



**Le juge administratif
et
le droit communautaire
de l'environnement**

**National administrative courts
And
Community
Environmental law**

**Contribution
M. PAQUES**

Professeur ordinaire à l'Université de Liège
Lecturer at the University of Liège

**Information et participation en matière d'environnement
Public information on and involvement in environmental issues**

**SEMINAIRE 28-01-2008
Bruxelles-Brussels**

Aarhus et le juge. Quelques considérations

PLAN

<i>INTRODUCTION</i>	2
<i>I.- LE ROLE DU JUGE</i>	4
<i>A. DES PROCEDURES QUI POURRAIENT PREVENIR LE CONTENTIEUX ?</i>	4
<i>B. DES PROCEDURES DE NATURE A OUVRIR LE CONTENTIEUX</i>	6
<i>II.- LA PARTICIPATION DU PUBLIC A L'ŒUVRE DU JUGE</i>	9
<i>A. AUCUNE PARTICIPATION N'EST IMPOSEE DANS L'ŒUVRE DE JUSTICE</i>	9
<i>B. LA PARTICIPATION DU PUBLIC A L'ŒUVRE DU JUGE N'EST PAS INJUSTIFIEE..</i>	10
<i>CONCLUSION</i>	12

INTRODUCTION

La Convention d'Aarhus est l'instrument procédural de protection de l'environnement le plus important, le plus connu et sans doute le plus audacieux jamais conçu à l'échelon à la fois régional et universel ¹. Dès l'article 1^{er} ², ce traité s'inscrit dans le fil de la déclaration de Rio de Janeiro ³ et fait le lien entre trois obligations procédurales et le droit fondamental de l'homme à vivre dans un environnement d'une certaine qualité propre à assurer sa santé et son

¹ Il s'agit d'une convention de la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies, mais elle a vocation à l'universalité (art. 19, § 3). La ratification par la Belgique de la Convention d'Aarhus a eu lieu le 21 janvier 2003 après que les différents parlements [eure]nt voté leur législation d'approbation respective. Au niveau fédéral, la loi du 17 décembre 2002 portant assentiment à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement et aux Annexes I et II, faites à Aarhus le 25 juin 1998, (Moniteur belge du 24 avril 2003, 3^{ème} édition) a été adoptée à cet effet. La Belgique est devenue Partie à part entière à la convention le 21 avril 2003, soit 90 jours après le dépôt du dossier de ratification au Secrétariat général des Nations-Unies, comme prévu à l'article 20.1 de la Convention de Aarhus (Doc. Parl. Ch. 512511/001DOC 512511/001, 22 mai 2006, projet de loi relatif à l'accès du public à l'information en matière d'environnement).

² Article 1^{er}. intitulé « Objet » : « Afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être, chaque Partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement conformément aux dispositions de la présente Convention ».

³ Déclaration de Rio, principe 10 : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

bien-être ⁴. En revanche, il semble inadéquat de considérer que ce troublant début de l'article 1^{er}, soit l'indication que la Convention consacre aussi un droit matériel à l'environnement ⁵.

Ces trois obligations procédurales ont pour finalité sans doute de promouvoir le droit à l'environnement sain, mais aussi de promouvoir l'intervention de la société civile dont le manque d'implication serait une des causes de la dégradation de l'environnement ⁶.

L'importance et parfois la précision des obligations que cette convention crée sont remarquables et détonnent dans un contexte international souvent caractérisé par le droit mou. Ce caractère avancé des obligations d'Aarhus se vérifie par comparaison avec les textes adoptés à l'échelon de l'Europe. En matière de participation, l'Union qui veut assumer un rôle de leader en environnement, n'a, dans sa sphère interne, guère été plus loin que ce qu'impose Aarhus. Ses propres législations sont même parfois en retrait par rapport à la Convention ⁷, au point que l'exécution des seules directives ne suffit pas et que les Etats membres doivent articuler les directives et la convention pour accomplir correctement toutes leurs obligations. Le rapport belge est très explicite sur le point. En revanche, en matière d'accès à l'information, la directive 2003/4 impose une divulgation des informations environnementales encore plus étendue que celle qui est prévue par la Convention d'Aarhus ⁸.

