

La délivrance ou ratification par le législateur de permis d'urbanisme ou d'environnement au regard du droit européen et de la Convention d'Aarhus

Michel Delnoy¹ et Renaud Smal²

- Un législateur national peut se réserver la compétence de délivrer ou de ratifier certaines autorisations urbanistiques ou environnementales
- Cela ne le dispense pas de l'obligation de respecter les objectifs essentiels qui sont poursuivis, en la matière, par le droit européen et par le droit international

Introduction

Nul ne consent de bon gré à soumettre son action à l'empire des procédures. Leur lourdeur, la distance supranationale de leur auteur, la difficulté de s'y conformer, l'intrusion du juge chargé d'en vérifier le respect, voire les doutes sur leur aptitude à atteindre les fins qui leur sont assignées, constituent généralement les raisons qui, ouvertement invoquées ou soigneusement masquées, poussent ceux qui y sont soumis à chercher à s'affranchir de leur application.

Ce constat vaut spécialement vis-à-vis du pouvoir exécutif, dont l'action demeure largement placée sous le signe de l'unilatéralité et qui, au contraire des pouvoirs législatif et judiciaire, n'est en théorie lié ni par le principe du débat parlementaire, ni par les règles du procès équitable.

Il vaut donc pour les autorisations urbanistiques et environnementales, qui relèvent en principe de la compétence du pouvoir exécutif et dont la délivrance est encadrée par de nombreuses exigences procédurales, d'origine souvent supranationale, dont le respect est contrôlé par un juge qui, pour des raisons diverses et à tort ou à raison, est considéré comme trop tatillon, voire trop novateur.

Les autorisations relatives aux projets portés par les pouvoirs publics, qui relèvent d'un intérêt général considéré comme supérieur par ces derniers, n'y font pas exception, d'autant qu'avec l'impact que ces projets ont toujours sur le cadre de vie des résidents voisins, elles suscitent « naturellement » un important contentieux.

Cette réalité procédurale et contentieuse, parfois considérée comme un frein à la réalisation d'importants projets, est d'autant plus difficile à accepter par le pouvoir exécutif qu'elle n'est pas toujours prise en compte dans le jugement démocratique de son action.

De là, l'idée de faire intervenir le législateur, en espérant que ces autorisations particulières soient libérées du carcan des exi-

gences procédurales auxquelles les autres sont soumises ou qu'elles fassent l'objet d'un contrôle juridictionnel moins acéré.

C'est bien dans cet optique qu'un parlement³ avait adopté un décret organisant une nouvelle procédure de ratification de certains permis et, par la même occasion, ratifiant un certain nombre de permis déjà délivrés, l'ensemble de ces permis portant sur des projets considérés comme ayant une importance spéciale du point de vue de l'intérêt général⁴.

Ces ratifications avaient pour effet de changer la nature juridique des autorisations en cause, qui d'administratives devenaient législatives, de sorte que les recours dont elles faisaient l'objet devaient être introduits non plus devant une juridiction administrative⁵, mais devant la juridiction constitutionnelle⁶.

L'objectif officiellement assigné au DAR était d'associer les parlementaires à l'adoption de certains permis pour lesquels il existait des motifs impérieux d'intérêt général afin de leur « conférer une plus grande légitimité démocratique et de garantir une meilleure sécurité juridique aux chantiers importants qui en constituaient l'objet »⁷, mais nul n'ignore que la véritable motivation d'adoption du DAR était de faire échapper ces permis au contrôle du juge administratif⁸, lui préférant celui de la Cour constitutionnelle, considérée comme plus accommodante et dont la marge de contrôle est sensiblement moins étendue, notamment en ce que cette juridiction estime qu'elle n'est pas compétente pour contrôler la procédure au terme de laquelle un acte législatif est adopté⁹.

1 Arrêts rendus par la Cour de justice

A. Enjeux des arrêts

C'est peu dire que le DAR a défrayé la chronique, du moins dans le monde de l'aménagement du territoire wallon. Il a notamment suscité un émoi procédural : de nombreux recours ont été intro-

duits à son encontre et à l'encontre des permis qui y avaient été ratifiés. Après plusieurs procédures¹⁰, ces recours ont débouché sur deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹ ici commentés.

