

LES GRANDS DÉBATS AUTOUR
DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT
AUX ÉTATS-UNIS

87

O n m'a demandé un article sur le droit de l'environnement aux États-Unis. Les éléments ne manquent pas pour écrire sur cette question, et c'est précisément ce qui pose problème. Le système de réglementations concernant l'environnement aux États-Unis est très vaste et complexe. Les juristes spécialisés dans l'environnement semblent incapables de discuter de leur domaine sans faire référence à sa complexité, avec un mélange de désespoir et de fierté machiste. L'élément de comparaison le plus courant est le code fiscal, et il est impossible d'en présenter un résumé.

Le droit de l'environnement est certes une accumulation tentaculaire de détails, mais de plus il n'est pas construit autour d'un cadre idéologique unique et cohérent. Au risque de simplifier exagérément, on peut dire qu'il reflète deux idéologies contradictoires. L'une est anthropocentrique: elle donne une vision instrumentaliste de la nature, recherche l'efficacité plutôt que la justice et est fortement préoccupée par le bien-être social. L'autre est éco-centrique: elle valorise la nature pour elle-même, prend très au sérieux l'idée d'obligations éthiques envers les créatures non humaines et résiste à la quantification. La première est associée à l'économiste, la seconde à l'écologiste. Certains ont qualifié respectivement ces approches d'« analyse posée » et d'« indignation morale »¹; et ceux qui adhèrent à ces points de vue ont été qualifiés de « compteurs de haricots » et d'« écolos baba

1. Christopher Schroeder, « Cool Analysis Versus Moral Outrage in the Development of Federal Environmental Criminal Law », *William and Mary Law Review*, vol. 35, n°1, 1993.

cool»². Aucune de ces deux approches n'a jamais dominé l'autre, même si la tendance générale s'éloigne de l'indignation morale pour se rapprocher de l'analyse posée.

Confronté à un domaine aussi important, dense, complexe et fragmenté, je ne vais pas tenter de présenter une vue d'ensemble du droit de l'environnement aux États-Unis³. Je vais plutôt chercher à identifier les débats centraux du champ et les illustrer en montrant comment ils opèrent sur une question particulière: la (non)-réglementation des émissions de gaz à effet de serre. Mon objectif est double: montrer comment les États-Unis affrontent ou n'affrontent pas la question environnementale la plus urgente du moment et utiliser les débats sur le réchauffement climatique pour illustrer les conflits récurrents qui caractérisent le droit environnemental américain dans son ensemble.

88

LES DÉBATS FONDAMENTAUX

La structure et la formule de base du droit de l'environnement sont assez simples: en réponse à un problème identifié (*Si*), une instance gouvernementale (*Qui*) définit les objectifs (*Quoi*) et les moyens spécifiques permettant de les atteindre (*Comment*). Évidemment chaque aspect de ce processus peut donner lieu à controverse.

Si. L'idée que le gouvernement devrait introduire des règlements pour protéger l'environnement – que le marché ne fournira pas le montant « approprié » de protection environnementale – est largement acceptée aux États-Unis. Les prétendus « écologistes du marché » s'opposent à toute réglementation directe des activités dommageables pour l'environnement, bien qu'ils reconnaissent le besoin d'un système global de responsabilité vis-à-vis des dégâts écologiques. Mais leur position est minoritaire; en général, la responsabilité est considérée comme un supplément important à la réglementation directe mais ne représente pas un système suffisant en soi. Ainsi, la question de savoir *si* imposer des réglementations est nécessaire ne soulève pas de débats sérieux aux États-Unis. La principale exception, bien sûr, est le désaccord concernant la réglementation des gaz à effet de serre.

2. Daniel A. Farber, *Éco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 35-69.

3. J'ai tenté de le faire, une fois, pour un auditoire européen. Le résultat est quelque peu daté mais pas totalement inutile. Voir Michael Herz, « An Introduction to Environmental Law in the United States », *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 4, n°4, 1995.

Qui. Un débat bien plus central existe, dont la nature est *structurelle*. Il concerne la détermination de qui doit avoir le pouvoir de décision. Qui doit élaborer la politique concernant l'environnement ? Ce débat ne touche pas seulement le droit environnemental, mais il est particulièrement saillant dans ce domaine. Il soulève deux questions spécifiques. La première est récurrente dans ce pays : elle tient à la division du pouvoir entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des États. La seconde porte sur les institutions gouvernementales : quelles sont les fonctions respectives des assemblées législatives, de l'administration et des tribunaux (et peut-être aussi des ONG et des citoyens individuels) dans l'élaboration de la politique environnementale ?

Quoi. Le débat *substantiel* concerne les principes de la réglementation. Sur quelle(s) base(s) devrait s'appuyer la politique environnementale ? Plus particulièrement, deux questions se posent : celle de l'analyse de rentabilité, dont l'importance est croissante depuis deux décennies dans la politique environnementale (et dans la politique de réglementation en général) et celle du principe de précaution qui, à l'opposé, n'a jamais vraiment pris dans ce pays.

Comment. Le dernier sujet de débat pourrait être qualifié de *technique* : quels sont les instruments les plus efficaces pour atteindre les résultats substantiels désirés ? Le principal conflit porte ici sur la réglementation dite de « commande et contrôle » d'un côté et les incitations économiques de l'autre (notamment l'éco-taxe et l'échange de droits d'émission contingentés). Une question secondaire apparaît : le choix entre les impôts et les autorisations échangeables.

