

**PREMIÈRES JOURNÉES DOCTORALES SUR
LA PARTICIPATION DU PUBLIC ET LA DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE**
organisées par le GIS Participation du public, décision, démocratie participative
ENS-LSH, LYON, 27-28 NOVEMBRE 2009

**La contribution du droit aux effets de la participation du public :
de la prise en considération des résultats de la participation**

Julien BÉTAILLE¹

ATER à l'Université de Limoges, CRIDEAU
Centre de recherche interdisciplinaire en droit
de l'environnement, de l'aménagement et de
l'urbanisme
julien.betaille@unilim.fr

Résumé

Le cœur du volet participatif de la Convention d'Aarhus se situe probablement au niveau de la prise en considération des résultats de la participation. L'influence réelle de la participation du public sur la décision est une des exigences de son article 6. Est alors posée la question de l'application de ces dispositions par la France, partie à la Convention. L'examen de la jurisprudence française montre tout d'abord le faible niveau de contrôle de ces dispositions. Le Conseil d'Etat considère en effet que la plupart des dispositions de l'article 6 ne produisent pas d'effet direct en droit interne. Par conséquent, il n'en contrôle pas l'application. Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus a quant à lui fait preuve d'une certaine timidité au moment de contrôler l'application en France de certaines dispositions de l'article 6 dans l'affaire de l'incinérateur de Fos-sur-mer. Cette timidité des juges révèle toutes les difficultés de garantir, par le droit, que la participation produise des effets sur la décision finale. Cela s'explique tout d'abord par les limites des procédures de participation françaises. Les procédures françaises de participation du public permettent difficilement la prise en compte de la participation dans la décision finale. En revanche, la motivation des décisions administratives peut constituer un moyen pour chacun d'évaluer la prise en compte de la participation du public. Le droit français reste de ce point de vue en retrait par rapport aux exigences de l'article 6 de la Convention d'Aarhus.

Mots clés : participation, effets, Convention d'Aarhus, contrôle, effet direct, Comité du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus, enquête publique, débat public, motivation des décisions administratives.

¹ Le Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme (CRIDEAU – OMIJ EA 3177) de l'Université de Limoges est une équipe par ailleurs membre du GDR CNRS 3178 « Droit, sciences et techniques », du Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat (GRIDAUH) et du GIS « Participation du public, décision, démocratie participative ». Cet article est une version augmentée d'une communication donnée lors du colloque sur « La participation du public et la démocratie participative » organisé à l'ENS-LSH de Lyon le vendredi 27 novembre 2009 par le GIS « Participation du public, décision, démocratie participative ».

*« Les résultats de la participation doivent pouvoir influencer la décision finale.
Sinon, c'est le principe même de la participation qui sera remis en cause »².*

Le droit, notamment à travers l'« impératif juridique », peut contribuer à la production des effets de la participation du public. En effet, le droit international positif commande que, dans le domaine de l'environnement, cette participation produise des effets juridiques et politiques.

Le champ de cette étude est celui de la Convention d'Aarhus. Cette convention internationale adoptée le 25 juin 1998 à Aarhus (Danemark), entrée en vigueur en 2001, est à notre connaissance, le seul instrument international juridiquement contraignant concernant la participation du public. Son champ est néanmoins limité à l'environnement entendu au sens large.

Les dispositions du second pilier de la Convention ont fait l'objet d'une application pratique substantielle, tant au niveau national par le biais de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'au niveau international à travers les décisions du comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus³ (CERDCA). Cela permet ainsi d'apprécier les effets de la Convention. Au regard de l'enthousiasme consécutif à son adoption⁴, l'influence de la Convention d'Aarhus sur le droit français de la participation du public ne semble pas à la hauteur de l'espoir suscité, particulièrement en ce qui concerne ses articles 6 paragraphe 4 et 6 paragraphe 8, lesquels constituent le cœur de notre étude.

Le paragraphe 4 de l'article 6 de la Convention dispose ainsi que « *Chaque Partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence* ». Si ce paragraphe concerne directement le « temps » de la participation – la participation devant avoir lieu à un moment déterminé – il sous-tend l'idée que la participation du public doit avoir une « réelle influence » sur les décisions en matière d'environnement. Cette idée est d'ailleurs confirmée explicitement par le paragraphe 8 du même article : « *chaque Partie veille à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération* ». Dispositions parmi les plus ambitieuses de la Convention d'Aarhus, ils posent question quant au dispositif juridique français de participation du public. En prévoyant une participation précoce du public, ils interpellent directement un instrument « phare » du droit français de la participation qu'est l'enquête publique.

