

L'ÉVOLUTION DES INSTRUMENTS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Sur le terrain du droit, la question de l'environnement continue à faire l'objet de nombreux débats dont les deux principaux doivent ici être mis en évidence. 23

Le premier porte sur les objectifs à atteindre.

Initialement, le droit de l'environnement avait comme unique objet de préserver, de sauvegarder, de protéger l'environnement. Il s'agissait d'un droit de la conservation d'un état de la nature considéré par la société comme faisant partie d'un patrimoine auquel elle est attachée, au même sens que le droit des monuments historiques avait comme finalité de conserver un patrimoine culturel exposé aux assauts du temps et de la modernisation. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, dans les textes, les notions de patrimoine naturel et culturel sont aussi souvent associées.

Dans une seconde étape du développement du droit de l'environnement, il fut pris conscience de ce qu'il ne suffisait pas de le protéger par le jeu de mesures conservatrices, mais qu'il convenait également de mener une action positive de restauration et de gestion de l'environnement; que la montagne ne pouvait être protégée durablement sans y maintenir des montagnards; qu'une action efficace sur la qualité des eaux ne pouvait résulter de la simple interdiction d'y rejeter les résidus d'activités polluantes et qu'il fallait en amont mettre en œuvre des politiques publiques d'investissements, etc. Toutefois, à ce stade des politiques de l'environnement, la cible reste bien identifiée. C'est l'environnement envisagé dans ses diverses conceptions et composantes: éléments, ressources, équilibres et patrimoine naturel.

L'émergence plus récente de la notion de développement durable et

son ambition de conjuguer l'action classique conduite dans le domaine de l'environnement avec le développement économique changent totalement la définition des objectifs politiques. Inscire dans la Charte de l'environnement, résultant de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005¹, que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable » et qu'à cet effet « elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement (ce qui était l'objectif premier des politiques de l'environnement), le développement économique et le progrès social » modifie fortement la cible de l'action publique. On se trouve devant un objectif global aussi bien économique et social qu'environnemental, et non plus en face d'une simple politique qualifiée de sectorielle². À vrai dire, cet adjectif convenait mal à une politique qui reposait sur l'identification des interactions de tel ou tel élément de l'environnement sur l'ensemble des « équilibres biologiques », sur « l'éco-système ». L'évolution marquée par l'émergence de la notion de développement durable était inscrite dans la logique de l'objet environnemental.

Ce premier débat a trouvé un écho sur le terrain des instruments juridiques : la question se pose de savoir quels sont ceux qui sont les mieux adaptés à la poursuite de ces objectifs.

La conservation de l'environnement pouvait s'accommoder de techniques juridiques assez classiques dont la plus utilisée a été la police spéciale, à savoir l'interdiction ou la réglementation sur la base d'un texte spécial des activités considérées comme présentant un risque important pour l'environnement, assorties de sanctions pénales ou administratives : dès 1810, c'est cette solution qui est mise en œuvre par la plus ancienne et la plus importante des grandes polices de l'environnement, la police des manufactures et ateliers insalubres, incommodes ou dangereux qui deviendra la police des installations classées. Combinée avec le procédé de la servitude administrative, utilisée notamment pour la prévention des risques et la protection du patrimoine naturel, cette technique reste le principal outil juridique employé par un droit de l'environnement qui demeure, pour une grande part, une superposition complexe de polices spéciales : eau, chasse, pêche, sites, réserves naturelles, etc. ; l'idée d'une police générale de l'environne-

1. Voir sur ce point, *AJDA*, dossier spécial sur la Charte de l'environnement, 2005, p. 1164.

2. Chantal Cans, « Le développement durable en droit interne, apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, p. 210.

ment chargée de veiller au respect de l'ordre public écologique reste, pour sa part, toujours contestée³.

