

Quelques réflexions sur l' "affrontement économie-écologie" et son influence sur le droit

Raphaël Romi *

Résumé

S'il est certain que « la référence au développement durable ne suffit pas pour déduire un ensemble de prescriptions précises permettant de fonder les différentes politiques de l'environnement », elle est à même de fonder des comportements juridiques et d'orienter des demandes sociales de droit. En la matière, le consensualisme n'est que de façade. Le fait que le droit international ait intégré la notion interdit qu'on fasse sur le plan national l'économie d'un débat, même si celui-ci ne répond qu'en creux aux débats internationaux et européens. L'économie des politiques publiques n'a pourtant pas retenu parmi ses paradigmes la notion de développement « soutenable ». C'est d'ailleurs un peu normal pour une discipline qui considère souvent le droit en tant que « ressource économique » et développe de la notion de réglementation une conception a-juridique et tout à fait floue faute de définition rigoureuse.

Développement soutenable - Économie - Environnement - Politiques publiques.

Summary

Reflections on the "Economy-Ecology Conflict" and its Influence on Law

Although reference to "sustainable development is certainly not enough to deduce a set of precise measures on which to base various environmental policies", it can shape judicial attitudes and direct the social demands of law. In this matter, consensualism is only apparent. The fact that international law has integrated the notion does not imply that a debate at the national level is unnecessary even if it appears a hollow response to debates at the European and international levels. The economy of public policies has not, however, included the notion of "tenable" development among its paradigms. This is to be expected of a subject that often considers law as an "economic resource" and develops the idea of regulation as a very vague a-judicial concept without rigorous definitions.

Economy - Environment - Public policies - Tenable development.

L'auteur

Professeur de droit public à l'Université de Nantes. Titulaire d'une *green chair* de l'Union européenne. Chercheur au Centre de recherches en urbanisme, aménagement régional et administration publique (CRUARAP).
Parmi ses publications :
— *Services publics et droit public économique* (avec D. Linotte et A. Mestre), Paris, Litec, 3^e éd., 1995 ;
— *Les espaces humides entre protection et mise en valeur*, Paris, L'Harmattan, 2^e éd., 1997 ;
— *L'Europe et la protection de l'environnement*, Paris, éd. Victoires et Litec, 3^e éd., 1997 ;
— *Manuel de droit de l'environnement*, Paris, Domat Montchrestien, 2^e éd., 1997 ;
— *Les collectivités locales et l'environnement*, Paris, LGDJ, 1998 (à paraître).

* Faculté de droit et des sciences politiques,
Université de Nantes,
Chemin de la Censive du Tertre,
BP 81307,
F-44313 Nantes cedex 3.

S'il est certain que « la référence au développement durable ne suffit pas pour déduire un ensemble de prescriptions précises permettant de fonder les différentes politiques de l'environnement ¹ », elle est à même de fonder des comportements juridiques et d'orienter des demandes sociales de droit. En la matière, le consensualisme n'est que de façade. Le fait que le droit international ait intégré la notion interdit qu'on fasse sur le plan national l'économie d'un débat, même si celui-ci ne répond qu'en creux aux débats internationaux et européens.

I. L'émergence du débat dans la doctrine juridique nationale

Le hasard des publications a fait que, dans le même temps que paraissait le livre de François Ost sur *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit* ², le Laboratoire de théorie juridique de la faculté de droit d'Aix-en-Provence livrait un recueil d'articles sur les rapports entre droit et environnement ³, qui circonscrit au mieux la nature de ce débat national. Il présente l'avantage d'être constitué de propos pluridisciplinaires qui émanent de juristes pour la plupart non spécialisés en droit de l'environnement (Jean-Yves Chérot, Alain Sériaux, Maurice Flory, Étienne Le Roy, Jean-Louis Harouel), auxquels s'ajoutent un économiste libéral (Gérard Bramoullé) et un « touche-à-tout » de l'environnement (Max Falque), ainsi que le président de la Société française pour le droit de l'environnement (Gilles Martin). Cette diversité pourrait nuire à l'homogénéité du propos, si en fait celui-ci ne s'organisait pas principalement autour de réflexions sur la propriété, la responsabilité et les régulations « non réglementaires », c'est-à-dire autour des concepts qui, au niveau international, émergent du débat. L'introduction, très complète, de J.-Y. Chérot porte sur les notions de *res communes*, de dommage écologique et de libertés publiques, plus riches d'implications pour la protection de l'environnement, selon lui, que la notion d'intérêt général. Dans la réalité, c'est à un débat sur les valeurs sociales et juridiques qu'invite l'auteur : et l'on comprend bien que, malgré l'attirance qu'il éprouve pour ces auteurs américains qu'il connaît bien (S. Coase, M. Hardin, etc.), il entend seulement les utiliser sans se laisser lier par les interprétations ultra-libérales qu'on a trop souvent voulu tirer de leurs œuvres. Enrichir la tradition franco-française qui axe trop les analyses de la régulation sur les seuls paramètres du droit public est le but recherché et, d'ailleurs, atteint. L'analyse de A. Sériaux sur « la notion de choses communes ⁴ » comme celle de M. Flory sur « le patrimoine commun de l'humanité dans le droit international de l'environnement ⁵ » confortent cette impression. G. Bramoullé — qui avait pu irriter avec son pamphlet exagéré sur la « peste verte » — traite avec mesure un sujet difficile (l'appropriation des biens

1. COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'économie face à l'écologie*, Paris, La Découverte/La Documentation française, 1993, p. 47.

2. F. OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995.

3. Jean-Yves CHÉROT, Alain SÉRIAUX, Maurice FLORY *et al.*, *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Laboratoire de théorie juridique », 1995.

4. On saura gré à A. SÉRIAUX de traiter ouvertement de ses options religieuses — Dieu est, dit-il, l'ultime et légitime propriétaire de l'Univers, ce qui fournit une « explication » au concept de « patrimoine commun de l'humanité » — dans son analyse du droit ; cette rupture avec la langue de bois ouvre des horizons, même à des athées.

5. Il s'agit du premier article synthétique paru depuis longtemps sur le sujet.

environnementaux). Son analyse est certes de parti pris (la propriété publique n'a pas les vertus patrimoniales de la propriété privée... ce qui est possible : encore faut-il le prouver), mais en la matière mieux vaut une opinion que l'ignorance de l'urgence. Les autres articles sont de la même qualité, et servent le débat, autour d'exemples ethnologique ou historique. On doit mettre à part, cependant, pour des raisons opposées, les articles de M. Falque et de G. Martin. M. Falque tranche par le côté absolu de son engagement en faveur d'une régulation par le marché, plus performante que les régulations publiques dont la France est coutumière⁶ ; en cela, son étude est peut-être moins convaincante que les autres. Les articles de G. Martin⁷ réussissent mieux à prouver et expliquer que les axes ressortissant habituellement du droit privé sont à même de nourrir les développements d'un droit de l'environnement performant ; leur usage permettrait d'échapper à l'emprise quasi totale du droit public qui, c'est évident, en vient à le desservir parce que le sclérosant.

Ces réflexions marquent en tout cas qu'à l'évidence l'incursion du débat économie/environnement dans la recherche juridique est admise. Cette évolution est d'autant plus remarquable que, dans le même temps, les juristes de l'environnement élargissent notablement leurs horizons en se livrant à des recherches moins techniques que naguère qui les conduisent à des conclusions finalement très voisines, avec évidemment quelques nuances.

On se rappelle qu'il y a quelques années, Michel Serres avait obtenu un succès de librairie avec son ouvrage *Le contrat naturel*⁸, en contrepoint à ceux de Luc Ferry⁹ et de Martine Rémond-Gouilloud¹⁰, ce dernier plus strictement juridique. Ces trois ouvrages avaient le mérite — chacun avec leur style — de poser, entre autres, le problème de la nature et de la régulation juridique¹¹.

La nature hors la loi approfondit et renouvelle le débat, posé en termes controversés par C. Stone¹², et exploité par M. Serres. Comme l'explique F. Ost, après une phase durant laquelle, l'appréhension anthropocentrique de la notion de nature n'étant pas contestée¹³, la nature ne constituait aux yeux des juristes qu'un objet juridique, une réaction s'est produite, qui conduisit à proposer sans grand succès que le droit la considère comme un sujet de droits. À une mystification reposant sur l'idée que le droit devait produire les paradigmes et les procédures sanctionnant et favorisant la maîtrise humaine de la nature, l'on tentait de substituer une véritable mythification de la Nature, qui recelait des dangers pour la démocratie, bien perçus mais trop violemment exposés par L. Ferry. Elle n'en était pas moins défendable sur le strict plan juridique¹⁴. La première approche demeure, malgré cette « offensive » aussi prégnante que naguère, et teinte encore bien des branches du droit positif, jusqu'au droit de l'environnement. F. Ost

6. À rapprocher du livre de Max FALQUE et Guy MILLIÈRE (dir.), *Écologie et liberté*, Paris, Litec, 1992.