Au delà de son énonciation, la règle de droit doit être sanctionnée. Confronté à une situation de fait, le juge devra appliquer la règle. Il aura à apprécier les faits par rapport aux conditions du respect de la règle. L'énoncé d'une règle obligatoire à travers un impératif juridique, contribue, *a priori*, aux effets de la participation, cela compte tenu de la fonction de « direction » propre au droit⁵. La sanction de cette règle par le juge sera ensuite l'occasion

² Yves Jegouzo, « Principe et idéologie de la participation », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, Paris, 2007, p. 584.

³ Ce comité est institué par l'article 15 de la Convention d'Aarhus. En dépit du fait qu'il ne s'agit pas d'une « juridiction », il a pour fonction d'examiner le respect des dispositions de la Convention. Voir Veit KOESTER, « Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : panorama des procédures et de la jurisprudence », REDE, n° 3/2007, p. 251.

⁴ Voir Michel Prieur, « La Convention d'Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale », RJE, 1999, n° spécial, p. 22.

⁵ Voir Eberhard Schmidt-Assmann, « Principes de base d'une réforme du droit administratif », dossier « *Droit administratif et justice administrative, permanence et renouveau* », RFDA, juillet-août 2008, p. 674.

d'évaluer ces effets mais aussi, en les confrontant à l'objectif de la règle obligatoire, d'évaluer la contribution de l'instrument juridique dans le renforcement des effets de la participation. Ainsi, l'étude de la jurisprudence peut permettre d'apprécier les effets du droit.

Il s'agit alors d'esquisser des réponses à des questions aussi délicates que celles de savoir dans quelle mesure le droit contribue aux effets de la participation du public sur les décisions administratives et si une procéduralisation accrue de la participation du public n'est pas de nature à renforcer ces effets, conformément au droit international positif.

D'un point de vue juridique, l'intensité des effets de la participation dépendra ici à la fois du contrôle de la norme imposant la participation (I), lequel est lui-même conditionné par la possibilité d'apprécier, du point de vue juridique, ces effets (II).

I/ La timidité du contrôle de l'application de l'article 6 de la Convention d'Aarhus

Il résulte des décisions du Conseil d'Etat (A) comme de celles du Comité du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus (B) une timidité certaine quant au contrôle de l'article 6 de la Convention d'Aarhus.

A) L'absence de contrôle de la plupart des stipulations de l'article 6 de la Convention d'Aarhus par le Conseil d'Etat

En dépit de la nature moniste du système juridique français, les dispositions issues du droit international ne produiront d'effet en droit français qu'à certaines conditions (1). Il résulte de l'application de ces conditions à la Convention d'Aarhus un contrôle très limité de son application en droit français (2), à rebours des espoirs suscités au sein du public.

1) Les conditions d'application du droit international dans l'ordre juridique interne

Le système juridique français est de nature moniste. Ainsi, l'article 55 de la Constitution détermine les conditions d'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne de sorte que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Outre une condition de réciprocité, les traités doivent être régulièrement ratifiés et publiés pour produire des effets dans l'ordre juridique interne. Ces conditions sont bien remplies par la Convention d'Aarhus⁶.

La supériorité du traité par rapport à la loi entraîne plusieurs conséquences. Ainsi, lois et règlements nationaux doivent respecter les traités internationaux. Le contrôle de conventionnalité a pour fonction d'y veiller, notamment en ce qui concerne le juge administratif, depuis l'arrêt Nicolo de 1989⁷. Ensuite, comme le rappelle Yann Aguila,

⁶ Loi n° 2002-285 du 28 février 2002 autorisant l'approbation de 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, JORF du 1^{er} mars 2002, p. 3904. Décret n° 2002-1187 du 12 septembre 2002 portant publication de la Convention d'Aarhus, JORF du 21 septembre 2002, p.15563. La Convention avait, avant même son entrée en vigueur et sa ratification par la France, été publiée pour information au bulletin officiel du ministère de l'écologie n° 99/2 du 25 mars 1999.

⁷ Voir Louis Dubouis, « Bref retour sur la longue marche du Conseil d'Etat en terres internationales et européennes », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, Paris, 2009, p. 391. Voir CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec. Lebon*, p.190.

commissaire du gouvernement⁸ auprès du Conseil d'Etat, « *les traités doivent être normalement présumés produire des effets directs en droit interne, c'est-à-dire créer des règles de droit dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national* »⁹.