Par contre, la police administrative est totalement inadaptée à la mise en œuvre de ce qui va devenir rapidement le second objectif des politiques publiques de l'environnement, à savoir la restauration du milieu, la conduite d'actions positives destinées à en assurer un meilleur état, et non plus seulement la prohibition des activités qui le menacent. Cet « interventionnisme environnemental » va reposer sur un ensemble de procédés beaucoup plus complexes, au premier rang desquels il faut placer les services publics de l'environnement (eau, assainissement, déchets, etc.), caractérisés par le fait qu'ils sont le plus souvent délégués à de grands opérateurs privés. À côté de ces services publics, les politiques publiques de l'environnement ont également dû utiliser toutes les techniques de l'interventionnisme : l'appropriation publique des biens environnementaux – solution mise en œuvre, pour ne citer que cet exemple, pour assurer la protection de l'espace littoral –, les incitations financières et fiscales⁴.

25

L'émergence du développement durable comme objectif global des sociétés contemporaines a toutefois fait apparaître l'insuffisance de ces outils du droit de l'environnement. Dès lors qu'une gestion économe de l'environnement, combinée avec un développement économique durable, et le maintien de la cohésion sociale deviennent une des priorités non seulement de l'action publique mais aussi de l'ensemble des comportements sociaux, des outils aussi ciblés que la police ou le service public ne suffisent plus. Certains pensent même qu'ils sont dépassés et que des instruments plus fins, utilisant la dynamique sociale et le marché, doivent s'y substituer. Sur la question de savoir quels sont les instruments les plus pertinents du développement durable, deux débats sont aujourd'hui ouverts : entre l'unilatéral et le contrat, d'une part, sur la place du marché par rapport à l'intervention publique, d'autre part.

3. Voir, sur ce point, Faculté de droit de Limoges, *L'Ordre public écologique*, février 2003.

4. Ce sera le cas, notamment, de la politique destinée à maintenir l'agriculture de montagne. On notera ici que cette forme d'interventionnisme a été reprise dans le cadre européen puisqu'elle constitue l'un des objectifs les moins discutés de la politique agricole commune.

LE DÉBAT ENTRE L'UNILATÉRAL ET LE CONTRAT

«De la contrainte au contrat», tel est le sous-titre qu'avait donné le notariat à son 90^e congrès consacré à la protection de l'environnement⁵. *A priori*, cet intitulé semblerait indiquer que, pour une partie des juristes qui s'intéressent aux questions d'environnement, l'heure n'est plus à l'action unilatérale de la puissance publique, à la réglementation mise en œuvre dans le cadre de polices spéciales, mais au contrat. En fait, cela ne signifie pas que l'unilatéral doit aujourd'hui faire place au contractuel, mais plutôt qu'il doit s'inspirer du processus du contrat.

Les limites de l'action unilatérale

26 La police administrative était parfaitement adaptée à la conception classique du droit de l'environnement dans la mesure où il s'agissait alors soit de régir des activités présentant pour la salubrité, la sécurité ou le voisinage des risques certains – ces activités étant par la force des choses peu nombreuses –, soit de protéger des territoires abritant un patrimoine naturel exceptionnel, également de superficie réduite et n'accueillant généralement qu'une population restreinte. Il était dès lors possible pour la puissance publique de soumettre ces activités et ces territoires à un contrôle préalable étroit et à une surveillance constante. L'État, alors l'unique titulaire des pouvoirs de police de l'environnement, pouvait consacrer à ces missions les personnels et les financements nécessaires.

Déjà l'accroissement du nombre d'actes à contrôler dans ce cadre bien défini a conduit à s'interroger sur l'effectivité de cette action unilatérale. Le seul effet de la croissance économique conjugué avec l'élargissement des catégories d'activités considérées comme constituant un risque pour l'environnement a conduit, par exemple, à accroître sensiblement le nombre d'installations classées alors que, dans le même temps, les effectifs des corps de contrôle se réduisaient : on compte actuellement environ un inspecteur d'installation classée pour quatre cents installations à contrôler. De la même façon, l'extension considérable de la superficie des territoires protégés (ils représentent actuellement plus de 3 % du territoire) à un titre ou à un autre (parcs, sites, réserves naturelles, zones Natura 2000, etc.) a eu mécaniquement pour effet de desserrer l'intensité des contrôles tant préalables qu'*a posteriori* dont ils font l'objet. Les réglementations ayant une efficacité propor-

