

# Plans et programmes en droit international et européen de l'environnement

MICHEL DELNOY

Professeur à l'Université de Liège, avocat

## I. INTRODUCTION

En droit international et européen (1), l'élaboration par une autorité publique d'un « plan ou programme » (2) relatif à l'environnement ou

(1) En droit international, voy. not. l'art. 7 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 (ci-après : « la Convention » ou « la Convention d'Aarhus ») ; le Protocole additionnel à la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale, signé à Kiev les 21-23 mai 2003 (ci-après : « le Protocole de Kiev ») ; l'art. 14, § 1<sup>er</sup>, de la Convention sur la biodiversité ; l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (voy. C.E.D.H., 8 juillet 2003, *Hatton et crts c. Royaume Uni* ; 10 novembre 2004, *Taskin et autres c. Turquie*). En droit de l'Union européenne, voy. not. la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (ci-après : « la directive » ou « la directive ESIE », où l'acronyme correspond à l'« évaluation stratégique des incidences sur l'environnement », par opposition à l'évaluation des incidences des projets sur l'environnement qui se traduit généralement par l'abréviation sœur « E.I.E. », relative à la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ; pour désigner la directive ESIE, la Cour de justice utilise tantôt l'acronyme « ESIE », dans les affaires C-160/17, C-671/16, C-177/11 ; tantôt l'abréviation « E.I.P.P. » – pour « évaluation des incidences des plans et programmes » – dans les affaires C-321/18, C-43/18, C-305/18 ; tantôt la dénomination abrégée « directive 2001/42 », dans les affaires C-24/19, C-290/15, C-43/10, C-567/10, C-295/10, C-105/09, C-474/10, C-473/14) ; directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil (ci-après : « la directive 2003/35 »). Dans un souci de lisibilité (comparer deux textes est plus clair qu'en comparer trois ou quatre) et de compacité de notre contribution et dans la mesure où ce sont les deux textes le plus souvent invoqués dans le contentieux, nous avons choisi de nous focaliser sur la Convention d'Aarhus et la directive ESIE.

(2) Comme la Commission européenne l'indique ([http://europa.eu.int/comm/environment/eia/030923\\_sea\\_guidance.pdf](http://europa.eu.int/comm/environment/eia/030923_sea_guidance.pdf), p. 5), même si les deux termes ne sont pas synonymes, il n'est pas ici utile de les distinguer, puisqu'ils sont traités de la même manière et que cela vaut dans le cadre tant de la directive ESIE que de la Convention d'Aarhus. La Cour de justice fait souvent référence à l'un pour définir l'autre. Voy. par ex.

susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement est soumise à participation du public et à évaluation environnementale. Ce n'est pas rien : la durée et le coût de la procédure d'élaboration sont sensiblement augmentés, la marge de manœuvre de l'autorité dans la définition du contenu de l'instrument est rétrécie et la sécurité juridique de la décision d'adoption est affaiblie. Par ailleurs, ces dernières années, le contentieux relatif à ces exigences s'est largement développé, entraînant une situation générale de grande insécurité juridique(3).

Il est donc utile d'identifier les plans et programmes soumis à ces exigences dans les textes concernés. Cela implique non seulement déterminer ce qu'est un plan/programme dans ces textes(4), mais aussi d'identifier, parmi les différents plans/programmes, ceux qui sont soumis aux exigences de ces textes(5). Il faut en effet distinguer les plans/programmes en général, de ceux qui sont visés dans les textes concernés et qui, seuls, sont soumis à leurs exigences(6). C'est que nous allons tenter de faire dans la présente contribution.

Malheureusement, ni la Convention, ni la directive ne donne une définition du concept(7). On sait par ailleurs qu'il n'est en principe pas

C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Irlande*, aff. C-282/02, § 38 ; C.J.C.E., 12 juin 2003, *Commission c. France*, aff. C-130/01, § 59 ; C.J.C.E., 11 novembre 1999, *Commission c. Allemagne*, aff. C-184/97, § 56 ; C.J.C.E., 21 janvier 1999, *Commission c. Belgique*, aff. C-207/97, § 40.

(3) Ch.-H. BORN, « L'inexorable progression de la participation du public dans le processus normatif en matière d'environnement et d'urbanisme », in P. D'ARDENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN, *Les visages de l'État – Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 132 et s.

(4) C'est la définition du concept tel qu'il est utilisé dans ces textes.

(5) C'est le champ d'application des textes concernés. E. Gonthier (*L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, p. 77) suggère un raisonnement en quatre temps qui va dans le même sens.

(6) Seuls certains plans et programmes sont visés par la directive et il en va de même dans la Convention. La structure de la directive (voy. les titres des art. 2 et 3) impose clairement ce raisonnement en deux temps, expressément confirmé par le 13<sup>e</sup> considérant et appliqué par la Cour de justice notamment dans ses arrêts C-105/09 et C-24/19. De manière générale, quand, dans ses formules générales évoquées ci-après, la Cour vise la « notion » de plans et programmes, elle vise en réalité moins la notion elle-même que les plans et programmes visés par la directive ou soumis à son exigence d'évaluation environnementale (voy. les mots « celui-ci ne constituerait pas un plan ou un programme devant faire l'objet d'une évaluation environnementale de ses incidences »). Pour la Cour – et en parfaite conformité avec le texte de la directive – seuls les deux tirets de l'article 2, a), définissent le concept et l'article 3 définit quels plans/programmes sont soumis à évaluation stratégique (voy. not. C-43/18). En ce qui concerne la Convention, voy. ACCC 2012/70 : « Que la demande en cause entre dans les prévisions de l'article 7 de la Convention ou non est déterminée par les deux critères suivants : le point de savoir si le document est un plan ou un programme et celui de savoir s'il a trait à l'environnement ».

(7) Dans la directive, il n'y a qu'une pseudo définition, à l'article 2, où les plans et programmes sont définis comme étant des... plans et programmes (dans le même sens, voy. E. GONTHIER, *L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, p. 76). Dans la Convention, il n'y a tout simplement rien, en raison sans doute, d'une part, de la grande diversité des instruments nationaux susceptibles d'être visés et, d'autre part, de ce que « *planning is a relatively*

possible de se référer, pour trouver une définition en droits international et européen, au droit national<sup>(8)</sup> et il est donc *a priori* inutile et dangereux de prendre en compte les jurisprudences nationales. Dans le même ordre d'idées, le libellé différencié de la Convention et de la directive empêche d'attribuer une acception commune du concept dans les deux textes. Certes, il existe entre ces derniers une certaine filiation<sup>(9)</sup> : leurs travaux d'élaboration ont été au moins partiellement concomitants et les personnes qui y ont travaillé, de part et d'autre, étaient souvent les mêmes<sup>(10)</sup> ; la directive renvoie indirectement à la Convention<sup>(11)</sup> ;

*new area of administrative law* » (R. SEERDEN [ed.], *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 60). On est également frappé d'apprendre qu'il y a peu de recherche sur l'effectivité de l'approche programmatique (L. SQUINTANI et H. VAN RIJSWICK, « Improving Legal Certainty and Adaptability in the Programmatic Approach », *J.E.L.*, 2016, p. 444).

(8) K. DEKETElaERE et F. SCHRAM, *Millieurechten van het publiek in de participatiedemocratie*, Bruges, Vanden Broele, 2002, p. 263. Jurisprudence constante de la C.J.U.E. (voy. not. C-24/19 ou C.J.C.E., 7 janvier 2004, *Delena Wells*, C-201/02). L'ACCC indique également qu'une « désignation » en droit interne n'est pas pertinente (ACCC, 7 mars 2008, ACCC/C/2006/16). À titre d'exemple, un document intitulé « plan détaillé » qui a été soumis aux exigences de l'article 7 de la Convention peut en réalité constituer une autorisation qui aurait dû respecter les exigences de l'article 6 (ACCC, 7 mars 2008, ACCC/C/2006/16).

(9) Comp. les conclusions de l'Avocate générale Kokott précédant l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire d'Oultremont, point 5 : « le droit de l'Union en matière d'évaluation environnementale est étroitement lié à différentes conventions internationales », dont la convention d'Aarhus. Les auteurs du Guide d'application de la Convention d'Aarhus ([https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus\\_Implementation\\_Guide\\_FRE\\_interactive.pdf](https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_FRE_interactive.pdf) ; ci-après : « le Guide d'application ») estiment (voy. p. 176) qu'on peut considérer qu'en ce qui concerne la définition du concept de plan/programme, la Convention renvoie à un « sens courant et parfois juridique dans l'ensemble de la région de la CEE ». Nous partageons ce sentiment. En revanche, nous ne pouvons les suivre quand ils renvoient, pour trouver ce « sens courant et parfois juridique », au Protocole de Kiev, alors qu'il est postérieur à la Convention.

(10) La convention d'Aarhus, le Protocole de Kiev et la directive ESIE ont été élaborés dans un même mouvement, dans le cadre de travaux et réflexions imbriqués (voy. notamment B. JADOT, « La participation du public en droit communautaire de l'environnement, à l'heure de la convention d'Aarhus », in R. HOSTIQU et J.-Fr. STRUILLLOU [dir.], *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 17, Paris, 2017, pp. 63 et 64 ; J. JENDROSKA, « Public Participation in Environmental Decision-Making », in M. PALLEMAERTS [ed.], *The Aarhus Convention at Ten*, Europa Law Publishing, 2011, p. 93).

(11) Son septième considérant renvoie au Protocole de Kiev, qui renvoie à la décision II/9 de la réunion des parties à la Convention d'Espoo (Décision des parties à la Convention d'Espoo réunies à Sofia les 26 et 27 février 2001, concernant l'établissement d'un protocole juridiquement contraignant relatif à l'évaluation stratégique environnementale – MP.EIA/2001/9), dans laquelle est évoqué un intéressant « document sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement des décisions stratégiques » (MP.EIA/WG.1/2000/16 de mai-juillet 2000. Ce document évoque également, entre autres, les « négociations en cours sur la directive du Conseil des communautés européennes concernant l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement », ce qui confirme la parenté entre les différents textes), qui renvoie à la Convention d'Aarhus. La pertinence du renvoi est confirmée par la directive 2003/35, dont l'adoption suit de peu celle de la directive ESIE : il s'agissait bien « d'aligner la législation de l'Union sur la Convention d'Aarhus » (C.J.U.E., 17 juin 2010, *Terre wallonne et I.E.W.*, aff. C-105/09 et C-110/09). Dans le Guide d'application de la Convention, p. 174, il est affirmé que « [les directives E.I.E. et ESIE] font expressément référence à la Convention d'Aarhus ». Le fait que la convention d'Aarhus ne faisait pas partie du droit de l'Union européenne au moment de l'adoption de la directive n'enlève donc rien à la référence qui y est logiquement faite, fût-ce indirectement, par les considérants de la directive. Enfin, si, certes, la Convention n'est pas mentionnée dans le texte de la directive, son influence ressort clairement du libellé d'une série de dispositions de la directive (A. RYALL, *Effective Judicial Protection and the Environmental Impact Assessment Directive in Ireland*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 53).

l'Union européenne doit respecter la Convention, qui fait d'ailleurs partie intégrante de son ordre juridique<sup>(12)</sup>. Mais, précisément, les différences de libellé entre les deux textes montrent que les intentions n'étaient pas parfaitement identiques et ce, tant pour la définition du concept de plan/programme que pour la fixation du champ d'application de ces textes.

