

Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement

Nicolas de Sadeleer

Facultés Universitaires Saint-Louis (FUSL), 43 boulevard du Jardin botanique, B-1000 Bruxelles.

<desadeleer@fusl.ac.be>

■ Résumé

Le principe de subsidiarité s'applique à la politique environnementale dans la mesure où cette dernière ne relève pas d'une compétence exclusive de l'Union européenne. Au demeurant, à la différence du marché intérieur ou d'autres politiques relevant d'une compétence partagée, le principe de subsidiarité y occupe une place nettement plus accentuée. Qui plus est, les actes adoptés sur la base de l'article 192 TFUE respectent, dans leur grande majorité, ledit principe. En particulier, l'harmonisation dans ce domaine se justifie dans une large mesure par la nature transfrontalière des risques écologiques. L'article aborde aussi la dimension horizontale du principe. Sous l'influence de la subsidiarité, en effet, la nature des actes adoptés pour protéger l'environnement a fortement évolué : des actes plus souples ont progressivement remplacé le droit contraignant.

Autoréglementation – Compétences – Harmonisation – Horizontalité versus verticalité du principe – Politique environnementale – Subsidiarité.

■ Summary

The Principle of Subsidiarity and its Impact on EU Environmental Law and Policy

Since environmental policy is not vested exclusively in the EU, the principle of subsidiarity applies. It comes much more to the fore in the environmental field than in other policies such as the internal market. Indeed, environment policy entails constant cooperation between all institutional players. What is more, there are a number of good reasons supporting the view that EU environmental measures easily pass the hurdles of subsidiarity, including the member states' inability to solve environmental issues of a cross-border nature, such as ozone depletion and climate change. The horizontal dimension of the principle of subsidiarity must also be emphasized: as far as environmental issues are concerned, self-regulation and deregulation have been promoted thanks to the rhetoric of subsidiarity.

Competence – Environmental policy – Harmonization – Horizontality vs. verticality – Self-regulation – Subsidiarity.

Introduction

La protection de l'environnement n'est pas une préoccupation récente au plan européen. Toutefois, au cours de ces dernières années, elle a pris une acuité nouvelle, marquée par l'urgence de trouver des solutions globales relatives, notamment, au réchauffement climatique, à l'érosion de la biodiversité, à l'épuisement des ressources naturelles voire, plus généralement, aux « atteintes globales à l'environnement »¹.

Tirant son origine d'une logique d'intégration économique ignorant la rareté des ressources naturelles, l'ordre juridique européen, à la différence du droit international public, s'est lentement ouvert aux préoccupations environnementales. Alors qu'elle n'était pas évoquée en 1957 dans le traité de Rome, la préoccupation de l'environnement est néanmoins parvenue, à la suite de la conférence de Paris des 19 et 20 octobre 1972 des chefs d'État et de gouvernement, et au fil des réformes institutionnelles, à s'imposer comme l'une des préoccupations essentielles des institutions européennes. Inspirée tantôt par la crainte d'un effritement du marché intérieur, tantôt par le souci d'afficher une image moins mercantile, mais également par le dessein de sauvegarder une nature menacée, une politique communautaire a ainsi vu le jour il y a près de quatre décennies.

C'est à partir d'une noria de programmes d'action que le droit dérivé s'est enrichi d'une kyrielle de régimes juridiques visant à réglementer les nuisances et les pollutions (bruit, déchets, substances chimiques, émissions aqueuses et atmosphériques) et à protéger les principaux écosystèmes (eau, air), de même que certaines de leurs composantes (faune et flore). On compte aujourd'hui plus de 300 actes réglementaires, soit près de 8 % du droit dérivé², dont la mise en œuvre suscite un contentieux foisonnant³.

Cet essor apparemment spectaculaire de ce droit ne doit pas masquer d'importantes faiblesses, qui tiennent notamment à une application nettement plus poussée des principes de subsidiarité et de proportionnalité que pour d'autres politiques de l'Union. Malgré les efforts consentis depuis près de quatre décennies, les résultats du droit de l'environnement et de la politique éponyme demeurent pour le moins mitigés. Aussi, nonobstant le succès rencontré par certaines mesures adoptées par l'Union, les objectifs poursuivis par de nombreuses réglementations (la réduction des pollutions industrielles, par exemple) n'ont pas été atteints.

Nous défendrons ici la thèse selon laquelle la subsidiarité et accessoirement la proportionnalité ont fait de ce pan du droit dérivé un droit à géométrie variable. Si le principe de subsidiarité agit comme un filtre en conditionnant l'exercice par

1. Sur cette notion, cf. Nadia BELAÏDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique*, Bruxelles : Bruylant, 2008.

2. Ludwig KRÄMER, « Thirty Years of EC Environmental Law: Perspectives and Prospectives », *Yearbook of European Environmental Law*, 2, 2002, p. 160.

3. Pour une analyse critique du droit dérivé, cf. Nicolas DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur. Commentaire Mégret*, édité par l'Institut d'études européennes, Bruxelles : Université libre de Bruxelles, 3^e éd., 2010.

l'Union de la compétence concurrente visée à l'article 4 § 2-e TFUE, le principe de proportionnalité a tendance à niveler par le bas l'intervention de l'Union dans le domaine environnemental. On observera ici à quel point ces deux principes sont étroitement imbriqués. En raison du nivellement par le bas exercé de manière concurrente par ces deux principes, on se demandera si le législateur de l'Union est encore en mesure de respecter de manière systématique l'obligation prévue par les traités d'atteindre « un niveau élevé de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement »⁴.

I. Origine et portée du principe de subsidiarité dans le domaine environnemental

À la suite de l'entrée en vigueur de l'Acte unique en 1987, un titre spécifique a été consacré à l'environnement (articles 191 à 193 TFUE ; anciens articles 174 à 176 CE ; anciens articles 130 R à 130 S). L'ancien titre XIX du traité fut le premier à avoir consacré dans le droit communautaire le principe de subsidiarité (ancien article 130 R § 4). Aussi la politique environnementale a-t-elle pu servir de tremplin au principe. Par la suite, en vertu du Traité de Maastricht, celui-ci fut généralisé à l'ensemble des politiques de la Communauté (ancien article 5 TCE) et désormais de l'Union (article 5 § 3 TUE).

Pour être justifiée, une action de l'Union doit, dès lors, répondre à deux critères, à première vue redondants, mais qui demeurent cumulatifs. D'une part, les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres ; d'autre part, cette action doit pouvoir être mieux réalisée au niveau de l'Union. Aussi l'inaptitude des autorités nationales à juguler un risque écologique doit-elle se combiner avec une plus-value au niveau européen. En d'autres termes, « la simple substitution de compétence n'est pas un gage d'amélioration » ; encore faut-il que l'Union puisse faire mieux que les États membres⁵.

