

Le problème posé par le théorème de Coase, le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental

In Droit et sentiment, rencontres Montpellier Sherbrooke, Ed ; CNRS, 2012

Daniel Mainguy
(Professeur de droit privé, Faculté de droit,
Université Montpellier 1)

Le « théorème de Coase » est l'un des points de départ de l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit est une discipline, une pensée, un référent, mélange d'économie politique et de philosophie, qui est devenue l'un des éléments dominants de la pensée juridique et économique aux Etats-Unis et plus généralement dans les pays dominés par la pensée américaine, qu'elle soit politique ou économique. Le théorème de Coase a été élaboré par Georges J. Stigler en 1966 en référence à un article publié par Ronald Coase en 1960¹. Cet article, dont une version résumée est librement disponible sur l'Internet, fait suite à un autre publié en 1959 « *The Federal Communications Commission*² ». Il sert de fondement à la *théorie des coûts de transaction* qui correspond à l'ensemble des coûts nés de la coordination des agents économiques. Il peut s'agir des effets externes (*les externalités*) d'une transaction, ceux liés à l'incertitude des agents (et donc du coût de l'accès à l'information mais aussi des coûts de la transaction proprement dits, comme les coûts de négociation, de rédaction.

Ce sont cependant les externalités, les *effets négatifs externes* de l'action d'un agent économique qui posent le plus de difficulté. Ces *effets négatifs externes* sont souvent illustrés par l'exemple d'une pollution : je produis des marchandises en brûlant du pétrole, je dégage de la fumée qui est susceptible de nuire à mes voisins. Tel est l'exemple type de ces effets négatifs externes, selon qu'ils sont quantifiables ou non quantifiables.

Le droit de l'environnement est un ensemble curieux, récent dont l'objectif est, semble-t-il, de poser les règles assurant la protection, l'utilisation de l'environnement. Le droit de l'environnement se présente sous la forme d'un Code, de Déclarations, d'une charte constitutionnelle, de traités internationaux, des règles communautaires, de lois, de jurisprudence, il bénéficie de travaux scientifiques, de cours, de revues. L'ensemble développe une doctrine, une pensée, des débats, des

¹ Ronald H. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44, E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, p. 183 et s.

² *Journal of Law and Economics*, 2, 1959, p.1-40.

affrontements, des enjeux. C'est au regard de ces discussions, du moins lorsqu'elles se présentent devant le juge que ce dernier, face à l'application de la loi, souvent impérative, voire impérieuse, développe un raisonnement, une interprétation, dans laquelle interviennent les valeurs.

Il se présente, toutefois, dans la formule « droit de l'environnement » une confusion, comme si cette formule révélant des normes de droit de l'environnement et des valeurs, la protection de l'environnement, partant du postulat, non démontré, et peut-être non démontrable que le droit de l'environnement aurait pour objectif nécessaire, exclusif et suffisant la protection de l'environnement.

Or, une norme juridique n'est, du point de vue de la théorie du droit, qu'un signifié, un contenu : un devoir-être qui n'est ni vrai ni faux et qui fait l'objet de sanctions potentielles. Par exemple, la formule « il est interdit de tuer un ours » est une norme. Elle n'est ni vraie ni fausse. Le fait qu'on tue des ours n'invalide pas la norme en tant que telle, ni le fait qu'on ne les tue pas ni même quand bien même on ne sanctionnerait pas le fait de tuer un ours. Le fait qu'on ne tue pas des moineaux ne signifie pas à l'inverse, qu'il est interdit de les tuer ; ce fait relève de l'être et on ne saurait en tirer des conséquences prescriptives, c'est-à-dire posées en termes de devoir-être. Ces normes impliqueront des interprétations au cas concret, complexes lorsque la norme à interpréter est incomplète, imparfaite ou inexistante. La position de la théorie du droit diverge alors sur le rôle de l'interprète : est-il guidé par des « principes », des logiques, des cohérences qui auraient toujours existé ou bien est-il totalement libre d'interpréter voire d'inventer le droit ? Dans les deux cas, qu'ils s'agisse de ces « principes » comme fondements de la règle ou qu'il s'agisse des ressorts de l'interprétation libre du juge, les raisons de ces règles interrogent : les valeurs reviennent en force dans le raisonnement du juge et, ce faisant dans l'observation de la description du droit. Tel est, très résumé, le principe élémentaire de la description positiviste du droit.

La protection de la nature est une de ces valeurs, qui relève de l'être et qui est extérieure au droit, du moins dans cette conception positiviste pour laquelle le droit est indifférent à ces valeurs, qui forment autant de prescriptions. La difficulté de la question de l'appréciation du droit de l'environnement se situe précisément de ce point de vue : il est un droit, au sens positif du terme, et il (ou bien « on » dit, ou « on » pense qu'il) véhicule des valeurs, extérieures au droit lui-même.

Or, la loi, en tant que telle, n'est qu'un reflet apparent de valeurs déterminées : on peut dire et répéter que la loi protège l'environnement, et ce n'est pas pour cette raison que l'environnement sera protégé. Il ne le serait que pour autant que les lois soient effectivement appliquées dans un sens qui corresponde tout à la fois aux lois et aux seules valeurs « protection de l'environnement ». Or, d'une part la norme juridique est, pour son application, indifférente à ces valeurs et d'autre part, interviennent en réalité tout une série d'autres valeurs concurrentes dans l'application et l'interprétation des lois, de sorte qu'il n'existe probablement pas de règle de droit de l'environnement qui soit une « pure » règle de droit de l'environnement, à la fois règle de cette discipline et totalement vouée à la protection de l'environnement sans contamination par une autre valeur.

Il ne s'agit pas ici de discuter de la valeur « protection de l'environnement ». La valeur « protection de l'environnement », voire « préservation » ou « restauration » de l'environnement, sera ici considérée sur le presupposé que l'environnement est constitué de ressources rares qui ne sont ni consommables ni fongibles pour lesquelles on emploie des formules nouvelles du type « générations futures » ou « patrimoine commun de l'humanité », et dont la valeur, au sens monétaire, est soit possible soit impossible. Cette valeur « protection de l'environnement » est globalement indifférente à la considération de la loi. Les installations classées par exemple ont été instituées en 1810 dans un but de salubrité publique, et non de protection de l'environnement. On se perdrait, vraisemblablement, à tenter une histoire cohérente du droit de l'environnement, comme pour se convaincre qu'il s'agirait d'une préoccupation immémoriale. La répétition des lois en la matière démontre bien que la loi de 1810, à elle seule, était incapable de protéger quoi que ce soit.

