

***LA NOUVELLE POLITIQUE ENVIRONNEMENTALE***  
***AUX ETATS UNIS***

**Max Falque**

**Janvier 2001**

**Vers une nouvelle politique environnementale  
Aux Etats-Unis**

***DOCUMENT DE SYNTHÈSE***

**par Max Falque**

*« La première question est de savoir s'il est opportun de réglementer pour protéger l'environnement. Bien qu'aujourd'hui on pense que la réglementation est incontournable, il existe d'autres solutions, telles que le recours au droit privé ainsi qu'à la négociation et à la médiation qui dépendent elles-mêmes d'une définition claire et préalable des droits de propriété. »*

Paul R. Portney (Resources for the Future)

*« L'important pour un gouvernement n'est pas de faire les choses que les individus font déjà, et de les faire un peu mieux ou un peu moins bien, mais de faire les choses qui pour l'instant ne sont pas faites »*

John Meynard Keynes

**Décembre 2000**

## **Note liminaire**

**Ce document a été élaboré à partir d'une recherche réalisée en 1996-1998 à la demande de la DGAD (Service de la Recherche) du Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, sous la Direction de Jacques Theys.**

**Une présentation des premières conclusions a fait l'objet d'une communication au Colloque de Fontevraud (septembre 1996) et d'un article publié dans les actes « L'environnement au XXIème siècle » volume III « Démocratie et politique à long terme » sous la direction de Jacques Theys p. 467-478 juillet 2000**

# SOMMAIRE

<b>Résumé-synthèse</b>	<b>I à XVIII</b>
<b>1. Historique et problématique</b>	<b>1</b>
1.1 La prise de conscience du XIX <sup>e</sup> siècle	2
1.2 L'âge d'or de la réglementation environnementale 1965 – 1985	5
1.3 L'émergence de la nouvelle politique environnementale	9
1.4 Les nouveaux défis	11
1.5 Le contexte associatif et politique	13
<b>2. Les droits de propriété environnementaux</b>	<b>23</b>
2.1 Un nouveau contexte	24
2.2 Le débat	26
2.3 Vers des solutions	33
2.4 Conclusion	43
<b>3. La Réforme de l'administration fédérale</b>	<b>45</b>
3.1 Le problème	47
3.2 La réforme de l'action réglementaire	50
3.3 Le projet de réforme de l'Environmental Protection Act (EPA)	63
<b>4. L'évaluation des décisions</b>	<b>68</b>
4.1 Evaluation des impacts réglementaires	69
4.2 La réforme réglementaire fédérale	79
4.3 L'analyse comparative des risques	83
4.4 L'analyse coût-bénéfice des réglementations	87
<b>5. Nouvelles perspectives</b>	<b>92</b>
5.1 Le concept de budget réglementaire	93
5.2 La diffusion de l'information environnementale	96

53	Les entrepreneurs environnementaux	97
5.5	Le concept de réglementation environnementale	99
5.7	Le projet de « Regulatory Fair Management Act »	101
58	Le contrôle des réglementations par le Congrès	101
59	Programme de réforme des procédures d'élaboration et de contrôle des réglementations	103
5.10	La réglementation privée	107
<b>6.</b>	<b>Conclusion générale</b>	<b>109</b>
6.1	Vers une nouvelle politique environnementale	110
6.2	Orientation de la recherche	116
6.3	Les limites de la réforme de la politique environnementale 2001-2005	120

## **Annexes**

Annexe 1 :	Liste des personnalités rencontrées
Annexe 2 :	Bibliographie
Annexe 3 :	Note sur les permis négociables pour un bassin versant
Annexe 4 :	Executive Order 12866
Annexe 5 :	Vers une gouvernance du développement durable
Annexe 6 :	Proposition de nouvelle procédure d'évaluation réglementaire
Annexe 7 :	Environmental Defense Fund Scorecard
Annexe 8 :	Signification des sigles
Annexe 9 :	Organismes et think tanks d'analyse de la réglementation environnementale

**RESUME-SYNTHESE**

## **NOTE LIMINAIRE**

Depuis une dizaine d'années la réforme de la politique environnementale fait l'objet d'un débat public. Le Président Reagan était arrivé au pouvoir avec des convictions libérales affirmées qui, en matière d'environnement, concernaient le respect des droits de propriété, une méfiance certaine à l'égard de la multiplication des lois et règlements à l'efficacité douteuse et le retour à la souveraineté des Etats.

Pour autant on verra que paradoxalement, c'est l'Administration Démocrate Clinton-Gore qui met en oeuvre les réformes réclamées par le Parti Républicain devenu majoritaire au Congrès à la suite des élections de 1994.

Tout comme en matière sociale, il apparaît que les Etats-Unis remettent en cause un quart de siècle de politique fédérale désignée communément par l'expression « command and control » et fondée sur une multiplication des lois et règlements au service d'une administration omniprésente.

Il ne s'agit pas donc pas d'une simple péripétie politicienne et démagogique car ce changement s'appuie sur une démarche théorique cohérente et un mouvement de fond de la société américaine de retour vers une interprétation stricte de la constitution. Dans ces conditions il y a tout lieu de penser que la véritable révolution intellectuelle et politique mise en évidence par le débat politique sera le fondement d'une modification des modalités d'action des pouvoirs publics au cours de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle. L'incertitude porte plus sur l'importance, la rapidité du changement et les modalités de sa mise en oeuvre que sur sa nature et sa direction.

### **1- RAPPEL HISTORIQUE**

Le premier « Jour de la Terre » (avril 1969) a symbolisé la montée en puissance de la sensibilité environnementale de l'opinion. La traduction politique de ces nouvelles aspirations a été rapide et puissante: plusieurs lois fédérales étaient votées dont la première et la plus célèbre le National Environmental Policy Act (NEPA 1969) inventait l'étude d'impact et créait le Council on Environmental Quality (CEQ) et Environmental Protection Agency (EPA). D'autres « Statutes »\*

---

\* On distingue les « statutes » constructions purement législatives de la common law fruit de l'évolution jurisprudentielle.

très importants suivirent concernant l'eau, l'air, les déchets, les espèces menacées, les sites contaminés, les zones littorales, ... :

- Clean Air Act de 1970 plusieurs fois amendé,
- Federal Water Pollution Act 1972 qui devient en 1977 le Clean Water Act,
- Resource Conservation and Recovery Act (RCRA 1976),
- Comprehensive Environmental Response and Liability Act (CERCLA 1980 dénommé communément Superfund),
- Coastal Zone Management Act (CZMA 1972),
- Endangered Species Act (ESA 1974 , plusieurs fois amendé).

De l'avis de tous les observateurs, et indépendamment de leurs tendances politiques, ces lois fédérales ont eu des résultats spectaculaires sur la qualité de l'environnement dans la mesure où elles apportaient une réponse rapide et efficace aux problèmes les plus urgents. Mais cette amélioration de l'environnement loin de calmer les demandes de l'opinion a aiguisé sa sensibilité d'autant plus que les exigences environnementales croissent au même rythme que le niveau de vie. Or le coût d'élimination des derniers 10% d'une pollution quelconque est extrêmement élevé ce qui rend en fait utopique la revendication d'une pollution zéro. Le nécessaire renforcement des réglementations, leur mise en oeuvre par une bureaucratie fédérale, la montée en puissance de contentieux interminables\*\* , les contraintes imposées aux acteurs économiques et aux simples citoyens, les atteintes croissantes aux droits de propriété et surtout la coûteuse inefficacité ont provoqué une réaction de rejet dont la traduction politique a été les élections législatives de 1994 donnant une majorité très importante aux Républicains. Ces derniers s'appuyant sur le programme radical «Contract with America» de Newt Gingrich proposaient une véritable «révolution conservatrice» dont les principes avaient été posés par Ronald Reagan. à savoir un démantèlement et/ou une réforme profonde de l'aide sociale, de la santé et de l'environnement et la dévolution aux Etats.

Ce programme républicain s'opposait clairement au programme démocrate sur lequel avait été élu Bill Clinton en 1992, notamment en matière d'environnement puisque le vice-président Al Gore était l'auteur d'un gros livre (ennuyeux) «Earth in Balance» dont les thèses flirtaient avec l'écologie profonde et confortaient les positions interventionnistes (big government) des grandes

---

\*\* Environ 60 % du budget fédéral consacré à la mise en oeuvre du Superfund ont été dépensés en frais de justice!



associations de défense de l'environnement et paradoxalement celles des grandes entreprises (big business) pour lesquelles réglementation est souvent synonyme de profits faciles par élimination de la concurrence.

Le débat d'idées contradictoire ne résistait pas à l'approche des élections présidentielles de novembre 1996 et on a assisté depuis la fin de l'année 1995 à un recentrage de la position de l'équipe Clinton/Gore, à savoir une course poursuite entre les Républicains et les Démocrates pour proposer une réforme profonde du système réglementaire actuel sous la bannière de ce que l'on a appelé depuis la « troisième voie ».

A un degré moindre, on peut se demander si les Démocrates n'ont pas traité l'environnement comme ils ont traité l'aide sociale (welfare), c'est-à-dire simplement démonter le système fédéral et en confier la responsabilité aux Etats.

De toute façon, les campagnes électorales de 1996, 1998 et 2000 ont fait apparaître dans l'opinion une volonté de changement modéré qui sera inévitablement prise en compte par la prochaine Administration. Tout se passe comme si à un demi siècle de New Deal pourrait succéder une nouvelle ère dont on commence à distinguer les contours. En effet la situation de «cohabitation» a contraint le Congrès républicain et la Présidence démocrate à une série d'ajustements pragmatiques où les gesticulations idéologiques tiennent moins de place que dans les années passées. La nouvelle administration Bush, malgré l'absence de majorité républicaine au Sénat, accélérera probablement la réforme sans en bouleverser le contenu.

## **2. LA «TRINITÉ DIABOLIQUE»**

Le terme «Unholy Trinity» est apparu dès 1994 dans les publications des grandes et puissantes associations de protection de la nature, telles National Audubon Society, Environmental Defense Fund, Sierra Club, National Wildlife Federation, Greenpeace, WorldWatch ... Il désigne le triptyque législatif proposé par le parti républicain et plus particulièrement dans la plate-forme électorale de 1994.

### **a) L'évaluation des décisions publiques**

Il s'agit de mettre en place des procédures spécifiques à plusieurs ministères, dont l'Environmental Protection Agency (EPA), les obligeant à évaluer, caractériser et rendre public les risques des réglementations proposées. En effet, trop souvent les risques sont calculées sur des cas limites et irréalistes et on peut se demander s'il est légitime de dépenser des sommes considérables sans qu'il en résulte une amélioration sensible de l'environnement.

Stephen Breyer, aujourd'hui juge à la Cour Suprême, cite un litige concernant des enfants susceptibles d'ingérer des produits dangereux dans une zone marécageuse du New-Hampshire. Le plaignant, un particulier, cherchait à éviter une dépense de 9,3 millions de dollars pour éliminer la pollution résiduelle d'une ancienne décharge toxique. Ce site, qui avait déjà subi un traitement, avait atteint un degré de propreté telle que l'ingestion par des enfants de boue et de terre, au cours de leurs jeux, ne posait plus aucun risque sanitaire réel, même si ils y restaient exposés pendant 70 jours de l'année.

Selon les normes d'un nettoyage encore plus rigoureux, imposé par les pouvoirs publics, les enfants auraient pu sans danger ingérer de la terre du site pendant 245 jours par an . Mais, ironie suprême, le site étant un marécage, il n'avait jamais encore bénéficié de la visite d'aucun enfant, et encore moins d'enfants susceptibles d'y manger de la terre\* . Cet exemple illustre un problème qui se pose inévitablement en matière de réglementation: à partir de quel niveau un risque devient-il acceptable?

Au-delà des anecdotes et des inévitables «bavures bureaucratiques», une large partie de l'opinion et des spécialistes américains de politique environnementale estiment que la réglementation actuelle est dépourvue de rationalité et même s'oppose à la réalisation des objectifs pour laquelle elle avait été élaborée. Par exemple la non-hiérarchisation des objectifs, ou plutôt leur hiérarchisation imposée par les groupes de pression, implique que la réglementation s'attaque trop souvent à des problèmes mineurs et passe à côté des atteintes majeures à la santé et à l'environnement. Il en résulte toujours une mauvaise allocation des ressources et donc un sous-optimum environnemental remettant en cause la légitimité d'un système de décision largement politique et technocratique.

Il convient donc de faire intervenir l'expertise scientifique indépendante et de traduire en terme

---

\* Cité par G. E. De Planque, US Nuclear Regulatory Commission in Epistemologie des Cindyniques, Paris, Déc.1996

clair leur résultats grâce à des comparaisons que tout le monde peut comprendre. L'évaluation doit en outre préciser les incertitudes et les limites des connaissances. Mais l'exigence la plus novatrice concerne une nouvelle forme d'analyse coût/bénéfice à savoir que toute nouvelle réglementation doit présenter des avantages (en matière de santé, de social, d'environnement, d'économie) supérieurs à ses inconvénients.

Cette proposition est fondée sur de nombreuses recherches qui mettent en évidence que la réglementation en matière d'environnement et de santé est devenue non seulement incontrôlable mais contreproductive. En effet dépenser 1 milliard de dollars pour épargner potentiellement une seule vie humaine signifie en fait une morbidité accrue dans d'autres secteurs d'activité, ne serait-ce que par une plus grande pauvreté.

C'est ainsi que le Center for Risk Analysis de l'Université Harvard avance qu'une réaffectation des ressources en fonction de programmes plus efficaces pourrait sauver quelques 60 000 vies humaines par an.

D'autres recherches (Duke University) affirment que chaque 50 millions de dollars de dépenses engendrées par une réglementation entraîne un décès supplémentaire '.

Si le principe de l'évaluation du risque réglementaire fait l'objet d'un consensus, sa mise en oeuvre pose des problèmes politiques. Dès 1993 le Président Clinton, par l'Executive Order 12866 fait obligation aux administrations d'utiliser le risk assessment lors de l'élaboration de leurs réglementations.

Mais un Executive Order n'a qu'une valeur de recommandation et n'a pas force de loi. En 1995 la Chambre des Représentants à majorité républicaine votait une loi rendant obligatoire l'évaluation des risques mais la majorité démocrate, soumise à la pression des milieux environnementalistes ainsi que le veto présidentiel ont empêché sa promulgation.

Cette nouvelle procédure présentait des avantages évidents de clarification du processus de décision et de prise en compte du long terme mais elle risquait de compliquer le processus législatif et réglementaire. Aussi le seuil de \$ 100 millions avait-t-il été proposé, cette somme correspondant à l'évaluation du coût de la réglementation.

*« Ces initiatives ont été accusées de remettre en cause les progrès réalisés grâce aux réglementations imposant des technologies. Non seulement les initiatives parlementaires ont été critiquées en tant que favorables à la pollution (polluter friendly) mais encore, paradoxalement,*

*elles menacent d'accroître la paperasserie qui étouffe le système réglementaire existant et ainsi accroître le coût de mise en œuvre »\*.*

L'approche des élections de 1996 a donc mis en sommeil ces tentatives parlementaires tandis que le candidat démocrate reprenait l'initiative politique par la publication du «Project XL» (Excellence in Leadership) dont l'objectif est le même que celui des Républicains, à savoir faire face à l'inefficacité notoire du système «Réglementation et Contrôle» (Command and Control).

Il s'agit donc d'encourager la flexibilité réglementaire grâce à des normes d'objectifs négociées pour des localisations spécifiques. Cette expérimentation en continu devait permettre d'atteindre de meilleurs résultats que ceux que l'on aurait obtenu en s'appuyant sur la réglementation actuelle ou future. Ce projet à usage électoral fut lui-même l'objet de critiques dans la mesure où l'EPA demeure maîtresse du jeu sans contre-pouvoir indépendant et que l'évaluation de la performance relève d'une appréciation largement subjective.

Enfin on ne voit pas comment l'EPA peut échapper à d'interminables contentieux si elle ne s'appuie pas sur une nouvelle législation. Dans la configuration politique de l'époque, il fallait s'attendre à ce que le Congrès à majorité républicaine demande des gages pour une procédure d'évaluation indépendante et une réforme du rôle de l'EPA.

Plusieurs projets de loi relatifs à l'évaluation des réglementations environnementales ont donc opposé au Congrès Républicains et Démocrates bien que sur le fond on s'accordait sur une double constatation:

- si les réglementations ne coûtent rien au moment de leur promulgation par l'administration, leur mise en œuvre entraîne à terme pour l'ensemble des acteurs économiques et des contribuables des coûts extrêmement élevés de l'ordre de 200 milliards de dollars par an, coûts non comptabilisés officiellement (regulatory budget).
- l'efficacité de ces dépenses s'avère médiocre et il est tout à fait possible d'atteindre les mêmes objectifs à des coûts bien moindre ou de réaliser les objectifs beaucoup plus ambitieux pour les mêmes coûts.

Ces constatations ont conduit les sénateurs Thompson et Levin à introduire en 1997 un projet de loi « Regulatory Improvement Act » rendant obligatoire l'analyse réglementaire par un comité

---

\* cf. B.S. Ginsberg et C. Cummis in Environmental Law Reporter 26ERL p.1059

consultatif de la réglementation composé de personnalités compétentes mais excluant tout fonctionnaire du ministère concerné.

L'Advisory Committee on Regulation. doit procéder à un double examen des réglementations qualifiées de majeure :

- une analyse coûts/bénéfices incluant les données non quantifiables et les différentes alternatives,
- une analyse de risque permettant de s'assurer que les priorités budgétaires sont bien respectées et que soit maximisés les bénéfices environnementaux de chaque dollar investi.

*« Le projet de loi S 981 donnera une dimension législative aux exigences des quatre derniers présidents (deux républicains et deux démocrates) relatives à l'analyse réglementaire. Ce projet de loi évite les excès des précédentes propositions de réformes réglementaires tout en en retenant les meilleurs éléments. Il devrait renforcer les futures réglementations et faire en sorte que les nombreuses dispositions de sauvegarde de l'environnement, de la santé et de la sécurité soit mises en oeuvre au moindre coût »* (Paul Portney, audition au Sénat du 12 septembre 1997)

#### **b) Interdiction des réglementations fédérales non associées de financements correspondants (Unfunded mandates).**

Le foisonnement réglementaire du gouvernement fédéral et notamment de E.P.A. ne connaît pas le frein naturel que constitue la nécessité de recettes complémentaires. *« Ces pratiques ne sont pas démocratiques et détruisent la responsabilité. Elles permettent aux politiciens de voter des lois sans voter les impôts correspondants. Les membres du Congrès ont eut recours aux «unfunded mandates» pour mettre en évidence leur appui à des causes populaires tout en dissimulant le coût de leurs programmes. Il en résulte que les priorités locales doivent être subordonnées aux volontés de Washington... Les États et les collectivités locales ont besoin de flexibilité pour répondre aux besoins de leurs électeurs »*<sup>\*</sup>.

En effet, on estime que le coût de la seule réglementation environnementale qui était 80 milliards de dollars en 1986 a atteint quelques 200 milliards de dollars en l'an 2 000. Le Gouvernement fédéral n'en supporte que 30 milliards tandis que le secteur privé et les autres gouvernements (État et collectivités locales) sont contraints de trouver des ressources pour y faire face. L'idée est donc d'obliger le Gouvernement fédéral d'assortir toute nouvelle réglementation de financements

---

<sup>\*</sup> Environmental briefing book for congressional candidates CEI 1996.

correspondants.