Un indice de cette « valeur ajoutée » peut être déduit de l'élément transnational, présent en matière environnementale, ou du risque de distorsion concurrentielle, latent au sein de la politique environnementale⁶.

A priori, le législateur de l'Union ne devrait pas éprouver de difficultés insurmontables à respecter ces deux critères. L'unicité de la biosphère et les interrela-

4. L'obligation d'atteindre « un niveau élevé de la protection et de l'amélioration de la qualité de l'environnement » figure au titre des missions assignées à l'Union européenne (article 3 § 3 TUE ; article 2 TCE). Au risque de se répéter, les auteurs du traité ont énoncé une obligation identique dans le cadre de la procédure d'adoption des actes de droit dérivé poursuivant à titre principal (article 191 § 2 TFUE ; article 174 § 2 TCE) ou accessoire (article 114 § 3 TFUE ; article 95 § 3 TCE) la protection de l'environnement. Liant les institutions, l'obligation d'atteindre un niveau élevé de protection fait l'objet d'un contrôle de légalité. Cf. CJ, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech S.R.L.*, C-341/95, *Rec.*, p. I-4355, point 53; TPI, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, T-229/04, *Rec.*, p. II-2437, points 161 et 224 ; CJ, 1^{er} avril 2008, *Parlement et Danemark c. Commission* (« décaBDE »), C-14/06 et C-295/06, *Rec.*, p. I-1649, points 75 et 76. Cf. également Delphine MISSONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé. L'ambition d'un niveau élevé de protection*, Louvain-la-Neuve : Anthémis, Paris : LGDJ, 2011.

5. Claude BLUMANN, « Compétence de l'UE et compétence nationale », in Jean-Claude. MASCLÉ (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris : La Documentation française, 1997, p. 74.

6. Sean van RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles : Larcier, 4^e éd., 2005, p. 171.

tions entre les écosystèmes n'enlèvent-elles pas toute pertinence aux frontières délimitant la souveraineté étatique ? Ni les espèces végétales, ni les espèces animales, ni leurs biotopes ne connaissent les frontières, surtout lorsque celles-ci ne sont pas délimitées par des éléments géographiques. À quelques exceptions près, ces problèmes transnationaux appellent des réponses communes. À titre d'exemple, les cours d'eau ne doivent pas être gérés en fonction d'une logique cantonale ou départementale voire nationale, mais bien en fonction de leur bassin hydrogéographique⁷. Dans la même logique, la Cour de justice a reconnu que la protection des oiseaux migrateurs était typiquement un problème de nature transfrontalière qui, partant, impliquait des responsabilités partagées pour les États membres⁸. À cela il faut ajouter que l'obligation d'atteindre un niveau élevé de protection, conformément aux obligations de droit primaire, démontre la valeur ajoutée du processus d'harmonisation. Enfin, le coût de la mise en œuvre des mesures d'épuration, de décontamination, de dépollution, de remise en état est tel qu'il requiert que tous les États membres soient placés sur un pied d'égalité pour faire face à ces charges financières en imposant notamment les responsables de ces pollutions. L'absence d'une politique environnementale commune se traduirait en effet par d'importantes distorsions de concurrence, lesquelles fragiliseraient le marché intérieur.

D'aucuns pourraient s'imaginer que la subsidiarité se décline exclusivement sur un mode vertical : tantôt les velléités municipales l'emporteraient sur les prétentions fédéralistes, tantôt l'impératif d'harmonisation viendrait affaiblir la souveraineté nationale. Or, en raison de la redéfinition du rôle de l'État, les opérations de protection ou de conservation de l'environnement se caractérisent par une imbrication croissante des interventions du secteur public et du secteur privé. À ce titre, les institutions de l'Union invitent constamment le secteur privé à s'autoréguler ou à conclure des accords avec les autorités nationales.

Aussi avons-nous jugé utile de différencier la subsidiarité classique, où le niveau de pouvoir supra-étatique est tenu de justifier la pertinence de son intervention par rapport à celle d'un niveau de pouvoir étatique voire infra-étatique (II), d'une subsidiarité élargie, laquelle fait interagir une multitude d'acteurs publics et privés (III).

II. Subsidiarité *sensu stricto*

II.1. L'incidence du principe de subsidiarité au regard de la nature des compétences

En vertu de l'article 4 § 2-e TFUE, la politique de l'environnement fait l'objet d'une compétence partagée. Elle côtoie de la sorte d'autres compétences concurrentes avec lesquelles elle interagit, à savoir le marché intérieur, l'agriculture, la pêche, l'énergie, la protection des consommateurs et les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique (article 4 § 2 TFUE). Sur le plan international, le TFUE met également l'accent sur le caractère concurrent de la compétence, l'UE et les États membres intervenant chacun « dans le cadre de leurs compétences respec-

7. Directive-cadre 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JO, L 327, 22 décembre 2000, p. 1.

8. CJ, 27 avril 1988, *Commission c. France*, C-252/85, *Rec.*, p. I-2243, point 9.

tives » (article 191 § 4 TFUE ; article 174 § 4 TCE). Au demeurant, cette compétence partagée a des incidences sur la nature des accords conclus par l'Union⁹.

Aussi, dans la mesure où la politique environnementale n'est pas une compétence exclusive attribuée à l'Union, le principe de subsidiarité trouve à s'appliquer¹⁰. Celui-ci constitue, à cet égard, « le curseur d'une frontière par nature mouvante entre les compétences de l'Union et celles des États membres »¹¹.

Or, en raison de sa transversalité, la politique environnementale appréhende, d'une part, des matières qui relèvent de compétences exclusives et, d'autre part, des domaines qui font l'objet de compétences d'appui où la subsidiarité est nettement plus accentuée.

Tout d'abord, des actions environnementales peuvent se fonder dans des compétences de nature exclusive, telles que la politique commerciale commune (article 3 § 1-d TFUE)¹² et « la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche » (article 3 § 1-d et e TFUE). Cette dernière compétence comprend la conservation des ressources naturelles et de la biodiversité. Ainsi on peut arguer que la conclusion d'un accord international sur la protection d'une mer régionale, lequel comprend des aspects de conservation des ressources biologiques de la mer, relève d'une compétence exclusive et non pas partagée, ce qui exclut alors l'application du principe de subsidiarité.

Par ailleurs, force est de reconnaître que des compétences d'appui comme la culture, le tourisme et la protection civile (article 6 TFUE) contribuent également à protéger l'environnement. À titre d'exemple, un grand nombre de parcs nationaux relevant du réseau Natura 2000 (compétence partagée) sont également protégés en vertu des législations nationales sur la protection des monuments et des sites, lesquelles sont généralement mises en œuvre au niveau national par les ministères de la culture (compétence d'appui). Dans le même ordre d'idées, eu égard aux risques d'inondations et de sécheresses qui résulteront du réchauffement climatique, l'Union devra à l'avenir prendre des mesures tant pour protéger l'environnement (compétence partagée) que pour améliorer la coopération entre les missions de protection civile (compétence d'appui)¹³. Or, pour ces politiques, l'harmonisation n'a pas droit de cité. Seuls la coopération et l'appui financier de l'Union sont de

9. CJ, avis 6 décembre 2001, Rec. I-9713, point 47 ; CJ, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, Rec., p. I-4635, point 92.

