

Sous la direction de
Nathalie Hervé-Fournereau

Les approches
volontaires
et le droit
de l'environnement

Préface de Stavros Dimas

Les approches volontaires en droit de l'environnement, expression d'un droit post-moderne ?

Nicolas DE SADELEER

Le droit et la politique de l'environnement ne font pas toujours bon ménage. Si les politologues ont oublié que pour l'essentiel cette politique publique s'inscrit dans des formes juridiques – par exemple, les taxes sont davantage des instruments normatifs que des instruments économiques – les juristes ne se sont pas encore rendu compte qu'un droit nouveau est en train d'émerger.

Au droit classique des sociétés modernes, serait en effet en voie de succéder un nouveau modèle, reflet de la post-modernité. En effet, sous la poussée de la mondialisation et de la globalisation de l'économie, l'État a perdu son rôle de monopole dans la production normative au profit d'institutions pluri-étatiques ou supra-étatiques. En outre, pour garantir l'efficacité des politiques publiques, leurs concepteurs ont dû renoncer à la généralité de la loi au profit de modes d'actions plus souples, mieux adaptés à une réalité sociale mouvante. De même, ils ont dû renoncer à la simplicité de la norme pour permettre au droit de mieux coller à une réalité sociale complexe. Le droit devant être capable de répondre toujours plus rapidement à des demandes sociales pressantes, ils ont dû renoncer à la systématisation et à la cohérence¹. Enfin, ils ont dû délaissier la contrainte au profit d'une normativité souple et décentralisée, connue sous le nom de régulation.

Nos sociétés seraient ainsi entrées de plain-pied dans l'âge de la post-modernité, construction intellectuelle nouvelle, porteuse de nombreuses équivoques. En effet, la post-modernité n'évoque *a priori* rien de très précis ni de très cohérent, si ce n'est une série d'interrogations critiques sur les nouvelles formes que revêt aujourd'hui le droit positif, à savoir un droit pluraliste, mou et négocié².

À l'aide des modèles du droit moderne et du droit post-moderne, la théorie générale du droit va nous aider à rendre compte du rôle emblématique de ces « approches volontaires » dans le domaine de la protection de l'environnement. Pour la clarté de l'exposé, les deux modèles que nous proposons ici sont présentés,

1. Ch. A. MORAND, « Le droit néo-moderne des politiques publiques », *LGDJ*, Paris, 1999, 224 p. p. 209.

2. Fr. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFD Adm*, 15 (4) juill.-août 1999, p. 737.

de manière distincte, successive et supplétive. Cela dit, il faut garder à l'esprit que l'enchaînement entre ces deux modèles est loin d'être parfait dans la mesure où le droit post-moderne ne fait pas disparaître pour autant le droit moderne. L'on verra également que si l'idéal de la rationalité est présente dans chacun de ces modèles, il évolue sensiblement d'un modèle à l'autre.

I Droit moderne

A – Les facteurs du droit moderne

L'expression « droit moderne » est aujourd'hui couramment utilisée pour définir le système juridique dans les sociétés contemporaines à partir du XVIII^e siècle, fondé dans une large mesure sur l'idée de la rationalité formelle et matérielle mise en exergue par Max Weber³. Alors que les sociétés pré-modernes étaient soumises aux lois de la nature, la société moderne croit aux vertus de la raison. Cet empire de la raison est assorti à une série de croyances : croyance dans les vertus de la science qui va doter l'homme d'une maîtrise toujours plus grande sur la nature ; croyance dans le progrès que rien ne peut arrêter ; croyance dans un modèle occidental, expression même de la raison, qui doit s'imposer au monde entier⁴. La modernité aboutit également à mettre l'individu au centre de la société et à conditionner fortement l'intervention étatique qui pourrait mettre en péril les libertés publiques.

B – Les traits du droit moderne

Fortement imprégné de rationalité, le droit moderne s'entend comme un système autonome, formé de règles générales et abstraites (à l'image des mathématiques), complet et cohérent dans la mesure où il est organisé de manière systématique dans un ensemble hiérarchisé.