Ce nouveau mécanisme qui a pour mérite de clarifier les responsabilités entre le Gouvernement Fédéral et les autres gouvernements pourrait comme pour l'évaluation réglementaire, servir à freiner la production de réglementations fédérales et donc à limiter le pouvoir du Gouvernement fédéral au profit des États. Mais il diminuerait du même coup l'efficacité du lobbying des grandes associations et du « big business » qui s'appuie précisément sur la réglementation fédérale pour faire triompher leur intérêts.

### **c) L'indemnisation des propriétaires pour les moins-values engendrées par les réglementations environnementales**

Le troisième volet de la « trinité diabolique » est celui qui est le plus contesté par tout ce que compte l'Amérique de ce que nous appellerions des progressistes (liberals) et notamment les grandes associations de protection de la nature. Il s'agit d'un débat fondamental concernant l'interprétation du 5ème amendement de la Constitution (taking clause) et au-delà des valeurs qui fondent les États-Unis. Indirectement il remet en cause le bien fondé et l'efficacité de l'essentiel de la réglementation environnementale élaborée depuis un quart de siècle.

De quoi s'agit-il ? Tout simplement d'en revenir à une interprétation stricte du 5ème amendement « *Nor Shall private property be taken for public use without just compensation* » ce qui correspond à l'article 17 de la déclaration des Droits de l'Homme exigeant une juste et préalable indemnisation en cas d'expropriation.

Jusqu'à une époque récente la jurisprudence de la Cour Suprême avait soutenu qu'une réglementation n'ouvrait droit à indemnisation que si elle privait le propriétaire de toute usage économique raisonnable. Or, au cours des dernières années, on a assisté à une triple modification de cette position traditionnelle qui avait notamment assuré la légitimité du zonage des documents d'urbanisme introduit depuis 1915. En 1985 Richard Epstein, professeur de droit à l'Université de Chicago publiait « *Taking private property and the power of Eminent Domain* » dont la thèse peut être ainsi résumé: le 5ème amendement exige que les pouvoirs publics compensent les propriétaires privés chaque fois qu'une réglementation publique diminue la valeur de leur bien. Dans ces conditions, non seulement les réglementations environnementales mais aussi d'autres dispositions concernant l'urbanisme, la fiscalité, les conditions de travail constituent des atteintes aux droits de propriété. Epstein, au terme d'une démonstration brillante, en conclue que cette interprétation remet en cause l'essentiel des lois élaborées au XX<sup>e</sup> siècle.

Cette interprétation doctrinale de la constitution qualifiée «d'excentrique» (D. Helvarg, 1995) a probablement inspiré la Cour Suprême qui par plusieurs arrêts (dont le plus célèbre «Lucas V. South Carolina Coastal Council», 1992) ouvre un droit limité à indemnisation lorsque la réglementation apparaît excessive, (goes too far)

La première traduction «politique» de cette position date de l'Executive Order de 1986 du Président Reagan (EO 12-630) qui demandait aux administrations fédérales d'évaluer l'impact de la réglementation sur les propriétés privées. Mais un E.O., s'il s'impose aux administrations n'a pas de valeur juridique et ne peut être sanctionné par la justice.

Aussi dès 1990, le Sénateur Symm propose un texte «Property Right Act», premier en date de plusieurs projets de loi qui, à ce jour, n'ont pas abouti en raison de contraintes politiques (veto présidentiel) mais aussi techniques. Ceci explique que le dernier projet de loi en date de juillet 1996 «Omnibus Property Right Act S 1954» n'a toujours pas été voté à ce jour malgré la majorité républicaine au Congrès. Il est probable qu'il ne sera pas voté sous sa forme actuelle mais il est bon d'en présenter les principales dispositions qui inspirent largement les législations des Etats.

Le titre 1 «Faits et propositions» rappelle les dispositions constitutionnelles et notamment le 5<sup>e</sup> Amendement dont la jurisprudence de la Cour Suprême (Armstrong V. United States, 1960) précise « qu'il a pour objet d'empêcher le gouvernement d'imposer à quelques citoyens seulement les charges du service public qui en toute équité et justice doivent être supportées par l'ensemble de la population» .

Or à ce jour le gouvernement fédéral fort de ses réglementations excessives, attente aux droits de propriété tandis que les décisions de justice sont peu efficaces, incertaines et coûteuses. Il convient donc que le Congrès clarifie la législation et apporte une solution efficace à ce problème. La loi vise à «encourager, soutenir et promouvoir la propriété des biens en assurant la protection constitutionnelle et légale de la propriété privée par le gouvernement des Etats-Unis» en s'appuyant sur une procédure spécifique.

Le titre 2 concerne l'allégement des procédures et recours judiciaires et l'harmonisation des interprétations judiciaires en matière de «taking» qui désormais concerne non seulement l'expropriation mais aussi les servitudes réglementaires qui diminuent sensiblement l'utilisation productive d'un bien ou qui amputent d'au moins 50% sa valeur foncière, la charge de la preuve incombant au propriétaire.

Bien entendu le projet de loi exclut toute indemnisation lorsqu'une réglementation a pour objet

de limiter les nuisances actuelles ou futures engendrées par le propriétaire.

Les indemnisations doivent être réglées rapidement au prix du marché par l'administration responsable de la réglementation.

Le titre 3 autorise le recours à un règlement arbitral si les partis y consentent expressément sous réserve d'adopter la procédure de l'American Arbitration.

Association. Il est possible de faire appel de la sentence arbitrale soit devant les tribunaux ordinaires soit devant la «Court of Claim» spécialisée en la matière

Le titre 4 introduit l'obligation de l'analyse d'impact sur la propriété privée (Private Property Impact Analysis): il convient de limiter l'expropriation physique ou réglementaire en obligeant l'administration à en évaluer les conséquences. Ainsi toutes les administrations fédérales doivent rédiger une analyse d'impact sur la propriété privée avant de rendre public ou promulguer toute politique, réglementation et projet de loi susceptibles d'entraîner une dépossession.

Le titre 5, sous sa formulation solennelle rappelant les libertés constitutionnelles, «Private property owners administrative Bill of Rights» a pour objet de garantir concrètement les droits des propriétaires au regard d'un «Statute» particulièrement attentatoire aux droits de propriété à savoir la loi sur les espèces menacées (ESA) et les dispositions relatives à la protection des zones humides de la loi sur l'eau (FWPA).

Des trois volets de la «trinité diabolique» celui sur l'indemnisation limitée des propriétaires est le plus controversé mais quelle que soit l'évolution politique, il faut s'attendre à ce que sous une forme plus ou moins modérée, il transformera l'action du Gouvernement fédéral. En effet l'incertitude des décisions de justice sur l'opportunité et l'importance des indemnisations paralyse paradoxalement l'action réglementaire dont personne ne conteste la légitimité.

Parallèlement à l'Etat fédéral, la quasi totalité des Etats ont introduit des projets de lois sur la protection des droits de propriété. Ces textes se rattachent à deux conceptions différentes:

- s'inspirant de l'E.O. du Président Reagan, il s'agit d'une recommandation du type «réfléchissez avant de sauter», c'est-à-dire d'une extension du principe de l'étude d'impact de 1970 aux problèmes de propriété;
- s'inspirant des projets de loi fédérale qui fixent des seuils de déclenchement de compensation (généralement 50 % de la valeur initiale).

A ce jour, sous une forme ou une autre et avec des contenus forts différents, une vingtaine d'Etats se sont dotés de lois protégeant non seulement les propriétaires contre les empiétements de la



puissance publique mais aussi les Etats contre les incertitudes des actions contentieuses.

Le triptyque législatif des Républicains a été inégalement combattu par les Démocrates car il s'appuie sur des points de vue largement partagés par l'opinion :

- le Gouvernement fédéral légifère d'une façon incohérente et inefficace;
- les propriétaires privés supportent l'essentiel des réglementations fédérales.

Dans ces conditions, il convient de clarifier et de justifier l'action des pouvoirs publics et rétablir une certaine égalité des citoyens devant les charges des services public.

Ainsi mis à part le problème de l'indemnisation des propriétaires privés, on assiste à une compétition entre les deux grands partis politiques pour proposer de nouvelles solutions et au-delà réformer l'ensemble de la politique environnementale.

### **3. VERS DES SOLUTIONS DE BON SENS**

#### **a) La réforme des modalités d'action de l'administration fédérale**

Le ralliement de l'Administration démocrate aux thèses de l'écologie libérale est bien illustré par le rapport du vice-président Al Gore «Common Sense Government» (1995).

«Il s'agit d'un virage à 180° (complète U-turn) de la philosophie dominante concernant la réglementation». (Howard)

En fait «Common Sense Government» publié en septembre 1995 a été précédé d'un document spécifique signé Clinton-Gore «Reinventing Environmental Regulation» publié le 16 mars 1995.

En introduction est affichée clairement la vision à long terme. *«Il est temps de tirer les leçons des dernières 25 années et de réinventer la protection environnementale pour le XXI<sup>e</sup> siècle... Beaucoup de nos réussites à ce jour sont le fruit de la méthode « au bout du tuyau » (end of the pipe) et «réglementation et contrôle» (command and control) ... mais tandis que nous réussissions nous avons beaucoup appris sur la limitation du système. Les réglementations impératives peuvent être rigide entraînant des actions coûteuses qui défient le sens commun en exigeant des coûts accrus pour des résultats médiocres.» ...*

Après avoir soigneusement précisé qu'en aucun cas l'Administration Clinton-Gore n'avait l'intention de démanteler la réglementation existante mais bien au contraire d'en améliorer les performances, le rapport énonce les 10 principes qui doivent présider à la réforme et propose 25 actions prioritaires.

De toute évidence, le document donne des gages certains aux partisans de l'écologie libérale et

apparaît assez éloigné des thèses défendues traditionnellement par les grandes associations de protection de la nature plus ou moins inspirées par l'idéologie de l'écologie profonde.

Parmi les 10 principes, on retiendra :

- Principe n°2. La réglementation environnementale doit être fondée sur la performance assurant la flexibilité optimale en ce qui concerne les moyens de réaliser les objectifs environnementaux mais exigeront la responsabilité des résultats.
- Principe n°5. Les incitations du marché doivent être utilisées pour atteindre les objectifs environnementaux chaque fois que cela est approprié.
- Principe n°6. La réglementation environnementale doit être fondée sur la science et l'économie, soumise à l'examen des experts et du public et fondée sur les valeurs que partagent les Américains.
- Principe n°8. Le processus de décision doit être le fruit de la collaboration et non de la confrontation; les décideurs doivent informer et impliquer ceux qui sont concernés par les décisions.

Les 25 actions hautement prioritaires concernent d'une part l'amélioration du système actuel et d'autre part les fondements d'un nouveau système. Notons qu'un certain nombre de ces actions correspondent aux propositions formulées depuis longtemps par les tenants de l'écologie libérale.

- Action n°1. Marché des droits à polluer l'air.
- Action n°2. Marché des effluents dans les bassins versants.
- Action n°3. Recentrage des réglementations des déchets sur les déchets à haut risque.
- Action n°4. Recentrage des normes de traitement des eaux potables sur les risques les plus importants.
- Action n°5. Extension de l'évaluation des risques pour les décisions des collectivités locales.
- L'action n°19 «Projet XL» (pour excellence and leadership) est encore plus significative. Il s'agit d'encourager les industriels à aller au-delà des normes exigées. En effet, on s'est aperçu que bien souvent si on les laissait libres de leurs moyens (techniques et juridiques), les entreprises pouvaient faire mieux et à meilleur compte qu'en suivant les réglementations mais les risques juridiques de non conformité les empêchent précisément de mieux faire.

Il est intéressant de comparer ce document officiel avec le compte-rendu d'une table ronde organisée par le National Environmental Policy Institute le 16 février 1995. Cet organisme de recherche politiquement neutre a réuni des experts et des parlementaires sur le thème

«Convergence vers une politique environnementale pour le 104<sup>e</sup> congrès». Il apparaît que le système nécessite d'être complètement reconstruit et non seulement amélioré et que les Etats doivent largement se substituer au Gouvernement fédéral dont le bras séculier E.P.A. doit être profondément réformé.\*

On notera qu'aucun de ces documents n'évoque le problème épineux de l'indemnisation des droits de propriété qui demeure le point fondamental de désaccord entre les Démocrates et les Républicains qui, n'ayant pas trouvé de solution législative au niveau fédéral, est pragmatiquement pris en compte par les législations de nombreux Etats.

### **b) La réforme de l'Environmental Protection Agency**

Avec 19000 fonctionnaires l'EPA est devenue au cours des années qui ont suivi sa création en 1970 une énorme administration productrice de réglementations jugées de moins en moins efficaces et comparables à la planification centralisée de l'ex URSS (Howard 1994).

En 1995 une commission indépendante «National Academy of Public Administration» était chargée par le Congrès de proposer les réformes nécessaires. Le rapport constate qu'il importe de privilégier la créativité et de combattre la bureaucratie et recommandant entre autres:

- la flexibilité des normes afin d'atteindre les résultats à moindre coût,
- l'intégration des données environnementales par filière et non par domaine,
- la subsidiarité au profit des Etats,
- le recours systématique à l'analyse comparative de risque et à l'évaluation coûts/bénéfices.
- 

### **c) La subsidiarité au profit des Etats**

La première génération de la politique environnementale a conféré des responsabilités exceptionnelles au gouvernement fédéral. En effet, non sans raison, les Etats apparaissaient laxistes, dominés par les intérêts particuliers en recherchant l'implantations d'activité industrielles par le moins disant environnemental stigmatisé par l'expression «race to the bottom ».

Aujourd'hui la situation est radicalement différente : les Etats et les collectivités locales sont

---

\* «Le rythme du progrès environnemental se ralentira considérablement si l'on ne modifie pas profondément le statut et le mode de gestion de l'EPA pour une décentralisation des responsabilités pour administrer les programmes et un effort sérieux pour coordonner les programmes de lutte contre les pollutions»(National Academy of Public

partisans du mieux disant environnemental (race to the top) ...ne serait-ce que pour valoriser les actifs immobiliers et donc leur base fiscale.

On note d'ailleurs une corrélation positive entre sévérité des normes environnementales et croissance économique. Non seulement les Etats ont parfaitement assimilé la politique environnementale engagée par le gouvernement fédéral mais ils sont les seuls capables de résoudre les nouveaux problèmes de pollution diffuse et d'une façon plus générale de définir les règles les mieux adaptées au contexte local.

#### **d) Autres perspectives**

##### Le retour à la Common Law

Le droit public (statutes) qui a envahi le domaine de la protection environnementale avait pour objet de pallier aux insuffisances du système juridique privé (Common Law). Or le rendement décroissant du droit public conduit à une réhabilitation de la Common Law, ce qui implique une réaffirmation des droits de propriété lorsque cela est possible.

Le mérite essentiel de la Common Law est d'engager la responsabilité totale de ceux qui portent atteinte à l'environnement et d'interdire une répartition des coûts sur l'ensemble des citoyens.

##### L'auto-évaluation (self-certification)

De plus en plus les acteurs privés établissent des normes par l'intermédiaire d'organismes tels que International Standards Organisation (par exemple ISO 14000). Ces normes approuvées par les pouvoirs publics auront tendance à s'imposer sans autre intervention de l'administration que celles d'un contrôle de légalité.

##### L'information environnementale

L'explosion des techniques de l'information permet d'envisager la généralisation des données environnementales et surtout leur présentation sous une forme compréhensible par le public. Aussi propose-t-on la création d'un Bureau of Environmental Statistics (comparables au Bureau of Labor Statistics) qui procéderait en outre à l'intégration des données privées et publiques.

---

Administration)

## CONCLUSION

Les Républicains, malgré leur majorité au Congrès de 1994 à 2000 n'ont pas donné la priorité à la réforme de la politique environnementale bien que les craintes d'échec électoral pour les parlementaires qui avaient ouvertement soutenu les thèmes de la «Trinité diabolique» ne se soient pas concrétisées lors des différentes consultations électorales. Ce que résume J. Adler *«Les Verts aboient plus qu'ils ne mordent, le refus des candidats républicains d'emboîter le pas de l'establishment environnemental ne leur a pas coûté cher. Ceci n'est pas surprenant car tous les sondages ont régulièrement montré que les américains veulent à la fois la protection de l'environnement et un gouvernement modeste »*. Pour autant, comme le notait *«The Economist»* (6 avril 1996) , *« les Républicains n'ont pas encore trouvé les slogans leur permettant de rendre populaire leur message environnemental...S'ils affûtent leurs arguments, ils peuvent encore transformer le thème de l'environnement en vote gagnant»*.

Il semble bien, qu'en la matière, l'attaque frontale initiale contre la réglementation s'est transformée en un effort de recherche de solutions négociées et bipartisanes mais les thèmes réformateurs ne sont plus rejeté par l'opinion. La victoire de 1994 des Républicains au Congrès a permis de faire aboutir l'essentiel des propositions sans conflit majeur avec la Présidence sauf sur la réforme de l'indemnisation du «taking».Ou plus précisément l'Administration Clinton, en adoptant une position recentrée, a repris à son compte l'essentiel des propositions avancées par les Républicains et les think tanks conservateurs dès la fin des années 80.

A l'orée du XXIe siècle, il apparaît que les Etats-Unis ne croient plus en la vertu souveraine de l'action du Gouvernement fédéral qui à coup de réglementation assurerait le bonheur des citoyens. Ainsi on peut donc s'attendre à la poursuite d'une modification profonde non des objectifs mais des moyens de la politique environnementale. Ceci signifie que les outils traditionnels de l'action des hommes, à savoir le marché, les droits de propriété et la subsidiarité vont être mis au service d'une cause dont les exigences ne feront que croître et s'affiner.

La mise en œuvre d'une telle réforme se heurtera probablement à la résistance d'un certain nombre de groupes de pression où, comme d'habitude, on retrouvera la coalition contre nature de la grande industrie (big business), des grandes associations de protection de la nature et d'une partie des intellectuels progressistes orphelins des utopies planificatrices.

Pour autant, si la nouvelle politique prouve son efficacité appuyée sur l'imagination des juristes et des économistes, on peut penser qu'une nouvelle étape s'ouvre non seulement pour le législateur et l'administration mais encore pour le citoyen et le juge. Ceci est attestée par deux enquêtes d'opinion réalisées en 1996 et 1998 qui confirment une modification radicale des attitudes rapport à celles que l'on pouvait observer dans les années 60 et 70.

En effet les deux enquêtes montrent que les Américains sont partisans de la protection de l'environnement et d'une modification profonde des institutions et des lois régissant la politique environnementale. Pour la plupart des Américains la décentralisation, la réforme réglementaire et la garantie des droits de propriété sont cohérents avec la protection de l'environnement. De nouvelles solutions en matière de politiques environnementale ne compromettent en rien pas la protection du cadre de vie.

Il se pourrait alors que les Etats-Unis combinent forte croissance économique et protection de l'environnement, c'est à dire mette en pratique le développement durable sans en adopter les recettes bureaucratiques.

Si cela était le cas, le modèle réglementaire centralisé vers lequel nous entraîne l'Union Européenne pourrait constituer un frein inutile dans l'inévitable compétition économique mondiale.\*

L'examen attentif de l'évolution de la politique environnementale de la nouvelle administration républicaine et de ses succès éventuels s'impose car, après tout, s'il existe un moyen d'avoir un meilleur environnement à un coût moindre, respectueux des libertés individuelles, fut-ce au prix d'une modification de nos modalités d'action politique, il serait stupide de ne pas l'envisager.