10. CJ, 11 septembre 2003, *AvestaPolarit Chrome*, C-114/01, Rec., p. I-8725, point 56.

11. François-Xavier PRIOLLAUD et David SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaires, article par article, des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, Paris : La Documentation Française, 2008, p. 161.

12. La Cour de justice admet que conformément à la clause d'intégration (article 11 TFUE ; article 6 TCE), l'article 207 TFUE (article 133 TCE) peut englober des aspects environnementaux (CJ, 29 mars 1990, *Grèce c. Conseil*, C-62/88, Rec., p. I-1527 ; CJ, 12 décembre 2002, *Commission c. Conseil*, C-178/03, Rec., p. I-12049, points 41 à 43 ; CJ, 10 janvier 2006, *Commission c. Conseil*, C-94/03, Rec., p. I-1 ; CJ, 10 janvier 2006, *Commission c. Parlement et Conseil*, C-178/03, Rec., p. I-107). Cf. Piet EECKHOUT, *External Relations of the European Union*, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 40-41 ; Nicolas DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, op. cit., p. 86-90.

13. Même si la directive 2007/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007, relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondations, JO, L 288, 6 novembre 2007, p. 27, a bien été adoptée sur la base de l'ancien article 175 CE (article 192 TFUE), il n'en demeure pas moins que certains aspects qui y sont traités relèvent de la protection civile.

mise. Assurément, la subsidiarité prévaut davantage pour ces matières que pour les compétences encadrées par les articles 191 à 193 TFUE.

II.2. La nature bicéphale de la politique de l'Union européenne

De manière assez étonnante, il n'existe pas une seule politique environnementale au niveau de l'Union, mais bien plusieurs politiques en fonction des différentes bases juridiques à partir desquelles sont adoptés les actes contribuant à protéger l'environnement. À titre d'exemple, dans le domaine de la politique agricole commune (PAC) où les exigences environnementales sont progressivement intégrées, le législateur va davantage recourir au règlement qu'à la directive¹⁴.

Cela dit, même si plusieurs bases juridiques entrent en jeu¹⁵, l'harmonisation s'articule principalement autour de deux axes.

D'une part, une politique relative aux émissions (normes de rejet) et aux milieux récepteurs (objectifs de qualité), qui est fortement décentralisée et minimaliste. En effet, le TFUE consacre expressément la notion d'harmonisation minimale (article 193 TFUE ; ancien article 176 TCE). Ainsi tous les actes pour lesquels l'analyse du but et du contenu de la mesure démontre qu'ils correspondent à la réalisation d'un niveau élevé de protection de l'environnement et qui ne concernent qu'accessoirement la réalisation du marché intérieur sont adoptés sur cette base juridique. Pour contrebalancer l'intervention européenne, le législateur européen a tendance à préférer recourir à des directives plutôt qu'à des règlements de même qu'à des directives-cadre plutôt qu'à des mesures détaillées¹⁶.

D'autre part, en raison du principe de prévention et de réduction de la pollution à la source (article 192 § 2 TFUE ; ancien article 175 § 2 TCE), les exigences environnementales sont progressivement intégrées dans la politique de produits. À quelques exceptions près¹⁷, les actes établissant les normes de produit sont des règlements adoptés sur la base de l'article 114 TFUE (ex-article 100A TCEE ; ancien article 95 TCE). À la différence des actes visant à protéger l'environnement, la politique européenne des produits repose sur des normes uniformes destinées à faciliter leur libre circulation. Tel est le cas des règlements et des directives relatifs aux « voitures

14. Pour des exemples d'intégration d'exigences environnementales dans la PAC, cf. le règlement 1698/2005/CE du Conseil sur le développement rural, *JO*, L 277, 21 octobre 2005, p. 1, tel que modifié par le règlement 74/2009/CE du Conseil du 19 janvier 2009 portant modification du règlement 1698/2005/CE concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), *JO*, L 30, 31 janvier 2009, p. 100 ; le règlement 1782/2003/CE du Conseil du 29 septembre 2003 établissant les règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs, *JO*, L 270, 21 octobre 2003, p. 1.

15. Cf. Nicolas DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, p. 75-95.

16. Cf., à cet égard, le Livre blanc de la Commission européenne sur la gouvernance, COM (2001) 428 final, p. 24.

17. Règlement 338/97/CE relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce, *JO*, L 61, 3 mars 1977, p. 1 ; règlement 2037/2000 du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, *JO*, L 244, 29 septembre 2000, p. 1 ; règlement 304/2003 du 28 janvier 2003 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux, *JO*, L 63, 6 mars 2003, p. 1 ; directive 96/59/CE concernant l'élimination des PCB et PCT, *JO*, L 243, 24 septembre 1996, p. 31 ; directive 2000/53/CE relative aux véhicules hors d'usage, *JO*, L 269, 21 octobre 2000, p. 34.

propres », aux fuels, aux aliments, aux OGM, aux substances dangereuses, aux biocides et aux emballages adoptés sur la base de l'article 114 TFUE¹⁸. Il arrive aussi que certaines normes ne concernant pas directement les produits soient adoptées sur la base de cette disposition¹⁹.

Il en résulte que l'harmonisation oscille entre, d'une part, des régimes centralisés mettant en place un « *common playing field* » destiné à faciliter l'exercice des droits économiques des entreprises et, d'autre part, une politique filandreuse où s'affichent de manière plus nette les préférences étatiques en termes de régulation. Aussi est-il possible d'exploiter aujourd'hui dans l'Union des installations classées en recourant à des technologies hétérogènes dans la mesure où il revient aux autorités d'apprécier le caractère excessif de leur coût alors que la mise sur le marché d'une voiture ou d'un tracteur exige le respect de normes d'émission communes à l'ensemble des États membres. L'harmonisation est donc un système à plusieurs vitesses.