Cependant, cet effet direct n'est que présumé. Au-delà, le nombre de critères posés par le juge administratif interroge sur le fait de savoir s'il s'agit toujours d'une présomption. L'existence d'une présomption suppose que le requérant n'ait pas à démontrer l'effet direct des dispositions qu'il invoque. Or, le Conseil d'Etat procède à un contrôle systématique de l'effet direct des stipulations du traité et cela selon trois critères¹⁰ :

- l'objet du traité : les dispositions en cause ont-elles pour objet de créer un droit subjectif au profit des individus ou le traité régit-il uniquement les relations entre les parties ? Dans ce second cas, ces dispositions ne produisent pas d'effet direct.
- le caractère self-executing : les dispositions invoquées doivent pouvoir être appliquées « *sans qu'il soit besoin d'une norme interne qui en opère la réception dans cet ordre ou qui la précise de façon à lui faire produire des effets juridiques concrets* »¹¹.
- la précision : les dispositions doivent être suffisamment précises. Celles qui sont trop vagues ne pourront produire d'effet direct.

La conséquence de l'absence d'effet direct de telle ou telle disposition est claire. Celles-ci ne pourront être invoquées dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois et des règlements. Par conséquent, le juge administratif n'opère un contrôle des lois et règlements que par rapport aux dispositions qui sont dotées d'effet direct. Il en résulte la possible ineffectivité dans l'ordre interne des dispositions non dotées d'effet direct¹².

2) L'application des critères de l'effet direct à la Convention d'Aarhus et ses conséquences

Depuis l'entrée en vigueur de la Convention d'Aarhus, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur l'ensemble de ces stipulations. Cependant, la plupart des décisions rendues à ce sujet portent sur le second pilier de la Convention, c'est-à-dire les articles 6, 7 et 8.

Un bref tour d'horizon de la jurisprudence sur ce sujet montre que très peu des dispositions de la Convention d'Aarhus sont dotées d'un effet direct dans l'ordre juridique interne¹³. Ainsi,

⁸ Cette dénomination est depuis devenue « rapporteur public ».

⁹ Yann Aguila, *Conclusions sur CE, 6 juin 2007, Commune de Groslay, n° 292942, AJDA, 2007, p. 1533*

¹⁰ Pour une discussion plus approfondie de ces critères appliqués à la Convention d'Aarhus, voir notre article : Julien Bétaille, « The Aarhus Convention direct effect seen by the French "Conseil d'Etat" », *ELNI review*, n° 2-2009, p. 68.

¹¹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} édition, Quadrige, PUF, Paris, 2007, p. 854.

¹² Il en va différemment des directives communautaires pour lesquelles le juge administratif distingue l'effet direct de l'invocabilité. Ainsi, en dépit de l'absence d'effet direct de telle ou telle de leurs dispositions, celles-ci peuvent, sous conditions, être invoquées. Sur ce point, voir la jurisprudence Cohn-Bendit (CE, ass., 22 déc. 1978, *Min. int. c/ Cohn-Bendit*, Rec., p. 524) et son évolution récente (CE, ass., 30 oct. 2009, n°298348, *Mme Perreux* ; AJDA, 2009, p. 2028).

¹³ Nous nous limitons ici à rappeler et à mettre à jour le recensement effectué par Guillaume Lefloch : G. Lefloch, « La Convention d'Aarhus devant le juge administratif », *Les petites affiches*, n° 157, 2008, p. 4. Cet article couvre la période allant de l'entrée en vigueur de la Convention jusqu'à Août 2008. Notre mise à jour couvre la période allant de Août 2008 à la fin octobre 2009.

les articles 1^{er}¹⁴, 2 §4¹⁵, 5 §2¹⁶, 6 §4¹⁷, 6 §6¹⁸, 6 §8¹⁹, 6 §9²⁰, 7²¹, 8²², 9 §3 et 9 §5²³ ne produisent pas d'effet direct. En revanche, les articles 6 §2²⁴, 6 §3²⁵ et 6 §7²⁶ sont dotés d'un

¹⁴ CE, 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, n° 292493 ; AJDA, 2008, p. 69, observations E. Royer et Environnement, n° 3, 2008, p. 41, note P. Trouilly.

¹⁵ CE, 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, *op. cit.*.

¹⁶ CE, 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, *op. cit.*.

