

# Cour de justice de l'Union européenne – La validité des actes législatifs d'autorisation de projet au regard des exigences procédurales de la directive E.I.E. et de la convention d'Aarhus: les arrêts des 18 octobre 2011 (Boxus) et 16 février 2012 (Solvay) de la Cour de justice de l'Union européenne relatifs au DAR

Michel DELNOY

**C.J.U.E., 18 octobre 2011, aff. C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09, Boxus et crts c/Région wallonne; C.J.U.E., 16 février 2012, aff. C-182/10, Solvay c/Région wallonne**

Autorisations de projets – Actes législatifs d'autorisation – Conditions d'exclusion des exigences procédurales de la directive E.I.E. et de la convention d'Aarhus – Valeur du Guide d'application de la convention

.....

## I. Bref rappel des rétroactes

Par ses arrêts des 18 octobre 2011 (ci-après: «l'arrêt Boxus») et 16 février 2012 (ci-après: «l'arrêt Solvay»), la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur les questions préjudicielles qui lui étaient soumises, par la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État, à propos du décret du parlement wallon du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général (ci-après: «le DAR»).

Ce n'est le lieu, ici, ni de faire une présentation et une analyse du DAR, ni de rappeler le contentieux fourni qu'il a suscité<sup>1</sup>, ni d'évoquer les suites possibles ou probables de ces deux arrêts de la Cour de justice. Nous nous limiterons à présenter les réponses données par la Cour à certaines des questions qui lui étaient posées<sup>2</sup>.

Rappelons malgré tout, pour la bonne compréhension de ce qui suit, que le DAR:

- a un champ d'application qui, pour l'essentiel, est limité aux permis qui portent sur des projets d'envergure régionale, dont l'octroi est lié à des «motifs impérieux d'intérêt général»: les deux aéroports régionaux, le R.E.R., les chainons autoroutiers et fluviaux manquants, etc.;

- répond officiellement à la volonté du parlement wallon d'exercer un contrôle renforcé de l'action du gouvernement en rapport avec ces projets<sup>3</sup> et, officieusement, à la volonté du monde politique wallon de faire échapper certains permis, considérés comme plus importants que d'autres, au contrôle du Conseil d'État, lui préférant celui de la Cour constitutionnelle<sup>4</sup>, dont la marge de contrôle est moins étendue que celle du Conseil d'État, notamment parce qu'elle s'estime incompétente pour contrôler le processus d'adoption des normes<sup>5</sup>;

- d'une part, organise une procédure de ratification législative<sup>6</sup> de plusieurs permis à venir<sup>7</sup> et, d'autre part, ratifie<sup>8</sup> dès son entrée en vigueur une série d'autres permis déjà délivrés<sup>9</sup>, dont celui portant sur la construction, par un promoteur privé, d'un «centre administratif et de formation», destiné à la multinationale FedEx<sup>10</sup>. Chacune de ces deux parties du DAR était en cause devant la Cour de justice, qui les traite d'ailleurs, pour l'essentiel, de la même manière<sup>11</sup>.

## II. Questions à et réponses de la Cour

### II.1. 1<sup>ère</sup> question: quelle est la force obligatoire du Guide d'application de la convention d'Aarhus?

Dans l'affaire Solvay, la première question, d'ordre général et non limitée au DAR, était celle de savoir si les articles<sup>12</sup> de la convention d'Aarhus «doivent être interprétés confor-

1. Voir not. B. GERVASONI, «Décret du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général (D.A.R.): Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 octobre 2011», *Env. et gestion*, 2011/21, p. 1; B. GERVASONI, «Décret du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général (D.A.R.): Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 février 2012», *Env. et gestion*, 2012/6, p. 3.
2. Celles dont il nous semble possible de dégager un enseignement général.
3. Voir p. ex. *Doc. parl. w.*, 2007-2008, n° 805/1, p. 2.
4. Les permis qui font l'objet de la procédure visée par le DAR deviennent en effet des actes législatifs.
5. Dans ce sens, comp. le § 23 de l'arrêt Solvay.
6. La Cour constitutionnelle parle de «délivrance» de ces permis, dans la mesure, suppose-t-on, où les permis à venir, dont il est ici question, doivent faire l'objet de la procédure législative pour pouvoir sortir leurs effets et ne pas être «réputés non octroyés» (art. 3, al. 2, *in fine*, du DAR).
7. Art. 1<sup>er</sup> à 4.
8. La C.J.U.E. parle de «validation», en lieu et place de «ratification». La doctrine belge renseigne que la validation législative d'un acte administratif se caractérise par la couverture, par le législateur, d'une illégalité de cet acte (D. RENDERS, *La consolidation législative de l'acte administratif unilatéral*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 80). Or, en l'espèce, dans le cadre du DAR, le législateur ne postule pas l'illégalité des actes administratifs qu'il vise.
9. Art. 5 à 17.
10. Art. 17.
11. Dans l'arrêt Boxus, il était uniquement question des permis déjà délivrés, ratifiés par le DAR lui-même. Dans l'arrêt Solvay, il était question non seulement de ces permis, mais aussi de ceux à venir et à ratifier postérieurement par le parlement wallon, et la Cour en analyse le régime de la même manière.
12. Nous extrapolons légèrement.

mément aux précisions apportées par le Guide d'application de cette convention».