---

\* Il semble qu'une modification radicale de la politique environnementale soit aussi envisagée au Canada: «La réglementation contraignante de l'Ontario a besoin d'être sérieusement bousculée car de nombreuses dispositions antipollution entraînent un gaspillage financier et ressemblent à des pommes pourries qui doivent être jetées» M. Harris, Premier Ministre (Globe and Mail du 4 nov. 1996)

# **1. HISTORIQUE ET PROBLEMATIQUE**

Les prémices de la politique environnementale remontent au XIX<sup>e</sup> siècle mais c'est avec l'ère « Progressive » du début du XX<sup>e</sup> siècle, puis avec le New Deal de F.D. Roosevelt, que le problème de l'épuisement des ressources naturelles émerge au niveau politique.

Au cours des années 60, la montée en puissance des mouvements écologistes aboutit à ce que l'on pourrait appeler l'âge d'or de la réglementation fédérale sous sa forme classique « Command and Control ».

Mais, créditée de bons résultats au cours de la période 1970 – 1985, cette construction réglementaire est progressivement apparue comme coûteuse et de plus en plus mal adaptée aux nouveaux problèmes (pollution diffuse de l'air, de l'eau, des sols...)

La recherche de nouveaux outils s'appuyant sur les instruments économiques, les droits de propriété et l'évaluation critique de l'efficacité réelle de la réglementation est alors engagée mais la mise en œuvre de ces nouveaux concepts demeure modeste compte tenu des oppositions idéologiques et de la sensibilité de l'opinion variable en fonction des cycles économiques. Le passage du système strictement réglementaire « Command and Control » à celui de « command and covenant » que l'on pourrait traduire par « réglementation et contrat » ouvre une nouvelle phase dans l'histoire de la politique environnementale américaine.

### **1.1 La prise de conscience du XIX<sup>e</sup> siècle**

À l'achèvement de la conquête de l'Ouest vers 1850 correspond le sentiment que l'espace est désormais une ressource limitée et que l'accaparement des terres par les pionniers devrait être remplacé par une distribution réglementaire et contrôlée en faveur des États et des citoyens.

Le gouvernement fédéral s'est alors décidé à conserver d'immenses espaces qui aujourd'hui encore dans l'Ouest des États-Unis recouvrent plus de la moitié de la superficie.

Ainsi, à la fin du siècle dernier était mise en place un nouveau modèle foncier fondé sur le principe que la puissance publique était la mieux à même de gérer les espaces naturels.

Le premier grand espace approprié publiquement et définitivement est celui de la Yosemite Valley transféré en 1864 par le gouvernement fédéral à l'État de Californie afin d'en faire un parc. La création du parc du Yellowstone apparaît ainsi comme l'acte fondateur de la



politique des parcs nationaux. Le projet de loi visant à préserver près d'un million d'hectares des forces du marché foncier fut voté le 1<sup>er</sup> mars 1872 à la quasi unanimité, sans pour autant que le Congrès ait perçu que cette loi constituait en fait le fondement d'une politique radicalement nouvelle par rapport à l'idéologie dominante de la liberté du marché foncier privé.

Plusieurs autres parcs nationaux furent créés avant la fin du siècle mais comme le fait remarquer R.H. Nelson (1995) : *« Ces réservations foncières par les premiers parcs nationaux constituent un des succès de l'histoire de la politique des espaces publics. En l'occurrence, le Congrès anticipa sur son époque, d'ailleurs moins par une vision d'avenir qu'en raison des efforts de quelques protecteurs de la nature aidés parfois par les intérêts des compagnies des chemins de fer et d'hôtels. Une des raisons capitales fut l'absence de conflits avec les agriculteurs, les exploitants forestiers et les compagnies minières. »*

Il ne s'agissait donc pas d'une politique clairement définie et dans la mesure où les modèles de gestion étaient pratiquement inexistant, la responsabilité des parcs fut confiée à l'armée à partir de 1886 jusqu'en 1916, date à laquelle fut créée l'administration du « National Park Service » ayant pour mission précisément de gérer le réseau des parcs nationaux.

En fait, la création du « National Park Service » était une conséquence d'un mouvement d'idées radicalement nouveau, désigné sous le terme « Progressive » dont l'influence se fit sentir dès le début de ce siècle. Pour les « Progressive », il convenait de conférer à la puissance publique un rôle beaucoup plus important, sous réserve d'une plus grande efficacité. Pour cela, il suffisait de s'inspirer des règles du management des grandes entreprises et de bien séparer la sphère administrative de la sphère politique. L'administration s'appuyant sur véritable science est dès lors susceptible de faire triompher l'intérêt public.

En matière d'environnement et plus particulièrement de maîtrise foncière publique, un des grands précurseurs de la protection du milieu, Gilford Pinchot, affirmait que les pouvoirs publics seraient beaucoup plus performants que le secteur privé en matière de gestion scientifique des ressources environnementales. Il réagissait à la destruction rapide de la faune et de la flore dont se rendaient coupables les particuliers et les industriels.

Les « Progressive » voulaient aussi contrecarrer l'appropriation de l'espace par des compagnies privées de plus en plus puissantes qui menaçaient l'idéal égalitaire de la

démocratie américaine. Or, la seule façon de faire face à cette menace était de conférer au gouvernement fédéral des moyens puissants.

Politiquement c'est Theodore Roosevelt, président républicain des Etats-Unis (1901-1909), qui incarna le mieux ce mouvement de pensées dont les contradictions limitèrent les réalisations.

*« L'insistance de Theodore Roosevelt sur le rôle de la science appliquée et sa conception d'une société idéale, à savoir sans classe rurale, étaient contradictoires. D'une part la foi dans l'avenir et la croyance dans la technologie, d'autre part la vision passéiste d'une arcadie agraire qui, pour autant qu'elle ait existé, ne pourrait jamais être ressuscitée. »* (Samuel Heys, 1959).

Parallèlement, la pensée socialiste, alors libre de toute attache internationale, a influencé les « Progressive » contribuant à contrebalancer les énormes forces du capitalisme.

Ainsi, en matière d'environnement urbain, plusieurs villes utilisèrent le zonage comme outil de planification, s'inspirant en cela des pratiques des grandes villes allemandes. La constitutionnalité de cette première atteinte majeure aux droits de propriété pour des raisons environnementales (avant la lettre) et sociales a été déclarée constitutionnelle en 1926 suite à une des plus fameuses décisions de la Cour Suprême « Village of Euclid v. Ambler Realty Co ». Nous verrons plus loin que cet arrêt a ouvert une discussion très vive sur l'utilisation abusive du « taking »<sup>1</sup> qui est au cœur de la politique environnementale actuelle.

Avec F.D. Roosevelt (1933-1945), démocrate et neveu de Théodore, on observe une brusque accélération de la mise en œuvre des idées « Progressive » dans le cadre du New Deal. Il est d'ailleurs significatif que le principal conseiller de F.D. Roosevelt ait été le Sénateur George Nowis, paradoxalement un républicain qui sut maintenir la tradition « Progressive » du début du siècle dans les années trente et quarante. Nowis pensait en effet que le problème le plus important est celui de la sage utilisation de la planète pour le bien de l'homme.

La création de la Tennessee Valley Authority illustre bien la volonté du gouvernement fédéral de mettre en place des institutions visant à une planification globale physique, sociale et économique tandis que les nouveaux parcs nationaux, la politique de reforestation des terres abandonnées et plus généralement le soucis de sauvegarder les ressources

---

<sup>1</sup> Que l'on peut traduire par dépossession réglementaire ou expropriation réglementaire

naturelles apparaissent comme les précurseurs des grandes années environnementales 1965-1985.

Sur le plan intellectuel, aux penseurs écologiques du XIX<sup>ème</sup> siècle illustré par John Muir et Henry Thoreau (dont Proust se réclamera le « frère »), succède Aldo Leopold dont le « Sand County Almanach » publié en 1949 connaît depuis un succès ininterrompu. Si Leopold proposait une éthique de la terre (land ethic), Rachel Carson lançait quelques années plus tard un cri d'alarme avec le « Printemps silencieux » (1962).

*« Parce que « Silent Spring » changeait le mouvement environnemental, son impact fut plus important que ses effets sur le DDT. En outre, cet ouvrage secoua un pays qui se complaisait dans la technologie et sema le doute sur ses bénéfices pour l'humanité. »* (Sanera et Shaw, 1996).

Ainsi, au début des années 60, les conditions intellectuelles et politiques étaient mures pour que s'ouvre une période tout à fait exceptionnelle de près d'un quart de siècle où la politique environnementale américaine connaîtrait un cours exceptionnel.

## **1.2 L'âge d'or de la réglementation environnementale 1965 - 1985**

On insistera jamais assez sur le rôle de la fameuse photo montrant la planète bleue à partir de l'espace. Cette image symbolisait la fragilité et la beauté de la terre dont les ressources apparaissaient limitées face à une démographie incontrôlable.

Le témoignage de Al Gore, le premier homme politique d'importance ayant fondé sa carrière sur le thème de la protection de l'environnement, est particulièrement éclairant : *« Notre ferme m'apprit beaucoup sur la façon dont fonctionne la nature mais les leçons apprises autour de la table familiale étaient également importantes. Je me souviens notamment de la réaction trouble de ma mère au livre classique de Rachel Carson « Silent Spring ». Elle insistait auprès de mes sœurs et de moi-même que ce livre était différent et important. »*

L'opinion américaine, comme toujours, réagit rapidement et commença à faire pression sur le Congrès pour faire face aux multiples pollutions dont elle était le témoin impuissant. Si pendant des décennies le niveau de rejet des cheminées de Pittsburg était un signe d'enrichissement et de prospérité, désormais il était perçu comme une nuisance. Comment faire face aux rivières qui brûlent, à la pollution de l'air des métropoles, à la mort des

Grands Lacs, à l'érosion des terres agricoles, à la destruction du littoral ... sinon par l'action législative vigoureuse du gouvernement fédéral obligeant les villes, les Etats, les industriels à respecter le bien commun ?

A la fin des années 60, parallèlement à l'agitation quasi révolutionnaire sur les campus des plus grandes universités privées, la pensée écologique trouvait une expression politique, notamment au sein du parti démocrate avec le Sénateur Edouard Muskie<sup>1</sup>.

En 1969 l'élaboration du National Environmental Policy Act (NEPA 1970) obligeant entre autre l'administration à réaliser une étude d'impact pour chacune de ses actions majeures correspondait bien à la tradition américaine de méfiance vis à vis de la bureaucratie fédérale rendue à juste titre principale responsable de nombreuses atteintes à l'environnement. Le premier jour de 1970 le Président Nixon promulguait le NEPA et en avril était célébré le premier « Jour de la Terre » dont depuis l'anniversaire est pieusement fêté. Entre manifestation politique et happening, ce Jour de la Terre voulait placer l'environnement, sinon l'écologie profonde, au centre du débat politique et dans une certaine mesure il y parvint à en juger par l'activisme législatif qui caractérisa la décennie<sup>2</sup>.

Le 9 juillet 1970, le Président Nixon soumettait au Congrès son plan de réorganisation de l'administration fédérale qui prévoyait la création de l'Environmental Protection Agency (EPA) regroupant les compétences environnementales des divers ministères. Ce plan était adopté par le Congrès en décembre 1970.

Ainsi, progressivement au cours de la décennie 1970, l'eau, l'air, les déchets, les espèces en danger, le littoral, les sites pollués, l'énergie, les substances toxiques ... firent l'objet de lois et règlements appelés « statutes » par opposition à la « common law » qui, jusque là, avec des fortunes diverses, avait résolu au cas par cas les conflits environnementaux.

Le support intellectuel et théorique ne fit pas défaut pour accélérer le cours des choses et justifier cette inflation réglementaire.

---

<sup>1</sup> Ce dernier envisageait même un « national planning » à savoir un schéma général d'aménagement de l'ensemble du territoire encadrant les décisions locales d'affectation de l'espace (master plans et land use plans)

<sup>2</sup> Sur cette période exceptionnelle les mémoires de Ian McHarg « A quest for life, an autobiography » Wiley, New York 1996 et plus spécialement le chapitre 7 « The Environmental decade ».

En 1970, Ian McHarg publiait « Design with Nature » qui appelait indirectement à un renforcement de la maîtrise foncière environnementale bien que son propos central fut de réorienter l'aménagement de l'espace en fonction des contraintes environnementales .<sup>1</sup>

En 1972 avec « Limits to Growth » (Halte à la croissance) du Club de Rome associé au Massachusetts Institute of Technology la dimension catastrophique et malthusienne revêt un caractère scientifique et l'inéluctabilité du désastre est garantie par l'usage de la modélisation informatique. Enfin, en 1980, dans le rapport commandé par le Président Carter au Council on Environmental Quality, « Global 2000 », dont nous pouvons juger aujourd'hui l'irréalisme et le catastrophisme, le renforcement de la réglementation était encore présentée comme seule solution.

Les caractéristiques des ces grandes lois publiques ou « statutes » sont les suivantes :

- une réglementation concernant chaque polluant ou chaque branche industrielle mise en œuvre par l'administration fédérale après de longues procédures administratives et actions en justice ;
- définition de normes minimales par les administrations fédérales et plus particulièrement par l'EPA, limitant le niveau des émissions et des rejets pour l'eau, l'air et le milieu terrestre ;
- obligation pour les Etats de traduire les objectifs fédéraux en obligations spécifiques pour les établissements industriels et autres sources de pollution ;
- définition de droits pour les associations de protection de l'environnement de se porter partie civile pour sanctionner le non respect des lois, y compris la possibilité d'agir en justice pour obliger la puissance publique à respecter les délais prévus par les lois.

Ce système d'obligations réglementaires de réduction de la pollution est désigné sous le terme « Command and Control » puisque la puissance publique « commande » le degré de pollution et « contrôle » les moyens d'atteindre les objectifs définis.

Cette organisation centralisée s'apparente plus à celle qui régissait les grandes entreprises américaines du début du siècle inspirée par le management scientifique, qu'aux concepts dérivés des pratiques soviétiques ou françaises de planification. Cependant, malgré ou peut-être à cause de sa rigidité, il a donné satisfaction et atteint ses objectifs d'amélioration de

---

<sup>1</sup> Cet ouvrage connu un succès exceptionnel bien au delà des Etats-Unis sauf en France où traduit et publié par l'IAURIF par mes soins en 1980 sous le titre « Composer avec la Nature » il ne modifia en

l'environnement. Au début des années 80 on pouvait en effet constater que les rivières ne brûlaient plus, que la propreté de l'air s'améliorait, que la faune et la flore étaient plus variées ...

On peut constater la continuité entre d'une part l'effort de planification centralisée du New Deal destiné à faire face au défi de la dépression économique puis de la guerre, et d'autre part le système « Command and Control » visant à maîtriser le défi environnemental. Il existe pourtant des différences de nature ; en effet, les nouvelles administrations environnementales ont une fonction sociétale et embrassent un champ beaucoup plus large ; en outre, dans la mesure où elles visent à faire face aux externalités de nombreux acteurs économiques, il est difficile d'en limiter les compétences. Ceci explique notamment l'importance de l'« Environmental Protection Agency » (EPA) qui est passée de 7000 personnes lors de sa création en 1971 à 12000 employés en 1980 et 19000 en 1998.

Ainsi de 1970 à 1980, on assiste à une montée en puissance de la réglementation et des organismes chargés de la gérer. La présidence de Ronald Reagan mit fin à la croissance des institutions et des « statutes » mais non à leur existence et leur fonction.

En effet, le retour aux sources de la Constitution américaine, à savoir de décentralisation, de méfiance à l'égard de la puissance publique, notamment celle incarnée par le gouvernement fédéral, ne pouvait que contribuer à examiner le rapport qualité – prix du système « Command and Control ». On estime, en effet, le coût de l'effort de contrôle de la pollution par le gouvernement fédéral à quelques 100 à 150 milliards de dollars ce qui, pour donner un ordre d'idées, est l'équivalent en pourcentage du PNB au coût du Plan Marshall d'après guerre qui a permis la reconstruction de l'Europe de l'Ouest.

Ainsi, au début des années 80, les Etats-Unis se trouvent doté d'une politique environnementale coûteuse de moins en moins efficace et trop souvent attentatoire à la liberté d'entreprise, au libre marché, aux droits de propriété et à la souveraineté des Etats, bref en quelque sorte elle est soupçonnée d'être inconstitutionnelle de fait sinon en droit.

*« Thomas Jefferson faisait remarquer il y a plus de deux siècles que chaque génération doit réinventer les institutions pour faire face à ses propres besoins. Une génération est passée et beaucoup de choses ont changé depuis le Jour de la Terre d'avril 1970 qui a éveillé tant d'Américains aux questions environnementales et qui peut être considéré comme le point de*

---

rien les modalités d'élaboration des documents d'urbanisme issues pour l'essentiel des années 40.

départ de l'ère moderne de la politique et de la législation environnementales. » (Esty et Chertow, 1997).

### **1.3 L'émergence de la nouvelle politique environnementale**

La prise de conscience du coût de la politique environnementale a d'abord été mise en évidence en raison du déficit du budget fédéral. Comme toujours dans ces cas-là, on cherche à faire des économies. Or, si le budget de la défense peut faire l'objet de controverses, cela n'est pas le cas en matière d'environnement puisque tous les sondages font preuve d'une extrême stabilité à savoir que 80% des citoyens considèrent la protection de l'environnement comme une priorité.

On s'interroge alors sur l'efficacité de la méthode : est-ce que le système « Command and Control », modèle 1970 modifié 1980, est vraiment le mieux adapté aux nouvelles conditions et aux nouveaux défis ? Continuer dans la même voie ne laisse que peu d'espoir pour résoudre les nouveaux problèmes et rien ne prouve que les outils du passé réussiront.

*« En effet nombre de problèmes environnementaux d'aujourd'hui diffèrent de ceux auxquels on a été confronté au cours de la décennie précédente. Des nuisances, telles que les atteintes à la couche d'ozone, les modifications climatiques où les agents chimiques modificateurs sont moins visibles, plus subtils et plus difficiles à maîtriser qu'un ciel obscurci par la pollution ou des rivières couleur orange. De même certains des problèmes non résolus, tels la pollution automobile et agricole, la destruction des zones naturelles par l'urbanisation ... ne peuvent être résolues en tombant sur le dos de quelques milliers d'usines importantes. Désormais nous devons considérer des dizaines de milliers de petites entreprises et exploitations agricoles dont les rejets unitaires sont faibles mais cumulativement très importants. Nous devons aussi essayer de modifier les choix de 265 millions de citoyens dont les décisions d'achats, de résidence, de déplacements automobiles, de rejets de déchets contribuent fondamentalement à modeler notre cadre de vie. » (Chertow et Esty, 1997)*

Par ailleurs, on s'est aperçu que les cycles de demande environnementale suivent les cycles économiques et qu'à une augmentation du niveau de vie correspond un désir non seulement

de produits de meilleure qualité ou de luxe mais aussi d'un environnement de plus en plus sophistiqué<sup>1</sup>.