La confusion, très ordinaire entre le droit, la loi, et des valeurs qu'ils sont supposés véhiculer est traditionnelle. Elle procède d'une confusion sémantique liée au caractère métonymique du terme « droit », signifiant à la fois « loi », « norme », « justice », etc. Or, au risque de la répétition, ces valeurs sont d'une part extérieures au droit : le droit dans son expression est indifférent à ces valeurs ; en outre dans l'application des règles de droit, entrent en conflit des valeurs différentes qui sont irréductibles entre elles.

C'est ainsi une cruelle naïveté que de penser que le droit de l'environnement, ou une norme du droit de l'environnement, a pour objectif de protéger l'environnement : elle a, entre autres, choses, pour objet, peut-être, dans le grand mystère de l'application et de l'interprétation des normes, de protéger l'environnement. Cette naïveté provient certainement de la proximité entre les termes : la technique, le droit de l'environnement, et la valeur, le droit naturel de l'environnement ou les droits naturels de l'environnement. Par exemple, le droit de l'environnement fait appel à des notions intemporelles, presque divines : l'air, l'eau, les « biens communs de l'humanité », la flore, le règne animal, toutes choses considérées, en droit des biens, comme des *res nullius*, des choses qui n'appartiennent à personne, parce qu'elles n'ont pas de valeur. Elles n'ont pas de valeur ou elles ont une valeur infinie, c'est la même chose pour l'humanité et les *res nullius*.

Ces valeurs sont bien évidemment à rattacher à la notion de droit naturel ou plutôt aux droits naturels et aux conceptions de la justice : le droit naturel ancien formé de règles prescriptives qui relèvent de la contemplation de la nature et qui fait un retour en force spectaculaire dans la pensée politique et populaire, le droit naturel religieux qui relève de la révélation de la loi divine ou de son dérivé moral, et enfin ce qui relève du droit naturel moderne, le droit tiré de la raison et son dérivé démocratique, voire ultrapositiviste, prétendant qu'une loi est juste parce qu'elle est votée par un parlement dans des conditions formellement conformes au contenu de la Constitution, dans la tradition légicentriste.

Parmi ces valeurs, la place de l'analyse économique du droit est particulière : science ou méthode à prétention simplement descriptive, réaliste et ce faisant purement positiviste, mais aux vertus prescriptives, exclusives et sans concession, ce nouveau droit naturel en émergence, ou plutôt en résurgence, qu'est la Loi du marché. Or, celle-ci est à l'œuvre de manière permanente, comme fait ou comme loi supérieure, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit d'opposer, dans l'application d'une norme environnementale, un coût et un objectif relevant de l'intérêt général environnemental.

L'intérêt général environnemental, troisième terme de notre équation de départ, s'inscrit dans une autre dimension ou plutôt dans les deux à la fois. Notion protéiforme, à lier avec celle d'ordre public, elle recouvre tous les motifs et arguments permettant une solution d'exception, une décision permettant de déroger à une règle dite de droit commun³. Elle permet, dans sa déclinaison environnementale de justifier des règles qui entraveraient le droit de propriété, la liberté contractuelle ou encore la liberté du commerce et de l'industrie, sous le contrôle des juges souverains.

La liaison entre ces questions, l'économie et la nature, éventuellement sous le prisme de l'intérêt général, est une liaison impossible en tant qu'elle est une liaison entre deux droits naturels, le « droit naturel économique » et le « droit naturel ancien ». Ce lien est impossible parce que des droits naturels sont, par nature, totalitaires, exclusifs et irréductibles entre eux. Rien en outre ne semble les faire correspondre. L'une appartient au monde des affaires, des financiers, des comptables, des budgetophiles dont les outils sont le contrat et la calculatrice, et l'autre à celui des amis de la nature dont les outils sont la paire de jumelle et le filet à papillon.

Toute conjugaison supposerait donc de remonter du niveau de la technique au niveau de ces valeurs dans l'appréciation de celles-ci dans le processus d'élaboration des lois ou dans le processus décisionnel où s'affrontent des arguments axiologiques variés. Chaque fois qu'un procès sur la place d'une antenne relais se présente, s'affrontent en effet des arguments juridiques fondés sur des sentiments, des valeurs : la valeur environnement qui voudrait les éradiquer, qui se conjugue avec la valeur santé publique, qui voudrait les éloigner et la valeur économique qui voudrait les maintenir à l'endroit le plus efficace. Il faudrait une loi qui exprime clairement : les « antennes relais sont interdites en France » ou « les antennes relais sont librement installées en France » pour qu'on puisse affirmer clairement que dans un cas, la valeur environnement est prise en compte et que, dans l'autre, elle ne l'est point. En revanche, une norme qui exprime une formule du type « les antennes relais sont autorisées sauf gêne anormale », ce qui est le mode d'expression de pratiquement toutes les normes, suppose que la valeur de la norme s'exprime, éventuellement, au moment de son interprétation, laquelle est en France mouvante, jurisprudentielle et autoréfutable⁴. Or, l'interprète, libre de son interprétation, est donc libre d'intégrer, à sa guise, toutes les valeurs qui sont les siennes ou qui le convainquent. On peut donc

³ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, 2005.

⁴ D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation*, JCP, édition générale, 2011, doct. 603.

faire le pari, peu risqué, que la réalité des normes en matière environnementale est un ensemble complexe fait de normes à interpréter et dont les interprétations sont très vraisemblablement un mélange, savant ou chaotique, de ces valeurs, morales, économiques, sanitaires, sociales ou environnementales.

Parmi ces valeurs, celles relevant de l'économie sont, en France, les moins connues et, pourtant, les plus proches du droit de l'environnement, en ce que l'analyse économique, dans sa dimension tentaculaire, sinon gorgonesque, a évidemment formulé des propositions particulières, notamment dans le théorème de Coase, qui identifie les *effets externes négatifs* d'une activité économique, qui a été à l'origine de solutions largement développées en droit de l'environnement.

Or, et c'est ce sur quoi ces propos voudraient insister : l'utilisation du vocabulaire de l'analyse économique du droit implique des raisonnements particuliers, une mise en situation, *a priori* étrangers aux fondements et mécanismes du droit français.

Dès lors l'intégration de la valeur « économie » dans le processus d'élaboration de la norme suppose de connaître et mesurer l'étendue de cette valeur, de la façon dont ses promoteurs l'entendent, la comprennent, l'expliquent, la façon dont elle peut s'opposer à d'autres valeurs, etc., mais également de mesurer l'autorité de cette valeur : est-elle une valeur paisible, aimable, compatible avec d'autres valeurs, et par exemple celles qui, historiquement, fondent les expériences, les discours du droit français ?