La question est évidemment curieuse: il ne fait aucun doute que, rédigé par des particuliers ne disposant d'aucun mandat officiel découlant de la convention elle-même, le Guide d'application de la convention<sup>1</sup> n'a pas de valeur officielle et ne constitue qu'un commentaire doctrinal parmi d'autres, ce qui n'enlève évidemment rien à son grand intérêt. C'est à peu de choses près ce que la Cour indique, en ces termes: «si le Guide d'application de la convention d'Aarhus peut ainsi être considéré comme un document explicatif, susceptible, le cas échéant, d'être pris en considération, parmi d'autres éléments pertinents, aux fins d'interpréter cette convention, les analyses qu'il contient n'ont aucune force obligatoire et ne sont pas revêtues de la portée normative qui s'attache aux stipulations de la convention d'Aarhus»<sup>2</sup>. Sans doute l'affirmation est-elle malgré tout bienvenue, compte tenu de l'utilisation que certaines juridictions avaient faite précédemment de ce Guide, dont on pouvait être tenté de déduire qu'elles lui attribuaient une valeur officielle.

## II.2. 2<sup>ème</sup> question: à quelles conditions un acte législatif d'autorisation de projet n'est-il pas soumis aux exigences procédurales de la directive E.I.E. et de la convention d'Aarhus?

On sait que la directive E.I.E.<sup>3</sup> et la convention d'Aarhus<sup>4</sup> soumettent à certaines exigences procédurales – notamment, d'évaluation préalable des incidences sur l'environnement, d'enquêtes publique et administrative, de motivation formelle et de recours – les autorisations délivrées par les autorités publiques pour la réalisation des projets ou activités qui y sont soumis.

Les auteurs de ces textes ont été parfaitement conscients de ce que, dans certains cas ou dans certains États, ces autorisations ont une forme législative, soit qu'elles soient délivrées par le pouvoir législatif, soit qu'après avoir été délivrées par le pouvoir exécutif, elles soient ratifiées ou validées par le pouvoir législatif. Sans doute en application de la politique des petits pas, si précieuse en droit international, les auteurs de la convention d'Aarhus ont exclu de son champ d'application, de manière assez large, les actes des «*organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs (...) législatifs*»<sup>5</sup>. Moins assertifs et en suivant une perspective davantage finaliste, les auteurs de la directive E.I.E. ont, à l'article 1<sup>er</sup>, § 5, exclu de son champ d'application les «*projets qui sont adoptés en détail par un acte législatif national spécifique, les objectifs poursuivis par la (...) directive, y*

*compris l'objectif de la mise à disposition d'informations, étant atteints à travers la procédure législative*».

A quelles conditions, suivant ces textes, un acte législatif d'autorisation d'un projet relevant de leurs champs d'application n'est-il pas soumis aux exigences procédurales qu'ils imposent? Telle était, en substance, la première question posée à la Cour.

### II.2.1. Dans la directive E.I.E.

La directive E.I.E. s'applique avant tout à des projets, à savoir ceux qui sont susceptibles d'avoir un impact important sur l'environnement<sup>7</sup>. Plus précisément encore, elle s'applique à la *réalisation* de ces projets<sup>8</sup>. L'une des premières obligations qu'elle fait aux États membres est de soumettre cette réalisation à autorisation préalable. C'est cette autorisation qui doit s'accompagner des exigences procédurales ci-dessus résumées.

L'acte d'une autorité publique qui porte sur un projet, mais qui n'en autorise pas la réalisation, ne relève en rien du champ d'application de la directive et n'est pas soumis à ses exigences procédurales. Il n'y aurait donc pas de sens à exempter de ces exigences procédurales des actes qui ne consistent pas à autoriser la réalisation d'un projet.

C'est précisément ce qu'expriment les mots «adoptés en détail» et «spécifique», dans la définition ci-dessus reproduite des actes législatifs exclus du champ d'application des exigences procédurales imposées aux autorisations par la directive: n'en sont exclus – ou, en réalité, dispensés – que les actes législatifs qui autorisent la réalisation d'un projet.

Dans le contexte de la directive:

- le qualificatif «spécifique» concerne l'acte qui est propre à un projet, qui porte sur un projet en particulier ou, en d'autres termes, l'acte à portée individuelle, concrète et précise, dont l'objet est ce projet<sup>9</sup>;
- le concept de «l'adoption en détail» correspond à celui de «l'ouverture du droit», qui est au cœur de la définition de l'autorisation<sup>10</sup> et qui signifie permettre ce qui est en principe interdit<sup>11</sup>.

Avec ces mots, l'article 1<sup>er</sup>, § 5, de la directive commence, avant de désigner ceux d'entre eux qui sont dispensés des exigences procédurales, par désigner les actes législatifs qui devraient *a priori* y être soumis, parce qu'ils constituent des

1. [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/implementation%20guide/french/ece\\_cep\\_72\\_reroll\\_f.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/implementation%20guide/french/ece_cep_72_reroll_f.pdf).

2. § 27 de l'arrêt Solvay.

3. Dir. 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, aujourd'hui remplacée par la directive 2011/92/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

4. Convention de la CEE-ONU sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998.

5. Art. 2, § 2, al. 2, de la convention d'Aarhus.

6. Nous n'examinons pas ici ce concept en détail, en retenant seulement que, suivant la jurisprudence de la Cour de justice, l'acte législatif dont il est ici question est avant tout une norme adoptée par un parlement après des débats parlementaires publics (C.J.C.E., 19 septembre 2000, Grand-Duché de Luxembourg *c/ crts Linster*, C-287/98).