II.3. Incidence du principe de subsidiarité sur les actes environnementaux adoptés sur la base de l'article 192 TFUE

Subsidiarité et intervention législative

La subsidiarité a exercé et continuera à exercer une influence réelle sur l'opportunité d'harmoniser les politiques ou les pratiques nationales. Même si jusqu'à ce jour peu de propositions d'actes furent écartées pour des raisons touchant à la subsidiarité²⁰, il n'en demeure pas moins que plusieurs initiatives, notamment en ce qui concerne la lutte contre la pollution marine ou la décontamination marine ont été écartées au motif que les États pouvaient mieux faire. De même, au nom de la subsidiarité, le Conseil et le Parlement sont parvenus à édulcorer, au cours de la dernière législature, le niveau de protection découlant de normes communautaires adoptées dans le courant des années 1980 et ayant fait l'objet d'une interprétation stricte de la part de la Cour de justice. À titre d'exemple, la Cour de justice avait jugé dans un arrêt *van de Walle* que le producteur d'un produit à l'origine de déchets était tenu de prendre en charge la décontamination de ces derniers²¹. Après s'être attiré les foudres des États membres et des secteurs économiques concernés, le législateur de l'Union fit volte-face à l'occasion de la refonte de la directive sur les déchets²². D'une part, les sols contaminés échappent au champ d'application de la

18. Nicolas DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, op. cit., p. 209-247.

19. Directive 2000/14/CE relatives aux émissions sonores dans l'environnement des matériels destinés à être utilisés à l'extérieur des bâtiments, JO, L 162, 3 juillet 2000, p. 1.

20. Les États favorables à une simple coopération interétatique en lieu et place des mécanismes fédéralisateurs invoquent régulièrement le principe de subsidiarité pour brider les velléités réglementaires de la Commission européenne dans des domaines réputés sensibles (fiscalité environnementale, gestion quantitative des ressources hydrauliques par exemple). Adoptées par la Commission, les propositions de directives sur une taxation du CO₂ et sur l'accès à la justice en matière environnementale n'ont jamais été abordées par le Conseil.

21. CJ, 7 septembre 2004, *van de Walle*, aff. C-1/03, Rec. p. I-7613, note de Nicolas DE SADELEER, *Common Market Law Review*, 43 (1), 2006, p. 207-223.

22. Directive 2009/98/CE du 19 novembre 2008 relative aux déchets, JO, L 312, 22 novembre 2009, p. 3.

nouvelle directive, alors que, d'autre part, la responsabilité obligatoire du producteur de produits a été supprimée au profit d'un principe plus flou, celui de la responsabilité élargie du producteur – laquelle porte sur l'usage qui sera fait de ses produits lorsque ceux-ci se transformeront en déchets²³. Il en résulte que la décontamination des sols ne tombe désormais plus sous le coup des obligations de gestion des déchets et que le régime de responsabilité rétrospective des producteurs à la fin de vie de leurs déchets est fortement atténué.

Environnement et décentralisation

Plusieurs facteurs expliquent que la politique environnementale européenne demeure fortement décentralisée.

En premier lieu, les principes de subsidiarité et de proportionnalité ont encouragé le législateur de l'Union à donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements et à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées²⁴. Au nom de la subsidiarité, il convient d'accorder un large pouvoir d'appréciation aux autorités étatiques tandis que la proportionnalité réclame des instruments d'harmonisation offrant davantage de souplesse que les normes de produits adoptées sur la base de l'article 114 TFUE. Aussi les directives, et plus particulièrement les directives-cadres, constituent-elles le fer de lance de l'harmonisation obtenue sur la base de l'article 192 TFUE. Sans doute le recours assidu aux directives-cadres s'explique-t-il par le succès rencontré en droit international par les conventions-cadres, lesquelles sont progressivement consolidées par des protocoles ainsi que par des décisions adoptées par les conférences des parties contractantes²⁵.

Ensuite, la politique environnementale de l'Union est fortement marquée du sceau de la subsidiarité dans la mesure où le contrôle de son exécution revient aux autorités nationales. Ces dernières doivent donc se doter de régimes de contrôle et de surveillance pour faire appliquer les mesures de police afférentes à la protection de l'environnement²⁶ et sanctionner les infractions²⁷. Gardienne du traité, la Commission européenne n'exerce qu'un contrôle relativement marginal quant à la bonne exécution de ce droit dérivé²⁸.

23. Cf. les articles 2 § 1-b, 8 et 15 § 2 de la directive 2009/98/CE du 19 novembre 2008 relative aux déchets.

24. Cf. le 30^e protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, point 6 ; le livre blanc de la Commission européenne sur la gouvernance, COM (2001) 428 final. En revanche, le deuxième protocole au traité de Lisbonne sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité n'aborde pas cette question.

25. Cf. le protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ; le protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique ; le protocole de Montréal relatif à la convention de Vienne.

26. Recommandation 2001/331/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 prévoyant des critères minimaux applicables aux inspections environnementales dans les États membres.

27. Cf. la directive 2008/99 du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO, L 328, 6 décembre 2008, p. 1 qui se substitue à la décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, laquelle fut annulée par la CJ, 13 septembre 2005 *Commission c. Conseil*, C-176/03, *Rec.*, p. I-7879.

28. Cf. les critiques émises par Rhiannon WILLIAMS, « The European Commission and the Enforcement of Environmental Law: an Invidious Position », *Yearbook of European Environmental Law*, 1995, p. 351 ; Ludwig KRÄMER, « The Environmental Complaint in EU Law », *Journal for European Environmental &*

Enfin, le financement de la mise en œuvre de cette politique est également l'affaire des États membres. Alors que les piliers sociaux et économiques du développement durable disposent de fonds qui leur sont propres, le titre XX TFUE ne prévoit aucune structure financière²⁹. Au demeurant, les fonds instaurés dans le cadre d'autres politiques (soutien du Fonds de cohésion³⁰, article 177 TFUE ; l'Instrument financier pour l'environnement – connu sous le nom de LIFE –, article 161 TCE) ne couvrent qu'une partie infime des dépenses.

Recours à la directive-cadre et renforcement du pouvoir discrétionnaire étatique

À la différence des règlements qui peuvent être extrêmement précis³¹, les dispositions des directives-cadres adoptées sur la base de l'article 192 TFUE sont libellées de manière très générale. En confiant aux autorités nationales, voire régionales et locales, la programmation des mesures d'exécution des obligations communautaires, ces directives-cadre s'alignent sur le principe de subsidiarité. En admettant une très grande flexibilité, notamment au moyen de nombreuses dérogations, ces directives-cadre ont tendance à réguler le degré d'harmonisation vers le bas.

Le recours à la directive-cadre accroît forcément la discrétion des autorités nationales quant au choix de la forme et des moyens appropriés pour mettre en œuvre le droit dérivé. La liberté d'action de l'État membre face à ce choix des formes et des moyens appropriés pour l'obtention dudit résultat reste, en principe, complète³², moyennant le respect de l'effet utile des obligations communautaires³³. On en veut pour preuve les illustrations suivantes. La Cour de justice a jugé que les autorités nationales disposaient d'un large pouvoir d'appréciation quant au choix des produits à promouvoir en vue d'atteindre les objectifs indicatifs fixés par la directive 2003/30/CE sur les biocarburants. Aussi peuvent-ils encourager par priorité certains types de biocarburants au détriment d'autres³⁴. Sur un registre similaire, la Cour a jugé que lorsqu'elles contrôlaient la légalité de mesures anti-pollution agricole, les juridictions nationales devaient avoir égard au pouvoir discrétionnaire de l'État membre, lequel est inhérent en raison de la complexité des évaluations des impacts de l'épandage des nitrates³⁵.