Interrogée à titre préjudiciel tant par le Conseil d'État que par la Cour constitutionnelle belges, la juridiction européenne était appelée à se prononcer sur la compatibilité du DAR avec la Convention d'Aarhus¹² (ci-après la « Convention ») et la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement¹³ (ci-après la « directive »), qui soumettent les autorisations des projets ou activités qui y sont visés à certaines exigences procédurales, dont celle que ces autorisations doivent pouvoir faire l'objet d'un recours « devant une instance juridictionnelle ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi pour contester (leur) légalité, quant au fond ou à la procédure »¹⁴.

Les actes législatifs d'autorisation de projet¹⁵ sont néanmoins, à certaines conditions, dispensés du respect de ces exigences procédurales. L'article 2, § 2, de la Convention exclut ainsi de son champ d'application les actes des « organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs » et l'article 1^{er}, § 5, de la directive dispense du respect de ces exigences les « projets qui sont adoptés en détail par un acte législatif national spécifique, les objectifs poursuivis par la présente directive, y compris l'objectif de la mise à disposition d'informations, étant atteints à travers la procédure législative ».

Un acte législatif d'autorisation de projet — en l'occurrence, le DAR lui-même en ce qu'il avait ratifié certains permis, mais aussi les permis futurs dont il prévoyait la ratification — échappe-t-il aux exigences procédurales de la directive et de la convention, en ce compris en matière de contrôle juridictionnel? Dans la négative, le DAR et ces permis à ratifier sont-ils soumis à un contrôle juridictionnel suffisant au regard de ces deux instruments? Telles étaient, en substance, les questions qu'il appartenait à la Cour de justice de trancher.

B. Application des exigences procédurales de la directive et de la convention

Au regard de son article 1^{er}, § 5, l'objectif essentiel de la directive, affirme la Cour de justice dans ses arrêts *Boxus* et *Solvay*, est de garantir que les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement soient, avant l'octroi d'une autorisation, soumis à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences sur l'environnement¹⁶.

(10) Voy. notamment C. const., n° 30/2010, du 30 mars 2010 et n° 70/2010, du 23 juin 2010. (11) C.J., 18 octobre 2011, *Boxus et cts c. Région wallonne*, aff. C-128/09 à C-131/09, C-134/09 et C-135/09; C.J., 16 février 2012, *Solvay*, aff. C-182/10. Ci-après, ces arrêts sont identifiés par les noms des requérants. (12) Convention de la C.E.E.-O.N.U. 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. (13) Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, J.O. L 175, pp. 40-48, 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, J.O. L 26/1, pp. 1-20. (14) Voy. article 10bis de la directive. Le libellé de l'article 9, § 2, de la Convention, dont celui de l'article 10bis découle, est quasiment identique. (15) Nous visons par là les autorisations en principe soumises aux exigences de la directive et de la Convention, mais qui ont une forme législative, soit qu'elles aient été délivrées par le pouvoir législatif, soit qu'après avoir été délivrées par le pouvoir exécutif, elles aient été ratifiées ou validées par le pouvoir législatif. (16) Point 41 de l'arrêt *Boxus*, point 35 de l'arrêt *Solvay*. Bien que les exigences procédurales de la directive ne se limitent pas à l'évaluation des incidences sur l'environnement, mais concernent également la participation du public, l'enquête administrative, etc., la Cour de justice n'affirme pas clairement que ces exigences correspondent elles aussi à des « objectifs » de la directive, dont le respect par l'acte législatif d'autorisation de projet devrait être vérifié pour qu'il soit dispensé du respect des exigences... qui y correspondent. Sur cette question voy. M. Delnoy, M. Lauwers et A. Pirson, « L'invalidation du DAR : le contrôle par la Cour de justice et la Cour constitutionnelle des actes législatifs d'autorisation de projet au regard de la directive E.I.E. et de la Convention d'Aarhus », *Am.-Env.*, 2013, 195-210. (17) Le raisonnement relatif à l'article 1^{er}, § 5, de la directive peut, selon la Cour, être transposé à l'article 2, § 2, de la Convention, auquel la Cour attribue une « teneur semblable » à celle de l'article 1^{er}, § 5, de la directive. (18) Points 43 à 48 de l'arrêt *Boxus*, points 37 à 41 de l'arrêt *Solvay*. (19) Point 51 de l'arrêt *Boxus*, point 46 de l'arrêt *Solvay*.

