



LE PROGRAMME REACH: RÈGLEMENT OU RÉGULATION?

par Olivia HOTTAT
Avocate au Barreau de Bruxelles

et Arnaud VAN WAEYENBERGE
Chercheur au centre Perelman de philosophie du droit (ULB)

Fin des années 90, le besoin d'adopter une législation plus souple et plus efficace en matière de produits chimiques devint urgent au niveau de l'Union européenne. L'objectif à atteindre était double: assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement ainsi que de la libre circulation des substances chimiques, tout en améliorant la compétitivité et l'innovation. Face à de telles ambitions, huit ans de discussions, de négociations et de procédures législatives furent nécessaires au législateur européen pour voter le règlement REACH qui fut adopté le 18 décembre 2006 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2007. L'objet de cet article sera de décrire les grandes lignes du dispositif complexe de ce règlement, de démontrer que derrière des apparences juridiques très classiques se cache un système hybride qui se caractérise par des mécanismes se démarquant de l'orthodoxie communautaire (tels la multiplication des lieux de pouvoir, de décision et d'exécution et le développement de mécanismes d'auto-régulation, de co-régulation et de droit réflexif) et enfin de proposer une série de raisons qui expliquent cette évolution du droit de l'Union européenne.

soixante, alors que le citoyen européen prenait enfin conscience du danger, que la première réglementation européenne des produits chimiques vit le jour (1). Depuis, en vertu de ses compétences en matière de politique commerciale commune (2) et de protection de l'environnement (3), la Communauté européenne s'est attelée à adopter une série de directives et de règlements (4) visant principalement à classer et à limiter l'usage des substances chimiques dangereuses. La dernière étape de cette évo-

Bien qu'importés et utilisés en grande quantité au sein de l'Union européenne depuis le 19^{ème} siècle, les produits chimiques sont restés longtemps hors du champ d'action du législateur européen. Les substances chimiques n'étaient que sporadiquement contrôlées et les risques posés par leurs utilisations étaient rarement évalués. Ce manque de réglementation allait de pair avec l'ignorance du grand public des effets néfastes des produits chimiques pour la santé humaine et l'environnement. Ce n'est que fin des années

(1) Directive 67/548/CEE du Conseil du 27 juin 1967 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses.

(2) TFUE, article 207.

(3) TFUE, article 192.

(4) Directive 67/548/CEE du Conseil du 27 juin 1967 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses, directive 76/1769/CEE du 27 juillet 1976 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses, la directive 1999/45/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 1999 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la classification, à l'emballage et à l'étiquetage des préparations dangereuses et le règlement 793/93/CE du Conseil du 23 mars 1993 concernant l'évaluation et le contrôle des risques présentés par les substances existantes.



lution législative est l'adoption du règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances. Ce règlement, communément appelé « règlement REACH », procède d'une volonté d'harmoniser la politique européenne concernant les substances chimiques et institue une Agence européenne des produits chimiques afin de gérer et de mettre en œuvre cette politique.

L'objet de cet article est de démontrer que derrière des apparences juridiques très classiques se cache un système hybride (5) qui se caractérise par des mécanismes se démarquant de l'orthodoxie communautaire (6).

À cette fin, un plan en deux temps structure cette étude. La première partie rappelle succinctement l'histoire de cette politique au sein de l'Union européenne et présente les lignes de force du dispositif innovant mais parfois nébuleux mis en place dans le règlement REACH (7). La seconde partie identifie lesdits éléments d'hybridité et tente d'apporter une explication quant aux distances prises avec la méthode communautaire classique.

I. — REACH: UN DISPOSITIF COMPLEXE (8)

Ce premier titre aborde tout d'abord le contexte dans lequel fut élaboré le règlement REACH en le plaçant dans une perspective historique (A). Ensuite une présentation des fonctions attribuées à l'Agence européenne des produits chimiques et des différentes procédures de contrôle des substances chimiques permet de mieux cerner les contours et le contenu de cette ambitieuse politique communautaire (B).

A — une perspective historique

Fin des années soixante-dix, un obstacle majeur à la réglementation des produits chimiques subsistait: le déficit de connaissance et d'information sur les produits chimiques. Sans données, il était difficile pour l'Union européenne d'identifier les substances chimiques dangereuses. C'est pourquoi, elle décida en 1979 d'imposer aux fabricants et aux importateurs l'obligation de notifier la mise sur le marché des « nouvelles substances », c'est-à-dire les substances chimiques introduites après 1981 (9). Sur base du dossier transmis par l'entreprise chimique, il revenait à l'État membre concerné d'évaluer le risque posé par l'utilisation de la substance et de constituer un rapport sur la base duquel la Communauté européenne déciderait d'autoriser, de limiter ou d'interdire l'usage de cette nouvelle substance.

L'obligation de notification et d'information ne concernait pas les substances introduites avant 1981, dites « les substances existantes ». Cette différence de traitement a eu pour conséquence d'amoindrir l'esprit d'innovation et de compétitivité de l'industrie chimique européenne (10). Ce n'est qu'en 1993 que les fabricants et importateurs des « substances existantes » furent dans l'obligation de transmettre à la Commission européenne les données dont ils disposaient sur ces dernières (11). Sur la base des informations communiquées, la Commission établit alors une liste de substances prioritaires exigeant une attention spéciale et pour lesquelles les États membres devaient évaluer le risque posé par leur utilisation ou leur mise sur le marché.

Cependant, force fut de constater que « les informations sur les caractéristiques toxicologiques et écotoxicologiques des substances existantes restaient insuffisantes pour permettre une évaluation adéquate des risques pour l'Homme et l'environnement » (12). Le manque de

moyens coercitifs à l'encontre de l'industrie chimique et la lenteur de la procédure administrative furent tenus pour responsables de

(5) SCOTT J., « REACH: Combining Harmonization and Dynamism in the Regulation of Chemicals », consulté sur le site www.ucl.ac.uk, 2008, 25 p.

(6) Et illustre, partiellement, ce que la doctrine récente, principalement anglophone, appelle « New Governance », DE BURCA G. et SCOTT J. (ed.); *Law and New Governance in the UE and the US*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, 440 p., CITI M. et RHODES M., « New Modes of Governance in the EU: Common Objectives versus National Preferences », *European Governance Papers (EUROGOV)*, n° 07-01, www.connex-network.org/eurogov, 29 p.; HERITIERA, « New modes of Governance in Europe: Policy-Making without Legislating? », *Common goods: reinventing European and international Governance*, 2002; TRUBEK D. et TRUBEK L., « New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation », *Columbia Journal of European Law*, Summer 2007, pp. 10 et 11; SABEL C. et ZEITLIN J., « Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU », *European Law Journal*, 2008, pp. 271 à 327; SABEL C. et ZEITLIN J. (ed.), *Experimentalist Governance in the European Union – Towards a new architecture*, OUP, 2010, 368 p.; WALKER N. et de BURCA G., « Narrowing the Gap? Law and New approaches to Governance in the European Union », *Columbia Journal of European Law*, Summer 2007, pp. 519 à 537.