La Convention d'Aarhus est une convention procédurale. Son but est la protection du droit à un environnement sain. Son moyen, c'est une forme d'appel au peuple, c'est de s'appuyer sur le public en le sensibilisant à la question environnementale et en l'impliquant dans l'administration de l'environnement. Pour cela, la Convention crée le droit à l'information, le droit à la participation et, enfin, elle crée le droit de recours au juge afin de sanctionner le droit à l'information, le droit à la participation et, plus généralement, tout le droit de l'environnement (art. 9 de la Convention d'Aarhus).

⁴ B. JADOT, Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement, in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, sous la dir. De H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBOECK, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 405 et s., sp. p. 409.

⁵ Sur ce point, M. DELNOY, La Convention d'Aarhus garantit-elle le droit à la protection de l'environnement ?, à paraître, Am-Env., livraison spéciale 2007-2008, sur les Droits fondamentaux et l'environnement.

⁶ Le principe 10 de la déclaration de Rio, précité ; D. GRIMEAUD, Le droit international et la participation des organisations non gouvernementales à l'élaboration du droit de l'environnement : une participation en voie de formalisation ?, in La protection de l'environnement au cœur du système international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 88 et M. DELNOY, La Convention d'Aarhus garantit-elle le droit à la protection de l'environnement ?, préc.

⁷ Ch. LARSSSEN, Les modalités et le déroulement des procédures d'enquête publique en matière d'environnement et d'urbanisme, in La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme, sous la dir. de B. JADOT, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 159 et s., sp. p. 165.

⁸ En ce sens, P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, L'accès aux documents administratifs, un itinéraire sinueux, sp. n°70, in L'accès aux documents administratifs, à paraître, Bruxelles, Bruylant, 2008. Les différences majeures entre ces deux instruments internationaux sont résumées dans les travaux préparatoires de la loi du 5 août 2006 (Doc. parl., Ch. Repr., sess. 2005-2006, n° 2511/001, p. 8).

Le recours au juge est donc important. La Convention donne une série de précisions sur les pouvoirs dont le juge doit être doté et sur la manière de rendre la justice en laissant à l'Etat l'obligation de s'organiser en conséquence.

Mes très brèves observations porteront, d'une part, sur le recours au juge dont la Convention favorise à la fois la réduction et l'extension (I) et, d'autre part, sur la participation à l'œuvre du juge lui-même (II).

I.- LE ROLE DU JUGE

A.- DES PROCEDURES QUI POURRAIENT PREVENIR LE CONTENTIEUX ?

En principe, un droit à l'information qui fonctionne bien est de nature à réfréner l'introduction de recours. Comme le soulignent Paul LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, « Le Conseil d'Etat belge rappelle d'ailleurs qu'*un des principaux effets utiles* de l'article 32 de la Constitution relatif à la transparence administrative en général *« est de permettre aux personnes qui envisagent d'introduire une action en justice de pouvoir prendre connaissance du dossier avant de saisir la juridiction, et de n'introduire l'action qu'en connaissance de cause »*⁹.

De même, la participation est aussi de nature à favoriser la réduction du contentieux prévu à l'article 9, § 2, voire à l'article 9, § 3 (recours pour mettre en œuvre le droit interne de l'environnement en général), mais à certaines conditions.

La mise en œuvre de la Convention d'Aarhus par les Etats parties, la transposition des directives qui la mettent en œuvre par les Etats membres de l'Union européenne sont l'occasion de réaménager des procédures sans doute plus claires qu'auparavant dans les ordres juridiques qui connaissaient déjà bien des modalités de consultation du public du type de celles que l'on examine ici. Les principes de participation découlaient de textes épars, de la jurisprudence et de la doctrine. Leur connaissance par le public et l'administration pourrait être facilitée par les systématisations auxquelles donnent lieu les transformations du droit interne opérées sous l'influence d'Aarhus. Dans ses dispositions générales, la Convention exige un cadre « précis transparent et cohérent » (art. 3, § 1^{er}).

Cependant cette transparence trouve une limite dans la multiplication des législations d'application de la Convention et des directives, particulièrement visible en Belgique. Il s'agit d'abord de l'éclatement des matières administratives qui conduit à juxtaposer des transpositions d'Aarhus et des mesures similaires qui ont pour objet l'accès à l'information

