

## **L'intégration du droit de l'environnement dans le droit de la concurrence**

par *Julie MALET-VIGNEAUX*

(p. 283 de la version papier des Annales de la Faculté)

Thèse soutenue le 04 juillet 2014 à Nice sous la direction de M. le professeur Gilles J. Martin.

Membres du jury : M. François-Guy Trebulle, professeur à l'Université Paris I - Panthéon Sorbonne, M. Laurent Neyret, professeur à l'Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines, M<sup>me</sup> Marie Malaurie-Vignal, professeur à l'Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines, M. Gilles J. Martin, professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis, M. Yves Strickler, professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis, et M<sup>me</sup> Marina Teller, professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis.

Mention : Très honorable avec les félicitations du jury.

La rencontre entre le droit de l'environnement et le droit de la concurrence était inattendue tant l'antinomie naturelle entre ces deux droits peut frapper au préalable : l'environnement, valeur non marchande, est en principe exclu des mécanismes de l'ordre concurrentiel. S'intéresser à la rencontre entre ces deux droits supposait alors d'étudier la place des considérations environnementales dans notre système juridique.

Cette recherche nécessitait, pour commencer, de dresser un état des lieux de la prise en compte actuelle du droit de l'environnement en droit de la concurrence. Il fallait, ensuite, envisager les modalités d'un renforcement de l'intégration des exigences environnementales dans le droit de la concurrence, guidé par une approche renouvelée du principe d'intégration. Ne restait alors qu'à esquisser les voies possibles d'une intégration qui ne se contenterait plus d'être seulement formelle, en posant les jalons d'un droit économique de l'environnement en construction.

Le constat réalisé par la thèse est que la réalité de l'intégration environnementale dans le droit de la concurrence n'est qu'une intégration formelle. L'analyse des différentes règles et solutions du droit de la concurrence implique de mettre en exergue les limites de la situation actuelle : consacrée formellement, l'intégration n'est qu'une intégration feinte substantiellement. Le droit de l'environnement n'est en effet admis qu'au titre des dérogations, au terme d'un strict contrôle de nécessité et de proportionnalité. Érigé comme règle de référence, le droit de la concurrence

confirme son impérialisme par la définition autoréférentielle de son champ d'application par le recours à la notion d'activité économique.

Consacré formellement dans les trois ordres juridiques mais souffrant d'une qualification difficile à cerner, c'est le principe d'intégration qui doit permettre de réaliser l'intégration substantielle du droit de l'environnement. Pourtant fondamental, c'est un principe qui, contrairement aux autres grands principes du droit de l'environnement, a très peu suscité l'intérêt de la doctrine. Il a alors été proposé une qualification juridique du principe d'intégration qui conduit à une nouvelle lecture du système juridique : un principe méthodologique, qui doit guider les règles et les actions de toutes les politiques en les conciliant avec les exigences environnementales à tous les stades, élaboration des textes comme pratique décisionnelle. Le principe d'intégration apparaît comme le corollaire indispensable du développement durable, dont il constitue la véritable méthodologie juridique. Cette vision renouvelée du principe d'intégration devrait servir d'ancrage aux constructions prétoriennes les plus audacieuses. Ses potentialités pour une meilleure prise en compte du droit de l'environnement sont immenses. Principe qui paraissait le plus discret des principes généraux du droit de l'environnement, le principe d'intégration est aussi le plus insidieux car subrepticement, en injectant le questionnement environnemental dans toutes les politiques publiques, il pose la question de principe de hiérarchisation des composantes de l'intérêt général. Dès lors, si l'environnement est attiré par le marché, il doit être capable d'y déroger en lui imposant sa spécificité. C'est ainsi que la protection de l'environnement définit parfois les limites du marché et du droit de la concurrence. Tel est incontestablement le cas dans le droit des aides d'État. De même, le développement du recours aux gains d'efficacité ne doit pas freiner la prise en compte des exigences environnementales en tant que dérogation au droit de la concurrence. Bien au contraire, il est nécessaire que l'environnement soit intégré dans les gains d'efficacité, par l'aspect qualitatif de ceux-ci. En conséquence, la notion de progrès économique doit évoluer vers un nouveau progrès écologique.

Admettant une distorsion des règles du marché au nom de l'environnement, le droit de la concurrence préserve de plus en plus la spécificité environnementale, au terme d'un arbitrage souvent difficile. C'est alors dans cet arbitrage que l'équilibre doit être cherché. Pourtant, la protection de l'environnement ne représente pas seulement une limite ou un prétexte ; elle doit servir d'étalon au regard duquel doivent être proportionnées l'ensemble des politiques et actions. Nous pensons ainsi qu'il faut absolument tendre vers une régulation des marchés prenant mieux en compte les enjeux environnementaux. À cet égard, la thèse dessine deux voies possibles, et non exclusives l'une de l'autre, d'une intégration réellement substantielle, et en trace les contours et les modalités.

