

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

licites. Chaque automobiliste en fait l'expérience chaque matin. Autrement dit, pour la plupart des problèmes, il s'agit de contenir les flux potentiellement polluants à l'intérieur d'une enveloppe déterminée, que cette dernière soit optimale ou seulement acceptable, et pas de viser l'émission zéro. C'est cela qu'il faudrait expliquer si l'on veut éviter les grands airs de la démagogie.

Charbonneau met en doute l'efficacité du système des permis négociables comme mécanisme de répartition. Le doute est une attitude saine pour un chercheur. Partageant le même doute a priori, les économistes ont entrepris des travaux théoriques et appliqués nombreux, visant, d'une part, à expliciter les conditions dans lesquelles cet instrument, à la différence des instruments réglementaires, pouvait atteindre l'efficacité économique, c'est-à-dire concrètement diminuer autant que possible le coût d'une politique pour la collectivité, et d'autre part, à apprécier dans quelle mesure les expériences concrètes confirmeraient ces résultats. Ainsi une étude détaillée réalisée par une équipe du Massachusetts (Institute of Technology)¹ évalue-t-elle les gains obtenus la première année (1995) de mise en œuvre du système de permis négociables organisé dans le cadre du programme Acid Rain. Ces gains sont évalués à environ 30 % du coût d'une approche réglementaire classique comme celle que mettait en œuvre ce pays avant cette réforme², mais on peut s'attendre à des gains plus significatifs quelques années plus tard, lorsque le marché sera pleinement rodé. Concernant l'effet de serre, les travaux de modélisation abondent. Il en a été notamment rendu compte dans le volumineux rapport du Groupe interministériel d'experts sur l'évolution du climat (Giec-IPCC) de 1995, dont il existe une version disponible en français³. Beaucoup de travaux se sont développés depuis lors, visant à simuler différents modes d'organisation de marchés internationaux d'obligations de réduction des gaz à effet de serre⁴. Il ne s'agit donc pas, comme le dit S. Charbonneau, d'a priori idéologiques. C'est en mobilisant ce genre d'analyses qu'il est possible de réfuter plusieurs de ses assertions. Tout repose sur le consentement à payer des pollueurs et sur la foi de l'économiste en leur rationalité, nous dit-il ! Certes, l'atteinte de l'efficacité économique d'ensemble dépend des compétences des agents à poursuivre leurs propres objectifs. Mais, avec un système de permis négociables, les pollueurs sont d'abord soumis à des obligations, dont le manquement doit être sanctionné par des autorités publiques (où l'on vérifie que le marché est une organisation sophistiquée impliquant de bonnes règles et qu'il n'y a pas d'économie de marché sans État...). En admettant que les agents soient irrationnels et qu'il ne se produise aucun échange, les objectifs environnementaux seront quand même atteints, même si ce n'est pas au moindre coût ; l'efficacité environnementale ne serait pas mise en cause à court terme, même si la volonté des peuples de continuer ultérieurement dans la voie de la prévention peut être mise en doute du fait de coûts trop élevés. Par ailleurs, la possibilité d'échanger avec les pays de l'Est n'offre pas « un énorme marché

de droits à polluer fixés à bas prix », comme le dit S. Charbonneau. C'est au contraire en plafonnant les possibilités d'échange (acheter ou vendre) à 2,5 % du quota national accepté, comme le propose l'Europe de façon peu justifiée, c'est-à-dire en limitant drastiquement la demande internationale de permis, que l'on va provoquer un effondrement du prix face à une offre abondante et que l'on va par conséquent décourager tout investissement supplémentaire dans les pays de l'Est qui viserait à améliorer l'efficacité énergétique ou à substituer les sources d'énergie les plus polluantes en carbone, au détriment des objectifs de la Convention sur le climat. Lorsque le doute exprimé se nourrit de la méconnaissance des travaux existants, il ne s'agit plus du doute légitime du scientifique.

Quand les économistes parlent de *property rights*, ce n'est pas au sens des juristes, nous le savons bien et nous n'en souffrons pas pour ce que nous avons à en faire. Cela dit, du point de vue juridique, les systèmes existants de permis d'émission négociables ne reposent pas sur l'attribution de nouveaux droits de propriété, mais sur le régime des autorisations administratives. Le Congrès américain, mais lui seul pour le programme Acid Rain, peut modifier les objectifs de réduction des émissions de SO₂ et les allocations de permis entre les centrales électriques, sans avoir à dédommager ces dernières. La sécurité juridique des entreprises n'est donc pas totale et l'État dispose encore de moyens discrétionnaires de régulation. Mais il n'a pas intérêt à en abuser, faute de quoi il saperait le mécanisme économique installé et perdrait les économies de coûts que ce dernier procure à la collectivité toute entière, et pas seulement à quelques grands monopoles industriels. La situation de précarité des droits et d'insécurité juridique, telle que décrite par S. Charbonneau pour le cas français, est une source d'inefficacité, d'arbitraire et d'injustice, dont je m'étonne qu'un juriste puisse en vouloir la prolongation indéfinie. Aux États-Unis, certains analystes d'inspiration libérale (au sens français) auraient préféré que l'on transforme ces autorisations administratives en droits. Cela aurait été possible juridiquement. Cela n'a pas été fait et n'est pas nécessaire pour donner vie à des systèmes de permis transférables. Et il n'y a rien là qui porte atteinte à l'État de droit. Certes, dans notre pays, les autorisations administratives sont inaccessibles et non vénales par principe, car elles sont dépositaires de l'autorité souveraine de l'État. Il pourrait y avoir là un obstacle considérable au déploiement de cet instrument. Nous avons regardé les choses de plus près⁵ et nous avons trouvé qu'il s'agissait là dans une large mesure d'un épouvantail avec lequel le législateur sait s'arranger quand il en éprouve le besoin. Que le lecteur se penche par exemple sur l'instructif dossier du régime d'autorisation de la profession de taxis, qui impose l'obtention d'une licence de stationnement sur la voie publique, c'est-à-dire d'une autorisation administrative. Comment régler la transmission des fonds de commerce si les licences ne sont pas transférables ? Pour éviter le marché noir et les abus, notre législateur national a trouvé la solution autour de la notion de droit de présentation et il pourrait la trouver, s'il le

¹ Ellerman D., Schmalensee R., Joskow P., Montero J.P., Bailey E.M. 1997. *Emissions trading under the US Acid Rain Program. Evaluation of compliance costs and allowance market performance*. Center for Energy and Environmental Policy Research, MIT, Cambridge.