5. 90^e congrès des notaires de France, «Protection de l'environnement. De la contrainte au contrat», Nantes, mai 1994.

tionnelle aux sanctions qui y sont attachées, on constate là une faiblesse d'un droit de l'environnement caractérisé par la lenteur et l'inefficacité des sanctions qui devraient en garantir le respect. Il y a là une évidence s'agissant des sanctions pénales; mais cela demeure vrai pour les sanctions administratives. En outre, la sophistication croissante des procédures de contrôle (le développement de l'évaluation préalable des effets des projets sur l'environnement, la prise en compte du principe de précaution, etc.) a eu pour conséquence d'accroître la difficulté des missions des administrations de contrôle et donc le niveau d'expertise exigé.

Ces difficultés déjà perceptibles dans le fonctionnement du droit de l'environnement, pris en son sens classique, changent totalement de nature et de dimension dès lors qu'il s'agit de conduire le développement durable. Alors que la police des installations classées ne concerne qu'environ 500 000 entreprises ou services (dont seulement 50 000 sont placés sous le régime de l'autorisation préalable), ce sont une multitude de décisions tant individuelles que collectives qui doivent être prises en compte si on raisonne en termes de développement durable: la passation des marchés publics, le choix d'un mode de transport ou d'un système de chauffage, etc. C'est la totalité du territoire qui est concernée et pas seulement 3 % de sanctuaires de la nature. Il est bien certain que l'outil de l'action unilatérale ne suffit plus à la gestion d'objectifs aussi ambitieux. Si même la puissance publique en avait les moyens – ce qui semble exclu dans le contexte actuel de réduction des dépenses publiques –, il semble évident que la contrainte ne peut suffire à faire en sorte que l'ensemble des acteurs de la société prennent les décisions qui conduisent au développement durable. Il faut pour cela obtenir une adhésion qui entraîne des « comportements citoyens », ainsi que les médias les qualifient assez justement. Le juriste parlera alors du contrat. Mais, n'est-ce pas en dilatant quelque peu le sens ? Ne faut-il pas davantage parler de concertation ?

Vogue du « contrat » ou exigence de concertation ?

Les contrats se sont multipliés dans le domaine de l'environnement, que ce soit des contrats de branche conclus entre l'État et les organisations professionnelles pour définir un certain nombre d'objectifs en matière de qualité environnementale et les aides aux entreprises qui en sont la contrepartie, des contrats de bruit, des contrats de rivières propres, des plans municipaux d'environnement, des contrats et des chartes pouvant être conclus dans le cadre des procédures Natura

2000, etc. Il ne s'agit pas ici de tous les énumérer mais de constater le recours croissant à ce procédé depuis plus d'une quinzaine d'années. On notera, en particulier, le passage de l'unilatéral au contrat dès lors que les mesures d'environnement concernent des superficies ou des populations plus importantes. Les parcs nationaux, peu peuplés, étaient régis par décrets, les parcs naturels régionaux, qui accueillent près de 5 % de la population française, sont dotés de « chartes ». La vogue du procédé contractuel semble d'ailleurs telle que, dans le nouveau régime des parcs nationaux issu de la loi du 14 avril 2006, la charte a succédé au décret, même s'il faut dès maintenant souligner l'ambiguïté de la terminologie utilisée dans ces domaines.

28 Cette « contractualisation » croissante du droit de l'environnement s'explique assez aisément. Le contrat est l'outil classiquement utilisé par la puissance publique lorsqu'elle a comme but d'obtenir des personnes privées et, notamment, des agents économiques la mise en œuvre d'actions au service des objectifs environnementaux qui doivent reposer sur le consensus, l'engagement volontaire, même s'ils sont souvent la contrepartie d'aides financières, fiscales ou autres. Il n'y a pas là de nouveauté : ce que l'on a qualifié d'économie concertée a reposé sur cette recherche de consensus.