LE DÉBAT AUTOUR DU RÉCHAUFFEMENT DE LA PLANÈTE

En général, le droit environnemental américain est très étendu et plutôt rigoureux ; il reflète un consensus national assez fort en faveur d'une réglementation de la protection de l'environnement. Il existe, bien sûr, une énorme lacune. Les États-Unis n'ont pas encore introduit de mesure significative visant à limiter les émissions de gaz à effet de serre. Bien qu'ayant signé la Convention cadre des Nations unies sur le changement climatique et participé aux conférences des signataires de cet accord, les États-Unis sont le seul pays industrialisé à ne pas avoir ratifié le protocole de Kyoto. Seul parmi tous les pays développés, le gouvernement fédéral a systématiquement manifesté son total manque d'intérêt pour l'imposition de limites contraignantes à

l'émission de gaz à effet de serre. L'administration Bush est la cible des plus grandes critiques à cet égard, et le mérite. Mais l'administration Clinton et le Sénat, eux aussi, ont systématiquement déclaré que toute action unilatérale de la part des États-Unis, ou du groupe des nations industrialisées, serait une erreur.

La politique adoptée au niveau national face au changement climatique a été de fournir des aides financières à la recherche – ce qui a d'ailleurs eu des résultats assez significatifs – et de soutenir l'idée de contrôles volontaires. En 2002, le président Bush a appelé à une réduction de 18 % de « l'intensité des gaz à effet de serre » (c'est-à-dire du ratio d'émission de gaz à effet de serre par point de PNB) sur dix ans. Les États-Unis sont en effet en bonne voie pour atteindre cet objectif présidentiel. Mais ceci n'est guère surprenant. Durant pratiquement toute l'histoire du processus d'industrialisation, l'intensité de gaz à effet de serre a décliné à ce rythme du fait du progrès technologique. Cette réduction s'est produite alors que le volume des émissions elles-mêmes augmentait. Ainsi, l'objectif d'une réduction de 18 % n'a qu'une valeur symbolique: le *statu quo*.

Un grand nombre de projets de loi visant à taxer ou restreindre les émissions de gaz à effet de serre ont été présentés au Congrès, mais très peu ont été discutés sérieusement⁴. En juin 2008, la loi Lieberman-Warner sur la sécurité climatique – une proposition d'échange de droits d'émission contingentés qui aurait limité les émissions à 4 % au-dessous du niveau de 2005 d'ici à 2012 et à 71 % au-dessous des niveaux de 2005 d'ici 2050 – a suscité une discussion approfondie au Sénat, mais n'a finalement pas été soumise au vote. Il est cependant presque certain que, en 2009, indépendamment du président alors en exercice, les États-Unis adopteront enfin une législation substantielle contrôlant les émissions de gaz à effet de serre.

Pour une question « non réglementée », les gaz à effet de serre ont entraîné un nombre assez important de lois⁵, ainsi qu'une multitude de débats. Les réussites et les échecs de ces efforts soulignent les désaccords fondamentaux qui caractérisent le droit de l'environnement en général.

4. La meilleure compilation et analyse de ces projets est présentée en ligne par le Pew Center on Climate Change. Cf. <http://www.pewclimate.org/federal>

5. Pour un survol général des lois existantes, voir Michael Gerrard (dir.), *Global Climate Change and U.S. Law*, Chicago, American Bar Association 2007. Ce recueil offre une excellente description de l'état actuel de la loi. Sa taille même – 754 pages – signale que, en fait, il se passe beaucoup de choses dans ce domaine aux États-Unis, malgré l'inaction du Congrès, de la Maison-Blanche et de l'Agence de protection de l'environnement.

LES QUESTIONS STRUCTURELLES

Le fédéralisme

Selon l'expression célèbre du juge Kennedy, les Pères de la Constitution des États-Unis ont « fragmenté l'atome de la souveraineté⁶ » en divisant l'autorité gouvernementale entre le gouvernement national (fédéral) et les États. La répartition appropriée des responsabilités entre les deux niveaux a été contestée tout au long de l'histoire américaine, aussi bien au niveau de l'activité législative que de l'autorité constitutionnelle.

Depuis 1970, le gouvernement fédéral a dominé la réglementation environnementale. Plusieurs justifications sont en général avancées pour expliquer ce choix. La première est la crainte qu'en laissant la réglementation entre les mains des États, une « harmonisation par le bas » s'opère. Aucun État ne choisirait de se mettre dans une situation concurrentielle, qui serait désavantageuse face à d'autres États, en réglementant strictement la pollution. Sans un effort coopératif général de réglementation – ce qu'est précisément l'action fédérale –, rien ne se passe puisqu'aucun État ne peut faire le premier pas. Pire encore, chaque État va tenter d'obtenir un avantage en adoptant des réglementations particulièrement indulgentes, une action que tous les autres États seront obligés de copier dans un souci d'« harmonisation par le bas ». De ce fait, tous les États ont des législations beaucoup plus indulgentes qu'ils ne le souhaiteraient effectivement.

91

Un second élément vient justifier une réglementation nationale de la pollution : le problème des retombées. Si la pollution dans un État cause des problèmes dans un autre, l'État affecté n'a pas de possibilité de recours, excepté à travers une action au niveau national (en fait, les lois environnementales fédérales, en particulier la Loi sur la qualité de l'air, ont été particulièrement inefficaces pour traiter le problème des retombées).

