.C.E., 9 septembre 2008, *Bayer*, T-75/06, motif 119.

³⁴ Sur celles-ci et leur statut actuel en France, D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 2008, p. 282.

³⁵ C.E., 13 janvier 2009, *Bechoux*, n° 189.444.

³⁶ Pour un cas dans lequel le lien n'est pas établi entre les «décisions prises chacune dans un contexte urbain et social spécifique», C.E., 24 décembre 2006, *s.a. Circus Guillemins*, n° 165.119 et C.E., 16 décembre 2005, *Bellet et Rosier*, n° 152.846. Sur ce que les précédents qui font ligne de conduite doivent émaner de la même autorité, C.E., 16 décembre 2005, *Bellet et Rosier*, n° 152.846, précité.

³⁷ C.E., 3 décembre 2008, *Orland et Franck*, arrêt n° 188.452.

³⁸ C.E., 16 septembre 2008, *Badoux et Hastir*, n° 186.298 (cas dans lequel le gouvernement impute le coût de la réhabilitation d'une décharge contrôlée au propriétaire alors qu'il résultait des déclarations officielles du gouvernement que le réaménagement de cette décharge serait supporté par la Région).

³⁹ L. KRÄMER, «Mieux légiférer et déréglementation du droit de l'environnement européen», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007/4, pp. 801 et s., spéc. pp. 817-818.

Commission ont une valeur juridique⁴⁰. Le programme d'action communautaire est même devenu une source d'inspiration pour des pouvoirs qui n'en sont pas les destinataires : le législateur wallon a prescrit au gouvernement d'en tenir compte lors de la confection du « plan d'environnement dans le cadre du développement durable »⁴¹.

Tous ces assouplissements rendent les choses moins simples, moins claires que l'application automatique de la règle rigide. Toutes ces manières de ne plus établir par une règle ce que la situation individuelle doit nécessairement être, déplacent le pouvoir de décision vers l'auteur de l'acte individuel. La méthode est pleine d'intelligence ; elle permet une bonne adaptation du droit au cas alors que la règle, dans sa généralité, peut être insuffisamment fine et déterminer parfois une décision individuelle malencontreuse. Ce mode d'action souple fait appel à la vertu de l'autorité qui décide concrètement. Il est utile quand le législateur a confiance dans l'auteur de l'acte individuel et sa capacité d'adapter la norme aux circonstances particulières ou locales sans abandonner l'intérêt protégé à d'autres préoccupations inadmissibles. L'aptitude de l'autorité administrative individuelle à se passer du garde-fou de la règle rigide est parfois mise en doute. On se souvient, en Belgique, des fortes réserves que la section de législation du Conseil d'État, conseiller du législateur, a formulées quand il fut question d'attribuer aux décideurs communaux un plus large pouvoir discrétionnaire pour délivrer les permis d'urbanisme⁴². Plus récemment, le Conseil d'État a vu dans le choix du législateur de retirer au permis de lotir la valeur réglementaire pour en faire un acte indicatif, l'expression d'une régression dans la protection de l'environnement⁴³.

⁴⁰ T.P.I.C.E., 7 novembre 2007, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, T-374/04, dans le cas des orientations prévues par la directive 2003/87 considérées par la juridiction communautaire comme une autolimitation dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Elle ne saurait se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que les principes d'égalité de traitement, de sécurité juridique ou de protection de la confiance légitime. La possibilité de s'en écarter dans un cas particulier est toutefois admise à condition que l'application soit compatible avec la règle d'égalité et motivée (motif 111).

⁴¹ Article D.38 du Code de l'environnement.

⁴² Projet de décret devenu le décret du 18 juillet 2002, *Doc. Parl. wall.*, 309 (2001-2002)/1, pp. 108-109 et les références à un avis antérieur. On lira sur ce point la réponse du gouvernement, *ibid.*, p. 45.

⁴³ Projet de décret modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et le décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques, *Doc. Parl. wall.*, 972 (2008-2009)/1, du 18 mars 2009, p. 60.

Section 4

Flexibilité non plus dans la nature, mais dans le contenu de la norme

À côté de la ligne de conduite dont la plasticité se manifeste dans la force juridique de la norme, la flexibilité se révèle fréquemment dans le contenu même de celle-ci. Ces deux formes de souplesse peuvent d'ailleurs se cumuler sans que cela soit nécessaire. La flexibilité par le contenu devrait pourtant plutôt se combiner avec les instruments contraignants par nature.

Assez souvent, la règle environnementale n'impose plus très clairement ce qu'il faut faire, fût-ce simplement. Elle ne fait qu'installer une méthode, un processus. Tel est le cas quand le législateur prescrit de placer les masses d'eaux dans un bon état⁴⁴. Tel est le cas quand le législateur prescrit à l'auteur de la règle ou à l'auteur de l'acte individuel d'établir une limite d'émission fondée sur la meilleure technique disponible (M.T.D. ou BAT, en anglais), quand il lui impose – ou recommande – d'appliquer un principe de précaution, qui dicte une méthodologie plus ou moins établie. Ce principe peut bien entendu commander l'adoption d'une règle, ce qui renvoie alors, en ordre secondaire, au mécanisme classique. La réglementation par fixation d'objectifs est prisee par les opérateurs privés. Ainsi, l'Union wallonne des entreprises souhaite que l'administration ne fixe qu'un objectif à atteindre en laissant aux entreprises le choix des moyens à mettre en œuvre⁴⁵. Dans ces cas, ce que l'on veut est pourtant relativement précis.

D'autres principes imposent encore moins clairement les devoirs dont ils semblent porteurs. Le principe de développement durable, déposé à l'article 7bis de la Constitution, est particulièrement ambigu. Que doit faire l'autorité chargée d'appliquer un tel principe? Comment mener l'arbitrage entre les trois intérêts qu'on y reconnaît? Quelle est la méthodologie à suivre? Les pôles sont-ils hiérarchisés? Quelle consistance lui donner? La question est redoutable. Jusqu'à quel point le postulat de rationalité du législateur constituant s'impose-t-il? Des interprétations qui procurent un sens plausible aux mots «développement durable» induisent des contraintes fort sévères pour tous les

⁴⁴ 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; sur la notion de bon état, S. LEPRINCE et L. RENOU, *R.P.D.B., compl. t. X, Urbanisme et environnement*, v^o «Eau», Bruxelles, Bruylant, 2007, n^{os} 1422 et s., spéc. n^o 1433; directive 2008/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin. Mais le législateur communautaire lui-même n'a pas abandonné l'établissement de normes paramétriques: directive 2008/105/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 établissant des normes de qualité environnementale dans le domaine de l'eau, modifiant et abrogeant les directives du Conseil 82/176/CEE, 83/513/CEE, 84/156/CEE, 84/491/CEE, 86/280/CEE et modifiant la directive 2000/60/CE.

⁴⁵ *Dynamisme*, Union wallonne des entreprises, avril-mai 2009, p. 34.

opérateurs, au point que l'on se demande si l'auteur de la norme a vraiment voulu toutes les conséquences de ce qu'il a écrit. Le principe est-il formel ou matériel? Quelle doit être l'intensité du contrôle juridictionnel? Je renvoie sur le point à une étude récente où il est montré que toutes ces questions sont susceptibles d'être posées au juge d'une manière très concrète⁴⁶.

Le droit de l'environnement contemporain est truffé de normes qui ne font qu'établir un processus de décision au lieu de dire ce qu'il faut décider. Le droit de l'environnement est devenu dans bien des cas plus procédural ou formel que matériel. Développement durable, patrimoine commun, principe de *standstill*, principe d'intégration, principe de précaution, niveau élevé imposent davantage une motivation qu'un contenu désormais bien imprévisible quand ces principes cessent d'être seulement des guides pour les faiseurs de règles, mais doivent conditionner directement la validité des décisions administratives. Ils appellent, après leur formulation, une concrétisation fortement discrétionnaire. Ils déplacent le principe de vertu vers ce lieu de concrétisation. Quand la concrétisation doit être l'œuvre du juge, il arrive que le législateur lui reproche ensuite d'avoir posé que la loi ne s'exprimait pas pour rien et donné sens aux mots du décret⁴⁷.

Il y a ensuite l'action qui n'impose plus rien, celle qui propose au destinataire (à l'émetteur) et qui veut gagner son consensus. Il y a de nombreuses manières d'infléchir la décision de l'opérateur.

Chapitre 2

Contrarier la liberté individuelle en s'inscrivant davantage dans sa dynamique

L'action qui s'inscrit dans la dynamique de la liberté prend plusieurs formes. Elle tente de mieux faire rimer protection de l'environnement et libre détermination ou recherche du profit. Toute contrainte ne disparaît pas pour autant.

⁴⁶ M. PÂQUES et B. JADOT, «Diversité des dispositions qui font de l'environnement l'objet d'un droit fondamental», in «L'environnement, objet d'un droit fondamental», *Amén.-Env.*, livraison spéciale, 2008, pp. 201 à 248.

⁴⁷ Voy. une critique parlementaire d'une décision du Conseil d'État (C.E., 15 décembre 2006, *Brassine-Vandergeeten*, n° 165.965) qui donne un sens concret à la notion de «territoire, patrimoine commun des habitants», inscrite à l'article 1^{er} du Code wallon de l'aménagement du territoire, pour accueillir l'intérêt d'un requérant (Parl. wall., C.R.A., séance de commission, 7 juillet 2008, p. 11).

Section 1

L'action à base de consensus

Dans l'action contractuelle, il faut chercher le consentement. Aucune obligation ne naît qui ne soit acceptée. Le principe d'autorité du droit administratif de police s'efface. Dans ce cas, il n'est pas sûr que les nécessités de l'ordre public soient pleinement prises en considération, le destinataire n'acceptant que ce qui rejoint son intérêt personnel. Si cette difficulté est surmontée par la pression du bâton derrière la porte, la qualification contractuelle est alors problématique^{48 49}. En bien des matières, la mode du consensus procède aussi d'une volonté de dissimuler l'autorité. C'est pour cela que l'on pourrait encore examiner ce point dans cette première partie consacrée à l'action protectrice qui contrarie la liberté, mais l'on est bien ici à la limite de la contrainte et il me semble adéquat de le signaler nettement.

La flexibilité est-elle plus grande dans un contrat que dans une relation à base unilatérale? L'ajustement des obligations du destinataire est certes le fruit de sa volonté⁵⁰, puisqu'il doit participer au changement pour que celui-ci puisse avoir lieu. En même temps, le contrat crée presque nécessairement une contrepartie, une obligation de l'administration sur certains points, et donc une entrave à l'exercice de la loi du changement qui était le principe dans le régime unilatéral. Cette part de flexibilité est perdue au profit d'une plus grande sécurité juridique du contractant.

La relativité des contrats rend problématique la participation de tiers et prive ceux-ci de certaines voies contentieuses comme le recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'exécution de la convention.

⁴⁸ Voy. l'exemple des contrats conclus avec la S.P.G.E (*infra*, section 5) ou des contrats de gestion des sites Natura 2000. En effet, il a bien fallu envisager le cas dans lequel l'accord ne pourrait se réaliser. La mesure sera alors forcément unilatérale. Toutefois, le législateur a laissé un grand pouvoir d'appréciation au gouvernement de prendre « les mesures appropriées » (article 26, § 4, de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature).

⁴⁹ Il n'est pas question ici de la conclusion d'un contrat à finalité précise que l'acte unilatéral impose comme condition d'une autorisation (un contrat d'assurance ou la conclusion d'un audit) qui relève de la subdivision précédente, mais de la substitution d'une action volontaire à l'action unilatérale. Il n'est pas non plus question du « contrat naturel », image saisissante, qui justifie ou explique de nombreux traits du droit de l'environnement (M. SERRES, *Le contrat naturel*, Flammarion, 1990; l'auteur revient sur le thème dans l'entretien « Le droit peut sauver la nature », *Pouvoirs*, n° 127, Paris, Seuil, 2008, pp. 5 et s.; S. GUTWIRTH, « Autour du contrat naturel », in *Images et usages de la nature en droit*, Faculté de droit des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 75 et s. Aussi, les références données à la note 119.

⁵⁰ Ou, dans une variante, celle de sa fédération professionnelle.

On comprend que l'action contractuelle dans les domaines de police soit en principe exclue, sauf volonté contraire du législateur⁵¹. Celui-ci est intervenu explicitement dans les trois régions belges et en droit fédéral pour favoriser la conclusion d'accords de branche et réserver les cas dans lesquels l'administration doit pouvoir agir unilatéralement malgré la convention⁵². Le droit communautaire, d'abord réticent⁵³, admet aujourd'hui la corégulation et la transposition de directives par la voie d'accords de branche sur la base d'une habilitation expresse⁵⁴. Dans ce cas, l'objectif à atteindre par l'accord de branche participe des obligations de résultat de l'État membre.

Il me paraît aussi que cette question du choix du contrat ou de l'instrument autoritaire est influencée par des conceptions plus générales de la relation

⁵¹ Voy, en ce sens, M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, précité, pp. 347 et s.; Ph. QUERTAINMONT, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000, pp. 39 et s., n°s 8 et s.; dans le même sens, P. NIHOUL, « L'action contractuelle de la S.P.G.E. », *Amén.-Env.*, 2006, numéro spécial, « L'eau », pp. 54 et s.; encore, avis de la section de législation du Conseil d'État sur un projet d'arrêté du gouvernement wallon « déterminant les modalités de gestion de la collecte des déchets textiles ménagers » (45.720/4); il existe des opinions plus favorables au choix du contrat (P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire du droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 272), mais avec des nuances parfois très importantes, au point qu'elles tendent à revenir au principe défendu au texte (D. D'Hooghe, « De mogelijkheid voor openbare besturen om beleidsovereenkomsten te sluiten en deel te nemen aan de oprichting van rechtspersonen », *T.G.E.M.*, 1995, pp. 75 et s.; R. ANDERSEN, « Les conventions sectorielles en droit de l'environnement », *Amén.-Env.*, livraison spéciale, 1997, « Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement »).