D'autres directives-cadre offrent aux États membres une importante marge d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour respecter ces obligations

Planning Law, 6 (1), 2009, p. 13-35 ; Monica FRASSONI, « Is the Commission still the Guardian of the Treaties? », *Revue des affaires européennes*, 1, 2010, p. 45-57.

29. Règlement du Conseil 2012/2002/CE du 11 novembre 2002 instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne, *JO*, L 311, 14 novembre 2002, p. 3.

30. Règlement 1164/94/CE du Conseil du 16 mai 1994 instituant le Fonds de cohésion, *JO*, L 130, 25 mai 1994, p. 1. Le Fonds de cohésion a apporté son concours financier à de nombreux projets concernant l'amélioration de l'environnement (traitement des eaux urbaines résiduaires, assainissement des sols...).

31. Cf. le degré de précision que revêt le règlement 1013/2006/CE relatif aux mouvements transfrontières de déchets ainsi que le règlement 2037/2000/CE du 29 juin 2000 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

32. TPI, 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, aff. T-374/04, *Rec.*, p. II-4431, point 78.

33. CJ, 8 septembre 2005, *Yonemoto*, aff. C-40/04, *Rec.*, p. I-7755, point 58.

34. CJ, 10 septembre 2009, *Plantanol*, C-201/08, point 37.

35. CJ, 29 avril 2004, *Standley*, C-293/97, *Rec.*, p. I-2603, point 37.

de résultat. À cet égard, le remplacement de la directive 2008/1/CE relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (dite directive « IPPC ») par la nouvelle directive 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles³⁶ fixe les principes généraux d'une politique de prévention et de réduction intégrée de la pollution. De la sorte, elle confère aux États membres une marge d'appréciation significative quant à la mise en œuvre des obligations qui y sont prescrites. Cette directive vise à prévenir et à réduire, de manière intégrée, les pollutions et les déchets en provenance des activités figurant à l'annexe I, au moyen de différentes techniques (approche intégrée de la lutte contre la pollution, meilleures techniques disponibles et normes de qualité environnementales). Les conditions d'exploitation des installations tombant dans le champ d'application de cette directive doivent être établies en fonction des « meilleures techniques disponibles », en prenant en considération les caractéristiques techniques de l'installation concernée³⁷. La directive ne prescrit aucune technologie déterminée³⁸ ; il revient à l'exploitant de choisir les techniques disponibles sur le marché afin de respecter les limites d'émission édictées par les autorités nationales. Dans la mesure où les techniques peuvent être choisies au regard de « conditions économiquement raisonnables »³⁹, la directive en question offre *a priori* une latitude significative aux autorités nationales et aux opérateurs économiques. Il s'agirait d'« une demande de souplesse visant à sortir l'activité cible de l'emprise de normes strictes et préétablies pour les faire bénéficier d'un standard qui autorise les interprétations multiples »⁴⁰. On assisterait de la sorte à un glissement décisionnel. En effet, en plaçant sur un même pied les autorisations administratives et les conditions générales d'exploitation, les auteurs de la directive permettent aux autorités locales d'interpréter de manière laxiste les exigences de cette directive en faisant référence à des critères purement locaux⁴¹, la technique la plus performante à Hambourg n'ayant pas son égal à Palerme. En fin de compte, la santé d'un riverain d'une installation dangereuse ou d'un ouvrier travaillant dans une telle installation en Roumanie vaut sans doute moins que celle des riverains d'installations similaires exploitées en Allemagne.

36. JO, L 334, 17 décembre 2010, p. 17.

37. Article 11-b de la directive 2010/75/UE.

38. Seuls des documents de référence non contraignants (BREF) – acronyme pour « BatREFerence », document de référence sur les *Best Available Technologies* – ont été élaborés. N'ayant aucune valeur juridique, ces derniers doivent servir d'orientation aux administrations et les aider à déterminer, lors de la délivrance du permis d'exploiter, les normes d'émission à respecter, tenant compte de la situation locale ainsi que de la situation économique de l'installation. Selon la Cour de justice, les BREF se limitent à fournir un état des lieux des connaissances techniques en matière des meilleures techniques disponibles. Ils ne sont donc pas contraignants (CJ, 22 janvier 2009, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières et OABA*, C-473/07, point 30).

39. Article 3 § 10-b de la directive 2010/75/UE.

40. Delphine MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé. L'ambition d'un niveau élevé de protection*, Louvain-la-Neuve : Anthemis, Paris : LGDJ, 2011, p. 119.

41. Charalampos KOUTALAKIS, Aron BUZOGANY et Tanja BÖRZEL, « When Soft Regulation is not Enough: The Integrated Pollution Prevention and Control Directive of the European Union », *Regulation & Governance*, 4 (3), 2010, p. 329-344.

Le flou instillé par la subsidiarité s'étend également à plusieurs directives-cadre qui fixent désormais des objectifs contraignants fortement imprégnés de considérations scientifiques (« état de conservation favorable », « bon état écologique »). Le tableau qui suit donne plusieurs exemples des techniques réglementaires typiques du droit de l'Union.

Objectifs de protection

Objet	Directives	Obligation de résultat	Mise en œuvre
<i>Eaux de surface</i>	2000/60/CE	Bon état écologique des eaux de surface	2015
<i>Eaux souterraines</i>	2000/60/CE	Bon état physico-chimique des eaux souterraines	2015
<i>Eaux marines</i>	2008/56/CE	Bon état écologique du milieu marin	2020

La directive-cadre 2000/60/CE sur l'eau⁴² atteste de la grande souplesse offerte par les objectifs programmatiques. Sur un plan préventif, cette directive-cadre énonce une obligation de résultat pour les États membres : celle de garantir le « bon état » des eaux de surface et des eaux souterraines d'ici le 22 décembre 2015 (article 4 § 1-e-ii et b-ii). Ce « bon état » est déterminé en fonction d'indicateurs de qualité biologiques, hydromorphologiques et physico-chimiques (annexe III). Eu égard à l'hétérogénéité des milieux aquatiques, de nombreuses dérogations sont prévues à l'obligation d'atteindre un bon état d'ici 2015, notamment pour les « masses d'eau artificielles ou fortement modifiées ». Si cet engagement est *a priori* fort ambitieux, la directive-cadre présente plusieurs faiblesses, surtout dans la mesure où elle ne tranche pas le débat entre le recours à des objectifs globaux de qualité du milieu (normes d'immission), lesquels laissent aux États membres le choix des moyens, ou à des normes de rejet ou d'émission harmonisées, à la fois plus contraignantes et efficaces dans la mesure où la vérification peut se faire au point d'émission⁴³.