De plus, les partisans d'un rôle fédéral fort expliquent que les défenseurs de l'environnement ont les moyens de mener une bataille législative unique (au niveau fédéral); mais s'ils mènent de front cinquante batailles séparées, ils seront écrasés par la puissance de feu des défenseurs de l'industrie.

Enfin, le gouvernement fédéral aurait, ou pourrait acquérir l'expertise qui fait défaut au niveau des États. Ainsi, on gagne en efficacité

6. *US Term Limits v. Thornton*, 514 US 779, 838 (1995) (Kennedy, J., opinion concordante).

en affrontant un problème une fois plutôt que cinquante. Ces considérations sont particulièrement convaincantes à propos de questions hautement techniques touchant à la science, l'ingénierie et la santé publique.

Ce débat a également une dimension constitutionnelle. En théorie au moins, le gouvernement fédéral détient des pouvoirs énumérés et donc limités. Les lois concernant l'environnement s'appuient en général sur le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce entre les États et les activités qui affectent ce commerce. La plupart des activités causant des dégâts sur l'environnement sont censées avoir un effet sur le commerce entre les États et donc justifier la réglementation fédérale, mais pas toutes. Par exemple, la protection de réserves d'eau locales isolées a été considérée comme ne relevant pas de l'autorité fédérale.

92 Indépendamment de la Constitution, nombreux sont ceux pour qui la réglementation au niveau des États est préférable car elle peut être plus précise dans sa réponse à des conditions et des préférences locales variables; en outre elle rapproche le gouvernement du peuple et représente donc une défense contre la tyrannie. Si les États sont autorisés à poursuivre différentes stratégies de réglementation, ils peuvent agir comme des laboratoires, et le pays dans son ensemble pourra bénéficier de ces expérimentations. Enfin, il existe depuis longtemps un attachement vaguement religieux, ou simplement sentimental, à l'idée des «droits des États» – un *cri du cœur* qu'il a été parfois difficile de séparer du racisme virulent qu'il protégeait.

La bataille autour du fédéralisme se déploie de façon fascinante en ce qui concerne le changement climatique global. Le gouvernement fédéral n'a pris aucune initiative sérieuse de réglementation à ce propos et il est intéressant de voir dans quelle mesure les États et les villes ont occupé ce vide réglementaire.

La Californie a été à l'avant-garde des efforts des États. En 2002, elle a adopté une loi limitant les émissions de gaz à effet de serre pour les nouvelles automobiles. Selon la loi sur la qualité de l'air, la Californie est le seul État autorisé à réglementer les émissions des automobiles, bien que tout autre État dont une partie du territoire n'atteint pas les normes fédérales de qualité de l'air peut adopter les normes californiennes. Seize autres États l'ont fait. Ces normes ont résisté aux recours légaux qui prétendaient que l'État ne pouvait pas réglementer les émissions de gaz à effet de serre car ces règles représentaient de fait des normes d'économie de carburant (aucun État, y compris la Californie, ne peut adopter des normes d'économie de carburant dif-

férentes de celles établies par le gouvernement fédéral). Cependant, les règlements de la Californie doivent obtenir le feu vert de l'Agence de protection de l'environnement qui leur a été refusé. Cette décision fort controversée fait actuellement l'objet d'un recours devant les tribunaux.

De surcroît, la Californie a adopté un plafonnement des émissions de gaz à effet de serre. La mesure, intitulée de façon optimiste « loi apportant des solutions au réchauffement de la planète », exige une réduction de 35 % des émissions d'ici 2020 (en gros un retour aux niveaux d'émission de 1990). La loi exige en fait un volume de réduction plus faible sur une plus longue période que celui exigé des États-Unis par le protocole de Kyoto. Comment, le cas échéant, cela sera réalisé reste bien sûr à prouver. Le *California Air Resources Board* (Agence pour la qualité de l'air) travaille actuellement à l'élaboration de réglementations qui traduiront l'objectif global en exigences particulières. Un système d'échange de droits d'émission contingentés sera au centre de l'effort d'application. L'imposition de plafonds déclinant régulièrement est censée commencer en 2012.

93

Plusieurs autres États ont adopté des plafonnements de gaz à effet de serre ou envisagent de le faire. Il existe un certain nombre d'autres expériences notables au niveau des États : un système d'échange de droits d'émission contingentés pour les centrales électriques dans les États du nord-est (l'« initiative régionale sur les gaz à effet de serre ») ; l'exigence, formulée dans de nombreux États, que les centrales électriques privées produisent un volume d'électricité croissant dans le temps à partir de sources d'énergie renouvelable ; des normes d'efficacité énergétique (imposées en partie par la législation fédérale) dans les codes du bâtiment ; et différentes incitations fiscales pour les investissements dans l'économie d'énergie et la protection de l'environnement⁷.

Il n'est pas du tout sûr que l'action au niveau des États permette de s'attaquer de façon appropriée au problème du changement climatique. Ce débat rejoint celui d'une action unilatérale prise par *un* pays. De tels efforts peuvent être au mieux infructueux, au pire contre-productifs, dans la mesure où ils encouragent les autres à ne rien faire et renoncent à une importante monnaie d'échange dans les négociations, une contrepartie essentielle dans les entreprises mutuelles visant à contrôler

7. Voir Pew Center on Global Climate Change, *What's Being Done in the States*, http://www.pewclimate.org/what_s_being_done/in_the_states

les émissions⁸. Les États ne peuvent pas résoudre individuellement le problème; la plupart ne peuvent même pas apporter une contribution perceptible ou mesurable à l'élaboration d'une solution. Et même si tous les États agissaient, leur démarche poursuivrait un chemin très laborieux vers un système que le gouvernement fédéral pourrait établir de façon plus efficace.