1. Un droit général et abstrait

Le besoin de sécurité et de prévisibilité juridique a conduit à ce que les relations inter-individuelles soient soumises à des règles générales recourant à des concepts abstraits, regroupés dans des catégories de plus en plus larges. Tant la généralité que l'abstraction garantissent l'impartialité du pouvoir par le voile d'indifférence qu'elles tissent entre la norme et les situations particulières⁵. Avec l'avènement du droit moderne, le général se substitue ainsi à l'individuel, l'abstrait au concret. Ce système cohérent de règles générales et abstraites est capable de fournir pour chaque litige une et une seule solution exacte. En effet, selon une conception mécaniste, la décision du juge se déduit de la norme générale et abstraite.

3. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5th, Tubingen, J.C.B. Mohr 1980.

4. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de Droit Public*, 3, 1998, p. 674.

5. Ch. A. MORAND, *op. cit.*, p. 30.

2. Un droit hiérarchisé

Le droit moderne se pense comme une construction pyramidale où siège au sommet de la pyramide les règles les plus générales. Il se présente ainsi comme une totalité cohérente, c'est-à-dire un système de normes hiérarchisées reliées entre elles par des relations logiques et nécessaires⁶. Cette systématisme confère au droit les attributs de la clarté, de la simplicité, de la certitude. Cette hiérarchie est d'autant plus facile à garantir que l'État, en concentrant entre ses mains le pouvoir de contrainte, entend être la source exclusive de la production normative.

3. Un droit autonome

Formellement rationnel, le droit moderne se caractérise par sa neutralité axiologique, en d'autres termes par le refus de prendre en considération des éléments extérieurs à la sphère juridique, tels que les jugements de valeur ou les considérations idéologiques. Le droit moderne cherche de la sorte à opérer une coupure nette tant avec la morale qu'avec d'autres règles pragmatiques, qu'elles soient scientifiques, sociales ou économiques⁷. Évitant la pénétration des règles venues d'ailleurs, le droit moderne se pense et se conçoit comme un système autonome.

II Le droit post-moderne

A – Les facteurs de la post-modernité

La question de la post-modernité dépasse de loin le cadre juridique en tant que mode de régulation des classes sociales⁸. À partir des théories développées en science par T. Kuhn⁹, ce concept décrit les cadres conceptuels de la culture contemporaine dans ses dimensions esthétiques, artistiques, politiques¹⁰. Malgré leur succès, ces termes apparaissent vagues, ambigus, mouvants et font l'objet d'interprétations contradictoires¹¹. Dans l'ouvrage de Jean-François Lyotard « *La Condition Post-Moderne* », la post-modernité a été définie en tant que « *incredulity toward metanarratives* ». « *This incredulity is undoubtedly a product of progress in the sciences; but that progress in turn presupposes it.*¹² » Avec la post-modernité, se pose en tout la question de la légitimité du savoir qui change de statut en même

6. H. Kelsen, *General Theory of Law and State* Harvard U.P., Cambridge, 1946.

7. Ch. A. MORAND, *op. cit.*, p. 47.

8. Le terme « post-moderne » a été vulgarisé en langue française principalement par J.-F. LYOTARD, *La condition post-moderne*, Paris, Éd. de Minuit, 1979; A. TOURAINE, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992; A. J. ARNAUD, « Entre modernité et mondialisation » *LGDJ*, Paris, 1998, 185 p., p. 145. En langue anglaise, voir aussi, B. SMART, *Postmodernity* Routledge, London, 1992.

9. T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolution* University of Chicago Press, Chicago, 1962.

10. Fr. JAMESON, *Postmodernism, or The Cultural Logic of Late Capitalism* Verso, London, New-York, 1991.

11. R. J. BERNSTEIN, *The New Constellation. The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity* Polity Press, Cambridge, 1991, p. 200; F. JAMESON, *op. cit.*, p. 55-66.