Dans ces conditions, la demande environnementale s'apparente à celle de la santé, elle est indéfinie et donc infinie. Plus précisément se pose inévitablement le problème des « dernier 10% ». Doit on, par exemple, demander à une station d'épuration d'éliminer 70, 80, 90 ou 99% de la pollution ? Les coûts exponentiels liés à une telle progression dans les objectifs impliquent que l'on recherche d'autres moyens, sous peine de ruiner l'économie du pays. Or, l'examen de la relation entre niveau de vie exprimé en dollars par tête d'habitant et qualité de la vie exprimée en espérance de vie, présente une corrélation positive, ce qui veut dire que des dépenses environnementales inconsidérées entraînent une baisse du revenu individuel et ipso facto une baisse de la qualité de l'environnement.

Le progrès scientifique, et notamment l'affinement des technologies de mesure génèrent de nouvelles normes de plus en plus contraignantes et coûteuses. En définitive, les considérations économiques, à savoir la gestion de la rareté, deviennent centrales.

Or, dans la mesure où l'environnement est constitué largement de biens publics non marchands et non appropriés, une double question est alors posée :

- les réglementations sont-elles vraiment justifiées et efficace,
- n'est-il pas possible d'introduire des éléments de régulation tels que les instruments économique et les droits de propriété ?

Sur le plan intellectuel, il est clair que la théorie des choix publics (Coase, 1969) et les recherches sur le rôle des droits de propriété privés et communs en matière de gestion des ressources (Demsetz, 1967, Dales, 1968, Ostrom, 1975) ont contribué à introduire le doute sur la pertinence de l'action de la puissance publique ou plus exactement du modèle « Command and Control ».

En 1968, l'article fondateur de Garret Hardin « The Tragedy of the Commons » ouvrait la voie à des jeunes chercheurs (Baden, Stroup, R.J. Smith, Anderson, Yandle ...). Ces derniers (économistes, juristes, politologues, naturalistes) démontrèrent que l'économie de marché non seulement était parfaitement à même de résoudre de nombreux problèmes

---

<sup>1</sup> On a pu établir une corrélation positive entre les ventes d'automobiles de prestige et les préférences de l'opinion pour la protection de l'environnement



environnementaux mais encore qu'elle était la meilleure voie pour combiner liberté individuelle et croissance économique.

L'accession de Ronald Reagan à la présidence aurait dû permettre aux éco-libéraux (Free Market Environmentalists) de faire passer un certain nombre de leurs idées dans la nouvelle politique. Il n'en fut pratiquement rien, mais les conflits entre le Congrès à majorité démocrate et les grandes associations de protection de l'environnement avec la Présidence jouèrent un rôle de caisse de résonance auprès de l'opinion publique.

Par ailleurs, les « Think Tanks »<sup>1</sup> se saisissant des problèmes environnementaux traduisirent les concepts en programmes d'action dont s'emparèrent les partis politiques.

L'élection de Bill Clinton et surtout de son vice-président Al Gore, environnementaliste politique par excellence, portèrent les questions environnementales au cœur de la politique et au plus haut niveau de la concurrence entre la Présidence démocrate et le Congrès républicain.

En définitive, au début des années 90, la nécessité d'une réorganisation drastique de la politique environnementale est posée publiquement à la fois par le Congrès et la Présidence. Si l'accord sur les objectifs était évident, les moyens et l'intensité du changement faisait, font et feront toujours l'objet de vives controverses.

#### **1.4 Les nouveaux défis**

Si pour l'immense majorité des Américains, la protection de l'environnement reste une priorité on constate des divergences sur la nature et l'importance des coûts économiques et sociaux qu'elle implique.

En ce qui concerne les think tanks conservateurs et dans une certaine mesure le Parti Républicain leurs propositions de réorientation de la politique environnementale sont fondées sur le recours au libre marché, à la restauration des droits de propriété, le principe de responsabilité de la common law et à l'évaluation de l'efficacité des réglementations fédérales au regard des coûts cachés qu'elles entraînent pour les collectivités locales, les entreprises et les citoyens.

Les grandes et puissantes associations de protection de la nature ont immédiatement dénoncé ces propositions en les qualifiant de « trinité diabolique » (Unholy Trinity).

En revanche la réforme de l'Environmental Protection Agency soulève moins d'opposition tant il est vrai que cette institution apparaît à tous comme de plus en plus inefficace et coûteuse.

### Le respect des droits de propriété

Il apparaît comme une modalité de bonne gestion puisqu'il réduit les coûts pour la collectivité et renforce le principe de responsabilité. Le problème est complexe dans la mesure où de très nombreuses réglementations entraînent bien souvent une expropriation de fait (taking). Par ailleurs, l'exercice des droits de propriété peut revêtir diverses formes : privée, commune voire collective.

L'interprétation des garanties constitutionnelles des droits de propriété est loin d'être claire mais il apparaît que le retour à une lecture plus traditionnelle des textes fondateurs de la république américaine remet en cause la légitimité de nombreuses réglementations.

### L'évaluation des décisions publiques

La théorie des choix publics appliquée aux problèmes environnementaux met en évidence que de nombreuses décisions politiques ont moins pour objet de résoudre un problème que de répondre aux demandes de groupes de pression, quitte à aggraver à terme les problèmes. Ceci est particulièrement vrai des subventions accordées aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux industriels ou des monopoles garantis par l'Etat (télécommunications, énergie, transports).

La solution consiste donc à mettre en place des mécanismes indépendants d'évaluation des lois et règlements non seulement en terme d'efficacité à long terme, mais aussi de coût réel. En effet, les décisions législatives sont le plus souvent accompagnées d'un bilan financier mais, dans la réalité de la mise en œuvre d'une réglementation, les coûts demeurent cachés. Le budget réglementaire environnemental correspond à des coûts croissants qu'il convient d'abord d'identifier puis de mesurer. Les décisions devront donc être soumises à une évaluation avant toute mise en œuvre. Le problème du coût que les réglementations

---

<sup>1</sup> Cf en annexe la liste des principaux think tanks, institutions privées de réflexion et de recherche,

fédérales imposent aux collectivités locales et aux consommateurs désigné par l'expression « unfunded mandate » (décision non financée) se rattache au thème de l'évaluation réglementaire.

### La réforme de l'administration fédérale

Au cœur de la politique environnementale on trouve l' Environmental Protection Agency, considérable administration fédérale, dont tout le monde souhaite la réforme sans pour autant s'accorder sur ses modalités. Le principe de subsidiarité préconise une dévolution des compétences aux états dont le contenu reste à définir.

## **1.5 Le Contexte associatif et politique**

### **1.5.1 Le Lobby Vert**

Les grandes associations de protection de la nature jouent un rôle capital en matière de "lobbying vert". Elles présentent plusieurs caractéristiques communes : elles sont localisées à Washington, soutenant des idées progressistes de gauche (libérale) à savoir extension du rôle du gouvernement fédéral par la multiplication des réglementations (avec budget et personnel correspondants), non respect des droits de propriété et méfiance vis à vis des nouveaux instruments de marché (permis négociable). S'appuyant sur la grande tradition associative dont Tocqueville a su décrire l'efficacité, elles mobilisent le plus souvent de très nombreux membres payants. Mais leurs ressources sont aussi généreusement abondées par des fondations et des entreprises qui, contrairement à ce que l'on peut penser, sont favorables à un renforcement des réglementations et s'accoutument fort bien des tendances radicales de leurs obligés.

La liste jointe reflète parfaitement l'importance et l'influence du mouvement associatif qui parfois s'apparente à des multinationales de l'écologie (Greenpeace, par exemple.)

Comme toujours, pour connaître les objectifs d'une institution, il est intéressant de découvrir l'origine des financements. Ceux-ci sont parfaitement connus dans la mesure où toutes les organisations bénéficiaires d'un statut fiscal privilégié (Internal Revenue Service 501) publient leurs comptes annuels certifiés par un commissaire aux comptes. Sans entrer dans le détail, on

---

souvent dotées de moyens financiers et intellectuels importants.

constate que les cotisations et dons individuels représentent une part importante de ressources ainsi que des participations de fondation et de grandes entreprises. En revanche, les financements publics sont très limités. On peut donc dire que ces associations sont globalement démocratiques et indépendantes des pouvoirs publics.

Pour autant, les fondations et les entreprises jouent un rôle important. Elles sont d'ailleurs coordonnées depuis 1997 au sein de l'Environmental Grantmaker Association (EGA) dont le siège est localisé naturellement à Washington. L'objet de cette association est de coordonner les dons philanthropiques aux organisations environnementales et proposer des orientations.

Nom	Date de Création	Nombre de Membres	Budget en Dollars	Personnel	Localisation	Remarques
Conservation International Foundation	1987	40 000	15 millions	200	Washington	Travail essentiellement dans les DVD
Defenders of Wildlife	1947	95000	7 millions	38	Washington	
Environnemental Action Fondation	1970	10000	0,8 millions	Pas publié	Maryland	Perpétué l'idéologie du jour de la Terre de 1970 (Radical)
Environnemental Defense Found	1967	250 000	22 millions	140	Washington	Ecologie modérée
Friend of the Earth	1969	50 000	2,8 millions	40	Washington	Très militant
Greenpeace	1971	5 000 000	38 millions	300	Washington	Priorité à l'anti-nucléaire et actions internationales
Izaak Walton League of America	1922	54 000	2 millions		Virginie	Protection de la nature américaine
League of Conservation Voters	1970	60 000	3 millions	Pas publié	Washington	Priorité à l'action politique
National Audubon Society	1905	600 000	37 millions		New York	Modéré au départ, mais aujourd'hui radicalisation

National Wildlife Federation	1936	4 400 000	101 millions	800	Washington	Association la plus puissante des Etats-Unis
Natural Resources Defense Councill	1970	170 000	26 millions	150	New York	Priorité aux actions en justice
Sierra Club	1892	553 000	43 millions	300	San Francisco	Influence les politiques publiques
Wilderness Society	1935	275 000	15 millions	110	Washington	Gestion et protection des propriétés publiques
World Ressources Institute	1982	Néant	13 millions	120	Washington	Recherche et conseil pour le développement durable
World Wildlife Fund / Conservation Foundation	1961	1 200 000	80 millions	Pas publié	Washington	Ecologie modérée
Worldwatch	1974	Aucun	2 millions	30	Washington	Lester Brown s'est rendu célèbre par ses prévisions catastrophiques
Zero Population Growth	1968	55 000	3 millions		Washington	Lutter contre la surpopulation pour limiter la consommation de ressources . Idéologie : diff ecology

A ce jour, l'EGA regroupe près de 200 membres, véritable gotha de l'establishment (WASP<sup>1</sup> et autres) où l'on retrouve les grands noms de affaires : Rockefeller, Ford, Mark, Heinz, IBM, Kellogg, JP Morgan, Turner, Ben and Jerry, Philip Morris, Procter and Gamble, Chevron, American Express, ARCO...

A priori, on pourrait s'attendre à ce que ces représentants du "Grand Capital" selon l'expression du regretté et amusant Georges Marchais, soient partisans de réformes libérales et notamment l'assouplissement des réglementations.

En fait, il n'en est rien puisque, nous l'avons vu, les grandes entreprises sont favorables au système "Command and Control" traditionnel qui leur assure la sécurité juridique, mais aussi des profits substantiels par élimination de concurrents potentiels en raison des coûts associés à la complexité technique et juridique des réglementations.

C'est ainsi que Jonathan Adler (1997) conclue *"L'essentiel des subventions distribuées aux causes vertes (green causes) sont utilisées pour renforcer les organisations de l'establishment environnemental de Washington et promouvoir le champs d'action de l'état régulateur à des fins de protection de l'environnement"*. Les thèmes abordés et les intervenants aux réunions annuelles de l'EGA témoignent de l'attachement au statu-quo<sup>2</sup>. Ainsi on assiste à une alliance de fait entre le grand capitalisme et l'écologisme qui transcendent les préférences politiques.

D'autres organisations moins militantes jouent néanmoins un rôle très important dans l'orientation de la politique environnementale. Par exemple les conservatoires d'espace ont connu un développement exceptionnel depuis une vingtaine d'années s'inspirant du modèle britannique (National Trust créée en 1898). Outre le Nature Conservancy qui, créée en 1960, maîtrise plus d'un million d'hectares, le Land Trust Alliance fédère plus de 1200 conservatoires privés ou associatifs.

Indépendants de toute attache politique, ils ont cependant des relations privilégiées avec les démocrates et conduisent une action de lobbying pour obtenir des fonds fédéraux afin d'élargir leur action foncière.

---

<sup>1</sup> White Anglo Saxon Protestant

<sup>2</sup> par exemple "Pourquoi la réglementation demeure d'une importance capitale" avec Ralph Nader

Deux think tanks, remarquables par la production intellectuelle, ont une influence non négligeable aussi bien auprès du Congrès que de la Présidence.

- Resource for the Future (RFF), créé en 1952 à partir d'un financement de la Ford Foundation, dispose d'un personnel de 75 personnes et s'est attaché à introduire l'analyse économique des ressources environnementales. Avec un budget de l'ordre de 7 millions de dollars, ses publications font autorité bien au delà des seuls Etats-Unis.
- Environmental Law Institute (ELI) a été créé en 1969 (date symbole puisqu'elle est celle du vote du National Environmental Policy Act qui a introduit l'étude d'impact). Son importance en terme financier et de personnel est du même ordre que celle de Resource for the Future mais, son domaine d'action est celui du droit et de la science administrative appliqués à l'environnement. Son influence est d'autant plus importante qu'elle concerne les juristes dont on connaît l'importance dans la société américaine.

Mis à part RFF et ELI, dont il serait difficile de définir les préférences idéologiques et politiques, nous avons pu constater que toutes les grandes associations peuvent être situées "à gauche" (Liberal) et sont attachées à conserver autant que faire se peut le modèle "Command and Control" qui largement contribué à leurs succès.

Du côté "conservative" le militantisme de base n'est pas organisé, la seule exception notable est le Wise Use Movement qui a connu un succès certain au début des années 90. Pour autant, son programme parfois extrémiste l'a cantonné à l'ouest des Etats Unis. Par ailleurs, plusieurs organisations sont nées des atteintes croissantes au droit de propriété par les réglementations environnementales telles que Fairness to Land Owners Committee, New Hampshire Landowners Alliance, Adirondack Solidarity Alliance, American Land Rights Association...

Ces mouvements ont su mobiliser des dizaines de milliers de personnes mais en l'absence de soutien financier et de vision globale ne peuvent faire contrepoids aux grandes associations environnementales.

Pour autant, par la multiplication d'actions en justice, elles ont contribué à faire évoluer la jurisprudence dans l'interprétation du 5<sup>ème</sup> Amendement (taking clause) et sérieusement



contesté l'establishment environnemental dont plusieurs dirigeants ont rejoint le camp conservateur.

### 1.5.2 Les difficultés de la réforme

Les efforts intellectuels considérables de l'école de l'écologie libérale ( Free Market Environmentalism ou New Resource Economics) ont largement irrigués le Parti Républicain. Pour autant, la transposition politique des thèses libérales au plan de la politique et plus spécialement électorale n'a pas connu le succès attendu. Cette situation paradoxale explique le relatif échec des législations réformatrices et la prudence des discours des candidats républicains devant leurs électeurs.

Tout se passe comme si les thèses des grands Think Thanks largement validées par les hommes politiques, bien au delà du seul Parti Républicain, se heurtent à l'opinion publique. La réalité est que les américains ont constaté que depuis la fin des années 60, l'environnement s'est considérablement amélioré. Ils attribuent, non sans raison, ces progrès aux grandes lois qui ont donné au gouvernement fédéral les moyens d'agir.

A la question *"les normes environnementales ne sauraient être trop contraignantes et leur renforcement s'impose quel qu'en soit le coût"*, l'approbation qui était en 1981 de seulement 45% a oscillé au cours de l'année 1999 entre 58 et 80%.

D'autres enquêtes d'opinion montrent qu'en matière d'environnement, le Parti Républicain et les grandes entreprises inspirent la méfiance alors que les grandes organisations de protection de la nature sont perçues favorablement. Il faut donc bien admettre que l'opinion, même si elle ne perçoit pas la réalité, est assez proche des groupes délibérément à gauche "liberals" tel que le Natural Resource Defense Council et Greenpeace. A ce jour, les Républicains et au-delà les conservateurs se sont avérés incapables de modifier l'opinion, quelle que soit la valeur de leurs arguments. Les réformes proposées sont en effet politiquement difficilement vendables.

Prenons quelques exemples :

- L'évaluation coût-bénéfices des réglementations est certes rationnelle et indispensable. Pour autant, l'idée d'attribuer un prix à une vie humaine, ne sera jamais populaire.

- Certaines réformes législatives tel le « Unfunded Reform Act », difficilement imposées par le Congrès Républicain au Président Démocrate, n'ont pas changé grand chose dans les faits en l'absence d'une clause de mise en œuvre.
- L'argument de bon sens qu'une meilleure affectation des ressources budgétaires à la croissance économique et la création d'emplois, se heurte à la constatation que depuis une trentaine d'années des législations environnementales strictes et coûteuses n'ont pas empêché une élévation du niveau de vie des citoyens. Les raisonnements macro-économique pour justes qu'ils soient, ne sauraient émouvoir les électeurs.
- L'annonce de progrès réalisés globalement pour la gestion de telle ou telle ressource environnementale qui pourraient justifier un assouplissement des réglementations est invariablement démentie par telle ou telle pollution locale. L'anecdote médiatisée réduit à néant, l'annonce d'une bonne nouvelle.
- Trop souvent l'environnement est pris en otage par une science de charlatans (junk science) ou simplement par un progrès dans la mesure des polluants justifiant auprès de l'opinion des mesures plus strictes et bien entendu des budgets de recherche supplémentaires. Aller à contre-courant relève de l'inconscience politique.
- La comparaison des risques, par exemple, que l'on court "x" fois plus de risque de mourir dans un accident d'automobile que par l'émission de dioxine est sans objet, car les citoyens aiment rouler en voiture mais détestent les émissions polluantes par les entreprises.

Le problème politique des Républicains est que s'ils ne proposent pas de perspectives de protection de l'environnement, mais seulement des moyens alternatifs d'atteindre les buts qui sont fixés par leurs adversaires démocrates l'opinion, bien entendu, créditera ces derniers d'être les défenseurs authentiques de l'environnement.

Par ailleurs, contrairement à ce que pense de nombreux Conservateurs, les grandes entreprises ne sont pas libérales car elles tirent profit des réglementations sévères et complexes ce qui explique le paradoxe de leur soutien au militantisme environnemental.

Pour sortir de ce dilemme, c'est-à-dire avoir raison sur le plan intellectuel, mais être battu sur le terrain politique, les conservateurs peuvent prendre exemple sur la réforme du "welfare"

qu'ils ont transformé positivement en "workfare". Prenant l'offensive, proposant une nouvelle politique fondée sur des arguments moraux, à savoir que maintenir les gens dans un système d'assistanat aboutit à leur dégradation, ils ont réussi à placer les Progressives et au-delà les Démocrates dans une posture défensive qui ont dû se rallier et entériner la réforme.