(7) Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une Agence européenne des produits chimiques.

(8) JACQUET C. et SAINT-GIRONS A., « "Reach": un monument réglementaire et son impact sur l'activité juridique des entreprises », *JDE*, 2008, pp. 233 à 239.

(9) Directive 79/1831/CEE du Conseil, du 18 septembre 1979, portant sixième modification de la directive 67/548/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses.

(10) Document de travail de la Commission SEC (1998) 1986 final.

(11) Règlement (CEE) n° 793/93 du Conseil du 23 mars 1993 concernant l'évaluation et le contrôle des risques présentés par les substances existantes.

(12) Document de travail de la Commission SEC (1998) 1986 final.



cet échec (13). La Commission européenne considéra également que le fait que les utilisateurs en aval (14) des produits chimiques ne soient pas soumis au devoir d'information affaiblissait le degré de connaissance des substances chimiques (15).

Enfin, le système de réglementation des produits chimiques en vigueur avant 2006 reposait de façon excessive sur les autorités publiques, surtout au niveau national. Les États membres étaient en charge de la procédure de notification et d'évaluation des risques des nouvelles substances, contribuaient au rapport d'évaluation des risques des substances existantes et étaient impliqués dans la procédure d'adoption de nouvelles restrictions applicables aux produits chimiques. La Commission jouait, quant à elle, un rôle prédominant dans la procédure de contrôle et d'évaluation des substances existantes, ainsi que d'harmonisation des législations européennes relatives à la classification des substances dangereuses (16).

Fin des années quatre-vingt-dix, le besoin d'adopter une législation plus souple et plus efficace en matière de produits chimiques devint urgent. L'objectif à atteindre était double: « assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement ainsi que la libre circulation des substances, tout en améliorant la compétitivité et l'innovation » (17). Face à de telles ambitions, huit ans de discussions, de négociations et de procédures législatives furent nécessaires au législateur européen pour accoucher d'un nouveau règlement concernant les produits chimiques. Les discussions débutèrent en 1998 lors du Conseil européen à Chester. Trois ans plus tard, la Commission présentait son Livre blanc sur la « Stratégie pour la future politique dans le domaine des substances chimiques » (18), suivi en 2003 d'une importante consultation internet auprès notamment de l'industrie chimique et des organisations environ-

nementales. Le règlement REACH (19) fut enfin adopté le 18 décembre 2006 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2007.

B – Un programme innovant

Le règlement REACH se démarque de ses prédécesseurs par quatre éléments. Tout d'abord, l'institution d'une Agence européenne des produits chimiques constitue l'innovation majeure. Ensuite, l'évaluation et la gestion des risques posés par les produits chimiques relèvent dorénavant de la responsabilité du secteur privé, et non plus des autorités publiques. Enfin, le règlement abolit la distinction entre « substances existantes » et « nouvelles substances » (20) et inclut l'« utilisateur en aval » (21) dans le processus d'information sur les substances chimiques.

Parallèlement à ces quatre innovations, quatre étapes structurent le système de contrôle mis en place par le règlement REACH. Au sein du marché européen, la vie d'une substance chimique commence à la case « enregistrement ». Ensuite, en fonction des cas, une « évaluation » de la substance et de son dossier d'enregistrement sera effectuée. Pour les substances dites « extrêmement préoccupantes », une « autorisation » devra être demandée au préalable. Enfin, certaines substances pourront faire l'objet de « restrictions ». Ne présentant qu'un faible intérêt pour notre étude, nous ne développerons pas cette dernière étape. En revanche, après une brève introduction de l'Agence européenne des produits chimiques, nous analyserons en détails les trois premières étapes.

En vertu de l'article 75 du règlement REACH, « – une Agence européenne des produits chimiques est instituée aux fins de la gestion, et dans certains cas, de la mise en œuvre des aspects techniques, scientifiques et administratifs du présent règlement et en vue d'en

garantir la cohérence au niveau communautaire ». Dans les faits, l'Agence centralise les informations sur les produits chimiques et intervient à chaque étape de la procédure européenne de contrôle des substances chimiques: de la gestion et l'évaluation des dossiers d'enregistrement à la recommandation d'une autorisation. Sa fonction est donc essentiellement administrative et exécutive, tout en apportant un appui tech-

(13) Livre blanc de la Commission des Communautés européennes du 27/02/2001, « Stratégie pour la future politique dans le domaine des substances chimiques », point 2.1: seulement 140 des 30000 substances existantes commercialisées en quantités supérieures à une tonne avaient été recensées comme substances prioritaires en 2001, et avaient fait l'objet d'une évaluation exhaustive.

(14) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 3, 13): « utilisateur en aval »: toute personne physique ou morale établie dans la Communauté, autre que le fabricant ou l'importateur, qui utilise une substance, telle quelle ou contenue dans une préparation, dans l'exercice de ses activités industrielles ou professionnelles. Un distributeur ou un consommateur n'est pas un utilisateur en aval. Un réimportateur exempté en vertu de l'article 2, paragraphe 7, point c), est considéré comme utilisateur en aval.

(15) Document de travail de la Commission SEC (1998) 1986 final.

(16) Document de travail de la Commission SEC (1998) 1986 final.

(17) Règlement (CE) n° 1907/2006, considérant 1.

(18) Livre blanc de la Commission, du 27 février 2001, relative à la stratégie pour la future politique dans le domaine des substances chimiques, COM (2001) 88 final.

(19) Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une Agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le règlement (CEE) n° 793/93 du Conseil et le règlement (CE) n° 1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CEE et 2000/21/CE de la Commission (JO L 396 du 30.12.2006).

(20) Moyennant des dispositions transitoires jusqu'en 2018.

(21) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 3, 13).



nique et scientifique tant aux entreprises chimiques qu'aux États membres et à la Commission européenne.

Pour ce faire, l'Agence européenne des produits chimiques comprend un conseil d'administration, un directeur exécutif indépendant, trois comités, un forum et une chambre de recours (22). Le conseil d'administration est constitué d'un représentant par État membre, d'au maximum six personnes nommées par la Commission et de deux par le Parlement européen. Son rôle est principalement d'ordre administratif, comme adopter le programme de travail de l'Agence et gérer son budget.

Les deux premiers comités, à savoir le « comité d'évaluation des risques » et le « comité d'analyse socio-économique », sont composés de représentants proposés par les États membres et sélectionnés par le conseil d'administration sur base de leurs compétences scientifiques et techniques (23). Le « comité des États membres » est quant à lui constitué d'un professionnel par État membre. Les trois comités ont pour mission d'émettre des avis non contraignants et indépendants, lors de l'évaluation des dossiers d'enregistrement ou lors d'une procédure d'autorisation ou de restriction de l'utilisation de substances chimiques (24).

En ce qui concerne le Forum, il est composé d'un représentant désigné par chaque État membre « sur la base du rôle qu'il a joué et de l'expérience qu'il a acquise dans la mise en œuvre de la législation sur les substances ». Ses membres sont censés couvrir un large éventail de compétences techniques. Le Forum fait office de plate-forme d'échanges d'informations sur la mise en œuvre du règlement REACH et de coordination des activités des États membres (25).