7. Suivant les critères et seuils fixés aux annexes I et II.

8. Voir not. E. GONTHIER, *L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, pp. 12 et 14.

9. A ce sujet, nous partageons entièrement l'opinion des auteurs du Guide d'application de la Convention d'Aarhus, à propos de l'autorisation visée à l'article 6 de cette convention.

10. M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007, <http://hdl.handle.net/2268/36464>, p. 72.

11. Comp. C. DE BROUCKERE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. II, Bruxelles, Weissenbruch, 1834, p. 418; P. LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 60; M. PÂQUES, «La nature juridique du quota d'émission de gaz à effet de serre», in *L'échange des droits de pollution comme instrument de gestion du climat*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 45.

autorisations de projets au sens de la directive<sup>1</sup>. En d'autres termes, ces mots de l'article 1<sup>er</sup>, § 5, de la directive confirment avant tout que cette dernière ne concerne que les actes législatifs d'autorisation de projet, parce que la directive ne concerne que les actes d'autorisation de projet<sup>2</sup>. Raisonner autrement pourrait laisser penser qu'un acte législatif qui porterait sur un projet, mais sans «adopter dans le détail et spécifiquement», devrait respecter les exigences de la directive, ce qui serait, comme indiqué ci-dessus, dénué de sens<sup>3</sup>.

Vient ensuite l'exclusion, à savoir la définition des actes législatifs d'autorisation de projet qui, malgré qu'ils constituent des autorisations, sont dispensés des exigences procédurales de la directive. Il s'agit, suivant le texte de l'article 1<sup>er</sup>, § 5, des actes législatifs qui permettent d'atteindre «les objectifs poursuivis par la (...) directive, y compris l'objectif de la mise à disposition d'informations, étant atteints à travers la procédure législative».

L'usage du participe présent à la fin de ces termes est ambigu: la référence que le texte de l'article 1<sup>er</sup>, § 5, fait aux objectifs de la directive pourrait ne pas être considérée comme une condition de la dispense, mais comme une explication de cette dispense. Il n'est cependant pas de la nature des textes normatifs de contenir des explications des normes qu'ils imposent. Au demeurant, cette référence ne peut, à nos yeux, constituer une telle explication<sup>4</sup>. Quoi qu'il en soit, la Cour de justice considère clairement que cette référence constitue une condition d'application de la dispense<sup>5</sup>: selon elle, dans la mesure où il faut que «la procédure législative (permette) d'atteindre les objectifs poursuivis par la directive 85/337, y compris l'objectif de la mise à disposition d'informations», l'exception ne joue que «lorsque (...) les informations dont le parlement disposait, au moment d'adopter le projet en détail, étaient équivalentes à celles qui auraient dû être soumises à l'autorité compétente dans le cadre d'une procédure ordinaire d'autorisation de projet»<sup>6</sup>. La dispense correspond à la présomption que les exigences de la directive sont naturellement respectées par

une procédure législative, mais cette présomption est réfragable et doit être vérifiée dans chaque cas.

Le critère du respect des objectifs de la directive est donc l'élément déterminant de l'exclusion d'un acte législatif d'autorisation de projet du champ d'application des exigences procédurales de la directive<sup>7</sup>: un tel acte n'échappe à ces exigences que si sa procédure d'adoption permet d'atteindre ces objectifs. Ainsi donc, en ce qui concerne les actes législatifs, la logique de la directive peut être résumée comme suit: échappe aux exigences de la directive l'acte législatif d'autorisation de projet qui a été adopté dans le respect des objectifs de la directive.

Enfin, le respect de ce critère peut se vérifier à différents points de vue:

- le législateur a-t-il effectivement, avant de prendre sa décision d'autorisation, disposé d'informations suffisantes sur l'impact environnemental probable du projet?
- a-t-il disposé de suffisamment de temps pour examiner ces informations et apprécier le projet sous cet angle?
- a-t-il le cas échéant pu disposer de l'avis d'organes spécialisés?
- la procédure qu'il a mise en œuvre a-t-elle inclus une forme de participation du public?

Si, dans les deux arrêts ici présentés, la Cour de justice ne s'écarte pas radicalement de cette présentation de la directive et de l'exclusion des actes législatifs qu'elle comporte, elle n'y présente malheureusement pas son raisonnement de la sorte, de manière quelque peu déroutante par comparaison avec les conclusions si claires de l'avocat général Sharpston<sup>8</sup>. Mêlant les différents critères des actes législatifs visés à l'article 1<sup>er</sup>, § 5, de la directive, la Cour en arrive même, en réalité, à faire des caractéristiques des actes législatifs à exclure, des conditions de leur exclusion<sup>9</sup>.