Ce propos voudrait alors illustrer le fait que le théorème de Coase, et l'application des techniques d'analyse économique de manière plus générale à partir de l'idée de « *l'équilibre de Pareto* » (I) qui permet de présenter l'essentiel des solutions pratiques et théoriques du *théorème de Coase* (II) posent des difficultés dans l'appréciation française des situations juridiques que l'on pourra présenter, comme un ensemble d'*apparences, de paradoxes et d'oxymores* (III).

I. « L'équilibre de Pareto »

L'ensemble du système d'analyse s'inscrit dans une conception de l'économie qui imposerait au droit une conception fondée sur l'efficacité, dans une logique utilitariste, plus globalement sur l'efficacité du modèle de l'équilibre de Pareto. Pour résumer, la loi (quelle qu'elle soit) étant considérée comme disposant d'un objectif, exprès ou tacite, l'efficacité économique de cette loi peut être mesurée, notamment à l'aune d'un changement de cette loi et de ses effets sur cet objectif, ce qu'on appelle le critère de « Pareto ».

Toutes ces questions sont très connues, très commentées, très discutées et ce n'est pas ici l'occasion d'en présenter tous les contours, ce d'autant plus qu'un économiste, qui plus est spécialiste de l'environnement, trouverait sans doute ces propos caricaturaux voire erronés, surtout provenant d'un juriste. Toutefois, ce propos voudrait montrer à quel point une dimension simplement économique du droit, vue par un juriste, se présente comme une forme de fondement univoque et, à

bien des égards aveugle, et sans doute exogène au modèle ou à la tradition juridique française.

Un état juridique est optimal, « pareto-optimal », lorsqu'il ne peut être modifié afin d'améliorer la situation des uns sans altérer celle des autres. Un « gain de Pareto » est identifié lorsque toutes les personnes visées bénéficient d'une situation meilleure ou identique à celle existant précédemment. Ce critère abstrait n'a cessé d'être modifié. Le critère de Kaldor-Hicks, reformulé par Richard O. Zerbe (et désormais critère dit « KHZ », Kaldor-Hicks-Zerbe) corrige le précédent par une logique d'appréciation fondée sur un *bilan favorable* : un gain d'efficacité se mesure lorsque les bénéfices des uns permettent de compenser les pertes des autres. Ces derniers ne sont cependant pas réellement indemnisés.

La théorie du bilan est purement analytique, à la manière dont on procède, par exemple, en droit de la concurrence pour apprécier une « bonne » ou une « mauvaise » entente, sur le fondement de gains d'efficacité quantitatifs et/ou qualitatifs ces derniers étant alors dépendant de critères psychologiques ou non mesurables⁵.

Ce faisant le critère de l'efficacité économique se présente comme un critère essentiel, supposé mesurable, de l'analyse du droit, un critère simple, arithmétique, incontestable, voire supérieur : une sorte de critère naturel, donc⁶.

II. Le traitement des *effets négatifs externes* dans le théorème de Coase

Coase pose dans son fameux article sur le traitement des coûts sociaux que l'attribution d'un droit est indifférente en l'absence de coûts de transaction. Il utilise l'exemple d'un trouble à l'environnement causé par la construction d'un train. Peu importe donc que le constructeur ait le droit de polluer ou que les riverains aient le droit de demander réparation. Si on se situe dans un environnement dans lequel les coûts de transaction sont nuls ou négligeables, alors les parties seront conduites à coopérer et à échanger ces droits : peu importe, donc, l'attribution initiale du droit. C'est dans ce cadre d'ailleurs, que la notion de droit de polluer a été instituée (notamment avec celle de quotas d'émission de gaz à effet de serre).

Or, cela présuppose une considération particulière, à savoir que l'attribution du droit est indifférente, ce qui peut être contesté.

Le théorème de Coase se présente donc dans la situation dans laquelle l'activité d'une entreprise est susceptible de nuire à autrui : une usine dont la fumée nuit aux voisins par exemple.

⁵ T. Kirat, *Economie du droit*, La Découverte, 1999, B. Deffains, dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, *Dossier Spécial, Petites affiches*, 19 mai 2005, n° 99, p. 15, G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, dir., *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

⁶ J.-F. Gaudreault-Desbiens, *La critique économiste de la tradition romano-germanique*, RTD civ. 2010, p. 683, citant R. A. Posner, *Law and Economics in Common Law, Civil Law and developing nations*, 2004, 17 *Ratio Juris*, 66, p. 68.

Cet exemple met en scène une contradiction : celle qui oppose l'entreprise dont l'activité est économiquement utile et celle des voisins qui subissent un trouble social. La solution traditionnelle de cette difficulté consiste en général à faire reposer la charge du trouble, de la pollution, sur l'entreprise, à travers l'attribution de dommages et intérêts établis en fonction du préjudice réel subi par chacun, ou bien à établir une taxe à laquelle serait assujettie l'entreprise et dont le taux varierait en fonction de la quantité de pollution ou bien encore à imposer l'éloignement de l'usine. L'ensemble de ces solutions est, en général, considéré comme équivalent : le coût de la taxe ou de l'éloignement est présenté comme théoriquement équivalent à l'attribution de dommages et intérêts. L'axiome repose sur une première approximation : rien n'oblige un juge à effectuer une telle équivalence dans les évaluations, ni le législateur de procéder de manière voisine.

Instinctivement, la hiérarchie des solutions serait 1) attribuer une réparation 2) mettre en place une taxe ou imposer l'éloignement. Coase n'évoque pas, en outre l'hypothèse d'une sanction pénale du pollueur, indépendante des solutions « civiles » précédentes. L'explication de cette hiérarchie n'est pas aisée à formuler : sans doute le concept – moral – de faute intervient dans le raisonnement. L'entreprise est considérée comme à l'origine d'un fait, voire d'une faute, une nuisance, le terme étant en lui-même négatif, de sorte qu'il est logique d'attribuer une réparation.

Le théorème de Coase pose le principe selon lequel cette appréciation de la nuisance est fautive. Si l'entreprise fait du tort aux voisins et qu'on identifie une solution empêchant cette nuisance, on aboutit à faire du tort à l'entreprise. Dès lors, le problème envisagé comme réciproque se pose de la manière suivante : faut-il empêcher l'entreprise de nuire au voisin ou le voisin de nuire à l'entreprise, et le poser de manière « purement » économique » et donc d'évacuer toute analyse « morale » pour tenter de déterminer quel est le tort le plus grand commis, si l'on veut admettre que l'analyse de la responsabilité établie en termes de préjudice est plutôt du ressort de l'analyse économique tandis que cette même analyse établie en terme de faute ressortit à l'analyse morale.

