



**HAL**  
open science

## Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile

François Facchini

► **To cite this version:**

François Facchini. Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile. *Économie appliquée*: archives de l'Institut de science économique appliquée, 1997, 4, pp.97-125. hal-01377930

**HAL Id: hal-01377930**

**<https://hal.science/hal-01377930>**

Submitted on 7 Mar 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile

François Facchini

Economie-Droit-Justice  
Faculté de sciences économiques et de gestion  
Université de Reims, Champagne-Ardennes

*Cet article montre que les principes de propriété et de responsabilité permettent de gérer les externalités. Nous montrons, dans une première partie, l'apport et les limites de la théorie des coûts de transaction pour comprendre les mécanismes d'internalisation des effets externes. Puis nous développons, dans une deuxième partie, la thèse selon laquelle la gestion des effets externes n'est pas un problème d'attribution de droit de propriété mais de définition des responsabilités.*

*In this paper, we show that the property and liability rules can manage the externality problem. For this reason, it is not necessary to use a pigouvian tax or externalities market. This is why, in a first part of this work, we show the contribution and limits of transaction cost theory for the understanding of externality problem. In a second part of this work, we consider that externality management is not an allocation of property right problem but a definition of liabilities.*

## INTRODUCTION

L'existence d'effets externes pose des problèmes de gestion largement débattus par la science économique. Leur présence est traditionnellement considérée comme étant à l'origine d'une défaillance du système des prix. Elle appelle la mise en place d'une politique publique dont l'objectif est de rétablir l'égalité entre le produit marginal social et

le produit marginal privé. Le problème est posé dans les termes suivants : « *A porte préjudice à B, la question est alors de savoir comment empêcher A.* » En fait, comme le souligne R. Coase, le problème est de nature réciproque, car supprimer le préjudice de *B* nuirait à *A*. La « vraie » question est, alors, la suivante : « *doit-on laisser A porter préjudice à B ou doit-on laisser B porter préjudice à A ?* » « *Le problème en fait serait de réduire le préjudice en général au minimum* » (Coase, 1975, p. 130). La question est : comment maximiser la valeur de la production ? Il ne s'agit plus d'internaliser les effets externes par les prix, mais par un changement institutionnel. Doit-on donner le droit de propriété à l'individu *A* ou à l'individu *B* ? Doit-on donner un droit de polluer à *A* ou un droit à ne pas être pollué à *B* ? R. Coase oppose, donc, deux règles de propriété : une règle *N* (le droit de polluer) et une règle *R* (le droit de ne pas être pollué). Il traite des effets externes comme d'un problème d'affectation des ressources, « *toute distribution de droit étant une distribution de richesse* » (Kolm, 1971, p. 87). Le prix n'est plus le seul moyen d'internaliser les effets externes, il faut aussi tenir compte des institutions. Il ne s'agit plus de compenser, de corriger les contrats effectués sur le marché mais de mettre en évidence le processus d'internalisation institutionnel. Les travaux postcoasiens sur les effets externes se sont alors concentrés sur les caractéristiques incitatives et les modalités de construction d'un marché des effets externes ou plus spécifiquement d'un marché des droits à polluer. Les droits à polluer apparaissent ainsi comme la création d'un nouveau bien représentatif de l'effet externe.

Ce changement de problématique est fécond car il annonce tous les développements sur l'économie du droit. Il débouche cependant sur une solution inopportune, car en présence d'effets externes il ne s'agit pas d'attribuer des droits de propriété mais de définir des responsabilités. C'est du moins ce que cherche à montrer cet article.

A cette fin, une première partie souligne, tout d'abord, l'apport de la théorie des coûts de transaction à la compréhension des mécanismes d'internalisation des effets externes (1.1) pour s'attacher ensuite à mettre en évidence ses limites, notamment lorsque les coûts de transaction de chacune des règles, notamment non « *hiérarchisables* » (1.2). Le choix institutionnel se résume alors à un choix entre deux dotations initiales. La question de l'internalisation des effets externes ne peut se résoudre que par une étude des modes de répartition initiale des droits sur les ressources. Le juge ou l'Etat est alors en charge de cette répartition des ressources dans une logique d'efficacité qui se heurte à la circularité du

raisonnement adopté par l'école de Chicago et dénoncé par R. Dworkin (1980).

Pour sortir de cette impasse nous proposons, dans une deuxième partie, une solution simple qui repose sur la définition des effets externes développée par E.J. Mishan (1971). Un effet externe est un bien joint à l'usage d'un bien privé. Il est, donc, un attribut du droit de propriété sur le bien qui le supporte. La question du choix entre les règles *N* et *R* n'est plus un problème puisque les biens privés sont des biens appropriés et échangés sur le marché (2.1). Nous illustrons notre propos par les biens environnementaux que sont l'eau, l'air, la faune, la flore ou le paysage qui sont tous des attributs d'un droit de propriété plus fondamental, le droit de propriété sur le sol. La gestion des effets externes négatifs passe, dans ces cas, par l'achat d'un droit de propriété sur le bien support, d'une part, et par le recours en responsabilité du plaignant qui considère que sa propriété n'a pas été respectée, d'autre part. Le conflit est alors résolu soit à l'amiable soit par un recours en responsabilité devant le juge qui définit le signe des effets, les dommages et le montant des indemnités s'il y a lieu. La présence d'un concernement collectif et de coûts d'identification de l'origine des effets suscite cependant l'apparition de comportements de passager clandestin et des interrogations sur les coûts comparés des procédures judiciaires et administratives. Nous tentons, pour cette raison, de cerner les limites de la gestion des effets externes par le droit de propriété et l'application d'un principe de responsabilité à partir des coûts de la procédure judiciaire (2.2).

## I. – EFFETS EXTERNES, COÛTS DE TRANSACTION ET CHOIX INSTITUTIONNEL

La théorie du coût social de R. Coase reprend la théorie des effets externes développée par Pigou. Elle oppose à la correction des défaillances du système des prix par un système de compensation public de type taxe-subsidation, un mécanisme de négociation. Sur la base de son théorème d'invariance, R. Coase propose de laisser le marché fonctionner<sup>1</sup>. Le marché peut donc intégrer les externalités si les coûts de transaction sont négligeables. Ainsi, en face d'un simple problème de

---

<sup>1</sup> Le théorème d'invariance stipule qu'en l'absence de coûts de transaction il n'est pas important de savoir comment les droits de propriété privée sont définis et attribués car le résultat de la négociation sera toujours Pareto-optimal.

pollution des eaux par les agriculteurs l'Etat laisse les consommateurs d'eau entrer en négociation avec les agriculteurs pour qu'ils négocient le prix du dommage.

L'intégration des coûts de transaction dans la logique parétienne modifie les frontières des possibilités de production et de satisfaction ainsi que le coût de l'action publique. Il est, en effet, rarement possible de savoir *a priori* si les coûts de transaction de la solution de marché excèdent les coûts de transaction des politiques publiques. Les coûts de transaction modifient le choix des règles de propriété car ils mobilisent des ressources qui, en leur absence, iraient à la production et à la satisfaction des individus. A partir d'une position Pareto-optimale, il s'agit donc de montrer quelles sont les conséquences de l'introduction des effets externes puis des coûts de transaction sur le bien-être social.

### 1.1. Effets externes, coûts de transaction et optimum de Pareto

Le critère de Pareto considère qu'une affectation des ressources est préférable à toute autre si elle permet d'améliorer le bien-être d'un individu sans diminuer le bien-être des autres individus qui constituent avec le premier la société (Grefe, 1994, p. 51). L'optimum parétien ne définit cependant qu'un ordre partiel parmi tous les états réalisables. Pour choisir entre tous les *optima*, il suffit de faire intervenir le système des prix, c'est-à-dire la contrainte de revenu. Il est possible alors de déterminer un *optimum optimorum*. En ce point (le point E sur la figure 1), les consommateurs maximisent leurs satisfactions respectives pour une nouvelle répartition physique des deux biens (Bénard, 1985, p. 88) par rapport à la répartition initiale et les producteurs maximisent leur profit compte tenu de leur fonction de production et de la quantité de facteur disponible. Au point A, l'ensemble des facteurs est affecté à la production du bien X. Au point B, l'ensemble des facteurs est affecté au bien Y.