¹⁷ CE, 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, n° 267287, *Rec. Lebon*, p. 690 et 1143 ; AJDA, 2005, p. 1664, note B. Delaunay ; Environnement, 2006, comm. 40, observations J.-M. Février ; CE, 28 décembre 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence*, n° 277128, *Rec. Lebon*, p. 588 ; AJDA, 2006, p. 1664 ; RFDA, 2006, p. 203 ; Environnement, 2006, comm. 39, observations J.-M. Février ; CE, 4 août 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (Crilan) et association « Le réseau sortir du nucléaire »*, n° 254948, *Rec. Lebon*, p. 382 ; AJDA, 2006, p. 1532, observations Y. Jégouzo ; CE, 10 novembre 2006, *Association de défense du Rizzanese et son environnement et al.*, n° 275013, *Rec. Lebon*, p. 879, 880, 884 et 957 ; CE, 15 novembre 2006, *Syndicat mixte du Parc naturel régional de la montagne de Reims*, n° 291056, *Rec. Lebon*, p. 702 et 960 ; AJDA, 2006, p. 2204 ; Droit Administratif, 2007, comm. 9, observations P. Trouilly ; RDI, 2007, p. 136, observations L. Marion ; CE, 24 janvier 2007, *Baratelli*, n° 286666 ; CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, n° 292942 : *op. cit.*, p. 1527 ; CE, 26 octobre 2007, *UFC que choisir de la Côte d'Or*, n° 291109 ; CE, 19 mars 2008, *Commune de Binningen*, n° 297860 : JCP A, n° 30, 2008, p. 28, note P. Billet ; CE, 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*, n° 310027 ; Construction – Urbanisme, n° 2, 2009, comm. 17, note G. Godfrin ; CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, n° 292397 : RSDA, n° 1, 2009, p. 65, note H. Pauliat et C. Deffigier ; CE, 23 avril 2009, *Association France Nature Environnement*, n° 306242, Droit Administratif, n° 6, 2009, comm. 89 ; JCP A., n° 19, 2009, p. 576 ; CE, 29 mai 2009, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes*, n° 297522 ; CE, 27 juillet 2009, *Comité interprofessionnel des vins de champagne*, n° 301385.

¹⁸ CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, *op. cit.*.

¹⁹ CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, *op. cit.* ; CE, 26 octobre 2007, *UFC que choisir de la Côte d'Or*, *op. cit.* ; CE, 19 mars 2008, *Commune de Binningen*, *op. cit.* ; CE, 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*, *op. cit.*.

²⁰ CE, 26 octobre 2007, *UFC Que choisir de la Côte d'Or*, *op. cit.* ; CE, 18 décembre 2008, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, n° 307434.

²¹ CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, *op. cit.*.

²² CE, 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'Aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, *op. cit.* ; 15 novembre 2006, *Syndicat mixte du Parc naturel régional de la montagne de Reims*, *op. cit.* ; CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, *op. cit.* ; 26 octobre 2007, *UFC Que choisir de la Côte d'Or*, *op. cit.* ; CE, 19 mars 2008, *Commune de Binningen*, *op. cit.* ; CE, 18 décembre 2008, *Collectif pour la protection des riverains de l'autoroute A184*, *op. cit.* ; CE, 23 avril 2009, *Association France Nature Environnement*, *op. cit.*.

²³ CE, 5 avril 2006, *Mme Dupont et al.*, n° 275742, *Rec. Lebon*, p. 1042, 1104 et 1114.

²⁴ CE, 28 juillet 2004, *Comité de réflexion, d'information et de lutte anti-nucléaire (Crilan) et al.*, n° 254944 ; Environnement, 2004, comm. 121, observations V. Picard ; CE, 20 avril 2005, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Migne-Axances et Association Linars Nouere Charente*, n° 258968 et 259221, *Rec. Lebon*, p. 974 et 1142 ; AJDA, 2005, p. 1787, note B. Delaunay ; CE, 28 décembre 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence*, *op. cit.* ; CE, réf., 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et al.*, n° 292398, *Rec. Lebon*, p. 236 ; AJDA, 2006, p. 956 ; Environnement, 2006, comm. 67, observations P. Trouilly ; CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, *op. cit.* ; CE, 12 janvier 2009, *Association France Nature Environnement*, n° 289080, note F.-X. Fort, Droit administratif, n° 5, 2009, comm. 75 et Environnement, n° 4, 2009, comm. 48, D. Deharbe, Environnement, n° 5, 2009, comm. 63 ; CE, 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, n° 292397 : RSDA, 2009, p. 65, note H. Pauliat et C.

effet direct. Etant donné que le Conseil d'Etat s'y est référé alors qu'il reconnaissait l'effet direct des articles 6 §2 et 6 §3, l'article 6 §1 a. et l'annexe I de la Convention peuvent aussi être considérés comme produisant un effet direct en droit français.