Pour identifier cette définition et ce champ d'application, il faut donc se reporter aux indications – souvent incertaines – que l'on trouve dans les deux textes, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>(13)</sup> et à celle du Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus<sup>(14)</sup>.

## II. CRITÈRES CONSTITUTIFS RELEVANT DE LA LÉGALITÉ EXTERNE

### A. Base juridique : une disposition étatique qui impose, permet, organise l'adoption des plans/programmes

Dans la directive ESIE, les plans et programmes sont ceux qui sont « exigés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives »<sup>(15)</sup>. Pour qu'il y ait plan/programme, il faut donc *a priori* une disposition qui *impose* son adoption. Cela semble réduire la portée de la directive à un nombre limité de plans et programmes. Cependant, la

(12) European Commission, *Environmental Assessments of Plans, Programmes and Projects – Rulings of the Court of Justice of the European Union*, 20 octobre 2020, disponible en ligne à l'adresse [https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA\\_rulings\\_web.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_rulings_web.pdf), p. 41.

(13) Ci-après : « la C.J.U.E. » ou « la Cour de justice ». Nous verrons les décisions suivantes : 17 juin 2010, *Terre wallonne et I.E.W.*, C-105/09 ; 22 septembre 2011, *Valčiukienė e.a.*, C-295/10 ; 22 mars 2012, *Inter-Environnement Bruxelles e.a.*, C-567/10 ; 21 juin 2012, *Sylogos Ellinon Poleodomon kai Chorotakton*, C-177/11 ; 11 septembre 2012, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e.a.*, C-43/10 ; 9 avril 2014, *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-225/13 ; 10 septembre 2015, *Dimos Kropias Attikis*, C-473/14 ; 27 octobre 2016, *D'Oultremont e.a.*, C-290/15 ; 21 décembre 2016, *Associazione Italia Nostra Onlus*, C-444/15 ; 7 juin 2018, *Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a.*, C-671/16 ; 7 juin 2018, *Thybaut e.a.*, C-160/17 ; 8 mai 2019, *Verdi Ambiente e Società*, C-305/18 ; 12 juin 2019, *S.A. Compagnie d'entreprises CFE*, C-43/18 ; 12 juin 2019, *A.S.B.L. Terre wallonne*, C-321/18 ; 25 juin 2020, *Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, C-24/19. Elles seront citées par leur numéro d'affaire.

(14) Ci-après : « le Comité » ou « l'ACCC » (pour *Aarhus Convention Compliance Committee*). Nous verrons les « conclusions et recommandations » (que, par facilité, nous qualifierons de « décisions ») suivantes : 7 mars 2008, ACCC/C/2006/16 ; 29 juin 2012, ACCC/C/2010/54 ; 28 septembre 2012, ACCC/C/2011/58 ; 28 mars 2013, ACCC/C/2010/59 ; 28 juin 2013, ACCC/C/2011/61 ; 24 septembre 2013, ACCC/C/2012/68 ; 20 décembre 2013, ACCC/C/2012/70 ; 18 juin 2017, ACCC/C/2014/101 ; 19 juin 2017, ACCC/C/2013/88 ; 12 mars 2019, ACCC/C/2014/100 ; 12 août 2019, ACCC/C/2013/107 ; 4 août 2020, ACCC/C/2013/96. Elles seront citées par leur numéro de référence.

(15) Art. 2, a).

disposition en question peut consister non seulement en une loi ou un règlement, mais aussi en des « dispositions administratives », ce qui englobe, nous semble-t-il, toute décision, voire toute intention formalisée ou toute annonce par une autorité publique de se lancer dans un processus d'adoption d'un plan/programme(16). La portée de la directive est donc bien moins réduite qu'il n'y paraît.

Quoi qu'il en soit, conformément à sa volonté d'interpréter d'une manière large les termes qui délimitent le champ d'application de la directive(17), la Cour de justice a, sciemment et fermement(18), affirmé que, pour qu'un plan ou programme soit considéré comme « exigé » par une disposition, il suffit que cette disposition *permette* de l'adopter, sans obligation de le faire(19). La Cour semble également vouloir que la disposition en cause *encadre l'adoption* du plan/programme, par la détermination des autorités compétentes pour l'adopter et une procédure d'élaboration(20), tout en considérant assez facilement que la condition est remplie(21). Avec une telle lecture de l'article 2 de la directive, on n'identifie pas les plans/programmes susceptibles d'échapper au critère ici examiné.

(16) Par exemple, l'intention d'adopter un schéma d'urbanisme exprimée dans une déclaration de politique communale élaborée en début de législature.

(17) Jurisprudence constante, voy. not. C-321/18, C-290/15, C-567/10, C-43/18, C-160/17 ; S. ROSET, « À nouveau des questions sur les notions de "plans et programmes" », *Europe*, 2016, comm. 478. La Cour invoque la finalité de la directive, consistant notamment à « garantir un niveau élevé de protection de l'environnement ». Il en découle concrètement, d'une part, que les conditions d'application de la directive sont interprétées (très) largement (la Cour constitutionnelle belge parle, à juste titre, d'« interprétation extensive » : C.C., n° 30/2021, du 25 février 2021, cons. B..2.5.1.) et, d'autre part, que « toute exception ou limitation aux dites dispositions doit, par conséquent, revêtir une acception stricte » (C-473/14).

(18) Elle explique sa position notamment dans son arrêt C-671/16. Elle reconnaît et assume expressément le caractère large de l'interprétation (C-24/19, pts 36 à 50), identifié comme tel notamment par l'avocate générale Kokott dans ses conclusions préalables à l'arrêt C-671/16 (pts 42 et 43). Elle maintient sa position malgré les critiques d'une partie de la doctrine, voire celles de juridictions nationales (C-24/19, pt 50 ; v. l'arrêt 30/2021 de la Cour constitutionnelle belge ci-dessus cité, sp. son cons. B.2.8. et l'insécurité juridique qu'elle évoque au cons. B.2.9.). Une autre partie de la doctrine approuve cette jurisprudence (par ex. Fr. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 126). Sur cette question, voy. égal. European Commission, *Environmental Assessments of Plans, Programmes and Projects – Rulings of the Court of Justice of the European Union*, 20 octobre 2020, disponible en ligne à l'adresse [https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA\\_rulings\\_web.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_rulings_web.pdf), p. 148.

(19) Concl. de l'Avocat général Campos Sanchez-Bordona du 3 mars 2020 dans l'affaire C-24/19, note subp. 4.

(20) C-567/10 ; C-24/19.

(21) Ainsi, une simple circulaire par laquelle une autorité compétente pour statuer sur des demandes de permis décide de limiter son propre pouvoir d'appréciation est un plan/programme soumis à la directive car elle « trouve son fondement juridique dans la compétence de gestion et d'appréciation dont [l'autorité dispose], en vertu de la réglementation nationale » (C-24/19) : le texte qui fonde cette compétence suffit donc aux yeux de la Cour, alors qu'il n'organise en rien l'adoption de la circulaire concernée, en ne l'encadrant par aucune modalité. On ne comprend cependant pas le point 60 de l'arrêt.

La Convention, elle, vise *tous* les plans et programmes, qu'ils soient ou non visés par une disposition qui en impose ou en encadre l'adoption.

## B. Auteur des plans/programmes : une autorité publique

Suivant l'article 2 de la directive ESIE, les plans et programmes sont élaborés et/ou adoptés « par une autorité au niveau national, régional ou local » ou élaborés « par une autorité en vue de leur adoption par le parlement ou par le gouvernement, par le biais d'une procédure législative ». Les plans/programmes visés ne sont donc que ceux des autorités publiques, mais ils sont ceux de *toutes* les autorités publiques des États membres (22), quels que soient leur niveau hiérarchique ou la fonction – exécutive (23), législative (24), voire juridictionnelle (25) – qu'elles exercent. Il faut sans doute y inclure les organes ou personnes privés qui peuvent être qualifiés d'administratifs sous l'angle fonctionnel parce que et dans la mesure où ils exercent une mission de service public ou d'intérêt général (26).

L'article 7 de la Convention d'Aarhus ne précise pas expressément qu'il ne vise que les plans/programmes adoptés par les autorités publiques, mais il nous semble raisonnable de le déduire de ce que la Convention s'adresse avant tout, de manière générale, aux « autorités publiques » et de ce que l'article 7, en sa troisième phrase, vise « l'autorité publique compétente » (27). À l'article 2, § 2, de la Convention, l'« autorité publique »

(22) C-24/19 : « la notion de "plans et programmes" peut recouvrir des actes normatifs adoptés par voie législative, réglementaire ou administrative ».

(23) Par ex., en Belgique, un gouvernement régional (C-321/18 ; C-24/19 ; C-43/18).

(24) C-105/09.

(25) La directive n'exclut pas les institutions juridictionnelles. Certes, on peine à identifier un plan/programme qu'un juge pourrait être amené à adopter, mais on ne peut pas exclure l'hypothèse de manière radicale, alors qu'on identifie des cas d'autorisation qu'un juge est amené à délivrer (voy. par ex. les mesures de remise en état dont un juge peut assortir une condamnation pour infraction urbanistique ou environnementale, qui valent permis d'urbanisme et/ou d'environnement).

(26) La Cour n'a sauf erreur pas encore eu à se prononcer sur cette question dans le cadre de la directive, mais elle est allée dans ce sens dans d'autres domaines, en visant « les autorités publiques, les organismes semi-publics ou les entreprises publiques privatisées qui ont été chargées de fournir un service public sous le contrôle de l'État et disposent, à cette fin, de pouvoirs particuliers » (Commission européenne, « Rapport sur l'application et l'effectivité de la directive relative à l'évaluation stratégique environnementale », 14 septembre 2009, COM (2009) 469 final, p. 3, disponible en ligne à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0469&from=FR>). Cette question n'étant certainement pas le point central de notre analyse, nous n'avons pas vérifié si et dans quelle mesure les critères de l'attribution d'une mission d'intérêt général, de « pouvoirs exorbitants » et de la soumission à l'autorité ou au contrôle de l'État sont cumulatifs ou alternatifs (comp. par ex. C.J.U.E., 25 mars 2021, *Obala i Lucice*, C-307/19 ; C.J.U.E., 2 mars 2021, *Commission c. Italie*, C-425/19 P ; C.J.U.E., 12 juillet 1990, *Foster et crts*, C-188/89).

