

De la pollution économique du droit de l'environnement

SIMON CHARBONNEAU

Sous l'influence idéologique anglo-saxonne et des milieux industriels, il est donc question de recourir aujourd'hui à *un marché de droits à polluer* pour lutter contre l'effet de serre dans le cadre d'un plan gouvernemental et communautaire qui est encore en gestation. Cette innovation institutionnelle qui est en rupture totale avec nos traditions étatiques nationales a été pour la première fois envisagée par le Protocole de Kyoto en décembre 1997 comme un moyen de réduire les émissions de CO₂ qui sont à l'origine de l'effet de serre. Elle consiste à rendre possible le transfert de droits à polluer d'une entreprise à une autre ou d'un pays à un autre, toute entreprise qui est en deçà de son quota pouvant vendre son surplus à une autre qui aurait dépassé son plafond fixé par voie réglementaire. Cet échange de droits d'émission permet en quelque sorte aux entreprises individuelles de produire un taux d'émission supérieur à leurs quotas à condition qu'elles trouvent une autre entreprise qui produit des émissions inférieures aux quotas alloués par l'administration et qui consent à lui transférer son « surplus » de quotas moyennant finances (voir *Le livre vert de la Commission européenne* sur un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre et *Europe Environnement* n° 565 du 4 avril 2000).

Ce nouveau système de lutte contre la pollution industrielle expérimenté aux États-Unis et prochainement au Danemark est généralement défendu par la majorité des économistes de l'environnement, d'une manière militante par Olivier Godard (*Fiscalité de l'environnement*, La Documentation française, 1998 ; thèse reprise dans un article du *Monde* du 27 janvier 2000) et de manière plus critique par Alain Lipietz (*Le Monde* du 21 mars 2000). Il faut dire que le raisonnement économique, qui est à l'origine de cette innovation combinant le réglementaire et le financier a tout pour séduire puisque les industriels les plus pollueurs pourront dorénavant acheter leurs dépassements des quotas imposés par les pouvoirs publics à des entreprises exemplaires du point de vue de la protection de l'environnement. Par un mécanisme de marché, les entreprises seraient donc obligées d'intégrer obligatoirement les coûts écologiques de leurs activités polluantes mieux qu'avec un mécanisme d'écotaxe dont l'efficacité de la dissuasion financière n'a jamais été mesurée. Il s'agit en quelque sorte d'un achat vertueux de droits à polluer !

Ce système, fortement inspiré idéologiquement du libéralisme économique, n'en fait pas moins jouer aux autorités politiques un rôle fondamental dans la mesure où elles sont non seulement chargées de

fixer les quotas d'émissions polluantes mais aussi de sanctionner les dépassements de seuils non accompagnés d'échanges de droits d'émission. Contrairement aux stéréotypes antilibéraux, l'État a toujours été appelé à réguler le marché.

Cette nouvelle orientation de la lutte contre les pollutions globales n'en pose pas moins un certain nombre de problèmes pour l'instant occultés par l'enthousiasme économiste.

Il faut dire tout d'abord que son efficacité n'est pas plus garantie que celle résultant de la démarche réglementaire actuellement en vigueur. Il n'est pas de tout certain que des progrès dans la lutte contre la pollution en résultent, compte tenu que tout repose sur le consentement à payer des pollueurs, abstraction faite des conditions de la concurrence favorisant les comportements de court terme. La foi économiste dans le calcul rationnel des acteurs économiques peut parfois tourner à l'aveuglement comme l'illusion politique a pu faire croire en la magie réglementaire du gouvernement par décret. Par ailleurs, si ce système paraît adapté aux grandes sources fixes d'émission de dioxyde de carbone que sont les centrales thermiques ou les usines sidérurgiques ou chimiques, il apparaît complètement inadapté aux sources diffuses, en particulier celles constituées par les transports. Enfin son extension aux relations des différents États de la planète qui s'ébauche aujourd'hui avec la fixation de plafonds nationaux d'émission risque de donner encore moins de résultats si l'on pense à l'effondrement économique des pays de l'Est qui offre paradoxalement aux grands pays industrialisés un énorme marché de droits à polluer fixés à bas prix ! Mais surtout, on ne voit pas du tout comment traduire juridiquement un tel système qui apparaît en rupture complète avec notre droit de l'environnement. Si l'on prend par exemple le cas cité par O. Godard de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement qui est l'héritière du vieux décret de 1810, aucun droit à polluer n'a jamais été reconnu aux industriels mais seulement un droit à la protection de la santé publique et de l'environnement aux victimes potentielles.

Si des droits à polluer sont effectivement accordés depuis longtemps par l'administration comme le montre l'existence de multiples sites pollués hérités des Trente Glorieuses chères à Fourastié, ces droits demeurent cependant toujours implicites et précaires car ils peuvent être retirés à tout moment à celui qui en bénéficie. Il ne s'agit que de simples tolérances concédées par l'administration pour des motifs socio-

SIMON CHARBONNEAU
Juriste
Département
Hygiène-sécurité-
environnement, IUT,
université de Bordeaux-1,
33405 Talence cedex
charbonneau@hse.iuta.
u-bordeaux.fr

économiques, sous réserve d'une sanction juridictionnelle éventuelle, et non de véritables droits reconnus par la loi.