Ce qui est plus nouveau, c'est l'utilisation par la puissance publique de la technique contractuelle dans des hypothèses où elle aurait la possibilité d'utiliser la voie unilatérale. Tel est le cas, notamment, des programmes de branche qui ont été utilisés pour inciter les entreprises à se mettre progressivement en conformité avec les normes environnementales, alors que les autorités administratives étaient en droit de mettre en œuvre le pouvoir de sanction dont elles disposent. En fait, ce sont la plupart des procédures d'environnement qui ont progressivement intégré le processus contractuel. De manière significative, l'étude de la pratique d'une procédure en apparence aussi unilatérale que l'autorisation d'ouverture des installations classées démontre que celle-ci résulte le plus souvent d'une négociation entre la puissance publique et le pétitionnaire. L'*instrumentum* reste unilatéral : les polices de l'environnement ne peuvent d'ailleurs donner lieu à la passation de contrats véritables, comme le rappelle le Conseil d'État⁶ en censurant ce qu'Étienne Picard qualifie de « conventions police »⁷. Par contre, le processus qui y conduit est contractuel.

6. CE 8 mars 1985, *Les amis de la Terre, Lebon*, p. 73.

7. Étienne Picard, *La Notion de police administrative*, LGDJ, 1980, p. 895.

Ceci illustre toutefois l'ambiguïté qui règne sur cette prolifération du contrat comme instrument de la politique de l'environnement. D'une part, bon nombre de ces accords n'entrent pas dans la définition traditionnelle du contrat, et la doctrine reconnaît qu'ils ne constituent pas une catégorie juridique homogène, qu'ils ne sont pas toujours des actes juridiques et que, dans l'hypothèse où ils le sont, leur portée reste discutée⁸. D'autre part, il faut souligner que c'est surtout, plus que le contrat au sens strict, le processus contractuel qui triomphe. Celui-ci peut déboucher sur la conclusion de contrats véritables, tels ceux qui peuvent être passés pour mettre en œuvre les documents d'objectifs des zones Natura 2000. Ici l'instrument et le processus sont contractuels.

Mais, dans le plus grand nombre d'hypothèses, seul le processus est contractuel. Il faut alors plus sûrement parler de concertation, de participation des intéressés au processus de décision. Cette volonté de négocier avec les acteurs, les personnes concernées et plus largement le « public » est née de la prise de conscience par la puissance publique de l'impossibilité, dans l'État postmoderne, d'imposer par la seule voie unilatérale aussi bien les contraintes que les comportements qu'implique la mise en œuvre de la politique de développement durable. Sauf à rester lettre morte, les choix opérés doivent faire l'objet de débats et d'un large consensus. Le droit tant national qu'international ou communautaire a d'ailleurs consacré cette conception, que ce soit l'article 7 de la Charte de l'environnement, la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement signée à Aarhus le 25 juin 1998, ou la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

En définitive, on ne peut prétendre que le contrat se soit substitué à la décision unilatérale comme outil privilégié du droit de l'environnement. Il a certes accru sa place au prix de constructions juridiques nouvelles, voire incertaines. C'est plutôt la « contractualisation » du processus de décision conduisant à l'acte unilatéral qui est remarquable. Ce qui traduit bien le fait que les politiques du développement global ne peuvent résulter que de la conjugaison d'une multitude de décisions dans lesquelles une place accrue est faite au marché.

8. André de Laubadère, Pierre Delvolvé et Franck Moderne, *Traité des actes administratifs*, LGDJ, 1983, t. 1, p. 403.

Au-delà de l'analyse juridique, il y a là l'illustration de la nécessité d'inventer, dans le cadre de la conduite du développement durable, une nouvelle « gouvernance » – terme d'ailleurs reconnu par le législateur français dans la loi du 13 décembre 2006 sur l'eau – fondée sur la transparence, la participation et le « contrat-concertation ».