⁵² Des législations sur les accords de branche existent dans les Régions et en droit fédéral. Le législateur règle la publicité et cherche un équilibre entre les besoins de sécurité juridique et de flexibilité. Il rencontre ainsi dans une large mesure les objections que l'on pourrait prendre de l'égalité et de la non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et de l'article 23 (droit à la protection d'un environnement sain, qui inclut la participation et une certaine garantie contre la régression (*standstill*)); au sujet de ces accords, dans la période récente, D. PAULET, « Les conventions environnementales », in *R.P.D.B.*, compl. t. X, *Urbanisme et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n°s 2196 et s.; X. DELGRANGE et L. DETROUX, « Les limites constitutionnelles à la privatisation », in *Les partenariats public – privé (P.P.P.)*, dir. B. LOMBAERT, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 33 et s., spéc. p. 67; B. PEETERS, *Convenanten, in het bijzonder milieuconvenanten – Preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Zwolle, W.E.J., Tjeenk Willink, 1994. En Wallonie, <http://energie.wallonie.be/fr/les-accords-de-branche.html> ?IDC=6244.

⁵³ Recommandation de la Commission du 9 décembre 1996 concernant les accords environnementaux mettant en œuvre les directives communautaires, *J.O.C.E.* L 333/59 du 21 décembre 1996; rapport sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les accords dans le domaine de l'environnement (COM(96)0561), Parl eur, 26 juin 1997, A4-0224/97; résolution du Conseil du 7 octobre 1997 concernant les accords environnementaux, *J.O.C.E.* C 321/6 du 22 octobre 1997; communication de la Commission « Les accords environnementaux conclus au niveau communautaire dans le cadre du plan d'action "Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire" », Doc. COM (2002) 412 du 17 juillet 2002.

⁵⁴ Accord interinstitutionnel, « Mieux légiférer », conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission (2003/C 321/01), *J.O.U.E.* C321 du 31 décembre 2003 et les exemples donnés section 2.

des individus au pouvoir. Dans un ouvrage récent, très stimulant, intitulé *Après la démocratie*, Emmanuel Todd décrit des Anglais plus attachés à la liberté qu'à l'égalité et des Français plus sensibles à l'égalité qu'à la liberté⁵⁵. La première option justifierait davantage les méthodes contractuelles et décentralisées, la seconde les procédés autoritaires, unilatéraux, généraux et centralisés.

À mi-chemin entre cette catégorie et la suivante, on ne négligera pas les accords entre administrations dont l'objet est d'établir la convergence de l'exercice du pouvoir discrétionnaire vers un objectif commun. Sans habilitation spéciale du législateur compétent, cet accord ne peut dispenser de l'obligation d'examiner chaque cas individuellement, mais il est de nature à produire au moins les effets attribués à une directive administrative⁵⁶. Un exemple remarquable est le contrat de rivière réglé en Wallonie par le décret du 7 novembre 2007 (article D.32 du Code de l'eau)⁵⁷.

Section 2

Une action non juridique, du moins en droit de l'État ?

Enfin, il y a l'action qui ne cherche même pas d'engagement dans le droit de l'État ; celle du *gentlemen's agreement*. Est-elle sans effet ? Ne produit-elle pas quand même l'engagement implicite de l'État à se montrer moins impératif tant que les engagements non contraignants sont tenus ? L'autorégulation visée dans l'accord interinstitutionnel, « Mieux légiférer », conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission crée au moins une obligation de vigilance dans le chef de la Commission face aux « obligations » librement assumées⁵⁸. L'accord entre la Communauté européenne et le secteur automobile semble ressortir à cette catégorie⁵⁹.

⁵⁵ E. TODD, *Après la démocratie*, Paris, Gallimard, 2008, 257 pp.

⁵⁶ Ph. BILLET, « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, sous la direction de N. HERVE-FOURNEREAU, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, pp. 97 et s., spéc. p. 108.

⁵⁷ Article D.32, « § 3. Le contrat de rivière a pour objet d'informer et de sensibiliser de manière intégrée, globale et concertée le cycle de l'eau et d'organiser le dialogue entre l'ensemble de ses membres en vue d'établir un protocole d'accord. Ce protocole d'accord contribue à atteindre les objectifs environnementaux établis aux articles D.1^{er} et D.22 en engageant ses signataires, chacun dans le cadre de ses responsabilités, à atteindre des objectifs déterminés ». Ce contrat peut aussi lier des acteurs locaux. Il est qualifié de *gentlemen's agreement* dans les travaux préparatoires (*Doc. Parl. wall.*, 641/1, p. 4 et p. 33). Le nouveau dispositif permet la création d'une structure « contrat de rivière » dotée de la personnalité juridique, article R. 45 et s. du Code de l'eau, introduits par l'arrêté du gouvernement wallon du 13 novembre 2008 ; A. GOSSERIES et E. ORBAN DE XIVRY, « Les contrats de rivière », *Amén.-Env.*, livraison spéciale, « Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement », 1997, pp. 64 et s.

⁵⁸ 2003/C 321/01, *J.O.U.E.*, C321 du 31 décembre 2003, n° 22.

⁵⁹ Ph. RENAUDIÈRE, « Phénomènes et instruments "consensuels" ou non contraignants en droit communautaire de l'environnement », *Amén.-Env.*, livraison spéciale, « Phénomènes consensuels

Pourquoi s'en tenir à un niveau d'action non juridique ? Du point de vue du pouvoir public, on dira qu'il s'agit d'intervenir là où l'action unilatérale n'est pas possible. Cela renvoie à plusieurs types de nécessités. Parmi celles-ci, certaines causes peuvent être exclues sur une base empirique. On ne peut dire, en effet, dans les ordres juridiques de l'Union européenne et, en tout cas, pas en Belgique, que la cause de ce choix résulte d'un manque de capacité administrative alors que ce motif est donné comme une des explications de la faiblesse du droit de l'environnement étatique dans les pays en développement⁶⁰. Les raisons agissantes chez nous sont techniques ou politiques. Au sens technique, il peut s'agir d'induire un comportement protecteur dans un domaine où l'action unilatérale n'est pas juridiquement possible parce que le législateur ne l'a pas organisée, soit qu'il ne l'ait pas encore fait, soit qu'il n'ait même pas la compétence de le faire (cas envisageable dans un système fédéral quand le législateur qui veut agir n'est pas celui qui a la compétence), alors qu'en même temps l'on juge qu'une « action » est souhaitable à ce niveau de pouvoir⁶¹. Si la raison est politique, une action de nature à produire un effet juridique n'est pas souhaitée, indépendamment de l'existence d'un mode de contrainte utilisable⁶².

Cette action qui n'impose rien et qui peut même prendre la forme de l'abstention pure et simple du pouvoir public, pour autant que cette abstention ne soit

dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement», 1997; L. KRÄMER, « Les approches volontaires et le droit communautaire de l'environnement » in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, op. cit., pp. 83 et s., spéc. pp. 90-93. Aussi, « Environment: Commission welcomes voluntary agreement on safe storage of mercury », 22 décembre 2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/2047&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁶⁰ M. FAURE, « Environmental Rules versus Standards for Developing Countries: Learning from Schäfer », in *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Gabler, 2008, pp. 735 et s., spéc. p. 738.

⁶¹ S. DIMAS, préface à l'ouvrage *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, op. cit., p. 13. Voy. la discussion sur la compétence institutionnelle et la qualification des accords « conclus » par l'État belge et divers secteurs industriels à la fin des années 1980, dans ma contribution « Les conventions sectorielles en matière d'environnement du point de vue du droit public – Publiekrechtelijke aspecten van milieubeleidsovereenkomsten », in *Conventions sectorielles: instrument de gestion de l'environnement*, H. BOCKEN et I. TRAEST (dir.), Story-Scientia, Bruxelles, 1991, pp. 55 à 87. On observera, en passant, que des autorités qui ne sont pas formellement habilitées à protéger l'environnement conduisent parfois des actions décisives comme la C.E.E., dès avant le Traité de l'Acte unique; (H.-J. GLAESNER, « L'environnement comme objet d'une politique communautaire », in *La protection de l'environnement par les Communautés européennes*, sous la direction de J. CHARPENTIER, Paris, Pédone 1988, pp. 1 et s.; L. KRÄMER, *EEC Treaty and Environmental Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, n° 103; S. BAZIADOLY, *Le droit communautaire de l'environnement depuis l'Acte unique européen jusqu'à la conférence intergouvernementale*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 6; M. PÂQUES, *Fondements et principes du droit de l'environnement de l'Union européenne*, Liège, éd. de l'Université, 2003, n°s 1 à 7) ou la Cour européenne des droits de l'homme (notamment la synthèse contenue dans l'arrêt Tatar, Cour eur. D.H., 27 janvier 2009, Tatar).

⁶² S. DIMAS, *Ibid.*

pas le défaut illégal de l'exercice du pouvoir de police, est aussi celle qui renvoie à l'autorégulation par l'entreprise ou par le secteur concerné. C'est-à-dire celle qui abandonne consciemment la question à d'autres ordres juridiques que celui de l'État. Le déplacement de la responsabilité de l'autorité vers le secteur privé est clair.

Cependant, les choses ne sont pas si simples. Comme pour l'action négociée, contractuelle ou non, la propension à consentir, à s'autoévaluer, à s'autorégler est principalement déterminée par la crainte ou, à tout le moins, par la perspective d'une action de police classique⁶³ ou d'une action fiscale de l'État⁶⁴. Dans ce cas, l'intérêt de l'action souple est évidemment problématique. Pourquoi l'intervention unilatérale est-elle évitée ?

On souligne que les acteurs privés préfèrent garder l'initiative de l'engagement, même si les exigences acceptées vont plus loin que la réglementation actuelle. Cela favoriserait l'optimisation des ressources internes et permettrait aussi de montrer un sens du *leadership* et de la responsabilité⁶⁵.

Quels avantages la société y trouve-t-elle ? La directive 2005/32 sur l'écoconception consacre à la question quelques développements : « Aux fins de l'évaluation d'accords volontaires ou autres mesures d'autorégulation présentés en remplacement de mesures d'exécution, des informations doivent être au moins fournies sur les aspects suivants : libre participation, valeur ajoutée, représentativité, objectifs quantifiés et échelonnés, participation de la société civile, suivi et rapports, rapport coût/efficacité de la gestion d'une initiative d'autorégulation et durabilité »⁶⁶. On peut en effet se demander si les objectifs fixés au moins implicitement par le pouvoir public sont atteints par l'autorégulation. Le sont-ils aussi bien ? Sont-ils tout simplement fixés ? Le débat démocratique et la transparence sont-ils aussi bien garantis ? Les récentes législations qui imposent la transparence dans l'élaboration du droit de l'environnement renvoient à la participation du public et non seulement à celles des acteurs concernés qui sont seuls impliqués dans ces processus d'action volontaire. Telles sont les questions qu'un parlement démocratique ne peut éviter.

⁶³ Aspect observé par l'O.C.D.E. dans ses recommandations de 2003, Ph. BILLET, « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, op. cit., pp. 97 et s., spéc. p. 98 ; V. LABROT, « Approches volontaires et droit de l'environnement – Propos sur la volonté », *ibid.*, pp. 53 et s., spéc. p. 56.

⁶⁴ Voir même de la rétorsion qui peut venir d'un autre acteur du marché, comme le consommateur ou une agence de notation privée.

⁶⁵ M. SANCY, « Quelques réflexions sur l'utilisation des approches volontaires et le droit international de l'environnement », in *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, op. cit., pp. 67 et s., spéc. p. 78.

⁶⁶ Considérants n^{os} 16 à 19, article 17 et annexe VIII, de la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE du Conseil.

Les lendemains de crise remettent ces questions à l'agenda. De nombreuses voies s'élèvent aujourd'hui pour considérer que l'autorégulation du secteur bancaire n'a pas garanti l'optimum que l'on découvre *ex post* en constatant que la *main invisible* n'est pas aussi sûre qu'on le croyait. On se rend compte, alors, avec Francis Fukuyama, que «la dérégulation peut se révéler extrêmement coûteuse»⁶⁷.

Section 3

L'action unilatérale qui se borne à proposer un modèle de comportement

Au bout de la règle, il y a aussi l'action purement volontaire, suggérée, recommandée. Dans ce cas, le législateur ou l'administration propose un modèle de comportement. L'action de *soft law* est classique en droit international. L'Union européenne y recourt dans ses relations extérieures⁶⁸ et dans son droit interne où l'un des meilleurs exemples est celui de la Charte des droits fondamentaux avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Contrairement à la ligne de conduite de droit interne dont le principe s'impose incontestablement, le *soft law* ne crée même pas d'obligation juridique d'au moins tenter de suivre la proposition. Ce droit mou n'est pourtant pas sans influencer la création ou l'interprétation du droit dur. On ne compte plus les applications des principes de la Déclaration de Rio. La Charte des droits fondamentaux a été prise en considération par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁹ ou la Cour constitutionnelle belge⁷⁰.

En droit interne aussi, le législateur et l'administration conçoivent des modèles de comportements qu'ils proposent aux administrés au lieu de les leur imposer, sans chercher leur engagement, même contractuel⁷¹. Ce n'est pas le néant juridique pourtant, puisque l'administration prend position de manière précise et transparente. Cela fait une différence avec le renvoi pur et simple à l'autorégulation.

Les instruments de cette catégorie sont nombreux. Les codes de bonnes pratiques agricoles «seront mis en œuvre volontairement par les agriculteurs». Ils sont seulement proposés en vue de lutter contre la pollution des eaux contre

⁶⁷ F. FUKUYAMA, «La chute d'America, Inc.», *Le Monde*, 10 octobre 2008.

⁶⁸ C.J.C.E., 23 mars 2004, C-233/02, motifs 42 et 44.

⁶⁹ Notamment Cour eur. D.H., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*.

⁷⁰ Notamment C.A., 23 novembre 2005, 176/2005, motif B.18.3.

⁷¹ Bien qu'un contrat soit parfois possible comme à la fin de la procédure de label, sans que cela soit nécessaire à la perfection rationnelle du mécanisme.

la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles⁷². Ils ne se transforment en règles de police contraignantes que dans les zones vulnérables que les États membres doivent désigner⁷³. Les systèmes communautaires de label écologique⁷⁴ et de management environnemental (EMAS⁷⁵) sont de même nature. Lorsqu'il est envisagé que ces instruments prennent la place des interventions autoritaires traditionnelles, certains n'hésitent pas à dénoncer un déclin du droit⁷⁶, dans un secteur où il serait erroné de croire que tous les intérêts sont convergents. En outre, ces instruments donneraient peu de résultats⁷⁷.