(27) Dans le même sens, voy. le Guide d'application de la Convention d'Aarhus, p. 173 (ONU-CEE, *La Convention d'Aarhus : Guide d'application*, 2<sup>e</sup> éd., 2014, disponible en ligne à l'adresse [https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/Aarhus\\_Implementation\\_Guide\\_FRE\\_interactive.pdf](https://unece.org/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_FRE_interactive.pdf)).

est définie par référence non seulement aux organes relevant du pouvoir exécutif, mais aussi aux personnes qui exercent une *fonction* administrative. Les institutions de l'Union européenne sont également visées(28). Quant aux organes législatifs et juridictionnels, ils sont clairement exclus(29).

### C. Type d'intervention liée aux plans/programmes : élaboration, modification, abrogation

Tant dans la Convention que dans la directive ESIE, c'est dans le cadre de l'*élaboration* des plans/programmes, et en tout cas avant leur *adoption*, que le respect des obligations s'impose(30).

Dans la directive, la *modification* est par ailleurs expressément assimilée à l'adoption(31), étant entendu cependant que, si elle est « mineure » et porte sur certains plans/programmes, elle échappe aux exigences d'évaluation environnementale(32). La Cour de justice interprète largement le concept de modification, en y intégrant la *création d'une faculté de déroger* à des plans/programmes(33), ainsi que l'*abrogation* de ces derniers(34).

La Convention ne vise pas expressément la modification, mais, à peine de priver son article 7 d'effet utile, il nous semble qu'il faut l'y inclure : à défaut, les obligations de la Convention pourraient aisément être contournées en recourant à la modification. Par ailleurs, à l'instar de la Cour de justice, on peut sans doute y assimiler l'abrogation, qui peut être vue comme une modification radicale ou une adoption négative.

(28) L'Union européenne est Partie à la Convention au même titre que les États signataires.

(29) Sont expressément exclus les « les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs ».

(30) Combinaison des art. 7 et 6, § 8, Convention ; art. 2, al. 1<sup>er</sup>, directive.

(31) Art. 2, a). En jurisprudence, voy. not. C-43/18, C-24/19, C-567/10, C-473/14, C-305/18. Tant pour la modification que pour l'abrogation, la Cour (voy. not. C-473/14, C-43/18, C-567/10) réserve l'hypothèse où le plan/programme s'insère dans une hiérarchie d'actes (voy. art. 4, § 3, directive). Nous n'évoquons pas cette réserve, dans la mesure où elle ne permet pas d'atteindre un niveau de sécurité juridique suffisant.

(32) Art. 3, § 3. Il s'agit des modifications mineures de plans/programmes visés au § 2, qui constituent la grande majorité de ceux qui donnent lieu à du contentieux.

(33) Voy. C-160/17 : un instrument qui, ne contenant certes pas lui-même des prescriptions positives, institue cependant la faculté d'obtenir plus aisément des dérogations aux prescriptions de plans et programmes existants modifie l'ordonnement juridique et relève donc du champ d'application de l'article 2, sous a), et de l'article 3, § 2, sous a), de la directive ESIE.

(34) C-567/10 ; C-473/14.

### III. CRITÈRES CONSTITUTIFS RELEVANT DE LA LÉGALITÉ INTERNE

#### A. Objet du plan/programme : en rapport avec l'environnement

Dans la Convention d'Aarhus, les plans et programmes visés sont ceux qui sont « relatifs à l'environnement » (35), tandis que, dans la directive ESIE, il s'agit de ceux qui sont « susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement » (36). Dès lors que, dans le langage courant, « relatif à » signifie « se rapportant à, concernant » (37), un plan/programme n'est « relatif à l'environnement » que s'il vise l'environnement, s'il traite d'un ou de plusieurs domaines de l'environnement, tandis que tout plan/programme est potentiellement, indépendamment du domaine qu'il couvre, « susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement ». Ainsi, dans la Convention, l'existence d'un effet, d'une répercussion sur l'environnement ne suffit pas pour qu'un plan/programme soit visé et, inversement, l'absence d'un tel effet n'a pas pour conséquence qu'il ne soit pas visé : l'existence ou l'absence d'effet sur l'environnement importe peu ; dans la directive, en revanche, seule l'existence d'un tel effet est prise en compte, quel que soit l'objet principal du plan/programme.

À ce sujet, l'ACCC affirme pourtant, à tort à nos yeux (38), que les plans et programmes visés à l'article 7 de la Convention d'Aarhus sont non seulement ceux qui « visent à aider à la protection de l'environnement », mais aussi ceux qui « peuvent avoir un effet sur l'environnement » (39). Même en suivant cette lecture, il n'en résulte pas un champ d'application de la Convention identique à celui de la directive. En effet, là où cette dernière ne vise que les plans et programmes qui peuvent avoir des incidences *notables* sur l'environnement, la Convention vise aussi – aux yeux de l'ACCC – les plans/programmes qui « peuvent avoir un effet sur

(35) Art. 7.

(36) Art. 3, § 1<sup>er</sup>.

(37) *Le Petit Robert*, 2004.

(38) Pour aller dans ce sens, l'ACCC invoque la définition des « informations sur l'environnement » de l'article 2, § 3, de la Convention, en ce qu'elle inclut les « informations sur [...] des plans et programmes qui ont, ou risquent d'avoir, des incidences sur les éléments de l'environnement » (ACCC/2013/88), et dont il déduit qu'un plan/programme qui a ou risque d'avoir des incidences sur les éléments de l'environnement est un plan/programme qui est « relatif à l'environnement ». Pourtant, un plan/programme « relatif à l'environnement » (art. 7) ne peut être un plan/programme relatif à... un plan/programme « qui a ou risque d'avoir des incidences sur les éléments de l'environnement » (art. 2, § 3).

(39) C'est à cela que revient l'énumération de quatre éléments que l'on trouve dans la décision ACCC/C/2013/88.



l'environnement mais dont l'effet n'est pas important »(40). En définitive, dans la jurisprudence de l'ACCC, le champ d'application de l'article 7 de la Convention d'Aarhus est potentiellement beaucoup plus étendu que celui de la directive.

Quoi qu'il en soit, dans la directive, le critère des « incidences notables sur l'environnement », inscrit au § 1<sup>er</sup> de l'article 3, semble n'être qu'une annonce des véritables critères, à savoir ceux inscrits aux §§ 2 et 4 de l'article 3(41) et qui visent :

- les plans et programmes qui fixent le cadre de délivrance d'autorisations de projets(42) :
  - dans un certain nombre de domaines d'activités (« secteurs »)(43) et à propos de projets soumis à évaluation des incidences sur l'environnement(44) (§ 2, a),
  - ou dans d'autres domaines et/ou à propos d'autres projets(45) si les États déterminent, au cas par cas et/ou par critères généraux(46), que ces plans/programmes sont susceptibles d'avoir des effets notables sur l'environnement (§ 4) ;

(40) ACCC/C/2013/88.

(41) Il semble en d'autres termes que les critères des §§ 2 et 4 mettent en œuvre la condition inscrite au § 1<sup>er</sup> : les plans et programmes qui répondent aux conditions des §§ 2 et 4 sont ceux qui sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement au sens du § 1<sup>er</sup>. Ce dernier ne comporte en réalité pas un critère qui s'ajouterait aux conditions des §§ 2 et 4 : il ne s'agit pas de considérer que les plans/programmes visés sont ceux qui rentrent dans les conditions des §§ 2 ou 4 et qui sont susceptibles d'avoir des effets notables sur l'environnement. Dans ce sens, voy. le point 78 des conclusions de l'Avocate générale Kokott précédant l'arrêt C-43/18 : évoquant le § 3 de l'article 3 et non son § 1<sup>er</sup>, elle affirme que « la question décisive pour l'obligation d'évaluation est, en outre, celle de savoir si les modifications sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ». Cependant, dans son arrêt C-473/14, au pt 47, la Cour semble bien aller dans le sens inverse, en additionnant les critères des §§ 2 et 4 et celui du § 1<sup>er</sup>.

(42) Voy. ci-après.

(43) Il s'agit notamment de la gestion des déchets, de la gestion de l'eau et de l'aménagement du territoire (sur les limites larges de ce secteur, qui ne porte pas que sur l'affectation du sol au sens strict, voy. C-160/17 et C-671/16), thèmes qui relèvent ouvertement de celui de l'environnement au sens large. Il s'agit aussi de l'agriculture, de l'énergie, de l'industrie, etc., thèmes qui n'en relèvent pas, mais qui entretiennent de longue date des relations avec lui. Ces thèmes confirment que le critère n'est pas celui d'être « relatif à l'environnement ». Quoi qu'il en soit, on s'étonne de l'indigence de l'énumération quant aux plans relatifs à l'environnement : *quid* d'un plan de qualité de l'air ou d'un plan de lutte contre le bruit, par exemple ? Quoi qu'il en soit, ce qui est clair, c'est qu'il suffit qu'un seul de ces thèmes soit concerné : il ne faut pas qu'un plan/programme concerne plusieurs de ces thèmes pour être visé : « l'article 3, paragraphe 2, sous a), [...] vise tous les plans et programmes élaborés pour chacun des secteurs qu'il mentionne [...] et non pas seulement les plans et les programmes préparés concomitamment pour plusieurs de ces secteurs » (C-295/10).

(44) Ou, plus précisément, portant sur des projets soumis au régime de la directive E.I.E. et donc susceptibles d'avoir eux-mêmes des incidences notables sur l'environnement.

(45) Dans le même sens, Fr. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 132.

(46) Évoqués dans un instant.

- les plans et programmes qui sont soumis à évaluation environnementale en raison de la directive *Habitats* (47) parce qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences sur des sites protégés (§ 2, b) (48).

Quand, dans les cas visés au § 2, a), et § 2, b), de l'article 3, les plans/programmes « déterminent l'utilisation de petites zones au niveau local » (§ 3 (49)), les États doivent, comme dans les cas visés au § 4, déterminer au cas par cas et/ou par critères généraux les plans/programmes qui sont susceptibles d'avoir des effets notables sur l'environnement. Les critères à appliquer à cet effet, tant dans le cadre du § 3 que du § 4, sont les caractéristiques, identifiées à l'annexe II de la directive, des plans/programmes, de leurs incidences et des zones susceptibles d'être touchées (50).