LE DÉBAT SUR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

30 L'analyse des politiques environnementales replacées dans une optique de développement durable prend désormais en compte la compensation qui doit être opérée entre le financement des mesures nécessaires et les économies réalisées de ce fait sous la forme d'une réduction des coûts sociaux (réparation des dommages écologiques, services environnementaux, etc.). Ce qui implique une évaluation des politiques publiques permettant de comparer leur coût apparent aux gains environnementaux mesurés en termes économiques.

Cette approche économique porte notamment sur les « instruments économiques et financiers » des politiques environnementales dont le cinquième programme d'action communautaire de l'Union européenne en matière d'environnement a fait une priorité⁹. Ces instruments économiques et fiscaux jouent ainsi désormais un rôle prédominant tant en ce qui concerne les interventions publiques que l'orientation des choix des agents économiques privés, qu'ils soient producteurs ou consommateurs.

De nouveaux modes de financement des politiques publiques de l'environnement

La croissance des dépenses publiques consacrées à l'environnement a des causes mécaniques : l'urbanisation, l'augmentation de la population, l'évolution des modes de consommation, etc. Elle s'explique également par l'inflation réglementaire qui a conduit à émettre des normes de plus en plus contraignantes en ce qui concerne l'émission des substances comportant un risque et la qualité des milieux récepteurs.

En outre, et de manière assez paradoxale, les progrès enregistrés sur le terrain de la protection de l'environnement ont, à leur tour, généré des coûts nouveaux. Il en est ainsi de l'appropriation publique des biens environnementaux : l'action du Conservatoire de l'espace lit-

9. Résolution du Conseil du 1^{er} février 1993.

toral et des rivages lacustres en est un exemple remarquable. Partant du postulat – sans doute vrai – que la protection des espaces fragiles et menacés nécessitait leur acquisition par la collectivité publique, le Conservatoire a conduit une importante et efficace politique d'acquisition qui le place aujourd'hui à la tête d'un patrimoine d'environ 70 000 ha. Mais cette appropriation publique génère des coûts de gestion des biens environnementaux qui, à un certain niveau, remettent en cause la capacité d'action de l'institution, alors que ces coûts étaient inexistants – à l'exception du coût des contrôles – aussi longtemps que ces biens étaient restés des propriétés privées grevées de servitudes de protection.

Cette inflation des coûts a conduit à rechercher un nouveau mode de financement des services collectifs environnementaux bâti sur une logique de type économique originale qui se différencie à la fois du système de financement par l'impôt utilisé pour les services publics classiques (administratifs ou d'intérêt général pour se caler sur les catégories juridiques habituelles) et du financement par l'usager, qui est le modèle employé pour les services industriels et commerciaux. Il s'agit du recours au principe « pollueur payeur ». Ce principe – initié par une recommandation de l'OCDE de 1991¹⁰ – a été reconnu par la déclaration de Rio de 1992 dont le principe n° 16 dispose que les autorités nationales doivent « s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation des instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement ».

Repris par la loi Barnier du 2 février 1995 (Ch. env. art. L 110-1) qui dispose « que les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur », ce principe est de plus en plus souvent à la base du système de redevances environnementales institué par la législation française, mais aussi par la plupart des législations européennes. Des redevances sont prélevées sur les pollueurs et leur produit est affecté à la prévention des pollutions. Le dispositif des agences de l'eau constitue sans doute l'un des modèles les plus achevés de ce mode de financement : il montre notamment que la notion de pollueur y est interprétée de

10. Recommandation relative à l'utilisation des instruments économiques dans la politique de l'environnement, C(90)117 (Final), OCDE, 1991.

manière très large puisque le prélèvement sur la ressource en eau est assimilé à une pollution et donne lieu au paiement d'une redevance. La logique de ce mode de financement des services environnementaux peut aller plus loin encore, comme le démontre l'exemple de la taxe départementale sur les espaces naturels sensibles: affectée à l'acquisition et à la gestion des espaces naturels à protéger, celle-ci est assise sur la construction neuve, ce qui veut dire que tout constructeur est présumé être un risque pour la protection du patrimoine naturel et doit donc contribuer au financement de sa sauvegarde.