#### *Effets externes et optimum de Pareto*

L'introduction d'un effet externe négatif modifie ce résultat. La présence d'externalités négatives diminue la concavité<sup>2</sup> de la courbe des possibilités de production (dans le cas d'effet externe de produc-

<sup>2</sup> L'absence de production du bien Y ne permet pas à l'effet externe d'exister et inversement. Il est donc logique que les points A et B restent inchangés.

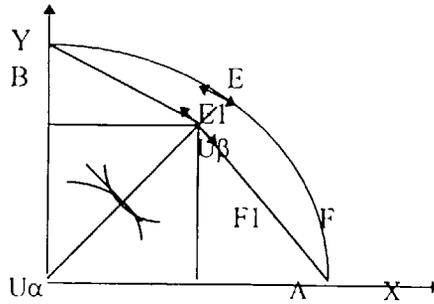


Figure 1

### Modification de la frontière des possibilités de production en présence d'un effet externe négatif

- F* : frontières des possibilités de production sans effets externes  
*E* : *optimum optimorum* sans effets externes  
*F1* : frontières des possibilités de production avec effets externes négatifs  
*E1* : *optimum optimorum* avec effets externes négatifs  
*X* et *Y* : biens de consommation  
 $\alpha$  et  $\beta$  : deux groupes de consommateur.

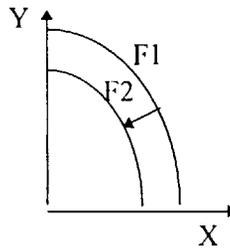
tion<sup>3</sup>) ou de la courbe des possibilités de satisfaction (dans le cas d'effet externe de consommation<sup>4</sup>). Avec une même quantité de facteurs, il n'est plus possible de produire autant de biens. Avec une même quantité de biens, il n'est plus possible d'atteindre le même niveau de satisfaction. Les effets externes n'ont aucun effet sur la taille de la boîte d'Edgeworth. Ils permettent s'ils sont positifs d'accroître la production, s'ils sont négatifs de diminuer la production pour une même quantité de facteurs de production. En présence d'effets externes négatifs l'optimum se situe sur la courbe des possibilités de production *F1* et l'*optimum optimorum* est *E1* (figure 1).

<sup>3</sup> « Les effets externes de production apparaissent lorsque certaines actions d'une entreprise bénéficient à d'autres agents, sans que ceux-ci ne paient pour les avantages procurés » (Picard, 1987, p. 458).

<sup>4</sup> « Il y a des économies externes de consommation lorsque ce sont les décisions d'un consommateur qui profitent à d'autres agents sans qu'il y ait compensation monétaire » (Picard, 1987, p. 458).

### *Coûts de transaction et optimum de Pareto*

La prise en compte des coûts de transaction <sup>5</sup> change aussi les frontières de bien-être (Griffin, 1991, p. 608). Les nouvelles frontières de possibilités de production ou de satisfaction sont à l'intérieur de l'ancienne puisque les individus sont obligés d'affecter une partie de leurs ressources à la négociation. Sur la figure 2, on passe de  $F1$  à  $F2$ . En présence de coûts de transaction positifs on se situe, quoi qu'il advienne, en dessous de la frontière des possibilités de production ou de satisfaction sans coûts de transaction.



*Figure 2*

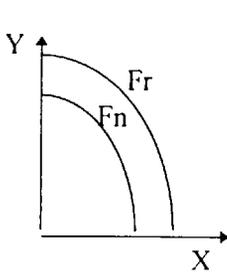
#### **Modification de la frontière des possibilités de production avec effet externe négatif et coûts de transaction**

S'il n'existe que deux règles d'affectation des ressources,  $F2$  se scinde en deux courbes  $F_n$  et  $F_r$ . Chaque règle de propriété sur les effets externes a des coûts de transaction qui lui sont propres. Si la règle  $N$ , droit de polluer, est adoptée on se situe en  $F_n$ . Si la règle  $R$  est adoptée, droit de ne pas être pollué, la frontière des possibilités de production est  $F_r$  (figure 3a). Les règles  $N$  et  $R$  sont des règles de propriété distinctes qui distribuent des droits et permettent aux agents de négocier pour améliorer leur situation. Ainsi, le fait d'avoir des courbes de possibilités de production inférieures à la courbe de possibilités de production sans coûts de transaction signifie une diminution de la taille de la boîte d'Edgeworth. Une partie des ressources est affectée à la mise en place de la négociation. Les coûts de transaction sont largement fonction de l'importance des comportements de resquille. Pour reprendre l'exemple, donné en introduction, certains consommateurs d'eau peuvent attendre

<sup>5</sup> Ici la notion de coût de transaction est simplement définie comme une quantité de ressources affectée à la négociation. Le coût de transaction n'affecte donc pas la fonction de production.

que les individus les plus motivés entament la négociation afin d'en obtenir les bénéfices sans en supporter les coûts. Ils augmentent donc avec l'importance des différences entre le point de dotation initiale et le point d'affectation optimale. Les coûts de transaction favorisent ainsi l'inertie car les participants sur le marché refusent de supporter seuls les coûts de construction du marché (Randall, 1983).

Ainsi si, en l'absence de coût de transaction, l'attribution des droits n'a aucun effet sur l'efficacité (théorème d'invariance), en présence de coûts de transaction, seule la règle qui minimise les coûts de transaction est efficace. Les coûts de transaction modifient à la fois les frontières de bien-être (Griffin, 1991, p. 608) et l'arbitrage entre les règles  $R$  et  $N$  qui se fait, désormais, à partir de coûts de transaction différents. Deux cas sont possibles. Le premier cas suppose que la règle  $R$  mobilise moins de ressources lors de la négociation que la règle  $N$  (figure 3.a). Le deuxième cas suppose qu'il est impossible de dire quelle est la règle la moins coûteuse (figure 5.a).



( $F_r > F_n$ )  
Figure 3a

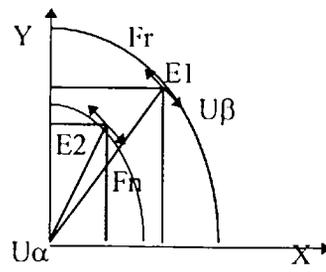


Figure 3b

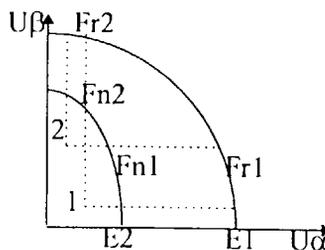


Figure 3c

## 1.2. Règles de droit et coûts de transaction hiérarchisables

Considérons tout d'abord le cas où la règle  $R$  mobilise moins de ressources lors de la négociation que la règle  $N$  (figures 3.a).

La règle  $R$  (droit à ne pas être pollué) est moins coûteuse en termes de coûts de transaction que la règle  $N$  (droit à polluer) ( $Fr \geq Fn$ , figure 3a). Dans un système donné de droits de propriété, nous savons d'une part qu'une modification de la distribution des ressources se traduira par un déplacement sur la courbe des possibilités de production ou de satisfaction et, d'autre part, qu'un changement des droits de propriété impliquera un déplacement de la courbe des possibilités de production ou des possibilités de satisfaction (figure 3b). Les points  $Fr1$  et  $Fr2$  sont préférés aux points  $Fn1$  et  $Fn2$  (figure 3c). Le passage de la règle  $N$  à la règle  $R$ , c'est-à-dire une modification du système des droits de propriété, permet d'améliorer la situation de tous. La règle  $R$  est plus efficace que la règle  $N$ . Comment passer de la règle  $N$  à la règle  $R$ ? Deux solutions sont envisageables. La première utilise une fonction de bien-être social. La seconde choisit la règle qui maximise la richesse sociale<sup>6</sup>.

### *L'Etat choisit la règle qui minimise les coûts de transaction*

La première solution consiste à choisir autoritairement. L'Etat utilise une fonction de bien-être social afin de choisir parmi toutes les affectations possibles la meilleure de toutes. Soit  $W = W(U\alpha, U\beta)$  la fonction de bien-être social des groupes  $\alpha$  et  $\beta$ .  $W$  permet de choisir entre  $N$  et  $R$  en disant quelle est la règle préférable. Si le critère est parétien,  $W$  se place sur la frontière des possibilités de satisfaction obtenue par l'adoption de la règle  $R$  (figure 4).  $W2$  maximise le bien-être de l'ensemble de la collectivité. L'existence d'une telle fonction de bien-être social permet par ailleurs de limiter les blocages liés à la distribution initiale des ressources. Le passage de ( $Fr1$ ) à ( $Fr2$ ) suppose une redistribution des ressources ou un changement dans la contrainte budgétaire. L'Etat peut arbitrairement choisir entre ( $Fr1$ ) et ( $Fr2$ ) (graphique 4). L'efficacité est la même au sens de Pareto mais la distribution avantage plus ou moins le groupe  $\alpha$  ou le groupe  $\beta$  (Randall, 1983).