Les exemples posés par Coase sont nombreux. Il utilise celui d'un confiseur dont l'usine crée des nuisances au médecin installé à proximité ou de l'éleveur dont le bétail erre sur les récoltes de l'agriculteur voisin : production de l'usine ou production de soins, production de viande ou production de blé, le paradoxe est permanent. Il peut se présenter de manière simple dès lors que les enjeux sont purement économiques, comme dans l'exemple de l'éleveur et de l'agriculteur, qui oppose l'effet sur la production de viande et celui de la production de blé : la valeur de la production de viande est-elle supérieure ou inférieure à celle de la production de blé ? La réponse offre alors une réponse nette dans l'ordre des nuisances tolérables et efficaces.

Ramené à la situation de l'environnement, le problème est beaucoup plus complexe. Une entreprise pollue un cours et détruit la faune et la flore de la rivière ou de la mer par exemple : pris dans le débat économique le problème se pose de la manière

suivante : la valeur des poissons perdus est-elle supérieure ou inférieure à la valeur de la production de l'entreprise ? Là encore, la réponse emporte une solution nette.

Coase propose l'examen de ces cas sur le fondement de l'absence de coûts de transaction : l'entreprise considérée comme responsable répare l'intégralité du préjudice et la mise en place de cette réparation n'a aucun coût.

Dans tous les cas l'observation de la variation de la production de l'un sur l'autre n'est pas évidente. Par exemple, expose-t-il, si les bêtes de l'éleveur ne disposent pas de clôture et qu'elles passent à la queue leu leu sur le champ de l'agriculteur, le préjudice ne sera pas le même que si elles passent de front, etc., et même l'accroissement du troupeau pourrait n'avoir aucune incidence sur le préjudice dans le premier cas (mille bêtes qui passent produisent le même préjudice qu'une seule). Pour autant, le raisonnement de Coase se veut global en envisage toutes ces hypothèses, considérées donc comme équivalentes.

Coase montre deux situations inverses : la première est que, dans un système concurrentiel parfait, et à coût de transaction nul, le mécanisme économique emporte une allocation optimale des richesses, et donc un équilibre de Pareto et ce quelle que soit la situation. Par exemple, si l'accroissement du troupeau crée un bénéfice pour l'éleveur supérieur à l'indemnisation de l'agriculteur, cet accroissement profite à l'éleveur et à l'agriculteur. Par conséquent la multiplicité des hypothèses de transaction, d'action ou de non action produit toujours un résultat optimal.

Il examine la situation inverse, celle dans laquelle l'éleveur ne serait pas tenu d'indemniser l'agriculteur, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle l'indemnisation de l'agriculteur est considérée comme une nuisance de l'éleveur. En ce cas, l'accroissement du bétail de l'éleveur aboutit à des dommages toujours plus importants pour l'agriculteur. Celui-ci sera donc prêt à payer à l'éleveur une somme correspondant à l'indemnisation de la diminution du bétail et donc de l'accroissement de la production de blé : il suffit donc que cet accroissement soit supérieur au coût de la transaction avec l'éleveur pour que, à nouveau, on retrouve une situation d'allocation optimum des richesses.

Si par conséquent, « on » décide que A ne dispose pas du droit de nuire à B, et que A nuit effectivement à B, ce dernier est prêt à renoncer à ses droits et à accepter la poursuite de la nuisance, si A lui verse une somme d'un montant supérieur à la perte de revenu qu'il subit du fait de devoir trouver une autre solution, et A accepte de la verser si cette somme est inférieure à la baisse de revenu qu'il aurait subie pour la même raison. Il s'agit donc de mesurer le coût de la nuisance, en termes de revenus pour A et de perte pour B. Si à l'inverse, « on » décide que A dispose du droit de nuire à B, il suffit que pour B, la baisse de ses revenus soit supérieure à l'augmentation de revenus qu'elle entraîne pour A pour qu'une transaction s'opère : B paie la différence.

Pour prendre un exemple concret, imaginons une usine qui émet des odeurs pénibles et du bruit à proximité d'un cabinet d'avocats. Si on estime que l'usine ne

dispose pas de ce droit de nuire, il suffit que l'usine paie une somme supérieure au coût du déménagement des avocats et inférieure au coût de son propre déménagement. Si inversement, on admet que l'usine dispose de ce droit de nuire (temporaire par exemple ou de service public), il suffit que les avocats versent une somme supérieure à la différence entre l'arrêt et la poursuite des nuisances, et inférieure à la baisse de revenus des avocats ; à défaut, ils déménagent, ce qui leur coutera moins cher.

Par conséquent, l'attribution préalable des droits de nuisance, et donc des droits de propriété est sans incidence sur l'allocation maximale des richesses, dans une situation de concurrence pure et parfaite. Il n'y a donc pas besoin de droit.

La difficulté tient au fait que les coûts de transaction existent et sont parfois si importants qu'ils empêchent des transactions. Dans ce cas, la détermination initiale des droits redevient importante. Dans l'hypothèse d'une entreprise qui produit des nuisances, il est alors possible que le règlement de ces nuisances par l'acquisition des droits de nuisance devienne impossible ou trop onéreuse, comme dans le cas des effets externes négatifs, comme une pollution. C'est à cette seule condition que l'intervention de l'État est tolérable, quelle qu'elle soit : limitation d'activité exigence de systèmes de sécurité, relégation dans des espaces particuliers, etc. Encore convient-il que les coûts de la réglementation publique soient supportables, c'est le problème du coût social, dont Coase considère qu'il est en général sous-estimé.

Toute la difficulté de l'analyse se trouve donc rassemblée dans les situations que Coase désigne comme les *effets externes négatifs* d'une activité humaine, disons marchande ou industrielle, et qu'on appellera ici *pollution*.

Or, ces effets externes négatifs sont souvent non quantifiables de sorte qu'ils sont, par nature exclus d'une analyse quantitative : l'hypothèse du critère de Pareto ne présente donc plus de sens dans ces situations, et plus largement chaque fois que des « Valeurs » sont placées dans l'équation économique : la nature, la justice, le bien être, le bonheur. L'actualité est aujourd'hui particulièrement adaptée à la situation : l'électricité produite à partir de l'énergie nucléaire assure une électricité peu chère, mais se traduit par des effets externes négatifs, la question des déchets et de la dangerosité de la technique de production. A l'inverse, l'électricité produite à partir des énergies fossiles, produit une électricité plus chère, avec autant sinon davantage de tels effets externes négatifs, et l'énergie dite renouvelable produit une électricité encore plus chère, avec son lot d'effets externes négatifs mais *a priori* moindre. Le principe économique consiste à *internaliser les externalités* et donc le coût de ces pollutions, de manière à aboutir à un nouvel optimum, l'optimum de pollution.