On peut donc résumer comme suit les différents éléments de détermination du champ d'application de la directive ESIE quant au critère du rapport des plans/programmes avec l'environnement :

	Plans/programmes cadres de délivrance d'autorisations	Autres plans/ programmes (51)
Nécessairement et <b>automatiquement soumis</b> à la directive	Dans secteurs listés (déchets, eau, énergie, etc.) et à propos de projets relevant de la directive E.I.E.	Soumis à E.A.I.

(47) Dir. 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.

(48) Si une évaluation appropriée des incidences s'impose, une évaluation stratégique environnementale s'impose : voy. pt 50 arrêt C-43/18.

(49) La Cour de justice a validé cette disposition dans son arrêt C-444/15.

(50) Pour des cas de contrôle par la Cour de justice de l'application de ces critères par les États membres, voy. C-160/17, C-444/15, C-295/10, C-290/10, C-463/11. Notamment, les États ne peuvent, pour les appliquer, adopter un seuil purement quantitatif ou un autre critère qui aurait comme conséquence qu'en pratique, la totalité d'une catégorie de plans ou de programmes serait d'avance soustraite à une évaluation environnementale, même si ces plans ou ces programmes sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement (C-444/15 ; 22 septembre 2011, *Valčiukienė e.a.*, C-295/10), sauf si la totalité des plans exclus pouvait être considérée, sur la base de critères pertinents tels que, notamment, leur objet, l'étendue du territoire qu'ils couvrent ou la sensibilité des espaces naturels qui sont concernés, comme n'étant pas susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement (C-290/10). En doctrine, voy. not. Fr. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 134 et s. ; E. GONTHIER, *L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, p. 94.

(51) Ce titre est trompeur : un plan/programme soumis à E.A.I. est nécessairement soumis aux exigences de la directive, même s'il constitue un cadre de délivrance d'autorisations.

Soumis à la directive selon <b>décisions des États</b> membres (critères d'incidences notables potentielles, fixés en fonction de l'annexe II)	sauf si visent petites zones au niveau local	
	Dans autres secteurs et/ou à propos d'autres projets	

Quoi qu'il en soit, tant dans la Convention que dans la directive, la notion d'environnement est centrale. Or, comme souvent en droit, cette notion centrale n'est pas définie de manière claire et expresse. Dans le cadre de la Convention, elle peut être définie indirectement à partir de l'article 2, § 3(52), par référence non seulement aux « éléments de l'environnement »(53) que sont l'air et l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, le paysage et les sites naturels, la diversité biologique et ses composantes, y compris les organismes génétiquement modifiés, mais aussi à l'interaction entre ces éléments. En revanche, à nos yeux, l'« environnement » n'englobe pas les « facteurs tels que les substances, l'énergie, le bruit et les rayonnements et des activités ou mesures, y compris des mesures administratives, des accords relatifs à l'environnement, des politiques, lois, plans et programmes qui ont, ou risquent d'avoir, des incidences sur les éléments de l'environnement », également visés par l'article 2, § 3. En effet, ce que le texte indique, c'est que ces différents facteurs, activités ou mesures peuvent avoir des *incidences* sur les éléments de l'environnement, non qu'ils constituent des *éléments* de l'environnement.

Dans le cadre de la directive, on trouve une énumération non exhaustive d'éléments constitutifs de l'environnement à l'annexe I, où il est question des effets probables sur l'environnement. Par rapport à la Convention, manquent l'atmosphère, les terres, les sites naturels et les O.G.M., et s'ajoutent la population et la santé humaine, les facteurs climatiques, les biens matériels et le patrimoine culturel.

Enfin, tant dans le cadre de la Convention(54) que de la directive(55), la notion d'incidences (sur l'environnement) est également importante(56). S'agit-il seulement des incidences négatives ou bien aussi des incidences

(52) Qui donne une définition des « informations sur l'environnement ». Comme l'ACCC l'indique, il en découle une « définition implicite » de l'environnement (ACCC/C/2013/88). Voy. égal. le *Guide d'application*, p. 176.

(53) Voy. la finale du texte.

(54) Parce que l'ACCC en fait un critère, comme évoqué ci-dessus.

(55) Ne fût-ce qu'au regard des §§ 3 et 4 de l'article 3.

(56) Dans la directive, elles doivent par ailleurs être « notables ».

positives ? Dans le cadre de la directive E.I.E., la Cour de justice a indiqué que « la circonstance que des projets devraient entraîner des effets bénéfiques sur l'environnement n'est pas pertinente dans le cadre de l'appréciation de la nécessité de soumettre lesdits projets à une évaluation de leurs incidences environnementales » (57).

## B. Contenu des plans/programmes : le plus souvent, un cadre de référence pour l'octroi d'autorisations

### 1) Dans la directive ESIE

On l'a vu, les principaux plans ou programmes soumis à la directive ESIE sont ceux qui fixent un cadre de délivrance d'autorisations (58). Le texte de la directive vise plus précisément les « plans et programmes qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée ». La Cour de justice indique que cela vise tout plan ou programme qui « établit, en définissant des règles et des procédures, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets » (59). Combinée au texte de la directive, cette formule soulève plusieurs questions.

Avant tout, il semble *a priori* ressortir du texte de la directive que le plan/programme a, par nature, une *portée générale et abstraite*, en ce qu'il ne vise pas un projet en particulier, mais est susceptible de s'appliquer à tout projet postérieur soumis à autorisation (60). Pourtant, dans sa formule, la Cour de justice évoque la possibilité qu'un plan/programme relève de la directive même s'il ne vise qu'un seul projet. Certes, on n'est pas certain d'en trouver une application dans un cas concret en jurisprudence (61), mais il reste que l'unicité de projet est expressément visée dans

(57) C.J.U.E., 21 mars 2019, *Eco-Bat Technologies Ltd et crts*, C-312/18, citant C.J.U.E., 25 juillet 2008, *Ecologistas en Acción-CODA*, C-142/07. Cette jurisprudence est également rappelée dans C-43/18.

(58) Art. 3, § 3, a), et § 4. Il y a aussi les plans/programmes soumis à E.A.I. (art. 3, § 2, b).

(59) C-43/18 ; C-321/18. La référence à des « critères et modalités » et « règles et des procédures » au respect desquelles la mise en œuvre de projets est soumise apparaît déjà dans l'arrêt C-567/10, mais pas dans le même ordre.

(60) Comp. pts 65 et 66 arrêt C-43/18. La Cour le confirme dans l'arrêt C-43/10 en indiquant qu'un projet concret n'est pas un plan/programme même s'il comporte plusieurs projets.

(61) Quand, au point 39 de son arrêt C-295/10, la Cour indique que « l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive doit être interprété en ce sens qu'il vise également un plan qui, dans un seul secteur, fixe le cadre pour un projet ayant un seul objet d'activité économique », on sait (voy. pt 40 du même arrêt, où il est question de « projets », au pluriel) qu'elle veut avant tout faire valoir l'idée que le plan/programme peut ne concerner qu'un seul des secteurs visés à l'article 3, § 2, a (voy. ci-dessus) et nous partageons cette idée. Il n'en reste pas moins que les mots « un projet » sont utilisés et ce, alors que les instruments en cause sont

la formule. Tout se passe comme si la Cour s'écartait volontairement du critère du caractère général et abstrait, pour privilégier celui de ce qui ne constitue pas une autorisation (62). S'agirait-il là d'une autre manifestation de sa volonté de procéder à une interprétation large de la directive ?

Ce qui semble certain, en tout cas, c'est qu'il importe peu que l'instrument s'impose ou non directement aux particuliers : il suffit qu'il *s'impose à l'autorité* dans le cadre de la délivrance des autorisations (63).

Par ailleurs, la Cour de justice indique que, même si « la notion de "plans et programmes" [...] doit certes couvrir un certain territoire », le plan/programme ne doit pas avoir une *portée géographique déterminée*, limitée : il ne doit pas avoir pour objet l'aménagement d'un territoire donné (64). Cela mériterait une explication (65), qui prendra sans doute la forme de développements jurisprudentiels futurs.

Le plan/programme doit concerner un ou des *projets* : faute de définition spécifique dans la directive ESIE, on doit sans doute se reporter à la définition du « projet » que l'on trouve à l'article 1<sup>er</sup>, § 2, de la directive E.I.E., qui vise « la réalisation de travaux de construction ou d'autres installations ou ouvrages [et] d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol ».

Le § 2, a), de l'article 3 de la directive ESIE renvoie clairement uniquement aux *projets* « énumérés aux annexes I et II de la directive [E.I.E.] ». Le § 4, lui, renvoie à des « projets », sans autre précision, de sorte que l'on doit sans doute considérer qu'il ne s'agit pas uniquement de ceux visés aux annexes I et II de la directive E.I.E. (66).

---

deux « plans détaillés relatifs à la construction de deux complexes immobiliers destinés à l'élevage intensif d'une capacité de 4 000 porcs dans deux localités », à savoir des instruments dont chacun d'eux ne s'applique justement qu'à un projet bien déterminé.

(62) Qui « ouvre le droit » de réaliser un projet, voy. art. 1<sup>er</sup>, § 2, dir. E.I.E.

(63) C-24/19.

(64) C-290/15.

(65) L'affirmation dans cet arrêt que l'instrument litigieux (un arrêté réglementaire qui fixe les conditions d'implantation d'éoliennes) « concerne » l'ensemble du territoire de la Région wallonne (l'une des entités fédérées de la Belgique) et qu'il « [présente] un lien étroit avec ledit territoire », laisse certes entendre qu'un plan/programme n'en est pas moins un s'il s'applique à l'ensemble d'un territoire national. Mais la Cour souligne dans la foulée que si ce lien étroit existe, c'est parce que « les valeurs limites que [l'instrument] prévoit en matière de bruit sont déterminées en fonction de différents types d'affectation des zones géographiques considérées ». Autrement dit, le lien étroit avec l'ensemble d'un territoire national est admis grâce à un certain zonage des prescriptions.

(66) Dans le même sens, sauf erreur, l'Avocate générale Kokott indique qu'« une évaluation environnementale peut être requise pour la mise en œuvre de projets qui ne relèvent pas de la directive EIE, en vertu de l'article 3, paragraphe 4, de la directive ESIE » (pt 20 concl. préc. l'arrêt C-671/16).