<sup>6</sup> L'approche en termes de maximisation de la richesse sociale permet selon R. Posner (1979) d'une part de remédier au problème de l'impossibilité de mesurer l'utilité et d'autre part d'éviter les monstruosité morales de l'utilitarisme. Le principe de maximisation de la richesse permet donc d'évaluer la justesse et la moralité des institutions sociales et juridiques (Posner R., 1979).

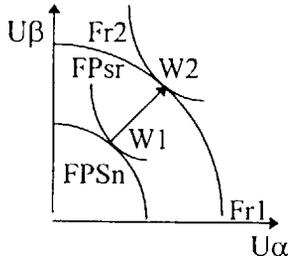


Figure 4

FPS = frontières des possibilités de satisfaction

### *Le juge choisit la règle qui maximise la richesse sociale*

L'autre solution consiste à choisir la règle qui maximise la richesse sociale. Dans cette perspective, l'Etat laisse la place au juge et à un simple mécanisme de compensation. Depuis R. Coase, l'économie du droit se donne d'ailleurs pour objectif de maximiser le produit <sup>7</sup>. En examinant l'exemple de l'entreprise qui contamine un fleuve et tue les poissons, Coase soutient « *que la question à trancher est la suivante : est-ce que la valeur du poisson perdu est inférieure ou supérieure à la valeur du produit que la contamination du fleuve rend possible?* » (Cordato, 1992, p. 441). Sans coûts de transaction, les parties poursuivront leur négociation jusqu'à obtenir un résultat maximisant la valeur combinée de leurs productions. Avec des coûts de transaction positifs, le résultat efficace ne peut pas émerger spontanément. En ces circonstances, une tierce partie, probablement un juge, a pour tâche de déterminer « *la disposition légale des droits susceptibles d'assurer une valeur de la production plus importante que toute autre* » (Coase, 1975, p. 167). Le juge va utiliser des calculs de coût pour déterminer quelle combinaison de droits maximiserait le produit social net. Les droits de propriété sont réaffectés suivant cette règle de maximisation (Cordato, 1992, p. 443). « *Les juges doivent choisir des règles juridiques efficaces, c'est-à-dire énoncer des normes susceptibles d'induire des comportements efficaces* » (Centi, 1987, p. 458). La règle de droit est mise au service de la prospérité. Le droit devient une technique d'intervention. L'efficacité économique permet donc de fonder une théorie du droit et d'expliquer

<sup>7</sup> De cette approche naît l'approche de l'école de Chicago du droit et de l'économie. Celle-ci cherche à évaluer l'efficacité des règles de droit. Pour R. Posner par exemple le droit doit se plier aux critères d'efficacité des économistes. Il s'agit d'une conception instrumentale de la règle de droit qui est mise au service de la prospérité. Celle-ci est adoptée pour obtenir certains effets précis (Posner, 1986).

l'attribution des droits individuels (Chérot, 1987, p. 6). Une telle solution suppose que les coûts de transaction sont parfaitement identifiables. Dans ces conditions, il suffit de tenir compte de la modification de la frontière de Pareto que ces coûts induisent pour préconiser la solution coasienne de la négociation<sup>8</sup>.

### 1.3. Règles de droit et coûts de transaction non hiérarchisables

Dans le deuxième cas, il est impossible de dire *a priori* quelle est la règle la moins coûteuse. Le croisement des frontières de possibilités de production ou de satisfaction rend le choix entre les deux règles beaucoup plus difficile (figure 5a et 5b). ( $X_r < X_n$ ) mais ( $Y_r > Y_n$ ), les producteurs du bien  $X$  ont intérêt à adopter la règle  $N$  alors que les producteurs du bien  $Y$  préféreraient la règle  $R$ .

On a en effet ( $X_r < X_n$ ) ce qui signifie que la mobilisation de l'ensemble des facteurs de production en faveur de la production du bien  $X$  et en présence de coûts de transaction permet de produire plus de biens si la règle  $N$  est adoptée. La règle  $N$  stipule effectivement que les producteurs du bien  $X$  possèdent un droit à polluer; ils choisissent donc librement le niveau de leur production et leur technique de production; seul l'achat d'un droit à polluer des producteurs de bien  $Y$  limite leur décision. L'adoption de la règle  $R$  favorise au contraire la production de bien  $Y$  ( $Y_r > Y_n$ ) et nuit au producteur de bien  $X$ , ce dernier se voyant dans l'obligation d'acheter des droits à ne pas être pollué au producteur de bien  $Y$ . La règle  $R$  n'est pour cette raison pas toujours moins efficace que la règle  $N$ . Il est, dans ce cas, impossible de hiérarchiser les règles  $N$  et  $R$  (figure 5b).

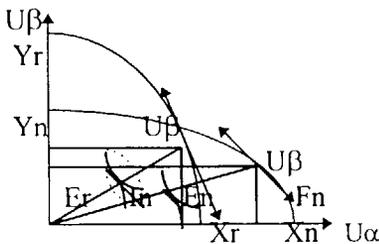


Figure 5a

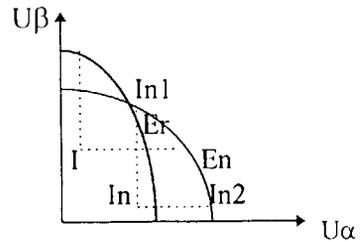


Figure 5b

<sup>8</sup> Ces deux solutions sont relativement équivalentes. Les compensations une fois payées, le critère Kaldor-Hicks qui sous-tend le critère de maximisation de la richesse sociale se ramène au critère de Pareto (Centi, 1987, p. 464).

Le point d'équilibre avec coût de transaction est donc défini à partir, *premièrement*, des dotations initiales de facteurs de production et de ressources de chaque groupe; *deuxièmement*, des coûts de transaction de chacune des règles; *troisièmement*, de la technique de production qui définit les taux marginaux de transformation; et *quatrièmement*, des fonctions d'utilité qui déterminent les taux marginaux de substitution. Dans ce cas 2, le choix ne porte plus sur la frontière des possibilités de satisfaction ( $FPS_n$  ou  $FPS_r$ ) mais sur les points d'équilibre  $Er$  et  $En$ .  $En$  est favorable au groupe  $\alpha$ , au contraire  $Er$  est plus favorable au groupe  $\beta$ . Le choix entre les règles  $N$  et  $R$  se réduit donc à un choix entre  $Er$  et  $En$  (Griffin, 1991, p. 610). Il est alors impossible de hiérarchiser les règles  $N$  et  $R$ , car il existe des répartitions pour lesquelles  $Fr$  est le système le plus efficace mais, au fur et à mesure que l'on envisage des répartitions plus favorables au groupe  $\alpha$ , cette supériorité se réduit jusqu'à disparaître puis s'inverser (Tartarin, 1987, p. 1449).

Le critère de Pareto permet de passer de  $Fr1$  à  $Fn1$  et à toute autre situation intermédiaire entre  $Fn1$  et  $Fn2$ , mais aussi entre  $Fn1$  et  $Fr2$  et  $Fr2$  et  $Fr1$ . Il est donc impossible de hiérarchiser les choix et les règles (figure 6). Le critère Kaldor-Hicks reste aussi instable. Le groupe  $\beta$  en  $Er$  souhaite se déplacer en  $Fr2$  en transférant une partie de ses gains vers le groupe  $\alpha$ . Si les individus s'entendent pour passer de  $Fr1$  à  $Fn1$ , ils changent de frontière de possibilité de satisfaction, donc de règle de propriété. Le passage de  $Fr1$  à  $Fn1$  se fait à utilité  $U_\beta$  constante.  $U_\alpha$  au contraire augmente. En  $Fn1$ , le groupe  $\beta$  peut obtenir du groupe  $\alpha$  de passer de  $Fn1$  à  $Fn2$ , si les coûts de transaction entre  $\beta$  et  $\alpha$  sont tels que le gain de  $\beta$  ne compense pas l'indemnité qu'il verserait plus ces coûts de transaction à  $\alpha$ . Cette situation reste instable car le point  $Fr2$  est meilleur que le point  $Fn2$  pour le groupe  $\beta$ . Le groupe  $\beta$  peut à nouveau chercher moyennant une indemnité à obtenir du groupe  $\alpha$  de passer en  $Fr2$ , etc.