Il est remarquable que le législateur mette au point la définition des pratiques, produits et services les plus respectueux de l'environnement, mais que, au lieu d'imposer, comme il pourrait le faire⁷⁸, par une mesure de police que seuls les services, les pratiques et les produits ainsi qualifiés puissent être acceptés ou mis sur le marché, il se limite à donner une prime de visibilité à ceux qui choisiront librement de faire labelliser leur produit ou leur service. L'on espère en effet que les consommateurs se laisseront guider par le label plutôt que par le signal des prix, même s'il devait s'avérer que le produit ou le service labellisé est plus cher que les produits ou services quelconques. Le règlement précise d'ailleurs que les États doivent encourager l'utilisation du label par des campagnes de sensibilisation. Avec le système EMAS, à nouveau, le législateur met au point les critères de la gestion optimale, mais renonce à l'imposer au profit d'une action volontaire. Les entreprises enregistrées pourront

⁷² Directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates.

⁷³ Article 5, § 4, de la directive 91/676/CEE.

⁷⁴ Le règlement CE 1980/2000 du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2000 «établissant un système communautaire révisé d'attribution du label écologique» remplace le règlement CEE n° 880/92 du Conseil du 23 mars 1992 «concernant un système communautaire d'attribution de label écologique»; B. JADOT, «Les systèmes communautaires d'attribution de label écologique et de management environnemental et d'audit. Une voie d'avenir ou un trompe-l'œil?», *Développements récents du droit communautaire de l'environnement*, Bruxelles, Story-Scientia, 1995, p. 111.

⁷⁵ Règlement CEE du Conseil 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; règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS); N. DE SADELEER et A. GOSSE, «Le règlement C.E.E. n° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 permettant la participation volontaire des entreprises du secteur industriel à un système communautaire de management environnemental et d'audit: virtualités et limites d'un système novateur», *Amén.-Env.*, 1994/2, pp. 91 à 107; F. HAUMONT, «Le management environnemental», *Amén.-Env.*, livraison spéciale, 1999, pp. 79 et s.

⁷⁶ M. PALLEMAERTS, «The Decline of Law as an Instrument of Community environmental Policy», *R.A.E.-L.E.A.*, 1999, pp. 338 et s.

⁷⁷ L. KRÄMER, *op. cit.*, *R.D.U.E.*, 2007, p. 821.

⁷⁸ L'expérience enseigne que le passage d'une recommandation, même bien acceptée, à la contrainte légale ne va pas de soi et peut provoquer la résistance des destinataires, COM(2008) 790/3, «Proposal for a Council Directive (Euratom) setting up a Community framework for nuclear safety», 28 novembre 2008; http://ec.europa.eu/energy/nuclear/safety/safety_en.htm.

tirer du droit d'utiliser le logo EMAS une image positive dans l'opinion. Les pouvoirs publics encourageront la participation au système EMAS, en particulier celle des petites et moyennes entreprises. Dans le cas du code de bonnes pratiques agricoles, c'est encore une question de proportionnalité et de politique face à un monde agricole en difficulté, qui pousse à n'imposer le code de bonne pratique que dans la zone vulnérable.

Enfin, ces méthodes persuasives sont utilisables par des acteurs non dotés de pouvoirs d'*imperium*. Des certifications d'initiative privée sont possibles. Elles existent et influencent les consommateurs ⁷⁹.

Section 4

Retour de la contrainte – L'adhésion aux instruments volontaires ou contractuels comme condition dans le secteur réglementé

Le management environnemental et le label ont parfois des effets juridiques plus nets qui ne tiennent pas à leur dynamique propre, mais au relais que peuvent leur procurer des instruments contraignants. Ainsi, le règlement EMAS suggère aux États membres d'étudier «la possibilité de tenir compte de l'enregistrement dans le cadre de l'EMAS [...] lors de la mise en œuvre et du contrôle du respect de la législation environnementale, afin d'éviter, tant aux organisations qu'aux autorités compétentes chargées de veiller au respect de la législation, toute duplication d'effort»⁸⁰. Encore, «afin d'encourager les organisations à participer à l'EMAS, la Commission et d'autres institutions de la Communauté ainsi que d'autres autorités publiques au niveau national, devraient examiner, sans préjudice du droit communautaire, la manière dont on peut tenir compte de l'enregistrement dans le cadre de l'EMAS, lorsqu'elles définissent les critères de leur politique en matière de passation de marchés»⁸¹. Les directives 2004/17 et 2004/18 relatives aux marchés publics font à leur tour une application expresse de l'article 6 du Traité CE en organisant la prise en compte des critères environnementaux, dont les écolabels et le système EMAS, dans les processus de sélection des contractants⁸².

⁷⁹ Voy., par exemple, la certification de la forêt durable et la labellisation du bois (FSC) d'initiative non gouvernementale, www.fair-timber.be/item.aspx?pagina=fsc&Taal=FR et www.fsc.org.

⁸⁰ Article 10.

⁸¹ Article 11, § 2.

⁸² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, considérants n^{os} 12, 42 (prise en compte des écolabels), 53 (prise en compte du management environnemental, texte très nuancé) et articles 34, 39, 52, 55; directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Dans certaines législations particulières le législateur impose une gestion qui s'inspire de ces principes :

- tel est le cas en droit communautaire dans la directive du 9 décembre 1996, 96/82/CEE du Conseil concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, dite directive Seveso II ;
- tel est le cas aussi, en droit flamand où un audit environnemental est imposé à certains établissements soumis à permis d'environnement. Cet audit n'est d'ailleurs pas le pendant exact du système communautaire EMAS⁸³ ;
- tel est le cas en droit wallon où l'arrêté du 27 février 2003 fixant les conditions sectorielles d'exploitation des centres d'enfouissement technique, impose à l'exploitant de mettre en place un système de management environnemental et d'audit conforme au règlement communautaire⁸⁴ ;
- tel est encore le cas dans la directive 2003/87 qui impose aux exploitants émetteurs de CO₂ dans le système de marché des droits d'émission d'adopter des méthodes d'organisation qui s'inspirent des techniques de management environnemental ;
- tel est le cas de la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE du Conseil qui répute conforme à ses exigences le produit labellisé et le produit conçu par une organisation enregistrée conformément au règlement EMAS⁸⁵ ;
- tel est le cas de la directive 2009/28 du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables modifiant et abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, adoptée le 23 avril 2009, qui prescrit : « Les États membres définissent clairement les spécifications techniques éventuelles à respecter par les équipements et systèmes d'énergie

(considérants n^{os} 5, 29, 33, 44, 46, et article 23 (labels), 26, 27, 48, 50 (Emas), 53) ; communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM (2008)/400, du 16 juillet 2008 ; H. NIJHOLD, « Milieugericht aanbesteden », *T.B.O.*, 2004, pp. 73 et s. Pour une analyse critique de cette jurisprudence et de ces législations au regard du droit des marchés publics, A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire : un système ?*, thèse de doctorat en droit, Liège, mai 2006.

⁸³ Décret flamand du 19 avril 1995 complétant le décret du 5 avril 1995 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement au sein des entreprises.

⁸⁴ Article 32, *M.B.*, 13 mars 2003.

⁸⁵ Articles 8 et 9.

renouvelable pour bénéficier des régimes d'aide. Lorsqu'il existe des normes européennes, comme les labels écologiques, les labels énergétiques et autres systèmes de référence technique mis en place par les organismes de normalisation européens, ces spécifications techniques sont exprimées par référence à ces normes.

De la même façon, l'adhésion à un instrument conventionnel devient la condition d'une exonération fiscale ou de l'allègement d'une obligation de police. Ainsi « est exonéré de la taxe [...] le redevable qui aura préalablement conclu avec le gouvernement une charte de gestion durable des déchets en Région wallonne »⁸⁶.

De la même façon, encore, la conclusion de conventions sectorielles par lesquelles des entreprises conviennent souplement de ce que pourrait être la contrainte de police complémentaire, nouvelle, plus sévère peut, par la suite, produire un effet dans le domaine autoritaire. Ainsi, « lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs alimentent un client final ayant signé, directement ou par le biais d'une fédération, une convention avec la Région wallonne visant à améliorer son efficacité énergétique à court, moyen et long termes, ceux-ci peuvent bénéficier d'une réduction du nombre de certificats verts à remettre » au régulateur⁸⁷. Tel est le cas aussi au cours des premières périodes d'organisation du marché des droits d'émission de gaz à effet de serre quand le législateur tient compte des mesures précoces déjà adoptées par les entreprises avant la création des droits d'émission, pour leur allouer un surcroît de quotas dans le système de marché, en raison des efforts volontaires accomplis antérieurement⁸⁸. S'agit-il là d'une forme de justice? D'un élément de cohérence économique d'un système de *grandfathering*? D'un réalisme de *lobbying*?

⁸⁶ Décret fiscal du 22 mars 2007 favorisant la prévention et la valorisation des déchets en Région wallonne et portant modification du décret du 6 mai 1999 relatif à l'établissement, au recouvrement et au contentieux en matière de taxes régionales directes, article 34. Dans le même sens, le système anglais décrit in K.E. MAKUCH et Z. MAKUCH, « Domestic initiatives in the UK », in *Climate Change and European Emissions Trading*, (M. FAURE et M. PEETERS, éd.), Cheltenham et Northampton, Edward Elgar, 2008, pp. 257 et s., pt 3.3.

⁸⁷ Arrêté du gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération (modifié), article 25, § 5.

⁸⁸ M. PÂQUES, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *R.T.D.E.*, 2004, pp. 249 et s., spéc. n° 19.

Section 5

L'instrument économique et fiscal, entre la souplesse et la contrainte selon la finalité

Parmi les moyens d'action non contraignants, figurent en bonne place une série d'instruments économiques que l'on a parfois tendance à présenter comme non juridiques, sans doute parce qu'ils se distinguent des actes de police classiques. Cela ne peut faire perdre de vue qu'ils doivent toujours reposer sur une base juridique solide quand ils sont créés à l'initiative des pouvoirs publics⁸⁹. L'utilisation des instruments économiques a reçu l'encouragement de la communauté des nations réunies au Sommet de la Terre, en 1992⁹⁰.

L'instrument économique serait « fondé sur le marché »⁹¹. Il est parfois présenté comme non contraignant, par opposition à la règle de police. Pourtant, l'instrument fiscal n'est pas, par nature, non contraignant. Il faut s'entendre sur les mots. La loi fiscale peut créer le choix pour l'opérateur de ne pas se placer dans le champ du comportement taxé ou d'opter pour l'action la moins taxée. Cependant, le législateur peut aussi avoir pour projet d'internaliser un coût collectif et interdire en conséquence à l'administré de se soustraire à la mesure fiscale. En d'autres mots, le législateur peut l'obliger à contribuer.

Tout système d'internalisation ne présente pas, en effet, le même degré de contrainte. Ainsi, le droit communautaire de l'eau n'exige qu'une internalisation incitative à charge des usagers, mais se montre plus contraignant vis-à-vis des secteurs agricole, industriel et des ménages, pris collectivement⁹². Le paiement du service de gestion des déchets au prorata de la quantité de déchets

⁸⁹ Du point de vue de l'ordre juridique communautaire, l'instrument fiscal est moins accessible, puisque sa mise en œuvre requiert, en principe, l'unanimité (Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes, COM(2007) 140, du 28 mars 2007, pt 2.2., *in fine*). En revanche, le droit communautaire peut prescrire aux États membres d'adopter des instruments d'incitation et d'internalisation des coûts sur la base de l'article 175, § 1^{er}, du Traité C.E.

⁹⁰ www.un.org/french/events/rio92/aconf15126vol1f.htm. Principe n° 16: « Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement ».

⁹¹ Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes, COM(2007) 140, du 28 mars 2007, introduction, où sont associés sous ce drapeau la fiscalité indirecte, les aides ciblées et les droits d'émission négociables.

⁹² 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, article 9; S. CHARNEUX, « Les coûts de l'eau pure: l'impact de la directive 2000/60/CE », *Amén.-Env.*, 2005, pp. 26 et s.; E. NAÏM-GESBERT, « La directive-cadre du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau », *Amén.-Env.*, 2006, livraison spéciale, « L'eau », spéc. p. 15.

rejetés laisse à l'administré la possibilité de ne pas payer l'impôt ou le prix en évitant le comportement payant ou taxé. Ce système incite à la réduction de la quantité des déchets présentés à la collecte payante ou taxée, mais produit l'effet pervers de la décharge sauvage. En revanche, le paiement ou l'impôt forfaitaire réduit l'intérêt de la décharge sauvage, mais atténue en même temps l'incitation à la modération. La combinaison est possible : seuil forfaitaire incompressible et complément payant ou taxé en fonction des rejets individuels qui excèdent une certaine quantité. On le voit, le système fiscal est plus ou moins contraignant. Moins il l'est, plus il a besoin d'un complément de police et de sanction pour obliger celui qui ne s'insère pas volontairement dans le système d'internalisation du coût environnemental. Autrement dit, si l'incitation économique à la décharge sauvage est créée par le prix ou la redevance, l'interdiction et la sanction du rejet illicite doivent être dissuasives ou le système réformé. On ne perdra pas de vue non plus que la dynamique économique agit de manière permanente sur tous les acteurs, alors que le contrôle et la sanction de police n'interviennent effectivement qu'à la marge⁹³.