Les projets en question doivent être *soumis à des autorisations* : ce sont ces dernières qui sont délivrées en fonction des « critères et modalités » qui constituent le cadre de référence. Un instrument qui ne s'applique qu'à des projets non soumis à autorisation n'est pas un plan/programme au sens de l'article 3, § 2, a), de la directive (67). De même, un instrument qui n'est pas en lien direct avec les autorisations ne relève pas de cette disposition (68).

Pour constituer un plan/programme, l'instrument doit-il *lui-même comporter les « critères et modalités »* et est-il donc exclu qu'il se limite à rendre applicable un cadre prédéfini ? L'Avocate général Kokott a clairement proposé de répondre par l'affirmative (69) et sa position nous semble difficilement contestable. La Cour, de son côté, n'a, contrairement aux apparences, pas encore eu l'occasion de répondre à cette question : si elle a qualifié de plan/programme un instrument de ce type, c'est surtout parce qu'il permettait en outre de déroger à d'autres instruments eux-mêmes constitutifs d'un cadre et qu'il pouvait donc être considéré comme une *modification* de ce cadre (70).

La référence à des « règles et procédures » (71), ainsi qu'à des « critères et modalités », laisse entendre que le « cadre » dont il est question vise tant les *règles de fond* auxquelles les projets doivent être conformes pour être autorisés – les critères d'octroi des autorisations – que les *règles de procédure* à suivre dans l'instruction des demandes d'autorisation, telles « les règles [...] relatives à la composition des demandes de permis » (72). L'inclusion des règles de procédure n'était pas évidente de prime abord (73), mais elle peut être considérée comme étant conforme au texte

(67) C-43/18, à propos d'un ensemble d'interdictions qui semblaient ne valoir que pour des activités non soumises à autorisation.

(68) C-43/18. Compte tenu de sa jurisprudence habituelle, on pourrait s'attendre à ce que la Cour de justice renvoie au juge national pour l'application de ce critère, mais, dans cet arrêt en tout cas, ce n'est pas ce que la Cour fait, estimant elle-même que les objectifs régionaux de conservation des habitats et espèces pour lesquels des sites Natura 2000 doivent être désignés, prévus à l'article 25bis, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 12 juillet 1973 relative à la conservation de la nature, n'ont pas d'effet sur les autorisations parce qu'ils ne sont pas énoncés pour des sites déterminés, mais résumés pour l'ensemble de la Région wallonne, et parce que le texte légal qui les vise indique qu'ils ont « valeur indicative ». Pourtant, en droit belge, ni la généralité d'une disposition, ni sa valeur indicative n'écarte l'obligation, pour l'autorité statuant sur une demande d'autorisation, d'en tenir compte.

(69) Pt 76 concl. préc. l'arrêt C-43/18.

(70) C-160/17. Dans le même sens, comp. Ch.-H. BORN, « Les cartes des zones soumises à l'aléa inondation sont des plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE », *Amén.-Env.*, 2020, p. 40.

(71) Il est également question de « règles et de procédures » dans C-567/10.

(72) C-671/16. La Cour ne vise d'ailleurs que ça au titre des règles de procédure.

(73) Comp. E. GONTHIER, *L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, p. 80. La Cour ne vise d'ailleurs clairement dans d'autres

de la directive(74). Reste alors à savoir si un instrument *doit* comporter à la fois des règles de fond et des règles de procédure pour être considéré comme un plan/programme visé(75). Ce que nous dirons ci-après de ce qui constitue un ensemble significatif de critères et modalités nous semble imposer une réponse négative à cette question.

Dans la formule de la Cour, référence est faite tant à l'*autorisation* qu'à la *mise en œuvre* d'un projet(76). Sont donc visés non seulement les critères et modalités procédurales d'octroi de l'autorisation, mais aussi les *règles et procédures de réalisation du projet*, c'est-à-dire les conditions à respecter dans le cadre de l'exécution de l'autorisation(77). Pourtant, la directive vise « le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée » et donc l'autorisation *de* mise en œuvre de projets, et non l'autorisation de projets *et* leur mise en œuvre : elle vise le cadre d'octroi d'autorisations de mise en œuvre de projets et non le cadre d'octroi d'autorisations et de mise en œuvre de projets.

Dans la majorité de ses arrêts, tout en utilisant pour le reste exactement la formule ci-dessus reproduite, la Cour vise non pas simplement des « règles et des procédures », mais « des *règles et des procédures de contrôle* applicables au secteur concerné »(78). Cela renforce la dissociation qui vient d'être critiquée dans son principe, mais cela semble également en réduire la portée, en laissant entendre que les « critères et modalités pour la mise en œuvre de projets » ne relèvent que du « contrôle » et qu'ils ne correspondent donc qu'à des règles et procédures de vérification du

---

arrêts que les « conditions dans lesquelles les projets concrets pourront être *autorisés* à l'avenir » (C-290/15), les « mesures dont le respect peut conditionner la *délivrance* de l'autorisation » (C-105/09) ou le « cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée » (C-305/18).

(74) Les règles de procédure ont en effet souvent – par toujours, il est vrai – une finalité touchant à la teneur de la décision à prendre par l'autorité. La participation du public en est évidemment le meilleur exemple.

(75) Notamment et plus spécialement, un instrument qui ne comporte que des règles de fond est-il un plan/programme soumis aux exigences de la directive ?

(76) Dans la version anglaise : « *criteria and detailed rules for the grant and implementation of one or more projects* ».

(77) Cela nous semble inclure par exemple, en droit wallon relatif au permis d'environnement (nous visons ici le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, disponible en ligne à l'adresse [https://wallex.wallonie.be/files/medias/10/decret\\_11\\_mars\\_1999\\_.pdf](https://wallex.wallonie.be/files/medias/10/decret_11_mars_1999_.pdf)), les conditions particulières du permis (art. 45, § 1<sup>er</sup>, al. 2, 1<sup>o</sup>, et art. 56), la règle générale de prudence (art. 58, § 2), l'obligation d'adapter son activité en cas de modification du permis, les règles de péremption (art. 53), de caducité (art. 48) et de durée de validité (art. 50) du permis, l'obligation de notification d'une éventuelle cession du permis (art. 60), l'obligation de remise en état des lieux (art. 53), etc.

(78) C'est cette formule qui revient le plus souvent. Telle qu'elle, elle apparaît pour la première fois dans l'arrêt C-290-15, puis est reprise dans les arrêts C-671/16, C-160/17, C-305/18 et C-24/19. Elle est utilisée dans le dernier arrêt en date, à savoir C-24/19. Dans l'arrêt C-43/10, on voit déjà apparaître la référence à « des règles et des procédures de contrôle ».

respect des obligations qui découlent des autorisations. Nous ignorons si telle est bien la volonté de la Cour quand elle utilise cette formule, qui ne nous semble à cet égard pas conforme à la directive.

Toujours à propos de ces « critères et modalités », il faut déterminer quand ils sont suffisants, quantitativement ou qualitativement, pour constituer un *ensemble significatif*. À ce sujet, pour « éviter de possibles stratégies de contournement des obligations énoncées par la directive EIPP pouvant se matérialiser par une fragmentation des mesures, réduisant ainsi l'effet utile de cette directive » (79), la Cour estime que « la notion d'« ensemble significatif de critères et de modalités » doit être entendue de manière qualitative et non pas quantitative » (80). Il suffit d'un ensemble de normes qui revêt « une importance et une étendue suffisamment significatives pour la détermination des conditions applicables [au] secteur [concerné] et que les choix notamment d'ordre environnemental posés à travers lesdites normes [soient] appelés à déterminer les conditions dans lesquelles les projets concrets d'implantation et d'exploitation [...] pourront être autorisés à l'avenir » (81). Le « cadre » ne doit donc pas être exhaustif, mais suffisamment significatif (82).

Se pose ensuite la question du degré de force juridique que le « cadre » qui vient d'être décrit doit revêtir pour qu'il soit un plan/programme soumis aux exigences de la directive. La Cour utilise à ce sujet les vocables suivants : « cadre juridique de référence » (83), instrument qui « détermine » l'autorisation (84), « règles » et « mesures concrètes et obligatoires » (85), « normes » et « modification de l'ordonnancement juridique » (86), « prescriptions » (87), voire « réglementations » (88). On n'est donc pas étonné que la Cour estime qu'un instrument « purement indicatif » ne constitue pas un « cadre » soumis à la directive (89). Un instrument n'est un « cadre » au sens de la directive que s'il a un *caractère obligatoire, contraignant* (90), que

(79) Il s'agit de respecter l'objectif de la directive qui « consiste à soumettre à une évaluation environnementale les décisions susceptibles d'avoir des incidences notables sur celui-ci » (C-290/15).

(80) C-671/16, C-160/17, C-43/18. Voy. aussi C-290/15, C-24/19, C-43/18, C-305/18, C-305/18.

(81) C-24/19 ; C-290/15.

(82) C-24/19.

(83) C-567/10.

(84) Comp. art. 3, § 3.

(85) C-43/18.

(86) C-24/19.

(87) C-305/18.

(88) Les termes sont clairement utilisés par la Cour dans son arrêt C-305/18.

(89) C-24/19.

(90) C-24/19.



s'il « modifie l'ordonnancement juridique et emporte une modification du cadre juridique de référence » (91). Cela n'empêche cependant pas, en fonction du droit national applicable (92), une « simple » circulaire d'avoir un caractère contraignant et la Cour renvoie opportunément au juge national le soin de déterminer la force juridique de chaque instrument (93).

Il découle de tout ce qui précède que les plans et programmes visés par la directive dans la jurisprudence de la Cour sont avant tout des *ensembles de normes* applicables aux projets (94) (95). En définitive, on en conclut que tout instrument qui comporte un cadre de référence pour des projets et qui modifie donc l'ordonnancement juridique en ce qui les concerne, est un plan ou programme soumis à la directive ESIE (96). Ce raisonnement est pourtant contraire tant au texte qu'à la structure de la directive (97).

(91) C-160/17 ; voy. égal. C-473/14 : c'est parce qu'il modifie le cadre juridique de référence que l'instrument examiné est susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement, le cas échéant notables.

(92) Dans le même sens, R. SEERDEN (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 261 : « *it is, however, difficult to provide a general opinion on the binding force of soft law instruments* ».