C'est notamment ce principe qui justifie les marchés de droits de polluer, comme celui des émissions de gaz à effet de serre, ou d'autres solutions comme les taxes visant à compenser la pollution ou encore des taxes négatives, sous forme d'incitation, comme les primes à la modernisation d'installations polluantes, les primes au renouvellement du parc automobile, etc., l'ensemble étant compris sous

le principe pollueur-payeur. A bien des égards, l'ensemble de la législation en droit de l'environnement est fondé sur ces principes : le droit des installations classées, les marchés de quotas d'émission de gaz à effet de serre, la fiscalisation de la pollution, etc.

III. Apparences, paradoxes et oxymores

A. Apparences

L'ensemble du théorème qui présente, en lui-même toutes les apparences de la rationalité, repose donc sur les principes qui fondent l'analyse économique du droit. Ces principes se fondent sur l'idée généralement admise de l'économie classique ou néoclassique⁷ que le système économique se régule, est régulé, s'autorégule, peu importe la formule, selon des critères qui empruntent à la loi du marché et surtout selon lesquels tout dispose d'une valeur économique quantifiable de manière à pouvoir être échangé. Cet échange implique la volonté, laquelle émane d'agents économiques rationnels qui font des choix rationnels de sorte que ces échanges assurent une allocation optimale des richesses disponibles quoique rares. Aujourd'hui ces préceptes de l'économie classiques sont remis en cause par l'observation des comportements des agents, ne serait-ce que pour expliquer que par miracle le parking d'une université n'est pas uniquement composé de Renault Twingo ou de Dacia Logan, mais au contraire de véhicules qu'un individu faisant des choix rationnels n'aurait évidemment pas acquis, ce qui montre qu'au-delà de cette prétendue rationalité interviennent bien d'autres facteurs, l'envie, la démonstration, la force, etc. Au-delà de cette incursion *behavioriste* dans les sciences humaines, l'ensemble demeure fondamentalement établi sur les principes de l'économie classique. C'est parfaitement net lorsqu'il s'agit, comme solution d'une externalité négative, de promouvoir une stratégie de négociation : le propriétaire d'un terrain subit des nuisances de son voisin industriel ? La solution est simple, le propriétaire du terrain achète l'usine, ou réciproquement, ou l'industriel dédommage le propriétaire du terrain. On observera que ces solutions sont efficaces pour éliminer le *sentiment de la nuisance*, pas la nuisance elle-même : celle-ci demeure mais elle s'est monétisée.

En revanche, chaque fois que la négociation n'est pas possible, la norme retrouve ses potentialités d'application, soit pour mettre en place une taxe soit pour définir des normes de production par exemple.

C'est ainsi que l'analyse économique du droit se présente comme une science globale et globalement exclusive, de la méthode juridique notamment, non point parce que la méthode juridique serait inutile mais parce qu'elle se présente, dans ses fondements et notamment dans ses fondements moraux, comme un concurrent redoutable de l'analyse économique du droit.

Les thèmes de l'analyse économique du droit se distinguent en effet en trois manières ou approches distinctes et d'intensité croissante.

⁷ E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*

1. La première est une façon particulière d'envisager les règles de droit ou plus exactement leur fondement et s'inscrit comme une technique directement concurrente de l'analyse morale du droit. Pour prendre un exemple connu, la formation d'un contrat suppose que des conditions particulières soient rassemblées : un objet, une contrepartie, une volonté, des formes peut-être. Cela suffit dans une logique mécanique, romaine par exemple, ou lorsque les conditions ont été établies selon les préceptes de l'analyse économique du droit de troisième catégorie. A l'inverse cependant, l'analyse morale aurait tendance à ajouter des critères supplémentaires, comme l'absence de vice du consentement ou l'identification d'une cause licite cause ou encore d'un comportement de bonne foi. Or l'appréciation de l'absence de vice, d'une cause ou de la bonne foi dépend moins de critères identifiables, mesurables, que d'une sensation, la sensation de la Justice, parfaitement insaisissable et totalement atomisée : chacun dispose de son propre jugement, que le juge, précisément, est chargé de trancher en cas de litige. C'est là toute la différence : la bonne foi, en droit anglais, c'est le fait de respecter le contrat à la lettre et demander au juge d'identifier un comportement non expressément prévu par le contrat, c'est se comporter de mauvaise foi.

Il est parfaitement net que cette technique d'analyse est largement profitable aux juristes, aux juges, aux avocats, qui d'ailleurs, en général, font de l'analyse économique du droit en permanence, sans toujours l'exprimer fermement ou consciemment : ils disposent avec cet outil scientifique d'une méthode d'appréciation plus organisée.

L'usage de cet outil est parfaitement légitime et utile : il n'identifie pas un ralliement aux fondements d'un libéralisme économique quelconque, pas plus que l'usage d'une notion morale n'est une genuflexion devant un autel quelconque.

2. Une deuxième manière d'aborder l'analyse économique du droit s'effectue dans une logique de mesure de l'efficacité des normes. C'est un pas supplémentaire : il s'agit d'envisager l'efficacité économique d'une norme, de développer des techniques d'expérimentation, voire de comparaison fictive de normes concurrentes existantes ou à venir.

C'est un outil de projection, de prédiction de l'efficacité d'une norme, plutôt utile, pour autant cependant que ce critère ne soit pas, sauf crise, le critère premier et que le normateur dispose effectivement de plusieurs indications, y compris pour choisir une norme chère mais socialement adaptée par exemple. Observons que c'est principalement cette seconde manière de l'analyse économique du droit qui l'a promue aux Etats-Unis, sur le fondement de la réflexion géniale du juge Holmes qui considérait que le droit ne peut pas être identifié à un moment donné puisqu'il sera ce que le juge décidera demain, de telle manière que la sécurité juridique passe alors par la prédictibilité de la norme jurisprudentielle future. Cette prédictibilité passe alors soit par la confiance en la loi et aux techniques d'interprétation de celle-ci, comme c'est globalement le cas en France, soit comme par la permanence de la norme fondée sur la répétition des décisions, comme c'est le cas dans la tradition anglo-américaine (le propos étant ici caricaturé).

3. La troisième manière est plus globale, beaucoup plus radicale et plus récente. A partir des travaux de Coase, mais aussi de Calabresi (en matière de responsabilité), l'analyse économique est devenue une technique d'élaboration, ou de critique, des modes de production du droit, notamment sous l'influence de l'Ecole de Chicago. Il ne s'agit pas, pour ses promoteurs, de simplement renouer avec la tradition philosophique et politique des XVIIe et XVIIIe siècles, mais plus largement, à partir des bases établies par le libéralisme premier, de déterminer économiquement les techniques de production des normes et, dans un second temps, de déterminer les techniques de production de normes *efficaces*. Largement développée pour critiquer le système marxiste et le nouveau libéralisme ou libéralisme social entamé au début du XXe siècle et largement promu jusqu'aux années 1970, et fonder l'analyse libérale ou plus exactement néolibérale des économies « libres ». Ses auteurs fétiches sont Hayeck, Fridman ou Richard Posner par exemple.