Enfin, la chambre de recours comprend un président et deux membres qui sont désignés par le conseil d'administration sur la base des

propositions de la Commission européenne et à la suite d'un concours (26). La chambre statue sur les recours introduits (27) contre une décision de l'Agence et formulés par toute personne ayant un intérêt direct et individuel (28). De plus les décisions de la chambre sont susceptibles de recours devant le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne (29).

Ainsi, avec l'adoption du règlement REACH, l'Agence européenne des produits chimiques se substitue aux autorités nationales en tant que principal acteur de la procédure de contrôle.

Le contrôle des substances chimiques institué par « REACH » comporte, quant à lui, quatre types de procédure.

La première étape, l'enregistrement constitue une déclaration administrative obligatoire pour toute substance chimique (30) fabriquée ou importée dans des quantités d'une tonne ou plus par an (31). Pour chaque substance, l'entreprise doit fournir un dossier technique reprenant les caractéristiques scientifiques de cette dernière (32). Notons que contrairement à la réglementation précédente, les entreprises chimiques ne sont pas en mesure de se soustraire à cette obligation. Étant donné qu'en vertu de la règle « pas de données, pas de marché » (33), l'entreprise qui refuse d'enregistrer ses substances chimiques se ferme l'accès au marché européen. Par ailleurs l'abolition de la distinction entre les substances dites « nouvelles » et les substances « existantes » rend l'enregistrement obligatoire pour tout type de substances, introduites avant ou après 1981 (34). Enfin, les acteurs privés concernés utilisant une même substance chimique sont dans l'obligation de communiquer et de s'échanger leurs informations (35) que se soit au sein d'une même chaîne d'approvisionnement (36) entre fabricants et utilisateurs en aval (37), lors d'un enregistrement conjoint

ou encore au sein d'un « forum d'échanges d'informations sur les substances » (38). Précisons que les utilisateurs en aval ne sont pas soumis à l'obligation d'enregistrer les substances qu'ils utilisent, mais sont néanmoins tenus de communiquer des informations

(22) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 76.

(23) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 85.

(24) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 85.

(25) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 77.

(26) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 89.

(27) Excepté les recours en carence qui doivent être directement introduits devant le tribunal de première instance de la Cour de justice de l'Union européenne.

(28) Règlement (CE) n° 1907/2006, articles 92 et 93.

(29) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 94.

(30) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 2: substance chimique telle quelle ou contenue dans des préparations ou des articles.

(31) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 6 et article 2: par substance chimique, il faut entendre tout produit chimique, à l'exception, entre autres, des médicaments, des produits cosmétiques et des déchets.

(32) Le contenu de ce dossier varie en fonction de la quantité ou de la dangerosité de la substance. Règlement (CE) n° 1907/2006, article 10: de plus, pour toute substance chimique fabriquée ou importée en quantités égales ou supérieures à dix tonnes par an, un rapport sur la sécurité chimique devra être déposé auprès de l'Agence européenne des produits chimiques.

(33) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 5.

(34) Néanmoins, en raison de l'ampleur du marché européen des produits chimiques et du nombre conséquent de substances chimiques présentes au sein de l'Union européenne avant 1981, des mesures transitoires ont été prévues et permettent d'étaler l'enregistrement des « substances existantes » d'ici à 2018.

(35) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 25.

(36) Règlement (CE) n° 1907/2006, titre IV.

(37) Règlement (CE) n° 1907/2006, titre V.

(38) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 29: forum qui rassemble tous les acteurs concernés qui soumettent des informations à l'Agence sur une même substance.



sur les substances et préparations dangereuses en aval de la chaîne d'approvisionnement. Aussi pour toute utilisation non identifiée lors de l'enregistrement, l'utilisateur en aval doit fournir un rapport sur la sécurité chimique et envisager les mesures pour réduire ces risques (39).

L'évaluation constitue la deuxième étape de la procédure de contrôle des produits chimiques. Deux types d'évaluation doivent être distingués: l'évaluation du dossier et l'évaluation de la substance. La première relève de la responsabilité de l'Agence européenne des produits chimiques et est obligatoire pour tous les dossiers prévoyant des essais énumérés aux annexes IX et X du règlement REACH (40). Parallèlement à ces cas spécifiques, l'Agence doit également soumettre à un contrôle de conformité au minimum 5 % du total des dossiers qu'elle a reçus pour chaque fourchette de quantité (41). Les États membres sont, quant à eux, en charge de l'« évaluation de la substance ». Tous les trois ans, l'Agence adopte, en se fondant sur un avis du comité des États membres, un « *plan d'action continu communautaire* » reprenant les substances qui doivent être évaluées annuellement (42). Chaque État membre choisit parmi cette liste les substances qu'il désire évaluer et peut, de plus, à tout moment notifier à l'Agence une substance supplémentaire à évaluer (43).

Le troisième type de procédure porte sur l'autorisation. En vertu de l'article 56 du règlement REACH, tout fabricant, importateur ou utilisateur en aval doit s'abstenir de mettre sur le marché une « *substance extrêmement préoccupante* » (44), telles que les substances cancérigènes ou toxiques pour la reproduction. Tous les deux ans au minimum, l'Agence formule sur avis des comités des États membres, des recommandations concernant les substances à considérer comme extrêmement préoccupantes et à

inclure par conséquent, en priorité, dans l'annexe XIV (45). Les tiers peuvent émettre des observations sur ces recommandations (46) et les États membres ont la possibilité d'introduire un dossier afin d'inclure dans l'annexe XIV une substance qu'ils jugent extrêmement préoccupante (47). Sur base de ces différents avis et recommandations, la Commission européenne adopte la liste définitive des substances extrêmement préoccupantes. Toutefois, ces substances ne sont pas entièrement bannies du marché européen. La Commission peut en effet accorder une autorisation pour l'utilisation d'une telle substance, suite à l'introduction d'une demande auprès de l'Agence (48) (49).

Tout en tenant compte de l'avis du comité d'évaluation des risques, une autorisation sera accordée si le risque que représente pour la santé humaine ou pour l'environnement l'utilisation d'une substance extrêmement préoccupante est valablement maîtrisé par le demandeur (50). Dans le cas contraire, une autorisation ne pourra être accordée que s'il est démontré que les avantages socio-économiques l'emportent sur les risques, et que s'il n'existe pas de substances ou de technologies de remplacement appropriées (51). Dans cette hypothèse, l'avis du comité d'analyse socio-économique devra également être pris en compte par la Commission européenne. Précisons qu'une autorisation n'est octroyée que pour une durée limitée et pour un usage spécifique unique, et pourra être réexaminée (52). C'est donc au fabricant, à l'importateur ou à l'utilisateur en aval de prouver que le risque posé par l'utilisation d'une substance extrêmement préoccupante est valablement maîtrisé. De plus, le demandeur devra analyser toute solution de remplacement, les risques qu'elle comporte et sa faisabilité technique et économique.