⁹ P. LEWALLE, L. DONNAY et G. ROSOUX, o.c., sp. n° 45, in L'accès aux documents administratifs, à paraître, Bruxelles, Bruylant, 2008. Ces auteurs citent : C.E., 14 octobre 1996, S.A. Electrification du Rail et Duchêne c/ Etat belge, n° 62.547 ; C.E., 18 juin 1997, M.J. c/ Etat belge, n° 66.860, précité ; C.E., 18 juin 1997, Matagne et Albert c/ Etat belge, n° 66.861, précité ; C.E., 18 juin 1997, Matagne et Dossogne c/ Etat belge, n° 66.862, précité ; C.E., 2 octobre 1997, s.p.r.l. Ba-wa c/ Etat belge, n° 68.609, précité ; C.E., 2 octobre 1997, Delwart c/ Etat belge, n° 68.610, précité ; C.E., 16 mars 2001, Louis c/ Etat belge, n° 94.082.

dans le droit administratif général¹⁰. Les applications nouvelles de la règle constitutionnelle d'égalité¹¹ et l'établissement législatif d'instruments horizontaux peuvent aider à remédier à cette difficulté¹². Il s'agit aussi des découpages de compétence liés à la structure régionale ou fédérale de l'Etat. C'est la source d'une multiplication des textes qui organisent l'application de la Convention d'Aarhus et de différences subtiles qui sont autant d'obstacles à la vision globale et à l'exercice optimal des droits de participation et d'information tant du point de vue de l'administré que de l'administration. Multiplication des législations sur l'information générale, environnementale, multiplication des lois d'information et de participation environnementale, des voies de recours et des modalités de procédure. En Belgique, les régions peuvent créer des recours administratifs préalables obligatoires mais la fonction juridictionnelle demeure de compétence fédérale, dans le principe à tout le moins.

Ceci dit, malgré ces inconvénients que n'impose pas la Convention d'Aarhus, les informations concrètes (art. 6, § 2), les délais, la possibilité de participer en continu, l'obligation « de tenir compte » devraient donner un impact efficace à la procédure de participation. En conséquence, la participation bien utilisée par le public, bien maîtrisée par l'administration pourrait atteindre les objectifs de la Convention d'Aarhus et en effet conduire à la réduction du contentieux juridictionnel. La participation favorise la protection de l'environnement ; on la voit aussi comme l'instrument de réduction du NIMBY, source majeure des contestations fondées sur le droit de l'environnement.

Je manque de chiffres pour présenter la réalité sous cet angle mais, plutôt que d'amplifier le contentieux, la participation bien comprise peut donc devenir un outil de prévention des litiges et la réorganisation de la procédure peut y aider.

Certains ordres juridiques se sont orientés dans ce sens : aux Pays-Bas, une synthèse est réalisée entre la participation administrative et le contentieux puisque la voie de recours juridictionnelle contre les actes soumis à participation n'est ouverte qu'à celui qui a participé et à la condition encore que son moyen contentieux soit en relation avec ce qu'il a fait valoir au cours de l'enquête. Quelques soupapes existent toutefois. Ainsi des irrégularités de la procédure de participation qui ont empêché d'y prendre part ne privent pas du droit d'accès à la justice.

¹⁰ Ainsi les travaux préparatoires de la loi fédérale du 5 août 2006 relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement contiennent la justification suivante : « 13. Alors que la directive 90/313/CEE avait été transposée dans le cadre du régime général, c'est à dire via la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et via la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité dans les provinces et les communes, il a été jugé plus approprié cette fois-ci, compte tenu de la spécificité introduite tant au niveau international qu'au niveau communautaire pour les informations environnementales, de rédiger une loi sectorielle spécifique aux informations environnementales », mais dans la suite les auteurs exposent que de nombreux doublons ont été nécessaires...

¹¹ 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, sous la dir. de B. JADOT, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 81 et s., sp. p. 89.

¹² Voy. le décret wallon du 31 mai 2007 relatif à la participation du public en matière d'environnement et le commentaire qu'en fait M. DELNOY in Am.-Env. 2008/1, à paraître.

Cette voie semble équilibrée, raisonnable, moderne. L'ordre juridique belge ne fait pas de la participation la condition de recevabilité du recours en annulation. Ce ne sont que les recours administratifs organisés contre les décisions qui constituent des préalables obligatoires. Les chiffres manquent toutefois pour apprécier le nombre des recours portés devant le juge par un requérant qui n'a pas d'abord formulé ses griefs au cours de la procédure de participation. Ces cas semblent peu nombreux, voire exceptionnels ¹³.

Aux Pays-Bas, encore, les rapporteurs signalent que cette évolution est récente, opérée en 2005. Si l'introduction de ce recentrage était envisagé par la voie législative, il requerrait en Belgique un contrôle de conformité au principe de *standstill* dans la protection du droit fondamental à la protection d'un environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution, voire à un principe équivalent contenu dans la Convention d'Aarhus elle-même ce qu'un auteur soutient ¹⁴.