L'analyse néolibérale s'est développée sur plusieurs principes corollaires ou liés.

La base première est celle du réalisme juridique américain, consistant à proposer une simple description du droit, loin donc de l'analyse morale et prescriptive, dans la logique de l'analyse du juge Holmes : le droit ne se situe pas dans les livres de droit, mais dans le droit en action, devant le juge. L'analyse économique s'oppose ainsi de manière radicale à la tradition justicialiste américaine, celle de John Rawls ou Ronald Dworkin notamment. Elle s'inscrit donc dans la tradition positiviste réaliste. Elle considère cependant que le droit est incomplet, et que cette incomplétude ne saurait être identifiée dans le droit lui-même et surtout pas dans une prétendue cohérence du droit autorisant toutes sortes d'analogies. L'élément de complétude nécessaire c'est l'économie, le marché, puisque celui-ci est étanche à ces valeurs et qu'il exprime des consentements librement exprimés entre individus responsables et rationnels.

C'est ici que, d'un point de vue scientifique, l'analyse économique traverse la ligne, ténue, qui sépare pourtant de manière irréductible le domaine de la description pour devenir prescription, mais, ce qui est plus grave du point de vue de la théorie du droit, tout en se prétendant toujours descriptive. En effet, les zéloteurs de l'analyse économique considèrent que la seule science susceptible de décrire et de justifier les règles juridiques est l'économie et se présente alors comme une doctrine totale, exclusive, naturelle.

Le principe, pour résumer, que l'État est *toujours* un plus mauvais acteur que l'Entreprise, que la concurrence est *toujours* meilleure que la réglementation, qu'elle emporte *toujours* une réduction des coûts pour le consommateur, qu'elle favorise *toujours* une meilleure allocation optimale des richesses, que les normes créées spontanément sont *toujours* préférables aux lois créées par l'Etat, etc. Pour être tout à fait exact, il faudrait prendre en compte l'opposition majeure entre l'Ecole de Chicago, délibérément néolibérale, à l'origine de toutes les réformes de structure moderne visant à la déréglementation ou l'autorégulation et l'Ecole « structuraliste » ou Ecole de Harvard qui considère au contraire que ce sont les structures, les règles, qui permettent à une économie concurrentielle de se développer, ou encore le mouvement des *Critical Law Studies* développées par

Duncan Kennedy ou Roberto Unger qui est une critique, de gauche, de la pensée dominante aux Etats-Unis, notamment dans les domaines du droit privé.

Il est essentiel chaque fois qu'est élaboré un discours fondé sur des éléments d'analyse économique du droit de savoir quel est le tiroir utilisé. Il est contradictoire, et même faux en termes de méthodes, de prétendre utiliser des règles tirées de ces éléments d'analyse sans en tirer toutes les conséquences et adopter tous les éléments du référent. L'analyse économique du droit présente l'apparence d'une calculette alors qu'elle est une formule normative.

B. Paradoxes

L'ensemble de l'analyse repose sur l'examen de la situation d'un être abstrait, l'*agent économique*, pris dans une double logique sentimentale, entre égoïsme et sympathie, pour parler comme Adam Smith⁸ ou entre misanthropie et humanisme.

L'agent économique est techniquement une simple modernisation sémantique de l'*homo economicus* d'Adam Smith, cet égoïste efficace et rationnel qui *doit* servir de modèle pour éviter les famines et les guerres. L'agent, c'est cette entité première de la scène économique. Dans la logique libérale, cet « agent » économique est, politiquement, le « citoyen ». D'ailleurs, pendant très longtemps, l'agent type était le propriétaire ; ce propriétaire était également le citoyen, électeur ou éligible, celui qui payait le cens. D'où sans doute la place du droit privé au XIXe siècle, les travaux sur la propriété ou la possession. « La propriété, c'est le vol » crie Proudhon en 1840⁹ ; c'est exact si on considère qu'au XIXe siècle et pour les anarchistes et les républicains, la propriété c'est le « vol » de la citoyenneté. « Enrichissez-vous » répond Guizot, plus exactement : « Enrichissez-vous par le travail et par l'épargne, vous deviendrez ainsi un électeur », en devenant propriétaire, en payant l'impôt nécessaire. Le suffrage universel a gommé ces débats dans nos sociétés modernes, mais la question demeure de savoir qui sont les citoyens modèles, les citoyens types, les citoyens importants.

Pour les tenants de l'analyse économique, aujourd'hui, l'agent économique, l'agent économique qui compte, le nouveau citoyen, c'est l'entreprise. Parmi tous les agents, les ménages, les consommateurs, les salariés, l'Etat, c'est l'entreprise qui se présente comme le nouveau citoyen. Et le nouvel espace de citoyenneté, c'est le marché, le lieu de rencontre entre ces agents-citoyens. Les nouveaux citoyens efficaces du nouveau monde libéral sont les Entreprises : elles créent des richesses, elles créent des emplois, elles créent de la croissance, etc., elles ont des comportements rationnels, efficaces et utiles. Elles – et leurs dirigeants – ont donc vocation à prendre à leur compte les affaires publiques, à tout le moins à donner leur avis sur la conduite des affaires publiques et ce sur tous les sujets, du droit économique, bien entendu au droit de la famille ou au droit de l'environnement. Parce que l'Entreprise serait plus vertueuse que l'Etat, et le marché que la

⁸ *Théorie des sentiments moraux*, 1723, PUF, 1999.

⁹ *Qu'est-ce que la propriété ? Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement*.

réglementation, la « science » économique serait plus fondée sur la « science » juridique pour dire le droit.

D'ailleurs, le « droit » de l'environnement, pas plus que le « droit » de la concurrence ou le « droit » des marchés financiers, n'a été bâti, écrit, sur une histoire de ces droits, ni même par des juristes. Pour reprendre le cas du droit de la concurrence qui est un peu le droit « matrice » de l'ensemble économique, qui engloberait le droit de la concurrence proprement dit mais également des marchés financiers, celui-ci a été établi par des universitaires attentifs aux piliers d'un système démocratique *au sens anglo-américain* de la question et c'est en cela qu'il est consubstantiel à la construction politique, philosophique et économique des Etats-Unis¹⁰ et donc parfaitement adapté à la pensée philosophique américaine. De même que le droit de la concurrence se justifie pour qu'à une tyrannie publique ne se substitue pas une tyrannie des conglomérats, on peut dire, par récurrence, qu'un droit de l'environnement se justifie uniquement parce que les entreprises ne parviennent pas, seules, à régler, les *effets externes négatifs* de leurs activités : si elles y parviennent, cette réglementation est inutile. La loi, quelle qu'elle soit, en tant qu'elle viendrait contraindre les comportements libres des agents, est donc subsidiaire.