94 D'aucuns ont suggéré que l'activité des États non seulement n'entraîne pas une harmonisation par le bas, mais produit au contraire une harmonisation par le haut. Cela semble exagéré car, d'un côté, cette activité ne vise pas à l'harmonisation et, de l'autre, en portant l'attention sur les États qui sont actifs, on néglige les nombreux États qui ne font rien de significatif. Cependant, l'activité au niveau des États semble susceptible d'avoir un effet très important: elle peut inciter l'action au niveau fédéral. La relation de causalité est ici difficile à établir et compliquée à mesurer. Mais elle existe probablement, pour différentes raisons. Tout d'abord les mesures prises par les États servent de prototypes. Ensuite, contraintes de choisir entre des réglementations locales contradictoires et des réglementations fédérales préventives uniformes, les agences de réglementation préfèrent souvent les secondes (les normes fédérales d'efficacité énergétique pour les appareils électroménagers sont un bon exemple). Enfin, la réussite au niveau d'un État encouragera les partisans de la réglementation tout en les laissant insatisfaits car de plus amples mesures sont nécessaires.

Les organismes gouvernementaux

Le second débat structurel important autour du droit de l'environnement aux États-Unis touche à la question de savoir quelle *partie* du gouvernement doit élaborer la loi. Les assemblées législatives promettent un mandat démocratique et une légitimité politique; les organismes gouvernementaux promettent expertise et flexibilité; les tribunaux promettent la neutralité et le respect de l'État de droit.

Les tribunaux

Les tribunaux ont deux fonctions centrales. Premièrement, ils traitent des conflits liés à l'environnement. Deuxièmement, ils surveillent l'action des organismes gouvernementaux dans les procès intentés par les entités réglementées, par les citoyens individuels et par les ONG.

En ce qui concerne la première fonction, la tradition du droit cou-

8. Jonathan B. Wiener, «Think Globally, Act Globally: The Limits of Local Climate Policies», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, n°6, 2007.

tumier anglo-américain est ouverte à l'idée d'une loi faite par les juges et s'est historiquement tournée vers les tribunaux, qui appliquent les principes du droit coutumier, pour traiter ce que nous appelons aujourd'hui les « questions d'environnement ». Comme mentionné auparavant, le système de droit coutumier (caractérisé par des tribunaux appliquant la loi faite par les juges dans des jugements *ex post*) a été en grande partie supplanté par un système réglementaire (caractérisé par un organisme agissant sous mandat législatif et imposant des exigences *ex ante*). Mais un courant de pensée qui exerce une certaine influence explique que les mesures fondées sur le droit coutumier sont une composante nécessaire, et peut-être même suffisante, du droit de l'environnement moderne.

Des efforts intéressants, mais infructueux jusqu'ici, ont été développés pour utiliser les tribunaux dans la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, à travers des « plaintes de nuisance ». Celles-ci s'appuient sur l'idée que l'accusé a empiété de façon déraisonnable sur le droit du propriétaire à jouir de son bien (« nuisance privée ») ou sur un droit de jouissance appartenant au peuple en général (« nuisance publique »). La pollution a toujours été potentiellement passible de poursuites selon la loi sur les nuisances. Cependant, la détermination des types de conduite qui représentent une nuisance reste notoirement vague et impossible à quantifier. Celle des niveaux acceptables de pollution est en grande partie laissée aux tribunaux. Les demandes d'indemnisation liées à la nuisance publique viennent en général de plaignants gouvernementaux. La question se pose donc de savoir si les émissions de gaz à effet de serre et le réchauffement climatique pourraient être invoqués pour soutenir de telles actions.

Par exemple, dans l'arrêt *Connecticut v. American Electric Power*, huit États et la ville de New York ont intenté un procès à cinq entreprises qui, ensemble, produisent environ 25 % des émissions de gaz à effet de serre du secteur d'énergie électrique des États-Unis⁹. Les plaignants affirmaient que les émissions des accusés contribuaient au réchauffement de la planète, qui cause ou causera des dommages irréparables à la propriété, la santé, la sécurité et le bien-être des résidents. Les plaignants cherchaient à obtenir des autorités judiciaires qu'elles imposent un plafonnement des émissions de CO₂ des entreprises concernées. Dans un arrêt similaire, *State of California v. General Motors Corp.*, l'État de Californie a poursuivi General Motors, Ford,

9. 406 F. Supp. 2d 265 (SDNY 2005).

Chrysler, Honda, Toyota et Nissan, alléguant que les émissions provenant des véhicules que ces entreprises fabriquent représentaient plus de 20 % des émissions de CO₂ aux États-Unis et constituaient une nuisance¹⁰. Dans ce cas, les plaignants ont réclamé des dommages et intérêts plutôt qu'une mesure injonctive.