B.- DES PROCEDURES DE NATURE A OUVRIR LE CONTENTIEUX

La Convention est aussi de nature à requérir du juge à la fois une plus grande ouverture et une plus grande célérité. Or on ne voit pas que les législateurs belges si nombreux à assumer l'obligation de transposition de la Convention d'Aarhus et des directives subséquentes aient bien pris la mesure de l'impact du renforcement des droits procéduraux sur le travail du juge lui-même.

Sans même aborder l'importante question de l'intérêt à agir qui appelle un élargissement, je prends trois exemples.

Il y a d'abord la question du moment de l'ouverture du recours au juge contre les actes ou omissions qui interviennent dans le cours de la procédure administrative. Ces actes relatifs à la participation peuvent-ils être attaqués dès qu'ils sont accomplis ou faut-il attendre au contraire la décision finale prise par l'autorité pour faire ensuite valoir contre elle les moyens pris de l'illégalité des actes antérieurs? Malgré les effets immédiats que ces actes de procédure peuvent emporter, le Conseil d'Etat considère très généralement les éléments de la procédure de participation comme des actes préparatoires ¹⁵. Je note encore que dans la

¹³ En revanche, il est admis, en droit belge, que la participation à l'enquête n'est pas de nature à conférer l'intérêt à agir en annulation contre l'acte assujéti à participation. Sur ce point, le guide de la Convention d'Aarhus entend que l'intérêt à l'action en justice soit reconnu à celui qui a participé, à tout le moins pour dénoncer les vices de la participation visée à l'article 6, y compris le défaut de prise en considération de ses observations (art. 9, § 2). La jurisprudence est donc appelée à évoluer, estiment plusieurs auteurs (B. LOMBAERT, Questions d'actualité relatives au contentieux des enquêtes publiques, in *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, sous la dir. de B. JADOT, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 235).

¹⁴ M. DELNOY, *La Convention d'Aarhus garantit-elle le droit à la protection de l'environnement ?*, précité.

¹⁵ L'analyse de B. LOMBAERT, Questions d'actualité relatives au contentieux des enquêtes publiques, in *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, sous la dir. de B. JADOT, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 223 et s., sp. p. 228. Aussi la critique de cette jurisprudence par B. JADOT, in *Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, o.c., p. 454.

matière des marchés publics, le droit communautaire, en particulier la jurisprudence de la Cour de Justice, a dicté une évolution importante de la jurisprudence belge relative aux actes complexes. Désormais le requérant peut agir sans attendre contre les actes préparatoires dont les effets sont définitifs à son égard. Tel est le cas de la décision qui prive le soumissionnaire de toute possibilité de participer au marché ¹⁶.

La directive 2003/35 est claire et laisse à l'Etat le soin de choisir le moment de l'ouverture du recours. La Convention d'Aarhus ne contient pas de disposition explicite sur le point ¹⁷. La tendance très généralisée qui se dégage des rapports nationaux est de n'ouvrir le recours juridictionnel que contre une décision finale. La juridiction tchèque a estimé que la question était claire et que la jurisprudence CILFIT la dispensait de poser sur le point une question à la Cour de Justice – mais est-ce si clair que cela ? Je n'ai pas eu l'impression qu'il en allait différemment de l'ouverture des recours administratifs préalables que les Etats peuvent créer.

Ensuite il y a la question de l'effet suspensif du recours. En effet, on se demande si l'introduction du recours par lequel le requérant fait valoir un vice de participation doit avoir un effet suspensif de la décision entreprise. Sur ce point, la juridiction tchèque tire une conséquence nette de l'article 9, § 4, de la Convention d'Aarhus, qui rappelons-le, s'applique aux trois types de recours juridictionnels créés par la Convention. La cour tchèque se fonde en particulier sur les mots « procédure effective » et « équitable », pour décider qu'elle doit accorder la suspension.

Enfin si le juge examine d'urgence la question en référé, que faire de la condition procédurale qui, bien classiquement, exige non seulement des moyens sérieux mais aussi la démonstration d'un risque de préjudice grave difficilement réparable causé par l'exécution immédiate de

¹⁶ C.E. (Ass. gén.), 2 décembre 2005, Société Anonyme LABONORM, 152173 « Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire mais comme une "décision préalable", parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; que c'était le cas en l'espèce dès lors que la partie requérante, vu la prescription du cahier spécial des charges qui requérait la possession d'un certificat ISO-9002 dont elle ne disposait pas, pouvait s'attendre à ce que son offre fût refusée et que le marché ne lui fût pas attribué; Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges » ; E. van NUFFEL, La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics, in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, sous la dir. de H. DUMONT, P. JADOU et S. VAN DROOGHENBOECK, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 151 et s., sp. n°19.