Non seulement toute autorisation à polluer est en principe soumise au contrôle contentieux du juge administratif qui peut la considérer comme illégale mais, de plus, le juge pénal peut toujours, dans certaines circonstances, condamner pour fait de pollution un industriel titulaire d'une autorisation dont il a pourtant respecté les prescriptions. Or, dans le marché des droits à polluer, le non-respect des normes sera légalisé s'il a fait l'objet d'une démarche commerciale !

La reconnaissance légale d'un *droit à polluer et à détruire* achetable à des entreprises ou des pays respectant les normes environnementales apparaît donc comme une hérésie juridique totale dans la mesure où il ne s'agit rien moins que de *hisser au rang de règle de droit ce qui relève de la nécessité économique ordinaire*. En fait le mécanisme d'échange relève d'une pure logique économique qui échappe par définition au fonctionnement traditionnel de l'État de droit, sans pour cela être certain d'ailleurs que ce système aboutira à une régression des émissions de gaz à effet de

serre, compte tenu de la puissance des causes structurelles à l'origine du phénomène auxquelles les politiques d'environnement n'ont jusqu'à présent jamais voulu s'attaquer. Un tel marché des droits à polluer aboutit inévitablement à limiter le rôle de la puissance publique gardienne de l'intérêt général et par voie de conséquence à interdire au citoyen de contester les actes administratifs unilatéraux devant la justice administrative. Dans un tel système, le citoyen est par définition mis hors jeu.

Mais par delà ces considérations, il faut avant tout dénoncer l'impérialisme du raisonnement économiste qui tend aujourd'hui à envahir toutes les sphères de la connaissance au détriment de leur diversité. En ce qui concerne le droit, cette mainmise est d'autant plus inadmissible qu'elle aboutit à le vider de son contenu éthique au profit d'un simple jeu d'intérêts et d'une conception utilitariste de la vie collective. Cette entreprise idéologique empreinte d'un nihilisme caractéristique de l'esprit scientifique moderne, devrait être dénoncée par tous ceux qui croient encore dans les valeurs autres que boursières qui fondent notre héritage juridique.

Réponse à Simon Charbonneau

Olivier Godard

OLIVIER GODARD
Économiste
Laboratoire d'économétrie,
École polytechnique,
1, rue Descartes,
75005 Paris
godard@poly.polytechnique.fr

Il faut savoir gré à Simon Charbonneau de proclamer qu'aux yeux des juristes l'industrie de notre pays est depuis près de deux siècles en situation d'illégalité tolérée par l'administration ! La nécessité économique ordinaire ne saurait, nous dit-il, être érigée en règle de droit ! Si tel est bien le cas, cela signifierait tout bonnement que le droit n'a pas encore admis la révolution industrielle et que peut-être il serait temps de remettre certaines pendules à l'heure. Que penser en effet d'un droit si obsolète qu'il en deviendrait un obstacle au bien collectif ?

Évidemment la polémique est facile dès lors qu'elle s'articule sur l'expression malheureuse de « droit à polluer » que je ne revendique pas. Le « droit à polluer », c'est l'expression choisie par ceux qui adoptent une posture de dénonciation. Il ne faut pas se laisser piéger par cette expression ; il convient de dévider la bobine pour montrer les vrais enjeux que l'expression polémique obscurcit au lieu d'éclairer. Il existe d'ailleurs d'autres appellations moins chargées idéologiquement et plus proches de la réalité technique de l'instrument comme « permis négociables » ou « obligations transférables ». En les employant, il ne s'agit pas de cacher les réalités par euphémisation, mais d'éviter qu'une expression choc n'aboutisse à

induire de nouveaux contresens sur les choix à faire.

Cela étant il y a plusieurs points à relever dans ce que dit S. Charbonneau.

Quand le débat public s'est emparé de l'expression « droits à polluer », ce n'est évidemment pas dans son sens juridique précis. Ce qui est visé en premier lieu, c'est la reconnaissance de l'existence légitime d'une émission non nulle de rejets potentiellement polluants. Or, tout simplement, la société ne peut pas vivre avec un niveau d'émission zéro. La thermodynamique et la théorie des systèmes ouverts nous ont éclairé sur la nécessité des systèmes actifs d'emprunter des ressources à basse entropie dans leur milieu et de dissiper des rejets à haut niveau d'entropie. C'est dans ce cadre qu'il faut s'interroger à la fois sur ce qu'on appelle une pollution (du point de vue juridique il n'y a pollution que lorsqu'il y a atteinte à un intérêt protégé ; toute émission n'est pas une pollution) et sur le niveau de pollution qui peut être néanmoins accepté dans l'intérêt général de la collectivité compte tenu des avantages obtenus en contrepartie. Quoi qu'il en soit de la réflexion sur ces deux points, hormis l'interdiction, tous les instruments de politique admettent certains seuils ou certaines valeurs limites en deçà desquels les effluents sont