12. J.-F. LYOTARD, *The Postmodern Condition. A Report on Knowledge*, University of Minnesota, Minneapolis, 1984, p. XXIII-XXIV

temps que les sociétés entrent dans l'âge post-industriel et les cultures dans l'âge dit post-moderne¹³.

Les incertitudes qui pèsent sur le contenu exact de la post-modernité se retrouvent également dans les débats de théorie générale du droit. Il en résulte que le droit post-moderne demeure une construction intellectuelle inachevée où se côtoient beaucoup de conceptions tantôt divergentes, tantôt convergentes¹⁴. À certains égards, la post-modernité fait figure d'auberge espagnole. De plus, le droit post-moderne est moins un phénomène débutant à un moment bien précis de l'histoire contemporaine qu'un processus complexe se construisant par touches successives en fonction des secousses qui ébranle à intervalles réguliers l'ordonnement juridique du droit moderne. Ces secousses l'aident à le faire entrer dans une phase radicalement différente de celle qui caractérisait la modernité.

Plusieurs facteurs ont en tout cas contribué à faire perdre au droit moderne ses attributs de généralité, de systématisme et d'autonomie et d'accélérer ainsi le passage à la post-modernité.

Tout d'abord, à l'État souverain s'est substituée une pluralité d'institutions tantôt infra-étatiques tantôt supra-étatiques. En amont de l'État se multiplient les institutions inter-étatiques (OMC, CE, Nafta...) dont l'ambition est de régler les comportements de leurs membres et d'influer, au moins directement, sur l'élaboration des règles à l'échelon national. En aval, les politiques publiques touchant de près ou de loin l'environnement ont généralement été attribuées, pour des raisons de proximité, à des acteurs infra-étatiques (régions, communautés, départements [...]) dont la multiplicité ne fait qu'augmenter le nombre d'intervenants. Ainsi, le droit de l'environnement est tour à tour confisqué, dans ses aspects globaux (harmonisation des normes de produits [...]) par des institutions internationales et attribué, dans ses aspects locaux (nuisances locales, autorisations de rejet, assainissement des sols, conservation de la nature [...]), à des acteurs infra-étatiques. Il en résulte que la production juridique résulte aujourd'hui d'initiatives prises par des décideurs multiples disposant d'une marge d'appréciation de plus en plus étendue. Énoncés tant en droit international que dans les ordres juridiques nationaux, les principes directeurs du droit de l'environnement présentent précisément la caractéristique de faire l'objet de définitions très variables en fonction de la multitude d'institutions intervenant dans ce domaine.

Ensuite, avec le nouveau millénaire, le temps semble être sorti de ses gonds. Tout se passe, en effet, comme si nous avions décollé de l'axe diachronique qui rattache le présent au passé et au futur. Le temps n'est plus celui de la durée, radicalement accéléré, il ramène le long terme au court terme, il ramène la durée à l'im-

13. *Ibidem*.

14. R.M. UNGER, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory* Free Press, New-York, Collier Macmillan Publ., 1977 ; B. de SOUSA-SANTOS, *The post-modern Transition : Law and Politics* dans A. SARAT et T.R. KEARNS, *The Fate of Law*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1991 ; « Towards a New Common Sense : Law, Science and Politics » dans *the Paradigmatic Transition* Routledge, London, 1991 ; C. DOUZINAS, R. WARINGTON and Sh. Mc VEIGH, *Postmodern Jurisprudence*, Routledge, London, 1991 ; P. GOODRICH and D. GRAY, *Law and Postmodern University of Michigan Press*, Ann Arbor, 1998.