Tout système d'internalisation forcée ne recourt pas non plus à l'instrument fiscal. Ainsi, pour la protection des captages, le droit wallon de l'eau offre au producteur le choix du paiement d'une redevance ou de la conclusion d'un « contrat de service de protection de l'eau potabilisable » avec la société publique chargée du service ; quant à l'assainissement des eaux, le producteur l'assure lui-même directement ou conclut un autre contrat, dit « contrat d'assainissement » avec la même société publique⁹⁴ qui doit réaliser son objet social par les ressources propres qu'elle dégage en contrepartie des services qu'elle assume en matière de protection et d'assainissement⁹⁵. Par ailleurs, un prélèvement sur le déversement des eaux usées est destiné à financer l'épuration. Il fut d'abord établi sous forme de taxe. Le déversement, dans le réseau d'assainissement, des eaux non industrielles qui proviennent de l'alimentation publique, donnait lieu à la perception d'une taxe forfaitaire par mètre cube distribué. Elle était prélevée par l'intermédiaire du distributeur qui l'intégrait au prix facturé. Cette taxe a été remplacée par un élément de prix, soit la répercussion, plus

⁹³ Par exemple, en 2009, le budget « environnement et agriculture » représente en Région wallonne, 426 millions d'euros de dépenses, soit 5,7 % du budget global des dépenses. Au sein de ce budget « environnement et agriculture », les dépenses « police et contrôle » ne représentent que 0,5 % (*Dynamisme*, Union wallonne des entreprises, avril-mai, 2009, p. 39).

⁹⁴ Article D. 252 du Code de l'eau ; S. LEPRINCE et L. RENOU, *op. cit.*, 2007, n°s 1422 et s., spéc. n° 1489 ; pour une analyse de ces contrats, P. NIHOUL, « L'action contractuelle de la S.P.G.E. », *Amén.-Env.*, 2006, numéro spécial, « L'eau », pp. 54 et s. L'auteur se demande bien entendu (p. 74) si cette possibilité offerte comme branche d'alternative à la conclusion du contrat suffit à justifier la qualification contractuelle qui requiert un engagement volontaire.

⁹⁵ Article D. 332, § 2, 3°.

commerciale, sur le consommateur du coût d'épuration assumé conventionnellement par le producteur⁹⁶.

La différence est importante entre la police et l'impôt, car le comportement taxé n'est pas nécessairement illicite. L'instrument économique alourdit seulement le coût du comportement non souhaité. C'est un instrument de politique d'incitation (c'est-à-dire un instrument non budgétaire à titre principal) quand l'administré a le choix d'un autre comportement moins taxé et licite, au lieu du comportement plus taxé et tout aussi licite. Les distinctions doivent être justifiées⁹⁷. L'écotaxe belge avait à l'origine ce principe pour ressort. Elle n'interdisait rien et ne relevait donc pas des mesures de police⁹⁸. Le produit «écotaxé» avait sur le marché un substitut dont la consommation n'était pas nuisible, si bien que le consommateur, dissuadé par l'écotaxe, avait intérêt à se tourner vers la seconde catégorie de produits. L'opération pouvait être neutre pour le consommateur, peu coûteuse pour le Trésor qui en assume le contrôle, et bénéfique pour l'environnement. Comme dans le cas des instruments volontaires proposés, la fonction de prévention aurait sans doute été mieux accomplie par une interdiction de police qui aurait à son tour davantage pesé sur la liberté individuelle que ne le fait l'écotaxe.

L'impôt peut avoir pour but d'alourdir le coût du produit sans qu'un substitut non taxé soit immédiatement disponible. C'est le besoin lui-même qui peut être frappé. La taxe sur le mazout ne présente pas vraiment un autre carburant fossile comme substitut; on n'en dira pas autant de la taxe sur le gasoil routier en Suisse qui opère à la manière de l'écotaxe en jouant seulement sur plusieurs taux applicables à plusieurs types de carburants. La taxe sur le mazout de chauffage ne peut supprimer le besoin de chauffage, mais elle peut rendre intéressant le choix d'une énergie non fossile ou l'option d'une bonne isolation ou d'une maison passive. L'aide à l'audit thermique, à l'isolation ou à la rénovation est possible⁹⁹. Une telle politique peut avoir un effet induit considérable sur l'activité économique, la balance des paiements et peut-être sur l'effet de serre, pourvu que l'écobilan de la méthode choisie soit positif.

Comme la mesure de police, la mesure fiscale a des effets incitatifs et dissuasifs inégaux. L'élévation du prix du déplacement individuel en voiture incite inégalement à renoncer au comportement ou au produit taxé. La réorganisation du mode de vie, pour faire face à la rareté, est plus ou moins possible.

⁹⁶ Sur tout ceci, S. LEPRINCE et L. RENOV, *op. cit.*, 2007, n^{os} 1422 et s., spéc. n^o 1508.

⁹⁷ C. const., 1^{er} septembre 2008, n^o 121/2008.

⁹⁸ C.A., 2 février 1995, n^o 4/95.

⁹⁹ Les combinaisons de subventions et de dépenses fiscales sont sophistiquées; voy. les nombreux instruments offerts en Région wallonne, in <http://mrw.wallonie.be/dgatlp/dgatlp/Pages/Energie/Pages/Accueil/Presentation.asp> et <http://energie.wallonie.be/fr/index.html?IDC=6018>.

L'offre de modes de transport alternatifs, les moyens du consommateur et les besoins de déplacement sont inégaux sur le territoire. L'allocation de primes ciblées peut avoir un sens.

Section 6

Instrument culturel

Alors que l'instrument volontaire vise une cible précise, l'instrument culturel a une ambition plus générale, celle de créer une civilisation sensible à la valeur protégée en vue de susciter le comportement responsable indépendamment d'un incitant volontaire, fiscal ou même d'une mesure de police et d'une menace de sanction d'appareil.

L'instrument n'est pas négligeable. La police ne peut s'immiscer en fait, même si elle le prétend en droit, dans une série de comportements qui demeurent cachés, étrangers aux yeux du monde et qui participent à la pollution de manière diffuse. Petits rejets quotidiens, réglages domestiques ou industriels, accélérations intempestives, dépassement de la vitesse autorisée, désherbages inadéquats, décharges sauvages en grand, gaspillages de toutes sortes peuvent être évités par des acteurs conscients. L'instrument culturel s'inscrit aussi dans une perspective idéale de valorisation des libertés publiques par l'allègement de l'emprise administrative.

Section 7

Instruments de marché

Il s'agit de gérer des externalités négatives, des problèmes que le marché préfère ne pas intégrer dans le coût de l'offre et le prix de la demande. L'offre et la demande ne prennent en compte les coûts environnementaux que si une contrainte extérieure les y pousse. Cette contrainte peut être culturelle ou volontaire, mais elle sera plus sûrement établie par une intervention autoritaire. Si bien que l'autorité de la police ou la pression du droit fiscal devient pratiquement la condition d'internalisation des coûts environnementaux dans les lois du marché.

L'internalisation et, *a fortiori*, un marché des contraintes environnementales ne fonctionnent qu'avec un encadrement autoritaire. On attribue à Dales la proposition de créer un marché de pollution¹⁰⁰. Plusieurs modèles sont envisageables. Plusieurs formes de systèmes d'échange de droits de pollution ont

¹⁰⁰ J.H. DALES, *Pollution, Property and Prices*, Toronto, University Press of Toronto, 1968.

été utilisées avec des fortunes diverses dans le monde¹⁰¹. Le mécanisme de marché a connu un certain succès aux États-Unis, particulièrement dans la lutte contre les pluies acides, problème de pollution à longue distance par des sources diffuses¹⁰². L'Europe a organisé un marché de droits d'émission de gaz à effet de serre. Elle y fait allusion dans d'autres secteurs¹⁰³.

En droit interne, on connaît la double obligation faite aux fournisseurs d'électricité d'acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable dans leur zone d'approvisionnement et de le faire à un certain prix («des prix minimaux supérieurs à la valeur économique réelle de ce type d'électricité»), combinée avec l'obligation faite au distributeur de rembourser à son tour une partie de ce surcoût à ces fournisseurs. Cette méthode articule action autoritaire et instrument économique en vue d'assurer la rentabilité de la production et l'écoulement de l'électricité verte. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'un tel dispositif législatif «n'entraîne aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État aux entreprises productrices de ce type d'électricité» et que cette forme d'incitation ne constituait pas une aide d'État au sens du Traité¹⁰⁴. Dans le même arrêt, la Cour a constaté que la mesure était de nature à entraver l'importation de ce type d'électricité, mais qu'elle était compatible avec le Traité. Pour étayer cette conclusion, la Cour a fait appel à un ensemble de considérations favorables à la protection de l'environnement. Doit-on déjà considérer que l'on est ici face à un instrument de marché? Assurément, puisque ce système rend des transactions obligatoires – on pourrait en dire autant des obligations de reprise de certains biens devenus déchets¹⁰⁵ – mais on pourrait objecter qu'il ne crée pas d'instruments négo-

¹⁰¹ N. GUNNINGHAM et P. GRABOSKY, *Smart regulation – Designing environmental Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1998, spéc. p. 72; E.B. BLUEMEL, «Regional regulatory initiatives addressing GHG leakage in the USA», in *Climate Change and European Emissions Trading* (M. FAURE et M. PEETERS, éd.), Cheltenham et Northampton, Edward Elgar, 2008, pp. 225 et s.

¹⁰² Agence fédérale de protection de l'environnement (EPA), www.epa.gov; N. BOUCQUEY, *Aspects pratiques des marchés de pollution: conception, régulation et responsabilité – Au départ de l'expérience américaine du programme d'émissions trading*, Bruxelles, Bruylant, 1998; pour une présentation historique et systématique, R.W. HAHN et G.L. HESTER, «Marketable Permits: Lessons for theory and Practice», *E.L.Q.*, 1989, pp. 361 et s.; M. MOLINER, *Le droit face à la pollution atmosphérique et aux changements climatiques*, thèse pour le doctorat en droit, Lyon, 2001.

¹⁰³ Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, annexe XV... «3. Information sur toutes les mesures de lutte contre la pollution atmosphérique dont la mise en œuvre a été envisagée aux niveaux local, régional ou national appropriés pour atteindre les objectifs de qualité de l'air, notamment: (...) g) mesures destinées à réduire la pollution atmosphérique grâce au système d'octroi d'autorisations prévu par la directive 2008/1/CE, grâce aux schémas nationaux prévus par la directive 2001/80/CE, et grâce à l'utilisation d'instruments économiques tels que taxes, redevances ou échange de quotas d'émission».

¹⁰⁴ C.J.C.E., 13 mars 2001, *Preussenelektra AG et al.*, C-379/98.

¹⁰⁵ Décret du 27 juin 1996 relatif aux déchets, article 8bis.

ciables. On pourrait le laisser dans les catégories combinées des instruments économiques et de police.

Le système des certificats verts tend au même résultat. Ces certificats sont attribués aux producteurs d'électricité verte en fonction du mode de production, que l'électricité en question soit ou non écoulee sur le marché. Ensuite, en droit wallon, l'obligation est faite aux fournisseurs d'électricité et gestionnaires de réseau de restituer à l'autorité de contrôle un nombre de certificats verts proportionnel à la quantité d'électricité fournie au cours du trimestre (en Wallonie, le pourcentage est de 9% en 2009). Un mécanisme de sanction administrative renforce l'obligation. Ici, un marché d'instruments est créé¹⁰⁶. Les fournisseurs et gestionnaires devront se faire eux-mêmes producteurs d'électricité verte pour bénéficier de certificats ou acheter les certificats aux producteurs vendeurs de certificats, qu'ils leur achètent ou non l'électricité produite. La puissance du marché est toutefois limitée : d'une part, par le mode de sanction, puisque le paiement de l'amende libère de l'obligation d'acheter les certificats¹⁰⁷ ; d'autre part, par l'étendue, car l'utilisation des certificats dans les marchés équivalents des autres régions ou des autres États est difficile¹⁰⁸. Le système est complété, en droit fédéral, d'une garantie de rentabilité en la forme d'une obligation de rachat des certificats non écoulés mise à la charge

¹⁰⁶ Jugé que « Un certificat vert est un bien immatériel cessible faisant apparaître qu'un producteur a produit, au cours d'une année déterminée, une quantité déterminée d'électricité en faisant usage de sources d'énergie renouvelables », C. const., 19 mars 2009, n° 52/2009, motif, B.4.2.

¹⁰⁷ Article 39, § 2, du décret wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité : « À défaut de remettre un nombre suffisant de certificats verts à la C.Wa.P.E., les gestionnaires de réseau, les fournisseurs et les détenteurs d'une licence limitée de fourniture en vue d'assurer leur propre fourniture sont tenus de payer, par certificat vert manquant, une amende administrative dont le montant est déterminé par le gouvernement ». I.-S. BROUHNS et P. BOUCQUEY, étude précitée, *Amén.-Env.*, 2008/4, pp. 235 et s., spéc. p. 244 ; sur la nature et la constitutionnalité de l'amende, dans le système flamand, C. const., 19 mars 2009, 52/2009 qui aborde la difficile question de la distinction entre l'impôt et l'amende.

¹⁰⁸ Le droit communautaire admet des limitations à la libre circulation des marchandises, fondées sur la promotion de l'électricité verte (C.J.C.E., *Preussenelektra*, préc. et la lecture qu'en donne le Conseil d'État in C.E., 12 janvier 2004, *n.v. Wattplus*, n° 127.031). En revanche, la limitation apportée par le droit flamand est jugée contraire aux règles belges par le même arrêt, C.E., 12 janvier 2004, *n.v. Wattplus*, arrêt n° 127.031. À ce sujet, B. LOMBAERT, « Tous les moyens sont-ils bons pour encourager la production d'électricité écologique ? Ou comment concilier la libre circulation de l'électricité et la protection de l'environnement », note sous C.E., 12 janvier 2004, *n.v. Wattplus*, arrêt n° 127.031, C.D.P.K., 2004, pp. 276 et s. I.-S. BROUHNS et P. BOUCQUEY, étude précitée, *Amén.-Env.*, p. 245. Ces auteurs font valoir que l'accord de partage de la charge Kyoto entre les Régions et l'État intervenu depuis l'arrêt *n.v. Wattplus* est de nature à justifier une solution différente.

du gestionnaire du réseau et fixée à un «prix minimum»^{109 110}. Cette garantie vaut tant pour les certificats délivrés par les autorités régionales que fédérales. Elle influence le prix de marché du certificat, puisque les producteurs ne céderont les certificats aux fournisseurs qu'à un prix supérieur à celui de la garantie. Comme la restitution des certificats ne traduit pas l'achat de l'électricité verte, des instruments complémentaires sont créés (labels de garantie d'origine)¹¹¹ pour permettre au fournisseur de faire valoir qu'il s'approvisionne auprès de producteurs verts afin de présenter une offre d'électricité écologique à sa clientèle sur un marché libéralisé^{112 113}. Ce type de marché des certificats verts assure la rentabilité d'un mode de production d'électricité et l'encourage. Son but est l'efficacité environnementale, en particulier la prévention.

