



CAMBIOS EXPERIMENTALES A LAS LEYES QUE REGULAN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL*

Suzanne COMTOIS

I. EL ENFOQUE TRADICIONAL: NORMATIVIDAD DIRECTA

El modelo favorito tradicional de la intervención gubernamental para proteger el medio ambiente es el enfoque reglamentario directo, denominado también de “mando y control”. Las principales herramientas de este modelo autoritario y jerárquico son las leyes y los reglamentos: la imposición de normas generales, impersonales. Además de las leyes y reglamentos están las decisiones que los organismos públicos toman respecto de la aplicación de estas leyes, así como las decisiones tomadas por los tribunales judiciales en la resolución de controversias relacionadas con dichas leyes. El modelo de “mando y control” se sigue aplicando en Canadá, en buena medida mediante una gran cantidad de leyes y reglamentos que cubren campos particulares y por medio de legislaciones federales, provinciales y municipales. Este marco jurídico establece controles de diversas formas: prohibiciones, pero también normas de calidad, de emisiones, productos, tecnología, etcétera.

II. LA INTRODUCCIÓN DE NUEVAS MODALIDADES DE GOBERNANZA

1. *El hallazgo*

Las formas de la legislación han evolucionado de manera considerable en los últimos diez años. Con la perspectiva de adaptar los procesos de gobernanza a los cambios políticos, económicos y sociales, se ha dado un

* El núcleo del presente texto son los cambios realizados al marco jurídico como vehículo en el fomento de la protección del medio ambiente, 2008.

giro hacia alternativas de la reglamentación directa. En Quebec, los académicos Pierre Issalys, de la Universidad de Laval, y Daniel Mockle, de la Universidad de Quebec en Montreal, han encabezado una investigación importante sobre la transformación de las formas jurídicas. Su hallazgo: una diversificación tanto de las fuentes de la ley como de las formas en que el gobierno interviene en la sociedad. La consecuencia: una disminución de las leyes autoritarias a cambio de nuevos modos de gobernanza basados en la desregulación y el fomento de entendimientos con acuerdo mutuo.

2. Características de los nuevos modos de gobernanza

Primera, hay una multiplicidad de actores: se favorece un tipo de gobernanza por medio de asociaciones; Daniel Mockle habla de la contractualización de la acción pública.

Segunda, hay un movimiento para reemplazar la lógica del control con la de la autorregulación del sector privado. En algunos campos o contextos las empresas están obligadas a elaborar planes de cumplimiento, establecer mecanismos que aseguren la aplicación de dicho plan, realizar pruebas internas del cumplimiento e informar de los resultados. Entre los nuevos medios de gobernanza existen mecanismos para alentar el apego a las reglas sin que necesariamente sean obligatorias para las partes: entendimientos y acuerdos, a menudo de efecto menor que el contractual.

Tercera, existe un esfuerzo por emplear medidas flexibles y desarrollar una legislación más situacional que universal. Se emplean mecanismos con un consenso mucho mayor y apoyados más en la coordinación que en la coerción, con la participación de las partes interesadas en diversas etapas. Las empresas reglamentadas se consideran las partes, pero también lo son los ciudadanos, las autoridades locales y todo aquel interesado en la actividad en supervisión.

Estas nuevas formas de gobernanza operan junto con las formas tradicionales.

III. EJEMPLOS DE NUEVOS MODOS DE GOBERNANZA EMPLEADOS EN EL CONTEXTO AMBIENTAL

Un ejemplo de los nuevos modos de gobernanza está en el manejo de las zonas de captación de aguas. Se sigue un modelo ya empleado en muchos países europeos y en desarrollo en Quebec desde que la provincia adoptó su política en materia de agua, al igual que en otras provincias canadienses. Esta nueva forma de manejo participativo entraña tanto a los ciudadanos como a las corporaciones privadas y el sector público, empresas públicas y gobiernos municipales. Todos estos sectores deben negociar sus contratos de captación. Se trata de contratos sólo de nombre, ya que no son obligatorios, pero comprenden un sentido de obligación moral y sirven de guía para el Departamento del Medio Ambiente.

Otro instrumento más flexible es el principio precautorio. En Canadá éste figura en primer lugar en algunos estatutos federales y provinciales, como la Ley Canadiense de Protección Ambiental (*Canadian Environmental Protection Act*, CEPA) y la Ley sobre los Océanos (*Oceans Act*), ambas federales, y en la Ley sobre Desarrollo Sustentable (*Loi sur le développement durable*) de Quebec. Aunque este principio funciona junto con otros —como, por ejemplo, el de equidad— implica un valor agregado: hace posible dar una respuesta pública a riesgos potenciales graves incluso antes de que exista prueba científica de su realidad.