(1) Professeur à l'U.Lg et avocat au barreau de Liège. L'auteur peut être contacté à l'adresse michel.delnoy@bours-law.be. (2) Avocat au barreau de Liège. L'auteur peut être contacté à l'adresse renaud.smal@bours-law.be. (3) Le Parlement wallon, en Belgique. (4) Décret du 17 juillet 2008 « relatif à quelques permis pour lesquels il existe des motifs impérieux d'intérêt général » (ci-après : le « DAR », acronyme de l'appellation courante « décret d'autorisations régionales »). (5) En Belgique, le Conseil d'État. (6) En Belgique, la Cour constitutionnelle. (7) Cour constitutionnelle (ci-après : « C. const. »), n° 144/2012, du 22 novembre 2012, point B.10.3. (8) Parlement Wallon, doc., 2007-2008, n° 805/5, pp.12, 16, 31, 32, 40, 41 et 43. (9) Voy. M.-F. Rigaux et B. Renaud, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 98.

Dans cette mesure, pour qu'un acte législatif d'autorisation de projet — comme le DAR, que la Cour se garde cependant d'examiner, *in concerto* — soit dispensé du respect des exigences procédurales de la directive et de la Convention¹⁷, la Cour exige qu'il comporte tous les éléments du projet pertinents au regard de l'évaluation des incidences sur l'environnement, ce qui implique, selon la Cour :

- d'une part, que le législateur dispose, pour prendre sa décision, d'une « information suffisante » quant aux incidences du projet sur l'environnement, cette information pouvant cependant avoir été recueillie dans le cadre d'une procédure administrative préalable;
- d'autre part, qu'il procède à un véritable travail d'examen de ce projet et de son impact environnemental, ce travail pouvant ressortir 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 parlementaires¹⁸.

C. Exigence d'accès à la justice

La Cour rappelle par ailleurs que les États doivent prévoir la possibilité d'un recours permettant de contester, devant une instance juridictionnelle ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi, la légalité, « quant au fond ou à la procédure », des actes législatifs d'autorisation de projet qui ne sont pas dispensés du respect des exigences procédurales de la directive et de la Convention¹⁹. Elle s'abstient cependant de donner quelque indication sur les qualités ou limites du contrôle juridictionnel exercé en l'espèce en Belgique par la Cour constitutionnelle.

2 Retour à la juridiction nationale

Les arrêts rendus sur procédure préjudicielle en interprétation ne mettent pas fin au litige national. On le sait, ces arrêts donnent aux juridictions nationales saisies du litige les éléments devant leur permettre de déterminer la solution à apporter à ce dernier. Aussi est-il intéressant de se pencher sur ce qu'a fait, des arrêts rendus par la Cour de justice, la juridiction nationale saisie du fond (Cour constitutionnelle).

Celle-ci estime dans son arrêt n° 144/2012 qu'en l'espèce, le DAR ne pouvait bénéficier de la dispense des exigences procédurales de la Convention et de la directive, et ce parce que :

- d'une part, les parlementaires ne pouvaient ni « remettre en cause l'existence », ni « modifier » les permis ratifiés par les

articles 5 à 17 du DAR, ni même « procéder à une nouvelle instruction » de ces demandes de permis et qu'ils « s'étaient » manifestement limités à « ratifier » purement et simplement les projets soumis à l'assemblée »²⁰;

— d'autre part, les articles 1^{er} à 4 du DAR, qui organisaient la procédure de ratification de permis non encore délivrés, se limitaient à prévoir que le Parlement « ratifiait » lesdits permis, sans prévoir de garantie « qu'il (serait) satisfait aux exigences du droit de l'Union européenne »²¹.