² Pour en savoir plus sur cette expérience, voir Godard O. 2000. L'expérience américaine des permis négociables pour lutter contre la pollution atmosphérique. *Économie internationale*, la revue du Cepend 82.

³ Voir Bruce J.P., Lee H. et Haïtes E. (Eds.). 1997. *Le changement climatique. Dimensions économiques et sociales. Contribution du Groupe de travail III au deuxième rapport d'évaluation du groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat*. Éditions 4D, diffusion La Documentation française, Paris.

⁴ Voir par exemple le numéro spécial précité d'Économie internationale sur la question de l'effet de serre.

⁵ Voir Cros C., Godard O. 1996. *Trajectoires institutionnelles et choix des instruments de politique publique. Les marchés de droits à polluer aux États-Unis et en France. Le cas de la pollution atmosphérique*. Cired, rapport au programme « Prospective et veille scientifique » du ministère de l'Environnement, Paris.

souhaitait, pour les permis d'émission transférables. Il y a évidemment d'autres cas intéressants : les charges notariales, les licences de bars, les transferts de coefficients de densité dans le domaine de l'urbanisme, ou le système Éco-emballage⁶ par exemple.

Cette discussion montre que la dénonciation des « droits à polluer » est à double détente car l'objet du scandale est, apparemment, encore plus l'insertion des dits droits dans des rapports d'échange, que leur simple existence. Cet effroi participe d'une diabolisation sidérante de l'échange dans une société qui en vit. Il paraît que ce serait contraire à l'éthique. Je n'ai toujours pas compris comment une procédure équitable (l'échange libre et volontaire entre deux parties) appliquée à une situation initiale licite (l'émission d'effluents en quantités inférieures ou égales à des valeurs limites fixées par la puissance publique), n'affectant pas des tiers (dans les cas où le dommage environnemental en jeu est indépendant de la localisation des effluents, ce qui est le cas du CO₂ et, s'agissant de la pollution acide à longue distance et non de la pollution de proximité, quasiment le cas de la pollution par le SO₂), pourrait déboucher sur un résultat scandaleux et moralement condamnable. Il m'est souvent apparu que l'invocation éthique n'avait d'autre but que de voiler un point d'arrêt dans la réflexion et l'argumentation, mais j'approuve des deux mains le développement d'une réflexion éthique sérieuse sur les enjeux des problèmes d'environnement. L'intégrisme paré de juridisme n'est pas la meilleure manière de l'établir.

De ce point de vue, il est commode, mais trompeur, d'opposer la valeur éthique du droit à l'utilitarisme nihiliste attribué au raisonnement économique. On peut légitimement mettre la théorie utilitariste en

discussion, comme le font Amartya Sen, prix Nobel d'économie, ou Philippe Van Parijs. Mais il faut d'abord reconnaître, comme le font ces deux éminents auteurs, qu'il s'agit d'une théorie éthique forte et estimable. N'est-il pas remarquable que le philosophe allemand Dieter Birnbacher⁷, apparemment peu lu dans certains cercles, en arrive à la conclusion que c'est dans la théorie utilitariste que l'on peut le mieux fonder la responsabilité vis-à-vis des générations futures ?

La querelle faite à la pollution du droit de l'environnement par les économistes est piquante quand on sait qu'aux États-Unis, les plus fervents défenseurs de systèmes de permis d'émission négociables et plus généralement des approches en termes de droits transférables, ont été des juristes. Dans le domaine de l'effet de serre, je me souviens par exemple de Richard Stewart, qui était Attorney au Département de la justice ou de Jonathan Wiener, professeur à la Duke University. Pour la lutte contre les pluies acides, c'était Joe Goffman, pilier de l'ONG environnementaliste Environmental Defense Fund... Cela dit, il me semble que l'économie a autant de titres à animer la réflexion sur les choix publics et sur les instruments de leur mise en œuvre que les juristes et d'autres comme les politologues. Leurs rôles sont très complémentaires. Et pour la bonne mise en œuvre de l'interdisciplinarité, j'invite mes collègues juristes à lire autant d'économie que je n'ai lu moi-même de travaux juridiques. Quand les règles du droit contreviennent, sans raisons vraiment valables, aux raisonnements économiques les plus élémentaires, le bien public commande qu'elles soient changées.

⁶ Dans le système français les conditionneurs ont une obligation de reprise des emballages dans lesquels ils placent leurs produits pour la mise en vente. Mais ils peuvent transférer cette obligation à une entreprise privée agréée moyennant le paiement d'une redevance. On n'est pas loin, dans le principe, d'un système d'obligations transférables, qui demanderait simplement que le montant des redevances ne soit pas fixé par un barème mais résulte librement du marché. Cela changerait le mécanisme économique, mais pas le fait juridique de la transférabilité de l'obligation.

⁷ Birnbacher D. 1994. *La responsabilité envers les générations futures*. Puf, coll. Philosophie morale, Paris.