7. Sous l'angle de la théorie juridique (étude sur la notion de dommage écologique pur) comme sous l'angle de la pragmatique juridique (étude sur la responsabilité écologique).

8. Michel SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992.

9. L. FERRY, *Le nouvel ordre écologique*, Paris, LGF, coll. « Le livre de poche », 1994.

10. M. RÉMOND-GOULLIQUOD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1989.

11. Le débat est également présent - mais l'ouvrage n'est pas juridique - dans H. KEMPF, *La baleine qui cache la forêt*, Paris, La Découverte, coll. « Essais », 1994.

12. C. STONE, « Should Trees Have Standings ? Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, vol. 45, n° 2, 1972.

13. Sauf par des précurseurs comme J. DORST, *La nature dénaturée*, Paris, Points/Delachaux et Niestlé, rééd. 1970, et jamais - ou très rarement - par des juristes (voir J. UNTERMAIER, *La conservation de la nature et le droit public*, thèse Lyon II, 1972, dact. ; ou F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, thèse publiée par la LGDJ en 1981).

14. Voir l'article de C. HUGLO, « Vers la reconnaissance d'un droit de la nature à réparation », *Les petites affiches*, 29 septembre 1993 ; et, évidemment, les développements de F. Ost, *La nature hors la loi*, Paris, La Découverte, 1995. Voir aussi, pour un examen des ambiguïtés induites par cette mythification, l'analyse de P. ALPHANDÉRY, P. BITOUN et Y. DUPONT, *L'équivoque écologique*, Paris, La Découverte, coll. « Essais », 1991 (p. 148 et suiv. particulièrement).

15. On saluera cette « pensée dialectique du droit », qui permet une présentation très pédagogique de la thèse défendue : en cela, le livre de F. OST tranche heureusement avec le pédantisme outrancier de certains philosophes du droit qui semblent confondre hermétisme et pensée complexe... Un livre est fait pour être lu, pas pour être déchiffré à l'aide de codes réservés à des élites. Le livre de F. OST peut être mis entre les mains de tous les étudiants en droit : ce n'est pas une mince qualité.

16. On pense ici tant à F. RAMADE qu'à J.-P. DELÉAGE.

17. Voir F. OST, *op. cit.*, p. 246-247.

18. Par exemple, il n'est pas indifférent que la Convention sur la diversité biologique (ratifiée par la France) pose dans son préambule le principe que la conservation de la diversité biologique est une « préoccupation commune de l'humanité », dont les États sont responsables.

19. Il y a, il faut le remarquer à ce propos, dans le ton de F. OST, parfois, un quelque chose du VERCORS des *Animaux dénaturés*.

20. Dont les expressions peuvent être diverses et, pour certaines, riches d'ambiguïtés : voir F. OST, *La nature hors la loi*, *op. cit.*, p. 182 et suiv.