Il résulte de cette jurisprudence que les articles les plus importants pour conférer à la participation du public une réelle influence sur la décision, à savoir les articles 6 §4, 6§8 et 6 §9, ne sont pas, selon le Conseil d'Etat, dotés d'effet direct²⁷. Compte tenu de l'absence de distinction actuelle entre l'effet direct et l'invocabilité des stipulations d'une convention internationale²⁸, il en résulte notamment que le Conseil d'Etat, malgré l'invocation de ces dispositions par nombre de justiciables, ne contrôle pas la conformité des décisions administratives aux articles 6 §4, 6 §8 et 6 §9 de la Convention d'Aarhus²⁹. Cet état des lieux jurisprudentiel ne doit cependant pas être interprété comme dispensant l'Etat français de respecter ces articles de la Convention d'Aarhus. En effet, du point de vue juridique, la responsabilité internationale de l'Etat français peut être engagée devant la Cour internationale de justice.

Néanmoins, au regard du contrôle exercé par le juge national, le droit français pourrait ignorer certaines dispositions de la Convention d'Aarhus concernant leur application à un projet déterminé. C'est précisément pour éviter cela que les organes de la Convention se sont dotés d'un Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention. L'existence d'un tel organe permet, dans une certaine mesure, de renforcer l'application de la Convention alors même que le juge international ne serait pas saisi d'un litige portant sur la Convention.

B) La timidité du contrôle du comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus (CERDCA)

Le Comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus (CERDCA) est un organe non-juridictionnel³⁰. Pour autant, son rôle est de s'assurer que les Parties à la Convention s'acquittent correctement de leurs obligations. Le Comité peut ainsi être saisi de toute « communication individuelle » émanant du public et ses conclusions peuvent aboutir à des sanctions prononcées par la Conférence des parties à l'encontre de l'Etat qui ne respecte pas la Convention³¹. Veit Koester, son président, n'hésite pas à parler de la « jurisprudence »

Deffigier.

²⁵ CE, ord. réf., 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, op. cit. ; 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, op. cit.; 11 janvier 2008, *Lesage et de Bouard*, n° 292493, op. cit.; 23 février 2009, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*, op. cit..

²⁶ CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay*, op. cit..

²⁷ Pour une discussion de l'effet direct de l'article 6 §4 de la Convention, voir notre article : Julien Bétaille, « The Aarhus Convention direct effect seen by the French "Conseil d'Etat" », ELNI review, n° 2-2009, p. 70.

²⁸ CE, Section, 23 avril 1997, *GISTI*. Voir Ronny Abraham, « Conclusions sur CE, Section, 23 avril 1997, *GISTI* », RFDA, n° 3, 1997, p. 590.

²⁹ Voir par exemple CE, 28 décembre 2005, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes*, n° 267287, Lebon, Tables, p. 690 et 1143 ; AJDA 2005, p. 1664, note Bénédicte Delaunay.

³⁰ Sur le qualificatif « non-juridictionnel », voir cependant les travaux d'Emmanuel Decaux portant sur le Conseil des droits de l'Homme aux Mélanges Genevois. Ceux-ci peuvent être transposés au CERDCA. Emmanuel Decaux, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit ? », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p. 217.

³¹ Le statut, la fonction et les pouvoirs du CERDCA ne peuvent ici être développées. Sa principale

du Comité. C'est ainsi qu'en 2007, le Comité fut saisi du premier cas concernant l'application de la Convention d'Aarhus en France, et cela au sujet de l'incinérateur de Fos-sur-mer³².

La question la plus intéressante soulevée par cette saisine du Comité fut celle de la conformité du dispositif français de participation à l'article 6 §4 de la Convention, à savoir celle de la suffisance de la procédure d'enquête publique pour répondre aux exigences de l'article 6 §4 (1). Le CERDCA s'est cependant livré à une appréciation timide de la Convention (2)

1) Le problème de la conformité du dispositif de participation français à l'article 6 §4 de la Convention d'Aarhus

Dans cette affaire, la construction d'un incinérateur par la Communauté urbaine de Marseille à Fos-sur-mer était en cause. Or, la construction de tels incinérateurs entre dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention d'Aarhus, lequel est précisé à l'annexe I. Cela est d'ailleurs tout à fait confirmé par la décision du CERDCA³³.