Sans nous attarder donc davantage sur la présentation de ces différents éléments dans ces deux arrêts, nous préférons

1. Dans ce sens, voir C.J.C.E., 16 septembre 1999, WWF et crts c/Autonome Provinz Bozen et crts, C-435/97: «pour présenter les mêmes caractéristiques qu'une autorisation, telle que définie par l'article 1<sup>er</sup> de la directive, un acte législatif doit adopter le projet (...) de manière suffisamment précise et définitive, de sorte qu'il comporte, à l'instar d'une autorisation, après leur prise en compte par le législateur, tous les éléments du projet (...)». Nous avons cependant retiré les derniers mots de cette formule («pertinents au regard de l'évaluation des incidences sur l'environnement»), qui ne relèvent pas de la définition de ce que constitue une autorisation.
2. En d'autres termes encore, s'il est question d'un acte législatif qui n'autorise pas un projet, la question de l'exclusion par l'article 1<sup>er</sup>, § 5, ne se pose pas: l'acte législatif ne relève en rien de la directive.
3. L'acte législatif qui n'a rien à voir avec une autorisation n'en est pas pour autant soumis aux exigences de la directive. La Cour le confirme implicitement au § 51 de l'arrêt Boxus.
4. M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007, <http://hdl.handle.net/2268/36464>, p. 562.
5. C.J.C.E., 16 septembre 1999, WWF et crts c/Autonome Provinz Bozen et crts, C-435/97, § 57.
6. C.J.C.E., 19 septembre 2000, Grand-Duché de Luxembourg c/crts Linster, C-287/98, T.M.R., 2001, p. 154, note J. DE MULDER et Amén., 2001, p. 43, note J. SAMBON. En d'autres termes, «ce n'est dès lors que lorsqu'un législateur dispose d'informations équivalentes à celles qui seraient soumises à l'autorité compétente dans le cadre d'une procédure ordinaire d'autorisation de projet que les objectifs de la directive peuvent être considérés comme atteints à travers une procédure législative». La Cour a pour l'essentiel suivi les conclusions de l'avocat général LEGER. A la question de savoir si on peut soutenir que, selon la directive, les États membres sont dispensés de procéder à une évaluation de l'incidence d'un projet d'ouvrage sur l'environnement, ainsi qu'à des procédures d'informations et de consultation préalables à sa réalisation, qu'elle qu'en soit la nature, pour la seule raison que ces États font le choix d'arrêter un projet par la voie législative, il répondait oui dans un premier temps puis ajoutait: «toutefois, elle conduit à instituer, au profit des États membres, un pouvoir discrétionnaire leur permettant de déroger, autant qu'ils peuvent le souhaiter, aux dispositions de la directive au détriment de l'environnement et des populations concernées par les projets susceptibles d'y porter atteinte. De ce fait, une telle lecture revient purement et simplement à nier les objectifs poursuivis par le Conseil».
7. C'est bien l'élément essentiel de la dispense aux yeux de la Cour, dans les deux arrêts ici présentés, puisqu'il apparaît, dans chacun des deux arrêts, à l'entame de son raisonnement (§ 36 de l'arrêt Boxus et § 30 de l'arrêt Solvay).
8. Concl. de l'avocat général SHARPSTON, présentées le 19 mai 2011, dans l'affaire Boxus.
9. La Cour fait d'abord – judicieusement à nos yeux – du respect des objectifs de la directive la condition de l'exclusion des actes législatifs des exigences procédurales de cette directive (§ 36 de l'arrêt Boxus), puis fait des caractéristiques de ces actes législatifs à exclure la première des conditions de cette exclusion (§ 37 de l'arrêt Boxus), alors que ces caractéristiques sont exclusivement destinées à désigner ceux, parmi les actes législatifs, qu'il ferait sens de soumettre à ces exigences. Suivant le raisonnement tel que présenté par la Cour, pour être dispensé (exclu) des exigences procédurales de la directive, un acte législatif doit correspondre à une autorisation (§ 39 de l'arrêt Boxus), alors que ce n'est que s'il correspond à une autorisation que l'on doit se demander s'il peut en être dispensé. L'adoption «en détail», présentée comme l'une des caractéristiques de la première condition de la dispense, est *in fine* définie par référence au respect des objectifs de la directive (§ 39 de l'arrêt Boxus), qui est présenté comme la seconde des conditions de la dispense (§ 37). La spécificité de l'acte législatif, présentée comme l'autre des caractéristiques de la première condition de la dispense, n'est pas définie (voir les termes «un acte législatif (...) doit (...) être spécifique et présenter (...)»), sauf à dire que l'acte législatif doit «notamment ouvrir au maître d'ouvrage le droit de réaliser le projet» (§ 38 de l'arrêt Boxus). Toujours dans le cadre de l'examen de la première condition de la dispense, l'adoption détaillée du projet par l'acte législatif est définie par référence soit à l'absence de nécessité d'une autorisation subséquente – ce qui est correct à nos yeux – soit à l'absence, dans cet acte, des «éléments nécessaires à l'évaluation des incidences de ce projet sur l'environnement».

nous focaliser sur l'application que la Cour fait en l'espèce du critère du respect des objectifs de la directive, après qu'elle ait rappelé qu'il s'agit effectivement d'une condition d'application de cette dispense et non d'un constat explicatif<sup>1</sup>.