¹⁷ Pour une analyse qui donne, sur le point, à la Convention la même portée que la directive 2003/35, B. LOMBAERT, o.c. ; Néanmoins comme la Convention exige un recours effectif (art. 9, § 4) pour critiquer les décisions, actes et omissions, B. JADOT soutient que le recours devrait être ouvert contre des décisions intermédiaires ou préparatoires, B. JADOT, Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement, o.c., p. 427 et p. 454.

l'acte attaqué ? On a vu le droit belge créer une présomption réfragable de préjudice quand certaines violations de la réglementation des évaluations d'incidences de projets sur l'environnement étaient montrées au titre de moyen sérieux. L'imprévisibilité des solutions et plus encore l'existence même de cette condition ont été critiquées au regard de la Convention d'Aarhus¹⁸. Celle-ci exige, d'une part, des conditions objectives de procédure et ne prend, d'autre part, en compte aucune gravité de préjudice lorsqu'elle commande un recours juridictionnel rapide et effectif (art. 9, § 4).

Lorsque le moyen est sérieux, la nécessité de donner effet au droit communautaire doit-elle aller jusqu'à permettre au juge d'écarter cette condition de préjudice comme contraire au droit communautaire (comme s'opposant à la sanction efficace du droit matériel de participation et au devoir de coopération créé par l'article 10 du Traité) ? Malgré l'invitation que lui faisait M. le Premier auditeur chef de section QUINTIN, le Conseil d'Etat belge a refusé de le faire, estimant que la question de procédure était laissée au droit national¹⁹. Cette décision a au moins eu l'avantage de mettre la question en évidence dans la matière de l'environnement²⁰ et de permettre de la poser aujourd'hui. Le Conseil d'Etat aurait pu tout aussi bien interpréter pratiquement la condition de préjudice pour en constater l'accomplissement. Il a jugé que l'association requérante ne démontrait pas qu'elle subissait personnellement le préjudice causé par l'exécution de l'acte, bien qu'elle en dénonçât les options, à son sens peu favorables au sol et au sous-sol wallons²¹. La question du préjudice personnel est toujours délicate dans

¹⁸ B. JADOT, Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement, o.c., p. 470.

¹⁹ « Considérant que toute allégation d'une violation du droit communautaire n'est pas en soi un motif d'écarter toute règle nationale de procédure qui tend à limiter le prononcé à titre provisoire d'une mesure de sauvegarde, comme en l'espèce la suspension de l'exécution; que l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'apparaît pas contraire au droit communautaire en ce qu'il subordonne le prononcé d'un arrêt de suspension à la condition que l'exécution immédiate d'une décision dont il est allégué qu'elle enfreint ce droit, risque de causer un préjudice grave difficilement réparable; qu'il n'apparaît pas que la pleine efficacité du droit communautaire, à supposer qu'il ait été méconnu, ne pourrait être assurée au terme de la procédure en annulation, éventuellement en exerçant d'autres actions devant d'autres juridictions », C.E., 7 août 2007, Association sans but lucratif TERRE WALLONNE, 173.912, errat. 173.974.

²⁰ Elle se pose dans la matière des marchés publics où le Conseil d'Etat refuse aussi de l'écarter même pour donner effet aux « directives recours », E. van NUFFEL, La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics, in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, sous la dir. de H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBOECK, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 151 et s., sp. n° 32. Aussi bien dans le cadre spécifique du recours contre la décision d'attribution du marché une loi du 16 juin 2006 a écarté la condition du risque de préjudice grave et difficilement réparable, mais y a substitué une condition de mise en balance des intérêts condition qui n'est pas contraire aux directives « recours » applicables dans le droit des marchés publics (E. van NUFFEL, o.c., n° 48 ; P. THIEL, Aperçu du futur régime des marchés publics, Rev. Dr. Comm., 2007/1, pp. 2 et s., sp. n°s 70 et s.). Condition qui suscite la réserve au regard de la Convention d'Aarhus.