À cela il convient d'ajouter que les exigences en matière de contrôle des « rejets ponctuels susceptibles de causer une pollution » offrent une liberté d'appréciation considérable aux autorités nationales (article 11 § 3-g). Ces dernières peuvent, en effet, soumettre ces rejets soit à un régime d'interdiction, soit à un régime d'autorisation préalable, soit à un régime d'enregistrement. Or, l'enregistrement présente moins de contrainte que l'obtention d'une autorisation administrative, cette dernière étant préférée par les exploitants aux régimes d'interdiction⁴⁴.

42. Directive-cadre 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JO, L 327, 22 décembre 2000, p. 1.

43. Article 16 § 6.

44. CJ, 6 novembre 2008, *Association nationale pour la protection des eaux et des rivières*, C-381/07, points 33 à 34.

Enfin, les normes adoptées en vue de lutter contre le changement climatique n'échappent pas non plus à l'emprise du principe de subsidiarité. *A priori*, on pourrait croire que l'urgence de la situation justifie la mise en place du régime le plus complet et le plus homogène. On en veut d'ailleurs pour preuve le préambule de la directive 2004/101/CE⁴⁵ :

Étant donné que l'objectif de l'action envisagée, à savoir l'établissement d'un lien entre les mécanismes de projet de Kyoto et le système communautaire, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres agissant individuellement, et peut donc, en raison des dimensions et des effets de la présente directive, être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité.

Toutefois, on notera la prise en compte par le Tribunal du principe de subsidiarité dans le contentieux sur la mise en œuvre du système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre⁴⁶. Le Tribunal a jugé que, lorsqu'il élaborait son plan national d'allocation de CO₂, pour la période 2008-2012, l'État membre disposait « d'une certaine marge de manœuvre pour choisir les mesures qu'il considère les mieux adaptées pour atteindre, dans le contexte spécifique du marché énergétique national » le résultat prescrit par ladite directive⁴⁷. À ses yeux, le respect du principe de subsidiarité implique, dans le chef de la Commission, une application rigoureuse de l'obligation de prouver que les plans nationaux d'allocation de CO₂ étaient contraires aux obligations prévues par la directive 2004/101/CE⁴⁸.

II.4. Incidence du principe de subsidiarité sur les actes environnementaux adoptés sur la base de l'article 114 TFUE

À la différence de l'harmonisation poursuivie sur la base de l'article 192 TFUE, dans le cadre de la politique du marché intérieur (article 114 TFUE ; article 95 TCE)⁴⁹, la mise sur le marché de certains produits (produits chimiques, biocides, OGM,...) est généralement encadrée par des règlements. Une évolution se fait d'ailleurs ressentir

45. Point 19 du préambule de la directive 2004/101/CE du Parlement 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, *JO*, L 318, p. 138.

46. Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, *JO*, L 275, 25 octobre 2003, p. 2. Cette directive fait l'objet de plusieurs lignes directrices et communications. Cf. Nicolas DE SADELEER, « Le système communautaire d'échange de quotas d'émissions de gaz à effet de serre : entre ambition et prudence », *Revue du droit de l'Union européenne*, 4, 2009, p. 703-732.

47. TPI, 7 novembre 2007, *Allemagne c. Commission*, T-374/04, *Rec.*, p. II-4431, point 79 ; TPI, 23 septembre 2009, *Estonie c. Commission*, T-263/07, point 53. Notons toutefois qu'à la suite de l'adoption du paquet « énergie-climat », ce système a été modifié. Désormais, le rôle de la Commission est nettement plus proactif. Il lui appartient en effet de publier la quantité totale de quotas pour l'ensemble de la Communauté en 2013, ce qui fut fait par décision du 22 octobre 2010 (Décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010 adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE, *JO*, 23 octobre 2010, L 279, p. 34).

48. TPI, 23 septembre 2009, *Estonie c. Commission*, T-263/07, point 52.

49. S'agissant, par exemple, du droit de la consommation, cf. Christophe VERDURE, « L'harmonisation des pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales : premier bilan jurisprudentiel », *Cahiers de droit européen*, 3-4, 2010, p. 311-336.

ces dernières années, principalement dans le domaine de la sécurité des produits, où le règlement tend à s'imposer (REACH⁵⁰, pesticides, OGM, autres substances à risque). À défaut d'indication expresse dans le droit dérivé, les paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE autorisent les États membres à mettre en œuvre, moyennant le respect de certaines conditions, des mesures plus strictes que celles prévues par la norme d'harmonisation. Or, à la différence de l'article 193 TFUE (ancien article 176 TCE), qui consacre le principe d'une harmonisation minimale pour l'environnement, les conditions de mise en œuvre des paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE sont strictement circonscrites *ratione materiae, personae et temporis*⁵¹.

III. Subsidiarité élargie : la coréglementation et l'autoréglementation

En raison de l'effritement des missions de contrôle dévolues à l'État, ce dernier paraît progressivement renoncer à la contrainte en incitant, de manière plus douce, les administrés à modifier leurs comportements. Substituant à la rigueur et à la lourdeur de la norme contraignante le pragmatisme et la souplesse de la norme négociée, les modes d'action concertés font désormais l'objet d'un engouement sans précédent.

À la différence de la subsidiarité *sensu stricto* où un niveau de pouvoir supra-étatique doit justifier la pertinence de son intervention par rapport à celle des autorités étatiques ou infra-étatiques, le domaine environnemental est aujourd'hui soumis à une subsidiarité élargie, laquelle fait interagir une multitude d'acteurs publics et privés. À ce titre, les institutions de l'Union invitent constamment le secteur privé soit à s'autoréguler, soit à conclure des accords avec les autorités nationales. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, de subsidiarité horizontale propre à la méthode ouverte de coordination, laquelle promeut le dialogue entre les partenaires sociaux européens au détriment du processus législatif⁵². En matière environnementale, les acteurs privés ne se substituent pas pour autant aux autorités dans la mesure où l'encadrement réglementaire subsiste. C'est plutôt la mise en œuvre de la politique qui tantôt est confiée au seul secteur privé, tantôt fait l'objet d'une étroite coopération entre les autorités et les entreprises.

Bien qu'il soit difficile de tracer une ligne de démarcation entre les accords qui relèvent d'une démarche de coréglementation et ceux qui participent à une forme d'autoréglementation tant ces modèles sont enchevêtrés, nous tenterons de les distinguer au moyen de différents exemples.

Une dernière observation liminaire s'impose. Le concept d'accord n'est pas repris parmi les instruments énumérés à l'article 288 TFUE. Qui plus est, ce concept

50. Règlement sur l'enregistrement, l'évaluation, l'autorisation et les restrictions des substances chimiques.

51. Nicolas DE SADELEER, « Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 CE : l'efficacité du marché intérieur en porte-à-faux avec les intérêts nationaux dignes de protection », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1, 2002, p. 53-73 ; ID., « Procedures for Derogations from the Principle of Approximation of Laws under Article 95 of the EC Treaty », *Common Market Law Review*, 40 (4), 2003, p. 889-915.