A ce jour, l'introduction du libéralisme dans la politique environnementale est le fait des spécialistes mais ne rencontre pas l'adhésion de l'opinion. Elle est donc condamnée à avancer à petits pas . Il n'est pas sûr que la double mais modeste victoire des Républicains à la Présidence et au Congrès modifiera sensiblement cet équilibre. Une récession économique pourrait certes inciter à rationaliser des prises de décision pour éviter les effets pervers des réglementations environnementales car politiquement la "demande environnementale" tendrait à diminuer au profit de priorités tel que l'emploi. Inversement, la poursuite de l'expansion qui donne des marges de manoeuvre aux hommes politiques est peu favorable aux réformes libérales.

## **2.LES DROITS DE PROPRIETE ENVIRONNEMENTAUX**

## 2.1 Un nouveau contexte

Les multiples et très importantes mesures législatives et réglementaires édictés à partir le début des années 70 destinées à prévenir les pollutions et sauvegarder les espaces ouverts ont de toute évidence limité les droits des propriétaires de librement disposer de leurs biens, qu'il s'agisse de l'eau, de l'air, des espaces naturels, des zones côtières, de la faune, de la flore, des forêts, des zones humides ... La réglementation modifiait sensiblement et parfois arbitrairement les règles du jeu.

Parallèlement, la planification physique se généralisait et s'étendait au-delà des zones urbaines pour couvrir l'ensemble des aires métropolitaines définissant l'utilisation future du sol et modifiant de fait les valeurs foncières désormais déterminées plus par le zonage que par le marché en introduisant des inégalités considérables de traitement entre les patrimoines de citoyens réputés égaux devant la loi.

Il faut dire que ces lois s'efforçaient à juste titre de régler par voie réglementaire ce qu'aurait dû faire la « Common Law ». En effet, et nous le verrons plus loin, la jurisprudence influencée par l'idéologie de la croissance économique avait depuis près d'un siècle tranché systématiquement en faveur du pollueur contre le pollué niant en cela l'équilibre des droits de propriété.

Au niveau des conflits entre propriétaires privés et collectivités publiques au sujet du zonage, la Cour suprême depuis le fameux arrêt *Village of Euclid v. Ambler Realty* de 1926, avait le plus souvent affirmé la légalité du zonage à des fins de protection de l'environnement.<sup>1</sup>

Par ailleurs la pression politique croissante des grandes associations de protection de la nature a conduit l'Administration fédérale à multiplier les réglementations et à aggraver les sanctions, tandis que les collectivités publiques (villes, comtés mais aussi Etats) modifiaient librement l'utilisation des sols dans la mesure où le pouvoir judiciaire leur donnait le plus souvent raison en cas de conflit avec les propriétaires peu ou pas indemnisés.

La propriété privée se trouvait ainsi menacée à la fois par les réglementations fédérales et dans une moindre mesure celles des Etats et par la planification physique des collectivités

locales. Or, la propriété privée est un des fondements de la république américaine et est constitutionnellement garantie par le cinquième amendement qui précise que la puissance publique ne peut prendre (take) une propriété privée pour un objectif public sans donner au propriétaire une juste indemnité (disposition qui a été reprise par l'article 17 de notre Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen).

Tout le débat porte donc sur le contenu du concept de « taking » qui, depuis près de 70 ans, a fait l'objet de dizaines de milliers de pages de jurisprudence de commentaires doctrinaux.

Ce qui est en cause n'est pas l'expropriation à des fins, par exemple, de construction d'une route. En effet, la procédure d'indemnisation est ancienne et le plus souvent équitable. Mais il existe une autre forme de « taking », à savoir celle qui découle d'une réglementation qui limite exagérément les droits d'une personne privée ou d'une société à la libre utilisation de son bien et que l'on désigne sous le terme de « regulatory taking », c'est-à-dire de dépossession réglementaire.

La Cour suprême a depuis 1921 dans l'arrêt célèbre *Pennsylvania Coal Compagnie v. Mahon* reconnu que si une « réglementation va trop loin, elle pourra être considérée comme une dépossession » (« If a regulation goes too far it will be recognized as a taking »). Cette formulation célèbre du juge Oliver Holmes ouvrait la voie à des interprétations variables permettant au gré des décisions de justice de donner raison au propriétaire privé ou à la collectivité publique<sup>1</sup>.

La justice a pris comme critère du « taking » le poids économique de la réglementation sur le propriétaire. Si ce dernier concerne une « valeur économique raisonnable », il n'est pas fondé à demander compensation.

Les contraintes environnementales ont conduit souvent, au nom de l'intérêt public, à véritablement spolier le propriétaire et une réaction politique, intellectuelle et juridique s'est fait jour au début des années 80 non seulement au nom de la défense de la propriété privée mais de celui de l'efficacité de la protection de l'environnement lui-même et au delà des libertés individuelles.

---

<sup>1</sup> Cf M. Falque « Zonage et environnement : les leçons de l'échec américain » in *Journal of International and comparative law* » 1975

## 2.2. Les positions idéologiques et théoriques

Les conflits actuels et les solutions envisagées relatives à la cohérence entre droits de propriété et environnement ne peuvent être analysées sans référence au contexte de l'histoire juridique et constitutionnelle des Etats-Unis.

Dès le XVII<sup>ème</sup> siècle, la Nouvelle Angleterre accueille des Anglais, mais aussi des Hollandais et des Allemands. Tous étaient des hommes libres et avaient fui l'Europe pour échapper aux contraintes de gouvernements centralisés, souvent despotiques et intolérants. Cependant, pour la plupart, et notamment les Anglais, ils avaient eu l'expérience du respect quasi sacré de la propriété des terres. En effet, depuis 400 ans, la règle de droit gère l'appropriation foncière et la Common Law était souvent désignée sous le terme "Loi du Sol" (Law of the Land). Il faut, en effet, remonter à la Magna Carta de 1225 qui précisait "*aucun homme libre ne peut être privé de sa terre, de ses libertés, de son droit coutumier sinon par un jugement équitable de ses pairs selon le droit du sol (Common Law)*". Ceci signifiait deux choses : la nécessité d'une procédure formelle et le recours au droit privé et non au droit public (Statute).

En 1635, la formulation de la pétition des droits (English Petition of Rights) est plus directe. "*Les anglais sont maître de leur propriété qui ne peut être prise (taken) par les pouvoirs publics*".

Le 5<sup>ème</sup> amendement de la constitution américaine de 1787 (reprise d'ailleurs quelques plus tard dans l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens) précise : "*La propriété privée ne peut être prise pour un usage public sans une juste indemnisation*" (*Nor shall private property be taken for public use without just compensation*). Le concept de

---

<sup>1</sup> A comparer avec l'ordonnance de juin 1943 interdisant l'indemnisation des servitudes

propriété ne saurait être réduit à sa seule dimension économique, c'est-à-dire comme moyen d'échange des biens sur un libre marché. La propriété est aussi dans la philosophie des Lumières surtout dans sa version anglo-saxonne (Locke), la condition nécessaire à la protection des libertés.

Par ailleurs, cette garantie contre les abus inévitables de tout gouvernement, qu'il soit démocratique ou non, n'est pas octroyés par le législateur. Bien au contraire, les citoyens, possèdent ces droits inaliénables, protégés par la Common Law et la coutume. Le gouvernement est contraint d'agir à l'intérieur des limites des droits de propriété des citoyens. Ceci est d'ailleurs confirmé par la constitution elle-même.

Ce détour historique s'imposait si l'on veut comprendre la véritable dimension du débat relatif au "taking". Il ne s'agit pas seulement d'une querelle de "gros sous" mais d'un débat fondamental sur la liberté et le rôle de la puissance publique aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau des états.

### **2.2.1 Evolution intellectuelle**

En 1968 Garrett Hardin dans son fameux article « The Tragedy of the Commons ». démontrait que les biens soumis au libre accès, en l'occurrence un pâturage communal, ne pourraient durablement conserver leur qualité qu'au prix d'une réglementation contraignante ou d'une affectation privative.

Ce texte fondateur, souvent d'ailleurs mal interprété, a renouvelé l'intérêt des économistes pour les problèmes environnementaux et plus précisément pour le rôle fondamental des droits de propriété et de l'échange en matière de protection et de gestion des ressources du milieu. Une école des droits de propriété a publié de nombreux articles et ouvrages démontrant que la propriété collective des ressources environnementales était trop souvent un facteur de dégradation à long terme.

---

réglementaires et depuis pieusement reprise par toutes les lois d'urbanisme.



Les promoteurs du premier « Jour de la Terre » en avril 1970 étaient optimistes. Ils pensaient que l'efficacité de la politique environnementale passait par une combinaison de bonnes intentions politiques mises en œuvre par une administration compétente dotée de financements croissants, se rattachant ainsi à la tradition de l'ère progressive du début du siècle. Dans ces conditions, l'appropriation physique ou réglementaire des ressources environnementales par les pouvoirs publics apparaissait comme bénéfique et souhaitable. Or, les tenants de l'école des droits de propriété ont fait remarquer que ni l'observation des faits, ni la théorie économique ne confirmait cette hypothèse optimiste.

En effet, à l'appropriation publique radicale des biens environnementaux dans les pays communistes correspondait une dégradation sans précédent et après 1990 on a pu constater que la réalité dépassait la fiction. Aux Etats-Unis même, où près de la moitié de l'espace est, pour des raisons historiques, appropriée collectivement, la gestion publique fait l'objet de critiques justifiées dans la mesure où ni l'économie, ni l'écologie n'y ont vraiment trouvé leur compte<sup>1</sup>.

Enfin, il faut bien reconnaître que les biens environnementaux les plus menacés sont le plus souvent ceux qui pour des raisons techniques ou politiques ont le statut de res nullius et dans une moindre mesure de res communis tels que l'eau, les océans, l'air, certaines espèces animales et végétales ...

D'une façon simple, voire simpliste, on note que le bison non approprié a été pratiquement exterminé, pendant que se multipliaient les vaches et les moutons, tant il est vrai que les cow-boys ont su adapter leur comportement en fonction des diverses incitations économiques et des régimes d'appropriation.

Sur le plan de la réflexion, la théorie des choix publics conforte l'importance des droits de propriété sur les ressources environnementales lorsqu'elles ne sont pas des biens publics purs. A ce titre, l'apport de Ronald Coase est fondamental. Il démontre magistralement dans son article célèbre « The Theory of Social Cost » que, contrairement à ce qu'affirmait Pigou, les externalités sont le produit de l'absence de droits de propriété réciproques et de

---

<sup>1</sup> Les incendies catastrophiques de l'été 2000 sont moins dus à la sécheresse qu'à la politique irresponsable de gestion forestière du National Forest Service

la présence de coûts de transaction et d'appropriation dont les technologies nouvelles sont en passe d'abaisser le prix.

Par ailleurs, en 1973 dans son fameux texte « The lighthouse in economics » il révisé à la baisse le concept de bien public pur en démontrant que le phare de navigation a été jusque vers la moitié du XIXe siècle un bien privé géré et financé sur une base commerciale. De nombreux économistes, tels, Stroup, Buchanan, Tullock, Anderson et des juristes tels Yandle et Epstein ont approfondi une analyse des droits de propriété au regard des ressources environnementales contribuant ainsi à la nouvelle discipline de l'analyse économique du droit.

Par des voies diverses, on démontre qu'en l'absence de droits de propriété clairement définis et protégés par la loi, pouvant être librement échangés et permettant d'exclure le « voyageur clandestin » (c'est-à-dire celui qui refuse de contribuer), les ressources environnementales sont menacées. Cette appropriation peut d'ailleurs dans certains cas être commune pourvu que la structure sociale soit stable (Ostrom). Ceci est particulièrement vrai pour des ressources difficilement appropriables, tels que l'eau, les ressources marines, certains pâturages... pour lesquels les coûts d'exclusion sont plus élevés que les coûts de coordination (Epstein).

La nécessité d'une compensation en matière d'expropriation réglementaire s'appuie sur deux arguments :

- le souci de justice, à savoir qu'il n'y a aucune raison qu'un citoyen soit pénalisé au profit de l'ensemble de la collectivité et que si un intérêt public est manifeste, il est normal que l'ensemble des coûts soient distribués sur l'ensemble des bénéficiaires ;
- le souci de limiter l'action des pouvoirs publics : la possibilité de réglementer l'usage de biens privés sans aucun coût, (à la différence de l'expropriation physique), permet un interventionnisme illimité. La compensation apparaît alors comme le ticket modérateur à l'action bureaucratique et à la démesure politicienne.

En définitive, il apparaît aujourd'hui que la propriété privée ou associative (celle des conservatoires d'espaces, par exemple) est à même de protéger à la fois l'environnement et les droits des propriétaires et, au-delà, la liberté. Economistes et juristes ont largement

démontré que la plupart des propriétaires ont un intérêt évident à protéger leurs investissements, beaucoup plus que les pouvoirs publics. Après tout, si leur environnement est dégradé, sa valeur diminue.

En fin de compte, aujourd'hui, le bien fondé théorique des droits de propriété privée ou commune pour la protection de l'environnement est devenu un lieu commun, ce qui n'était absolument pas le cas au cours des années 70. Pour autant, la mise en œuvre concrète du respect des droits de propriété au regard des contraintes environnementales fait l'objet de vives discussions, tandis que les tenants de l'écologie profonde pensent que la nature possède une personnalité propre, ce qui exclue bien entendu toute appropriation par l'homme.<sup>1</sup>

### **2.2.2 Evolution politique**

Dans la tradition politique américaine, les droits de propriété individuels sont considérés comme supérieurs à tout gouvernement qui ne peut qu'en tenir compte et sont garantis par la Constitution contre les pouvoirs publics. Les multiples empiétements par la réglementation environnementale sur la substance de la propriété devaient entraîner une réaction politique.

Dès les années 80, la Sagebrush Rebellion dénonçait la mauvaise gestion des immenses terres fédérales de l'Ouest et demandait la privatisation d'une partie des forêts et des pâturages.

En 1990, un mouvement national dénommé « Wise Use » fédère l'ensemble des mécontents de la politique environnementale du gouvernement fédéral qui introduit en quelque sorte un nouveau féodalisme, à savoir un ensemble de relations institutionnelles où l'individu ne disposera que d'un minimum en pleine propriété et dépendra d'une autorité centrale pour l'obtention de droits d'usage.

---

<sup>1</sup> Cf. le célèbre article de Stone « Should trees have standings ? » (les arbres peuvent-ils ester en justice ?) dont la thèse a été reprise en France par Michel Serres mais critiquée par Luc Ferry.

L'argument est que « *la pleine propriété est consubstantielle à l'existence de l'Etat moderne démocratique et que tout ce qui accroît le pouvoir de l'Etat sur l'individu décroît la démocratie* ». (H. Jacobs, 1995)

Une des revendications du « Wise Use » est donc l'indemnisation des moins values dues aux réglementations environnementales, c'est-à-dire une lecture littérale du cinquième amendement. Bien entendu, cette thèse est combattue par les grandes associations de protection de l'environnement qui y voient une menace contre l'environnement ou plus exactement une limitation des possibilités de l'arsenal réglementaire.

Sur le plan politique, pour simplifier, on peut dire que la protection des droits de propriété individuels est prise en compte par les Républicains, tandis que les Démocrates soutiennent la thèse de la soumission des droits de propriété aux impératifs sociaux au nom de l'intérêt général.

En novembre 1996, le succès électoral des Républicains au Congrès fût peut-être dû à leur souci de protéger les propriétaires contre les incertitudes et l'iniquité des réglementations, telles que perçues par les citoyens moyens.

Les Démocrates et au-delà les milieux activistes de défense de l'environnement, notamment les grandes associations, ont été conduit à mener une bataille d'arrière garde avec des moyens financiers considérables, soit en accusant les défenseurs de la propriété privée d'être les ennemis de l'environnement, soit en reconnaissant que les propriétaires peuvent et doivent jouer un rôle important. Ainsi, *The New Democrat*, organe de presse de la gauche démocrate, écrivait en avril 1997 à propos d'une des législations la plus controversé sur la protection des espèces : « *Endangered Species Act* » :

*« Le Congrès n'a jamais donné à l'Administration la gamme des outils nécessaires pour mettre en œuvre la loi. Un marteau est utile et parfois indispensable pour réussir une politique. Mais rien ne peut être solide si l'on recourt au seul marteau spécialement pour un programme de protection des espèces sur des propriétés privées. Un ensemble d'autres outils sont nécessaires si l'on veut s'assurer du concours des propriétaires qui font la différence entre le succès et l'échec. »*

On peut dire que le mouvement pour les droits de propriété a mis sur la place publique les limites de la politique environnementale engagée dès 1970 et a introduit le doute dans la classe politique. Moins bien organisé et financé que les grandes associations de protection de la nature, il n'est pas sûr que le mouvement « Wise Use » garde sa force car limité à des revendications et non à la mise sur pied d'une véritable politique alternative.

Cependant, comme le précise H. Jacobs, 1995, « *le Wise Use ne relève ni du droit, ni de la philosophie mais du mythe culturel et de la politique. Ce mouvement trouve sa force dans l'exploitation du mythe de la propriété privée qui plonge ses racines profondes dans l'imaginaire du peuple américain. La logique et l'expérience ne détourneront pas ses partisans et ses soutiens.*

*Avec la montée en puissance du « Wise Use » la politique environnementale américaine est devenue plus affûtée, plus contestée, plus ouverte. Au moins à court terme, son influence est amenée à croître et non à diminuer. »*

En 2000, on peut dire que cette prédiction s'est avérée juste. L'activisme du « Wise Use » est atténué mais le message politique a été suffisamment fort et clair pour faire évoluer le contexte législatif.

### **2.2.3 Evolution juridique et législative**

L'évolution juridique, à savoir les décisions de la Cour suprême ont précédées d'une dizaine d'années les modifications législatives. Depuis 1980 en effet, la Cour suprême a rendu plusieurs décisions relatives à l'interprétation du Taking qui si elles ne remettent pas en cause formellement la jurisprudence de 1922 en donne du moins une nouvelle interprétation.

Dans les cas Nollan, First English Evangelical Lutheran Church et Lucas, la Cour a jugé que la réglementation d'urbanisme privait le propriétaire de l'essentiel de la valeur économique de son bien. Il s'agit, en quelque sorte, d'un déplacement modeste mais significatif de la limite du droit à indemnisation ouvert selon le principe du juge Holmes en 1922 « lorsque la réglementation va trop loin ».

Désormais il apparaît que la réglementation est légitime :

- lorsque l'objectif de la puissance publique est clairement défini,
- lorsque les contraintes imposées par la réglementation ont un lien direct avec l'objectif poursuivi,
- lorsque demeure un usage économique ou une valeur foncière raisonnable.

Ce n'est pas le lieu ici d'exposer l'extrême complexité de la jurisprudence du Taking mais il est certain que les décisions de la Cour suprême ont sensiblement atténué la présomption d'utilité publique des réglementations environnementales, a ouvert la voie à l'indemnisation des servitudes et a aussi obligé à plus de retenue les différentes collectivités publiques. Ces décisions traduisent un certain retour aux sources de la Constitution mais ont été perçues par les grandes associations de protection de la nature comme une menace pour la construction législative mise en place depuis les années 70.

Sur le plan politique, cette jurisprudence a permis l'émergence d'une activité législative et réglementaire. En 1988, le Président Reagan édictait un « Executive Order »<sup>1</sup>. Le « Presidential Taking Executive Order » précise que la dépossession (taking) intervient lorsqu'une réglementation affecte d'une façon substantielle le patrimoine. Il demande que les ministères recourent à la variante la moins restrictive dans les programmes et leur demande de rédiger une « évaluation de la mise en œuvre de la dépossession » (Taking Implementation Assessment) pour estimer l'impact sur les droits de propriété des réglementations.