Enfin, le règlement REACH prévoit des *contrôles et sanctions*. Comme précisé précé-

demment, seul un nombre restreint de dossiers d'enregistrement est soumis à un contrôle de conformité. Par conséquent, il est possible que des substances chimiques soient fabriquées, utilisées et mises sur le marché européen ou utilisées, alors même qu'elles n'ont pas été correctement enregistrées et que des données manquent à leur sujet. C'est pourquoi REACH exige des États membres qu'ils assurent le respect du règlement en aval. Chaque État doit dès lors adopter un système de contrôle (53) et de sanctions (54) à l'intérieur même de ses frontières et, tous les cinq ans, les États membres soumettent à la Commission un rapport

(39) Règlement (CE) n° 1907/2006, articles 37 et 38.

(40) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 40.

(41) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 41.5 et article 41.7: la Commission a le pouvoir, après consultation de l'Agence, de modifier le taux obligatoire de contrôle de conformité, ainsi que la liste des dossiers qui doivent être évalués en priorité.

(42) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 44.

(43) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 45 et article 51.

(44) Substances comprises dans l'annexe XIV du règlement REACH.

(45) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 58.3.

(46) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 58.4.

(47) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 59.3.

(48) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 60.1.

(49) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 62.1

(50) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 60.2.

(51) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 60.4.

(52) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 64: tout comme la décision relative à l'évaluation d'un dossier ou d'une substance, la décision d'octroi ou de rejet d'une autorisation doit être ouverte à toute observation de la part du demandeur, des États membres ou encore de parties tierces, et est susceptible de recours.

(53) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 125.

(54) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 126.



relatif au fonctionnement du présent règlement sur leurs territoires respectifs (55).

II. — REACH UNE GOUVERNANCE HYBRIDE? (56)

Le législateur européen a mis en place un système complexe de contrôle des substances chimiques et a eu recours à divers mécanismes de gouvernance.

Ce titre permet dans un premier temps de mettre en avant les éléments d'hybridité présents dans cette réglementation REACH sur les produits chimiques (A) pour ensuite expliquer les raisons de cette évolution du droit de l'Union européenne (B).

A — les éléments d'hybridité (57)

La nature hybride de REACH doit se comprendre comme un mélange entre des éléments de la méthode communautaire classique, de nature verticale et des éléments de « nouvelle gouvernance », plus horizontaux et collaboratifs.

À première vue, la réglementation REACH répond aux standards de la méthode communautaire (58) dans la mesure où il s'agit d'un acte législatif (règlement) pris selon la procédure classique de co-décision qui dispose d'un effet direct et d'une primauté au regard du droit national. En outre, le règlement comporte de nombreux éléments de contrainte vis-à-vis des acteurs privés et rentre dès lors dans une logique de législation « *command and control* » où la hiérarchie, le contrôle et les sanctions sont de mises. Enfin le but de cette législation est d'harmoniser un secteur, en l'occurrence les substances chimiques au niveau du marché intérieur.

À l'analyse, cette logique pyramidale se voit atténuée par au moins cinq autres éléments.

— Le premier porte sur l'élément coopératif qui va bien plus loin que ce qui est requis par le principe de coopération loyale. En effet, le règlement REACH établit un cadre, pose des principes de base et des procédures à suivre. Il s'agit donc d'un « règlement cadre » qui laisse le soin aux parties intéressées (la Commission européenne, l'Agence, les comités, les États membres, le forum) de fixer les standards, les critères et les lignes directrices (59). Il est, par exemple, du devoir de la Commission et de l'Agence d'adopter des « orientations » afin de faciliter la mise en œuvre de REACH (60). La nature de ces documents reste ambiguë, mais il ne fait aucun doute que les « orientations » requièrent de la Commission, de l'Agence et des États membres une coopération étroite au niveau de la mise en œuvre du règlement.

— Bien au-delà du triangle institutionnel, REACH multiplie les lieux de pouvoir, de décision et d'exécution (*multilevel governance*) afin d'impliquer les toujours plus nombreux acteurs en présence. L'Agence des produits chimiques (61) en est le meilleur exemple et a eu pour conséquence d'élever le point de contact entre les entreprises chimiques et les institutions publiques au niveau européen. Le secteur privé ne s'adresse plus uniquement aux autorités nationales, mais également à l'Agence européenne qui assure ainsi un rôle de centralisation de toutes les données relatives aux produits chimiques utilisés au sein du marché européen. Toutefois l'Agence joue plus un rôle de coordinateur et de facilitateur que de décideur car il ne dispose pas des moyens nécessaires pour assurer une gestion complète des produits chimiques européens et la délégation de pouvoir reçue ne l'autorise à agir que dans des missions à caractère exécutif. Le règlement REACH entoure dès

lors l'Agence d'autres canaux d'informations et de compétences (62). À cette fin,

(55) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 117.

(56) HEY C., JACOB K., VOLKERY A., « Better regulation by new governance hybrids? Governance models and the reform of European chemicals policy », FFU Report, Environmental Policy Research Centre, Free University Berlin, 31 p.

(57) HEVAERT V., « The EU Chemicals Policy: Towards Inclusive Governance? », LSE Law, Society and Political Science Working Paper 7/2008, 23 p.; KJAER P., « Rationality within REACH? On Functional Differentiation the Structural Foundation of Legitimacy in European Chemicals Regulation », EUI Working Papers, Law 2007/18, pp. 14 et s.

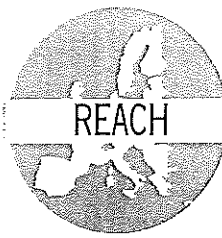
(58) On entend par méthode communautaire, schématiquement, et pour rappel, que le processus de décision politique se déroule au niveau européen d'une façon plus ou moins standardisée: seule la Commission a le pouvoir d'initiative, c'est-à-dire le pouvoir de faire des propositions. En principe, il revient au Conseil et au Parlement d'arrêter les actes normatifs ayant un caractère législatif du fait de leur portée générale. Le cas échéant, d'autres organes participent au processus décisionnel. L'exécution du droit communautaire concerne la précision des actes normatifs à portée générale qui en rend l'application possible dans des cas concrets. Elle est prise en charge par les États membres, par le Conseil lui-même ou par la Commission. Les institutions s'efforcent d'assurer que leur participation au processus décisionnel soit effective, au besoin par un recours devant la Cour de justice. Cette méthode agit principalement par voies législatives, en l'occurrence règlements et directives.

(59) Cette manière de procéder n'est pas sans faire penser à la 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. SCOTT J. et HOLDER J., « Europe: Law and Environmental Governance », in DE BURCA G. et SCOTT J. (ed.), *Law and New Governance in the UE and the US*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, pp. 229 et s.

(60) En vertu notamment des considérants 24, 31 et 38 et de l'article 77 du règlement (CE) n° 1907/2006.