96 Dans ces deux cas, les juges ont rejeté les plaintes sans même considérer le fond de la cause. Ils ont tous les deux invoqué la prétendue « doctrine des questions politiques ». Ils ont émis des doutes sur la capacité du judiciaire à émettre les jugements politiques adéquats et se sont montrés réticents à critiquer la décision de l'administration Bush, et peut-être aussi du Congrès, consistant à ne *rien* faire. Enfin, ces juges ont exprimé leurs préoccupations à propos des implications de la question pour la politique étrangère. En bref, se voyant offrir l'opportunité d'imposer directement des restrictions ou des dommages pour l'émission de gaz à effet de serre, les juges ont décliné l'invitation et ont insisté sur le fait qu'il revenait à d'autres instances de prendre ces décisions. Étant donné la complexité de la question du changement climatique, la multitude de sources étroitement liées qui y contribuent et les jugements techniques nécessaires pour évaluer de possibles limites aux émissions et des technologies alternatives, on ne peut s'empêcher de comprendre en partie l'attitude des juges.

Le rôle le plus important des tribunaux dans le domaine du droit environnemental est de contrôler les organismes gouvernementaux en général et l'Agence de protection de l'environnement en particulier. En règle générale, les décisions de ces organismes peuvent être révisées par les tribunaux. Le tribunal peut rejeter une action jugée anti-constitutionnelle, en contradiction avec la loi en vigueur, déficiente du point de vue procédurier, ou « arbitraire, fantaisiste ou représentant un abus du pouvoir discrétionnaire ». Les décisions les plus importantes de l'Agence de protection de l'environnement sont contestées devant les tribunaux, et souvent les attaques viennent des deux parties concernées : de l'entité réglementée qui la trouve trop stricte et des bénéficiaires de la réglementation qui la jugent trop souple. De

10. 2007 US Dist. LEXIS 68547 (n° CO6-05755 MJJ), 17 septembre 2007. Une troisième poursuite pour nuisance a été entreprise récemment par un village Eskimo de quatre cents personnes situé sur une île d'Alaska contre neuf compagnies pétrolières, quatorze centrales électriques et une compagnie minière. La plainte *Village of Kivakina c. ExxonMobil Corp*, n° CV 08-1138 (ND Cal. 2008), allègue que la hausse de la température a affecté l'épaisseur, l'étendue et la durée de la mer de glace qui longe la côte de Kivakina, ce qui risque d'obliger tout le village à plier bagage, pour un coût estimé à 100 millions de dollars.

nombreux tribunaux ont affirmé avec énergie leur autorité concernant l'interprétation des mesures gouvernementales et la détermination de la nature arbitraire de l'action de l'agence. En même temps, on lit aussi fréquemment des déclarations virulentes affirmant que les tribunaux doivent se montrer plein de déférence envers les décisions de l'agence, en particulier à cause de l'avantage qu'elle possède en terme d'expertise technique et de responsabilité démocratique¹¹.

Enfin, les tribunaux représentent une tribune essentielle pour l'action citoyenne. La plupart des lois environnementales fédérales autorisent des « actions judiciaires citoyennes » – des actions contre des entités privées accusées de violer une loi particulière, ou contre un organisme gouvernemental qui aurait omis une action exigée par la loi (par exemple, l'imposition d'une réglementation). En outre, comme nous le verrons plus loin, les citoyens individuels ou les ONG peuvent obtenir un contrôle de constitutionnalité des actions de l'agence. Même si le débat se poursuit à propos du droit de certains plaignants à s'adresser aux tribunaux, ceux-ci sont, dans l'ensemble, assez accueillants à l'égard des plaintes des citoyens et des ONG, et les contentieux déclenchés par ces plaignants ont contribué de façon significative à l'élaboration du droit de l'environnement.

97

Les agences gouvernementales et le Congrès

Un lieu commun concernant le Congrès et les agences gouvernementales affirme que le premier évite les décisions ardues et délègue un pouvoir de décision étendu aux secondes sous couvert d'un mandat aussi vaste que vague. Cela est souvent vrai pour les lois sur l'environnement, bien qu'on puisse trouver de nombreux contre-exemples. Il est impossible d'aborder ici la question de savoir dans quelle mesure le Congrès devrait, ou doit, selon la Constitution prendre les décisions politiques fondamentales. Les débats concernant le changement climatique n'ont pas permis de clarifier la question, car ni le Congrès ni l'Agence de protection de l'environnement ne se sont montrés très offensifs. Ainsi les limites maximales du pouvoir de l'agence n'ont pas été testées. La question a plutôt été de savoir si l'Agence de protection de l'environnement a rempli ses obligations minimales déterminées par la loi, notamment la loi sur la qualité de l'air.

11. L'arrêt le plus souvent cité à ce propos est *Chevron USA Inc. v. NRDC*, 467 US 837 (1984), qui s'appuie sur la loi sur la qualité de l'air et représente une claire affirmation de la nécessité pour le judiciaire de respecter le pouvoir de décision des agences gouvernementales.

98 Le récent arrêt *Massachusetts v. EPA* illustre très bien le jeu compliqué qui se joue entre le Congrès, l'agence (et les tribunaux) à propos de la réglementation des gaz à effet de serre¹². La loi sur la qualité de l'air exige du directeur de l'agence qu'il réglemente la pollution de l'air produite par les automobiles dont il peut raisonnablement penser qu'elle va mettre en danger la santé ou l'intérêt publics. Une ONG a introduit un recours pour que le directeur exerce cette autorité afin de limiter l'émission de gaz à effet de serre provenant des nouvelles automobiles. Le directeur a rejeté le recours, concluant que les gaz à effet de serre n'étaient pas des « polluants de l'air » dans le sens de la loi, que le contrôle des émissions des nouvelles voitures n'était pas la manière la plus fructueuse de procéder, même s'il avait autorité à le faire. Il a, en outre, refusé d'aller à l'encontre de la politique du président. Chacun des aspects de sa justification a été rejeté par la Cour suprême, qui a renvoyé l'affaire à l'Agence de protection de l'environnement pour qu'elle détermine de façon formelle s'il est raisonnablement possible d'estimer si les émissions de gaz à effet de serre peuvent mettre en danger la santé ou l'intérêt publics. L'agence va certainement esquiver cette requête jusqu'à la prochaine administration, mais l'arrêt est cependant d'une très grande importance. On notera la latitude, qui n'est cependant pas illimitée, accordée à l'agence par le Congrès, le rôle essentiel joué par la Cour suprême dans une poursuite engagée par une ONG afin de contraindre l'agence à l'action, et le conflit entre le mandat législatif et les choix du président.