En fait, il semble bien que les administrations n'avaient pas vraiment mis en œuvre cet Executive Order. Parallèlement, l'activité législative se développait à partir de 1990 aussi bien au niveau fédéral qu'à celui des Etats.

### 2.3 Vers des solutions

Le problème du « Taking » et de la nécessaire protection de la propriété privée, aussi bien pour des raisons d'équité que de bonne gestion environnementale, est désormais au cœur du débat public.

---

<sup>1</sup> Il s'agit d'une circulaire concernant uniquement l'action de l'administration, sans base législative.

Si un certain consensus se fait jour, plusieurs voies sont ouvertes :

- l'action de l'administration elle-même impulsée par le Président,
- l'action législative,
- le retour à la Common Law

### 2.3.1 Le rôle du pouvoir exécutif

En ce qui concerne l'administration Clinton - Gore (1992-2000) le problème du Taking n'a fait l'objet d'aucune action et, bien entendu, l'Executive Order 12630 de Reagan n'a pas été repris. Dans les très nombreux documents de la présidence visant à « réinventer » la politique environnementale, le sujet n'est jamais abordé. Tout se passe comme si le problème du Taking était tabou. Ceci est d'ailleurs confirmé par le fait que le Président Clinton avait toujours affirmé qu'il opposerait son veto à toute législation visant à introduire l'indemnisation de l'expropriation réglementaire (regulatory taking).

La victoire présidentielle des Républicains en 2000 pourrait relancer le débat au sein de l'exécutif et remettre à l'ordre du jour sous une forme renouvelée « l'Executive Order » du Président Reagan. A ce titre, il n'est pas sans intérêt d'en présenter le contenu dans ses grandes lignes. En effet, ce texte dont l'efficacité réelle a été faible sinon nulle, apparaît comme la source des autres efforts législatifs au niveau fédéral comme au niveau des Etats visant à réformer l'incidence négative de l'action de la puissance publique.

Le titre de l'E.O. du 18 mars 1988 en fixe bien les limites : « *Governmental actions and interferences with constitutionally protected property rights* ».

En effet, il est fait référence explicitement à la protection constitutionnelle conférée par le cinquième amendement à tous les citoyens, mais l'E.O. a aussi pour mission de protéger le gouvernement fédéral contre les risques financiers résultant des décisions de justice condamnant l'Etat pour violation de la « taking clause ». En effet, on a vu que les récentes décisions de la Cour suprême entraînent une dangereuse incertitude sur les limites de l'expropriation réglementaire (taking).

L'analyse de ce texte fondateur porte sur trois thèmes :

- Il s'agit d'un outil de gestion pour l'action des pouvoirs publics.
  - Il reconnaît la légitimité de l'immense majorité des réglementations.
  - Il ne modifie pas le champ et les limites de l'expropriation réglementaire.
- a) Le but premier de l'E.O. 12360 est de servir d'outil de gestion pour les décideurs de l'administration. Il exige qu'avant toute action ils en envisagent les implications au regard des incidences sur le risque d'expropriation réglementaire (taking), bref qu'ils « regardent avant de sauter » plutôt que de risquer de violer les dispositions du cinquième amendement et d'exposer ainsi le gouvernement à des procédures judiciaires incertaines et coûteuses. Il s'agit donc d'une obligation de saine gestion, à savoir anticiper les conséquences des décisions.
- b) En demandant aux administrations de réaliser une analyse de risques (ce terme fait référence aux risques réglementaires et non aux risques physiques) ce texte ne fait qu'étendre ou plutôt simplement réaffirmer le champ de l'étude d'impact sur l'environnement qui, rappelons-le, concerne aux Etats-Unis non seulement les projets mais aussi les décisions<sup>1</sup>. On rappellera qu'en 1991 la Cour suprême a condamné le gouvernement fédéral à près de \$160 millions (environ un milliard de Francs) en raison d'une loi (SMCRA) qui aboutissait à priver les plaignants (Whitney Benefits) de la possibilité d'exploiter du charbon. La décision de la Cour suprême ne met absolument pas en cause la légitimité de la réglementation mais affirme qu'il n'y a aucune raison que la protection d'un aquifère pèse sur une seule personne morale et non sur l'ensemble du public.
- c) La légalité de l'action de la puissance publique est réaffirmée et il n'est pas question d'entraver son fonctionnement et ses initiatives car l'immense majorité des actions du gouvernement fédéral n'entraîne pas d'atteinte inconstitutionnelle aux droits des citoyens. En effet, les commentaires du juge Holmes du célèbre arrêt de la Cour suprême de 1921 « Pennsylvania Coal v. Mahon » affirme que la compensation en matière de réglementation ne peut être qu'exceptionnelle.

---

<sup>1</sup> cf. « Etudes d'impact programmatiques aux Etats Unis » par M. Falque, Ministère de l'Environnement, 1989



*« Le gouvernement ne pourrait que difficilement fonctionner si chaque modification des valeurs des propriété devait entraîner une compensation. On a depuis longtemps constaté que certains éléments des droits de propriété ne peuvent être conservés que par des limitations implicites et doivent donc se soumettre au pouvoir réglementaire. Mais, de toute évidence, les limitations implicites doivent aussi connaître des limites. »*

En se référant à cette jurisprudence, l'E.O. n'ouvre en aucun cas la boîte de Pandore comme certaines associations l'ont affirmé.

Le but de ce texte est simplement d'identifier par avance les cas dans lesquels les administrations fédérales sont allées au-delà de leur pouvoir constitutionnel.

d) L'E.O. ne modifie pas le champ du « taking ». C'est au directeur juridique (Attorney General) du gouvernement fédéral de définir les directives relatives aux limites du « taking » en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour suprême et notamment sur l'arrêt fondamental de 1978 « Penn Central Transportation Co v. New York City ». Dans les attendus, le juge Brennan identifie trois critères :

- la nature de l'action de la puissance publique,
- les incidences économiques,
- le caractère raisonnable du retour sur investissement espéré par le propriétaire.

On a vu que plusieurs décisions récentes de la Cour suprême ont rétréci le champ de l'incertitude, à savoir :

- un « taking », même provisoire ouvre droit à compensation (First English Evangelical Lutheran Church v. Los Angeles County, 1987),
- le droit d'exclure est un des éléments essentiels des droits de propriété (Hadel v. Irving, 1987),
- la perte de toute usage économique ou productif d'un espace ouvre droit à compensation.

Pour conclure, on peut dire qu'il s'agit d'un texte équilibré mais dont l'interprétation politique a largement paralysé la mise en œuvre et dont le contenu pourrait être repris par le Congrès afin de lui donner force de loi.

### 2.3.2 L'action législative du Congrès

Le premier projet (bill) de loi émane de Steve Symms, sénateur républicain de l'Idaho. Ce texte très court émane d'un groupe de sénateurs républicains et démocrates, et le caractère bipartisan montre qu'au moins en 1990, il existait un consensus national pour gérer les conflits entre le respect de la propriété privée et les actions de la puissance publique.

Le projet de loi se référant précisément à l'E.O. 12630 demande que « *les ministères fédéraux mettent en place des procédures pour évaluer des risques d'atteinte à la propriété privée au cours de leurs activités réglementaires afin de les minimiser dans la mesure du possible* ». Il s'agit uniquement de conférer force de loi à l'E.O. du Président Reagan et envoyer un signal fort à l'administration qui, dans les faits, ne manifestait aucun zèle pour le mettre en œuvre.

A partir du 1991, plusieurs projets de loi se sont succédés dont aucun à ce jour n'a abouti. Cet échec tient certes à des raisons techniques relatives aux difficultés de mise en œuvre par une claire définition du champ du « taking » et donc du niveau de compensation. Mais le contexte politique avec un veto annoncé du Président Clinton a bloqué pratiquement toute législation puisque les républicains majoritaires au Congrès ont été incapables de réunir la majorité qualifiée des deux tiers requise pour passer outre le veto présidentiel. Les projets de loi qui se sont succédés se réfèrent tous à la même constatation, à savoir que les réglementations sont trop contraignantes et que le cinquième amendement ne protège pas bien la propriété, compte tenu des incertitudes de la jurisprudence.

Cependant, deux logiques sont à l'œuvre :

- la logique « évaluation » demandant que la puissance publique puisse formellement prendre en compte les effets de la réglementation envisagée sur les droits de propriété ;
- la logique « compensation » qui oblige le gouvernement à indemniser les propriétaires au-delà d'un certain niveau de dépossession.

En fait, les deux logiques sont souvent combinées comme cela est le cas du projet de loi du Sénat de 1995 (S.605), le plus élaboré, dont nous exposons les grandes lignes :

### *Justification*

Parmi les attendus les plus importants, le Sénat remarque que :

- les propriétaires sont amenés à assumer des contraintes qui devaient être assumées par l'ensemble des citoyens ;
- le gouvernement fédéral s'est rendu coupable d'un excès de réglementations ;
- le recours à la Common Law (droit privé) en invoquant le cinquième amendement pour protéger les droits de propriété s'est souvent avéré incertain et le Congrès se doit de clarifier le droit ;
- les Etats sont souvent paralysés par la mise en œuvre des réglementations fédérales.

### *Principales dispositions*

- la compensation ne peut intervenir qu'au-delà d'une dépréciation de 33% de la valeur de la propriété foncière ou autre type de propriété ;
- aucune compensation n'est possible lorsque l'action des pouvoirs publics a pour objet d'éviter les nuisances, telles que définies en Common Law (droit privé) ;
- la loi reprend et codifie la jurisprudence de la Cour suprême ;
- ces dispositions concernent toutes les lois fédérales ;
- les compensations doivent être payées sur le budget du ministère responsable de la réglementation ;
- une modification des procédures et le recours à l'arbitrage facilitent le règlement des litiges ;
- les ministères sont tenu de rédiger une « étude d'impact d'atteinte à la propriété » (Taking Impact Analysis) avant d'arrêter de nouvelles politiques ou réglementations.

Bien entendu, partisans et adversaires de ce projet de loi s'opposèrent et, par exemple, des professeurs de droit de sensibilité démocrates firent circuler une pétition (2 mai 1996)

dénonçant le texte non pas au titre de ces objectifs mais des solutions proposées risquant de paralyser les actions réglementaires des administrations.

En 1996, le Sénat propose un projet de loi qui portait le seuil d'indemnisation à 50% de la valeur afin de limiter le montant des indemnisations et de calmer l'opposition des grandes associations de protection de la nature.

### **2.3.3 Les problèmes posés par l'indemnisation des servitudes environnementales**

Les nombreux projet de loi visant à remédier aux effets pervers de certaines législations environnementales sur la valeur des propriétés n'ont pas abouti au niveau fédéral. Outre l'absence de volonté politique constante et affirmée de la part des élus républicains, il faut bien noter que les difficultés de mise en œuvre ont joué un rôle. En ce sens, le rapport du Congress Budget Office<sup>1</sup> mérite d'être examiné pour son objectivité et dans la mesure où il propose des solutions.

Les multiples projets de loi qui se sont succédés depuis une douzaine d'années peuvent être regroupés en quatre catégories :

- faciliter la procédure d'accès à la justice fédérale ;
- ouvrir un droit formel à compensation pour le propriétaire lorsqu'une mesure réglementaire diminue la valeur de son bien, sous réserve de satisfaire à certaine conditions précisées par la loi ;
- accroître l'obligation pour les administrations fédérales de procéder à des analyses et justifier leurs décisions qui aboutissent à réduire le libre usage des propriétés privées ;
- spécifier que les compensations éventuelles soient payées par le budget de l'administration responsable de la réglementation spoliatrice.

Ces propositions sont l'objet de nombreuses critiques dont la principale est qu'ouvrir un droit à compensation risque de mobiliser des sommes si importantes qu'il paralysera l'action réglementaire en matière de protection de l'environnement. Par ailleurs, sur un plan plus idéologique, on avance qu'un aucun cas les droits de propriété n'autorisent leurs

---

<sup>1</sup> Regulatory taking and proposal for change, décembre 1998.

titulaires à porter atteinte à l'environnement (ce que d'ailleurs aucun projet de loi n'a proposé).

Le rapport conclut en identifiant sept problèmes :

1. Faciliter l'action à la justice augmentera le nombre d'ayant-droits à compensation. Cependant, face au risque de compensation excessive, il importe donc de vérifier si le prix d'achat de la propriété n'avait pas pris en compte les risques liés à la réglementation considérée.
2. Estimer la réduction de la valeur foncière résultant de la réglementation fédérale s'avère souvent difficile. Il existe donc un risque de manipulation des évaluations et donc de dépense publique importante.
3. Les modifications de procédure de gestion des demandes de compensation contre le gouvernement fédéral ne devraient pas avoir d'effet significatif sur la fréquence et les résultats du contentieux.
4. Les demandes d'indemnisation contre les collectivités locales (Etats et villes) sont rarement déférées à la justice fédérale pour des raisons de procédure, mais l'ouverture à la justice fédérale pourrait changer la situation.
5. L'analyse des administrations fédérales relative à l'impact de la réglementation (property rights impact assessment) sur les droits de propriété est trop souvent sommaire. Les soumettre à l'appréciation des tribunaux pourrait obliger à plus de rigueur.
6. La responsabilité budgétaire des administrations pour le paiement des compensations risque de bloquer l'activité réglementaire. Mais l'intervention du Congrès sur la mise en œuvre des réglementations entraînerait sa responsabilité financière et le réexamen de l'utilité de l'administration concernée.

L'estimation du coût à long terme de l'indemnisation des réglementations spoliatrices est difficile et les chiffres varient énormément. Aujourd'hui aucune étude n'a été entreprise relative à l'impact des réglementations fédérales sur les valeurs foncières.

Face aux conclusions de ce rapport demandé par le Sénateur John Glenn, on comprend mieux la perplexité de la classe politique et son peu d'empressement à régler un problème pourtant bien réel. Cependant une vingtaine d'Etats se sont dotés de législations comparables, ce qui prouve que le problème n'est pas insurmontable.

En un certains sens, la réforme du Welfare peut apparaître comme un précédent : plutôt que de se réformer, le gouvernement fédéral a « délégué en touche » en en confiant la responsabilité aux Etats. Ce sera certainement beaucoup plus difficile en matière de politique environnementale mais cela pourrait ouvrir des perspectives à la nouvelle administration républicaine.

#### **2.3.4 La législation des Etats**

Si au niveau fédéral on observe un blocage de toute initiative, il en n'a pas été de même au niveau des Etats. Cependant, ces législations présentent des caractères particuliers et peuvent être regroupées en plusieurs catégories :

- législation très favorable à l'indemnisation : Etat de Washington (refusé en 1995 par référendum), Floride, Texas ;
- législation relative aux terres agricoles et aux forêts : Louisiane, Colorado, Arizona ;
- législation envisageant une évaluation du type exigé par l'Executive Order 12630 : une vingtaine d'Etats ;
- législation exigeant une évaluation limitée : Delaware, Indiana, Missouri, Virginie ;
- législation exigeant une évaluation plus détaillée : Idaho, Tennessee, Washington, Virginie de l'Ouest ;
- législation exigeant une évaluation globale : Kansas, Montana, Utah, Wyoming ;
- législation hybride : Dakota du Nord.

En définitive, si une vingtaine d'Etats se sont dotés de législations relative à la protection des droits de propriété contre les excès potentiels des réglementations fédérales, elles se

sont le plus souvent inspirés de l'Executive Order du Président Reagan exigeant une réflexion préalable de l'administration sur les conséquences de son action.

En revanche, ils sont restés prudents sur l'épineuse question de l'indemnisation et de son seuil de déclenchement.

Ainsi, plus personne ne nie l'importance de la question de la nécessaire protection des droits de propriété mais la construction législative demeure incertaine.

On peut espérer que progressivement les expériences des Etats permettront au gouvernement fédéral d'élaborer une législation consensuelle tandis que parallèlement la jurisprudence de la Cour suprême parviendra à édicter des critères claires pour définir exactement le champ du taking ...mais cela prendra du temps et une conjoncture politique favorable.

### **2.3.5 Le retour à la Common Law**

La montée en puissance de la réglementation publique environnementale (statutes) pendant les années 70 visait à faire face à une situation où le système juridique privé (common law), défini comme l'ensemble des règles et traditions qui ont été acceptées au cours des siècles à partir de la jurisprudence ne donnait pas satisfaction. Aujourd'hui on peut donc se demander si le retour aux règles de la Common Law ne serait pas une façon de faire face aux inconvénients, aux insuffisances et aux coûts de la réglementation publique. Les principales armes de la Common Law sont celles relatives aux actions en responsabilité et en dommage en cas de pollution et de violation de la propriété privée. L'histoire séculaire de la jurisprudence montre que de très nombreuses décisions ont permis à des propriétaires de faire condamner les pollueurs.

Les seuls domaines dans lesquels la Common Law est impuissante concerne les biens non appropriés (res nullius) ou bien ceux qui appartenant à la puissance publique. En effet, sans droits de propriété, la Common Law, tout comme le droit civil européen, s'avère largement impuissante. Aujourd'hui le recours accru à la Common Law apparaît donc comme une solution raisonnable, notamment dans la mesure où les technologies nouvelles

permettent une définition plus fine des droits de propriété, par exemple par la mesure et la détection en matière de pollution permettant d'identifier le responsable.

*« Le bilan de la Common Law est clair : elle engage la responsabilité totale de ceux qui portent atteinte à l'environnement. Certes, elle n'est pas infaillible. Parfois la responsabilité d'une personne est engagée à tort ou les dommages-intérêts sont trop élevés, ou encore la responsabilité est imputée à tort. Mais au total, de telles erreurs, dont certains pourraient être corrigées en appel, sont bien préférables à des réglementations imposées par la politique qui impliquent une répartition des coûts sur tous. » (Yandle et Meiners, 1998)*

Si la Common Law semble devoir jouer un rôle croissant dans la protection de l'environnement, elle devra cependant s'accommoder d'un système de réglementations publiques qui précisément par le système des permis et des autorisations a trop souvent tendance à limiter la responsabilité des pollueurs. Le recours aux permis négociables en matière de pollution de l'air et de l'eau témoigne de l'utilité et de l'efficacité de l'adaptation des droits de propriété à des situations nouvelles.

## 2.4 Conclusion

La protection des droits de propriété constitue aux Etats-Unis un des fondement de la République. Cependant la protection de l'environnement a conduit les pouvoirs publics, notamment au niveau fédéral, à considérer que les droits de propriété devaient être subordonnés à l'intérêt public clairement démontré mieux défendu par les très nombreuses réglementations publiques (statutes)<sup>1</sup>. Pour autant l'inefficacité relative et le coût de ces dernières ainsi que les contraintes sociales qu'elles impliquent, on conduit à un renouveau politique et intellectuel en faveur des droits de propriété.

Sous des formes à inventer on peut escompter que les droits de propriété vont jouer un rôle croissant dans la politique environnementale. Ceci est déjà le cas au niveau des états mais s'avère plus difficile pour le gouvernement fédéral.