Il découle de ces deux arrêts que, pour que cette condition de dispense soit respectée, la Cour exige que l'acte législatif d'adoption (d'autorisation) «comporte (...) tous les éléments du projet pertinents au regard de l'évaluation des incidences sur l'environnement»<sup>2</sup>. On suppose que ce que la Cour impose, c'est que le législateur ait porté une appréciation sur l'ensemble de ces éléments. Car ce n'est manifestement pas l'acte législatif d'autorisation qui doit «comporter» ces éléments, mais l'évaluation par l'autorité qui l'a précédé. En d'autres termes, il faut, pour qu'il y ait dispense, que la décision du législateur ait été précédée d'une évaluation environnementale «digne de ce nom», même si elle ne correspond pas aux exigences de la directive.

Cela implique évidemment avant tout que le législateur dispose, au moment où il statue, d'une information suffisante quant aux incidences du projet sur l'environnement<sup>3</sup>, telle qu'elle est décrite dans la directive. Pour échapper aux exigences procédurales de la directive, un acte législatif d'autorisation de projet doit être adopté alors que «les membres de l'organe législatif (ont) à leur disposition les informations» qui peuvent fonder une E.I.E.<sup>4</sup>.

Cette exigence n'exclut pas que l'information dont le législateur dispose pour statuer soit celle dont une autre autorité, par exemple administrative, ait disposé antérieurement pour adopter une décision qui constitue une condition nécessaire, mais pas suffisante, de l'octroi de l'autorisation législative: «le législateur peut (...) bénéficier des informations recueillies dans le cadre d'une procédure administrative préalable»<sup>5</sup>.

Disposant d'une information suffisante sur l'impact environnemental du projet qui lui est soumis, le législateur doit encore, pour échapper aux exigences procédurales de la directive, réaliser un véritable travail d'examen de ce projet et de cet impact. L'acte législatif ne doit pas en réalité constituer une simple formalité accomplie dans le but de faire échapper l'autorisation aux exigences de la directive. Pour vérifier cela, il faut «tenir compte tant du contenu de l'acte législatif adopté que de l'ensemble de la procédure législative qui a conduit à son adoption et notamment des actes préparatoires et des débats parlementaires»<sup>6</sup>, mais un «acte législatif qui ne ferait que 'ratifier' purement et simplement un acte administratif préexistant, en se bornant à faire état de motifs impérieux d'intérêt général sans l'ouverture préalable d'une

procédure législative au fond ne (...) suffit (...) pas pour exclure un projet du champ de la directive»<sup>7</sup>.

Enfin, la Cour ne se prononce pas sur le respect, par la procédure législative, des objectifs de la directive en termes de participation du public. Dans ses conclusions précédant l'arrêt Boxus, l'avocat général Sharpston avait à ce sujet judicieusement indiqué que: «lorsqu'une décision est adoptée dans le cadre d'une procédure législative, il y a déjà participation du public. Le législateur lui-même est constitué de représentants du public élus démocratiquement. Lorsque le processus décisionnel est mené à bien au sein d'un tel organe, il bénéficie de la participation indirecte, mais néanmoins représentative, du public»<sup>8</sup>.

## II.2.2. Dans la convention d'Aarhus

La présentation du raisonnement qui précède est passablement complexe et, à l'issue du travail, découragé par l'idée de devoir reprendre le travail à zéro à propos, cette fois, de la convention d'Aarhus, l'on peut être tenté d'affirmer que ce raisonnement vaut également dans le cadre de cette dernière. C'est bien ce que la Cour fait dans l'arrêt Solvay, en indiquant que «cette solution dégagée dans l'arrêt Boxus e.a., précité, au sujet de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, de la directive 85/337, peut être transposée s'agissant de l'article 2, paragraphe 2, de la convention d'Aarhus»<sup>9</sup>.

La Cour justifie cette affirmation par les considérations que les deux textes de dispense – celui de la directive et celui de la convention – ont une «teneur semblable» et qu'«aucun motif qui pourrait être tiré de l'objet ou de la portée de la convention d'Aarhus n'est de nature à faire obstacle à ce que la Cour transpose, pour l'interprétation des stipulations de cette convention, l'interprétation qu'elle a dégagée pour les dispositions similaires de la directive 85/337». Ainsi donc le raisonnement peut-il être transposé parce que... il n'y a pas de raison de ne pas le transposer.

Les formules d'exclusion/dispense ne sont pourtant pas les mêmes dans chacun des deux textes. L'exclusion visée dans la directive E.I.E. semble *a priori* beaucoup plus restreinte que celle visée dans la convention d'Aarhus<sup>10</sup>. La transposition n'est donc pas évidente et mériterait sans doute un examen plus approfondi. S'il est vrai que «dans la mesure où l'encadrement de l'exception est plus important dans la directive que dans la convention, il est sans doute compatible avec les objectifs de cette dernière»<sup>11</sup>, il reste que la transposition ne peut en tout état de cause valoir que pour une partie de l'exclusion dans la convention.

ment» (§ 40 de l'arrêt Boxus), ce qui renvoie en réalité au respect des objectifs de la directive, à savoir à la seconde de deux conditions de la dispense. Exposant le contenu de la seconde de deux conditions de la dispense (§§ 41 et s. de l'arrêt Boxus), la Cour en revient très rapidement à la première de ces deux conditions, en la définissant par ailleurs par renvoi aux deux conditions (§ 45).

1. § 36 de l'arrêt Boxus.

2. § 39 de l'arrêt Boxus.

3. § 43 de l'arrêt Boxus.

4. § 46 de l'arrêt Boxus.

5. § 44 de l'arrêt Boxus. Dans ce paragraphe, la Cour fait curieusement référence aux procédures d'adoption d'un «plan».