52. Pascale VIELLE et Steve GILSON, « La subsidiarité et la vie sociale : les relations de travail et la sécurité sociale », in Francis DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 101-112 ; Emmanuelle MAZUYER et Stéphane DE LA ROSA, « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *Cahiers de droit européen*, 4, 2009, p. 295-333.

ne fait généralement pas l'objet de définition précise⁵³. Or, on retrouve sous ce vocable des techniques juridiques très disparates, ce qui rend leur systématisation d'autant plus difficile.

III.1. Corégulation

Dès 1992, la Commission encourageait fermement les États membres à promouvoir la corégulation⁵⁴. Aux dires du Conseil, ceux-ci peuvent « contribuer, pour autant qu'ils soient compatibles avec les règles de concurrence, d'une manière plus efficace en termes de coûts à la réalisation des objectifs en matière d'environnement que ne le feraient des dispositions obligatoires »⁵⁵. Dans la recommandation 96/733/CE, la Commission soulignait que « des accords entre les pouvoirs publics et l'industrie constituent un instrument d'action qui peut contribuer de façon rentable à la réalisation des objectifs environnementaux en amenant l'industrie à jouer un rôle plus actif »⁵⁶.

La « corégulation » implique l'adoption d'un acte législatif définissant des objectifs environnementaux et confiant leur mise en œuvre à des acteurs privés *via* la conclusion d'accords spécifiques⁵⁷. Ainsi, à la différence de l'autorégulation, la corégulation présuppose l'adoption préalable d'un acte législatif au niveau de l'Union et l'intervention d'un acteur public dans sa matérialisation.

On observera que certains actes de droit dérivé autorisent les opérateurs économiques à conclure des accords entre eux en vue de se conformer aux obligations qui y sont prescrites⁵⁸.

53. Cf. la définition donnée par l'article 3 § 12 de la directive 94/62 sur les emballages et les déchets d'emballages, *JO*, L 365, 31 décembre 1994, p. 10.

54. COMMISSION EUROPÉENNE, *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 (92) 23 final, 30 mars 1992.

55. Résolution du Conseil du 3 décembre 1992 concernant le rapport entre la compétitivité industrielle et la protection de l'environnement, *JO*, C 331, 16 décembre 1992, p. 5.

56. La recommandation 96/733/CE du 27 novembre 1996 concernant les accords environnementaux mettant en œuvre des directives communautaires (*JO*, L 333, 21 décembre 1996, p. 59) énumère les points clés devant être pris en considération lors de l'adoption de tels accords.

57. « On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations). Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées » (cf. l'accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission du 16 décembre 2003, « Mieux légiférer », *JO*, C 321, 31 décembre 2003, point 18).

58. L'incitation des entreprises à échanger leurs données sur les impacts des substances chimiques en vue d'éviter des essais inutiles est prévue en vertu du règlement REACH (article 25 § 1 du règlement 1907/2006/CE REACH). Cf. aussi les considérants 18 à 20 du préambule de la directive 2009/125/CE du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, *JO*, L 285, 31 octobre 2009, p. 10. Dans le même ordre d'idées, les déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) peuvent être traités dans le cadre de « systèmes organisés sur une base collective » (article 6 § 1 de la directive du 27 janvier 2003 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE), *JO*, L 269, 13 février 2003, p. 24). Les autorités peuvent aussi exiger la participation des opérateurs privés à des systèmes de collecte (article 8 § 2-a et b de la directive 2006/66/CE du 6 septembre 2006 du Parle-

Dans le même ordre d'idées, la mise en œuvre de certaines directives peut se faire au moyen d'accords qui sont conclus à la fois par les pouvoirs publics et par le secteur privé⁵⁹.

III.2. Autoréglementation

La Commission encourage également les États membres à promouvoir « les accords libres et les autres formes d'autoréglementation »⁶⁰. À la différence de la co-régulation, les accords sont conclus en dehors de tout cadre réglementaire. Pour les entreprises, l'autoréglementation relève donc d'une démarche spontanée.

Il est possible de distinguer les accords dont la conclusion est suscitée par la Commission européenne de ceux qui ne le sont pas.

Il se peut que la Commission n'ait proposé aucune mesure législative ; elle n'a pas non plus manifesté son intention d'initier un tel processus. Ne suscitant pas la conclusion d'un accord, la Commission se contente de l'avaliser, notamment au regard du droit de la concurrence. La procédure est simple : la Commission prend note de l'engagement souscrit par des fédérations d'entreprises au moyen d'un échange de lettres ou d'une recommandation. Elle informe le Parlement européen et le Conseil des accords qu'elle s'apprête à avaliser⁶¹.

Il arrive aussi que la conclusion d'accords soit encouragée par la Commission quand bien même il n'y aurait pas d'actes législatifs réglementant cette technique. Comme le droit primaire n'habilite pas les institutions à conclure des accords avec des parties privées, la Commission européenne ne peut que recommander aux fédérations d'entreprises la conclusion de tels accords⁶².

Pour parvenir à ses fins, la Commission s'engage tacitement à ne pas entamer d'initiative réglementaire qui aurait pour effet de contourner les fédérations. Il lui arrive aussi d'adopter une recommandation à l'égard des États membres les enjoignant à ne pas entraver la bonne exécution de l'accord. Dans le cas où les résultats escomptés ne seraient pas atteints, la Commission peut toujours exercer son droit, en vertu de l'article 17 TUE, de présenter au législateur une proposition d'acte légis-

ment européen et du Conseil relative aux piles et accumulateurs ainsi qu'aux déchets de piles et d'accumulateurs, *JO*, L 266, 26 septembre 2006, p. 1).

59. Ainsi les systèmes de reprise, de collecte et de valorisation de déchets d'emballage doivent-ils être « ouverts à la participation des acteurs économiques des secteurs concernés et à la participation des autorités publiques compétentes » (article 7 § 1 de la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages, *JO*, L 365, 31 décembre 1994, p. 1). Cf. aussi l'article 10 § 3 de la directive 2000/53/CE relative aux véhicules hors d'usage. De même, les mesures de conservation au sein des aires protégées du réseau Natura 2000 peuvent être contractuelles (art. 6 § 1 de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JO*, L 206, 22 juillet 1992, p. 7).

60. 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 (92) 23 final, 30 mars 1992.

61. Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » précité, point 23.

62. Point 4.2 de la Communication de la Commission du 17 juillet 2002 sur les accords environnementaux conclus au niveau communautaire dans le cadre du plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM (2002) 412 final. Cf. Pierre LEFEVRE, « Les accords entre la Commission et les entreprises dans le domaine de l'environnement », *Journal des tribunaux – Droit européen*, 84, 2001, p. 249-255.

latif. En lieu et place d'une proposition législative, la Commission donne ainsi son aval à une entente dont le contenu aurait pu faire l'objet d'un acte adopté par le législateur. En d'autres mots, le mode d'action concerté se substitue ici à l'instrument législatif.