32 Cette approche repose largement sur la conception selon laquelle les biens environnementaux ne sont pas considérés comme des biens que l'on peut consommer gratuitement. Ils ont un prix que le producteur doit intégrer dans son coût de production. D'où le développement des analyses qui partent du principe qu'il est possible d'assurer plus efficacement la protection de l'environnement en utilisant les lois du marché et le jeu des rapports de droit privé qui existent entre les utilisateurs de l'environnement.

Le jeu du marché et des rapports de droit privé

Inspiré de précédents américains et préconisé par le droit international, le système des permis d'émettre des pollutions en contrepartie de l'acquisition de quotas d'émission constitue certainement l'illustration la plus remarquable de cette évolution. Ce dispositif a fait l'objet de la directive communautaire 2003/87/CE du 13 octobre 2003, récemment transposée par l'ordonnance 2004-330 du 15 avril 2004 qui institue un système de quotas d'émission de gaz à effet de serre. En schématisant un mécanisme assez complexe, il consiste à affecter à des installations classées qui rejettent un gaz à effet de serre dans l'atmosphère, un certain nombre de quotas d'émission (attribués par autorisation), le principe étant que l'exploitant vertueux qui réduit ses émissions peut vendre les quotas non utilisés à d'autres entreprises qui seraient contraintes de dépasser leur nombre de quotas. On le constate, ce dispositif fait largement reposer sur le marché la lutte contre l'émission de gaz à effet de serre puisque, d'une part, les agents économiques « économes » en terme de dégradation des biens environnementaux pourront faire des gains en vendant leurs quotas à d'autres opérateurs économiques qui devront intégrer le prix de ces quotas dans leur coût de production et que, d'autre part, la valeur des quotas évoluera, sur le marché boursier des permis d'émettre, en fonction de l'évolution de la pollution: plus celle-ci croîtra, plus le prix des quotas augmentera.

Faut-il pour autant parler d'une substitution du marché à l'intervention publique ? Assurément non dans la mesure où ce marché des quotas est créé et régulé exclusivement par la personne publique qui fixe annuellement le nombre de quotas qui sont attribués (celui-ci devant évidemment tendre à une réduction globale des émissions) et, par ailleurs, accorde les autorisations requises. Il s'agit plutôt d'une régulation publique utilisant les mécanismes du marché.

L'utilisation des mécanismes du marché comme instrument de protection de l'environnement est plus nette avec la notation « environnementale » des entreprises qui s'est développée depuis une quinzaine d'années, dans un premier temps à l'initiative du milieu économique puis sous la pression des autorités communautaires et du législateur français. Sous les différentes formes de la certification environnementale, de l'éco-audit, du bilan environnemental d'entreprise (code du commerce, art. L 225-102-1), cette notation consiste en fait à évaluer la qualité environnementale des agents économiques en fonction de leurs comportements, des efforts déployés pour mettre en œuvre des objectifs de développement durable, des résultats obtenus. Si elle n'a pas des effets aussi directs que la notation financière qui pèse sur la capacité d'emprunt des entités concernées et les taux pratiqués, cette notation n'est pas sans incidences non seulement en termes de communication, mais aussi d'analyse des risques.

Il y a là une évolution remarquable du droit de l'environnement dont il ne faut toutefois pas conclure qu'il s'oriente vers une substitution des instruments économiques et financiers aux outils classiques reposant sur la réglementation. On se trouve en fait davantage devant un dispositif complexe, articulant contrainte et marché, indispensable pour faire face aux enjeux de plus en plus lourds qui sont ceux du développement durable.

R É S U M É

Le droit de l'environnement s'est constitué, à l'origine, comme une addition de polices spéciales visant à prévenir par la réglementation, l'autorisation et la sanction les atteintes au milieu naturel. La prise en compte de l'objectif du développement durable conduit à recourir à de nouveaux instruments reposant davantage sur le contrat, la concertation et les mécanismes économiques et financiers.