6. § 47 de l'arrêt Boxus.

7. § 45 de l'arrêt Boxus.

8. § 56 de ses conclusions ci-dessus identifiées. Comp. M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007, <http://hdl.handle.net/2268/36464>, p. 563.

9. § 42 de l'arrêt Solvay.

10. M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007, <http://hdl.handle.net/2268/36464>, p. 563.

11. <http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=book/export/html/321>.

**II.3. 3<sup>ème</sup> question: dans quelle mesure un acte législatif d'autorisation de projet peut-il ne pas être soumis à un droit de recours permettant de le contester quant au fond et à la procédure?**

On l'a rappelé ci-dessus, l'une des exigences procédurales auxquelles les autorisations de projets sont soumises par la directive E.I.E. et la convention d'Aarhus est qu'elles doivent pouvoir faire l'objet d'un recours, à savoir d'une contestation quant au fond et à la procédure<sup>1</sup>. Dans quelle mesure un acte législatif d'autorisation de projet, qui bénéficie en principe, à certaines conditions, de la dispense de ces exigences procédurales, peut-il bénéficier d'une dispense de celle-ci?

Il nous semble évident que, si un acte ne relève pas du champ d'application de ces exigences, le droit au recours ne s'y applique pas et qu'à l'inverse, si un acte est soumis à ces exigences, le droit au recours doit être prévu à son encontre et qu'à défaut<sup>2</sup>, l'acte doit être considéré comme incompatible avec lesdites exigences<sup>3</sup>. C'est ce qu'exprime indirectement la Cour<sup>4</sup>, mais en faisant curieusement appel au critère de l'effet utile du droit au recours<sup>5</sup>.

On vient de le rappeler qu'à certaines conditions, un acte législatif d'autorisation est dispensé des exigences procédurales de la directive. Ainsi, à ces conditions, cet acte législatif n'est-il pas soumis au droit au recours. Reste à déterminer, précisément, si ces conditions sont remplies par l'acte législatif examiné. Or il s'impose de considérer, indique opportunément la Cour, que cette vérification doit précisément pouvoir être faite dans le cadre d'un recours. A défaut, en effet, les textes qui imposent ce droit au recours perdraient tout effet utile<sup>6</sup>, puisqu'il suffirait d'adopter un acte législatif pour échapper à ce droit, même si les conditions de dispense n'étaient pas remplies. Un recours doit donc pouvoir porter sur le respect des conditions de la dispense 'ou exclusion' elle-même<sup>7</sup>.

Quid si semblable recours n'existe pas? En application du principe de primauté, la Cour indique: «dans l'hypothèse où aucun recours (...) ne serait ouvert à l'encontre d'un tel acte, il appartiendrait à toute juridiction nationale saisie dans le cadre de sa compétence d'exercer le contrôle décrit au point précédent et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences en laissant inappliqué cet acte législatif»<sup>8</sup>.

En résumé, le juge saisi, directement ou indirectement, d'un acte législatif qui se présente comme dispensé du droit au recours doit:

- examiner si les conditions de la dispense sont remplies;
- dans la négative, vérifier si un recours est ouvert, quant au fond et à la procédure, contre cet acte;
- dans la négative, écarter ledit acte, «le laisser inappliqué»<sup>10</sup>.

**II.4. 4<sup>ème</sup> question: la motivation formelle d'une décision d'autorisation de projet doit-elle apparaître dans l'acte d'autorisation lui-même?**

La directive E.I.E. et la convention d'Aarhus<sup>11</sup> imposent la motivation formelle de toute décision d'autorisation de projet. Dans l'affaire Solvay, il était demandé à la Cour si ces textes «s'opposent à l'adoption d'actes législatifs qui ne contiennent pas eux-mêmes tous les motifs ayant présidé à leur adoption et permettant de contrôler qu'ils ont été adoptés après une vérification préalable adéquate effectuée conformément aux exigences de cette convention et de cette directive»<sup>12</sup>.

Fondamentalement, cette question n'est pas parfaitement adéquate: si l'acte législatif concerné relève de l'exclusion/dispense ci-dessus évoquée, il n'est *pas* soumis à l'exigence de motivation formelle dont il est ici question et la question ne le concerne pas. C'est sans doute ce qui explique que, s'écartant de la question telle que pourtant reformulée par elle, la Cour y donne une réponse plus large, relative à l'interprétation générale de l'exigence de motivation formelle, telle qu'applicable aux «décisions» qui y sont soumises<sup>13</sup>.