oppose à ces deux approches extrêmes une démarche médiane, qui consisterait à développer un projet pour la nature (la « nature-projet » relayant la « nature-objet », sans tomber dans les travers de la « nature-sujet »¹⁵). Le juriste ne peut guère aborder la nature en des termes mystiques, il ne peut plus se comporter en cartésien obtus. Il lui faut pour cela accepter les enseignements de l'interdisciplinarité développée par les « écologues¹⁶ », et donc s'écarter de la logique cartésienne¹⁷ comme d'une logique purement utilitariste. Il doit, au nom de la simplicité des concepts, en un mot, choisir d'assumer la complexité de la recherche. Le droit de l'environnement se doit en conséquence de suivre le trajet difficile de l'écologie scientifique ; mais l'on aurait garde d'oublier qu'il doit aussi rester un droit, c'est-à-dire un ensemble d'outils et de concepts effectifs. La consécration de la responsabilité comme moteur de la conscience du monde des juristes est dès lors une voie toute tracée. Mais cette responsabilité ne joue pas que pour nous, notre lieu, ou notre époque : le sommet de Rio — dont on pourra dire des choses bien négatives, à juste titre — aura au moins eu le mérite de dépasser un tant soit peu l'eurocentrisme et de contribuer à ce qu'il soit aussi question, dans notre droit, des générations futures¹⁸. F. Ost use de ce premier socle comme de la pensée de philosophes classiques (E. Kant) ou contemporains (J. Rawls et J. Passmore, H. Jonas surtout, B. Barry) pour amorcer son plaidoyer pour une « nature-projet ». L'adoption de la notion de « patrimonialisation de la nature », en ce sens, permettrait au droit de l'environnement une démarche juridique volontaire et audacieuse. Cette démarche est militante ; elle se veut telle, et ne peut qu'être telle, sauf à choisir, comme l'affirme en ses dernières pages F. Ost, de rester dans « l'injuste milieu¹⁹ ». F. Ost a le mérite, dans cette logique, de réactualiser les interrogations déjà anciennes sur la fonction sociale de la propriété en les inscrivant dans la ligne du « développement durable ». Il ouvre, ce faisant, de nouvelles pistes de recherche, tout en nous offrant sans complaisance une manière de bilan de la pensée de notre temps sur la nature, préalable nécessaire à l'intégration juridique — mais à une intégration pensée en termes stratégiques et donc globaux — de la notion de développement soutenable.

Partant, le droit de l'environnement obéit à un nouveau type de recherche de conciliation. Les objectifs poursuivis ne sont pas réductibles à la seule limitation des progrès de la science — le droit de l'environnement n'étant qu'un moyen, parmi d'autres, de cette conciliation. Ils ne le sont pas non plus à la construction d'un droit de la nature ou à la pérennisation d'un droit des pollutions et nuisances, fabriqué par strates et péchant en conséquence par défaut de logique d'ensemble. Si la conclusion d'un « contrat naturel » demeure un idéal²⁰, le droit de l'environnement doit tendre à la satisfaction de cet idéal en cherchant à atteindre des objectifs plus

immédiatement opérationnels, dont « l'écologisation du droit économique ». Celle-ci suppose avant tout que soit adoptée une ligne directrice axée sur une prise en compte des incertitudes et la préservation de la liberté de choix des générations futures²¹. On dira que c'est l'objet du principe de précaution, récemment inscrit dans notre corpus juridique par la loi Barnier. C'est le caractère irrémédiable du dommage écologique qui dicte ce principe de bon sens. Il signifie d'abord que les risques induits par une activité industrielle doivent être étudiés préalablement à l'exploitation. S'il apparaît des risques importants ou faibles pour l'environnement, les autorités, suivant ce principe, devraient renoncer à accorder une autorisation de produire. C'est une action à la source, qui suppose que l'on projette les effets de la situation et tente d'analyser les risques potentiels de cette exploitation. L'on peut s'arrêter là, et il y a fort à parier que des groupes de pression plaideront pour cette conception restrictive. Toutes proportions gardées, n'est-ce pas l'impression, déjà, que dégage la procédure d'étude d'impact ? L'existence d'effets graves sur l'environnement n'emporte jamais, en soi, le report de l'aménagement. On devinera la préférence des juristes les plus engagés dans la protection de l'environnement pour une conception radicale : il faudrait que le principe de précaution n'ait pas seulement des implications sur les modes de présentation des choix, mais aussi sur les choix eux-mêmes. Produisant les effets d'un moratoire et orientant les choix publics, le principe de précaution aurait alors une autre portée ; son application jouerait sur les structures des modes de décision. Dans ce sens, le principe de précaution ne rimerait pas seulement avec le principe d'information — ou avec le principe de participation entendu restrictivement, voir ci-dessous —, mais aussi avec le principe de participation entendu extensivement. L'estimation des implications réelles du principe de précaution est, dans ce cadre, nécessaire. À l'heure actuelle, la mise en œuvre du principe de précaution met à la charge de l'industriel l'obligation d'effectuer une sorte d'audit des risques engendrés par l'activité future et de réaliser les investissements en fonction des risques ainsi mis à jour. Il doit à cet égard assumer une obligation de moyen. À terme, on pourrait parler, à propos du principe de précaution, d'une véritable obligation de résultat pesant sur les autorités et sur l'entrepreneur : l'obligation de ne pas polluer. L'objectif du principe de précaution serait la « pollution-zéro », pour reprendre les termes utilisés en matière de qualité des produits industriels. Mais ce devoir de précaution, entendu en ce sens, demeure impossible à réaliser. Les autorités publiques auront-elles le pouvoir ou simplement le courage de refuser une autorisation d'exploitation à un industriel qui aurait investi dans des technologies dites propres, sans pour autant atteindre le degré zéro de pollution ? Économiquement, cela semble peu vraisemblable et les arguments tenant au nombre