médiat¹⁵. Dans un état d'urgence permanent, nos sociétés privilégient désormais la flexibilité sur le long terme, le pilotage à vue sur la prospective. L'univers juridique est ainsi devenu celui des programmes à court terme, des accords juridiquement non identifiés à la vie éphémère, des normes des stimulations expérimentées. En cherchant à coller constamment à une donne scientifique mouvante, le droit de l'environnement est la victime expiatoire de cette accélération du temps juridique, le législateur remettant constamment son ouvrage sur le métier. Dans un monde en changement permanent, l'action sera d'autant plus efficace qu'elle sera révisable en fonction de l'évolution des contextes. On attend d'elle le rendement immédiat, le résultat tangible. La légitimité de l'État n'est plus acquise de plein droit mais en fonction de la pertinence des programmes qu'il parvient à mettre en œuvre. Pour faire œuvre d'efficacité, l'État a ainsi abandonné ses pouvoirs coercitifs au profit de techniques (contrat environnemental, éco-audit, droits de pollution négociables [...]) où les administrés sont perçus désormais comme des acteurs à part entière (*stakeholder*). De nouveaux droits à l'information, à la participation et au recours sont concédés aux citoyens tant pour les intégrer dans la définition et la mise en œuvre des politiques publiques que pour faciliter l'acceptation de la norme négociée. La rigidité fait désormais place à la souplesse, la verticalité à l'horizontalité, la hiérarchie à la coordination¹⁶.

Dans ce contexte, le contrat, l'accord, la convention sont devenus des moyens privilégiés de régulation des rapports entre autorités publiques et acteurs privés¹⁷. En effet, le thème de l'auto-responsabilité des entreprises connaît, dans le domaine de l'environnement, un succès corrélatif à celui dont jouit le thème de la déréglementation. Substituant à la rigueur et à la lourdeur de la norme contraignante le pragmatisme et la souplesse de la norme négociée – la conclusion d'accords a notamment été brandie par les industries comme un moyen d'écartier une intervention étatique – les modes d'action concertés font l'objet depuis le début des années quatre-vingt-dix d'un engouement sans précédent. Dès 1992, la Commission Européenne encourageait fermement les États membres à promouvoir « les accords libres et les autres formes d'autoréglementation » de même que la conclusion d'accords entre les industries et les pouvoirs publics¹⁸. Dans une recommandation 96/733/CE consacrée exclusivement à cette question, la Commission note que « des accords entre les pouvoirs publics et industries constituent un instrument

15. Fr. OST, *Le temps du droit*, Paris, Od. Jacob, 1999, 376 p., p. 273.

16. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 674.

17. ELNI, « Environmental Agreements, The Role and Effects of Environmental Agreements » dans *Environmental policies, Cameron and May*, London, 1998; R. KHALATSCHI and H. WARD, « New Instruments for Sustainability : An Assessment of Environmental Agreements under EC Law », *JEL*-, 10 1998 2, p. 257-290. *At the EC level, see the Commission Communication on Environmental Agreements of November 1996 COM 96 561 Final.*

18. Commission des Communautés européennes, « Vers un développement soutenable », *Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement*; vol. II, p. 32, COM 1992 23 final, 30 mars 1992.

d'action qui peut contribuer de façon rentable à la réalisation des objectifs environnementaux en amenant l'industrie à jouer un rôle plus actif¹⁹ ».

Dans cette veine, le législateur communautaire a incité, dans de nombreux actes de droit dérivé, les États membres à conclure des conventions sectorielles avec les secteurs industriels concernés²⁰. Rien d'étonnant, vu ce contexte, qu'une profusion d'accords portant sur des aspects de protection de l'environnement ait fleuri ces quinze dernières années²¹. Au demeurant, ces accords revêtent les formes les plus diverses. Tantôt ce sont les entreprises ou les fédérations d'entreprises qui se concertent, avec ou sans l'encouragement des pouvoirs publics, sur les actions à mener ; tantôt ce sont les pouvoirs publics eux-mêmes qui concluent des conventions avec les entreprises d'un secteur déterminé afin de les obliger à assumer leurs responsabilités dans le domaine de l'environnement.