²¹ « Considérant que pour qu'il puisse être question d'un préjudice grave difficilement réparable au sens de l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ce préjudice doit résulter directement de l'exécution immédiate de la décision contestée et que la personne qui se prévaut de la disposition précitée doit être exposée personnellement à celui-ci; qu'ainsi, il appartient à la requérante de justifier d'un préjudice personnel et de l'effet utile, en son chef, d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué pendant la durée de la procédure en annulation ; Considérant que les éléments du risque de préjudice allégué qui tiennent au respect de la légalité et du droit communautaire ne sont pas personnels à la requérante; Considérant que, contrairement à un arrêt d'annulation qui ferait disparaître rétroactivement l'acte attaqué de l'ordonnancement juridique, la suspension de

le contentieux objectif quand il s'agit du recours des ONG qui font valoir l'atteinte à un intérêt collectif environnemental. Il semble bien que le Conseil d'Etat se soit convaincu que la situation d'exécution du droit communautaire par la Région serait pire, pour l'objet social de la requérante, s'il suspendait l'acte que s'il le maintenait malgré le vice consistant précisément en la violation des règles de participation ²².

On pourrait ajouter que l'article 9, § 4, de la Convention d'Aarhus (de même que la directive 2003/35) exigent aussi une procédure rapide. Cette disposition constitue une raison supplémentaire de lutter contre l'arriéré juridictionnel là où il s'observe.

Permettez-moi d'examiner maintenant et très brièvement un deuxième point qui est celui de la participation du public à l'œuvre du juge.

II.- LA PARTICIPATION DU PUBLIC A L'ŒUVRE DU JUGE

A.- AUCUNE PARTICIPATION N'EST IMPOSEE DANS L'ŒUVRE DE JUSTICE

Bien entendu, la Convention induit une extension du droit de recours en qualité de requérant mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. Peu d'Etats ont, comme l'Autriche, un ministère public de l'environnement qui, à l'image de la Commission des Communautés européennes devant la Cour de Justice, poursuivrait les manquements devant le juge interne. Je veux parler ici d'un intervenant moins agressif. Il s'agit de l'institution de l'*amicus curiae* qui faisait l'objet d'une question mais ne retient guère l'attention des droits nationaux.

Que dit la Convention d'Aarhus de la participation dans la fonction juridictionnelle ? La Convention d'Aarhus exclut les juges de la définition de l'autorité publique : « La présente définition n'englobe pas les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs » (art. 2, § 2, in fine). Le guide de la Convention ²³ justifie cette exclusion de la manière suivante : « Parce que les tribunaux doivent appliquer la loi avec impartialité et professionnalisme sans s'occuper de l'opinion publique » et « Plusieurs

son exécution le laisserait subsister jusqu'à son éventuelle annulation, seuls ses effets étant paralysés durant la procédure en annulation; Considérant qu'en l'espèce il ressort de l'exposé des faits que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué aurait pour effet de prolonger les effets d'une carence de la partie adverse, antérieure à cet acte; que le risque de préjudice grave difficilement réparable n'est pas établi », C.E., 7 août 2007, Association sans but lucratif TERRE WALLONNE, 173.912, errat. 173.974.

²² M. QUINTIN proposait dans son rapport : « Dès lors qu'un décret ne détermine pas les modalités de l'enquête publique conformément aux principes de la directive 2003/35/CE, dont la violation est dénoncée, le premier moyen de la requête en suspension apparaît, à ce stade de la procédure, comme étant sérieux. A défaut de transposition en droit interne au plus tard le 25 juin 2005 (art. 6), la partie adverse n'est, en effet, pas fondée à soutenir que l'enquête publique est conforme à la directive dont la violation est dénoncée par le moyen et qui nécessitait l'adoption de normes de droit interne relatives aux modalités de l'enquête publique », mais on se demandait aussi si le plan en question relevait de la directive 2003/35 ou 2001/42 violée si le plan en question entraînait dans son champ d'application et une question à la Cour de Justice était proposée.

²³ Voy. ce Guide, par Stephen Stec et Susan Casey-Lefkowitz, en collaboration avec Jerry Jendroska, 2000, <http://www.unece.org/env/pp/acig.htm>, p. 42.

dispositions de la Convention ne devraient pas s'appliquer aux organismes agissant dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire afin de garantir l'indépendance des juges et de protéger le droit des parties à une procédure en justice. (Voir également les commentaires relatifs à l'article 9) ».