---

<sup>1</sup> « L'histoire démontre que la réglementation, y compris la réglementation environnementale, s'est développée comme un partenaire majeur des droits de propriété tels que nous les connaissons



---

aujourd'hui. Ainsi les droits de propriété et la réglementation environnementale sont plus interdépendants qu'opposés » (McElfish et al. 1996)

### **3.LA REFORME DE L'ADMINISTRATION FEDERALE**

### **Retrouver le bon sens**

(extrait de « *Common Sense Government* » par Philip Howard)

*Les critiques de l'administration se focalisent sur un faux problème. Ils pensent que l'administration manque de bon sens car elle fait trop de bêtises et devenant plus importante, fait encore plus de bêtises. Je reconnais que ce point de vue est illustré par de nombreux exemples. Lorsqu'une tempête détruit des maisons sur le littoral, l'administration subventionne les propriétaires pour les rebâtir. Pourquoi, s'interroge le contribuable, le gouvernement paierait pour les extravagances de ceux qui construisent sur la plage et sont surpris par les calamités naturelles ?*

*Personnellement j'adopterais volontiers l'idée de Newt Gingrich d'instituer « la journée de la réforme » pour éliminer les lois inutiles mais en l'étendant à une décennie !...*

*Purifier l'environnement est un objectif sur lequel presque tout le monde s'accorde. Le seul problème est de définir jusqu'où car personne ne veut de l'eau sale et de l'air pollué. Pour autant, des réglementations environnementales peuvent transformer des industriels et des propriétaires fonciers en fous furieux car les lois obligent souvent les citoyens à faire des choses qui ne sont pas nécessaires et même parfois contre productives.*

*Dans la nouvelle façon de réglementer, personne n'a à prendre de décisions les règles remplacent le jugement et la procédure se substitue à la responsabilité. Paradoxalement, la gauche et la droite sont d'accord: les progressistes veulent des mesures légales très strictes pour contrôler les industriels tricheurs mises en œuvre par des arbitres impitoyables. Les conservateurs, en menant un combat d'arrière garde contre l'administration envahissante, veulent s'assurer que des bureaucrates assoiffés de pouvoir ne puissent prendre des mesures arbitraires. Bureaucrates et citoyens furent donc invités à se conformer à des règles détaillées et à ne pas se fier à leur propre jugement dans une situation particulière.*

*La réglementation moderne n'a permis de poser le problème qu'en en terme binaire : est-ce légal ou non ? Désormais, la question devrait être la suivante : qu'est-ce qui est raisonnable ? Les réglementations en noir et blanc devront virer en différentes nuances de gris qui reflètent la complexité de la vie.*

### 3.1 Le problème

La montée en puissance de la réglementation sous forme de « statutes » (droit public) est attestée par la croissance du nombre de page du Federal Register (équivalent de notre Journal Officiel) et du personnel de l'Environmental Protection Agency.

Cette irrésistible marée bureaucratique est le fruit de la conjonction des extrêmes analogue à celle qui a conduit à la prohibition de l'alcool dans les années 20<sup>1</sup>. A cet égard Bruce Yandle (1994) dépeint la situation d'une façon imagée : « *D'un côté les belles âmes et les ligues antialcooliques, les « Baptistes », font pression pour obtenir une réglementation prohibant l'alcool. Mais parallèlement, les trafiquants (bootleggers) ont tout intérêt à renforcer les lois contraignantes qui sont la meilleure garantie de leurs profits criminels.*

*En matière d'environnement, on retrouve le même schéma : les belles âmes ce sont les associations de protection de la nature, groupe de pression puissant auprès du Congrès à Washington. Les « Bootleggers » sont les centaines de pollueurs parmi les plus puissants et susceptibles d'influencer le pouvoir politique. En effet, les réglementations peuvent les protéger de la concurrence en empêchant l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs ou en éliminant les entreprises qui sont dans l'incapacité financière et /ou technologique de se mettre aux normes. »*

Bien entendu, à la constitution de « monopoles de fait » correspond la montée en pression d'une bureaucratie attentive à raffiner les règles, tandis que les hommes politiques adoptent la pose avantageuse de défenseurs de l'environnement.

Le processus ne connaît pas de frein, sinon celui des coûts croissants et d'une efficacité décroissante pour autant qu'on les compare à d'autres moyens concurrents.

La critique du système « Command and Control » n'est pas seulement le fait des écologistes libéraux (free market environmentalists). Elle est désormais largement partagée par ceux qui ont traditionnellement milité pour l'extension des réglementations, (y compris l'administration Clinton-Gore).

---

<sup>1</sup> Dans une certaine mesure, on peut se demander si la répression de l'usage de la drogue n'obéit pas à la même logique.

Dans un document qui a connu un grand retentissement et dont le titre est un véritable programme, « Reinventing Environmental Regulation » (mars 1996) et signé précisément Clinton-Gore, on trouve la meilleure critique du système mis en place à partir de 1970.

Après avoir rendu un hommage posthume et formel au « Command and Control », l'équipe présidentielle déclarait « *Nous avons beaucoup appris sur les limites du « Command and Control ». Des lois normatives peuvent être rigides aboutissant à des actions coûteuses qui défient le bon sens exigeant des coûts croissants pour des résultats décroissants. Cette démarche peut décourager l'innovation technologique qui est susceptible d'abaisser les coûts de la réglementation ou procurer des bénéfices environnementaux au-delà des obligations légales. La réglementation rigide (prescriptive) est souvent moins efficace pour résoudre les problèmes de pollution diffuse auquel nous devons faire face dans l'avenir.* »

On notera la référence au « bon sens » qui allait devenir un des mots clé de la politique présidentielle. En effet, quelques mois plus tard, en septembre 1995, paraissait sous la signature du vice-président Al Gore un livre-programme « Common Sense Government Works Better and Costs Less », préfacé par le Président Clinton et avec une introduction de Philip Howard.(cf. encadré)

Or, ce dernier avait publié en 1994 un livre qui a connu un grand succès sous le titre « The Death of Common Sense : How Law is Suffocating America ». Or, si cette perte de bon sens, due à la réglementation qui étouffe l'Amérique n'épargne aucun secteur de l'action de la puissance publique, elle est particulièrement désastreuse dans le domaine de l'environnement et de la santé. Philip Howard multiplie les exemples de folie réglementaire. C'est ainsi que l'Ordre de Mère Thérèse n'a pu réhabiliter un immeuble pour accueillir les défavorisés à New York car il ne pouvait ni ne voulait se conformer aux règlements exigeants et coûteux relatifs aux normes de confort incompatibles avec leur mission et notamment un ascenseur. L'Ordre des Missionnaires de la Charité déclarera avec quelques bonnes raisons que ses ressources limitées seront mieux utilisées à distribuer des sandwiches et des soupes chaudes !

La thèse que développe Howard est que la réglementation et la bureaucratie qui la met en oeuvre aboutissent à la paralysie de l'action humaine et à des coûts exorbitants, sans garantir d'ailleurs que les décisions soient frappées au coin de bon sens. La mise en place

de règlements guidant l'action des hommes est le fruit du désir légitime d'éviter l'arbitraire, ce qui exige d'aller dans le détail, et comme rien n'est jamais parfait, on est amené à édicter de nouvelles règles.

En matière environnementale, les règlements sont consignés dans 17 épais volumes qui d'ailleurs passent souvent à côté de l'essentiel.

Howard remarque que le milliard de milliards de dollars dépensés au cours des vingt dernières années paraît cher payer une amélioration certaine de l'environnement qu'on aurait pu obtenir en recourant à d'autres institutions moins coûteuses.

En effet, en insistant sur les détails et en précisant les résultats à en attendre implique que toute action soit autorisée. La réglementation s'apparente dès lors à la planification centrale.

*« Au lieu d'un économiste à Moscou établissant de savants graphiques sur la façon de moissonner en Sibérie, oubliant généralement un détail tel que les pièces de rechange pour les camions assurant le transport des céréales, nous avons des lois et règlements très détaillés, souvent rédigés plusieurs années plus tôt qui précisent les conditions de notre activité. Alors qu'en Sibérie des montagnes de céréales pourrissent par manque de camions, dans notre propre pays Mère Theresa est dans l'incapacité de construire de quoi loger les sans-abri et le benzène s'échappe alors que des millions sont dépensés pour essayer de le capter à l'endroit où il n'est pas.*

*L'erreur est la même : la rigidité des obligations légales interdit l'exercice du jugement individuel en temps et lieu voulu. »*

Cette inefficacité réglementaire générale présente des inconvénients spécifiques en matière de protection de l'environnement. Paul Portney (1993) identifie quatre problèmes spécifiques :

- a) Les réglementations environnementales s'efforcent de régler des situations extrêmement complexes et promettent de les résoudre en un temps record. Par exemple, les lois sur la protection de l'eau et de l'air ont promis à la fin des années 70 de rendre l'air et l'eau « surs », ce qui impose de définir des dizaines de milliers de normes d'émissions et de rejets, de mettre en place des réseaux de surveillance

Or, la plupart de ces objectifs doivent être atteints en 180 jours. Bien entendu, quelque 25 ans après le vote de la loi, les réalisations ne sont pas au rendez-vous !.

- b) La mise en œuvre des règlements est toujours difficile techniquement et aléatoire car elle coûteuse, longue et politiquement peu populaire. Le législateur est donc plus enclin à édicter de nouvelles lois que de veiller à l'application de celles existantes.
- c) Les lois fixent volontiers des objectifs absolus et ambitieux, telle la promesse que désormais l'on pourra pêcher et nager dans les rivières. Certes, politiquement ces effets d'annonce sont payants mais techniquement cela est impossible dans la mesure où les normes correspondantes doivent être « zéro », ce qui est le plus souvent impossible. Les inévitables compromis avec les conditions économiques et sociales sont dès lors difficiles à justifier.
- d) Les lois environnementales sont très souvent contaminées par d'autres objectifs de justice sociale qui affaiblissent leur efficacité. Par exemple l'obligation pour les centrales thermique d'utiliser du charbon local chargé en soufre, le financement fédéral de stations d'épuration dont l'efficacité est douteuse et enfin la non prise en compte de la pollution agricole. Le Congrès américain est coutumier du « pork barelling », à savoir d'édicter des lois destinées à avantager un intérêt particulier sous prétexte d'intérêt général, si possible en adoptant une posture morale avantageuse.

Pour conclure, on peut dire qu'aujourd'hui tous les experts, hommes politiques, et citoyens s'accordent pour penser que la réglementation est de moins en moins efficace et qu'il convient de procéder à une réforme. Mais la nature de cette réforme fait l'objet d'un débat qui plonge ses racines dans les oppositions idéologiques entre « liberals » et conservateurs et politiques approximativement incarnés par Démocrates et Républicains.

### **3.2 La réforme de l'action réglementaire**

Lorsqu'un système fonctionne mal, on recourt toujours aux mêmes solutions :

- soit en améliorer le fonctionnement,

- soit recourir à d'autres systèmes régulateurs.

On retrouve ce débat à propos de la réglementation environnementale étant entendu que les solutions recherchées ne peuvent être que des compromis, tant il est vrai que personne ne conteste l'existence d'un noyau dur de problèmes environnementaux que seule la réglementation est à même de résoudre.

Cette réglementation, dont l'essentiel a été le produit du gouvernement fédéral qui apparaissait seul capable au début des années 70 d'apporter des solutions, peut d'ailleurs être confiée aux Etats, notamment si l'on revient à une organisation des pouvoirs publics plus conforme à l'esprit de la constitution.

### **3.2.1 Le principe de la réforme**

L'administration démocrate, consciente de l'inefficacité et de l'impopularité de la bureaucratie fédérale, lance dès 1993 la National Performance Review afin que le gouvernement travaille plus efficacement à un coût moindre (*works better and costs less*). Cette mission avait été confiée au vice-président Al Gore. Quelques 250 hauts fonctionnaires fédéraux et un certain nombre de consultants ont passé en revue le fonctionnement des principaux ministères et ont remis leur rapport dans un délais de 6 mois. Les 38 rapports spécialisés totalisent 2000 pages et formulent 384 propositions. Quelques 250 actions spécifiques ont pour objet d'économiser \$108 milliards (700 milliards de Francs).

Au-delà de cette « revue de détail » de l'administration fédérale étaient lancées des études sectorielles et en mars 1996 était publié le document de base « *Reinventing Environmental Regulation* ».

Ce rapport de 65 pages affirme sa volonté de changement dans la continuité : « *Tirant les leçons des 25 années passées, l'administration Clinton-Gore s'est attaché à réinventer notre système de protection environnementale. Il s'agit d'un effort positif pour construire sur les acquis du système actuel, tout en dépassant ses limitations. Nous réformerons le système sans le saper. Oui, à la réinvention mais non au retour en arrière.* »



Ce message s'adresse évidemment aux grandes et puissantes associations de protection de la nature, très attachées au système réglementaire classique « Command and Control » qu'elles avaient largement contribué à mettre en place.

Et comme si cela ne suffisait pas, le texte insiste « *nous nous opposons à ceux qui voudraient affaiblir la protection de la santé publique et de l'environnement, sous prétexte d'allègement réglementaire* ».

On peut se demander si ces déclarations de principe préliminaires n'ont pas précisément pour but de « faire passer la pilule » d'une modification profonde du paradigme dominant « Command and Control ».

Le rapport propose 10 principes et 25 actions prioritaires dont certaines témoignent d'une prise de conscience que le « Command and Control » est dépassé et que d'autres voies s'imposent.

Principe n°2 : « *La réglementation doit être conçue pour atteindre des buts environnementaux de façon à minimiser le coût pour le citoyens, les entreprises et les autres collectivités locales.* » Cette phrase fait référence à l'exaspération des Etats et des entreprises devant supporter le coût des réglementations fédérales non assorties de financement et où Washington se donne à bon compte des brevets de vertu environnementale (unfunded mandate)

Principe n°3 : « *La réglementation environnementale doit être jugée aux résultats, recourant à une flexibilité optimale dans les moyens afin d'atteindre nos buts environnementaux mais impliquant la responsabilité pour les résultats.* » Il s'agit d'éviter que l'administration intervienne dans le détail de la marche des entreprises et ainsi en amoindrisse la responsabilité. Ceci constitue une réaffirmation indirecte du rôle des droits de propriété.

Principe n°4 : « *Il importe de recourir aux incitations du marché pour réaliser les objectifs environnementaux lorsque cela s'avère utile.* » Ainsi est reconnu le rôle du marché en matière de protection des ressources environnementales. Une telle proposition eut été iconoclaste dans les années 70 lorsqu'elle était avancée par les « Free Market Environmentalists »

Principe n°5 : « *La réglementation environnementale doit être fondée sur les principes de la science et de l'économie, soumise à des experts et à l'appréciation des citoyens et s'appuyer sur les valeurs que partagent les Américains.* » On voit ici que le bien-fondé de l'action de la puissance publique est mise en doute et que des systèmes régulateurs doivent être mis en œuvre, telles que les études d'impact des politiques, plans, programmes et l'évaluation des réglementations.

De ces principes on retiendra une certaine prudence. Si le rôle du marché est reconnu, les droits de propriété ne sont pas explicitement évoqués. Pourtant, sauf à inventer des quasi prix administratifs, il est difficile d'échanger ce que l'on ne possède pas<sup>1</sup>. De même, l'épineuse question de l'expropriation réglementaire, (taking), est passé sous silence.

### **3.2.2 Les actions prioritaires**

Examinons maintenant les principales dispositions des 25 actions prioritaires dont 18 visent à améliorer le système existant et 7 relèvent de la recherche d'un nouveau système.

L'action n°1 recommande la généralisation du recours au marché par les permis négociables d'émission d'ozone. « *L'échange des droits d'émission est un moyen de réduire les émissions de polluants en mettant en œuvre des mesures de réduction de la pollution dans les zones où ces réductions sont les plus rentables. Une installation peut éviter des coûts de conformité élevés en réduisant ses émissions au lieu où c'est le plus efficace et ne pas mettre en œuvre des exigences réglementaires lorsque les coûts sont exorbitants, sous réserve que les réductions soient plus importantes ou au moins équivalentes.* »

L'action n°2 étend le principe de permis négociable au domaine des bassins versants afin de pouvoir résoudre le problème de la pollution diffuse et notamment agricole.

L'action n°3 de réserver aux risques les plus importantes les normes relatives à l'eau potable. Il s'agit de mettre un terme au manège réglementaire qui conduit à ajouter 25 contaminants supplémentaires tous les trois ans, ce qui entraîne des coûts exponentiels non justifiés.

---

<sup>1</sup> Ceci est par exemple le cas pour les permis négociables en matière de pollution de l'air et de l'eau

L'action n°5 a pour objet d'étendre les méthodes d'évaluation de réglementations (risk assessment), couramment utilisées par l'Environmental Protection Agency, aux Etats et autres collectivités locales qui en font la demande, notamment par la mise à disposition d'un logiciel d'utilisation facile.

L'action n°14 met en place un système d'assistance pour les petites entreprises, tels stations service, imprimeurs ... afin de leur permettre de se conformer aux contraintes environnementales, souvent très complexes. Mentionnons aussi les actions visant à simplifier les procédures (autorisations) et l'accès du public aux informations.

L'action n°19 concerne le projet XL (eXcellence et Leadership). Il s'agit d'un programme ambitieux permettant de réduire les coûts de la gestion environnementale et de réaliser des objectifs au-delà des simples obligations légales (cf. plus loin le détail du XL).

L'action n°20 est relative à l'examen et au renforcement des accord industrie/pouvoirs publics (EPA) afin de réduire les coûts et améliorer la protection de l'environnement et de la santé grâce à une stratégie alternative de gestion.

L'action n°21 a pour but d'intégrer la qualité environnementale et les objectifs de développement économique au niveau des collectivités locales.

L'action n°23 a pour objet de valider les audits environnementaux réalisés à la demande des entreprises industrielles par des firmes de consultants privées et indépendantes. Cette validation fondée sur des critères très stricts permet à EPA de se concentrer sur les firmes en infraction manifeste.

L'action n°24 constatant la multiplicité des autorisations nécessaires auprès de divers services, a pour objet de tester la possibilité de réunir les démarches sur l'obtention d'un seul permis.

### **3.2.3 De quelques innovations**

Il importe de revenir sur certaines des 25 actions prioritaires dans la mesure où elles apparaissent en rupture avec la pensée environnementale « classique » et que leur mise en œuvre impliquera des modifications de l'action administrative.

### **a) Les permis négociables pour les émissions polluantes dans l'atmosphère (action 2)**

Cette technique directement dérivée de l'analyse économique sur le rôle des marchés a été largement discutée à la conférence de Kyoto (Japon 1997) et quelque peu surpris certains états attachés au système réglementaire pur.

#### **- Objet**

Etablir un marché permettant de se conformer aux normes de qualité pour l'ozone à des coûts beaucoup moins élevés.

#### **- Principes**

Les permis négociables visent à réduire les émissions polluantes là où elles sont les moins coûteuses. Une installation peut éviter les coûteuses mesures de mise aux normes en réduisant les émissions dans les zones où il est le plus rentable de le faire et de ne pas les mettre en œuvre lorsque les coûts sont exorbitants pour autant que les réductions de polluants sont au moins égales ou supérieures aux normes. Le système réglementaire actuel de maîtrise des émissions d'ozone combinant le recours obligatoire à des technologies nouvelles et aux plans des Etats a découragé les programmes flexibles de permis négociables. Aussi l'Environmental Protection Agency (EPA) a-t-elle édicté de nouvelles règles et directives encourageant le recours à des incitations économiques, aidé à mettre en place un marché de permis négociables en Californie du Sud et financée plusieurs projets dans d'autres régions.