(61) Au niveau de l'Union européenne, le phénomène de délégation de pouvoir à des agences est apparu dans les années 70 avec la création d'un Centre européen pour le développement de la formation professionnelle et la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail. Dans les années 90, particulièrement marquées par une grande activité en vue de réaliser le marché intérieur, une série de nouvelles agences sont apparues (agences de la deuxième génération) avec pour justification la volonté de déconcentration géographique et la nécessité de faire face à de nouvelles tâches de nature technique et/ou scientifique. En décembre 2003, les chefs d'État et de gouvernement ont décidé de créer une « troisième génération » d'agences dont l'Agence européenne pour les produits chimiques émane.

(62) KJAER P., op. cit., p. 15.



outre les autorités nationales et la Commission européenne, l'Agence peut compter sur l'appui d'autres « entités » destinées à collaborer avec elle, en l'occurrence, le « comité d'évaluation des risques », le « comité d'analyse socio-économique » et le « comité des États membres », le forum d'échange d'information, et la chambre des recours (63).

— Le troisième élément réside dans l'obligation d'auto-régulation (*obligatory self-regulation*) (64). En effet, une des innovations majeures du règlement REACH réside dans le transfert de responsabilité de l'évaluation et de la gestion des risques des pouvoirs publics nationaux au secteur privé (65). Alors que jusqu'en 2007, les États membres étaient en charge d'évaluer les risques posés par l'utilisation de nouvelles substances chimiques pour la santé humaine et l'environnement, c'est dorénavant aux fabricants, importateurs et même dans certains cas aux utilisateurs en aval d'évaluer ces risques. Ainsi, après avoir participé à l'élaboration de la réglementation REACH via le processus de consultation internet, le secteur privé devient le principal acteur de sa mise en œuvre. Cette politique vise à encourager les acteurs privés à s'engager dans des coopérations horizontales substantielles. Les forums d'échanges des informations sur les substances illustrent parfaitement cette caractéristique. Tous les déclarants ont l'obligation de rejoindre un forum d'échanges d'informations sur les substances qui ont pour vocation de faciliter le partage des données entre les entreprises et de permettre ainsi d'éviter la duplication des études, d'une part, et, d'autre part, de parvenir à un accord sur la classification et l'étiquetage des substances (66). Un forum se forme lorsque les entreprises sont d'accord sur le fait qu'elles travaillent sur la même substance. Les entreprises au sein d'un même forum décident librement des modalités de com-

munication et d'organisation. L'Agence européenne ne prend pas part aux discussions entre les déclarants potentiels et n'intervient pas pour confirmer ou refuser la création d'un forum donné (67). Il est intéressant de noter que chaque entreprise doit participer à un forum mais que les modalités d'exercice au sein dudit forum sont laissées à la libre appréciation des participants. Il y a donc une obligation de trouver des accords de collaboration avec les autres producteurs et importateurs bien que ceux-ci se trouvent bien souvent dans des relations de concurrence économique. L'idée sous-jacente étant de laisser les parties intéressées gérer au mieux leurs intérêts respectifs mais aussi de les obliger à se mettre ensemble afin de créer une confiance mutuelle et une stabilisation des relations autour de normes communes (auto-régulation) (68).

— Quatrièmement, un nombre important de règles prévues par le règlement REACH est soumis à une révision permanente. Tant la liste des « substances extrêmement préoccupantes » que celle des substances devant être évaluées chaque année par les États membres sont revues, réduites ou rallongées tous les trois ans, voire tous les deux ans. À cette fin, un nombre important d'acteurs privés et publics participe à ces révisions. Pour preuve, une section du site internet de l'Agence européenne des produits chimiques, intitulée « consultation » permet aux parties intéressées de soumettre leurs recommandations, commentaires et propositions en matière d'autorisation notamment. Dès que l'Agence ou un État membre propose de qualifier une nouvelle substance comme « extrêmement préoccupante », l'Agence doit publier cette proposition, qui est ensuite ouverte à tout commentaire. L'ensemble des remarques doit ensuite être pris en compte par le comité des États membres lorsqu'il formule son avis (69). Les conditions dans lesquelles s'opère cette

constante révision normative donnent lieu à une confusion de la fonction de production des normes et celle d'exécution.

— Enfin, les sanctions encourues en cas de non-respect du règlement REACH sont quant à elles demeurées nationales et l'Agence européenne, dont les décisions sont toujours susceptibles d'un recours devant la chambre de recours, n'effectue qu'un contrôle aléatoire et ponctuel des dossiers d'enregistrement. On combine donc une approche classique avec des contrôles par échantillon. En outre, la règle « *pas de données, pas de marché* » devient une obligation de survie économique. Or, depuis l'entrée en vigueur de REACH, cet enregistrement implique pour les acteurs privés de s'échanger les informations sur les produits chimiques qu'ils ont en commun. Cette obligation a officiellement pour objectif de limiter le nombre de tests sur les animaux vertébrés, mais instaure aussi un contrôle entre pairs au moyen d'un système en chaîne qui n'est pas sans faire penser au système bien connu de la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA). On assiste donc à une articulation entre la logique verticale de « *Command and Control* » et une logique horizontale de « *peer review* », ainsi qu'à l'effacement de la frontière public/privé vu que

(63) HEY C., JACOB K., VOLKERY A., op. cit., p. 14.

(64) HEY C., JACOB K., VOLKERY A., op. cit., p. 12; KJAER P., op. cit., p. 15.

(65) BRUNET S. et MICHEL Q., « Glissement progressif de l'analyse de la gestion des risques des autorités publiques aux opérateurs industriels », Rev. fac. Droit de l'univ. de Liège, 2006/1-2, pp. 257 à 268.

(66) http://echa.europa.eu/sief/sief_what_to_know_fr.asp

(67) http://echa.europa.eu/doc/reachit/sief_key_principles_fr.pdf

(68) KJAER P., op. cit., p. 15.

(69) Règlement (CE) n° 1907/2006, article 58.



le contrôle est désormais aussi bien effectué par des institutions publiques que par le secteur privé.

En conclusion, au regard de ces innovations, le règlement REACH intègre au moins quatre modes de gouvernance (70). Derrière un certain nombre de caractéristiques clairement identifiées comme issues (i) de la méthode communautaire classique, elle s'adjoint les services (ii) d'une agence, (iii) de trois comités (comitologie) et reprend des caractéristiques typiques (iv) de la « nouvelle gouvernance », en l'occurrence un déplacement de la frontière public/privé, un polycentrisme institutionnel, un assouplissement de la contrainte et une dimension procédurale de l'action publique (71).

B – Les paradigmes explicatifs

Ces évolutions du droit communautaire ne sont pas le fruit du hasard et ces différentes « nouvelles façons de faire » sont des réponses à l'existence de problèmes publics complexes. Ce chapitre a pour intention d'avancer trois des raisons qui sous-tendent le changement d'attitude des institutions européennes.