Ce résultat, cette méthode, celle de l'analyse économique du droit, qui fonctionne si bien aux Etats-Unis et plus largement dans les pays de tradition anglo-américaine, est en général considéré comme plus exotique en France et dans les pays de tradition latine et romano-germanique.

L'une des explications est peut-être à rechercher dans les différences fondamentales entre les deux équations fondatrices de ces systèmes après les révolutions philosophiques modernes.

La première est l'équation produite par les lumières anglaises avec une continuité logique de Hobbes, mais surtout de Locke et Hume, aux néolibéraux. La loi est le produit de la raison humaine, contre la tyrannie ou le despotisme, ce qui conduit à admettre la séparation des pouvoirs, le contrôle des décisions du souverain et un droit de résistance à la loi injuste.

Dans cet esprit cependant, et notamment à la suite de Locke et Hume, dont Adam Smith reprendra l'essentiel, cette équation repose sur la considération que la coopération, donc la société, est bonne, rationnelle, avantageuse, productive, vertueuse, etc., tandis que l'homme inspire la méfiance, en raison de ses tares, sa propension à se faire la guerre en raison de ses égaux appétits et compétences pour obtenir les richesses rares auxquelles il a droit comme tout homme dont il est l'égal. Il en résulte en retour que la société offre à l'homme un modèle, entièrement fondé sur l'idée de coopération. Les hommes sont appelés à répéter ce modèle coopératif, ce modèle contractuel : c'est celui qui assurera leur prospérité. Fondée sur la coopération, la société est ainsi intégralement fondée sur une somme d'avantages qui

¹⁰ G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power : the Dilemma of Liberal Democracy in the History of the market*, Oxford, 1997, sp. p. 2.

détermine un optimum, la recherche du bonheur, protégée par la constitution américaine avec la liberté et l'égalité, comme la somme des intérêts particuliers. Adam Smith, encore, avait adapté cette logique : la justice, c'est le respect des contrats et celui-là seul assure la paix, la tranquillité sociale et le *bonheur*. Mais il n'est en rien en relation avec le bonheur républicain¹¹, autrement dit la question de l'intérêt général. La vertu, appelée bonheur, conjuguée à la liberté et l'égalité dans la constitution américaine, c'est donc le contrat, la coopération.

On perçoit là la différence majeure avec l'esprit des Lumières françaises, dans la double tradition cartésienne et rousseauiste et plus globalement des fondements, plus ou moins bien dessinés, du droit français¹². Partant des mêmes données de base, elle aboutit à l'équation exactement inverse : la société est mauvaise, elle avilie l'homme naturellement bon à l'état de nature. C'est donc l'homme, bon par nature, doué de ces vertus naturelles, qui doit gouverner la société, par une généralisation de ces vertus, mieux par une aliénation de ces vertus, résultant d'une sorte de transfert de propriété de celles-ci à la société, pour former par l'accumulation de ces vertus, un ensemble plus grand, disons l'Intérêt Général lequel est plus grand que la somme des intérêts particuliers. En retour, la société impose à ses membres une obligation redoutable : celle de se conformer à cette vertu, par l'étalon de l'Intérêt général, dont la Société est désormais dotée et sur la base duquel des limites pourront être posées la liberté et l'égalité civile, via la notion de *fraternité* qui couvre l'idée d'intérêt général.

C. Oxymores

En toute hypothèse, ces deux équations, sans doute trop tranchées dans leur présentation, contestables, et sans doute ici présentées de manière trop rapide et caricaturale sont marquées par une contradiction, irréductible. Cette irréductibilité repose sur les fondements, réels ou fantasmés, de ces deux grands systèmes juridiques : le droit d'inspiration anglo-américaine fait référence à un droit de toujours, fait d'un ensemble de principes, d'une sorte d'Age d'or du droit et des principes, de traditions intangibles que le juge est chargé de découvrir au fur et à mesure qu'ils se présentent. L'objectivité du droit anglo-américain s'oppose ainsi au subjectivisme profond du droit romano-germanique, l'idée que l'homme peut changer l'ordre des choses, par sa volonté, sa puissance de séduction et de conviction, qu'il soit législateur dans la tradition légicentriste et/ou normativiste ou juge dans la tradition réaliste plus discrète.

Il y a sans doute dans cette irréductibilité une forte part de continuité historique, et notamment dans cette place forte que constitue, en France, la notion d'Intérêt général, le service public, notions suffisamment vagues pour se plier à tous les autoritarismes qui, ne le nions pas, demeurent une constante dans l'histoire des idées

¹¹ A. Smith, *Théorie des sentiments moraux*, p. 141 ; I. A. Tassopoulos, « La civilité juridique au fondement du contrat ? », G. Lewkowicz et M. Xifaras, dir., *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 55, sp. p. 59.

¹² Ceci évoqué dans la logique américaine récente du mouvement legal origins : J.-F. Graudreault-Desbiens, *La critique économiste de la tradition romano-germanique*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2010, p. 683.

politiques françaises et, d'une manière plus générale, un certain volontarisme, un subjectivisme. Nous pensons, à tort ou à raison, que la loi peut sincèrement et réellement changer une situation juridique, que la norme soit légale, positivisme juridique, ou jurisprudentielle dans une logique de réalisme juridique. De sorte que la pensée américaine objective est finalement plus poreuse, plus accueillante aux formes de droit naturel non rationnel et prétendument objectif, dont, par exemple, l'idée que le fait économique s'impose, par sa nature, à la volonté humaine.

Cette irréductibilité s'observe par exemple dans l'observation du comportement des entreprises, supposément idéal dans la conception de l'analyse économique du droit.

Or, les comportements des entreprises ne sont pas parfaits. Ils ne le sont pas économiquement : les entreprises prennent aussi des décisions irrationnelles ou imbéciles, elles commettent des erreurs de gestion. Ces comportements ne sont pas parfaits socialement, ou politiquement. Ces comportements ne sauraient être déifiés ou modélisés et encore moins être présentés comme des alternatives aux décisions des Etats. Ou alors, il faudrait pouvoir comparer les situations et admettre que l'idée selon laquelle les décisions des entreprises puissent être considérées comme substituables aux décisions des Etats est une idée discutable. Il faudrait donc admettre que les entreprises peuvent développer des actions qui participent de l'intérêt général, qui s'adaptent aux missions régaliennes de l'Etat, ou, mieux, qui créent des situations meilleures que celles que les Etats auraient prises, au nom de l'Intérêt général, etc. C'est d'ailleurs d'actualité : ce sont des entreprises privées qui font ou défont les dettes publiques, qui établissent les critères de bonne gouvernance, demain qui établiront les gouvernements pourquoi pas, en se passant allègrement de l'accord des populations si peu citoyennes, la guerre même était conduite, en Irak, par des entreprises.