(93) C-24/19 : « sous réserve d'une vérification par la juridiction de renvoi quant à sa portée juridique exacte ». Curieusement, la Cour n'opère pas ce renvoi dans l'arrêt C-321/18, en prenant elle-même position sur la force juridique de l'instrument mis en cause, en considérant qu'un arrêté de fixation d'objectifs généraux de conservation pour le réseau Natura 2000 à l'échelle de la Région wallonne n'a pas de portée juridique contraignante parce que le texte légal indique que ces objectifs ont valeur indicative. Pourtant, un instrument dont il est dit en droit belge qu'il a valeur indicative répond au critère du caractère contraignant, car en droit belge, cette valeur impose en principe à l'autorité de respecter l'instrument, même si cette dernière peut ou doit s'en écarter, en s'en justifiant alors de manière circonstanciée dans la motivation formelle de sa décision. Dans le même sens, comp. Fr. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 128 ; B. JADOT, « Les cas dans lesquels une enquête publique doit être organisée en matière d'urbanisme et d'environnement : l'inexorable évolution », in *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 124. C'est ainsi que les objectifs de conservation visés à l'article 25bis de la loi belge sur la conservation de la nature (<https://wallex.wallonie.be/eli/loi-decret/1973/07/12/197371207/1973/09/21?doc=6927>) sont à nos yeux contraignants même si le texte légal dit qu'ils ont « valeur indicative ».

(94) European Commission, *Environmental Assessments of Plans, Programmes and Projects – Rulings of the Court of Justice of the European Union*, 20 octobre 2020, disponible en ligne à l'adresse [https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA\\_rulings\\_web.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/EIA_rulings_web.pdf), p. 151. Pour une évocation des implications faramineuses de ce constat, voy. Ch.-H. BORN, « L'inexorable progression de la participation du public dans le processus normatif en matière d'environnement et d'urbanisme », in P. D'ARDENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN, *Les visages de l'État – Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 132 et s.

(95) Tout se passe d'ailleurs comme si le « cadre d'autorisations de projets » était devenu un élément de définition du concept de plan/programme plutôt qu'un critère de délimitation du champ d'application de la directive à certains plans/programmes : de ce qu'un document fixe un tel cadre, la Cour semble déduire qu'il constitue un plan ou programme. Tout au long de l'arrêt C-671/16, par ex., il n'est question que de ce critère et c'est « au regard de ces éléments, qu'il convient de considérer qu'un acte [...] relève de la notion de "plans et programmes" » (nous soulignons).

(96) Dans l'arrêt *Inter-Environnement Bruxelles* (C.J.U.E., 7 juin 2018, *Inter-Environnement Bruxelles*, C-671/16), la Cour de justice n'indique plus que la directive vise les *plans et programmes* qui établissent un cadre pour les projets, mais qu'elle vise *tout acte* qui établit un tel cadre.

(97) Voy. ci-dessus.

Qu'en est-il alors des documents par lesquels les autorités se fixent des objectifs dans un domaine donné et dans lesquels elles indiquent les moyens pour les atteindre et le délai pour y parvenir : sont-ils visés ? Tout dépend si les éléments programmatiques/stratégiques qui les composent sont aussi, en droit national, applicables aux autorisations de projets qui relèvent du domaine concerné et donc, si ces éléments, en plus de relever de l'approche programmatique, constituent également des cadres pour les autorisations de projet : dans l'affirmative, ils sont visés par la directive ; dans la négative, ils ne le sont pas. Il en découle que les plans et programmes « purs » ne relèvent pas du champ d'application de la directive et ne sont donc pas soumis à évaluation stratégique environnementale.

## 2) Dans la Convention d'Aarhus

Rien de tout ce qui précède ne doit être transposé à la Convention d'Aarhus.

À supposer même qu'il soit possible, pour définir le *concept* de plan/programme dans la Convention, de renvoyer au Protocole de Kiev dont le texte est très proche de celui de la directive ESIE (98), un tel renvoi ne suffirait pas à caractériser le concept, puisque le Protocole n'en donne en réalité pas de définition (99). Par ailleurs, ce renvoi ne serait pas utile pour déterminer le *champ d'application* de la Convention, pour identifier les plans/programmes qu'elle soumet à ses exigences. Car, à ce sujet, le texte de la Convention est clairement différent de celui du Protocole et de la directive, dans la mesure où il ne renvoie pas à l'idée de « cadre de référence pour l'octroi d'autorisations » et où il distingue les plans et programmes (100) des « autorisations » (101), des lois (102) et des « dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale » (103) (104).

(98) Nous avons indiqué ci-dessus que ce renvoi ne nous semble pas possible.

(99) Voy. art. 2, § 5, où il est indiqué que « l'expression "plans et programmes" désigne »... « les plans et programmes [...] qui [etc.] ».

(100) Art. 7.

(101) Art. 6.

(102) Art. 2, § 3 ; art. 5, § 3 ; art. 5, § 5.

(103) Art. 8.

(104) La Cour de justice l'a elle-même fait *observer, a contrario*, pour la directive ESIE : elle *observe* que la directive ESIE « ne contient précisément pas de dispositions spécifiques relatives à des politiques ou à des réglementations générales qui nécessiteraient une délimitation par rapport aux plans et programmes, au sens de ladite directive » (C-290/15 ; C-671/16 ; C-24/19).

De cette distinction, justement, il ressort avant tout qu'un plan/programme ne consiste pas en une autorisation, c'est-à-dire une décision de permettre une activité particulière qui est en principe interdite. Le plan/programme a donc nécessairement une portée plus large, générale, et n'a pas pour objet de lever une interdiction pour un projet spécifique (105).

Toujours sur la base du texte de la Convention, on peut aisément écarter, parmi la pléthore d'instruments qui ne sont pas des autorisations, les « accords » (106), les simples « mesures administratives » (107) et les purs « rapports sur l'état de l'environnement » (108). Ça devient malheureusement moins clair pour les « politiques » (109) et « stratégies » (110), car on pensait *a priori* justement que les exclusions qui précèdent et celle des « règles juridiquement contraignantes d'application générale » évoquée ci-après amenaient à inclure dans le concept de plan/programme ces « politiques » et « stratégies » (111).

Dans ce contexte, pour définir le plan/programme dans le cadre de la Convention, on est tenté d'essayer d'identifier le sens juridique courant que ce vocable avait au moment de l'adoption de la Convention dans la région correspondant à ses États parties. Mais c'est un travail extrêmement complexe (112), dont la rentabilité n'est pas évidente. En revanche, on peut aisément constater qu'en droit de l'Union européenne en tout cas (113), le concept de plan/programme était connu à l'époque (114) et pouvait, sur

(105) À ce sujet, voy. not. J. JENDROSKA, « Public Participation in Environmental Decision-Making », in M. PALLEMAERTS (ed.), *The Aarhus Convention at Ten*, Europa Law Publishing, 2011, p. 116.

(106) Art. 2, § 3 ; art. 5, § 3.

(107) Voy. art. 2 Convention d'Aarhus – celui-là même qui comporte officiellement les définitions des termes utilisés dans la Convention – où les plans et programmes sont opposés à ces concepts.

(108) Art. 5, § 3.

(109) Art. 2, § 3 ; art. 5, § 3 ; art. 7.

(110) Art. 5, § 5.

(111) De l'article 5, § 5, il ressort également que les « programmes et plans d'action » sont, comme les politiques, des « documents directifs ». Mais s'agit-il bien des « plans et programmes » que nous analysons ? Ce n'est pas clair.

(112) Il faudrait rassembler des textes anciens, rédigés dans une série d'autres langues, sur un support exclusivement papier et diffusés souvent à une échelle exclusivement nationale.

(113) Cela exclut donc le droit d'une série de pays signataires de la Convention d'Aarhus non membres de l'Union européenne, à savoir, pour l'essentiel, des pays de l'ex-bloc soviétique. Cela exclut donc *a priori* la planification socialiste, mais elle semble bien avoir influé sur le concept de plan/programme (comp. J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37 ; A. DEMICHEL, *Grands services publics et entreprises nationales*, Paris, Dalloz, 1974, p. 29).

(114) Voy. not. le plan de gestion des déchets de l'article 7 de la directive 75/442 relative aux déchets ; les programmes de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 85/339 concernant les emballages pour liquides alimentaires ; le programme d'action de l'article 8, § 2, de la directive 91/271 relative au traitement des eaux urbaines résiduaires ; le plan de gestion des zones spéciales de conservation de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la directive 92/43 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages ; les programmes d'action de l'article 175, § 3, du Traité instituant la Communauté européenne (art. 192, § 3, TFUE) ;

la base d'une jurisprudence relativement abondante de la Cour de justice (115), être considéré comme correspondant à un instrument établi sur la base d'une analyse préalable de la situation existante et d'une réflexion globale et cohérente, et comportant des objectifs à atteindre, des mesures à adopter pour les atteindre et des délais de mise en œuvre (116).

Nous proposons donc de considérer que, dans le cadre de la Convention, un plan/programme est un « exposé relativement précis et concret d'un ensemble ordonné et cohérent de dispositions, d'actions ou d'opérations qu'une autorité publique entend adopter, mener ou imposer, le cas échéant dans le respect de certains délais, en vue de réaliser les objectifs d'une certaine envergure qu'elle s'est fixés après une analyse globale et cohérente de la situation existante » (117).

On arrive alors au cœur du problème. Dans la Convention, l'article 7 vise les plans et programmes et l'article 8 vise les « dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale ». On doit *a priori* en déduire que les instruments qui constituent

---

le programme visé dans la Résolution du Parlement européen sur le Livre vert intitulé « Pour une politique énergétique de l'Union européenne » (*J.O.*, 30 octobre 1995, n° C287, p. 34), qui se réfère à un ensemble de projets répondant à un même objectif, dont la limite est par ailleurs fixée dans le temps. On peut encore remarquer que, dans l'amendement 21 que le Parlement européen proposait à la directive E.I.E. dans le cadre de sa Résolution législative portant avis sur la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (*J.O.*, 30 octobre 1995, n° C287, p. 83), il était question de définir le programme comme un « ensemble de projets répondant à un même objectif ». Voy. égal. L. SQUINTANI et H. VAN RIJSWICK, « Improving Legal Certainty and Adaptability in the Programmatic Approach », *J.E.L.*, 2016, p. 443, citant notamment une contribution doctrinale de L. KRAMER.

(115) Voy. not. C.J.C.E., 11 mars 2004, *Commission c. Irlande*, C-396/01 ; C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Commission c. Pays-Bas*, C-322/00 ; C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Commission c. Grèce*, C-387/97 ; C.J.C.E., 12 juin 2003, *Commission c. France*, C-130/01 ; C.J.C.E., 8 mars 2001, *Commission c. France*, C-266/99 ; C.J.C.E., 11 novembre 1999, *Commission c. Allemagne*, C-184/97 ; C.J.C.E., 28 mai 1998, *Commission c. Espagne*, C-298/97.