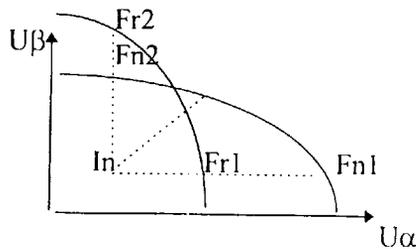


Figure 6

Le passage de *Er* à *En* peut donc conduire à une distribution des gains plus ou moins favorable à tel ou tel agent selon l'ampleur des transferts obtenus (Tartarin, 1987, p. 1449).

## Conclusion de la première partie

### *Les résultats obtenus*

1) Dans un système donné de droits de propriété et sans coûts de transaction, une modification de la distribution des ressources se traduit par un déplacement sur la courbe des possibilités de production. L'efficacité est alors indifférente à la règle de propriété adoptée.

2) Lorsque les coûts de transaction sont introduits, il s'agit de choisir la règle la moins coûteuse en termes de coûts de transaction. La distribution des droits n'est plus indifférente aux résultats du marché. Elle est déterminante pour l'affectation des ressources par le marché. Il y a modification des frontières des possibilités de satisfaction. Deux cas se présentent. Tout d'abord, le cas où l'une des règles a des coûts de transaction inférieurs à l'autre. Dans ce cas, si la collectivité accepte de respecter le critère de Pareto et si le montant des coûts de transaction est connu, l'Etat peut choisir. Ensuite, le cas où les règles sont non hiérarchisables. L'Etat peut toujours choisir mais arbitrairement car, cette fois, il s'agit simplement d'un problème de répartition. Le passage d'une règle à une autre est possible, il relève d'un système de compensation.

3) Dans cette perspective, la fonction des droits de propriété est d'internaliser les effets externes, c'est-à-dire de favoriser les fusions et de limiter le nombre des échanges. Le droit n'est plus autre chose qu'une activité sociale dont la finalité est de contribuer à l'augmentation des surplus économiques par la définition des règles qui contribuent à abaisser le niveau des coûts de transaction au sein de la société (Lepage, 1979, p. 33). «*La relation établie entre marché économique et règles de droit conduit alors à reconsidérer la séparation traditionnelle faite entre le marché et l'Etat. Le fait que le marché soit défini par des règles de droit et que le contenu de ces règles influe sur le résultat conduit à établir que le marché est toujours sous la tutelle du droit*» (Chérot, 1987, p. 450).

Une telle approche de l'internalisation par les droits de propriété et le respect du critère d'efficacité de Pareto se heurte à de nombreuses difficultés.

*Les insuffisances de l'analyse économique du droit en termes de coûts de transaction*

1) Il apparaît tout d'abord clairement que l'introduction des coûts de transaction, dès lors qu'ils sont identifiables, ne provoque que peu de différences sur le résultat. Ceux-ci sont finalement introduits dans l'analyse pour mieux être rejetés (Centi, 1987, p. 464). Ce jugement est à nos yeux juste mais excessif car l'introduction des coûts de transaction peut mener à des frontières de possibilité de production et de satisfaction non hiérarchisables. Les coûts de transaction, en revanche, ne font qu'affecter la frontière des états efficaces au sens de Pareto.

2) L'application du critère de maximisation de la richesse n'est, par ailleurs, pas réaliste, car il suppose que le tiers (le juge ou l'Etat) est parfaitement informé. La logique du coût social internalise les effets externes, par le système des prix dans la tradition pigouvienne ou par les droits de propriété dans la tradition coasienne. Elle se heurte, dans l'un et l'autre cas, à l'ignorance dans laquelle se trouve le décideur public. Ce dernier ignore, en effet, quel est le prix des biens sans marché. Il ignore quelle est la règle qui minimise les coûts de transaction. Le problème que doit résoudre la société n'est donc pas un simple problème logique d'affectation des ressources, c'est un problème de division de l'information<sup>9</sup>. Le problème devient celui de l'utilisation de la connaissance, laquelle n'est donnée à personne dans sa totalité. Aucun tiers (même l'Etat) ne peut agir mieux que les individus eux-mêmes.

3) Le simple choix entre deux règles *R* et *N* ne prend pas en compte les effets de distribution. A long terme, « *la règle imposée par le droit joue comme un impôt. On sait qui va supporter le fardeau, mais on ne sait pas qui va finalement payer. Chacun modifie ses actions pour ne pas avoir à supporter la charge d'éliminer l'effet externe négatif. L'achat d'un droit à polluer ou d'un droit à ne pas être pollué augmente les coûts de production de X et de Y. Si les producteurs de bien X peuvent répercuter la hausse des coûts sur les consommateurs, le fardeau est reporté sur les consommateurs de bien X et inversement* » (Lemenicier, 1991, p. 48).

---

<sup>9</sup> « *Le caractère particulier du problème de l'ordre économique rationnel est lié précisément au fait que la connaissance de l'environnement dont nous pourrions avoir besoin n'existe jamais sous une forme concentrée ou agrégée, mais seulement sous forme d'éléments dispersés d'une connaissance incomplète et fréquemment contradictoire que tous les individus séparés possèdent en partie* » (Hayek, 1945, p. 118).

4) A ces trois critiques externes s'ajoute une critique interne à laquelle nous réagirons pour montrer que le choix entre les règles  $R$  et  $N$  ne doit pas être posé en termes de droits de propriété. R. Dworkin (1980) montre en effet que le raisonnement adopté par l'école de Chicago est circulaire. Nous venons de voir, en effet, qu'en présence de règles dont les coûts de transaction ne sont pas hiérarchisables, le problème devient insoluble puisque le choix de la règle  $N$  ou  $R$  se résume à un choix entre deux équilibres  $Er$  et  $En$ . Ces deux *optima* dépendent à l'évidence des dotations initiales  $Ir$  et  $In$  (figure 7, pour la règle  $R$ ) qui, elles-mêmes, dépendent du choix de la règle de distribution des richesses. A partir de la dotation initiale  $Ir$ , le groupe  $\beta$  se place sur une courbe d'indifférence du groupe  $\alpha$  et se place en  $Ir2$ ; inversement le groupe  $\alpha$  se place sur une courbe d'indifférence du groupe  $\beta$  et se place en  $Ir1$ . L'introduction d'une contrainte budgétaire permet alors de se placer en  $Er$  qui est un *optimum optimorum*.

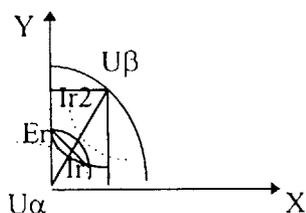


Figure 7

Le critère de maximisation des richesses dépend donc de la répartition des droits alors même que cette norme est appelée à expliquer la façon dont sont attribués les droits de propriété (Centi, 1987, p. 467). En modifiant le revenu, c'est-à-dire les ressources initiales, le changement ou le passage de la règle  $R$  à la règle  $N$  modifie la fonction de production. Des règles différentes engendrent des structures d'incitation différentes. L'important, alors, n'est plus d'arbitrer entre les règles  $R$  et  $N$  ou d'attribuer des droits en minimisant les coûts de transaction, mais de réfléchir sur l'étendue des droits acquis grâce à l'appropriation d'un bien. Le choix entre les règles  $N$  et  $R$  se résout alors très simplement lorsqu'il s'agit de biens joints à des biens déjà appropriés par le marché.

## II. – INTÉRÊTS ET DIFFICULTÉS DE LA GESTION DES EFFETS EXTERNES PAR L'ACHAT D'UN DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LE BIEN SUPPORT ET L'APPLICATION D'UN PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ

### 2.1. Effet externe, droit de propriété et principe de responsabilité

La logique de l'école de Chicago suppose que les effets externes n'appartiennent à personne. Ce sont par hypothèse des biens libres non appropriés. Le juge a pour mission de définir des droits. Cela suppose que la responsabilité soit dissociée du droit de propriété car, dans le cas contraire, les effets externes prennent nécessairement leur origine sur la propriété d'autrui.