LES PRINCIPES RÉGLEMENTAIRES

L'analyse de rentabilité

Les premières lois fédérales concernant l'environnement promettaient un environnement « propre » quel qu'en soit le prix. La loi sur la qualité de l'air de 1970 demandait à l'Agence de protection de l'environnement d'établir des normes de qualité de l'air ambiant au niveau « requis pour protéger la santé publique », avec « une marge adéquate de sécurité », indépendamment des coûts de mise en œuvre. Cette exigence demeure, après avoir résisté à une attaque devant les tribunaux et à de nombreux efforts visant à amender la loi (en dépit de ce que dit cette loi, l'agence fait très attention aux coûts, et des études indiquent que les bénéfices découlant des normes de qualité de l'air ambiant dépas-

12. 549 US 497 (2007).

sent largement leurs coûts). Les premières lois déterminaient, pour leur part, la rigueur des contrôles à la lumière de la technologie disponible. Elles ne demandaient pas si un environnement « propre » ou le recours à des technologies avancées justifiaient les coûts.

À partir des années quatre-vingt cependant, les législateurs ont eu de plus en plus recours aux analyses de rentabilité. Le principal facteur qui a déterminé cette tendance est un décret présidentiel de Ronald Reagan exigeant des organismes gouvernementaux qu'ils préparent des analyses de rentabilité pour les réglementations les plus importantes, et celles-ci devaient être ensuite examinées par le Bureau de la gestion et du budget (*Office of Management and Budget*). Les successeurs de Reagan, démocrates comme républicains, ont maintenu cette exigence, avec quelques modifications mineures. En général, les présidents et les agences se sont montrés plus attachés aux analyses de rentabilité que le Congrès. Des initiatives législatives visant à faire adopter des lois de réforme des réglementations qui auraient imposé des analyses de rentabilité généralisées ont échoué. En conséquence, l'exigence d'analyses de rentabilité imposée par l'exécutif est, dans une certaine mesure, en tension avec les lois au service desquelles elle est utilisée.

99

L'idée derrière l'analyse de rentabilité est assez simple et difficile à contester : la protection de l'environnement (ou toute autre mesure) ne devrait pas coûter plus qu'elle ne rapporte¹³. Les ressources sont limitées ; il existe des exigences conflictuelles ; nous devrions agir pour améliorer le monde et non le détériorer.

Les détracteurs des analyses de rentabilité, et ils sont nombreux, avancent plusieurs objections. Beaucoup rejettent purement et simplement toute tentative de monétarisation de la santé et des valeurs environnementales et nient que l'on puisse attacher un prix à celles-ci, l'idée étant que les gens ont un droit moral à un environnement propre, indépendamment des coûts. Une seconde critique éthique plus limitée est que le but implicite de l'analyse de rentabilité – un gain d'efficacité selon le critère de Kaldor-Hicks et non selon le critère de Pareto – est erroné. La définition d'une amélioration appliquant le critère du bien-être social part du principe que les perdants peuvent recevoir compensation et la recevront peut-être, mais dans le monde réel ils ne l'ont jamais. En d'autres termes, l'action législative fondée sur les

13. Pour une synthèse utile, voir Matthew D. Adler et Eric A. Posner (dir.), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

analyses de rentabilité est déficiente car elle ignore les impacts d'une mesure en terme de distribution. De plus, toute une série de critiques portent sur l'exactitude de l'analyse. Une analyse de rentabilité valide exige que tous les coûts et bénéfices soient monétarisés – en effet, le but est bien de réduire des valeurs par ailleurs incommensurables à une même unité de mesure. Cela est relativement facile à faire pour des produits qui sont vendus sur un marché. Par exemple, il est possible de mesurer le coût d'un équipement de contrôle de la pollution. Mais calculer la valeur d'une vie humaine (même d'une « vie statistique »), de la bonne santé, de ressources naturelles intactes ou des espèces en voie de disparition est extrêmement difficile. En conséquence, une analyse de rentabilité va souvent sous-estimer les bénéfices pour la santé et l'environnement du fait d'une comptabilisation incomplète.

100 Enfin, outre les incertitudes quantitatives, il existe de sérieux débats méthodologiques entre les praticiens de l'analyse de rentabilité. Pour en mentionner quelques-uns : dans quelle mesure doit-on escompter les dépenses et les bénéfices qui se produiront dans le futur ? Doit-on prendre en compte le nombre de vies sauvées ou le nombre d'années sauvées dans une vie ? Doit-on prendre en compte la qualité de la vie ?