Selon nous, le principal problème soulevé par le dispositif français de participation du public consiste à déterminer si l'enquête publique, dont nous verrons les principales limites³⁴, est suffisante pour satisfaire aux obligations de l'article 6 de la Convention d'Aarhus, notamment à son paragraphe 4. La conséquence principale de l'absence d'effet direct de l'article 6 paragraphe 4 est son absence de contrôle par le Conseil d'Etat. Considéré comme non invocable, son respect par le droit français n'est pas examiné. Avant d'examiner la décision du CERDCA, il convient de revenir brièvement sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière. Selon une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat considère que « *les stipulations des paragraphes 2 et 3 n'impliquent pas, par elles-mêmes, contrairement à ce que soutient le syndicat d'agglomération requérant, l'organisation d'un débat public au sens des articles L. 121-1 et suivants du code de l'environnement* »³⁵. Il est en effet exact que les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 n'imposent pas l'organisation d'un tel débat. Il aurait pu en revanche en être autrement si le Conseil d'Etat avait reconnu l'effet direct du paragraphe 4 et ainsi examiné le respect de cet article. Pour autant, en dépit de l'absence d'un tel contrôle par le Conseil d'Etat, il n'en reste pas moins que l'article 6 paragraphe 4 s'impose à la France en tant que Partie à la Convention. Le CERDCA peut à ce titre contrôler son respect par la France.

Avant même la décision rendue par le CERDCA, la doctrine juridique s'était interrogé sur cette question de la compatibilité avec l'article 6 paragraphe 4 de la situation où un projet

originalité réside dans le fait que le CERDCA peut recevoir des communications émanant du public, et ce sans l'accord de l'Etat en cause. Voir l'article très complet de Veit Koester : « Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : panorama des procédures et de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 251.

³² Voir la communication n° ACCC/C/2007/22, disponible sur www.unece.org/env/pp.

³³ Voir Findings of the Convention's Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France with its obligations under the Convention (Communication ACCC/C/2007/22), 3 juillet 2009, § 28, p. 7, disponible sur www.unece.org/env/pp.

³⁴ Voir *infra*.

³⁵ CE, 28 décembre 2005, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence*, n° 277128, *Rec. Lebon*, p. 588 ; AJDA, 2006, p. 1664 ; RFDA, 2006, p. 203 ; Environnement, 2006, comm. 39, observations J.-M. Février. En l'espèce, cet arrêt concernait justement les faits qui ont été soumis au CERDCA, à savoir l'absence de soumission à débat public du projet d'incinérateur de Fos-sur-mer. Il n'est par ailleurs que la confirmation de la décision CE, 20 avril 2005, *Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Migne-Auxences, Association Linars Nouere Charente*, n° 258968 and 259221.

soumis à l'annexe I de la Convention fait l'objet d'une simple enquête publique, sans débat public préalable. Rappelons à ce stade que le paragraphe 4 exige que la participation ait lieu « *lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence* ». Cela semble ainsi contradictoire avec les analyses de Michel Prieur lorsque celui-ci estime, à propos de la procédure d'enquête publique, qu'« *il eut été plus satisfaisant de prévoir la participation du public plus en amont dans le processus à un moment où il est encore possible d'amender le projet* »³⁶. Bénédicte Delaunay précise quant à elle que « *la procédure du débat public permet une participation très en amont du processus décisionnel (...) La procédure de l'enquête publique satisfait, en partie, aux principes posés, mais elle n'intervient que tardivement dans le processus décisionnel, à un stade où le projet a déjà été arrêté dans ses lignes essentielles. On peut donc douter que la simple soumission d'un projet à enquête publique permette de garantir la participation effective du public au processus décisionnel* »³⁷. Les remarques les plus précises sur ce point émanent de Yves Jegouzo, celui-ci expliquant que les dispositions de l'article 6 « *imposent une réorganisation globale des procédures d'information et de participation* »³⁸ et que, de plus, « *un examen plus attentif des procédures en vigueur en droit français conduit à penser que les obligations issues du droit international et du droit communautaire sont satisfaites dans toutes les hypothèses où la décision est précédée (ou peut l'être) dès le début du processus par une procédure de débat public ou une concertation. Dans ces hypothèses est assuré le respect tant de la Convention d'Aarhus que du paragraphe 4 de l'article 6 de la directive du 27 juin 1985 qui exigent que le public puisse participer au processus de décision en amont de l'enquête publique. Le problème ne se pose donc que pour un certain nombre de décisions entrant dans le champ d'application de la Convention d'Aarhus et de la directive du 27 juin 1985 et dont la procédure ne comporte que l'enquête publique qui ne permet ni d'assurer une information sur les premières phases des projets ni de faire participer le public à leur conception. La solution à laquelle on pense en premier est d'étendre à ces projets les procédures de débat public ou de concertation qui jouent habituellement ce rôle* »³⁹. Compte tenu de ces remarques, chacun pouvait donc s'attendre à ce que le CERDCA mette en évidence, à propos de l'incinérateur de Fos-sur-mer, le non respect de l'article 6 paragraphe 4 de la Convention, l'argument ayant été développé par les associations requérantes⁴⁰.