B – Les traits du droit post-moderne

La modernité est ainsi entrée en crise, et c'est à la faveur de cette crise qu'émerge le concept de post-modernité. A la structure linéaire et bien ordonnée du droit moderne succèdent, sans pour autant la remplacer, des formes complexes, indéterminées, désordonnées qui rappellent de nouvelles figures, telles celles du « rhizome » du « labyrinthe » ou du « réseau », figures qui rendent mieux compte d'une organisation sociale complexe qui a quitté des chemins bien balisés de l'ordre et de la

19. Dans sa recommandation 96/733/CE du 27 novembre 1996 concernant les accords environnementaux mettant en œuvre des directives communautaires JOCE série L-333, p. 59, la Commission européenne a entendu fournir des orientations concernant l'utilisation de tels accords. La recommandation énumère les points clés devant être pris en considération lors de l'adoption de tels accords. Voir Ph. RENAUDIERE, « Phénomènes et instruments consensuels ou non contraignants en droit communautaire de l'environnement », *Amén.-Env.*, 1997, p. 8-11.

20. Voir, tout spécialement la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages. Dans cette directive, l'accord volontaire est défini comme étant tout accord formel entre les autorités publiques compétentes de l'État membre et les secteurs d'activité intéressés, qui doit être ouvert à tous les partenaires souhaitant se conformer aux conditions fixées par l'accord afin de contribuer à la réalisation des objectifs définis par la directive. Des accords ou des pratiques concertées sont exigés en vertu d'autres actes de droit dérivé dans le domaine de l'environnement. Le règlement n° 594/91/CEE sur la couche d'ozone accorde aux entreprises le droit de conclure des accords pour accélérer l'exécution des normes antipollution. La directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques oblige, à son article 12, les entreprises détenant des informations sur les substances actives des produits phytopharmaceutiques à les partager avec d'autres entreprises et, si elles ne parviennent pas à un accord, elle prévoit l'intervention des pouvoirs publics. L'article 15 de la Directive 96/61/CE IPPC prévoit également l'échange d'informations concernant les meilleures technologies disponibles entre les entreprises. Voir aussi le Règlement 1907/2006/CE REACH où les entreprises soumises à l'obligation d'enregistrement sont appelées à déposer des demandes conjointes en vue de réduire le nombre de tests sur les animaux. Toutes ces obligations sont susceptibles d'affecter d'une manière ou d'une autre la concurrence.

21. Plusieurs auteurs ont analysé l'émergence de ce phénomène : R. KHALASTCHI et H. WARD, « New Instruments for Sustainability : An Assesment of Environmental Agreements under Community Law », *Journal of Environmental Law*, 1998, n° 10, p. 257 ; J. VERSCHUUREN, « EC Environmental Law and Self-Regulation in the Member States », *Yearbook of European Environmental Law*, 2000, n° 1, p. 103 ; G. VAN CALSTER et K. DEKETELAERE, « The Use of Environmental in European Communities Environmental Policy », dans *Environmental Contracts*, Londres, K. Deketelaere et Orts (éds.), Kluwer Law International, 2001.

simplicité²². Entré dans la post-modernité, le droit perd ses attributs d'autonomie, de systématicité, de généralité et de stabilité qui caractérisaient le droit moderne. Il prend dorénavant les traits d'un droit individualisé, enchevêtré et ouvert sur les autres disciplines.

1. Un droit individualisé

Parmi les grands traits du paradigme du droit post-moderne, l'on retrouve l'individualisation des normes en lieu et place de la généralité. La production juridique semble désormais moins régie par une logique déductive que résultée d'initiatives prises par des décideurs multiples disposant d'une marge d'appréciation de plus en plus étendue²³. Il en résulte une prolifération anarchique des règles qui rend plus flou les contours de l'ordre juridique, sape sa cohésion et perturbe sa structure.