L'application de l'analyse de rentabilité aux réglementations du réchauffement climatique illustre plusieurs de ces débats. Premièrement, les difficultés de quantification sont énormes. Deuxièmement, l'incapacité de l'analyse de rentabilité à prendre en compte les questions de distribution est particulièrement saillante ici. Le réchauffement de la planète va affecter différemment certains pays, populations, industries et individus. Ceux qui seront les plus frappés auront la plupart du temps le moins contribué au problème. L'analyse de rentabilité n'aide absolument pas à déterminer comment traiter cette variation. En fait, elle tend à masquer le problème. Troisièmement, le réchauffement de la planète pose avec une force particulière le problème du taux d'actualisation. Les efforts visant à contrôler le changement climatique impliquent toujours d'engager des dépenses sur le moment afin d'éviter des dommages à venir, et une grande partie des bénéfices ira aux générations futures. Avec un taux d'actualisation suffisamment élevé et une estimation assez distante dans le temps du jour où les bénéfices futurs se feront sentir, l'analyse de rentabilité peut recommander de ne rien faire du tout, même pour éviter un dommage grave (en effet, on peut honnêtement conclure que c'est précisément pour cela que si peu a été fait : les politiciens tendent à adopter un taux implicite très élevé d'ac-

tualisation en ce qui concerne les bénéfices futurs). Par ailleurs, si on ne laisse pas les pertes futures de côté, l'analyse de rentabilité justifiera des investissements de contrôle bien plus élevés que ceux qu'aucun pays n'est aujourd'hui disposé à engager.

Le principe de précaution

Le principe de précaution implique que, face à des menaces de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique ne sera pas avancée pour justifier le report (rentable ?) de mesures visant à empêcher la détérioration de l'environnement¹⁴. Il est communément accepté que le principe de précaution soit plus largement adopté à l'extérieur qu'à l'intérieur des États-Unis¹⁵. Les États-Unis sont signataires de la déclaration de Rio, qui inclut une version du principe de précaution. Mais, en général, les lois étasuniennes ne reflètent pas ce principe, du moins pas dans sa version forte. Une des difficultés de la discussion du principe de précaution est qu'il n'existe pas de consensus sur une définition précise de celui-ci; la version plus modérée ne fait guère problème, mais la controverse surgit autour des affirmations plus fortes, selon lesquelles le principe impose, aux yeux de certains, un surinvestissement dans des systèmes de protection coûteux pour des résultats improbables¹⁶.

101

Étant donné la prédilection des Américains pour les analyses de rentabilité, cela n'est guère surprenant. Il n'y a pas d'incompatibilité évidente entre l'analyse de rentabilité et le principe de précaution, mais ils sont en forte tension. Selon l'analyse de rentabilité, les régulateurs établissent la meilleure estimation possible des dommages et agissent en conséquence; c'est ainsi que les ressources sont allouées d'une façon performante et rentable. Le principe de précaution va nécessairement entraîner des mesures que l'analyse de rentabilité rejetterait comme étant des surinvestissements en matière de protection. Le droit de l'environnement américain régleme bien de façon *préventive*, dans une tentative *ex ante* d'éviter les dommages, et il le fait même en l'absence

14. Il n'existe pas de définition du principe de précaution faisant autorité. Celle utilisée ici est extraite de la déclaration de Rio. Voir United Nations Conference on Environment and Development, *Statement of Principles*, principe 15, 1992.

15. Cependant ce lieu commun semble être exagéré. Voir à ce propos James K. Hammit *et al.*, « Precautionary Regulation in Europe and the United States: A Comparative Analysis », *Risk Analysis*, vol. 25, n°5, 2005.

16. Une critique influente du principe de précaution: Cass R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

de certitude scientifique. En effet, un des éléments centraux du passage du modèle du droit coutumier, qui prévalait avant 1970, au modèle réglementaire qui prévaut depuis, a été l'approbation de réglementations préventives, sur la base de preuves insuffisantes, en opposition à la compensation *ex post* pour les dommages prouvés. Mais cela n'équivaut pas à s'appuyer sur le principe de précaution.

Quelle que soit la description générale de la situation, il est incontestable qu'à ce jour les États-Unis ont dans l'ensemble rejeté les enseignements du principe de précaution à propos du réchauffement climatique. La position du gouvernement fédéral a été de mettre l'accent sur l'incertitude scientifique, et de s'appuyer sur celle-ci pour ne *rien* faire. Et ceux qui ont préconisé une approche différente ont invoqué telle ou telle version du principe de précaution.

102

Les outils de réglementation

Les analystes de la politique environnementale parlent souvent de la « boîte à outils de réglementation » pour faire référence aux différents instruments disponibles. On trouve parmi ceux-ci les normes qui dictent la conception et la performance d'équipements particuliers; les « normes ambiantes »; la divulgation obligatoire d'informations (étiquetage, déclaration d'impact environnemental; publicité du volume total d'émissions); les accords coopératifs entre l'État et les pollueurs; les initiatives volontaires; la responsabilité pour dommages causés; le système d'échange de droits d'émission contingentés; les éco-taxes; les subventions pour les activités et les recherches favorables à l'environnement.