2) L'interprétation du CERDCA

La décision rendue le 3 juillet 2009 par le CERDCA mériterait à elle seule un commentaire approfondi. Nous n'en retiendrons donc à ce stade que les principaux enseignements concernant l'application de l'article 6 paragraphe 4 de la Convention.

Chaque saisine du Comité est une occasion pour lui de préciser la portée de telle ou telle disposition de la Convention. Le problème juridique que nous avons mis précédemment en évidence n'est traité qu'en filigrane par le Comité, celui-ci ne lui ayant pas accordé une place spécifique dans sa décision. Si ce problème n'est peut-être pas traité à sa juste mesure, la

³⁶ Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004, p. 91.

³⁷ Bénédicte Delaunay, « La convention d'Aarhus n'implique pas obligatoirement l'organisation d'un débat public, observations sous CE, 20 avril 2005, Collectif contre les nuisances du TGV de Chasseneuil du Poitou et Migne-Auxences, Association Linars Nouere Charente, n° 258968 et 259221 », AJDA, 2005, p. 1791.

³⁸ Yves Jegouzo, « L'enquête publique en débat », in *Etudes offertes au professeur René Hostiou*, Litec, Paris, 2008, p. 280.

³⁹ Yves Jegouzo, « L'enquête publique en débat », *op. cit.*, p. 280.

⁴⁰ Paragraphes 3.3 et 3.4 de la communication ACCC/C/2007/22, p. 5-6.

décision nous fournit tout de même des éléments intéressants. Ainsi, concernant la mise en œuvre de l'article 6 paragraphe 4, celui-ci « implique qu'en cas de participation du public, l'autorité administrative en charge de la délivrance de l'autorisation soit en capacité, formellement comme de façon informelle, de refuser complètement l'autorisation, que ce soit pour des questions de fond comme de procédure. Si le champ de la décision de l'autorité administrative est déjà limité en raison de décisions antérieures, alors, l'Etat partie concerné doit avoir assuré la participation du public lors des étapes précédentes du processus de décision »⁴¹. Prolongement de l'article 6 paragraphe 4, le principe ainsi posé est pertinent. C'est au stade de son application au cas français que la décision du CERDCA est plus discutable.

Le Comité va en effet limiter son appréciation à la procédure d'enquête publique, écartant d'emblée l'examen de la question de la soumission à débat public de ce projet. Ainsi, « le Comité ne va pas examiner le point de savoir si la procédure du débat public (CNDP) en tant que tel satisfait aux exigences de la Convention dans les cas où elle est appliquée. La raison de cela est que, (...), la conformité du droit français dans le cas d'espèce ne dépend pas de cette procédure de participation »⁴². Pour le Comité, le respect de l'article 6 paragraphe 4 dépend uniquement de la procédure d'enquête publique. Implicitement, le Comité répond donc négativement au problème juridique évoqué *supra*, à savoir que l'article 6 paragraphe 4 n'implique pas obligatoirement l'organisation d'un « débat public » en amont de la procédure d'enquête publique. Ainsi, « telle que déjà mis en évidence, l'impression du Comité est que toutes les options étaient ouvertes au moment où le préfet a pris sa décision, tel que l'exige l'article 6 §4 »⁴³. Pour le Comité, il n'apparaît donc pas déterminant d'examiner conjointement les deux procédures, c'est-à-dire d'examiner la participation d'un point de vue global, tout au long du processus de décision.