Si l'on reprend la définition d'E.J. Mishan (1971, p. 2) des effets externes, il est pourtant simple de montrer que la question des externalités n'est pas un problème d'affectation mais de responsabilité, ce qui permet de résoudre la question de la circularité simplement en respectant les droits de propriété de chacun. *« L'effet externe est un effet direct sur le profit ou le bien-être d'un agent qui est la conséquence d'un sous-produit involontaire de l'activité légitime d'une autre personne ou firme »* (Mishan, 1975, p. 117). L'apparition du bien directement à l'origine de l'effet externe ne peut être dissociée du bien produit ou consommé délibérément par l'agent émetteur auquel il est techniquement lié. Pour le distinguer du bien joint directement à l'origine de l'effet, M. Catin (1985, p. 199) parle de bien support de l'apparition de l'effet externe. D'où la définition suivante des effets externes, l'effet externe est un bien joint à l'usage d'un bien support. Le bien support est approprié et échangé sur le marché. Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger sur l'attribution des droits de propriété sur le bien support. Reste le bien à l'origine de l'externalité. C'est un bien fortuit né d'une activité légitime (Mishan, 1971, p. 2), il trouve son origine dans l'activité légitime du propriétaire. En présence d'un effet externe négatif, le propriétaire du bien support nuit à autrui, il est donc la cause naturelle d'une nuisance. Le comportement du propriétaire est la cause d'un effet externe négatif ou d'un dommage parce qu'il est *« responsable de toute action dont l'existence ou la non-existence a été en son pouvoir »*.

Dans cette perspective, *« le droit de propriété est le critère de la faute, d'une part, et du dommage, d'autre part. Une atteinte à un droit*

*de propriété constitue en même temps une faute (...). Le dommage se résume à une atteinte au droit de propriété. (...) Ainsi, le seul fait qu'il y eût atteinte à la propriété d'autrui constitue déjà une faute et entraîne la responsabilité de l'auteur* » (Bouckaert, 1991, p. 326 puis 328). La simple invasion d'un élément étranger sur la propriété d'autrui peut être la source d'un recours en responsabilité, l'article 1382 du code civil pouvant être interprété en ce sens. Il s'agit, donc, de respecter les droits acquis lors de l'achat de la propriété sur le bien support, la liberté du propriétaire trouvant ses limites dans le droit d'autrui. L'effet externe négatif exprime simplement le dommage défini précisément par la science juridique.

Nous pouvons alors en conclure que, si la théorie selon laquelle la propriété et la responsabilité civile sont intrinsèquement liées est respectée, alors le juge ne devra plus déterminer des droits sur les effets externes mais des responsabilités en remontant au bien support. C'est parce que l'effet externe est toujours un bien fortuit joint à l'usage d'un bien premier qu'il est possible de définir les responsabilités et le montant des nuisances provoquées par l'usage d'un bien. Quel que soit le résultat (adoption de la règle *N* ou *R*), la distribution d'un droit à polluer ou d'un droit à ne pas être pollué modifie les éléments qui caractérisent le panier de droits que détient le propriétaire du bien support. Si l'effet externe est un bien joint à l'usage d'un droit de propriété sur un autre bien, les règles *N* et *R* ne font plus que qualifier un des éléments du panier de droits que détient le propriétaire de ce bien (Rothbard, 1982).

Si les agriculteurs, par exemple, possèdent un droit de propriété sur le sol, s'ils polluent l'eau, c'est-à-dire s'ils intègrent des particules impures (nitrate dans l'eau, gaz carbonique dans l'air, etc.), il y a invasion (figure 8). A l'eau des producteurs de service touristique sont ajoutées des particules impures qui peuvent créer un dommage. L'origine de la pollution est ainsi localisée, la propriété définie et la responsabilité du propriétaire du sol sur lequel se produit la nuisance engagée. L'effet externe est ici un bien joint à l'usage du sol. Dans cette perspective, la gestion de l'eau passe par l'achat d'un droit de propriété sur le sol et le respect des attributs de la propriété d'autrui.

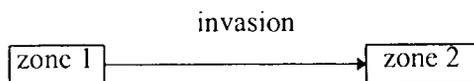


Figure 8

Les effets externes sont donc des biens joints à l'usage des biens privés auxquels ils se rattachent. C'est l'achat de ces biens privés qui permet de les gérer. Les droits des uns et des autres étant bien définis par la détention d'un droit de propriété, la question de l'attribution des droits sur les effets externes est ainsi résolue. Le juge n'agit pas sous l'objectif d'efficacité ou de maximisation de la richesse sociale, il fait simplement respecter la propriété de chacun en appliquant le principe de responsabilité.

### *La gestion des effets externes par un recours en responsabilité civile*

Outre la sortie, le recours à la politique et/ou à la violence (Facchini, 1995), le consommateur d'eau peut engager un recours en responsabilité civile, car désormais les effets externes sont des attributs des droits de propriété sur le sol, des droits de propriété acquis sur les biens supports. Le propriétaire est tout naturellement responsable de tous les biens sur lesquels il a des droits. Ainsi, « *si je suis propriétaire de moi-même et des fruits de mon travail, je suis responsable de mes actes et des biens que je possède et des personnes que j'ai à charge. Ceux-ci sont le prolongement de ma personne.* » Les effets externes seront dans ce cas gérés par les principes de la responsabilité civile<sup>10</sup>.

Dans cette perspective, chaque propriétaire a l'obligation de ne pas nuire à la propriété d'autrui. Il ne doit pas lui faire de tort, il ne doit donc pas produire d'effet externe négatif sous peine d'être obligé d'indemniser le ou les propriétaire(s) lésé(s). Sachant « *qu'il ne suffit pas à la victime d'un dommage pour établir une faute. Il faut qu'une relation de cause à effet soit établie par la victime et constatée par le juge* » (Jourdain, 1994, p. 58). Quelle que soit la nature de la responsabilité, tout commence donc par un dommage, sans lequel il n'y a pas de responsabilité possible, le responsable étant celui qui est désigné pour subir la sanction. Désormais, c'est la justice, fondée sur le seul respect des droits de propriété, qui assure naturellement aux individus la réparation de leurs dommages privés afin de rétablir l'équilibre entre les membres du groupe. L'intérêt d'une telle procédure est qu'elle ne se fonde pas sur une approche objectiviste des effets qui suppose connu le signe des effets; elle exploite au contraire la remarque de Coase selon laquelle les effets externes sont par nature réciproques.

---

<sup>10</sup> Il n'est plus possible alors d'affirmer avec S.C. Kolm (1971, p. 88) que « *tant qu'aucune loi ne l'interdit, les pollutions de l'eau et de l'air, ou les bruits, sont à satiété du pollueur. car créer un dommage c'est s'exposer à un recours en responsabilité de la victime* ».

Le signe négatif ou positif des effets externes dépend ici de la perception qu'en ont les individus. Face à l'invasion, le propriétaire juge du signe de l'effet et agit en conséquence. S'il considère qu'il s'agit d'une nuisance, il tente dans un premier temps de régler le problème à l'amiable. Si cela s'avère impossible parce que les deux individus ont une perception trop différente de la situation, alors la procédure judiciaire va à son terme. Le juge a donc pour mission de définir le signe des effets externes et d'évaluer le montant de la réparation qui est la sanction pour l'individu reconnu coupable d'invasion.'

Les règles de responsabilité apparaissent ainsi intimement liées, d'un point de vue logique et philosophique, à la propriété. Elles deviennent un moyen de gérer les effets externes, sans les coûts de transaction liés à la mise en œuvre et à la gestion dans le temps d'une politique de compensation et sans les coûts de transaction attachés à l'existence d'échange de droits de propriété spécifiques sur les effets externes.

### *La gestion des effets externes par l'achat d'un droit de propriété*

L'auteur du dommage et la victime peuvent alors chercher, l'un à se protéger d'un procès, l'autre à s'assurer contre les nuisances. La solution la plus radicale est d'internaliser les effets externes. Ils se portent donc chacun acquéreur du droit de propriété sur le bien support qui supporte l'apparition des effets externes.