Dans d'autres cas, l'instrument de marché est avant tout une manière de chercher à améliorer l'efficacité d'un système de limites d'émission, de gérer le degré de prévention choisi. L'efficacité environnementale peut néanmoins être une conséquence secondaire du système. On voit en effet que l'efficacité économique du marché de pollution requiert un contrôle et une sanction énergiques des émissions non couvertes, une sanction plus sévère que celle

¹⁰⁹ Article 14 de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie.

¹¹⁰ En outre, en droit wallon, «le gestionnaire du réseau de transport local a, durant une période maximale de cent quatre-vingts mois à dater du mois suivant la mise en service de l'installation concernée, une obligation d'acheter, à un prix fixé par le gouvernement, les certificats verts octroyés aux producteurs d'électricité verte produite en Wallonie» et «Cette aide à la production, sous la forme d'obligation d'achat, ne s'applique que pour le producteur qui en a obtenu le bénéfice en vertu d'une décision du gouvernement, après avis de la C.Wa.P.E. sur la nécessité d'un tel mécanisme de garantie, au regard de la rentabilité du projet», article 40 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

¹¹¹ Communication sur le principe d'utilisation des labels de garantie d'origine, document téléchargeable du 3 avril 2009, publié par la C.Wa.P.E., www.cwape.be/xml/themes.xml?IDC=2260; directive 2009/28 du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables modifiant et abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, adoptée le 23 avril 2009, considérant n° 52: «Il est important de faire la distinction entre les certificats verts utilisés pour les régimes d'aide et les garanties d'origine».

¹¹² N. VAN AKEN, *Le mécanisme des certificats verts*, document de travail, Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009.

¹¹³ Quant à l'électricité verte elle-même, une obligation de service public de rachat est créée (décret wallon du 12 avril 2001, précité, article 34, 4°, «c) pour les gestionnaires de réseau de distribution, acheter, au prix du marché et dans les limites de leurs besoins propres, de l'électricité verte produite par des installations établies sur leur territoire et que les producteurs d'électricité verte ne parviennent pas à vendre» et, pour les fournisseurs, l'obligation d'«acheter, au prix du marché et dans les limites des besoins de leurs clients, le solde de l'électricité verte produite par des installations établies en Région wallonne et que les producteurs d'électricité verte ne sont pas parvenus à vendre, y compris au gestionnaire du réseau de distribution» (article 34bis, 3°, b)). En droit fédéral, une certaine obligation d'accorder la priorité au producteur vert est faite au gestionnaire de réseau par l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité.

dont le marché pouvait s'accommoder dans le système ordinaire des normes d'émission fixées par un instrument de police administrative. Un dispositif est alors mis en place qui peut améliorer l'efficacité de la règle environnementale et, partant, la qualité de la prévention.

Plus l'organisation du système est proche de celle d'un marché naturel d'offres et de demandes, plus elle est efficiente et transparente. Se rapprocher du marché naturel n'est pas facile. En effet, un marché d'externalités négatives n'est pas naturel.

Il y a plusieurs manières de concevoir l'organisation d'un marché de pollution. Mais il faut à la base, pour fonctionner, créer la rareté et le besoin. La rareté est créée en imposant d'abord une norme d'immission, la quantité totale Q qui correspond la saturation du milieu (de l'eau, de l'air...) que la décision politique établit. Celle-ci est plus ou moins proche des invitations scientifiques. On connaît, dans le domaine de l'air, des plafonds d'émission imposés aux États membres¹¹⁴. En revanche, la création de la rareté n'implique pas l'installation d'un marché.

Il faut ensuite que l'addition des émissions connues et inconnues (les quantités q) au cours d'une période donnée ne dépasse pas Q . La désignation des cibles techniques du marché de pollution requiert la plus grande attention. Ici peut s'appliquer le principe de correction par priorité à la source. En effet, il est possible de frapper les causes des émissions plutôt que les émissions elles-mêmes et de définir l'objet de Q et q en conséquence. Ainsi, on peut viser la production ou la consommation d'énergie fossile plutôt qu'un des gaz émis lors de la combustion¹¹⁵ et créer, par exemple, le droit négociable de produire ou de consommer telle quantité Q et q . Enfin, on peut encore poser la question de la compétence de fixer Q et q . Il s'agira plutôt du législateur que du juge¹¹⁶. Les régimes fédéraux et le système européen devront en outre choisir l'échelon adéquat : fédération, État membre, entité fédérée, pouvoir local...

Le marché a besoin d'être délimité. Puisqu'il est créé par la règle, celle-ci doit justifier les limites établies en fonction de critères d'efficacité et de la règle d'égalité. On voit ici l'intérêt des arrêts récents de la Cour de justice relativement aux catégories d'entreprises placées ou non dans le marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre par la directive 2003/87¹¹⁷.

¹¹⁴ D. MISONNE, R.P.D.B., compl. t. X, *Urbanisme et environnement*, v^o « Air », Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 1520.

¹¹⁵ À ce sujet, mon étude, R.T.D.E., 2004, pp. 249 et s., spéc. n° 7.

¹¹⁶ En droit américain, M. HERZ, « Les grands débats autour du droit de l'environnement aux États-Unis », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, pp. 87 et s., spéc. p. 96.

¹¹⁷ C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine, s.a.*, C-127/07 et les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro; aussi, C. const., 7 juin 2006, arrêt n° 92/2006, *Amén.-Env.*,

La manière de distribuer q peut être le fruit de décisions politiques classiques. Des autorisations administratives allouant des quantités de rejet par produit et par milieu à chaque opérateur. La fixation de q par opérateur et par produit est ancienne. Si le système se limite à cela, il ne crée qu'une rareté relative. En effet, non seulement la somme des opérateurs est non finie, mais le q est généralement établi de manière relative, à autant par une unité de rejet (par exemple, 3 mg par kg de matière) sans que le rejet total ne soit lui-même plafonné. La quantité de rejet total de l'opérateur n'est alors pas plafonnée. Un tel procédé participe de l'idée, ancienne et courte à nos yeux contemporains, que *The solution to pollution is dilution*. Idée conçue à l'époque où l'altération de la chose commune n'était vue que dans ses parties et pas encore dans sa globalité¹¹⁸. Ce mode de distribution de q relatifs n'est pas axé sur le respect d'un maximum collectif absolu Q . L'idée de rareté n'est pas suffisamment introduite pour permettre l'installation d'un marché de droits d'émission.

L'idée de marché vient de l'observation que le système classique d'attribution individuelle à l'exploitant d'un q , même absolu dans son chef, n'est pas nécessairement le plus efficace. Une fois le q alloué à l'exploitant celui-ci voit son quota comme un droit d'émettre, de le boire jusqu'à la lie. Il n'a aucun intérêt matériel direct à s'abstenir. Un système de marché est de nature à contrarier positivement cette propension. Il peut créer chez l'exploitant l'intérêt économique de ne pas utiliser tout q , à réduire l'émission et à céder sa part inutile, voire même à investir dans la technologie si la revente de parties de q est plus avantageuse pour lui. Dans cette mesure, la prévention sort renforcée de l'opération. Pourtant, si la cession se fait à un autre opérateur, q sera quand même intégralement dépensé et l'instrument restera neutre au plan de la prévention. Pour qu'efficience et efficacité se conjuguent, il faut que l'acquéreur puisse être un non-émetteur comme l'État ou une O.N.G. Dans ce cas, q ne sera pas intégralement dépensé et la quantité Q ne sera pas atteinte.

Pour bien fonctionner, le marché de pollution a besoin d'un plafond (*cap*) ; il faut qu'une quantité maximale collective de rejets soit actuellement

2006/4, pp. 181 à 190, obs. M. PÂQUES, « L'émission trading à la Cour d'arbitrage ».

¹¹⁸ Sur ces idées, F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, L.G.D.J., 1981, n° 249; M. REMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire – Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, P.U.F., 1989; A. LEBRUN, « Le droit civil d'usage sur les res, éléments vitaux de l'environnement – Lettre aux usufruitiers de l'air et aux héritiers de la nature », in *Droit de l'environnement – Développements récents*, vol. II, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 389 et s.; B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous – Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Bruxelles, éd. Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 93 et s.; F. OST, « Le patrimoine, un concept dialectique adapté à la complexité du milieu », in *L'environnement – Het milieu*, Fédération royale des notaires, Turnhout, 1993, pp. 13 et s. Aussi, M. PÂQUES, *Droit public des biens et de l'environnement*, chap. 2, Université de Liège, 2008, www.droit.ulg.ac.be/perso/index.html?idperso=u013141&menu=pub&unite.

fixée¹¹⁹, ce qui revient à une norme d'immission. De cette quantité maximale Q dépend la rareté et la valeur des q que les exploitants devront se procurer pour fonctionner dans le marché réglementé. Cette condition de rareté permet de créer un nouveau bien, le droit d'émettre une certaine quantité, objet de propriété, cessible contre un prix¹²⁰. On peut toutefois envisager de se passer de la fixation d'un Q absolu et juridiquement contraignant *ex ante* si les achats de q auprès d'autres entreprises ou de l'administration sont possibles. Dans ce cas, le succès d'une politique de limitation n'est pas aussi bien garanti que par un plafond absolu. De toute manière, l'établissement d'un Q , au moins politique, est nécessaire.

La viabilité de cette contrainte suppose évidemment que les opérateurs continuent à fonctionner et à fonctionner dans le marché : il faut, d'une part, que ceux-ci ne soient pas découragés de produire si la société continue de souhaiter les biens et services dont la production cause ces émissions ; il faut, d'autre part, que la délocalisation hors marché ne soit pas une solution ou une solution trop accessible. Dans le système du marché européen de carbone en cours de révision, la *fuite de carbone* serait compensée par une allocation directe complémentaire et gratuite^{121 122}. Le risque de délocalisation n'est toutefois

¹¹⁹ De la même façon, une fois fixé impérativement le quota d'énergie renouvelable que doit atteindre l'État membre, la comptabilisation de mouvements d'importation et d'exportation d'électricité verte devient intéressante et peut donner lieu à des transferts statistiques, voy. le considérant n° 37 de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables modifiant et abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, adoptée le 26 mars 2009, et l'article 6.

¹²⁰ Sur la nature juridique du quota dans les marchés de pollution, voy. mes observations sous C.A., 7 juin 2006, *Amén.-Env.*, 2006, pp. 181 et s., spéc. p. 189 ; également la prise de position de la Cour, dans l'arrêt ; *adde* sur ces droits, M. PASSERO, « The Nature of the Right or Interest created by a Market for Forest Carbon », *C.C.L.R.*, 2008, pp. 248 et s.

¹²¹ Considérant nos 25 à 27 de la résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2008 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹²² Sur la difficulté, dans le cadre de l'O.M.C., d'admettre une entrave unilatérale à l'importation de produits pour le motif que leur production ne respecte pas une norme environnementale de l'État d'importation, Le commerce et l'environnement à l'O.M.C., publications de l'O.M.C., 2004, www.wto.org/french/res_f/publications_f/trade_env_f.htm ; M. PALLEMAERTS, « Van Stockholm tot Rio: hoe "duurzaam" is de ontwikkeling van het internationaal milieurecht? », *T.M.R.*, 1992/2, pp. 58 et s. ; M. PALLEMAERTS, « International Law and Sustainable Development in and after Johannesburg », in *Making Globalisation Sustainable – The Johannesburg Summit on Sustainable Development and Beyond*, ouvrage collectif, Brussels VUB, University Press, 2003, pp. 191 et s. Les organes de l'O.M.C. se sont toutefois inspirés de la déclaration de Rio pour interpréter l'article XX du GATT et apprécier la validité de règles nationales unilatérales qui protégeaient l'environnement par des mesures de nature à entraver les échanges ; une appréciation plus favorable à l'action unilatérale a lieu quand celle-ci n'a été instaurée qu'après la tentative d'une action multilatérale qui échoue de bonne foi (Organe d'appel de l'O.M.C., 12 octobre 1998, *États-Unis – Crevettes*, spéc. motifs 118 et s., n° 168 ; 22 octobre 2001, motifs 123 et 124).

pas propre au mécanisme de marché. Il se produit aussi dans une situation de police classique, dès l'instant où une entreprise subit une charge que d'autres ne supportent pas alors qu'elles se trouvent quelque part sur le même marché. Si la mesure de police ou le marché de pollution font fuir les entreprises assujetties, la politique de prévention fait faillite.

Cela suppose aussi une manière efficiente d'allouer les q . Une méthode est d'autoriser à émettre une quantité donnée par la fixation d'une norme d'émission individuelle. L'opérateur qui respecte celle-ci ne doit pas faire appel au marché. Cette norme individuelle est toutefois relative en ce que l'exploitant peut la dépasser à la condition de se procurer un complément: s'il émet plus, il a besoin de faire appel au marché et bien entendu, s'il émet moins, il peut se faire vendeur. C'est ce système que les Pays-Bas ont appliqué aux émissions de NO_x ¹²³. Au terme d'une délibération qui a duré de nombreux mois, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a considéré, dans ces conditions, que ce système avait créé des actifs mis gratuitement à la disposition des entreprises concernées alors qu'ils auraient pu être vendus et mis aux enchères» et conclu que «le Royaume des Pays-Bas a ainsi renoncé à des ressources d'État». Combinée avec la possibilité de vendre les surplus, la norme d'émission, mesure de police autorisant d'émettre q , prend la forme de l'allocation gratuite d'une ressource d'État et le système relève du champ d'application de l'article 87 du Traité C.E., relatif aux aides d'État. Cependant, la mesure concerne 250 grandes entreprises situées aux Pays-Bas qui ont en commun de posséder une puissance installée supérieure à 20 MWth et elle est considérée comme non sélective, car elle «profite indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national». Elle n'est donc pas susceptible de constituer une aide d'État¹²⁴.