Destacan también los sistemas privados de normalización, derivados de la lógica de la desregulación, al igual que ocurre con las normas ISO. Se trata de normas elaboradas de forma voluntaria por las empresas para identificar y atender las cuestiones ambientales a que se enfrentan. Estas normas del sector privado buscan operar en el marco de la política pública de varias maneras. La Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) misma impulsó dicho enfoque de administración ambiental en un documento publicado en 2000 con el título *Documento guía: Hacia un mejor desempeño y cumplimiento ambientales. Diez elementos para un sistema de administración ambiental efectivo*. En el ámbito federal se hace referencia a dichas normas en leyes particulares, incluida la CEPA.

Otro nuevo modo de gobernanza digno de mención es el uso de certificados sanitarios. Se trata de un fenómeno más antiguo que data de la época de las primeras normas ISO. Aparece ya, por ejemplo, en la Ley sobre la Calidad del Medio Ambiente (*Loi sur la qualité de l'environnement*, LQE) de Quebec, que crea un régimen especial —aplicable sobre todo a las compañías papeleras— según el cual cada empresa debe elaborar su pro-

pio plan de cumplimiento, asegurar su aplicación y presentar informes al respecto. Es una especie de autorregulación: las empresas continúan bajo la supervisión de las autoridades públicas, pero cooperan con ellas en el establecimiento de sus obligaciones. La elaboración de los primeros certificados sanitarios llevó una gran cantidad de tiempo debido a lo prolongado de su negociación, pero el proceso de ésta sirvió tanto a las autoridades públicas como al sector privado como una especie de aprendizaje recíproco.

Otro ejemplo es la *condicionalidad ecológica* aplicada al sector agropecuario. El gobierno hace que la disponibilidad de los programas de apoyo financiero esté condicionada al cumplimiento de requisitos ambientales específicos, con lo que se ayuda a las empresas agropecuarias a mejorar su desempeño ambiental. Este mecanismo supone promover la educación y la capacitación: la meta es procurar que las personas en posición de generar contaminación entiendan los mecanismos con que ello ocurre.

Por último está la acción concertada voluntaria. El sistema está previsto en la Ley sobre la Calidad Ambiental de Quebec: las empresas en infracción o incumplimiento de la Ley negocian con el gobierno un retorno gradual al cumplimiento. Con esta acción, obtienen cierto tipo de inmunidad en la presentación de cargos al tiempo que emprenden su programa de saneamiento. El gobierno ahorra recursos al evitarse la presentación de cargos, los cuales se vuelven innecesarios en tanto que el programa se supervise de manera adecuada. Es cierto que el retorno al cumplimiento mediante este programa es gradual, pero requiere menos tiempo que el que implicarían la presentación de cargos y el juicio. Este sistema exige una estrecha supervisión para evitar que los delincuentes se beneficien de la inmunidad y que, al finalizar el plazo del programa, cierren sus puertas habiendo agregado así aún más contaminación.

IV. CONCLUSIÓN

No siempre resulta fácil sopesar la eficacia y eficiencia relativas de estos nuevos mecanismos: es importante determinar hasta qué punto se permite reducir los costos o propiciar el cumplimiento ambiental, lo cual es aún más difícil cuando quienes retienen la información pertinente son las empresas mismas (en los “autoinformes”). No obstante, está claro que la complementariedad de los mecanismos nuevos con los tradicionales puede tener un efecto positivo en la protección ambiental al permitir que quienes contaminan rindan mejores cuentas.

EXPERIMENTAL CHANGES TO THE LAW GOVERNING ENVIRONMENTAL PROTECTION*

Suzanne COMTOIS

I. THE TRADITIONAL APPROACH: DIRECT REGULATION

The traditionally favored model for governmental intervention to protect the environment is the regulatory approach: direct regulation, or what might be termed 'command and control'. The main tools of this authoritarian and hierarchical model are statutes and regulations, imposing general, impersonal norms. Beyond statutes and regulations, there are the decisions that public bodies make in applying these laws, as well as judgments made by courts of law in resolving disputes about the laws. This 'command and control' model still applies in Canada, in large part, through a mass of statutes covering particular fields and through federal, provincial, and municipal regulations. They provide for controls in various forms: prohibition, but also standards of quality, of emissions, of products, of technology, and so on.