La crise de légitimité politique comme origine (72)

Depuis deux décennies, la construction européenne souffre d'une crise de légitimité provenant de la défiance des citoyens qui ne se retrouvent pas dans la nébuleuse communautaire. La vision citoyenne de l'Europe a en effet fort évolué. D'une stature passive – théorisée sous le nom de « consensus permissif » (73) – aboutissant à laisser aux différentes élites nationales le soin de gérer les affaires européennes et qui avait permis à la construction européenne de connaître une intégration rapide, les citoyens remettent en question un certain nombre de pratiques européennes qu'ils

jugent peu transparentes. Ce phénomène s'accompagne également d'une désaffection pour la chose communautaire, illustrée par les maigres taux de participation aux élections parlementaires européennes (74). Les institutions européennes, qui ne peuvent s'appuyer que sur une légitimité relativement faible, ont donc décidé de réagir, en associant systématiquement les acteurs publics et privés au processus décisionnel afin de garantir un maximum d'effectivité aux décisions prises. Désormais il s'agit de partager une responsabilité mutuelle (*mutual responsiveness*) à l'égard de la réalisation des objectifs communs de l'Union européenne. Le système juridique doit donc s'en accommoder et mettre en place les conditions nécessaires à cette responsabilité mutuelle à l'égard de chaque acteur concerné (75).

C'est dans ce contexte que la Commission décida de publier en 2001 un Livre blanc sur la gouvernance. Celui-ci définit les cinq principes de la « bonne gouvernance », en l'occurrence l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence (76). Ces principes, explique le Livre blanc, sont essentiels pour l'instauration d'une gouvernance plus démocratique. Il s'agit donc d'une nouvelle façon de légitimer l'exercice du pouvoir au niveau communautaire. En outre, le Livre blanc entend faire un usage accru des instruments alternatifs de politique publique, de développer « une culture européenne de coresponsabilité notamment dans le cadre d'un recours accru à l'auto-régulation et à la co-régulation » (77).

Le programme REACH s'inscrit manifestement dans ce contexte.

La régulation comme instrument d'action publique

La notion de régulation s'inscrit dans le cadre de l'évolution des fonctions de l'État où

l'État prestataire de services remplace l'État puissance publique: « la régulation correspond à un certain retrait de l'État qui demeure un "garant" mais qui n'assure plus lui-même les prestations et veille à ce que les intérêts publics essentiels soient respectés » (78).

(70) KJAER P, op. cit., p. 16; HEY C., JACOB K., VOLKERY A, op. cit., p. 12.

(71) Ces spécificités du programme REACH recourent largement les quatre caractéristiques identifiées par Laurie BOUSSAGUET et Sophie JACQUOT sur le thème de la nouvelle gouvernance. En effet, celles-ci voient un véritable (i) déplacement de la frontière public/privé, qui renforce la place des acteurs privés dans les politiques publiques européennes; (ii) une accentuation du « polycentrisme institutionnel », qui deviendrait une véritable constellation d'organismes déconcentrés ou décentralisés aux noms multiples (agences, offices, experts, fondations, ...) investies de fonctions variées (administration, gestion, exécution, régulation) en vue de porter main forte à l'exécutif communautaire ou participer à l'œuvre législative ou encore assurer un contrôle; (iii) un assouplissement de la contrainte qui signifie que l'on glisse d'un mode de fonctionnement hiérarchique et centralisé où le rôle de la Cour de justice est majeur vers un modèle davantage axé sur des mécanismes horizontaux et une pratique de l'autorité plus coopérative; enfin (iv) une dimension procédurale de l'action publique qui a principalement pour objectif de gérer la complexité de la situation en mettant l'accent sur le pilotage de l'action publique plutôt que sur le contenu en tant que tel – BOUSSAGUET L et JACQUOT S., Les Nouveaux modes de gouvernance, R. DEHOUSSE, Politiques européennes, Les Presses de SciencesPo, 2009, pp. 409 à 428.

(72) BOUSSAGUET L et JACQUOT S., op. cit., pp. 418 et s.

(73) INGELHART R., « Cognitive Mobilization and European Integration », *Comparative Politics*, 3, 1970, pp. 45 à 70.

(74) BOUSSAGUET L et JACQUOT S., op. cit., p. 418.

(75) MAESSCHALK M., « Quelle philosophie des normes aujourd'hui? Gouvernance et apprentissage social », Les carnets du Centre de Philosophie du droit, n° 138, 2008, p. 8.

(76) Ainsi que dans les politiques qui lui sont satellites telles la politique « mieux légiférer » et la promotion de la « co-régulation ».

(77) Comité économique et social, La responsabilité des acteurs de la société civile organisée, notes introductives à l'atelier n° 1 de la conférence « Le rôle de la société civile organisée dans la gouvernance européenne », Bruxelles, le 8-9 novembre 2001, p. 1.

(78) MARCOU G., « Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé », G. Marcou et F. Moderne (dir.), Droit de la régulation, service public et intégration régionale, t. 1 comparaison et commentaires, Paris, l'Harmattan, 2005, p. 26.



La régulation possède des caractéristiques intéressantes, correspondant fort bien aux mécanismes mis en place au niveau européen avec le règlement REACH (79).

Tout d'abord, l'absence de distinction entre celui qui agit et celui qui subit. Tout le monde est responsable et on assiste au passage de la responsabilité pour faute à une responsabilité pour risque (80). En outre, l'élaboration de l'acte ne se fait plus à l'extérieur du groupe auquel il s'adresse mais devient une action du groupe lui-même. On ne distingue plus clairement le destinataire du destinataire de la norme (81), « le monde extérieur sert de partenaire au for intérieur » (82). Cette non-distinction donne lieu à une confusion entre le producteur de la norme et celui à qui elle est censée s'appliquer. La régulation entraîne également un renversement de perspective par la substitution à la sanction de mécanismes de coopération. Les normes, n'étant plus imposées par une instance externe mais étant devenues au contraire l'expression d'une responsabilité collective du groupe, ne peuvent plus se voir sanctionner par la contrainte. En effet, on ne se sanctionne pas soi-même, on n'utilise pas la force contre soi-même. On assiste ainsi à un déclin de l'impérativité des normes et à la multiplication de normes obligatoires mais non contraignantes dont le respect est principalement fondé sur des mécanismes de persuasion et d'incitation (83).

Mais ce type de norme possède une « *normativité singulière, différenciée, contextualisée, parfaitement étrangère à la pensée classique de la loi, expression de la volonté générale* » (84). C'est donc une véritable remise en cause de la loi que la régulation suggère. En effet, avec la régulation, la norme générale est d'une autre généralité; loin de l'exécution uniforme de toutes les situations individuelles, elle donne lieu à une mise en œuvre individualisée et contextualisée où

chacun diffère de tous les autres et entre lesquels « *n'existe d'autres éléments communs que celui relevant de leur concours au but poursuivi et à l'orientation définie par la norme générale* » (85). La généralité de la norme supérieure tient donc à son caractère de norme d'orientation qui fixe un objectif et n'énonce pas un principe.