A ce point l'expérience acquise permet d'établir ce système en recourant aux mécanismes de marché et en établissant des réglementations générales valables pour tous les Etats.

#### **- Description de l'action**

L'EPA édictera des règles générales de permis négociables pour les polluants générateurs d'ozone (composé volatile organique et oxyde d'azote) permettant une beaucoup plus grande flexibilité pour les entreprises de négocier leurs droits d'émission sans accord préalable des administrations fédérales ou d'état.

Chaque Etat qui adoptera une règle identique bénéficiera d'une approbation automatique de l'EPA. Dès lors les industriels pourront librement négocier leur permis pour autant que les quantité de polluants seront clairement mesurées et enregistrées.

#### **b) Permis négociables pour la pollution de l'eau au sein de bassins versants**

L'expérience des permis négociables en matière de pollution de l'air peut être étendue à la réduction de la pollution de l'eau recherchant l'efficacité économique.

##### **- Principe**

La loi sur l'eau (Clean Water Act) oblige les auteurs d'une pollution localisée à réduire leurs émissions pour se conformer aux normes de qualité de l'eau Industriels et municipalités se sont efforcés de répondre à ces obligations au niveau de chaque point de rejet dans les cours d'eau.

Le système des permis négociables permet aux pollueurs de réduire ces émissions en dessous de la norme et de vendre son quota de pollution non utilisé à d'autres émetteurs de polluants du même bassin versant . Les avantages du système sont multiples :

- il permet de recourir aux économies d'échelle des pollueurs qui n'ont pas la même efficacité en matière d'épuration et peut ainsi réduire le coût total de respect des normes.
- les pollueurs ont une incitation économique pour épurer au delà des normes réglementaires, ce qui encourage une politique de prévention des pollutions.
- enfin, en encourageant dès l'origine la réduction de pollution, il s'avère plus efficace que la classique approche réglementaire « Command and Control ».

Les programmes de permis négociables peuvent aussi être étendu à d'autre sources de pollution y compris les pollutions diffuses (agricoles) et indirectes (par exemple les effluents industriels traités par une station d'épuration municipale). Les avantages économiques du recours aux permis négociables sont considérables et varient selon les types de permis négociables :

- Pollution localisée / pollution diffuse : 600 millions de dollars à 6 milliard de dollars

- Pollution localisée / pollution localisée : 8 millions de dollars à 2 milliard de dollars
- Pollution indirecte : 660 millions de dollars à 7.5 milliard de dollars

- Description de l'action

EPA encouragera les permis négociables d'effluents :

- en établissant un cadre réglementaire favorisant les différentes modalités de permis négociables d'effluents.
- en rédigeant des directives confirmant l'accord d'EPA d'autoriser le marché des droits à polluer en deçà des normes minimum.
- en apportant son concours technique pour réaliser les analyses du niveau total de pollution admis pour un bassin versant donné. Il s'agit en effet d'une démarche technique capitale pour définir le marché. Un des exemples le plus remarquable de cette orientation politique est celui du bassin versant de Tar Pamlico en Caroline du Nord.<sup>1</sup>

**c) Le Projet XL (action prioritaire 19)**

- Objet

Le projet vise à encourager des gestionnaires industriels à faire preuve d'eXcellence et de Leadership en réduisant les coûts de la gestion environnementale et en réalisant des performances environnementales au-delà de ce qu'impose la réglementation en cours.

- Principe

Nombre de dirigeants d'entreprises et d'usines se sont rendus compte que la simple mise en œuvre des contraintes réglementaires nationales n'était pas la meilleure façon de résoudre les problèmes environnementaux. Notamment les entreprises les plus en pointe ont découvert que des économies substantielles pouvaient être réalisées tout en améliorant la protection de l'environnement en recourant à une approche plus souple en matière de prévention de la pollution .

C'est ainsi qu'une entreprise peut découvrir qu'améliorer son système d'épuration des effluents liquides pour se conformer à la technologie définie par la réglementation du Clean Water Act n'aura qu'une incidence négligeable sur la qualité de l'eau. Cette même entreprise pourrait faire beaucoup mieux en concentrant ses efforts de contrôle de la pollution sur la minimisation des risques de pollution provenant de sources non réglementées, le recyclage des déchets dangereux et la réduction de l'utilisation des produits chimiques dans le processus de fabrication.

#### - Description

L'EPA s'engage à soutenir les projets pilotes des entreprises s'engageant à recourir à d'autres moyens que la seule réglementation. L'entreprise doit faire la preuve qu'elle peut arriver à de meilleurs résultats environnementaux que ceux qu'elle aurait obtenus en recourant à la réglementation en vigueur. Pour décider de donner son accord à la stratégie alternative, l'EPA doit obtenir l'accord de l'Etat et des collectivités locales concernées. La stratégie définitive adoptée sera consignée dans un document officiel ayant force de loi et permettant à la puissance publique de contrôler la conformité des actions engagées.

Le projet XL vise ainsi à donner plus de flexibilité aux « bons acteurs » et leader environnementaux qui ont imaginé une approche créative et de bon sens pour aboutir à une meilleure qualité environnementale.

Bien entendu la démarche est difficile ne serait-ce que pour mesurer des résultats et établir un état initial. Il convient donc de conduire des expériences pilotes répondant aux objectifs suivants :

- flexibilité accrue pour adapter des solutions innovantes à la solution des problèmes environnementaux,
- protection environnementale accrue avec diminution des coûts,
- amélioration du respect des normes et recours à des technologies innovantes,
- réduction des déchets et stratégie de prévention des pollutions,
- coopération accrue entre l'administration, l'installation industrielle et les citoyens.

---

<sup>1</sup> Cf en annexe note d'Alain Revel (ENGREF) Cette expérience a fait d'ailleurs l'objet d'une vidéo réalisée

#### **d) Les problèmes de mise en oeuvre**

Bien entendu personne n'a pu directement critiquer ce vaste chantier réformateur de l'administration fédérale. Mais si les intentions sont louables, la mise en œuvre se heurte à des difficultés. En effet la mesure des critères d'efficacité et de nouvelles stratégies des entreprises par rapport à la réglementation en cours s'avère très difficile et ouvre la voie à des pressions politiques difficilement contrôlables par l'administration.

Mais le plus grand risque est d'ordre juridique dans un pays où le pouvoir judiciaire est puissant et indépendant et où n'existe pas un ordre judiciaire administratif permettant de gérer les réglementations.

Par exemples les projets XL ne sont pas tenus à d'obtenir toutes les autorisations et donc courent le risque d'être attaqués en justice par des associations pour non conformité avec la réglementation existante dont précisément elles sont partiellement exemptées au profit de la flexibilité. En l'absence d'une législation explicite autorisant l'EPA à soustraire certains projets au droit commun et accorder des dérogations, il est difficile de passer des projets pilotes à une généralisation du système<sup>1</sup>.

Pour autant, pour des raisons évidentes de politique et pour ne pas s'aliéner les grandes associations de protection de la nature soutiens naturels du parti démocrate, le maître mot a été « Réinvention et non retour en arrière » (reinvention, yes ; rollback, no !)

C'est dire qu'il n'est pas question de remettre en cause directement l'ensemble de l'arsenal réglementaire forgé dans les années 70.

Ce que nous pourrions appeler un « New Deal Environmental » ouvre des perspectives d'avenir pour le 21<sup>e</sup> siècle au cours duquel il n'est pas envisagé de sacrifier la croissance économique *« Nous rêvons pour les américains d'un 21<sup>ème</sup> siècle où les incitations économiques, les incitations environnementales et les innovations technologiques progresseront d'un même pas afin que la croissance économique accroisse et non diminue la qualité de l'environnement ».*

---

conjointement par EPA et Clemson University.

<sup>1</sup> Cf. en annexe l'analyse critique du système XL d'après Blackman et Boyd



Quant à l'administration fédérale en l'occurrence l'Environmental Protection Agency, elle devra devenir un partenaire assurant l'information et la recherche pour donner toute leur efficacité aux décideurs locaux.

## **Les fondements d'un projet XL**

Un projet XL est basé sur une meilleure performance environnementale, une flexibilité de la réglementation et la participation des personnes concernées. Ces principes méritent d'être clairement définis.

### Une performance environnementale supérieure.

Pour qualifier un projet selon ce critère, EPA distingue deux étapes :

- définir quantitativement l'état de l'environnement si le projet XL n'a pas été réalisé et comparer cet état à celui résultant de la performance environnementale affichée ;
- prendre en compte les mesures quantitatives et qualitatives pour déterminer si la préférence environnementale aboutira à un meilleur résultat qu'en l'absence de projet XL.

### La flexibilité de la réglementation

C'est un moyen pour les maîtres d'ouvrage de réaliser les objectifs. Par exemple une réglementation spécifique au site autorisant une alternative. Bien sûr, ces outils sont utilisés au cas par cas. De même des modifications de procédure ou de directive peuvent intervenir pour autant que l'innovation s'avère positive, directement ou indirectement, au regard de l'environnement et des coûts d'investissement.

### Participation des personnes concernées

. On distingue trois groupes de « stakeholders » :

- les participants directement impliqués dans la négociation. Ils jouent un rôle capital dans la conception du projet et dans l'approbation éventuelle d'EPA ;
- les commentateurs qui sont concernés par le projet et qui expriment leur point de vue par écrit ou oralement ;
- le public qui a un accès à l'information et notamment les associations au niveau local et national.

## Conclusion

La « réinvention de la réglementation environnementale » s'inscrit dans la tradition classique dans la mesure où elle vise à améliorer le fonctionnement de l'administration fédérale et à minorer le coût de la réglementation. Il ne s'agit donc pas de mettre en cause l'ensemble des institutions et des outils réglementaires. Pour autant le recours généralisé aux instruments économiques et notamment aux permis négociables constituent une innovation majeure dans la mesure où le bien fondé du Command and Control est indirectement remis en cause.

### 3.2.4 L'Executive Order 12866<sup>1</sup>

Si l'administration Clinton /Gore se proposait de « réinventer la réglementation environnementale » elle ne met pas en cause son utilité ni son bien fondé. La réforme vise plus les moyens que les objectifs. Cependant un courant de pensée très actif relayé politiquement par le parti républicain soutient qu'un grand nombre de réglementations en matière d'environnement mais aussi de santé sont non seulement inutiles mais contre productives et qu'en réalité leurs coûts aussi bien économiques, sociaux qu'environnementaux sont supérieurs aux avantages attendus. Cette position a souvent été interprétée comme une mesure contre l'ensemble des réglementations environnementales et a donc rencontré l'opposition plus ou moins affirmée des milieux environnementalistes et notamment des grandes associations de protection de la nature.

Moins d'un an après son entrée en fonction le président Clinton publiait un Executive Order (c'est à dire une directive à l'administration mais n'ayant pas force de loi) qui sous le titre « Regulatory Planning and Review » reconnaît la réalité du problème.

*« Le peuple américain mérite un système réglementaire qui le serve et non le desserve : un système réglementaire qui protège et améliore sa santé, son environnement et son bien être et améliore la performance de l'économie sans imposer des coûts inacceptables et déraisonnables sur la société ... »*

---

<sup>1</sup> Cf en annexe la traduction partielle du texte

On reconnaît dans ce texte les prémices du programme « Reinventing Environmental Regulation » mais une section de l'Executive Order précise « *les administrations fédérales ne devront promulguer que les réglementations qui sont requises par la loi, qui sont nécessaires pour interpréter la loi ou sont nécessaires pour l'intérêt public tel que l'échec du marché privé, la protection ou l'amélioration de la santé et la sécurité du public, l'environnement ou le bien être du peuple américain. En décidant s'il convient d'édicter une réglementation les administrations devront évaluer tous les coûts et bénéfices des alternatives réglementaires y compris le choix de ne pas réglementer*<sup>1</sup>.

*Coûts et bénéfices doivent inclure à la fois les éléments quantifiables et les éléments qualitatifs des coûts et bénéfices difficiles à quantifier mais néanmoins essentiels. En outre, en choisissant parmi les alternatives réglementaires, les administrations doivent choisir les solutions qui maximisent les bénéfices nets sauf si la loi exige une autre approche réglementaire. »*

Dans la section 3 est précisé : « *chaque administration devra rédiger ses réglementations afin de limiter ses contraintes sur la société y compris les personnes privées, les entreprises de différentes tailles et d'autres entités, y compris les collectivités locales, de façon à atteindre les objectifs des réglementations prenant en compte entre autre et dans la mesure du possible le coût du cumul des réglementations* ». On notera que ce texte s'il est clair sur le diagnostic est prudent sur les moyens. Par ailleurs on l'a vu il ne concerne que l'Exécutif. Or le Congrès est lui même une source importante de réglementation dans la mesure où les lois publiques (statutes) ont tendance à être très détaillées.

### **3.3 Le projet de réforme de l'Environmental Protection Agency (EPA)**

#### **3.3.1 Le contexte**

Cette administration, créée en 1970 par le National Environmental Policy Act (NEPA) est devenue au cours des années la pièce maîtresse de la politique environnementale du gouvernement fédéral.

---

<sup>1</sup> Souligné par nous

Bien entendu, les critiques sur l'inefficacité et le coût de la protection de l'environnement concerne au premier chef l'EPA. Avec près de 19.000 fonctionnaires, dont la moitié sont en poste dans les directions régionales, elle est dotée d'un budget de l'ordre de \$7 milliards (40 milliards de francs).

Aussi, en 1995, le Congrès a-t-il demandé à la « National Academy of Public Administration » de répondre aux questions suivantes :

- Est-ce que l'EPA affecte ses moyens aux problèmes environnementaux les plus importants ?
- Comment l'EPA et le Congrès définissent-ils leurs priorités ?
- Comment devraient être définies les priorités ?

En fait, il s'agissait d'essayer de voir clair dans le conflit politique qui, au sein du Congrès, opposait ceux sceptiques sur l'efficacité de ce monstre administratif, budgétaire et liberticide et ceux pour lesquels la protection de l'environnement n'a pas de prix et justifie une administration omniprésente.

Un groupe de onze personnalités, placé sous la direction de Jonathan Howes, Ministre de l'Environnement, de la Santé et des Ressources Naturelles de Caroline du Nord, a rédigé un rapport dont le titre résume bien l'ambition : « Setting Priorities, Getting Results : A New Direction For EPA »<sup>1</sup>.

Il convient de rappeler qu'au moment de la préparation de ce rapport, le Congrès votait la législation relative à la réforme réglementaire, tandis que les responsables de l'EPA engageait la réforme demandée par le Président Clinton exigeant le « Common Sense » et une meilleure crédibilité en matière d'analyse de risque.

### **3.3.2 Les recommandations**

La nécessité d'un changement de politique environnementale s'impose si l'on veut conserver les acquis considérables qui ont été réalisés au cours des deux dernières

---

<sup>1</sup> NAPA, Washington 1995, 219 pages, Summary Report, 69 pages.

décennies. Il importe de définir une stratégie plus rationnelle et moins coûteuse, ce qui implique plus de créativité et moins de bureaucratie.

De nombreuses expériences au sein des administrations fédérales et d'Etat, des collectivités locales et du secteur privé ont dessiné ce que pourrait être une nouvelle stratégie. Mais la réussite suppose que l'EPA et le Congrès changent radicalement leur modalité de fonctionnement et le rapport fait à cet égard six recommandations générales :

### 1) *Clarification des missions*

L'EPA doit voir ses missions clairement définies par la loi et doit être dotée d'une flexibilité lui permettant de mener à bien sa tâche.

En effet, à ce jour, l'EPA dépend de plusieurs lois peu cohérentes qui dispersent ses missions, entravent la liberté d'action des responsables et les empêchent de prendre les décisions appropriées. Le Congrès doit donc s'abstenir d'intervenir sur les problèmes mineurs (micromanagement).

L'EPA doit être dotée d'un statut identifiant clairement ses missions au regard des autres acteurs : Etats, collectivités locales et secteur privé. Ce nouveau statut devrait être édicté par le Congrès sur la base de propositions précises de l'EPA.

### 2. *Principe de subsidiarité vis à vis des Etats et collectivités locales*

La nécessité de normes nationales n'est pas remise en cause mais un nouveau partenariat doit être recherché sur la base d'une « dévolution responsable » et du principe d'une adaptation à chaque situation (one size does not fit all). Ce qui signifie que chaque fois que l'Etat a la volonté et est capable de se substituer à l'Etat fédéral, il doit prendre toutes ses responsabilités et l'EPA doit clairement céder la place. Dans les autres cas, l'EPA doit s'efforcer de préparer l'Etat à assumer ses responsabilités. Ceci implique une modification du rôle des directions régionales de l'EPA qui de censeur doit devenir moniteur.

### 3. *Flexibilité dans l'approche des normes*

Chaque fois qu'une collectivité locale ou une entreprise démontre qu'elle est à même d'aller au-delà des normes, l'EPA doit être en mesure de mettre en œuvre des

réglementations plus flexibles sur les moyens d'y parvenir. Pour cela, le Congrès doit modifier la législation actuelle afin que les objectifs soient atteints à des coûts moindres.

#### 4. *Réorganisation de la gestion*

Afin d'améliorer son fonctionnement, l'EPA doit :

- définir ses objectifs environnementaux et mettre au point les stratégies appropriées correspondantes,
- recourir à l'analyse comparative de risques afin de guider le choix des priorités,
- faire en sorte que ses choix budgétaires soient conformes aux priorités,
- définir ses responsabilités en évaluant les performances par rapport à un point de départ clairement établi (baseline).

Le Congrès, plutôt que de contrôler le détail du fonctionnement de l'EPA doit veiller à ce que les résultats d'amélioration de la qualité environnementale correspondent bien aux objectifs.

#### 5. *Les nouveaux outils de prise de décision*

Le Congrès doit exiger de l'EPA qu'elle justifie ses réglementations en terme de réduction des risques et autres coûts et bénéfices.

L'EPA doit encourager les Etats et collectivités locales à utiliser l'analyse comparative de risques dans un cadre national. Ces informations doivent être communiquées au Congrès afin qu'il puisse les traduire en terme de priorités budgétaires. Pour autant, l'EPA doit veiller à ne pas submerger le public et le Congrès avec des informations et doit clairement afficher le niveau d'incertitude propres aux analyses comparatives de risques. A cet égard, il est recommandé de créer au sein de l'EPA un Office de la statistique environnementale.

#### 6. *Intégration des domaines environnementaux*

La distinction traditionnelle entre les services gérant indépendamment l'air, l'eau, les déchets et les substances chimiques constitue un obstacle au choix des priorités. Il importe donc de profondément modifier les structures bureaucratiques en se conformant à quelques principes clairs :

- en recourant au bon sens et à la flexibilité, le pays peut à la fois poursuivre son effort d'amélioration de l'environnement, tout en diminuant considérablement son coût ;
- en transférant l'essentiel de ses tâches aux Etats, collectivités locales et secteur privé, l'EPA pourra se consacrer aux problèmes pour lesquels son rôle est indispensable ;
- en définissant leur priorités, l'EPA et le Congrès peuvent faire en sorte que les efforts du secteur public et du secteur privé s'attachent à résoudre les vrais problèmes.

En conclusion, les rapporteurs du groupe de travail affirment qu'il n'est pas possible de poursuivre le rythme d'accroissement des dépenses consacrées à l'environnement et que seule l'intelligente hiérarchisation des priorités par l'EPA et le Congrès permettra de poursuivre l'effort entamé dans les années 70.