Le juge est donc suffisamment éclairé selon le cas par la décision de la juridiction de première instance, par le travail de l'administration et la participation à laquelle l'acte administratif a donné lieu, par les parties, l'intervention de l'avocat général, du commissaire du gouvernement ou de l'auditeur et, bien entendu par les articles de doctrine et la jurisprudence dont les juges ont aussi connaissance.

Il y a encore les experts et les intervenants. A peu près partout, le recours à l'expert est recevable à la demande des parties ou sur l'ordre du juge. Il s'agit d'éclairer des points de fait ou d'obtenir des précisions techniques. En revanche, dans aucun des ordres juridiques, on ne relève la présence d'un *amicus curiae* qui puisse spontanément présenter à la Cour des conclusions sur le point à trancher. Ce citoyen ou cette ONG qui a un message à porter au juge, tant dans l'intérêt du cas que de la jurisprudence, peuvent-ils utiliser en Belgique le procédé de l'intervention ? L'article 21bis des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ouvre bien l'intervention à ceux qui ont intérêt à la solution de l'affaire mais la jurisprudence exige un intérêt certain et direct. L'opérateur de téléphonie mobile bénéficiaire du permis entrepris a intérêt. Un autre opérateur qui veut éviter l'établissement d'une jurisprudence défavorable n'a pas intérêt²⁴. Encore, si l'intervenant ne montre pas qu'il est bien le cessionnaire de l'autorisation attaquée, il ne justifie pas l'accueil de son intervention²⁵.

B.- LA PARTICIPATION DU PUBLIC A L'ŒUVRE DU JUGE N'EST PAS INJUSTIFIEE

C'est donc que celui qui n'a qu'un message à porter sur la manière dont la question devrait être examinée n'a pas sa place au prétoire. En ce lieu, pas de participation. Pourquoi ? S'agit-il d'éviter de retarder les débats dans un contexte où s'appliquent les droits de défense ? Il me semble que ces arguments sont *mutatis mutandis* à peu près ceux que l'on pouvait faire valoir pour refuser la participation devant l'administration et que la Convention d'Aarhus a précisément écartés. C'est une différence avec la pratique d'autres juridictions du monde devant qui l'expression d'*amicorum curiae* est possible à certaines conditions comme l'admission préalable par la Cour²⁶.

²⁴ P. LEWALLE, Contentieux administratif, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 703.

²⁵ Considérant qu'il appartient à une partie requérante en intervention de justifier de son intérêt; que la S.A. FLAMANT PROJECTS, bénéficiaire initiale du permis déclare elle même l'avoir cédé et ne prétend pas avoir conservé un intérêt propre à la procédure; que les pièces annexées à la demande d'intervention dans la procédure en annulation ne peuvent aboutir à retracer la cession du permis attaqué, puisqu'elles sont exclusivement relatives aux relations entre la S.A GESPAFINA et la S.P.R.L. HOME BOUTIQUES et entre la S.P.R.L. HOME BOUTIQUES et la S.P.R.L. VERBRUGGEN FRERES ; qu'il s'ensuit qu'aucune pièce justificative de l'intérêt de l'une ou l'autre des requérantes en intervention n'a été produite nonobstant la demande expresse formulée par l'auditeur rapporteur; qu'aucune des demandes en intervention ne peut être accueillie », C.E., 12 août 2004, DARTOIS, 134287.

²⁶ "An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this

Pourtant même dans un ordre juridique qui ne connaît pas le *stare decisis*, la jurisprudence a une grande autorité. Dans la matière de l'environnement, de nombreuses inflexions majeures, de véritables principes contraignants sont formulés par le juge à la faveur des cas particuliers. Par exemple, la décision d'admettre la prise en compte du risque incertain et la précaution dans les motifs nécessaires des autorisations d'urbanisme ou la définition de l'intérêt collectif que peuvent faire valoir les ONG qui ont pour objet la défense de l'environnement sont l'œuvre du juge. De telles prises de position ont plus d'importance que bien des décisions individuelles ou réglementaires de l'administration sujettes pourtant à participation, surtout quand ces décisions judiciaires sont prononcées par le juge supérieur et qu'elles reçoivent la portée rétroactive des interprétations jurisprudentielles. Ces dernières se rapprochent des lignes de conduite administratives visées à l'article 8 de la Convention. La participation des milieux intéressés pourrait donc se justifier. On répondra peut-être que l'ordre des choses est que le législateur ou l'administration l'auteur de règles de conduite au sens de l'article 8 de la Convention d'Aarhus réagisse par voie générale pour dire si ce qu'a décidé le juge doit ou ne doit pas être maintenu pour l'avenir. Dans ce cas la participation a lieu conformément à la Convention, à tout le moins devant l'administration. La réalité quotidienne montre que ces reprises ou contestations par le titulaire de la fonction normative ne sont cependant pas systématiques. Aussi bien la création du précédent par le juge ne devrait pas être soustraite sans autre forme de procès à la toute forme de participation et le débat mérite d'avoir lieu, estime en substance Michel DELNOY ²⁷.