Une autre modalité est de n'assigner à l'opérateur aucune limite d'émission de départ. Toute émission sera couverte par les quotas qu'il se procurera. Le tout étant qu'à l'échéance périodique l'opérateur puisse restituer un nombre de quotas couvrant ses émissions mesurées selon une méthode *ad hoc*. Tel est le système créé par la directive 2003/87.

Dans ce cas, la meilleure manière de faire démarrer le marché est celle de la mise aux enchères. Elle est conforme au principe «pollueur-payeur». Elle

¹²³ Au Royaume-Uni, quand des plafonds individuels sont fixés par accords de branche, les opérateurs peuvent recourir à des achats de droits d'émission de CO_2 , K.E. MAKUCH et Z. MAKUCH, «Domestic initiatives in the UK», in *Climate Change and European Emissions Trading* (M. FAURE et M. PEETERS, éd.), Cheltenham et Northampton, Edward Elgar, 2008, pp. 257 et s., pt 5.1. Ces auteurs soulignent que la multiplication des instruments à disposition des entreprises produit un phénomène de *shopping instrumental*.

¹²⁴ T.P.I.C.E., 10 avril 2008, *Royaume des Pays-Bas, soutenu par la République fédérale d'Allemagne c. Commission*, T-233/04.

a peu d'effets pervers. Chaque entreprise connaît ses besoins, sa stratégie de développement, d'évolution vers un mode de production sans émissions de q , etc.¹²⁵. Tout opérateur, y compris le nouvel entrant, doit se présenter comme acheteur et s'adapter au prix du marché. La durée de validité des q doit être brève pour remettre le marché en mouvement par de nouvelles campagnes d'adjudication. Le *banking* est problématique, mais il vaut mieux l'admettre pour la validité du système, c'est-à-dire pour ne pas créer d'incitation à l'émission en fin de période et, en conséquence, régler l'absorption de la quantité non consommée et réutilisable en créant une rareté compensatoire dans la nouvelle période lors de la fixation du nouveau Q ¹²⁶. La qualité d'acheteur doit être reconnue le plus largement à toute personne, émettrice ou non. Le contrôle et la sanction des émissions non couvertes doivent être impitoyables et, plus encore, uniformes. On imagine, sinon, les détournements et l'affaiblissement des cours et du système de ce marché artificiellement construit, non naturel, puisque le bien en circulation, le droit d'émettre, est une création purement juridique dont personne n'a besoin pour fonctionner sans la pression de la règle.

L'organisation du marché tient compte des coûts de transaction. Coût du contrôle, taille critique des entreprises à assujettir. Ce point précisé, la performance du marché d'émissions peut augmenter avec son volume (nombre de gaz visés, nombre de partenaires, quotas visés, multiplication des propositions de transaction). Aussi, une directive a établi la conversion dans le système de la directive 2003/87 des droits d'émission acquis dans le monde de Kyoto¹²⁷. Ensuite, les émissions du secteur aérien ont été incluses dans le système européen¹²⁸. De nouvelles extensions sont sur le point d'être adop-

¹²⁵ Dans ce sens, la revue de littérature économique faite par M. PEETERS, « Legislative choices and legal values: considerations on the future design of the European greenhouse gas Emissions Trading Scheme from a viewpoint of democratic accountability », in *Climate Change and European Emissions Trading*, *op. cit.*, pp. 17 et s., pt 2.1.

¹²⁶ Pour une discussion des avantages et inconvénients du *banking* et une revue de littérature, K.E. MAKUCH et Z. MAKUCH, *op. cit.*, p. 290.

¹²⁷ Directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du Protocole de Kyoto. *Infra*, section 8.

¹²⁸ Directive 2008/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'intégrer les activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. L'extension du marché n'était pas le seul motif de l'intervention : « Il convient que les politiques et les mesures soient mises en œuvre au niveau des États membres et de la Communauté dans tous les secteurs de l'économie communautaire afin de générer (*sic*) les réductions substantielles des émissions qui sont nécessaires. Si l'incidence du secteur de l'aviation sur le climat continue d'augmenter au rythme actuel, elle neutralisera dans une large mesure les réductions réalisées par d'autres secteurs afin de lutter contre le changement climatique » (considérant n° 11).

tées; en même temps, le retrait facultatif des entreprises trop petites sera possible¹²⁹.

Une autre méthode est celle de la distribution des q par l'administration, distribution de « biens », de « monnaie »¹³⁰ pour permettre aux participants de jouer la partie. Elle présente un nombre de biais élevé, causes d'inefficiences et d'inefficacité. Citons : anticipation toujours difficile des besoins des industries par les pouvoirs publics, allocation gratuite à la fois insuffisamment incitative et constitutive d'aide d'État¹³¹, *lobbying*, réserve pour les nouveaux entrants et définition du nouvel entrant, concurrence de plusieurs pouvoirs publics émetteurs, distribution d'un trop grand nombre de q ¹³² et part trop grande de la bulle allouée aux entreprises du marché par rapport au Q alloué à chaque État membre pour l'ensemble des émissions, c'est-à-dire la somme de celles du marché et des autres. Enfin, ce système laisse le principe de l'initiative aux pouvoirs publics qui désignent des émetteurs¹³³ et ne se repose sur le marché qu'en ordre second.

Tous ces effets étaient prévus et ont été expérimentés au cours des premières périodes du marché réglé par la directive 2003/87. Lors de la préparation de cette directive, il est remarquable que l'Europe dite libérale se soit tout à coup effrayée des nécessités simples de l'organisation du marché de pollution du carbone, de ses conséquences élémentaires et ait préféré alors un système de *grandfathering* très complexe, suspect de protectionnisme, d'aide publique, d'inefficiences, générateur de toutes sortes de tentations et de difficultés. Le problème se posait, délicat dans le silence des textes, de la reprise autoritaire

¹²⁹ Considérants nos 8 et s. de la résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2008 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (aujourd'hui la directive 2009/29).

¹³⁰ Sur la nature juridique du quota qui est objet de droit de propriété, à tout le moins à partir de la délivrance, mais qui ne me semble pas être une autorisation administrative, voy. M. PÂQUES, « La nature juridique du quota d'émissions de gaz à effet de serre », in *L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat* (dir. F. MAES), Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 43 à 69; M. PÂQUES et S. CHARNEUX « Du quota d'émission de gaz à effet de serre », *Revue européenne de droit de l'environnement*, Limoges, Crideau, 2004/3, pp. 266 à 278.

¹³¹ P. THIEFFRY, « Mesures publiques de protection de l'environnement et concurrence », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 174 et s.; I.-S. BROUHNS et P. BOUCQUEY, étude précitée, *Amén.-Env.*, p. 239. Ces auteurs signalent aussi la trop grande facilité, pour le secteur de l'électricité, à répercuter le coût du quota sur le consommateur.

¹³² Sur ce que la part d'allocation par *grandfathering* pendant la première période d'essai a été supérieure aux besoins des industries (M. PEETERS, *op. cit.*, p. 30); sur la volonté de réduire substantiellement le Q du marché à partir de 2013, considérant n° 13 de la résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2008 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹³³ M. PEETERS, *op. cit.*, spéc., p. 25.

par ajustement *ex post* d'unités déjà allouées pour la période de trois ou cinq ans mais non encore délivrées – la délivrance est annuelle – dont il apparaissait, en cours de période, que l'entreprise n'avait plus objectivement besoin pour émettre, mais qu'elle comptait sans doute revendre. L'ajustement *ex post* fut curieusement admis par le Tribunal de première instance des Communautés européennes qui a préféré la logique de l'environnement et la prévention (efficacité par réduction immédiate du nombre de *q*) à celle du marché (efficacité par valorisation des actifs économiques), sans doute parce qu'il s'agissait d'un système tiède¹³⁴. Cela conduit à considérer que ce n'est qu'après la « délivrance » que le quota est vraiment objet de droit de propriété dans le chef de l'allocataire par *grandfathering*¹³⁵.

Cette expérience grandeur nature de la première version de la directive 2003/87 était sans aucun doute la condition nécessaire de la mise en place d'un système de marché révisé plus efficient et fondé dans son principe sur la mise aux enchères (*auktionning*) avec quelques garanties d'accès équitable et de transparence¹³⁶ et la fin des plans nationaux d'allocation publique. La directive révisée règle aussi l'allocation des ressources produites par la vente aux enchères : ce pourrait être 50 milliards d'euros annuels en 2020. Une part de quotas est allouée gratuitement, jusqu'en 2027, aux secteurs les plus exposés selon des modalités harmonisées et dans le respect des règles relatives aux aides d'État¹³⁷.

Une difficulté est de déterminer la part de *Q* allouée au secteur du marché et celle qui revient aux autres opérateurs et aux particuliers¹³⁸. À ce sujet, la directive révisée cliche pour l'avenir et l'ensemble de la Communauté, l'addition des décisions de répartition prises par les États dans les plans nationaux approuvés par la Commission pour la période 2008-2012, affectée d'un coefficient de réduction linéaire¹³⁹. Dans ces autres secteurs, les États recou-

¹³⁴ T.P.I.C.E., 7 novembre 2007, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, T-374/04.; N. VAN AKEN, « The "Emissions Trading Scheme"-case-law: some new paths for a better environmental protection », in *Climate Change and European Emissions Trading*, op. cit., pp. 88 et s., spéc. p. 110.; voy les commentaires approuvés de Ch. BACKES, K. DEKETELAERE, M. PEETERS et M. SCHURMANS, « The underestimated possibility of *ex post* adjustments: some lessons from the initial greenhouse gas emissions trading scheme », in *Climate Change and European Emissions Trading*, op. cit., pp. 178 et s., spéc. p. 203.

¹³⁵ M. PÂQUES, « L'émission trading à la Cour d'arbitrage », *Amén.-Env.*, 2006/4, pp. 181 et s., spéc. p. 189.

¹³⁶ Nouvel article 10 et considérants n^{os} 15 et s. de la résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2008 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹³⁷ Voy. les articles 10bis et s.

¹³⁸ Voy. l'avis du Comité économique et social, du 9 juillet 2008, J.O.U.E. C 027 du 3 février 2009, point 7.1.4.

¹³⁹ Nouvel article 9.

rent aux instruments de police, fiscaux ou à des systèmes de marché internes. L'application de la règle d'égalité à ces choix a déjà donné lieu à plusieurs décisions importantes qui ont examiné la validité de l'exclusion de certains secteurs du système de marché¹⁴⁰. Le professeur Marjan Peeters estime que cette question n'est pas abordée systématiquement dans les parlements et voit là un déficit démocratique ; la participation n'est pas non plus garantie alors qu'elle l'est dans le système classique des autorisations qui porte, certes, sur des enjeux plus locaux¹⁴¹. La participation ne s'étend pas non plus aux choix que les entreprises font de polluer plus ou moins dans le système du marché alors qu'elle s'étend aux limites d'émissions fixées par une autorisation classique. Le Royaume-Uni examine pour le moment les enjeux pratiques et juridiques d'un système d'allocation de carbone par individu¹⁴². On imagine le problème de la sanction en nature d'un plafond individuel au regard des droits fondamentaux de celui qui aurait épuisé son quota sans s'en procurer d'autre sur le marché. Nul doute que le débat n'est pas clos.

Avec ce système de *cap and trade*, la réduction et la quantité de la pollution sont fixées avant la période. Tout est alors fonction des objectifs, de la détermination politique dans la fixation du Q , option plus ou moins en phase avec les enseignements de la science. Là s'applique le principe de prévention. Le marché ne fait qu'allouer les coûts de la réalisation de cet objectif. Le marché de pollution n'est pas porteur de réduction nouvelle au-delà du Q , même si les opérateurs ont confiance, choisissent le *banking* en n'utilisant pas tous leurs moyens de consommer Q , en vue de faire face, dans la période suivante ($n + 1$), à $Q_{n+1} < Q_n$.

L'on ne peut pas exclure que les États interviennent pour contrarier la loi du marché au profit des entreprises qui méritent d'être aidées. Le tout est de le faire dans la transparence. L'Europe n'exige pas beaucoup plus. Un but bien clair, des critères objectifs et de la cohérence. Si ces interventions se traduisent par la création de q individuels supplémentaires, elles portent en elles le risque d'élévation du Q de la période. S'il faut aider des entreprises, il ne faut pas nécessairement faire porter ces interventions sur le quota d'émissions de l'entreprise ; il est possible de peser sur d'autres facteurs de coûts qui présentent un risque environnemental moins grand, mais font sans doute naître, à leur tour, d'autres problèmes d'équilibre collectif.

¹⁴⁰ C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine, s.a.*, C-127/07 et les conclusions de l'avocat général Píoares Maduro ; aussi, C. const., 7 juin 2006, arrêt n° 92/2006, *Amén.-Env.*, 2006/4, pp. 181 à 190, obs. M. PÂQUES, précité.

¹⁴¹ M. PEETERS, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴² K.E. MAKUCH et Z. MAKUCH, *op. cit.*, 2008, pp. 257 et s., spéc. p. 294.

Section 8

Les instruments de marché de Kyoto

La complexité de ce marché non naturel est grande, et la nécessité est assez claire de la puissance de l'État pour le faire fonctionner. À l'échelon international, cette puissance fait défaut. Le principe des responsabilités communes, mais différenciées, admis à la base de la Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique¹⁴³, a pour conséquence que tous les États du monde ne sont pas soumis à la limitation des émissions décidée à Kyoto (bulles nationales, que, pour sa part, l'Union européenne gère globalement et a redistribuées entre ses États membres). Une fois fixées les limitations imposées aux pays développés pour la période 2008-2012, la mise au point des contrôles et sanctions a requis des efforts considérables des conférences des parties souveraines.

Les États sujets à limitation sont libres dans la manière d'atteindre les objectifs. D'abord par des mesures internes, ensuite par des actions internationales. On notera que par leurs actions internes de création de puits de gaz à effet de serre¹⁴⁴, les États peuvent bénéficier d'unités de réduction (*Removal units, RMUs*) qui viennent en compensation de leurs émissions¹⁴⁵.

Les instruments de «flexibilité» sont les instruments d'action internationale prévus par le Protocole de Kyoto. Ils sont fondés sur la recherche de l'efficacité économique et la constatation que le lieu où se fait l'économie d'émissions de gaz à effet de serre importe peu et que, à performance égale en termes d'émissions, il est possible de réaliser l'économie environnementale là où elle est la moins coûteuse. S'agissant d'une pollution globale, l'argument est recevable.