La gestion marchande du paysage est un cas exemplaire de cette logique. L'achat d'un droit de propriété sur le sol permet d'internaliser les effets externes. Une fois installé sur un point de vue, un individu 2 (figure 9) peut voir celui-ci être dégradé par une construction faite sur le terrain voisin par l'individu 1. L'acte de consommation du sol par un individu entraîne par conséquent dans le même temps une offre conjointe de paysage à au moins une autre personne. Le point de vue de l'individu 1 devient un élément constitutif du paysage de 2. La solution pour l'individu 2 est que l'entrant 1 renonce à se localiser sur son champ de vision. Si aucune règle publique ne permet ce renoncement il est toujours possible à l'individu 2, gêné par le renouvellement de la forme de l'espace, d'acheter le sol sur lequel l'individu 1 produit ses nuisances visuelles.

Cette prise de contrôle par l'individu 2 de la source de l'effet suppose qu'il offre plus que ce que l'individu 1 peut obtenir en se localisant. L'individu gêné (2) peut par conséquent toujours acheter l'étendue sur laquelle l'individu gêneur produit sa nuisance (Facchini, 1993).



Figure 9

Ce type de raisonnement peut être étendu à tous les effets externes joints à l'usage du sol. L'individu gêné peut toujours prendre le contrôle de la source du désagrément en achetant le bien qui le supporte. Ainsi, l'achat d'un vaste territoire permet de se protéger des nuisances sonores, des pollutions visuelles, de la pollution de l'eau et de l'air et de la destruction de la faune et de la flore. Gérer les externalités par le seul droit de propriété, c'est faire en sorte d'être seul sur le territoire afin de ne pas supporter les décisions des autres. On retrouve, ainsi, la solution de marché ouverte par le théorème d'invariance car il n'est pas nécessaire de construire un marché des droits de propriété sur les effets externes, il suffit d'acheter un droit de propriété sur le bien support qui, pour tous les effets externes territoriaux, est le sol.

L'internalisation des effets externes par l'achat d'un droit de propriété sur le bien support se heurte, cependant, à l'insolvabilité de la demande (Facchini, 1995). Des ententes entre les propriétaires sur les droits d'usage de certains biens apparaîtront. De l'achat d'un droit de propriété, on passera à la constitution de contrats sur la gestion des effets externes.

La gestion des effets externes par l'application d'un principe de responsabilité lié au droit de propriété sur le bien support fait de surcroît supporter aux acteurs les coûts de la procédure judiciaire et, lorsque le concernement est collectif, les coûts de l'entente. L'existence d'un concernement collectif suscite l'apparition de comportements de passagers clandestins. Les coûts de la procédure judiciaire servent à identifier les responsabilités. La question est alors de savoir si les coûts de l'entente et de la procédure judiciaire ne sont pas supérieurs aux coûts d'une attribution administrative des droits. L'existence de comportements de passagers clandestins en présence de concernements collectifs et de coûts d'identification de l'origine des effets (lorsque les effets externes sont diffus) rend par conséquent plus difficile la gestion des effets externes par l'achat d'un droit de propriété sur le bien support et l'application du principe de responsabilité civile qui lui est attaché. Examinons ces deux types de difficultés.

## 2.2. Les difficultés de la gestion des effets externes par l'achat d'un droit de propriété sur le bien support et l'application d'un principe de responsabilité

### *Du concernement individuel au concernement collectif*

Dans notre approche en effet, l'effet externe est défini comme un bien joint à l'usage d'un bien privé (Mishan, 1971, p. 4). Si le bien joint n'affecte que son propriétaire, il y a internalisation; s'il affecte un individu, il provoque un concernement individuel; s'il n'affecte qu'une partie des individus appartenant à la collectivité, il provoque un concernement collectif local; s'il affecte tous les individus, il provoque un concernement collectif. Les concernements individuels et collectifs supposent que les individus engagent un recours en responsabilité civile afin de faire respecter les droits qu'ils ont acquis en achetant le bien support. Nous illustrons toujours notre propos par des exemples d'effets externes joints à l'usage du sol.

- Prenons l'exemple le plus simple d'un individu 1 propriétaire d'une zone 1 qui nuit à un individu 2 propriétaire d'une zone 2 (figure 10).

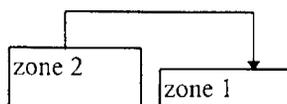


Figure 10

Par cette situation, on retrouve le cas de l'individu 2 qui nuit par sa présence au bien-être de l'individu 1. Dans le cas du paysage, l'individu 1 n'a aucun recours, sa seule solution (économique) pour ne pas être gêné, c'est d'internaliser l'effet externe en achetant la zone 2. Dans le cas de phénomènes de pollution de l'eau ou de l'air, l'individu 1 peut toujours acheter sa tranquillité et internaliser les effets externes en achetant le bien support; il se protège ainsi contre tout risque de recours en responsabilité. Car, dès qu'il y a dommage, c'est-à-dire non-respect par l'individu 1 d'un des droits acquis par l'achat de la propriété de la zone 2 par l'individu 2, l'auteur du dommage est passible de payer une indemnité à la victime, ici l'individu 2. L'individu 1 tient compte des effets externes négatifs parce qu'il y a la menace de la sanction judiciaire.

Dans une telle situation, l'individu 1 effectue un arbitrage entre, *premièrement*, le montant anticipé de l'indemnité qu'il devra payer

s'il produit un effet externe négatif; *deuxièmement*, la probabilité que l'individu 2 intente un recours en responsabilité <sup>11</sup>; *troisièmement*, le montant des précautions qu'il peut prendre pour limiter la probabilité d'apparition du dommage; *quatrièmement*, le prix de la zone 2. L'individu 1 peut en effet proposer à l'individu 2 de lui acheter la zone 2 afin de ne pas risquer de payer d'indemnité et de ne pas voir sa réputation engagée.

Parallèlement l'individu 2 peut estimer que le montant des indemnités versées par l'individu 1 en cas de recours en responsabilité sera largement inférieur, d'une part, au préjudice qu'il pourrait subir s'il y avait apparition d'un effet externe négatif et, d'autre part, aux coûts de la procédure judiciaire. Si l'individu 2 est notre consommateur d'eau, il peut souhaiter acheter la zone 1 ou passer un contrat avec l'individu 1 (l'agriculteur) pour que celui-ci n'utilise pas de substances polluantes en trop grande quantité <sup>12</sup>. Ce type de comportement relève donc de l'assurance. Les individus 1 et 2 anticipent les coûts des effets externes. L'individu 2 arbitre entre le montant des dommages, le montant des mesures de protection et les coûts de la justice (coûts de transaction); l'individu 1 entre le montant de l'indemnité, le montant des mesures de protection et les coûts de la justice.

### *Résultat*

Il y a à l'évidence internalisation des effets externes dans le calcul économique des acteurs par la menace de sanction que fait peser le recours en responsabilité. La menace que constitue le recours en responsabilité oblige l'auteur du dommage à anticiper le paiement d'une indemnité et les désagréments d'une décision de justice. Ainsi, même si la perception des risques est plus grande pour l'auteur du dommage que pour la victime qui réagira toujours en retard, la menace est suffisamment grande pour qu'elle prévienne l'existence d'un dommage. La gestion des effets externes par les droits de propriété sur le bien support et l'application d'un principe de responsabilité sont pertinentes.

- Lorsque le concernement est collectif, le problème est sensiblement le même. Il suscite cependant l'apparition, d'une part, de comportements de « passager clandestin » (Kolm, 1971, p. 101) et, d'autre part, des coûts d'entente pour les victimes.

<sup>11</sup> L'individu 1 peut en effet compter sur la négligence de l'individu 2.

<sup>12</sup> La société Evian a par exemple acheté en propriété une vaste zone pour protéger la qualité de ses eaux. La société Volvic au contraire a choisi de passer des contrats de gestion avec les agriculteurs afin de réduire les risques de pollution.

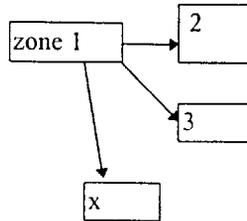


Figure 11

Le principe de responsabilité civile permet toujours de gérer les effets externes mais certains individus peuvent vouloir ne pas supporter les coûts de la procédure judiciaire et les coûts de l'entente entre les victimes. L'individu 3 peut par exemple compter sur l'individu 2 pour engager une procédure judiciaire contre l'individu 1.