L'approche dominante aux États-Unis a été d'identifier les technologies disponibles les plus efficaces pour contrôler la pollution d'une catégorie d'équipement et ensuite de préconiser l'utilisation des équipements de ce type pour réduire la pollution au niveau permis grâce à ladite technologie. En général, une telle « norme de performance » est jugée préférable à une « norme de conception » qui imposerait l'utilisation d'une technologie spécifique. La première incite indirectement à rechercher des alternatives et des améliorations, alors que la seconde gèle le développement technologique. Même quand les normes n'ont pas été déterminées à partir de la technologie disponible, l'idée directrice était de « commander et contrôler », une expression qui est en général utilisée de façon péjorative. Une avalanche d'écrits critiquent cette approche prescriptive pour son inefficacité et sa rigidité, et affirment que l'on pourrait atteindre le même niveau ou des niveaux supérieurs de protection de l'environnement à des coûts bien plus bas en

s'appuyant sur des instruments économiques (l'échange de droits d'émission ou l'éco-taxe) et la divulgation des informations.

À deux exceptions notables, cette critique n'a pas réussi à transformer la politique environnementale elle-même¹⁷. Ces deux exceptions concernent un système d'échange de droits d'émission pour contrôler les précurseurs des pluies acides provenant des centrales électriques, inscrit dans les amendements de 1990 de la loi sur la qualité de l'air, et le fameux « Inventaire des rejets toxiques », établi en 1986, qui exige des entreprises qu'elles estiment et divulguent leur rejet total de substances toxiques chaque année, mais ne limite pas ces rejets. Ces deux mesures sont reconnues par tous comme des succès. Le système de contrôle des pluies acides a entraîné les réductions anticipées et cela à des coûts plus bas que prévus (et les coûts estimés étaient bien inférieurs à ce qu'ils auraient été sous l'ancien système). Les émissions de substances couvertes par l'Inventaire des rejets toxiques ont baissé environ de moitié, et même s'il est impossible de dire exactement quelle part de cette réduction est due à l'Inventaire, on s'accorde dans l'ensemble à voir dans l'obligation de divulguer les informations la cause principale de la réduction.

103

Malgré ces deux exceptions, le système américain de réglementation environnementale a fort peu évolué au cours de ses quarante ans d'existence.

Pourtant, la réglementation des émissions de gaz à effet de serre représenterait certainement une rupture majeure dans cette histoire. À tous les niveaux, les politiciens et législateurs américains adhèrent totalement au système d'échange de droits d'émission pour contrôler les gaz à effet de serre. La délégation des États-Unis fut à l'initiative des tentatives visant à inclure des mécanismes d'échange dans le protocole de Kyoto; les systèmes réglementaires en cours de développement dans les États sont tous fondés sur l'échange de droits d'émission; les propositions du Congrès pour limiter les gaz à effet de serre qui ont été sérieusement discutées contiennent toutes des mécanismes d'échange de droits d'émission. Cela n'est pas très surprenant car le plaidoyer en faveur des instruments économiques (soit l'échange de droits, soit l'éco-taxe) est le plus fort ici. Il existe des causes innombrables et très différentes au problème, ce qui implique des coûts de contrôle très diversifiés. La facture totale sera énorme et le problème des économies

17. Pour une vue d'ensemble critique, voir Richard B. Stewart, « A New Generation of Environmental Regulation? », *Capital University Law Review*, vol. 29, n°1, 2001.

de coûts sera donc central; parce que les gaz à effet de serre sont complètement mélangés au niveau de la planète, le principal inconvénient de ces systèmes, «le problème du point sensible», n'existe tout simplement pas. Il est inimaginable que la réglementation des gaz à effet de serre aux États-Unis, quand elle y sera introduite, ne comprenne pas d'incitations économiques.

104 Et il est pratiquement inimaginable qu'elle n'implique pas un système d'échange des droits d'émission contingentés. Les économistes américains sont pratiquement unanimes pour dire que l'éco-taxe serait préférable au système d'échange de droits d'émission. Cependant, elle est bien moins porteuse politiquement que le système d'échange. Tout indique qu'elle n'a aucune chance d'être introduite. Avec leur antipathie pour la solution fiscale, les États-Unis confirment une vérité bien connue: les Américains détestent les impôts. Cela amène les politiciens à les rejeter, ou tout du moins à les cacher. Il y a beaucoup d'impôts, bien sûr, et certains d'entre eux affectent les activités dommageables à l'environnement. Mais, pour des raisons politiques plutôt qu'économiques, le nombre de subventions ou de déductions fiscales pour les activités favorables à l'environnement est bien plus important que celui des impôts frappant les activités nuisibles, et très peu sont suffisamment élevées pour influencer les comportements de façon significative. Cependant, l'imposition d'une taxe carbone à tous les secteurs de l'économie ne semble tout simplement pas faisable.

Dans cet article j'ai, par nécessité, laissé beaucoup de questions de côté. J'espère tout de même avoir donné une idée des débats en cours autour du droit de l'environnement américain. Dans les années à venir, l'action ou l'inaction face au réchauffement de la planète déterminera l'issue de ces débats.

TRADUIT DE L'ANGLAIS PAR ISABELLE RICHEL

R É S U M É

Alors que le droit de l'environnement moderne des États-Unis approche de son quarantième anniversaire, il reste marqué par une série de débats fondamentaux. Ceux-ci ne concernent pas la question de la nécessité pour le gouvernement d'introduire des réglementations pour protéger l'environnement; un consensus existe à ce propos (avec l'exception notable du réchauffement de la planète). Mais la question de savoir quel niveau et quelle branche du gouvernement devraient imposer ces réglementations, sur la base de quels principes généraux et sous quelle forme suscite de profonds désaccords. Ces désaccords apparaissent clairement dans les débats actuels: faut-il réglementer les émissions de gaz à effet de serre et, le cas échéant, comment le faire ?