La Cour constitutionnelle belge affirme par ailleurs que sa compétence ne suffit pas pour satisfaire aux exigences de contrôle juridictionnel de la Convention et de la directive lorsque les projets qui lui sont soumis ne sont pas dispensés du respect des exigences qui y sont posées²². En effet, la Cour ne s'estime « pas compétente pour exercer un contrôle exhaustif, quant au fond et à la procédure, des actes qui précèdent la ratification ou l'adoption des permis en cause », parce que, conformément à sa jurisprudence constante, elle ne peut « exercer elle-même le contrôle substantiel du respect des règles procédurales environnementales qui sont préalables à l'adoption de l'acte législatif attaqué »²³.

3 Appréciation critique

Nous avons déjà souligné qu'au terme de son examen — passablement complexe et que nous n'avons fait ici qu'esquisser — des conditions de dispense des actes législatifs d'autorisation de projet des exigences de la directive, la Cour de justice et, à sa suite, la Cour nationale saisie du litige, ont estimé que la directive et la Convention ont une « teneur semblable » et que, dès lors, le raisonnement tenu à l'égard de la directive pouvait être transposé à la Convention.

Pourtant, d'une part, la formule de dispense de la directive semble *a priori* plus large que celle de la convention²⁴, d'autre part, ces deux textes n'ont pas le même statut dans les ordres juridiques européen et des États membres. La transposition de raisonnement mériterait donc sans doute un examen plus approfondi.

En insistant, à propos des permis ratifiés par les articles 5 à 17 du DAR, sur l'impossible « modification » ou « remise en cause de

l'existence »²⁵ de ces permis, la juridiction nationale (Cour constitutionnelle) semble avoir, sans justification, substitué au critère fonctionnel²⁶ proposé par la Cour de justice²⁷ une approche plus formelle, orientée sur la seule teneur de la décision de ratification. Par ailleurs, si l'exigence d'une « nouvelle instruction de la demande de permis » pouvait traduire la condition posée par la Cour de justice de réalisation d'un véritable travail d'examen du projet et de son impact environnemental, on s'interroge néanmoins sur les raisons qui ont poussé la Cour constitutionnelle à constater qu'en l'espèce, dans le cadre de la deuxième partie du DAR, il « était (...) interdit aux parlementaires de procéder à une nouvelle instruction de la demande de permis », sans vérifier de quels documents les parlementaires avaient pu disposer, *in concreto*²⁸.

Ceci étant, sur le fond, il apparaît difficilement contestable que le législateur ayant adopté le décret se soit effectivement abstenu de procéder à une véritable évaluation environnementale des permis visés par les articles 5 à 17 du DAR préalablement à leur ratification²⁹.

Ce constat ne vaut cependant pas pour les permis visés par la procédure de ratification postérieure organisée aux articles 1^{er} à 4 du DAR : en stigmatisant l'absence de garantie « qu'il sera satisfait aux exigences du droit de l'Union européenne », la juridiction nationale n'a-t-elle pas fait un procès d'intention rétroactif au législateur, excluant *a priori* la possibilité qu'il se livre effectivement, le moment venu, à un véritable travail d'examen avant de ratifier les permis visés³⁰?

Que doit-on penser, enfin, du constat de l'insuffisance du contrôle dont peut faire l'objet un acte législatif d'autorisation de projet qui n'est pas dispensé de l'exigence de la directive et de la Convention en matière d'accès à la justice?

On l'a vu, la juridiction nationale dont il est question dans le présent commentaire (Cour constitutionnelle belge) interprète de longue date son droit national comme excluant en principe l'exercice par elle d'un contrôle de la procédure parlementaire au terme de laquelle un acte législatif a été adopté. D'où la question : la primauté du droit de l'Union n'aurait-elle pu conduire cette juridiction à réinterpréter ces textes et exercer sur les actes législatifs d'autorisation de projet un contrôle de légalité quant à la procédure³¹?