II. THE INTRODUCTION OF NEW MODES OF GOVERNANCE

1. *The finding*

The forms of law have evolved considerably over the last ten years. With a view to adapting governance processes to changing political, economic, and social contexts, there has been a turn to alternatives to direct regulation. In Quebec, the academicians Pierre Issalys of Université Laval and Daniel Mockle of Université du Québec à Montréal have led

* The focus of this presentation is on changes made to the law as a vehicle for promoting environmental protection, 2008.

major research into the transformation of legal forms. Their finding: a diversification of both the sources of law and of the ways government intervenes in society. The consequence: a decline of authoritarian law, in favor of new modes of governance based on deregulation and the fostering of agreed understandings.

2. The features of the new modes of governance

First, there is the multiplicity of actors: a kind of governance through partnership is favored. Daniel Mockle speaks of the contractualization of public action.

Secondly, there is a movement to replace the logic of control with the logic of self-regulation in the private sector. In some fields or contexts, businesses are obliged to develop a compliance plan, to ensure its application, to test themselves for compliance and to report the results. Among the new means of governance are devices to encourage fidelity to the rules, without necessarily binding the parties: understandings and agreements, often of less than contractual effect.

Thirdly, there is an effort to employ flexible measures, and to develop a law more situational than universal. Mechanisms much more consensual are used, relying on coordination rather than coercion, involving interested parties at various stages. The regulated businesses will be parties, but citizens, local authorities, and everyone with an interest in the activity being overseen may also be included.

These new modes of governance operate together with the traditional modes.

III. EXAMPLES OF NEW MODES OF GOVERNANCE AS EMPLOYED IN THE ENVIRONMENTAL CONTEXT

One example of the new modes of governance is in the management of water catchment areas. This follows a model already in place in many European countries, and developing in Quebec since the province's water policy was adopted, as well as in other Canadian provinces. This new form of participatory management involves citizens as much as private businesses, the public sector, government enterprises, and municipalities. All these actors must negotiate their way to a catchment contract. This

is a contract in name only, for it lacks binding force; but it does import a sense of moral obligation, and it serves as a guide for the Department of the Environment.

Another more flexible device is the precautionary principle. In Canada this principle appeared first in certain federal and provincial statutes, like the federal *Canadian Environmental Protection Act* and *Oceans Act* and Quebec's *Sustainable Development Act*. Although this principle operates with others, like the principle of fairness, it carries an added value: it makes possible public responses to potentially serious risks even before there is scientific proof of their reality.

Notable also are regimes of private standardization, deriving from the logic of deregulation, as do the ISO standards. These are standards developed voluntarily by businesses to identify and deal with the environmental issues they face. Such private-sector norms seek to operate within public policy, in various ways. The Environmental Cooperation Commission itself promoted this approach to environmental management in a document published in 2000, entitled "Guide to Improving Environmental Performance and Compliance with Environmental Legislation: Ten Elements of Effective Environmental Management Systems". At the federal level, there is reference to such standards in particular legislation, including the *Canadian Environmental Protection Act*.

Another new mode of governance worth mentioning is the use of sanitation certificates. This is an older phenomenon, dating from the same era as the first ISO standards. It appears, for example, in Quebec's *Environmental Quality Act*, which creates a special regime, notably applicable to pulp mills, by which each business is bound to develop its own plan of compliance, to ensure its application, and to submit reports. This amounts to a form of self-regulation: these businesses remain within the oversight of the public authorities, but cooperate with those authorities in setting their obligations. Effectuating the first sanitation certificates occupied an enormous time because they took a long time to negotiate. But the process of negotiation served both the public authorities and the private sector, as a kind of reciprocal apprenticeship.

Another example is the ecoconditionality applied in the agriculture sector. The government makes access to financial support programs conditional upon compliance with environmental requirements, while helping agricultural enterprises improve their environmental performance. This

feature measures facilitating education and training: the goal is to see that people in a position to generate pollution understand how it happens.

Finally, there is agreed, voluntary action. Such a system is provided for by Quebec's *Environmental Quality Act*: businesses in violation of or non-compliant with the Act negotiate, with the government, a gradual return to compliance. They gain immunity from prosecution while undertaking their sanitation program. The government gains by not using resources on a prosecution, this being unnecessary as long as the program is well supervised. Moreover, the return to compliance through such a program, although gradual, still takes less time than would a prosecution and trial. This technique does require close supervision, to avoid allowing delinquents to benefit from the immunity and then close up shop at the end of the program's term, having added to pollution in the meantime.