La première de ces voies est celle de l'élévation de l'intérêt environnemental et l'avènement d'un ordre public écologique. L'intérêt général et la conciliation des intérêts sont en effet traditionnellement regardés comme la voie de l'intégration du droit de l'environnement. La préoccupation environnementale est manifestement d'intérêt général, non seulement au niveau national, mais également au niveau supra national. L'intégration de cet impératif justifie alors une adaptation des règles et solutions traditionnelles du droit de la concurrence. Est-ce à dire pour autant que cette manifestation de l'intérêt général devrait l'emporter à chaque fois sur le maintien d'une concurrence non faussée ? Certainement pas. La protection de la concurrence participe également de l'intérêt général. Dès lors, comme souvent, lors de la rencontre entre deux branches du droit, c'est une conciliation qui doit être opérée. S'agissant plus spécifiquement de la rencontre entre le droit de la concurrence et le droit de l'environnement, cette conciliation doit revêtir le masque de l'intégration. C'est alors par la mise en place de procédures démocratiques et par le recours au juge, que l'intégration environnementale pourra pleinement se réaliser. Des progrès certains, participant à l'élévation du niveau des préoccupations environnementales face à la toute-puissance des préoccupations concurrentielles, se manifestent. Ces progrès sont nécessaires mais la route est encore longue avant de parvenir à une véritable intégration environnementale, impliquant de s'interroger sur une autre voie potentielle de l'intégration environnementale.

La seconde voie de l'intégration environnementale que la recherche propose est celle de l'« économisation » du droit de l'environnement et de ses considérations. Les manifestations principales de ce phénomène récent sont l'apparition de marchés en lien avec l'environnement et l'entrée des préoccupations environnementales dans le droit des affaires. Le droit de l'environnement tend à devenir un droit résolument moderne, qui non seulement n'a pas peur du marché, mais sait l'utiliser pour mieux diffuser le souci de protection environnementale. En s'emparant lui-même des préoccupations environnementales, l'ordre concurrentiel permet *in fine* au droit de l'environnement de véritablement jouer le jeu du marché. Le fait que le droit de l'environnement ait recours, chaque jour davantage, aux outils du marché conduit nécessairement les opérateurs à intégrer cette dimension dans leurs choix stratégiques comme dans leurs décisions de gestion. Il est nécessaire de saisir les opportunités, y compris sur le terrain concurrentiel, de ce phénomène actuel d'« économisation ». Cette voie, en permettant à l'environnement de jouer le jeu du marché et de ne plus être seulement considéré au titre des dérogations est sans doute la voie dont les potentialités sont aujourd'hui les plus fortes. Toutefois, afin de pallier le risque d'une absorption pure du droit de l'environnement et des ses impératifs, conduisant

à sa simple monétarisation par le système marchand, la recherche propose des mécanismes d'encadrement de cette « économisation », en insistant sur l'importance d'une régulation stricte des comportements des acteurs du marché prenant en compte les spécificités des valeurs portées par le droit de l'environnement, ainsi que sur l'intérêt des mécanismes de responsabilité, environnementale comme civile, pour permettre une internalisation des externalités générées par les entreprises - condition *sine qua non* du maintien de l'égalité entre les concurrents sur un marché -.

Les deux voies de l'intégration véritablement substantielle du droit de l'environnement que la recherche propose relèvent de présupposés largement contradictoires. Elles ne sont pourtant pas exclusives l'une de l'autre, et force est de constater que les deux mouvements opèrent de concert. Il est alors important que ces voies soient guidées par l'impératif du principe d'intégration. Ce dernier voit pour l'instant encore son rôle limité à un simple encadrement du développement économique, ce qui s'avère notoirement insuffisant. En effet, la lettre même des textes retient une conception beaucoup plus ambitieuse. Derrière l'apparent consensualisme lié au concept d'intégration, il faut considérer qu'une pleine gestion intégrée de l'environnement doit conduire à une véritable révolution dans la hiérarchie des valeurs et dans les comportements. Et, si un tel bouleversement est nécessaire, c'est du fait que l'économie s'est développée en ignorant largement la dimension écologique. Le droit de l'environnement, transversal par nature, doit pénétrer les autres droits, et tout particulièrement les droits qui régissent et encadrent l'activité économique. Une protection segmentaire de l'environnement, par le biais de la seule réglementation environnementale, ne suffit plus. L'intégration environnementale doit devenir le moteur d'une évolution profonde du droit. À cet égard, c'est le principe d'intégration qui doit pouvoir devenir le cheval de Troie du marché, et permettre à l'« économisation » du droit de l'environnement de devenir un levier pour parvenir à une écologisation du droit de la concurrence.