21. Sur ce point, voir O. GODARD, dans COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'économie face à l'écologie*, op. cit., p. 139-140.

R. Romi

*Quelques réflexions sur
l'« affrontement économie –
écologie » et son influence
sur le droit*

22. Très significatif est, à cet égard, le débat qui traverse tous les écrits rassemblés en annexes du livre du COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'économie face à l'écologie*, op. cit.

23. Organismes génétiquement modifiés.

24. Voir, à ce propos, C. LONDON, « L'environnement, une nouvelle donne économique ? », *Les petites affiches*, 30 juin 1995.

25. Il n'y a pas de code économique, et il n'en est pas de possible. Chaque secteur professionnel est régulé par des règles spécifiques, en même temps bien sûr que par des règles plus générales. L'écologisation ne peut dès lors faire l'objet d'une évaluation globale. Mais, secteur par secteur, elle peut être possible. Le choix de l'agriculture n'est certes pas innocent : il est induit par le repérage de distorsions, de contradictions, entre les tendances les plus récentes et les plus anciennes de la régulation de la profession. Ici, la stratification a joué contre la rationalité. Il n'a pas été facile, par exemple, de retirer au preneur d'un bail rural le droit - sans contrôle du bailleur - d'arracher les haies et de combler les fossés. L'examen de ce secteur met en évidence le fait que les réorientations passent par l'octroi d'aides. Or ces aides sont concrétisées et organisées par la conclusion de conventions avec des acteurs diversifiés. Ces conventions peuvent parfaitement entrer en contradiction avec le régime juridique des baux ruraux. En dehors de la solution maximale (la réfaction totale du régime des baux ruraux), il convient au moins d'assurer que les conventions d'aide visant à une écologisation prédominent sur les dispositions rétrogrades du régime général des baux ruraux. Le problème essentiel est d'évidence que les aides relèvent souvent d'une stratégie de politique publique extra-normative ou sous-juridici-sée. Leur régime juridique est éclaté, et fluctuant, peu transparent. Alors que le régime juridique des baux ruraux est pérenne et que tout le monde le connaît et l'applique.

d'emplois créés prendront le dessus sur ceux de l'environnement. Il convient en conséquence de le prendre comme un objectif et comme un outil d'évaluation du moindre coût écologique de la réalisation d'un produit ou d'un projet.

Mais, on le voit, dès que l'on descend un tant soit peu dans les détails, le débat se noue avant tout en des termes techniques : l'idéal — qui peut être conjugué, moyennant quelques ambiguïtés, par des libéraux — est à tout prendre reçu favorablement d'une manière quasi unanime : c'est une autre affaire quand vient le choix des moyens et la définition de recettes ²².

II. Les termes techniques du débat

La coupure entre le droit économique et le droit de l'environnement n'est pas absolue : avec le droit des installations classées, d'autres régimes juridiques constituent des croisements intéressants (OGM ²³, agriculture soutenable, etc.). Mais le problème pourrait n'être pas de faire « du » droit de l'environnement de plus (ou en plus), mais un nouveau droit de l'économie. Introduire plus clairement des préoccupations d'environnement dans les régulations économiques, certes ; mais aussi imposer une culture globale et nouvelle de la régulation de l'économie, à partir d'une internalisation des données écologiques. Compte tenu de l'importance quantitative des régulations économiques, il est évidemment difficile de dresser un bilan des possibilités et des réalisations en matière d'écologisation de l'économie.