Les agences sont par ailleurs les institutions par excellence de la régulation (86) et l'expert en est le personnage clef. Les agences sont des institutions hybrides, chargées de réguler, « *aux confins de l'État et de la société civile, des secteurs qu'on ne se résout pas à laisser aux seules forces du marché, tout en ne pouvant plus les maintenir sous la coupe exclusive des pouvoirs publics* » (87). Le personnage de l'expert, quant à lui, tend à se substituer au décideur car il lui est attribué un rôle grandissant et des responsabilités plus politiques. Ce constat « *conduit, dans ses dimensions extrêmes à conférer aux experts un véritable pouvoir décisionnel, et oblige à reconnaître à l'expertise une valeur normative et une portée politique* » (88).

La procéduralisation du droit et la gouvernance réflexive comme fondement

Deux courants de philosophie du droit ont vraisemblablement influencé la production normative européenne dans le programme REACH: l'école de la procéduralisation du droit et la théorie de l'experimentalisme démocratique (89).

Le premier, initialement développé par Jürgen Habermas, entend proposer une nouvelle interprétation de l'État de droit adaptée aux formes que revêt une société complexe. « *Le droit ne prend pas tout son sens normatif en vertu de sa seule forme, pas plus qu'en vertu d'un contenu moral donné a priori, mais à travers une procédure d'édiction du droit qui engendre la légitimité* » (90). Il

(79) Giandomenico Majone développe d'ailleurs la thèse selon laquelle la Communauté européenne serait un « État régulateur » – MAJONE G., *La Communauté européenne: un État régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996.

(80) BECK U., *La société du risque – Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 1986, 522 pages – La thèse de Ulrich Beck, est que nous passons d'une société industrielle, où le problème central était la répartition des richesses, à une société centrée sur la répartition des risques. Autrement dit, le risque n'est plus une menace extérieure, mais bien un élément constitutif de la société qui est d'une nature nouvelle et entraîne une redéfinition de la dynamique sociale et politique en devenant un critère supérieur d'organisation de nos sociétés et TIMSIT G., « Les deux corps du droit – essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996, pp. 383 et s.

(81) TIMSIT G., op. cit., p. 384.

(82) JULIEN F., *Le détournement et l'accès, stratégies du sens*, Paris, Fayard, 1995 (cité par TIMSIT G., op. cit., p. 384).

(83) TIMSIT G., op. cit., pp. 384 et 385.

(84) En effet, la régulation est un processus étalé dans le temps. « La loi de régulation, au contraire, ne peut s'accomplir que dans l'édiction d'une norme singulière en dérogation, du fait de sa singularité, aux principes généraux. Capable de déroger à la norme générale, elle en est cependant l'application, la déclinaison, l'accomplissement et l'achèvement. Dialectique du général et du singulier qui transforme la brutalité aveugle de l'exécution uniforme de la loi en sa mise en œuvre différenciée, contextualisée, proportionnée – et en garantit la véritable universalité ». TIMSIT G., op. cit., pp. 385 et 386.

(85) TIMSIT G., op. cit., p. 386.

(86) MAJONE G., op. cit., p. 36.

(87) OST F., « Conclusion générale », *Les transformations de la régulation juridique*, Jean Clam et Gilles Martin (éd.), Paris, LGDJ, 1998, p. 434.

(88) COLSON R., « L'observance des traités sur le changement climatique. Une gouvernance des experts par le droit », *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Rafael Encinas de Munagorri (éd.), Paris, LGDJ, 2009, p. 159 qui cite pour la valeur normative LECLERCQ O., *Le juge et l'expert: contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 145 et s. et pour la portée politique KENNEDY D., « Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance », *Sydney Law Review*, n° 27, 2005, pp. 1 et s.

(89) DE LA ROSA S., *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 149 et s.; LOBEL O., « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », www.ssrn.com; Research Paper n° 07127, 2005, 138 p. – Cette affirmation se trouve d'ailleurs confirmée au regard de la présence de ces deux courants dans les travaux préparatoires du Livre blanc sur la gouvernance européenne et dans les « cahiers de la cellule prospective de la Commission européenne » concernant la gouvernance européenne.

(90) HABERMAS J., *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 153.



développe par ailleurs l'idée que la norme doit mieux suivre les évolutions sociétales afin de dépasser le modèle décisionnel traditionnel, qui serait fondé sur une rationalité instrumentale où « la prise de décision était (...) tributaire de l'acteur, dont la tâche principale consistait à rechercher l'unique meilleure solution à partir d'une causalité sociale pré-structurée et de règles juridiques » (91). Le résultat attendu de ces processus est la constitution d'espaces participatifs soumis à l'assentiment de tous les concernés pour autant qu'ils s'engagent, de manière libre et égale, à « une recherche coopérative de la vérité, au sein de laquelle seule a le droit de s'exprimer la force de l'argument meilleur » (92). La présupposition pragmatique de ce modèle était donc clairement que « tous ceux qui sont en principe concernés » par une situation ou un enjeu social « peuvent participer, libres et égaux » (93), à un débat argumenté conduisant à l'élaboration de normes communes (94). En fait, Jürgen Habermas « conçoit idéalement les institutions démocratiques comme une procédure de transformation de la communication sociale en pouvoir politique légitime et de celui-ci en règle de droit » (95). Dès lors la légitimité de la règle n'est plus fonction de sa forme générale qui y est abstraite mais de l'existence d'un espace public ouvert à toutes les personnes concernées qui garantit la qualité de la décision prise (96). Habermas démontre ainsi que, « dans le régime démocratique moderne institué par nos constitutions, la production du droit légitime n'est pas le monopole des organes de l'État mais plutôt le produit du jeu combiné des espaces publics institutionnels et des "espaces publics autonomes", ou s'il on préfère de la société civile » (97).

La théorie de l'experimentalisme démocratique conçu par Joshua Cohen et Charles Sabel constitue la seconde source d'inspiration.

L'école de l'experimentalisme démocratique part du principe que les acteurs doivent construire eux-mêmes les mécanismes d'apprentissage propres à l'élaboration des politiques. Joshua Cohen et Charles Sabel ont mis en avant cette théorie de l'experimentalisme démocratique ou « *Directly Deliberative Polyarchy* » en partant du constat d'une crise de la démocratie mais « également de l'idée que l'UE constitue un espace inédit pour que celle-ci acquière une nouvelle vitalité, les auteurs développent un modèle pour construire une "démocratie apprenante" » (98). L'idée du réseau est au cœur de cette théorie (99) et elle serait particulièrement adéquate lorsque les systèmes traditionnels ont commencé à s'effondrer sous leur propre poids (100).

L'idée générale est de mettre en lien les acteurs politiques et la société civile de manière directe et de les associer au processus de décision. Ce modèle entend favoriser les mécanismes d'échanges d'information, d'évaluation des pairs, la révision des mécanismes régulateurs et des objectifs au-delà des limites territoriales... (101). Cela donne lieu à un retour réflexif permanent entre la justification de la règle et son application. « Une règle ne devrait plus être établie une fois pour toutes mais devrait pouvoir faire l'objet d'une révision constante en fonction des situations particulières et des évolutions. De plus, elle ne devrait qu'énoncer des principes assez généraux et vagues pour faciliter leur adaptation aux contextes locaux » (102). Ce type de gestion publique fait glisser le rôle du législateur. Il ne serait plus le producteur de lois ayant la fonction de règles guidant l'action mais devrait « déclarer l'intention des citoyens de formuler un problème public, d'allouer des fonds pour le solutionner et de superviser le processus par lequel cette intention devient réalisable » (103).