Traditionnellement, la probabilité de comportement de passager clandestin dépend du nombre des participants, de l'ampleur des gains ou des pertes liés à la coopération et du nombre de fois où les individus sont confrontés à l'externalité (Mueller, 1982, p. 14). Une communauté nombreuse et mobile favorise, donc, pour ces raisons, les comportements de resquille et accroît les coûts de transaction; limitant ainsi la pertinence de la négociation pour gérer les effets externes.

La présence de biens publics locaux limite cependant largement la pertinence des comportements de passager clandestin. Elle suppose, en effet, une communauté moins nombreuse et des effets externes limités géographiquement. Les comportements de resquille seront, par ailleurs, découragés par le fait que le passager clandestin (s'il profite de la décision de justice au moment où l'individu 1 fait en sorte de réduire le niveau de la production de ces biens joints nuisibles) n'aura pas l'occasion d'accéder à l'indemnité, dans le cas bien évidemment où celle-ci est personnalisée. Le désir d'être indemnisé devrait, par conséquent, susciter des comportements d'entente. L'individu 3 séduit par la resquille ne se comportera donc en passager clandestin que s'il considère que le montant de l'indemnité ne couvrira pas les coûts du recours devant la justice et les coûts de l'entente. Il faut donc que le montant de l'indemnité soit supérieur ou égal aux coûts de transaction que suscite son obtention. Dans ce cas, la gestion des effets externes par les droits de propriété et l'application d'un principe de responsabilité civile restent pertinentes.

Dans le cas contraire, il faut s'en remettre à l'altruisme des individus ou aux bénéfices privés de l'entente (Olson, 1966). Le propriétaire 2

engage des dépenses afin de réduire les désagréments produits par l'individu 1. Par son action, le propriétaire 2 résout (en touchant les indemnités) un problème collectif. Il prend en charge les coûts de la procédure. Cet engagement favorise la confiance et peut susciter la réciprocité. L'individu 3 peut, en effet, face à une nouvelle nuisance de l'individu 1, pressentir une responsabilité morale à contribuer au respect de ses droits (Sudgen, 1984). L'interdépendance des choix introduit par le principe de responsabilité limite ainsi la portée des comportements de resquille. Si l'individu a l'assurance que les autres suivent la règle, il se conformera volontairement à l'entente (Runge, 1984) et contribuera aux coûts que suscite un recours en responsabilité. Les comportements de passager clandestin sont de plus largement limités par la répétition des situations qui font apparaître des phénomènes de réputation (Jasay, 1994, p. 62-67).

### *Résultat*

En présence d'un concernement collectif, les individus 2 et 3 arbitrent désormais entre le montant des dommages, le montant des mesures de protection, les coûts de la justice (coûts de transaction) et les gains obtenus grâce à un comportement de resquille. L'altruisme ou les bénéfices privés de l'entente permettent cependant de penser que tous les individus ne se comporteront pas en passager clandestin. Le caractère local des effets peut par ailleurs inciter les individus les plus touchés par la nuisance à se mobiliser. La gestion des effets externes à concernement collectif par le principe de responsabilité civile sera malgré tout plus difficile si la société est hétérogène et nombreuse.

### *Les conditions d'identification de l'origine des effets externes*

Si la nature du concernement a des effets sur les coûts du recours en responsabilité, les conditions d'identification des origines des effets sont aussi un élément décisif pour penser les principes de gestion des effets externes (figure 12).

*« Souvent un élément de pollution affectant un pollué peut avoir été produit par l'un ou l'autre de plusieurs agents pollueurs, sans qu'il soit possible de désigner exactement le responsable. Tous les suspects sont alors collectivement concernés. Très souvent, il y a plusieurs créateurs et plusieurs victimes de la nuisance, tous les concernements sont physiquement privatifs mais on ne sait pas individuellement qui pollue qui. (...) Cette identification, notons-le, est parfois impossible, mais d'autres fois elle serait simplement trop difficile et coûteuse pour*

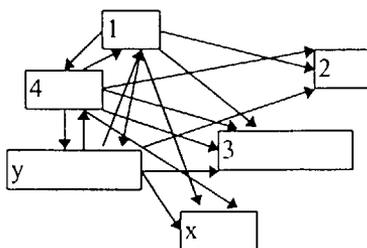


Figure 12

*être rentable* » (Kolm, 1971, p. 100). La multiplication des sources de l'effet rend alors la responsabilité diffuse<sup>13</sup>. Ainsi, le mécanisme de gestion des effets externes par le recours en responsabilité bute sur le coût de la procédure judiciaire. Doit-on alors donner au législateur (marché politique) le pouvoir de définir les droits ?

- Si l'identification est impossible, ni l'Etat, ni le juge, ni les acteurs ne peuvent gérer les effets externes. Il s'agit de maux occultes.

- Si l'identification est simplement difficile et coûteuse, il s'agit de définir la solution qui identifie la source des effets externes à moindre coût. Le déficit d'information touche à la fois l'Etat, le juge et les acteurs. Il s'agit de savoir qui peut se procurer les informations pertinentes avec les coûts les plus faibles. Prenons deux exemples significatifs : la pollution automobile et la pollution industrielle.

– Il est simple, tout d'abord, de soupçonner les automobilistes de pollution atmosphérique. Il est plus difficile, en revanche, de connaître les responsabilités de chaque automobiliste dans le niveau de pollution de l'air. La route, l'autoroute, la rue, l'avenue, etc., sont cependant des espaces publics. Ils n'entrent donc pas dans une logique de droit de propriété privée, mais respectent les principes de la propriété publique. La pollution automobile relève donc logiquement du marché politique et de la tutelle publique. Elle peut susciter des mesures réglementaires et l'application d'un principe d'inaliénabilité<sup>14</sup>. La procédure administrative s'impose naturellement. Dans cette perspective, l'Etat devient en effet responsable des effets externes produits sur son domaine. Il peut faire l'objet d'un recours en

<sup>13</sup> S.C. Kolm (1971) distingue les effets nés d'éléments polluants semblables, des effets nés de la synergie de deux éléments indépendamment inoffensifs mais nuisibles s'ils sont réunis.

<sup>14</sup> « L'inaliénabilité peut être définie comme toute restriction de la transmissibilité, de la possession ou de l'usage d'un droit » (Rose-Ackerman, 1987, p. 533).

responsabilité. Son intérêt est d'intégrer cette menace dans son calcul économique et de définir des règles précises de comportement sur son domaine de responsabilité.

– Il est réaliste de soupçonner les industriels ou les agriculteurs de phénomènes de pollution de l'air ou de l'eau. Il est toujours difficile, pourtant, de définir clairement la responsabilité de chaque propriétaire dans le dommage. Contrairement au cas précédent, les victimes peuvent s'organiser pour localiser les sources des effets. L'ampleur des coûts de recherche d'information exacerbe sans doute les comportements de passager clandestin, le caractère local des effets peut en revanche les limiter. L'entente est alors en mesure d'engager un recours en responsabilité contre l'individu 1 (figure 12). Le juge saisi de cette plainte examine le dossier. Il est amené, à cause de sa fonction, à constater que l'individu 1 n'est pas la seule source de pollution, chose que l'entente soupçonnait. Pour partager les responsabilités, le juge ouvre une enquête qui permet alors de désigner par tâtonnement les auteurs du dommage (individu 4, ...,  $Y$ ). La justice, par l'intermédiaire du juge, est bien une procédure de découverte des responsabilités. Il est plus difficile de savoir cependant si cette procédure est plus efficace qu'une procédure administrative de réglementation directe.

### *Résultat*

Si la procédure de découverte des informations utiles à l'identification des responsabilités est moins coûteuse qu'une procédure administrative, la gestion par les droits de propriété et l'application d'un principe de responsabilité restent pertinentes. Dans le cas contraire, c'est l'Etat (et non le juge) qui définit les droits de propriété sur les effets externes. Le critère de maximisation des richesses peut alors de nouveau être utilisé, même si ce dernier est entaché d'une circularité coupable. A l'évidence, la comparaison des deux procédures doit donc faire l'objet d'une étude attentive<sup>15</sup>.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

### *Résultats*

Les conclusions de notre démarche répondent en écho aux conclusions de la logique coasienne en termes de coûts de transaction.

<sup>15</sup> Voir à ce propos l'article de B. Bouckaert (1991); voir aussi C. Barrère, T. Côme et G. Rouet (1992).