La Cour indique que, le but de cette exigence étant de vérifier qu'une évaluation adéquate au sens de la directive a été réalisée avant la décision d'autorisation et d'en permettre la sanction en justice<sup>14</sup>, les motifs de cette décision doivent être communiqués au public qui les demande, mais ne doivent pas nécessairement figurer dans l'acte d'autorisation: ils peuvent être fournis par «communication ultérieure faite sur demande»<sup>15</sup>, qui «peut prendre la forme non seulement d'un énoncé exprès des motifs, mais aussi de la mise à disposition

1. § 51 de l'arrêt Boxus et § 46 de l'arrêt Solvay.  
 2. La question est reformulée quasiment de la même manière dans les deux arrêts (§ 49 de l'arrêt Boxus et § 44 de l'arrêt Solvay).  
 3. Malgré la marge de manœuvre dont les États membres disposent dans la directive pour déterminer l'organe de recours (§ 52 de l'arrêt Boxus; § 47 de l'arrêt Solvay).  
 4. C'est ce qui est tout simplement exprimé au § 51 de l'arrêt Boxus.  
 5. § 53 de l'arrêt Boxus et § 48 de l'arrêt Solvay.  
 6. «L'article 9 de la convention d'Aarhus et l'article 10bis de la directive 85/337 perdraient cependant tout effet utile si la seule circonstance qu'un projet est adopté par un acte législatif ne répondant pas aux conditions rappelées au point 37 du présent arrêt avait pour conséquence de le soustraire à tout recours permettant de contester sa légalité» (§ 53 de l'arrêt Boxus): si l'acte législatif ne répond pas aux conditions de l'exclusion évoquée ci-dessus, il est soumis aux exigences procédurales dont celle du droit au recours et l'effet utile des textes qui imposent ce droit n'est donc en rien en cause.  
 7. Curieusement, la Cour ne fait pas ici expressément appel à ce critère, qu'elle applique pourtant manifestement. Dans le même sens, comp. B. GERVASONI, «Décret du 17 juillet 2008 relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général (D.A.R.): Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 octobre 2011», *Env. et gestion*, 2011/21, p. 3.  
 8. § 54 de l'arrêt Boxus; § 49 de l'arrêt Solvay.  
 9. § 55 de l'arrêt Boxus; § 50 de l'arrêt Solvay. Découlant des principes du droit de l'Union européenne, cette sanction est-elle suffisante pour que l'État membre concerné soit en ordre au regard de la convention et de la directive? Ce n'est pas certain, à peine de nier toute utilité aux textes qui imposent expressément la mise en place du droit au recours (<http://jade.u-bordeaux4.fr/?q=book/export/html/321>). Mais cette question dépasse les limites, modestes, de cette présentation.  
 10. § 51 de l'arrêt Boxus; § 51 de l'arrêt Solvay.  
 11. Voir art. 9, § 1<sup>er</sup>, de la directive et art. 6, § 9, de la convention d'Aarhus.  
 12. § 53 de l'arrêt Solvay.  
 13. Alors que la question visait donc l'exigence de motivation formelle en tant qu'applicable aux *actes législatifs*, la réponse de la Cour vise cette exigence en tant qu'applicable aux *décisions* qui en relèvent.  
 14. §§ 57 et 58 de l'arrêt Solvay.  
 15. §§ 60, 59, 55 et 54 de l'arrêt Solvay.

d'informations et de documents pertinents en réponse à la demande présentée»<sup>1</sup>.

Ayant raisonné de la sorte dans le cadre de la directive, la Cour transpose ensuite son raisonnement à la convention, aussi aisément<sup>2</sup> qu'elle l'avait fait à propos de la deuxième question ci-dessus.

## II.5. 5<sup>ème</sup> question: la réalisation d'une infrastructure pour une société privée peut-elle correspondre à une raison impérative d'intérêt public majeur?

Suivant l'article 6, § 3, de la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (ci-après: «la directive habitats»), «tout plan ou projet non directement lié ou nécessaire à la gestion du site mais susceptible d'affecter ce site de manière significative, individuellement ou en conjugaison avec d'autres plans et projets, fait l'objet d'une évaluation appropriée de ses incidences sur le site eu égard aux objectifs de conservation de ce site. Compte tenu des conclusions de l'évaluation des incidences sur le site et sous réserve des dispositions du paragraphe 4, les autorités nationales compétentes ne marquent leur accord sur ce plan ou projet qu'après s'être assurées qu'il ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné et après avoir pris, le cas échéant, l'avis du public». Suivant le § 4 de ce même article, «si, en dépit de conclusions négatives de l'évaluation des incidences sur le site et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, l'État membre prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée».

Les actes législatifs n'échappent pas à l'exigence d'évaluation appropriée qui vient d'être évoquée<sup>3</sup>, même si leur procédure d'adoption permet d'atteindre les objectifs de cette directive.

Posée dans le seul arrêt Solvay, la cinquième question que nous présentons ici concernait le permis qui pose à l'évidence problème dans le DAR, à savoir celui portant sur la construction du «centre administratif et de formation» destiné à la multinationale FedEx. En substance, la question était de savoir si «la réalisation d'une infrastructure destinée à héberger le centre administratif d'une société privée peut être considérée comme une raison impérative d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique» au sens de l'article 6, § 4, de la directive habitats.

La réponse de la Cour est la suivante: «la simple construction d'une infrastructure destinée à héberger un centre administratif ne saurait, par principe, constituer une raison impérative d'intérêt public majeur au sens de l'article 6, paragraphe 4, de la directive 'habitats'»<sup>4</sup>.

On comprend bien l'idée générale qui justifie cette réponse. Mais que signifient exactement les mots «par principe» que l'on y trouve? Doit-on en déduire que la «simple construction (...) d'un centre administratif» ne peut *en elle-même* constituer une raison impérative d'intérêt public majeur? Ou bien doit-on en déduire que c'est par principe qu'une «simple construction (...) d'un centre administratif» ne peut «constituer une raison impérative d'intérêt public majeur»? L'absence de ces mots dans la version anglaise de l'arrêt<sup>5</sup> nous fait préférer la première de ces deux options. Il n'est donc pas exclu que la construction d'un centre administratif «constitue» semblable raison, mais jamais en elle-même: pour pouvoir correspondre à cette raison, ce centre doit revêtir d'autres caractéristiques.