(116) M. DELNOY, « Un instrument normatif comme le CoDT n'est pas un "plan ou un programme" et n'est donc pas soumis à évaluation stratégique environnementale préalable », obs. sous C. const., 28 février 2019, n° 33/2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 981, disponible en ligne à l'adresse <http://hdl.handle.net/2268/240988>, et jurisprudence citée. Cela correspond à « l'approche programmatique » dont fait état L.-P. Suetens (L.-P. Suetens, « Le droit à la protection d'un environnement sain (article 23 de la Constitution belge) », in *Les hommes et l'environnement*, Études en l'hommage à Alexandre Kiss, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 490).

(117) M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 82, disponible en ligne à l'adresse <http://hdl.handle.net/2268/36464>. Cette proposition est fort comparable à celle de J. Sambon (*Les procédures d'évaluation des incidences sur l'environnement*, notes de cours D.E.S. Saint-Louis, 2005-2006, p. II-53, cité par E. GONTHIER, *L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, p. 79) établie avec la même méthode contextuelle liée à d'autres textes européens : « les plans et programmes constituent l'expression formelle d'un mode d'action envisagé, à l'égard d'un objectif, dans un système organisé et articulé ». Dans un sens comp., voy. égal. la première partie de la définition alternative proposée par B. Jadot (B. JADOT, « Les cas dans lesquels une enquête publique doit être organisée en matière d'urbanisme et d'environnement : l'inexorable évolution », in *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 124.

des « dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale » au sens de l'article 8 ne peuvent constituer des plans ou programmes au sens de l'article 7, de sorte qu'à l'opposé de ce qui est prévu dans la directive ESIE telle qu'interprétée par la Cour de justice, un instrument n'est *pas* un plan/programme s'il constitue un cadre de référence pour la délivrance d'autorisations de projets.

Cependant, en pratique, bon nombre d'instruments sont en réalités hybrides et comportent *à la fois* des dispositions stratégiques(118) *et* des prescriptions dont le respect s'impose dans l'instruction des demandes d'autorisations, ou comportent des dispositions qui sont elles-mêmes hybrides en exprimant des idées stratégiques qui doivent par ailleurs être respectées dans l'octroi d'autorisations(119). Or, si ces instruments constituent, en raison des effets qui leur sont attribués en droit national, à la fois des plans/programmes tels que définis ci-dessus et des règles juridiquement contraignantes d'application générale, il n'y a pas de raison de ne pas les soumettre à la fois aux exigences de l'article 7 et à celles de l'article 8(120).

On peut donc en déduire que l'article 7 de la Convention :

- s'applique avant tout aux plans et programmes « purs », ceux dont les dispositions sont exclusivement stratégiques(121) ;

(118) Ou qui s'inscrivent en tout cas dans une suite ordonnée d'opérations prévues pour atteindre un but, selon la définition du plan au *Larousse* (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/plan/61347>).

(119) Voy. par exemple, en droit wallon de l'urbanisme, le schéma de développement communal (art. D. II.10 et D.II.16, al. 4, Code du développement territorial, disponible en ligne à l'adresse [https://wallex.wallonie.be/files/medias/10/CODT\\_partie\\_decretale\\_09072020\\_.pdf](https://wallex.wallonie.be/files/medias/10/CODT_partie_decretale_09072020_.pdf). Avant l'adoption de ce code, le Conseil d'État avait déduit de leur contenu et de l'intention du législateur que les schémas d'aménagement s'appliquaient aux autorisations urbanistiques à titre de « ligne de conduite » (voy. not. M. PÂQUES, « La flexibilité des règles et des plans » et Fr. HAUMONT, « Les critères d'appréciation des demandes de permis d'urbanisme », in O. JAMAR [dir.], *L'urbanisme dans les actes*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 46 et p. 83). Pour autant, nous ne partageons pas l'idée de certains que tout règlement exprime nécessairement, par essence, une vision stratégique et constitue dès lors un plan/programme. A supposer-même qu'il soit adopté pour transposer une stratégie – ce qui n'est pas le cas de tout règlement, loin s'en faut – le règlement n'est par nature tout au plus qu'un moyen de la mettre en œuvre.

(120) On pourrait évidemment décider d'appliquer les exigences de l'article 7 aux dispositions stratégiques et les exigences de l'article 8 aux prescriptions normatives de l'instrument. Encore faudrait-il à cet effet que les différents contenus soient dissociables.

(121) Donc, même s'ils ne comportent aucun critère ou modalité de délivrance d'autorisations de projets. Dans le même sens, voy. le *Guide d'application* de la Convention, p. 51 et p. 175 : « il existe des plans et programmes qui, par leur nature, sont peu susceptibles de servir de cadre à la délivrance d'une autorisation de développement, par exemple les stratégies en faveur de l'éducation environnementale ou les programmes de coopération entre les autorités et les ONG environnementales. De tels plans et programmes ne seraient pas considérés comme ayant des effets importants sur l'environnement en vertu des instruments d'ESE, mais ils n'en sont pas moins étroitement liés à l'environnement et couverts par l'article 7 ».

- s’applique également aux instruments qui, *en sus* de dispositions stratégiques, comportent des prescriptions normatives applicables aux autorisations et constitue donc un cadre de délivrance d’autorisations ;
- ne s’applique pas aux instruments qui, comme le plan de secteur en droit wallon de l’urbanisme(122), ne comportent *que* des prescriptions normatives applicables aux autorisations(123), ces instruments relevant de l’article 8.

Autrement dit, les plans/programmes « purs » relèvent de l’article 7 de la Convention, les cadres de délivrance d’autorisations « purs » relèvent de l’article 8 et les instrument hybrides sont soumis aux exigences des deux articles(124).

Cela étant, on ne peut éviter de constater qu’il n’est malheureusement pas exclu que l’ACCC envisage de calquer le champ d’application de la Convention sur celui de la directive, en affirmant qu’un plan/programme dans la Convention est, comme dans la directive, un cadre de référence pour la délivrance d’autorisations de projets(125). Les auteurs du Guide d’application de la Convention ont, eux, opté en quelque sorte pour un entre-deux, en faisant de l’idée de cadre de référence l’un des éléments de définition des plans/programmes visés par la Convention(126) tout en

(122) Voy. art. D.II.20 et s. CoDT ([https://wallex.wallonie.be/files/medias/10/CODT\\_partie\\_decretales\\_09072020\\_.pdf](https://wallex.wallonie.be/files/medias/10/CODT_partie_decretales_09072020_.pdf)). En ce qu’il comporte, pour l’essentiel, la détermination des différentes affectations du territoire, le plan de secteur est fait de prescriptions, d’interdictions, applicables aux projets : là où ils peuvent être implantés, là où ils ne le peuvent pas. Il ne comporte aucune indication par son auteur des objectifs qu’il se serait fixés et des moyens pour les atteindre.

(123) Ces règles ne constituent en rien l’indication par leur auteur des objectifs qu’il s’est fixés et des moyens de les atteindre : tout au plus sont-elles la *résultante* de cette indication dans un plan/programme, en tant que moyen parmi d’autres d’atteindre des objectifs. « S’appliquant généralement à toute personne dans une situation analogue et, contrairement à un plan ou un programme, [et créant] des obligations juridiques contraignantes », elles relèvent de l’article 8 (ACCC, 28 septembre 2012, *Comité de propriétaires de Moray Feu c. Royaume-Uni*, ACCC/C/2010/53). Nous ne pouvons donc partager l’opinion de la Cour de justice quand elle affirme – dans le cadre de la directive, certes – que « la circonstance qu’un acte national ait un certain niveau d’abstraction et poursuive un objectif de transformation d’une zone géographique constitue une illustration de sa dimension programmatique ou planificatrice et ne fait pas obstacle à son inclusion dans la notion de plans et programmes » (C-24/19).

(124) Cette proposition nous semble coller avec la liste des plans et programmes de l’annexe I de la directive 2003/35.

(125) C’est ce qu’il indique dans sa décision ACCC/C/2013/88 de juin 2017, qui reste cependant isolée par rapport à deux décisions antérieures dans lesquelles il s’était prononcé à ce sujet (ACCC/C/2005/17, avril 2008 et ACCC/C/2012/70, décembre 2013). J. Jendroska (« Public Participation in Environmental Decision-Making », in M. PALLEMAERTS [ed.], *The Aarhus Convention at Ten*, Europa Law Publishing, 2011, p. 118) avait proposé une définition dans ce sens.

(126) Pt 114. Quoiqu’en réalité, ils visent une « interprétation des *termes* “plans et programmes” » et non une identification des plans/programmes qui sont soumis aux exigences de la directive, confondant les deux questions.

incluant aussi dans la définition des instruments qui « n'établissent *pas* de cadre pour la délivrance d'autorisations de mise en œuvre »(127).

#### IV. EXCEPTIONS

Les plans et programmes uniquement destinés à des fins de défense nationale et de protection civile et les plans et programmes financiers ou budgétaires échappent expressément aux exigences de la directive ESIE (128). L'espace et le temps nous manquent pour examiner les tenants et aboutissants de ces exceptions et de leur interprétation par nature nécessairement stricte (129), notamment l'impact de la présence de l'adverbe « uniquement » dans l'une des deux hypothèses seulement (130).

Ces exceptions ne sont pas expressément visées dans la Convention, mais le résultat est *a priori* le même : indiquer expressément que ces plans/programmes échappent aux exigences de la Convention n'est pas nécessaire, puisqu'à première vue, ils ne sont pas « relatifs à l'environnement » et ne relèvent donc pas du champ d'application de la Convention. On devine cependant qu'il pourrait exister des points de friction entre ces différents domaines (131), de sorte que cela n'est sans doute pas aussi simple.

#### V. CONCLUSIONS

Déterminer ce qu'est un plan/programme et identifier les plans/programmes soumis aux exigences de la Convention d'Aarhus et/ou à celles de la directive ESIE s'apparente à la recherche d'un Horcruxe. En jurisprudence, c'est, au gré des cas soumis à la Cour de justice et au *Compliance Committee*, une construction progressive et qui suscite parfois des questions et des critiques.

(127) Pt 115, où les types de plans et programmes qui peuvent être considérés comme étant « relatifs à l'environnement » sont listés.

(128) Art. 3, § 8. Pour une autre hypothèse d'exception expresse, voy. le § 9.

(129) E. GONTHIER, *L'évaluation des incidences sur l'environnement en Région de Bruxelles-Capitale et en Région wallonne*, Bruges, Vanden Broele, 2011, p. 85.

(130) Voy. Fr. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 141.

(131) Spécialement en ce qui concerne les plans financiers ou budgétaires. Pour les plans de défense nationale ou de protection civile, c'est sans doute moins tangent, puisqu'ils ne sont exclus par la directive que s'ils concernent *uniquement* ces domaines, ce qui empêche de les qualifier de « relatifs à l'environnement ».