1) Les effets externes ne posent un problème de distribution de droits de propriétés que lorsque les coûts de la procédure judiciaire sont supérieurs aux coûts d'une procédure réglementaire.

2) L'arbitrage se fait sur le coût de la recherche d'information lorsque les sources des effets sont difficilement identifiables. Il s'agit alors de comparer les coûts de recherche d'information par le juge aux coûts de recherche d'information par le gouvernement et son administration.

3) Si la procédure judiciaire respecte mieux le principe d'efficacité informationnelle que la procédure administrative, l'Etat ne distribue plus les droits. Il n'a plus cette tâche bienveillante de définition des règles qui contribue à abaisser le niveau des coûts de transaction. Il s'agit de minimiser les coûts de recherche d'information. Ainsi, l'un des intérêts de la gestion des effets externes par l'application d'un principe de responsabilité civile, intimement lié à la propriété privée sur les choses, est de respecter scrupuleusement la logique des droits naturels. Elle permet de ne plus mettre le marché sous la tutelle du droit, donc, de l'Etat comme J.-M. Buchanan le redoute, lorsqu'il refuse de donner au Leviathan le pouvoir de distribuer les droits de propriété (Buchanan, 1992, p. 97). Cette exigence est importante, tout d'abord, si l'on souhaite respecter une éthique de la liberté, mais aussi si l'on admet que les droits de propriété sont aussi des moyens de stabiliser les anticipations des agents (Demsetz, 1967)<sup>16</sup>. Les effets externes sont toujours une défaillance institutionnelle. C'est le critère appliqué par le juge qui change. Le critère adopté ici abandonne, en effet, le critère de minimisation des coûts de transaction.

4) Notre démarche permet de sortir de la circularité du raisonnement dans laquelle s'enferme la théorie du coût social. Propriété et responsabilité sont liées. Le juge s'interroge donc désormais sur l'origine des effets externes, il cherche à déterminer la propriété à laquelle se rattache l'effet externe. C'est donc de la dissociation du droit de propriété et de la responsabilité que naissent les difficultés rencontrées par la théorie du coût social. Le critère adopté permet ainsi, d'une part, de sortir de la circularité du raisonnement et de l'irréalisme de l'hypothèse selon laquelle les coûts de transaction peuvent être connus du juge et, d'autre part, de ne pas obliger la tutelle publique à construire un marché des droits de propriété sur les effets externes.

---

<sup>16</sup> « Les droits de propriété permettent aux individus de savoir a priori ce qu'ils peuvent raisonnablement espérer obtenir dans leurs rapports avec les autres membres de la communauté » (H. Tezenas du Montcel et Y. Simon, 1977, p. 323).

5) La présence d'effets externes n'explique l'intervention publique que lorsque les coûts de recherche d'information liés à la procédure judiciaire sont supérieurs aux coûts de recherche d'une procédure administrative. Dans le cas contraire, les mécanismes spontanés d'échange de droits de propriété sur les biens supports et l'application d'un principe de responsabilité sont pertinents.

### *Perspectives*

Ces conclusions sont importantes, d'une part, parce qu'elles précisent la pertinence de la problématique du coût social et, d'autre part, parce qu'elles ouvrent une nouvelle manière de penser la gestion des effets externes. Le problème des effets externes devient, en effet, essentiellement un problème de responsabilité et la politique publique un problème de gestion de la connaissance. Ces conclusions nous obligent, de surcroît, à réfléchir sur l'évolution des principes de la responsabilité civile qui, progressivement, ont fait une place de plus en plus importante à la responsabilité sans faute, c'est-à-dire à une responsabilité disjointe de la propriété. Ces conclusions nous conduisent également à nous interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à instituer par exemple le principe pollueur payeur alors que ce dernier est *a priori* contenu dans le principe de responsabilité civile. Ces conclusions redonnent, enfin, une place décisive à la question des règles d'appropriation des biens supports et à la propriété foncière dans la gestion de l'environnement.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Barrère C., Côme T., Rouet G., « Recherches en Economie du judiciaire », *Cahiers du CERAS*, n° 7, 1992.
- Bénard J., *Economie publique*, Economica, Paris, 1985.
- Bouckaert B., « La responsabilité civile comme base institutionnelle d'une protection spontanée de l'environnement », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 2, 2/3, 1991, p. 315-335.
- Buchanan J.-M., *Les Limites de la liberté, entre l'anarchie et le Léviathan*, collection Libéralia, Ed. Litec, 1992.
- Catin M., *Effets externes, marché et systèmes de décision collective*, Editions Cujas, 1985.
- Centi J.-P., « Quel critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit? », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 455-476.

- Chérot J.-Y., « Trois thèses de l'analyse économique du droit. Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 443-453.
- Coase R. (1960), trad. fr. in Dorfman, *Economie de l'environnement*, Calmann-Lévy, 1975, p. 129-167.
- Cordato R.E., « Les problèmes de la connaissance et le problème du coût social », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. III, 4, déc. 1992, p. 439-459.
- Demsetz H., « Towards a Theory of Property Rights », *AER*, 57, May 1967, p. 347-359.
- Dworkin R., « Is wealth a Value? », *Journal of Legal Studies*, n° 9, March 1980, p. 191-226.
- Ewald F., « La faute civile, droit et philosophie », *Droit, Revue française de théorie juridique*, 5, PUF, 1987.
- Facchini F., « Economie et paysage, la place de la gestion politique », *Revue l'Espace géographique*, décembre 1995, n° 4, p. 319-327.
- Facchini F., « Paysage et économie : la mise en évidence d'une solution de marché », *Revue d'économie rurale*, nov.-déc. 1993, 218, p. 12-18.
- Greffé X., *Economie des politiques publiques*, Précis, Dalloz, 1994, p. 51.
- Griffin R.C., « The Welfare Analysis of Transaction Costs, Externalities, and institutional Choice », *American Journal of Agricultural Economics*, 73, 3, August 1991, p. 601-614.
- Hayek F.A., « The Use of Knowledge », *American Economic Review*, vol. 35, n° 4, Sept. 1945, p. 519-530, traduit dans *Revue française d'économie*, vol. 1-2, 1986, p. 117-135.
- Jasay A. (dc), *L'Etat. La logique du pouvoir politique*, collection Laissez faire, Editions Les Belles Lettres, Paris, 1994.
- Jourdain P., *Les Principes de la responsabilité civile*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 1994.
- Kolm S.C., « Possibilités et difficultés de la régulation des problèmes environnementaux par ententes spontanées entre les intéressés », *Consonnation*, 17, 3, 1971, p. 85-116.
- Leménicier B., *Economie du droit*, Cujas, collection Théories économiques, 1991.
- Lepage H., *Demain le capitalisme*, collection Pluriel, Hachette, Paris, 1979.
- Mishan E.J., « The Postwar Literature on Externalities : An Interpretative Essay », *Journal of Economic Literature*, vol. 9, n° 1, 1971, p. 1-28.
- Mishan E.J., *Cost-Benefit Analysis*, George Allen and Unwin edition, 1975.
- Mueller D.C., *Analyse économique de la décision publique*, Economica, Paris, 1982, p. 14.
- Olson M., *L'Action collective*, PUF, collection Sociologie, 1978.
- Picard P., *Éléments de microéconomie. Théorie et applications*, Montchrestien, Domat Economie, 1987.
- Posner R., « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, p. 103-140.
- Posner R.A., *Analysis Economic of Law*, Boston, Toronto. Little Brown, 3<sup>rd</sup> Ed., 1986.
- Randall A., « The Problem of Market Failure », *National Resource Journal*, n° 23, 1983, p. 131-148.
- Rose-Ackerman A., « L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété », *Revue de la recherche juridique*, 2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 533-581.
- Rothbard M., « Law, Property Rights, and Air Pollution », *The Cato Journal*, Spring 1982, p. 55-59.

- Runge C.F., « Institutions and Free Rider : the Assurance Problem in Collective Action », *Journal of Politics*, 46, 1, 1984, p. 154-181.
- Sudgen R., « Reciprocity : The Supply of Public Goods Through Voluntary Contribution », *The Economic Journal*, 94, December 1984, p. 772-787.
- Tartarin R., « Efficacité et propriété », *Revue économique*, 38, 6, 1987, p. 1120-1155.
- Tezenas du Montcel H. et Simon Y., « Théorie de la firme et réforme de l'entreprise », *Revue économique*, 3, 1977, p. 322-351.