Il n'est pas utile de poursuivre longtemps pour admettre que cette mise sur un piédestal de l'entreprise comme le nouveau citoyen est, au minimum, exagérée et constitue, du point de vue français au moins, un oxymore : les entreprises favorisent leurs propres intérêts, ceux de leurs associés et actionnaires, ceux de leurs dirigeants, et ceux de l'entreprise elle-même et, à de moindres égards, ceux de leurs salariés ou de leurs clients, pour autant qu'ils ne divergent pas des premiers. Ces intérêts dépassent même parfois les intérêts nationaux au point d'entrer en opposition avec ceux-ci ou avec les citoyens d'un pays, d'autres entreprises, ses salariés, ses consommateurs, notamment dans une logique de mondialisation. Rien n'est scandaleux : c'est l'objet et l'objectif d'une entreprise que de réaliser des profits, conquérir des marchés : ce n'est ni moral ni immoral, c'est a-moral, comme a tenté de le démontrer André Comte-Sponville¹³ et, bien avant, Adam Smith.

Par ailleurs, le postulat selon lequel la concurrence est bénéfique pour les consommateurs est discutable : sans doute la concurrence favorise *parfois* et même *souvent* une baisse des prix, mais rien n'est automatique. L'entrée de la téléphonie, de l'énergie sur le marché concurrentiel a-t-elle eu pour effet mécanique une baisse des prix pour le consommateur ? L'épisode de la discussion du prix de cession dans

¹³ A. Comte-Sponville, *Le capitalisme est-il moral ?* Albin Michel, 2004.

le marché communautaire de l'électricité (nucléaire) française, produite à bas prix, qui devrait être vendue à un prix élevé permet de faire douter de cet effet automatique. La privatisation du transport de voyageurs aboutirait-elle à une baisse des prix et à un meilleur transport ? L'exemple souvent cité du transport ferroviaire anglais permet d'en douter. L'idée selon laquelle la concurrence est bonne, saine pour les consommateurs relève d'une croyance, pas plus vraie qu'une fable pour enfants. Le caractère « bon » ou « sain » de la mise en concurrence se mesure en termes de prix sans doute, mais aussi de qualité voire de bien-être général des citoyens d'un pays.

De la même manière, imaginer une « entreprise citoyenne » ou une « entreprise socialement responsable », ou une « entreprise écologique » est une conception qui ne peut être qu'entrepreneuriale : il est possible qu'il soit bon, sain ou économique pour une entreprise de développer des actions pro-environnementales ou sociales. Mais ce n'est pas le rôle de l'entreprise que d'amortir ces fonctions qui relèvent de l'intérêt général et dépassent, très largement, ceux des entreprises, quand bien même il s'agirait de toutes les entreprises.

On peut continuer longtemps ainsi : l'objectif de la démonstration n'est pas de construire un discours anticapitaliste ou alternatif, mais simplement de montrer que les outils de l'analyse économique dont l'objectif est de quantifier des situations particulières, est d'une part inadapté à un objectif relevant de l'intérêt général comme celui de l'intérêt général environnemental, d'autre part erroné et enfin parce qu'il est vain.

Il est inadapté parce que les questions relevant de l'intérêt général ne sont pas quantifiables. Les « effets externes négatifs », comme le sont les pollutions ne sont pas plus quantifiables que ne le sont la justice, la défense, la sécurité ou le bonheur. Par conséquent, les « valeurs » en jeu sont, d'un point de vue économique, soit infinies soient nulles. Dans cette opposition, seule la valeur nulle est connue et sera donc choisie. L'utilisation de l'analyse économique aboutit donc à des choix économiques qui tiennent les effets négatifs externes pour négligeables et pris dans une balance : que vaut l'éradication de la population des lions ou des tigres, de valeur infinie donc nulle, face au risque de famine ou à l'évolution économique inéluctable d'une population ?

Il est erroné parce qu'il utilise des concepts qui en outre ignorent jusqu'à l'existence d'un intérêt général et qui suppose systématiquement qu'entre deux politiques visant à protéger l'environnement, il faut préférer celle du moindre coût. Cette manière d'envisager les choses aboutit à reculer toute décision efficace jusqu'à ce que l'évolution économique inéluctable et irrésistible (puisque c'est un droit naturel) aboutissent à deux infinis : la destruction de la nature ou la destruction de l'humanité. Seule l'irruption de la notion d'Intérêt général, par exemple environnemental, permet de justifier un choix économiquement plus onéreux précisément parce qu'il déplace le champ de l'analyse, de celui de la stricte économie vers celui d'une considération plus large. C'est en général la tradition française, qui agace d'ailleurs tant l'analyse économique, qui pourtant semble souvent céder en matière économique face à ses coups de boutoir répétés, et entretenus désormais par une partie notable des

économistes français.

Il est enfin vain parce que les fondements de l'analyse économique du droit, ceux du droit français et ceux du droit de l'environnement, sont irréductibles. Le droit de l'environnement est du point de vue de la méthode de la théorie du droit, de la description du réel juridique, un ensemble de normes, ni vraies ni fausses. Du point de vue de ses fondements, et s'il faut les rechercher, qu'il soit fondé sur le droit naturel ancien ne peut pas, par nature, oserait-on dire, s'accorder avec un autre droit naturel dont la prétention est, toujours par nature, hégémonique, quel que soit ce droit naturel, celui de la Nature, celui de la Morale, celui de la Raison. Il est vain de prétendre qu'une norme environnementale est juste ou économiquement fondée ou conforme à la nature parce qu'elle est votée par un gouvernement représentatif, ou encore qu'elle est juste parce qu'elle est conforme à la Nature ou qu'elle est juste parce qu'elle est économiquement fondée ou économiquement fondée parce qu'elle est juste et on peut ainsi tenter toutes les permutations possibles à quatre variables : ce sont des ordres d'appréciation qui ne se situent pas au même niveau. Il reste que les lois de l'environnement, les normes environnementales sont des normes, des normes posées par le législateur qui relèvent de l'intérêt général environnemental.

Un discours de théorie du droit est incapable de déterminer quelle valeur doit l'emporter sur une autre. Les ultrapositivistes considèrent même qu'aucune hiérarchie des valeurs ne peut être posée, tant le droit positif est axiologiquement neutre. En revanche, un discours de théorie du droit peut parfaitement déterminer les valeurs inhérentes à la norme observée et présenter les conflits de valeurs ou encore les irréductibilités de ces conflits. Tel est le problème du droit de l'environnement, et de bien d'autres : ne pas se tromper de valeur.