La difficulté résulte avant tout de l'absence de définition du concept dans les deux textes – absence qui s'explique sans doute par la volonté de leurs auteurs d'éviter d'exclure d'emblée une série d'instruments, parfois non encore identifiés, parmi la foultitude de ceux susceptibles de relever du concept (132).

La difficulté vient aussi des différences de libellé entre les deux textes. La principale d'entre elles est liée au critère du « cadre de délivrance d'autorisations de projets », en ce qu'il est inscrit dans la directive, mais pas dans la Convention (133). Elle s'explique peut-être par une différence de contexte juridique, la directive ESIE s'inscrivant dans la suite de la directive E.I.E. : en adoptant la directive ESIE, le législateur européen a peut-être voulu avant tout gérer « le plus en amont possible » l'évaluation environnementale des projets visés par la directive E.I.E. (134), là où les auteurs de la Convention ont, à l'article 7, mis l'accent sur les plans/programmes eux-mêmes. Quoiqu'il en soit, de manière plus générale, les différences entre les deux textes sont regrettables, d'autant que l'Union européenne avait signé la Convention d'Aarhus avant d'adopter la directive ESIE (135).

Telles qu'elles ressortent des textes tels qu'interprétés par la Cour de justice et le Comité, ces différences peuvent être résumées par ce tableau (136), où sont identifiés les plans/programmes soumis aux exigences de la Convention et à celles de la directive en fonction de plusieurs critères :

	<i>Convention d'Aarhus</i>	<i>Directive ESIE</i>
<i>Base juridique</i>	Aucune requise en particulier	Le plan/programme doit être visé par une disposition législative, réglementaire ou administrative
<i>Auteur</i>	Autorité publique relevant du pouvoir exécutif ou exerçant la fonction administrative	Autorité publique (très largement)

(132) D'autant que pour I. Savarit-Bourgeois, « l'engouement croissant de la dernière décennie pour les outils de planification frôle la pathologie » (I. SAVARIT-BOURGEOIS, « Remarques sur quelques dérivés du droit de l'urbanisme », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 942).

(133) Voy. ci-après.

(134) Comp. l'idée que « les choix notamment d'ordre environnemental posés [à travers les] normes sont appelés à déterminer les conditions dans lesquelles les projets concrets d'implantation et d'exploitation de sites éoliens pourront être autorisés à l'avenir » (C.J.U.E., arrêts C-24/19 ; C-290/15).

(135) Comp. le cinquième considérant de la directive 2003/35 : « La législation communautaire devrait être correctement alignée sur cette convention ». Il est vrai, cependant, que l'Union n'a ratifié la Convention qu'en février 2005, donc après l'adoption de la directive ESIE.

(136) Qui écarte toute une série de nuances, comme la différence de définition de l'environnement entre la Convention et la directive.



<i>Type de décision</i>	Adoption + modification et abrogation (mais sans certitude)	Adoption, modification et abrogation
<i>Objet</i>	Relatif à l'environnement	Qui peut avoir des incidences notables sur l'environnement, par référence not. à certains secteurs et aux projets eux-mêmes susceptibles d'avoir semblables incidences
<i>Contenu et effets</i>	Ensemble ordonné d'actions en vue d'atteindre des objectifs, avec éventuellement, en sus, un cadre de délivrance d'autorisations de projets	Pour l'essentiel, cadre de délivrance d'autorisations de projets
<i>Exceptions</i>	Aucune <i>a priori</i>	Défense nationale, protection civile, finances et budgets

Le champ d'application de l'article 7 de la Convention est donc plus ou moins large que celui de la directive, selon les critères appliqués. Il est plus large en ce qu'il n'impose pas une base textuelle, n'est pas limité à certains secteurs, ne dépend pas de potentiels effets notables sur l'environnement et ne comporte aucune exception *a priori*. Il est moins large en ce qu'il ne vise que les instruments adoptés par des autorités administratives et directement consacrés à l'environnement.

Reste le point capital, lié au critère du contenu et des effets des instruments. À ce sujet, on peut dire, en simplifiant quelque peu, que :

- les instruments hybrides, qui à la fois relèvent de l'approche programmatique et stratégique et constituent des cadres pour l'octroi d'autorisations de projets, sont soumis tant aux articles 7 et 8 de la Convention qu'à la directive. Ils doivent donc faire l'objet tant de la participation du public prévue par la première que de l'évaluation stratégique environnementale imposée par la seconde ;
- les plans/programmes « purs », qui ne relèvent que de l'approche programmatique et stratégique, ne sont soumis qu'à l'article 7 de la Convention ;
- les instruments qui ne comportent que des règles qui constituent un cadre pour l'octroi d'autorisations de projets sont soumis à la directive, tout en étant également soumis à l'article 8 de la Convention.

Il en ressort qu'au regard des champs d'application respectifs de la directive et de la Convention :

- en ce qui concerne les règles évoquées à la fin de l'alinéa qui précède, la directive correspond à l'article 8 de la Convention, mais le dépasse en réalité, puisqu'elle vise les règles adoptées par toutes les autorités publiques, alors que l'article 8 ne vise que celles adoptées par les autorités administratives ;
- la directive ne vise pas les plans/programmes « purs », alors qu'ils sont visés par l'article 7 de la Convention.

Le champ d'application de la directive au regard de celui de la Convention pourrait donc être doublement questionné : on pourrait se demander, d'une part, s'il est bien opportun d'y maintenir les règles de délivrance des autorisations de projets adoptées par des organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou, surtout, législatifs<sup>(137)</sup> et, d'autre part, s'il ne faudrait pas y intégrer les plans/programmes « purs »<sup>(138)</sup>. Cela nous semblerait en tout cas largement

(137) Au vu du libellé et de la force juridique réduite de l'article 8 de la Convention, on pourrait d'ailleurs même se demander s'il est judicieux de maintenir dans le champ d'application de la directive toutes les règles adoptées par des organes du pouvoir exécutif (en tout cas toutes celles qui répondent aux autres critères de la directive). Le contexte auquel la directive renvoie implique qu'il n'était pas prévu que les politiques, législations, réglementations et autres instruments normatifs juridiquement contraignants soient soumis à évaluation stratégique environnementale (M. DELNOY, « Un instrument normatif comme le CoDT n'est pas un "plan ou un programme" et n'est donc pas soumis à évaluation stratégique environnementale préalable », obs. sous C. const., 28 février 2019, n° 33/2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 985, disponible en ligne à l'adresse <http://hdl.handle.net/2268/240988>, p. 982). Par ailleurs, à nos yeux, un champ d'application trop large a des effets pervers (voy. le dernier alinéa de notre contribution « L'adoption d'une loi d'aménagement du territoire doit-elle être soumise à participation du public et évaluation des incidences sur l'environnement ? », obs. sous C. const., 17 octobre 2019, n° 145/2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1633, disponible en ligne à l'adresse <http://hdl.handle.net/2268/257479> ; voy. égal. la note 59 de notre contribution précitée). Il nous semble que, sur cet élément conclusif, le point de vue de notre collègue Born est fort comparable : « on peut se demander si [l'arrêt d'Oultremont de la Cour de justice] ne va pas dissuader les pouvoirs publics d'encore réglementer la délivrance des permis [...], ce qui aurait l'effet inverse de celui recherché... » (Ch.-H. BORN, « L'inexorable progression de la participation du public dans le processus normatif en matière d'environnement et d'urbanisme », in P. D'ARDENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN, *Les visages de l'État – Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 137). Cela étant, on peut sans doute déjà considérer que bon nombre de règles adoptées par le législateur ne relèvent en réalité pas de la directive, dans la mesure où elles ne sont pas visées par d'autres dispositions qui encadreraient leur adoption (voy. le critère de la base juridique, ci-dessus évoqué). Tel est le cas, spécialement, d'un code de l'urbanisme.

(138) Pour répondre à cette question, il faut tenir compte des autres textes européens qui visent des plans et programmes et qui les soumettent le cas échéant à participation du public et, tout spécialement, de la directive 2003/35 (voy. spéc. son article 2, § 5) et de celles visées à son annexe I. C'est clairement évoqué dans l'arrêt de la C.J.U.E. du 17 juin 2010, *A.S.B.L. Terre wallonne et A.S.B.L. Inter-Environnement Wallonie*, C-105/09 et C-110/09. À titre d'exemple de contrôle suivant ce raisonnement : les plans visés par la directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe ne sont pas soumis aux exigences de la directive ESIE ; ils ne sont pas visés par la directive 2003/35 ; ils ne sont pas soumis à participation du public par la directive 2008/50 elle-même ; on peut donc se demander s'ils sont conformes à la Convention d'Aarhus (L. SQUINTANI et H. VAN RIJSWICK, « Improving Legal

préférable à une interprétation *contra legem* de la Convention visant à faire concorder son champ d'application avec celui de la directive.

Comment mieux terminer cette analyse qu'en donnant la parole à l'un des auteurs les plus respectés en droit de l'urbanisme et de l'environnement et dont j'ai toujours grandement apprécié les conseils avisés et admiré la capacité de combiner impeccablement l'engagement personnel et la rigueur du raisonnement juridique, Benoît Jadot : « pour garantir l'existence du "cadre précis, transparent et cohérent" requis par l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la convention d'Aarhus, il eut été – et il reste – infiniment préférable que le législateur communautaire établisse un dispositif consacrant de manière générale l'obligation de soumettre à la participation du public tous les plans et programmes relatifs à l'environnement prévu par le droit communautaire, et fixant un tronc commun de règles applicables en la matière. À cet égard, la directive 2003/35, dont, pourtant, l'article 2 annonce régler la "participation du public en ce qui concerne les plans et programmes", est, sans conteste, une occasion manquée » (139).

---

Certainty and Adaptability in the Programmatic Approach », *J.E.L.*, 2016, p. 449). En tout état de cause, la nécessité de ce travail montre le manque de lisibilité et de cohérence de la législation européenne à ce sujet, ce qui est en soi contraire à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la Convention (B. JADOT, « La participation du public en droit communautaire de l'environnement, à l'heure de la convention d'Aarhus », in R. HOSTIOU et J.-Fr. STRUILLLOU [dir.], *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 17, Paris, 2017, p. 64).

(139) B. JADOT, « La participation du public en droit communautaire de l'environnement, à l'heure de la convention d'Aarhus », in R. HOSTIOU et J.-Fr. STRUILLLOU (dir.), *La participation du public aux décisions de l'administration en matière d'aménagement et d'environnement*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 17, Paris, 2017, p. 65.