En d'autres termes, la Cour donne une réponse générale et abstraite, sans l'appliquer concrètement au permis évoqué ci-dessus et en laissant le soin de le faire à la Cour constitutionnelle.

## III. Conclusions

Les arrêts Boxus et Solvay n'excluent pas qu'un acte législatif d'autorisation de projet soit valablement dispensé des exigences procédurales de la directive E.I.E. et de la convention d'Aarhus et soit donc adopté sans que ces exigences soient parfaitement rencontrées.

Des<sup>6</sup> conditions de cette dispense sont cependant précisées, de telle sorte que le critère du respect des objectifs de la directive – et, par transposition quasi automatique, de la convention – soit rencontré:

- le législateur doit disposer, pour prendre sa décision, d'informations suffisantes sur l'impact environnemental du projet. Ces informations peuvent être celles dont disposait l'autorité administrative qui a le cas échéant statué sur le projet avant que le législateur n'en soit saisi;
- sur la base de ces informations, le législateur doit procéder à une véritable évaluation du projet et de son impact environnemental, ce qui exclut qu'il ratifie, purement et simplement, un acte administratif préexistant, en se bornant à faire état de motifs impérieux d'intérêt général sans l'ouverture préalable d'une procédure législative au fond;
- les motifs de sa décision doivent pouvoir être fournis à ceux qui les demandent.

Il est également précisé que, si l'acte législatif en question ne doit pas nécessairement être soumis à un recours, c'est uniquement si les conditions dans lesquelles semblable acte est valablement dispensé des exigences procédurales de la directive et de la convention sont remplies, ce qui ... doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle dans le cadre d'un recours.

Enfin, dans le cadre de la directive habitats, la Cour indique qu'il n'est pas exclu que la construction d'un centre administratif «constitue» une «raison impérative d'intérêt public

1. La Cour transpose à ce sujet sa jurisprudence relative à la décision de refuser de procéder à une évaluation des incidences sur l'environnement (voir not. C.J.U.E., 30 avril 2009, Christopher Mellor c/Secretary of State for Communities and Local Government, C-75/08).

2. Et, sans doute, davantage valablement.

3. § 69 de l'arrêt Solvay.

4. § 78 de l'arrêt Solvay.

5. «In the light of those criteria, the mere construction of infrastructure designed to accommodate a management centre cannot constitute an imperative reason of overriding public interest within the meaning of Article 6(4) of the Habitats Directive».

6. Nous n'écrivons pas «les», puisqu'il n'est évidemment pas exclu, au regard du critère du respect de l'objectif de la directive que d'autres conditions soient posées par la suite.

majeur», mais pour autant que ce centre revête d'autres caractéristiques.

Il revient maintenant, nécessairement<sup>1</sup>, à la Cour constitutionnelle ou au Conseil d'État, malgré l'enchevêtrement procédural:

- de tirer les enseignements de ces arrêts;
- en les appliquant au DAR, de dire si, en ce qu'il constitue, pour partie, un acte législatif d'autorisation de projets et, pour partie, le cadre d'adoption de futurs actes du même type, ce décret respecte bien les objectifs de la directive et

de la convention, en ce qui concerne non seulement l'information environnementale mise à disposition des parlementaires<sup>2</sup>, l'évaluation du projet et de son impact environnemental auquel ils ont procédé ou vont procéder<sup>3</sup> et les motifs justificatifs mis à disposition du public<sup>4</sup>, mais aussi toute autre considération qui pourrait éventuellement encore être soulevée à l'avenir à propos de ces objectifs;

- en cas de réponse négative à cette question, d'annuler ou d'écarter le DAR.

1. C'est ce qu'impose l'effet utile du droit au recours instauré par la directive et la convention.
2. A savoir, celle développée dans le cadre de la phase administrative d'instruction des demandes de permis.
3. La question étant donc de savoir si les parlementaires ont eu ou auront réellement l'occasion de porter une appréciation sur les projets et leurs incidences environnementales, ou si la procédure parlementaire correspond à une simple formalité et intervention de façade, dans le but de faire échapper les permis au contrôle du Conseil d'État. Les parlementaires ont-ils eu ou auront-ils suffisamment de temps pour mener cette appréciation? Ont-ils eu ou auront-ils l'occasion d'en débattre? Cette appréciation n'implique-t-elle pas nécessairement la possibilité d'ajuster le projet, par voie de conditions, voire de dérogations (sur cette question, on se rappellera évidemment qu'à la suite de l'avis de la section de législation du Conseil d'État, le législateur wallon avait supprimé dans le DAR la possibilité, pour le parlement, d'imposer des conditions, telle qu'elle était prévue dans l'avant-projet de décret – voir *Doc. parl. w.*, 2007-2008, n° 805/1, p. 67)? Etc.
4. Avec la question, non examinée par la Cour de justice, du rôle susceptible d'être joué, dans ce cadre, par la motivation formelle de l'acte administratif, d'une part, et d'éventuels documents parlementaires, d'autre part.

Copyright Kluwer - for internal use only