Plus près de nous, quelques ouvertures intéressantes méritent d'être signalées.

Il existe d'abord au moins une décision intéressante du président du tribunal de première instance des Communautés européennes interprétant largement la condition d'intérêt qui permet d'intervenir, pour autoriser une association très représentative du secteur concerné par l'affaire *Microsoft* à faire entendre son point de vue ²⁸.

purpose burdens the Court, and its filing is not favored." - Rule 37(1), Rules of the Supreme Court of the U.S. "FRAP 29. BRIEF OF AN AMICUS CURIAE A brief of an amicus curiae may be filed only if accompanied by written consent of all parties, or by leave of court granted on motion or at the request of the court, except that consent or leave shall not be required when the brief is presented by the United States or an officer or agency thereof, or by a State, Territory or Commonwealth. The brief may be conditionally filed with the motion for leave. A motion for leave shall identify the interest of the applicant and shall state the reasons why a brief of an amicus curiae is desirable. Save as all parties otherwise consent, any amicus curiae shall file its brief within the time allowed the party whose position as to affirmance or reversal the amicus brief will support unless the court for cause shown shall grant leave for a later filing, in which event it shall specify within what period an opposing party may answer. A motion of an amicus curiae to participate in the oral argument will be granted only for extraordinary reasons." - Rule 29. Federal Rules of Appellate Procedure (FRAP).

²⁷ M. DELNOY, La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 29-30.

²⁸ Ordonnance du président du tribunal de première instance des Communautés européennes, 26 juillet 2004, aff. T-201/04R.

En outre, l'*amicus curiae* n'est pas exclu non plus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme avec l'autorisation du président de la Chambre ²⁹.

Enfin, une ouverture a été faite jurisprudentiellement par la Cour de cassation française dans une affaire qui mettait en jeu des choix de société ³⁰.

Dans les situations délicates où l'intervention de l'*amicus curiae* peut se justifier, on se rend compte qu'il vaut mieux que la Cour ait plus d'un ami, que le pluralisme est indiqué lorsque les enjeux sont d'importance sociétale. Il y a bien entendu des questions de procédure à résoudre : faut-il motiver les invitations et les rejets ; est-ce la juridiction qui décide ... La contradiction sera respectée évidemment. La réception de l'*amicus curiae* ne nuit pas à l'indépendance du juge et ne le dessaisit pas du pouvoir de juger.

CONCLUSION

Parler de l'*amicus curiae* ne signifie pas qu'il faille l'inviter. L'encombrement du rôle, la multiplication des référés ne disposent pas à créer une nouvelle voie de procédure de nature à entraver la rapidité de la justice préconisée dans la Convention d'Aarhus, dans le droit communautaire et encouragée à Strasbourg.

Tout cela est vrai, ces considérations sont d'un grand poids. Toutefois l'importance prise par le juge et la jurisprudence dans le droit de l'environnement font de la juridiction un lieu où toute prétention à la participation n'est pas illégitime. Cela mérite au moins le débat.

Je vous remercie.

²⁹ Voy. l'article 36, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le règlement d'organisation de la Cour, à l'article 44. Par exemple dans un arrêt D.H. e. a. c/ République tchèque du 13 novembre 2007, on lit que : « tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire sur le fond de l'affaire. Des observations ont également été reçues des organisations non gouvernementales International STEP by STEP Association, Roma Education Fund et European Early Childhood Research Association, Interights et Human Rights Watch, Minority Rights Group International, European Network Against Racism et European Roma Information Office, ainsi que de la Fédération internationale des ligues des Droits de l'Homme. Le président les avait toutes autorisées à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Le Gouvernement a répondu à ces commentaires (article 44 § 5 du règlement) ».

³⁰ Voy. à ce sujet les observations de P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORI, R.T.D.C., 2005, p. 88. Aussi, G. de LEVAL, L'échevin expert, in La participation du citoyen à l'administration de la justice, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 263 et s.