(20) Point B.14.1. de l'arrêt n° 144/2012. (21) Point B.15.2. de l'arrêt n° 144/2012. (22) Point B.9.4. de l'arrêt n° 144/2012. (23) Point B. 9.3. de l'arrêt n° 144/2012. (24) Un acte législatif d'autorisation de projet, qui relève probablement de l'exercice du pouvoir exécutif, ne semble en effet pas relever de la notion d'actes des « organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs (...) législatifs », exclus du champ d'application de la Convention. (25) On comprend d'autant moins ce second critère que, si les parlementaires ne pouvaient remettre en cause l'existence administrative des permis qu'ils ratifiaient, ils n'en avaient pas moins le pouvoir de ne pas les ratifier et, partant de ne pas chercher à les dispenser du respect des exigences procédurales de la directive et de la Convention. (26) L'expression est utilisée par l'avocat général Sharpston au point 83 de ses conclusions présentées le 19 mai 2011 dans l'affaire *Boxus*. (27) La Cour de justice a en effet expressément souligné que l'existence d'un travail d'examen du projet et de son impact environnemental pouvait non seulement ressortir du contenu de l'acte législatif adopté, mais aussi « de l'ensemble de la procédure législative qui a conduit à son adoption et notamment des actes préparatoires et des débats parlementaires ». (28) Cette approche essentiellement formelle témoigne peut-être de la réticence de la Cour à se livrer à un examen de la procédure préalable à l'adoption du DAR qui, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, échappe à la compétence que lui attribuent la Constitution et la loi spéciale. (29) L'examen des travaux préparatoires du DAR est, sur ce point, édifiante. P.W., doc. 2007-2008, n° 805/5, pp. 5 et s.; P.W., doc., 2010-2011, n°s 304/1 à 3. (30) Il est vrai, cependant, que le travail réalisé par les parlementaires lors de l'adoption des décrets de mise en œuvre de la première partie du DAR, mêmes postérieurs à l'arrêt *Boxus*, a, *in concreto*, été réduit à sa plus simple expression (voy. P.W., doc., 2011-2012, n° 615/2, pp. 2 à 5). Mais cela ne remet pas en cause la critique. Quoi qu'il en soit, peut-on utilement exiger du législateur qu'il s'impose à lui-même des garanties dont il pourrait en principe — réserve faite, il est vrai, des contraintes découlant du principe de *standstill* de l'article 23 de la Constitution — s'écarter par un acte législatif postérieur? (31) Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'eu égard aux conditions de dispense mises en exergue par la Cour de justice, la nature de l'examen de la dispense du DAR des exigences procédurales de la Convention et de la directive, auquel accepte de se livrer la Cour constitutionnelle belge, paraît essentiellement la même que celle du contrôle dont doivent pouvoir faire l'objet les actes non dispensés, que la même Cour constitutionnelle refuse d'exercer (voy. ce qu'a souligné l'avocat général Sharpston au point 98 de ses conclusions présentées le 19 mai 2011 dans l'affaire *Boxus*). Nous avons cependant souligné que la Cour constitutionnelle semble attribuer à l'examen des conditions de dispense du DAR des exigences procédurales de la Convention et de la directive une portée plus formelle que celle que lui assigne la Cour de justice. Par ailleurs, aux termes des arrêts de la Cour de justice, le juge national qui constate qu'aucun recours conforme aux articles 10bis de la directive et 9, § 2, de la Convention n'est ouvert à l'en-

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle n'aurait-elle pas pu, pour apprécier le respect de l'exigence de contrôle juridictionnel, tenir compte du contrôle de conventionnalité qui, en Belgique, peut être exercé par le juge judiciaire? Muette sur cette question, la Cour constitutionnelle ne permet pas de savoir s'il s'agit d'un oubli de sa part ou si elle a implicitement estimé que le droit d'accès au juge prévu dans la directive et dans la Convention implique un recours *direct* auquel l'exception d'inconventionnalité ne peut être substituée ou, encore, si les modalités du recours incident et de l'action en cessation environnementale, telles qu'organisées en droit belge, ne présentent pas les garanties d'accessibilité et d'effectivité requises par la directive et par la Convention.