CONCLUSION

L'hybridité du règlement REACH demande à repenser la relation entre la méthode communautaire classique et les mécanismes atypiques de gouvernance. On pourrait y voir le passage d'un paradigme vers l'autre où un

(91) LADEUR K., « La procéduralisation et son utilisation dans une théorie juridique postmoderne », La gouvernance dans l'Union européenne, Les cahiers de la cellule prospective, 2001, p. 55. À cet égard, Jürgen Habermas propose une théorie de l'espace public, appliquée au modèle européen, afin de revitaliser un espace public culturel.

(92) HABERMAS J., Erläuterungen zur Diskursethik, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, pp. 154-155 (trad. française, Cerf, 1992, p. 140).

(93) Ibidem.

(94) MAESSCHALCK M., op. cit., 2009, p. 85.

(95) FRYDMAN B., « Habermas et la société civile contemporaine », La société civile et ses droits, B. Frydman (dir.), p. 139.

(96) FOLTZER K. et MAHIEU C., « La gouvernance européenne: compromise entre régulation par le marché et régulation par les normes », La gouvernance européenne: Un nouvel art de gouverner ?, B. Dekourt, O. Poye et P. Vercauteren, eds., Bruxelles, Academia-Bruylant, p. 53.

(97) HABERMAS J., Droit et démocratie, Paris, Gallimard, 1997, pp. 323 et 398.

(98) DE LA ROSA S., op. cit., p. 163 – voir à cet égard le récent livre de SABEL C. et ZEITLIN J. (éd.), *Experimentalist Governance in the European Union – Towards a new architecture*, OUP, 2010, 368p.

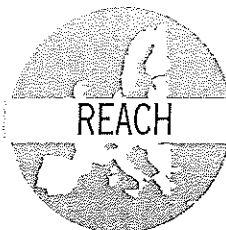
(99) EDERLEIN B. et KERWER D., *Theorising the New Modes of European union governance*, *European Integration online Papers (EIoP)*, vol. 6, 2002, n° 5.

(100) SABEL C., « Conception, délibération et démocratie: le nouveau pragmatisme », *Environnement et Société*, 1999, pp. 137 et 138.

(101) COHEN J. et SABEL C., « *Directly-Deliberative Polyarchy* », *European Law Journal*, 1997, pp. 313 à 342; SABEL C. et ZEITLING J., « *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU* », *European Law Journal*, 2008, pp. 271 à 327.

(102) FOLTZER K. et MAHIEU C., op. cit., p. 53.

(103) SABEL C., « Conception, délibération et démocratie: le nouveau pragmatisme », *Environnement et Société*, 1999, pp. 133.



REACH

certain nombre d'éléments de l'ancien paradigme sont encore présents. À notre avis, il n'est donc pas question de voir ici deux phénomènes étrangers l'un à l'autre qui modaliseraient leur relation. Il s'agit d'une même réalité qui est en train de transformer la méthode communautaire en accentuant certaines de ces caractéristiques (104) et dont l'évolution se manifeste dans des domaines de plus en plus nombreux (105). La place accordée au droit s'en trouve modifiée et occupe soit un rôle « procédural » de résolution des conflits, soit un rôle de « filet de sécurité » en consacrant certains droits jugés primordiaux et que l'on peut faire valoir devant le pouvoir judiciaire en cas d'ineffectivité desdites nouvelles normes, soit un rôle de « standard minimum », soit enfin « un cadre très général » visant à entourer au minimum ces nouvelles pratiques (106). En effet, REACH, règlement adopté suivant la procédure de co-décision, peut être considéré comme faisant partie des instruments législatifs européens classiques. Toutefois, afin de répondre à un double objectif, à savoir protéger la santé humaine et l'environnement tout en améliorant la compétitivité de l'industrie chimique européenne, le législateur européen a remodelé, voire assoupli certains principes de droit communautaire et impliqué un nombre important d'acteurs publics et privés dans la procédure tant législative qu'exécutive. C'est dorénavant aux entreprises elles-mêmes d'évaluer les risques posés par

l'utilisation de leurs substances chimiques. De plus, ces entreprises sont dans l'obligation de coopérer entre elles lors de l'enregistrement de leurs substances auprès de l'Agence européenne des produits chimiques. Aussi, pour satisfaire aux obligations imposées par le règlement REACH, il est vivement conseillé aux entreprises de se référer non pas au règlement, seul texte législatif en la matière, mais bien à des documents d'orientation rédigés par la Commission européenne et/ou l'Agence, en collaboration avec les États membres et l'industrie, pourtant destinataires de la norme. Enfin, le principe de « *Command and Control* » laisse une place importante aux principes de « coopération » et de « gouvernance horizontale » où les États membres jouent un rôle essentiel dans la mise en œuvre et le respect du règlement, les acteurs privés s'autorégulent via des forums d'échanges d'informations, et toutes les parties intéressées ont l'opportunité de participer à la révision régulière des normes qui ont été énoncées en des termes généraux par le règlement REACH.

Toutefois, cette transformation comporte un certain nombre de risques au premier rang desquels on trouve l'atteinte au principe de « communauté de droit/Union de droit ». En effet, la césure entre production de la norme, c'est-à-dire la phase politique empreinte de pouvoir discrétionnaire et celle de mise en œuvre, c'est-à-dire la phase administrative d'application des décisions

prises au niveau politique, se trouve brouillée au profit d'un processus indifférencié et discontinu (107). La loi n'est plus un acte mais un programme qui ne travaille plus par disposition mais par prévision. Pour reprendre François Ost, « *ce qu'elle perd ainsi en sécurité et en normativité, elle cherche à le compenser en adaptabilité et en réversibilité* » (108). Ce phénomène comporte le risque « *d'imposer une rationalité technicienne et scientifique qui serait hors du politique et du droit, stade ultime de l'État administratif* » (109) ■

(104) DE BURCA G. et SCOTT J., « *New Governance, Law and Constitutionalism* », in DE BURCA G. et SCOTT J. (ed.), *Law and New Governance in the UE and the US*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, pp. 1 à 14.

(105) Nous pensons par exemple aux normes comptables internationales (IFRS), au marché européen de droit de polluer, à la méthode ouverte de coordination ayant trait à l'emploi, l'inclusion sociale, les retraites et les soins de santé, au dialogue social, à la procédure Lamfalussy, à la politique européenne pour les OGM ou à la directive-cadre « eau ».

(106) TRUBEK D. et TRUBEK L., « *New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation* », *Columbia Journal of European Law*, Summer 2007, pp. 10 et 11.

(107) OST F., « *Conclusion générale* », *Les transformations de la régulation juridique*, Jean Clam et Gilles Martin (éd.), (LGDJ, 1998), p. 437.

(108) OST F., op. cit., p. 437.

(109) MOCKLE D., *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 105.