Mais il est possible au moins de procéder à des évaluations. En premier lieu, certains secteurs sont — d'ailleurs partiellement pour des raisons économiques ²⁴ — aux prises avec des exigences d'écologisation : il s'agit en particulier de l'agriculture, qui continue pourtant à obéir à des « carcans juridiques ²⁵ ». En second lieu, des outils économiques sont à même d'intégrer de façon plus ou moins modulée l'environnement dans les autres politiques publiques : c'est particulièrement le cas des contrats de plan ²⁶. Enfin, certaines régulations économiques portant sur des territoires convoités par des intérêts divergents intègrent de force ²⁷ des paramètres écologiques : l'un des meilleurs exemples est constitué par les estuaires.

Quel que soit le bilan de ces affrontements, il est évident que l'écologisation, souvent partiellement réalisée, ne l'est pas parfaitement, tout simplement parce qu'il est impossible qu'elle le soit

26. Les contrats de plan sont souvent présentés comme les meilleures interfaces qui soient entre les politiques publiques et le droit, et pour cette raison l'on pouvait s'attendre à ce que les options favorables à l'écologisation soient plus facilement lisibles. L'étude des contrats de la dernière génération montre qu'il n'en est rien, et surtout que la situation est très diversifiée selon les régions.

27. Souvent du fait de réticences contentieuses, aboutissant à des rappels des implications des réglementations européennes et internationales.

complètement. Elle constitue en effet plus une dynamique qu'un aboutissement²⁸. Il y a donc encore et il y aura toujours encore à faire. L'objet premier de cette recherche est de tenter de rationaliser ce mouvement et l'analyse de ce mouvement.

L'aléatoire demeurant le danger principal pour une dynamique, il s'agit en premier lieu de figer les acquis par l'énonciation normative de lignes directrices, mais aussi d'effectuer en second lieu des choix plus strictement juridiques, stratégiques ou tactiques. Quels instruments — à supposer que l'on puisse faire appel à des instruments — faudrait-il développer pour intégrer ou favoriser l'écologisation ?

Pour réaliser cette écologisation, faut-il, surtout, passer uniquement par le droit de l'environnement ? Faut-il provoquer un « heurt de droits » ? Ou vaut-il mieux moduler le ou plutôt les droits économiques en agissant sur eux ? Il s'agit là d'un vieux débat qui est aussi un faux débat. Retenir la première solution revient à aggraver la stratification du droit et à cantonner le droit de l'environnement dans le rôle d'un droit de résistance. Sans nul doute, il doit en être un. Mais en cas de contradiction de règles juridiques, en période de crise économique, les plus proches de la production ont toutes les chances de l'emporter, pour des raisons qui tiennent à l'applicabilité sociale du droit. La seconde suppose à coup sûr des compromis et présente les dangers qui leur sont inhérents. Comment pourrait-on espérer d'un droit de la production qu'il ne soit pas enclin à évoluer en fonction de la demande des producteurs et en fonction du court terme ? Il n'est pas *a priori* interdit de penser que chaque branche du droit peut avoir son utilité et sa dignité, et il est probable que la complémentarité entre les deux démarches est une formule plus raisonnable pour amorcer un perfectionnement écologique de la régulation économique. Il ne s'agit là que d'une hypothèse : à supposer qu'elle soit vérifiable, encore faudra-t-il déterminer la part et la nature des normes ressortissant dans cette entreprise conjointe à chacune des deux branches du droit. Par ailleurs, d'une part, la recherche d'une subordination d'une des deux branches à l'autre peut aboutir à une sous-application du droit : l'affirmation de la subordination peut n'emporter aucun effet si elle n'est pas assortie de procédures qui la concrétisent et si aucune considération n'est accordée aux réalités sociales et économiques ; d'autre part, la recherche d'une intégration des deux branches du droit peut aboutir à la dilution des principes du droit de l'environnement.

Naviguant entre ces écueils, l'écologisation du droit économique peut certes s'appuyer sur les préceptes de l'Agenda 21. Mais cela ne permettra pas à ses éventuels initiateurs de s'affranchir de choix qui dépassent le seul champ de l'environnement et qui relèvent de la science économique.

28. Voir à ce propos C. LONDON, « L'environnement, une nouvelle donne économique ? », *op. cit.*

Car, de fait, le principal problème des juristes qui officient en droit économique — et c'est bien de cela dont il s'agit ici — est de ne pas se laisser enfermer par les économistes dans un discours technicien philosophiquement orienté, qui leur interdirait — au nom de quoi ? — de penser leurs tentatives d'énonciation juridique des régulations autrement que dans la logique univoque que celui-ci résume et qui le commande. Quelques exemples suffisent à montrer l'importance de l'obstacle — dû également au fait qu'économistes et juristes de l'environnement ne peuvent — ou ne veulent ? — tenir exactement le même langage et n'usent en tout cas pas des mêmes outils.