Sous la menace de l'adoption de nouvelles réglementations qui se profilent à l'horizon, les fédérations d'entreprises ont à priori tout intérêt à souscrire à de tels accords. Ainsi ont-elles conclu douze accords concernant, entre autres, les chlorofluorocarbures (CFC), les détergents et l'efficacité énergétique⁶³. Il n'en demeure pas moins que les résultats de cette démarche sont mitigés. Il arrive que les parties ne parviennent pas à respecter leurs engagements. Quatre accords ont d'ailleurs dû être remplacés par des règlements. Le plus connu et le plus controversé de ces accords fut celui conclu entre les fédérations d'entreprises automobiles, lesquelles s'étaient engagées à mettre en application des normes de réduction des émissions de CO₂ (à concurrence de 140 gr. par kilomètre parcouru)⁶⁴, démarche qui n'a pas porté ses fruits⁶⁵.

III.3. Limites rencontrées par la corégulation et l'autoréglementation

Quelle que soit leur part de succès ou d'échec, ces accords volontaires sont loin de faire l'unanimité. Tout d'abord, la liberté contractuelle n'est pas vraiment de mise : soit les parties ne sont pas placées sur un pied d'égalité, soit la procédure de contractualisation est dûment encadrée par le législateur. Il en résulte des difficultés de qualification juridique, ces accords pouvant être qualifiés tantôt d'actes administratifs unilatéraux suite à l'engagement des bénéficiaires à respecter certaines de leurs obligations, tantôt de contrats administratifs, tantôt de déclarations d'intention.

Ensuite, la doctrine a critiqué le caractère confidentiel de leur élaboration, l'absence de fondement légal, l'impossibilité de sanctionner le non-respect de leurs obligations, le manque de légitimité démocratique ainsi que les difficultés pour les tiers d'invoquer les obligations qui en découlent devant des juridictions. Le contour-

63. Cf. la liste de ces accords : Genot SCHNABL, « The Evolution of Environmental Agreements at the Level of the European Union », in Edoardo CROCI (dir.), *The Handbook of Environmental Voluntary Agreements*, New-York : Springer, 2005, p. 104-106.

64. Ainsi, la Commission européenne a-t-elle avalisé, en 1999 et en 2000, les trois accords conclus au sein des associations professionnelles regroupant les constructeurs (l'Association des constructeurs européens (ACEA), l'Association japonaise (JAMA) ainsi que l'Association coréenne (KAMA)). Les engagements en termes de réduction de CO₂ pris en vertu de ces trois accords furent entérinés par la Commission (Communication de la Commission, résultat du réexamen de la stratégie CE de réduction des émissions de CO₂ des voitures et véhicules commerciaux légers, COM (2007) 19 final). Cf. les critiques formulées par Ludwig KRÄMER, « Les approches volontaires et le droit communautaire de l'environnement », in Nathalie HERVÉ-FOURNEREAU (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2009, p. 91-93.

65. Les objectifs fixés dans ces accords n'ayant pu être atteints, la Commission dut reconnaître, au mois de février 2007, l'échec de sa stratégie. Cet aveu fut suivi d'une proposition de règlement, laquelle fut adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 29 avril 2009. Cf. le règlement 443/2009/CE Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers, JO, L 140, 5 juin 2009, p. 1.

nement du processus législatif est patent : un accord négocié entre la Commission et des opérateurs économiques laisse les autres institutions de côté.

Conclusion

Le principe de subsidiarité est inhérent à l'architecture institutionnelle européenne. Le domaine environnemental n'y échappe en tout cas pas. On pourrait même avancer que ce principe a pu servir de banc d'essai à l'exercice d'une compétence partagée alors que le principe de proportionnalité a eu pour effet de réguler l'exercice de ces compétences dans le sens d'une harmonisation très lâche qui réserve une marge d'appréciation considérable aux entités étatiques.

Par ailleurs, le principe de subsidiarité peut être examiné sous deux angles distincts. Le premier s'inscrit dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, tandis que le second concerne des modes nouveaux de régulation, à savoir la coréglementation et l'autoréglementation. La protection de l'environnement est-elle pour autant mieux garantie grâce au rôle accru joué par la subsidiarité ? La majorité des experts ont mis en exergue que la subsidiarité avait contribué à exacerber un phénomène de décentralisation et de dérégulation au détriment d'un droit centralisé et cohérent. Les illustrations que nous avons données ci-dessus confirment dans une large mesure leur point de vue. Ce phénomène conjugué de décentralisation et de déréglementation paraît davantage contribuer à aggraver les crises écologiques qu'à les juguler. Après quatre décennies de politique environnementale, le bilan n'a en effet rien de réjouissant⁶⁶. Aussi demeurons-nous convaincu que les menaces environnementales ne seront écartées qu'au moyen de politiques cohérentes et exigeant des efforts communs dans le souci d'atteindre un haut niveau de protection⁶⁷.

66. AGENCE EUROPÉENNE POUR L'ENVIRONNEMENT (AEE), *Europe's Environment. The Dobris Assessment*, Copenhague : AEE, 1995, p. 599-611 ; Id., *The European Environment. State and Outlook*, Copenhague : AEE, 2005, p. 18, 20 et 30 ; Id., *Europe's Environment. The Fourth Assessment*, Copenhague : AEE, 2007, p. 22 ; Id., *The European Environment 2010. State and Outlook*, Copenhague : AEE, 2010, p. 15 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Environment Policy Review 2008*, COM (2009) 304.

67. L'auteur tient à remercier Monsieur Christophe Verdure pour ses observations.

■ L'auteur

Nicolas de Sadeleer est professeur aux Facultés universitaires Saint Louis, Chaire Jean Monnet, et professeur invité à l'Université catholique de Louvain et à l'Université de Lund. Ses recherches portent sur le droit de l'environnement, le droit de la santé, le droit de l'Union européenne et le droit comparé.

Parmi ses publications récentes :

— *Environnement et marché intérieur. Commentaire Mégret*, Bruxelles : Université libre de Bruxelles, 2010 ;

— « Environmental Principles », in Malgosia FITZMAURICE, David M. ONG et Panos MERKOURIS (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Londres : Edgar Elgar, 2010 ;

— « Le rôle ambivalent des principes dans la formation du droit de l'environnement : l'exemple du principe de précaution », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI), *Le droit international face aux enjeux environnementaux. Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris : Pédone, 2010 ;

— *Le principe de précaution* (avec François EWALD et Christian GOLLIER), Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^e éd., 2008 ;

— *Implementing the Precautionary Principle. Approaches from Nordic Countries, the EU and USA* (ed.), Londres : Earthscan, 2007.