Les mesures basées sur l'efficacité économique étaient en germe dans la Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique (article 3, § 3). Parmi les instruments juridiques originaux prévus par le Protocole, pas moins de trois¹⁴⁶ mécanismes de «flexibilité» sont à la disposition des États. Un premier système de projets, appelé «mécanisme pour un développement propre» (M.D.P. – *Clean Development Mechanism, CDM*) favorise les investissements propres par des pays de l'annexe I dans des pays ne figurant pas à l'an-

¹⁴³ <http://unfccc.int/2860.php>.

¹⁴⁴ «Land Use, Land-Use Change and Forestry (LULUCF)», http://unfccc.int/methods_and_science/lulucf/items/1084.php.

¹⁴⁵ Article 3, §§ 3 et 4; article 5, §§ 2 et 3; article 6, § 1^{er}, b), du Protocole de Kyoto.

¹⁴⁶ On y ajoute parfois aussi la possibilité offerte aux États de s'associer pour exécuter en commun leurs obligations (K. NOWROT, «Saving the International Legal Regime on Climate Change? The 2001 Conferences of Bonn and Marrakesh», *German Yearbook of International Law*, vol. 44, 2001, pp. 396 et s., spéc. p. 411), dont la Communauté européenne fait usage.

nexe I (pays en développement non assujettis à une bulle) ; ces investissements sont comptabilisés en « réduction d'émission certifiée » (R.E.C.) (article 12). Un autre système de projets, dit de « mise en œuvre conjointe » (M.O.C. – *Joint Implementation*, JI) permet la cession d'« unités de réduction des émissions » (U.R.E.). Il vise des projets de réduction d'émission ou d'augmentation des absorptions¹⁴⁷ s'ajoutant à ceux qui pourraient être obtenus autrement ; il n'est applicable qu'entre pays de l'annexe I (article 6). Il existe enfin un système d'échanges de droits d'émission entre pays de l'annexe I (article 17) non liés à des projets particuliers.

Ces instruments permettent à l'État de ramener à sa bulle des efforts de réduction faits ailleurs. Le M.D.P. permet à l'État de gonfler sa bulle nationale du montant de la réduction d'émission certifiée sans soustraction ailleurs. En revanche, le système de M.O.C. et le système d'échange de droits d'émission ne s'adressent qu'à des États assujettis à des limitations d'émissions. En conséquence, ils entraînent des mouvements de bulle à bulle, sans modification des quantités globales fixées par le Protocole de Kyoto¹⁴⁸.

Les trois mécanismes viennent en complément des mesures prises à l'échelon national¹⁴⁹. En outre, le protocole ne permet au M.D.P. et au M.O.C. de procurer des R.E.C. et des U.R.E. que pour les projets additionnels¹⁵⁰, c'est-à-dire ceux qui constituent un investissement qui n'aurait pas eu lieu en suivant l'évolution normale du contexte socioéconomique, le scénario de référence. Le critère « d'additionnalité » est complexe¹⁵¹. Les projets rejetés par le Comité M.D.P. de la Conférence des Parties qui supervise les décisions prises par les autorités nationales ne peuvent valoir qu'à titre purement volontaire, sans entrer en compte dans le système d'échange Kyoto.

Enfin, s'il est question des États comme débiteurs principaux des obligations de limitation, le Protocole de Kyoto permet la participation du secteur privé aux projets et mouvements¹⁵².

Les mécanismes de flexibilité permettent à l'État qui ne peut atteindre l'objectif de réduction par des mesures internes, d'utiliser les ressources de sa

¹⁴⁷ Sur ce point particulièrement sensible, M. VESPA, « Climate change 2001: Kyoto at Bonn and Marrakesh », *E.L.Q.*, vol. 29, 2002/2, pp. 395 et s., spéc. pp. 411 et s.

¹⁴⁸ Article 3, §§ 10 à 12, du Protocole de Kyoto.

¹⁴⁹ Article 6, § 1^{er}, d) ; 12, § 3, b) ; 17, du Protocole de Kyoto.

¹⁵⁰ Article 12, § 5, c) ; article 6, § 1^{er}, b), du Protocole de Kyoto.

¹⁵¹ Voy. le site du M.D.P. <http://cdm.unfccc.int/methodologies/PAmethodologies/approved.html>.

¹⁵² Article 6, § 3 ; 12, § 9, en ce qui concerne les mécanismes de projets. F. YAMIN et J. LEFEVERE, « Post-2008, transboundary transfers between private entities will need to be "shadowed" by a parallel and equivalent transfer of sovereign obligations (PAAs) between respective Parties », *Final Report: Designing Options for Implementing an Emissions Trading Regime for Greenhouse in the EC*, Londres, Field, février 2000, 53 pp., spéc. p. 14.

prosperité économique pour acheter le droit d'émettre à d'autres, plus soucieux d'économie environnementale, plus habiles lors de la négociation des limites, ou encore victimes de l'effondrement de l'économie interne sur la base de laquelle leur allocation initiale avait été calculée¹⁵³.

L'État belge a pris la décision d'acheter des crédits sur le marché international¹⁵⁴. On se gardera de déplorer que l'objectif de prévention nationale ne soit pas atteint. L'on observera d'abord que le système fédéral interne n'a pas permis le partage complet de l'effort belge entre les Régions. Ensuite, on remarquera que l'effort réalisé ne l'aurait sans doute pas été à ce point sans la contrainte du plafond dont la condition d'acceptation politique – par les États-Unis, certes – était cet élément de flexibilité dont l'État belge tire ici parti.

Section 9

Création de droits de propriété

Une dernière forme d'instruments de marché est l'extension du droit de propriété de choses corporelles environnementales dans le but d'en faire des objets d'attention comme le sont en général les biens appropriés. On soutient en effet que les instruments fondés sur le droit de propriété transmissible et l'intérêt du propriétaire ont des effets vertueux et peuvent bénéficier à l'environnement sans le recours à la police, à la contrainte et à la peur de la sanction. C'est une manière d'éviter les inefficiences imputées à l'action des pouvoirs publics. Telle est la base du célèbre théorème de Coase, prix Nobel d'économie¹⁵⁵. Des auteurs proposent alors d'étendre les objets d'appropriation, y compris le droit d'*abusus* matériel et juridique, pour que l'intérêt du propriétaire à conserver à son bien la valeur optimale, y compris dans la perspective de le céder à bon prix, rejaillisse sur la protection de la chose commune et garantisse sa pérennité¹⁵⁶. Cela n'est vrai que pour la part d'environnement qui peut se relier à des biens appropriés dont le propriétaire a intérêt au bon état¹⁵⁷ et l'on peut en effet constater que les bisons ont disparu des prairies du *Far*

¹⁵³ Le *hot air* russe est l'exemple connu.

¹⁵⁴ Voy. rapport au Roi précité, l'arrêté royal du 9 février 2009, modifiant l'arrêté royal du 28 octobre 2004 fixant les modalités de gestion du Fonds pour le financement de la politique fédérale de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

¹⁵⁵ R.H. COASE, « The problem of social Cost », *Journal of Law and Economics*, 1960; pour une présentation succincte, J.E. STIGLITZ et C.E. WALSH, *op. cit.*, p. 471.

¹⁵⁶ B. YANDLE, « Property Rights in Two States of Nature: A Discussion of Evolving Rights », in *Les ressources foncières – Droits de propriété, économie et environnement*, sous la direction de M. FALQUE, H. LAMOTTE et J.-F. SAGLIO, Bruxelles, Bruylant, 2007.

¹⁵⁷ J.E. STIGLITZ et C.E. WALSH, *op. cit.*, p. 472.

West alors que les vaches y ont prospéré¹⁵⁸. L'appropriation publique des biens majeurs donne d'intéressants résultats¹⁵⁹, mais on voit mal comment l'étendre à l'environnement dans son ensemble.

Dans ce sens, les instruments de marché créent des biens, objets de propriété et négociables. Il n'est pas impossible de voir le quota de CO₂ comme une part de ciel à occuper¹⁶⁰, mais quelle consistance a-t-il en dehors du régime de police et qui le revendiquerait comme un propriétaire le ferait pour sa vache ? On y verra plus sûrement un titre négociable, plutôt incorporel, détaché d'une réalité matérielle et bien loin de l'objet de propriété que peut être un arbre, une pomme ou un litre d'eau.

Toutes ces observations permettent d'esquisser une réponse à la question posée dans l'introduction. Cette réponse prend la forme de cinq considérations finales.

Cinq considérations finales sur le choix des instruments

1. *L'action unilatérale de police n'est pas disqualifiée par les autres instruments*

En Europe, l'on reconnaît l'existence d'un consensus favorable à l'intervention de l'État pour maintenir un environnement convenable, alors que cette attitude est moins répandue aux États-Unis où la légitimité de la réglementation est parfois mise en cause¹⁶¹, mais où les choses sont peut-être en train d'évoluer par l'effet de la crise de l'autorégulation bancaire. La démocratisation de l'action administrative par les progrès de la transparence et de la participation devrait continuer à favoriser cette acceptation¹⁶². La Constitution belge fait des pouvoirs publics les garants de la protection d'un environnement sain. En principe, l'administration dotée d'un pouvoir de police discrétionnaire a pour mission de veiller à maîtriser le risque confié à sa vigilance et il lui revient

¹⁵⁸ Observation de KEYNES, rapportée in G. DOSTALER et B. MARIS, *Capitalisme et pulsion de mort*, Paris, Albin Michel, 2009, pp. 64-65.

¹⁵⁹ Système français d'acquisition de la maîtrise foncière par le Conservatoire du littoral dont « le bilan est d'ores et déjà important », voy. J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 9^e éd., 2009, p. 56.

¹⁶⁰ Mon étude, « La nature juridique du quota d'émissions de gaz à effet de serre », précitée, spéc. n° 8.

¹⁶¹ L. KRÄMER, « The Roots of Divergence: A European perspective », in *Green Giants ? Environmental Policies of the US and the EU*, op. cit., pp. 53 et s., spéc. p. 68.

¹⁶² M. PRIEUR, « Information et participation du public en matière d'environnement, influence du droit international et communautaire », in *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne* (M. PÂQUES et M. FAURE, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 293 et s.

d'apprécier la manière de le faire. Choisir de ne pas imposer de limitation à la liberté peut être l'exercice adéquat de la compétence de police¹⁶³.

L'intervention de l'État dans le droit de l'environnement continue d'être le principe du droit communautaire et de nombreux instruments récents – pas tous, comme le montre M. Krämer – continuent à utiliser l'autorisation administrative. Voici quelques signes qui montrent que l'autorisation est loin d'être répudiée en Europe. La directive IPPC (2008/1) a pour centre une autorisation¹⁶⁴; la révision, en 1997, de la directive 85/337 relative aux évaluations d'incidences a affirmé explicitement que les projets visés étaient assujettis à autorisation préalable, ce qui n'était jusque-là qu'implicite, et le concept reçoit l'interprétation la plus étendue¹⁶⁵. La directive 2003/35/CE fondée sur la Convention d'Aarhus, renforce la participation au lieu d'alléger le dispositif d'autorisation¹⁶⁶. Au plus, quand des normes d'encadrement existent ou qu'un procédé doit être encouragé, le droit communautaire des déchets permet parfois l'exemption ou le passage à l'enregistrement (directive 2008/98)¹⁶⁷. La directive 2003/87 organisant le commerce de droits d'émission de gaz à effet de serre, précitée, a commencé par établir fermement que les installations dont les exploitants seraient habilités à échanger leurs quotas devaient d'abord faire l'objet d'une autorisation en bonne et due forme afin de contrôler administrativement leur aptitude à entrer dans le système, à maîtriser leurs rejets, à rendre des comptes. Seules les émissions individuelles de gaz à effet de serre ne sont pas assujetties à des limitations au profit du jeu du marché et de l'allocation optimale des coûts de réduction.

L'on vient de voir aussi que cette intervention autoritaire est totalement nécessaire à la création et au fonctionnement du marché de pollution.

2. Rien ne s'oppose à un test d'efficacité fondé sur le principe de subsidiarité fonctionnelle.

Du point de vue de la subsidiarité fonctionnelle, la mesure de police restreint par nature les droits et libertés; elle y porte une entrave plus nette que

¹⁶³ M. PÂQUES, « Droit administratif et risque », in *Liber amicorum Hubert Bocken*, Bruges, la Charte, 2009, pp. 607-619.

¹⁶⁴ Précitée.

¹⁶⁵ C.J.C.E., 28 février 2008, *Paul Abraham*, C-2/07.

¹⁶⁶ Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil.

¹⁶⁷ Directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives, articles 24 et s.; antérieurement, directive 91/156/CEE du Conseil du 18 mars 1991 modifiant la directive 75/442/CEE relative aux déchets.

celle qu'induirait une mesure moins impérative. Cette constatation d'évidence ne suffit pas à disqualifier la mesure de police.

L'existence de moyens moins invasifs conduit à exiger un contrôle de proportionnalité. Le critère de la subsidiarité fonctionnelle est l'efficacité au service de l'objectif légitime. Parmi les instruments de police, il s'agit de choisir celui qui est le mieux adapté¹⁶⁸. La jurisprudence est abondante¹⁶⁹. Si un instrument souple est aussi efficace, alors il devient légitime de le préférer. La mesure de l'efficacité dépend de critères, d'objectifs politiques. D'un point de vue économique, le choix de l'instrument de marché ou de la taxe est une question d'efficacité dans une situation donnée et, sous cet angle, la validité du marché de Kyoto a été contestée¹⁷⁰.

Dès l'instant où il faut sortir de la protection passive de l'environnement pour mener des actions positives, la méthode de la police administrative serait « inadaptée », ne suffirait pas, à tout le moins pas en fait. Le relais du service public et l'association de l'utilisateur seraient nécessaires pour procurer les résultats efficaces. Ce thème a été développé à plusieurs reprises par le professeur Jegouzo¹⁷¹.