IV. CONCLUSION

It is not always easy to weigh the relative effectiveness of these new mechanisms to determine to what extent they reduce costs or promote environmental compliance. It is even more difficult when those who hold the pertinent information are the businesses themselves ('self-reporting'). Nonetheless, it is clear that the complementarity of the new and traditional mechanisms has a potentially positive effect on environmental protection, rendering polluters more accountable.

LES CHANGEMENTS APPORTÉS AU DROIT ET AU CADRE JURIDIQUE DE L'ACTION GOUVERNEMENTALE*

Suzanne COMTOIS

I. L'APPROCHE TRADITIONNELLE: LA RÉGLEMENTATION DIRECTE

Traditionnellement, le modèle privilégié d'intervention de l'Etat pour assurer le respect de la protection de l'environnement est l'approche réglementaire, la réglementation directe, que l'on peut nommer en anglais «command and control». Les principaux outils de ce modèle, qui est caractérisé par une approche autoritaire et hiérarchique, sont les lois et règlements, qui imposent des normes à caractère général et impersonnel. Outre les lois et règlements, il y a les décisions des autorités publiques qui sont rendues en application de ces lois, et en cas de conflit, les jugements des cours de justice. Le modèle « command and control » continue de s'appliquer en large partie au Canada, à travers une multitude de lois sectorielles et de règlements provinciaux, fédéraux et municipaux. Ces textes imposent des contraintes sous diverses formes : interdiction, normes de qualité, d'émission, de produits, de technologie, etc.

II. L'INTRODUCTION DE NOUVEAUX MODES DE GOUVERNANCE

1. *Le constat*

Au cours des dix dernières années, les formes du droit se sont transformées considérablement. Dans une perspective d'adapter les procédés de l'Etat au contexte politique, économique et social changeant, on

* Cette présentation porte essentiellement sur les changements apportés au droit comme véhicule de respect de la protection de l'environnement, 2008.

s'est tourné vers des alternatives à la réglementation directe. Au Québec, les professeurs Pierre Issalys de l'Université Laval et Daniel Mockle de l'Université du Québec à Montreal ont mené d'importantes recherches sur la transformation du droit. Leur constat : la diversification à la fois des sources du droit et des procédés d'intervention. La conséquence: un affaiblissement de la loi et de la réglementation autoritaire, au profit de nouveaux modes de gouvernance qui s'inscrivent dans une logique de déréglementation et de promotion d'ententes négociées.

2. Les caractéristiques de ces nouveaux modes de gouvernance

Premièrement la pluralité d'acteurs : on privilégie une gouvernance associative. Daniel Mockle parle d'une contractualisation de l'action publique.

Deuxièmement, on cherche à substituer à une logique de contrainte une logique d'autocontrôle du secteur privé. Dans certains secteurs ou contexte, l'entreprise a l'obligation de développer un plan de conformité, d'en assurer l'application, de faire elle-même des tests et de faire rapport. On a aussi, parmi les nouveaux outils de gouvernance, des instruments qui recherchent l'adhésion. On négocie des ententes ou des accords qui parfois n'ont pas le statut ou la force contraignante des contrats.

Troisièmement, on cherche à faire usage de mesures flexibles, et à créer un droit davantage sur mesure qu'universel. On met en place des mécanismes beaucoup plus consensuels, qui misent sur la concertation plutôt que sur la coercition, et qui impliquent à différents stades les intéressés, soit un large auditoire: il peut s'agir des entreprises réglementées, mais aussi des citoyens, des autorités locales, et de tous ceux qui ont un intérêt dans l'activité qui fait l'objet de surveillance.

Ces nouveaux modes de gouvernances coexistent avec les modes traditionnels.

III. EXEMPLES DE NOUVEAUX MODES DE GOUVERNANCE UTILISÉS DANS LE CONTEXTE DE L'ENVIRONNEMENT

Parmi les exemples de nouveaux modes de gouvernances, figure la gestion de l'eau par bassins versants, qui existe déjà dans plusieurs pays d'Europe et qui se développe au Québec depuis l'adoption de la politique

nationale de l'eau, ainsi que dans d'autres provinces canadiennes. Cette nouvelle forme de gestion participative implique tant les citoyens que l'entreprise privée, le secteur public, les sociétés d'Etat ou les municipalités. Ces acteurs doivent, au terme d'une négociation, s'entendre sur un contrat de bassin. Mais ce contrat n'a de contrat que le nom, car il n'a pas de force contraignante. Il a en revanche une force morale, et il est aussi un outil qui guide le Ministre de l'environnement.