Conclusions

En adoptant le DAR, le gouvernement wallon avait voulu conférer une sécurité juridique plus grande à certains permis considérés comme correspondant à un intérêt régional supérieur et dont il estimait, pour cette raison, devoir assurer une mise en œuvre rapide.

C'était sans doute sous-estimer l'importance accordée dans cette matière aux exigences procédurales imposées par la Convention et la directive, dont le respect s'impose en principe à toute autorité publique.

Quoi qu'il en soit, le DAR a suscité un important contentieux et, en définitive, a été invalidé, avec les conséquences d'insécurité juridique et de retard de mise en œuvre qui en ont découlé pour les

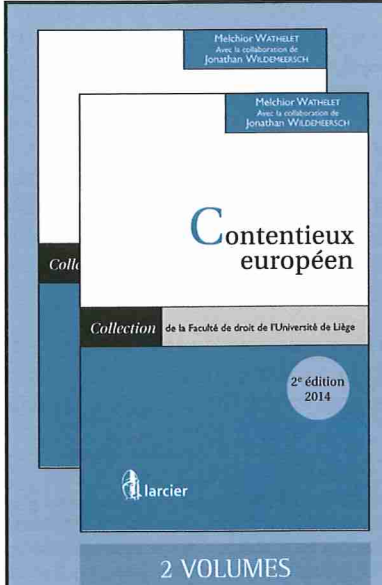
permis concernés. Surtout, s'il a été invalidé, c'est essentiellement, sur la base de la Convention et de la directive, en raison, d'une part, d'un travail parlementaire insuffisant relatif aux incidences sur l'environnement des projets visés par ces permis, d'autre part, de l'estimation, par la juridiction nationale saisie, de l'insuffisance de l'ampleur de son contrôle juridictionnel, en ce qu'il ne porte pas, à son estime, sur le respect des modalités procédurales d'adoption des actes législatifs d'autorisation de projet.

Le contentieux suscité par le DAR a mis en lumière, une fois encore, la multiplication exponentielle des exigences procédurales auxquelles les permis d'urbanisme et d'environnement sont soumis depuis quelques années et le risque que ces exigences fait peser sur les projets d'une certaine envergure.

Le législateur pourrait donc être tenté d'adopter un avatar du DAR, en l'inscrivant dans le respect des enseignements des arrêts qui viennent d'être commentés, notamment en veillant à effectuer un véritable travail d'examen des permis en cause et de leur impact environnemental, voire en prévoyant à l'avance des garanties qu'un tel examen soit effectué.

Ceci étant, plutôt que de tenter d'échapper aux exigences que, dans un judicieux but d'amélioration des décisions administratives arrêtées dans les matières de l'urbanisme et de l'environnement, elles ont elles-mêmes édictées ou accepté de se voir imposer, les autorités publiques pourraient également revoir ces règles en profondeur, dans le sens de leur simplification, et ce tant au niveau national qu'aux niveaux européen et international.

contre de l'acte législatif d'autorisation de projet qui lui est soumis n'est tenu de vérifier que si cet acte peut être dispensé des exigences de la Convention et de la directive et non d'exercer à son égard, le cas échéant, un contrôle conforme aux dispositions précitées (voy. points 54 à 56 de l'arrêt *Boxus* et points 49 à 51 de l'arrêt *Solvay*).




CONTENTIEUX EUROPÉEN

Melchior Wathelet
Avec la collaboration de Jonathan Wildemeersch

L'ouvrage, qui tient compte de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, décrit l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne et analyse en profondeur tous les types de recours pouvant être introduits devant les juridictions européennes.

> Collection : Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège
552 p. • 150,00 € • 2^e édition 2014



larcier
www.larcier.com

commande@larciergroup.com
c/o Larcier Distribution Services sprl
Fond Jean Pâques, 4 b - 1348 Louvain-la-Neuve - Belgique
Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

strada
lex

Ouvrages disponibles en version électronique sur
www.stradalex.com