La nécessité de l'interventionnisme environnemental ne condamne pas pour autant la mesure unilatérale, qu'elle soit activée ou qu'elle reste en appui, pour aider au consensus. Des instruments mixtes peuvent se révéler efficaces. Il semble que cela soit le cas pour l'installation du système de gestion active dans les sites Natura 2000. L'autorité procède à la désignation impérative de la zone et règle des prescriptions minimales par la voie de mesures de type unilatérales classiques, des servitudes légales d'utilité publique, puis, pour le régime précis des droits et obligations des propriétaires et exploitants, surtout pour les obligations de faire, des conventions de gestion active semblent offrir la voie

¹⁶⁸ Par exemple, directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables modifiant et abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE, adoptée le 26 mars 2009, article 13 « Les États membres veillent à ce que les règles nationales éventuelles relatives aux procédures d'autorisation, de certification et d'octroi de licences, qui s'appliquent aux installations de production et aux infrastructures connexes du réseau de transport et de distribution d'électricité, de chauffage ou de refroidissement à partir de sources d'énergie renouvelables et au processus de transformation de la biomasse en biocarburants ou autres produits énergétiques, soient proportionnées et nécessaires » ; le législateur donne ensuite de nombreuses illustrations.

¹⁶⁹ Par exemple, C.J.C.E., 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97 ; F. HAUMONT, « La Cour de justice des Communautés européennes et l'urbanisme », *Mélanges H. Jacquot*, Presses univ. Orléans, 2006, pp. 265-281 ; C.J.C.E., 6 décembre 2005, *ABNA Ltd*, C-453/03 et al., motifs 80 et s.

¹⁷⁰ Pour une présentation des thèses, M. BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, pp. 35 et s., spéc. p. 40.

¹⁷¹ Y. JEGOUZO, « L'indemnisation indirecte des servitudes d'urbanisme en Europe », in *Droit et ville*, 49/2000, pp. 93 et s. ; « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, pp. 21 et s., spéc. p. 25.

la plus adéquate dans la plupart des États membres où l'adhésion individuelle au projet est plus importante que la force juridique de l'acte dont l'obligation procède¹⁷². Sans le système des parcs naturels français, le cœur est protégé par des servitudes unilatérales et la périphérie par des mesures « d'adhésion »¹⁷³.

Il faut aussi observer que la loi du marché n'est pas facile à appliquer concrètement au domaine de l'environnement, même quand elle y est prise pour principe et que celui-ci peut tourner à l'avantage des choses communes. On le voit bien quand il s'agit d'imposer l'application des BAT aux émissions d'une entreprise qui a besoin de toutes ses plumes pour voler et qui ne tient pas ce qu'on alourdisse ses coûts, voire que l'on conditionne son existence et le maintien des emplois à une norme fondée sur une moyenne européenne de performance environnementale comme y invite le critère BAT éventuellement renforcé par les conditions locales de l'environnement. Ce critère est en effet un critère de prévention ajusté au marché et de nature à écarter de celui-ci les entreprises qui ne sont pas à même d'y fonctionner. On admet la loi du marché et cette conséquence quand on se situe dans le domaine purement économique et financier où la faillite est une sanction naturelle. C'est à l'évidence un problème de l'admettre pour des raisons environnementales. Un petit sacrifice environnemental fait en ouvrant un robinet cause moins de bruit et de mal qu'un préjudice économique et social. On revient au point de départ de l'absence de groupe de pression incarnant les intérêts environnementaux qui soit comparable aux travailleurs de tel secteur, aux automobilistes ou aux utilisateurs de chaudières au mazout. On revient au problème de la hiérarchie des valeurs dans une société donnée, bien difficile à établir et pourtant nécessaire à toute politique de prévention d'un risque¹⁷⁴.

La politique publique utilise tous les instruments à la fois. Le *fine tuning* est extrêmement difficile. Il faut avant tout mettre au point une doctrine claire à laquelle doivent être ajustés tous les choix. Cette action de politique au sens le plus noble du terme peut se compliquer dans un État fédéral comme la Belgique quand les politiques matérielles sont divisées, que la compétence d'inciter par des primes relève de la Région, que celle de la déduction du revenu taxable ressortit à la fédération... Il peut y avoir dans la dispersion des

¹⁷² Voy. les contributions reprises dans l'ouvrage, *Le droit de propriété et Natura 2000 – Natura 2000 and property rights*, colloque de Volos (Grèce) organisé par l'Observatoire Natura 2000, dir. M. PÂQUES, Bruxelles, Bruylant, 2005, 247 pp.

¹⁷³ J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, coll. Que sais-je?, Paris, P.U.F., 9^e éd., 2009, p. 63.

¹⁷⁴ Sur ces questions, mon étude, « Propriété, équilibre et valeurs », in *En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1137 et s. et « Droit administratif et risque », in *Liber amicorum Hubert Bocken*, précité.

décideurs autonomes une cause d'inefficience et d'inefficacité¹⁷⁵. Il n'est pas sûr, dans le cas de la politique environnementale, que la décentralisation de la décision publique compense nécessairement le risque d'un mauvais choix centralisé¹⁷⁶.

3. *La critique qui est dirigée contre l'action de police n'est pas toujours favorable à la meilleure protection de l'environnement*

Critiquer l'administration et l'action de police peut être parfois fondé. Les observations de Courteline pèsent encore lourd. Le droit contemporain se caractérise pourtant par un souci de rythmer les procédures et de surmonter l'inertie administrative. Si l'on veut ainsi dénoncer l'inefficacité du droit de l'environnement, ne se trompe-t-on pas de cible ? C'est l'application trop faible du contrôle et de la sanction des règles qui est déplorée ; leur nécessité l'est beaucoup moins.

Quant à l'opportunité de maintenir des règles étatiques, les intérêts des opérateurs économiques et ceux de la nature ne convergent à l'évidence que rarement¹⁷⁷. Aussi bien, on ne perdra pas non plus de vue le substrat idéologique qui fonde pour partie les critiques en question.

La dénonciation du défaut de souplesse des règles, n'est-elle pas souvent la plaidoirie pour une dérogation plus large, pour une liberté tout simplement plus grande de rejeter, de ne pas assumer les externalités négatives, pour un abaissement de la prévention ?

On n'attendra donc pas trop de l'autorégulation individuelle ou collective. On ne la condamnera toutefois pas non plus. À l'échelon communautaire, les conventions environnementales interviennent en complément ; elles ne remplacent qu'exceptionnellement les règles substantielles^{178 179} et moins

¹⁷⁵ Tel est le constat que posent I.-S. BROUHNS et P. BOUCQUEY, « La production d'électricité et la protection du climat en droit communautaire et en droit interne », *Amén.-Env.*, 2008/4, pp. 235 et s., dans leur conclusion, p. 251.

¹⁷⁶ Ce n'est pas le cas dans toutes les politiques. En matière d'enseignement universitaire, la liberté académique est l'expression d'une décentralisation. Elle présente pour la généralité des étudiants et la société plus d'avantages que le risque d'un mauvais choix centralisé (sur ce thème, ma contribution, « Liberté académique et Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 398 et s.).

¹⁷⁷ En ce sens, B. JADOT, « Le pouvoir de gérer les questions d'environnement : faire confiance *a priori* au "privé" ou au "public" ? », in *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 211 et s.

¹⁷⁸ Notamment la directive 2000/53/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 relative aux véhicules hors d'usage habilite à une modalité de transposition toute particulière. Les États membres peuvent décider de mettre en œuvre certaines dispositions par le biais d'accords avec le secteur économique concerné, pour autant que des conditions soient remplies (article 10).

¹⁷⁹ D.J.E. GRIMEAUD, *op. cit.*, spéc. p. 162.

encore les autorisations avec lesquelles elles se combinent plutôt¹⁸⁰; elles peuvent avantageusement servir à expérimenter ou préparer certaines règles substantielles en associant tous les acteurs d'un secteur, voire tous les intéressés, à une répartition judicieuse de la charge.

La recherche du consensus ne peut faire abstraction de la profonde divergence d'intérêts entre, d'une part, les émetteurs que l'on peut présumer économiquement soucieux de profit, de court terme et de la moins grande internalisation possible – même si ce n'est heureusement pas toujours vrai – et, d'autre part, la biosphère, qui a besoin de long terme, dont la pérennité dépend de l'internalisation par ses utilisateurs du coût de ce qu'ils y puisent, qui n'a aucune aspiration au profit, n'exprime pas elle-même ses souffrances et ne peut compter que sur les représentants de l'intérêt général ou de ceux qui prennent la parole au nom des choses communes pour survivre.

Il en va ainsi des parties faibles, personnalisées ou non. On a observé en effet que l'autorégulation ne permettait pas de lutter efficacement contre la pauvreté¹⁸¹. Il faut savoir où la prévention doit se négocier. Le droit ou la manière de modifier l'environnement ne doivent-ils pas être soumis à l'arbitrage du corps social et tout instrument qui favorise cet arbitrage par le corps social ne doit-il pas être privilégié?

Cette considération est sans doute à la base de la conception selon laquelle la réduction du contrôle administratif est prise, *a priori*, pour une régression dans la protection de l'environnement et tenue pour contraire au principe de *standstill* dans le contentieux constitutionnel et administratif belge¹⁸².

4. *Les critiques ne doivent pas être repoussées non plus*

Plusieurs éléments plaident en faveur de l'imagination. On doit critiquer la multiplication des actes assujettis à contrôle public, l'opacité, la complexité de l'instruction des mesures à prendre, les délais parfois déraisonnables de décision ou de jugement, la menace de l'ineffectivité d'un droit d'airain qui s'appuie sur des sanctions d'argile¹⁸³.

Il faut signaler aussi la flexibilité perverse et occulte qui tient à l'exercice effréné de la loi du changement en matière environnementale ou d'urbanisme. La règle, même rigide dans sa nature, change tellement vite que ce mouvement

¹⁸⁰ D.J.E. GRIMEAUD, *op. cit.*, spéc. p. 170. Pour un cas de dispense d'un nouveau permis en raison de performances élevées atteintes en exécution d'une convention environnementale, en droit américain, *id.*, p. 173.

¹⁸¹ S. BRUNET, *Société du risque: quelles réponses politiques?*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 48-49.

¹⁸² Sur le principe de *standstill*, notamment I. HACHEZ et B. JADOT, « Environnement, développement durable et *standstill*: vrais ou faux amis? », *Amén.-Env.*, 2009, pp. 5 et s.

¹⁸³ Le droit de l'urbanisme en fut longtemps la peinture achevée.

engendre un espace d'inconnaissance et d'inapplication qui est une dérégulation rampante¹⁸⁴.

5. **Importance de la décision politique quant à la part d'expression laissée à la liberté individuelle et aux droits subjectifs**

Enfin, je voudrais conclure sur l'importance de la décision politique dans le choix des fins. Les moyens juridiques en découlent.

La question de l'alternative pertinente interroge d'abord la politique. Elle vise davantage l'option qui est à la base de la règle que l'instrument juridique lui-même, bon serviteur.

C'est la décision politique – et l'ambiguïté elle-même est toujours une décision politique – qui choisit des instruments souples qui apparaissent tièdes en comparaison de moyens plus radicaux que préféreraient des observateurs plus sensibles à l'urgence des défis.

La décision politique peut prendre en compte le long terme, de plus en plus présent dans le discours du changement climatique (2020, 2050¹⁸⁵...), malgré les échéances électorales à quatre ou cinq ans¹⁸⁶. Elle n'est pas obligée de donner la priorité aux considérations économiques à l'heure des arbitrages. Elle peut gérer la considération d'Emmanuel Todd qui dit, peut-être en boutade : « le problème aujourd'hui ce n'est pas la disparition des abeilles, c'est la disparition des emplois »¹⁸⁷. L'économiste peut parler de « *subprimes* écologiques »¹⁸⁸, mesurer le coût de la pollinisation naturelle¹⁸⁹. Le juriste dire comment interdire radicalement l'insecticide Gaucho¹⁹⁰ ou contrarier mollement son utilisation par une écotaxe ou un code de bonnes pratiques durci par d'éventuelles subventions. C'est le politique qui fixe cet objectif et c'est le débat démocratique qui choisit le décideur politique.

¹⁸⁴ Un exemple frappant est offert par le droit wallon de l'urbanisme ; à ce sujet, M. PÂQUES, *Liber amicorum Robert Andersen*, précité.

¹⁸⁵ Voy. la résolution du Parlement européen du 31 janvier 2008, sur le bilan de la conférence de Bali sur le changement climatique et le nouveau considérant n° 4 de la résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2008 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

¹⁸⁶ Comp. A. KING et B. SCHNEIDER, *Questions de survie – La révolution mondiale a commencé (premier rapport du Club de Rome)*, Calmann-Lévy, 1991, pp. 23-24.

¹⁸⁷ « La crise, par où la sortie ? », débats du *Monde*, 27 mars 2009.

¹⁸⁸ J. GADREY, « La crise, par où la sortie ? », débats du *Monde*, 27 mars 2009.

¹⁸⁹ Inra – 25/09/2008, www.campagnesetenvironnement.fr/le-declin-des-pollinisateurs-a-un-cout-consequent-2265.html.

¹⁹⁰ Son effet sur les abeilles a donné lieu à un contentieux, J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, Paris, Monstchrestien, 10^e éd., 2007, p. 793.

Il y a bien entendu des règles supérieures qui interdisent tel type d'action à l'échelon inférieur. Par exemple, le principe constitutionnel de *standstill* qui interdit certaines régressions, la loi de police qui habilite à l'action unilatérale et interdit le choix du contrat sauf habilitation expresse, le principe de prévention qui peut disqualifier certaines mesures, les règles de libre circulation qui peuvent s'opposer à certaines entraves unilatérales... Toutefois, ces limites tiennent chacune à une règle juridique qui peut la plupart du temps être surmontée légalement. Et, pourvu que l'action soit conduite à l'échelon adéquat de la pyramide des sources du droit, aucun obstacle juridique ne s'oppose à l'interdiction de l'importation du gigot des antipodes, à l'alourdissement fiscal de son poids de CO₂ ou, à défaut de volonté suffisante, au label pour que les acteurs du marché sachent ce qu'ils font.

L'enjeu le plus fondamental du droit de l'environnement est est la politique de l'environnement : jusqu'à quel point doit-elle contrarier la liberté individuelle des opérateurs, comment doit-elle le faire, ici et maintenant, partout dans le monde avec justice et efficacité ?

Septembre 2009