Ainsi, dans l'ouvrage du Commissariat général du plan, *L'Économie face à l'écologie*, précité, on assiste à une dénonciation des aides écologiques, avancée au nom du principe pollueur-payeur²⁹. Il y est affirmé que « les subventions présentent des inconvénients substantiels » et surtout qu'« un régime régulier de subventions est contraire au principe pollueur-payeur ». C'est sûrement souvent vrai. Mais la généralisation est abusive : comme il est d'ailleurs mentionné dans le texte (mais si brièvement, si discrètement !), la subvention peut être la juste compensation de l'accomplissement d'une activité d'intérêt général ou constituer le non moins juste accompagnement d'une politique de conversion écologique.

L'on ne peut pas même prétexter, pour refuser cette évidence juridique et économique, de l'existence du nouvel encadrement dû aux accords de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC)³⁰. La conclusion des négociations de l'*Uruguay Round* implique certes une réorientation des systèmes d'aide publique. D'une manière générale, l'accord distingue trois catégories de subventions : les subventions prohibées, les subventions « pouvant donner lieu à une action », les subventions « non spécifiques ». Dans la première, mis à part le secteur aéronautique qui bénéficie d'une dérogation permanente, entrent les subventions à l'exportation et les subventions liées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, dites « subventions spécifiques ». Dans la seconde, entrent les subventions susceptibles d'entraîner des effets défavorables pour un État membre, comme par exemple les subventions d'un produit dépassant 5 % de la valeur du produit ou des subventions couvrant des pertes d'exploitation ou d'annulation de dettes (article 6.1), dès lors qu'elles entraînent une modification des parts de marché. Ne sont préservées — sous conditions — que les subventions aux entreprises en phase de démarrage. Dans la troisième catégorie entrent les subventions dites « non spécifiques », c'est-à-dire non limitées à une entreprise ou à une branche d'entreprises, ainsi que les subventions « spécifiques » comportant une aide à la recherche industrielle (à hauteur de 75 % des coûts), une aide aux régions

29. Particulièrement le chapitre 4, « Les instruments des politiques publiques », et surtout p. 73-74.

30. Voir D. LINOTTE, A. MESTRE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 1995, troisième partie, titre 1, chapitre 1.

défavorisées, et certaines aides environnementales (adaptation à la réglementation environnementale). De ce fait, les subventions pour la protection de l'environnement — au sens large — demeurent acceptables, sous conditions. Elles peuvent être versées à des activités industrielles qui existent depuis deux ans au moment où les nouvelles prescriptions d'environnement le justifient, en raison du renchérissement de la production qu'elles induisent ; elles doivent être uniques et inférieures à 20 % des coûts d'investissement nécessaires à la nouvelle adaptation. Et pour l'agriculture, les aides sont possibles dans le cadre d'un programme national de protection de l'environnement. Elles peuvent couvrir le surcoût entraîné par le programme. L'aide pour des préoccupations d'environnement peut couvrir 100 % des coûts ; aucune aide déguisée à l'agriculture ne peut être admise. Pour ce qui concerne le droit communautaire des aides, les choses sont encore plus claires³¹. D'une part, nombre d'aides environnementales « ne rentrent pas automatiquement dans le domaine d'application de l'article 92 » : ainsi en est-il des aides au consommateur, favorisant l'achat de produits « écologiques ». Pour le reste, les aides aux investissements sont admises dans certains quotas, compatibles pour l'essentiel avec les normes de l'OMC. Les aides au fonctionnement sont exceptionnellement acceptées au cas par cas, pour aider à l'acceptation des éco-taxes, sous des réserves qui les rendent potentiellement compatibles avec les normes de l'OMC.