Parmi les autres mécanismes plus souples d'intervention, figure le principe de précaution. Au Canada ce principe a fait son apparition dans certaines lois fédérales et provinciales, telle que la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, la *Loi sur les océans*, et la *Loi sur le développement durable* du Québec. Bien que ce principe soit complémentaire à d'autres principes tel le principe d'équité, il comporte une valeur ajoutée, puisqu'il rend possible des interventions publiques à l'égard de risques potentiels graves avant même d'avoir la preuve scientifique de leur existence.

Mentionnons également les régimes de normalisation privée qui s'inscrivent dans la logique de la déréglementation, par exemple les normes ISO. Il s'agit de normes élaborées volontairement par les entreprises pour cerner et gérer des questions environnementales associées à leurs activités. Ces régimes de normes privés tentent de faire leur apparition dans les politiques publiques de diverses façons. La Commission de coopération environnementale elle-même fait la promotion de ce système de gestion environnementale dans un document publié en 2000 qui s'intitule « Guide pour améliorer la performance environnementale et la conformité à la législation sur l'environnement : dix éléments pour les systèmes efficaces de gestion de l'environnement ». Au Canada, on retrouve aussi des références à ces normes privées dans certaines lois fédérales, telle que la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*.

Parmi les autres nouveaux modes de gouvernance, citons les attestations d'assainissement. Il s'agit d'un phénomène moins récent puisqu'il date de la même époque que les premiers ISO. Il en est question par exemple dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec, qui crée un régime particulier applicable notamment aux papetières et selon lequel chaque entreprise a l'obligation de développer son plan de conformité, d'en assurer l'application et de faire rapport. On se rapproche d'une forme d'autocontrôle : ces entreprises continuent de faire l'objet de surveillance par les autorités publiques, mais collaborent avec les autorités

pour fixer leurs obligations. Les premières attestations d'assainissement ont pris énormément de temps à entrer en vigueur car elles ont été très longues à négocier. Mais ce processus de négociation permet un apprentissage réciproque des autorités publiques et du secteur privé concerné.

Un autre exemple est l'éco-conditionnalité, qui est appliquée dans le secteur de l'agriculture. Il s'agit de mesures qui rendent l'accès à des programmes de soutien financier conditionnel au respect d'exigences environnementales, et favorisent les efforts consacrés à l'atteinte d'une meilleure performance environnementale. Ces mécanismes impliquent de l'éducation et de la formation : on s'assure que les individus qui sont dans des situations de générer de la pollution en comprennent bien les incidences.

Il y a enfin la négociation de mesures volontaires. Ce régime existe dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec : des entreprises dans des situations de contravention ou de non-conformité négocient avec l'autorité publique un retour graduel à la conformité. Pendant la durée de leur programme d'assainissement, elles bénéficient d'une immunité de poursuite. Les autorités publiques en tirent également avantage, car lorsque ces programmes sont bien encadrés, elles s'assurent de ne pas gaspiller de ressources en poursuites. Ces mesures font en sorte que l'entreprise privée, si elle se conforme aux exigences du programme, revienne graduellement à la conformité, plus rapidement que s'il avait fallu attendre l'issue d'un procès. Cette méthode requiert un encadrement serré, afin de ne pas faire bénéficier d'immunité de poursuites des délinquants qui vont, un fois le terme venu, fermer leur portes, mais qui auront accru la pollution entre temps.

IV. CONCLUSION

Il n'est pas toujours facile d'évaluer l'efficacité relative de ces nouveaux mécanismes, de voir dans quelle mesure ils permettent d'amoindrir les coûts ou d'accroître la conformité environnementale. Il est d'autant plus difficile de faire une telle évaluation quand ceux qui détiennent l'information sont les personnes de l'entreprise elle-même («self-reporting»). L'on peut constater cependant que la complémentarité des mécanismes nouveaux et traditionnels a un effet potentiellement positif sur la qualité ou la protection de l'environnement dans la mesure où elle responsabilise davantage les auteurs de pollution.