Ainsi, en droit de l'environnement, la généralité de la loi a vécu. L'accord est sorti vainqueur de cet affrontement. Tant au niveau international qu'au niveau national, les législations se présentent dorénavant comme des textes-cadres assortis de grands principes laissant à l'administration le soin de définir les conditions de réalisation des objectifs ainsi fixés et lui permettant d'utiliser l'outil contractuel pour atteindre les résultats fixés. Un tel cadre juridique ne peut qu'encourager la prolifération des mesures d'exécution parcellaires et instables, d'une foultitude d'accords au contenu mal identifié. L'on assiste de la sorte à un empilement successif de règles au contenu très accusé, poussant très loin le souci du détail dans le but de coller désespérément à une réalité mouvante. L'application de ces règles, la conclusion de ces contrats est étroitement circonscrite dans le temps et dans l'espace ce qui fait perdre au système juridique toute prétention à l'universalité et à la durée, comme a pu le prétendre le droit moderne.

2. Un droit enchevêtré

Alors que le droit moderne avait été pensé dans une conception monolithique et pyramidale, le droit post-moderne se caractérise sinon par sa circularité²⁴, au moins par des figures baroques formant des boucles étranges²⁵. L'enchevêtrement qui en résulte est renforcé par les facteurs suivants. Avec l'imbrication planétaire des économies, l'on assiste, au moins à l'échelle régionale, à un rapprochement entre les ordres juridiques (CE, Nafta...). Le droit communautaire et la convention européenne des droits de l'homme ont tendance à se fondre dans les ordres juridiques des États membres de ces deux institutions. Au sein même des ordres juridiques nationaux, la distinction classique entre le droit privé et le droit public s'estompe.

22. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 668.

23. *Ibidem*.

24. E. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2^e éd., Westdeutscher Verl., Opladen, 1999.

25. Sur le concept des hiérarchies enchevêtrées, voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 109.

Les conventions environnementales relèvent-elles de la sphère du droit privé ou de celle du droit public ? La question fera encore couler beaucoup d'encre.

3. *Un droit ouvert*

Alors que le droit moderne cherche à opérer une coupure nette avec les règles non juridiques, les règles de droit ne sont plus envisagées, dans une perspective post-moderne, comme des éléments tout à fait autonomes des sphères extra-juridiques. Le droit post-moderne se caractérise, en effet, par une ouverture nettement plus prononcée sur l'économie, l'éthique et la politique : dans bien des cas, des normativités juridiques et socio-économiques s'interpénètrent. À nouveau, les contrats environnementaux mettent en exergue la propension d'un droit post-moderne à être irrigué par des considérations économiques.

Un nouveau droit est en train d'émerger. Nouveau, car celui-ci s'écarte sensiblement de l'ensemble cohérent et déductif se présentant comme un système autonome. La construction quasi parfaite des normes fondatrices engendrant les normes dérivées est aujourd'hui remise en cause par l'apparition de boucles étranges ou de hiérarchies enchevêtrées où se mêlent précisément les normes et les normes dérivées. Ce droit nouveau se présente à première vue de manière extrêmement désordonnée : le général aurait ainsi cédé au particulier, la durabilité aurait fait place à la ponctualité, l'imprécision aurait remplacé la rigueur. L'essor du contrat dans le domaine de la protection de l'environnement atteste de ce changement de paradigme.

Or, l'émergence d'un droit post-moderne ne signifie pas pour autant que l'on fait *tabula rasa* de tout ce qui précédait. Il ne s'agit pas de tirer un trait et de tourner la page. Malgré l'apparition de programmes finalisés, malgré une foultitude d'accords, l'on fait encore des codes dans la plupart des pays européens. Ainsi la crise qui ébranle les systèmes juridiques suscite-t-elle en même temps un retour aux sources, un renouveau de la rationalité. L'on assiste dès lors davantage à une coexistence entre le droit moderne et post-moderne, qu'à la suppression du premier modèle²⁶.

26. Voir N. de SADELEER, *Environmental Principles*, Oxford, OUP, 2002, p. 229-303.