On le voit, dans ce contexte restrictif, rien — rien ! — n'interdit le maintien de subventions couvrant l'accomplissement d'activités d'intérêt général³². Le problème de savoir si le maintien — ou la création — de telles subventions est contraire au principe pollueur-payeur n'a juridiquement aucun intérêt : le poser comme essentiel, c'est idéaliser le principe en question, vraisemblablement parce les économistes le comprennent mieux qu'ils ne comprennent les autres principes mobilisateurs du droit de l'environnement ; et ils le comprennent bien, tout aussi vraisemblablement, parce qu'ils peuvent en développer une acception économiste — au sens strict du terme. Or, de cette acception, une dimension est totalement absente, qui doit pourtant être conjuguée avec le principe pollueur-payeur, par réalisme et par équité : la dimension de la solidarité.

C'est que, sur ce point, comme sur d'autres³³, l'économie des politiques publiques³⁴ — voir le manuel de X. Greffe qui fait auto-

31. Voir L. IDOT, « Environnement et droit communautaire de la concurrence », intervention au colloque du Centre d'études et de documentation sur les Communautés européennes (CEDECE), Angers, 6-7 octobre 1994 (à paraître).

32. De même qu'il n'est pas interdit de penser à une prise en charge collective des services publics industriels et commerciaux touchant à l'environnement : l'on peut se référer par exemple à la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) le 27 avril 1994, « Commune d'Almelo et autres », en matière d'électricité. La Cour rappelle — pour ce qui concerne l'électricité — que l'article 90-2 du Traité donne une certaine latitude d'action pour ce qui concerne les « entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ». Le professeur HAMON remarque dans un commentaire de la décision citée ci-dessus (*Actualité juridique. Droit administratif*, septembre 1994, p. 637 et suiv.) que « la fourniture d'électricité peut être considérée comme un service économique d'intérêt général puisqu'il s'agit d'un produit essentiel (comme l'eau) » ; il est d'avis que l'arrêt « Commune d'Almelo et autres » marque une étape importante dans l'évolution de la jurisprudence de la CJCE. Il confirme l'attitude plus favorable que celle-ci a récemment adoptée vis-à-vis des services publics dans l'arrêt « Corbeau ». Voir Cour de justice des Communautés européennes 19 mai 1993, *Actualité juridique. Droit administratif*, 1993, p. 865 et suiv., note HAMON ; et N. BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *Actualité juridique. Droit administratif*, 1994, p. 283 et suiv.

33. Sur les idéologies de la déréglementation, voir L. DUBOIS, « La déréglementation et le droit communautaire », *Revue française de droit administratif*, 1986, p. 483 ; J.-Y. CHEROT, « D'une politique de déréglementation à une politique juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 2, 1983 ; J. CHEVALLIER, « Les enjeux de la déréglementation », *Revue du droit public*, 1988, p. 281 et suiv. ; J.-P. HENRY, « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État ? », *Revue du droit public*, 1991, p. 631 et suiv. ; Y. MADIOT, « Déréglementation et liberté », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 1, 1987.

34. Voir X. GREFFE, *Économie des politiques publiques*, Paris, Dalloz 1995.

R. Romi
*Quelques réflexions sur
l'« affrontement économie -
écologie » et son influence
sur le droit*

rité depuis sa publication — n'a pas retenu parmi ses paradigmes la notion de développement « soutenable » ou « durable ». À croire que la notion est étrangère à l'analyse globale des politiques publiques par l'économie contemporaine ! C'est d'ailleurs un peu normal pour une discipline qui considère souvent le droit en tant que « ressource économique³⁵ », qui se fait de l'efficacité de la réglementation une image fonctionnant sur des critères fondamentalement libéraux, et qui développe au demeurant de la notion de réglementation une conception a-juridique³⁶ et tout à fait floue faute de définition juridique rigoureuse. Il est plus étonnant encore de constater la même absence dès lors qu'il s'agit de présenter « les politiques publiques d'environnement³⁷ », alors même que la notion d'écosystème est pour sa part reçue à travers le concept d'« écosystème patrimonial³⁸ ».

35. X. GREFFE, *op. cit.*, p. 159 et suiv.

36. Significatif, le fait que la « réglementation » est - apparemment radicalement - distinguée, dans les analyses économistes des politiques publiques, des « subventions » (voir X. GREFFE, *op. cit.*, p. 159-184). Or, juridiquement, pas de subventions sans réglementation ! La confusion entre réglementation et régulation publique ajoute encore à l'ambiguïté des propos d'économistes sur le droit des interventions publiques.

37. X. GREFFE, *op. cit.*, p. 383 et suiv.

38. *Ibid.*, p. 384-385.