L'organisation de la participation du public très en amont de la décision, par exemple à travers la procédure du « débat public », n'est donc pas consacrée comme un « standard »⁴⁴ pan-

⁴¹ Findings of the Convention's Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France with its obligations under the Convention (Communication ACCC/C/2007/22), 3 juillet 2009, § 38, p. 9-10, disponible sur www.unece.org/env/pp. Notre traduction de : « implies that when public participation is provided for, the permit authority must be neither formally nor informally prevented from fully turning down an application on substantive or procedural grounds. If the scope of the permitting authority is already limited due to earlier decisions, then the Party concerned should have ensured public participation during the earlier stages of decision-making »

⁴² Findings of the Convention's Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France with its obligations under the Convention (Communication ACCC/C/2007/22), 3 juillet 2009, § 29, p. 7, disponible sur www.unece.org/env/pp. Notre traduction de : « However, the Committee will not consider whether the procedure before the National Commission for Public Debate (CNDP) as such satisfies the requirements of the Convention in cases when it is applied. The reason for not doing so is that, (...), compliance by the Party concerned in the given case does not depend on that participatory procedure »

⁴³ Findings of the Convention's Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France with its obligations under the Convention (Communication ACCC/C/2007/22), 3 juillet 2009, § 45, p. 12, disponible sur www.unece.org/env/pp. Notre traduction de : « As already stated, it is the impression of the Committee that all options were open at the stage of the decision-making before the Prefect, as required under article 6, paragraph 4 ».

⁴⁴ Au sens anglo-saxon du terme, c'est-à-dire comme un « modèle » ou un « étalon » de référence. Plus précisément, un standard peut être un « comportement servant de référence pour apprécier la conduite d'un Etat dans un domaine donné » : Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} édition, Quadrige, PUF, Paris, 2005, p. 871.

européen⁴⁵ en matière de participation du public. La procédure du « débat public », en dépit de ses limites⁴⁶, aurait en effet pu constituer un modèle du point de vue de son intervention en amont de la décision. Le Comité n'a probablement pas souhaité fixer la barre trop haute et ainsi favoriser l'application uniforme de la Convention.

A la lumière des limites chroniques de la procédure d'enquête publique « à la française »⁴⁷, cette décision ne nous semble pas aller dans le sens de l'atteinte des objectifs de la Convention en matière de participation du public, laquelle exige pourtant que « *la participation du public commence au début de la procédure* »⁴⁸.

In fine, cette décision du CERDCA, comme celle du Conseil d'Etat, illustre néanmoins les difficultés réelles de l'appréciation juridique des effets de la participation.

II/ Les difficultés de l'appréciation juridique des effets de la participation du public

L'application de l'article 6 §4 de la Convention d'Aarhus pose un certain nombre de difficultés au stade de son examen par le juge. Celles-ci résultent essentiellement du fait qu'il n'existe aucun critère objectif véritable susceptible d'orienter l'appréciation de « réalité » de l'influence du public sur la décision. Or, ni le législateur, ni le juge n'ont pris le risque de fixer de réels critères d'appréciation⁴⁹. Il est vrai que l'exercice semble tout à fait redoutable. N'ayant pas reconnu l'effet direct de l'article 6 §4, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur cette question et n'a ainsi pas pu fixer de critère. La décision du Comité du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus n'expose pas davantage de critères permettant d'évaluer ce caractère « réel ». Néanmoins, au cours de la procédure devant le Comité au sujet de l'incinérateur de Fos-sur-mer, certains arguments ont été avancés par les Parties. Ainsi le ministère de l'environnement a-t-il argué qu'il y avait eu près de 50 refus d'autorisation au titre de la législation sur les installations classées, démontrant ainsi qu'au stade de l'enquête publique, toutes les options étaient encore ouvertes⁵⁰. L'association « Les Amis de la Terre France », intervenue en tant qu'*amicus curiae* auprès du Comité, a cherché à contredire cet argument⁵¹, notamment en signalant qu'il fallait comparer ces 50 refus d'autorisation aux statistiques du Ministère de l'environnement selon lesquelles près de 6000 autorisations sont accordées chaque année au titre de la législation sur les ICPE. Par ailleurs, l'association affirme que ce type de comparaison est peu pertinent compte tenu du fait que l'autorisation peut tout à fait être refusée pour un tout autre motif que le résultat de la participation du public.

⁴⁵ Le champ spatial de la Convention d'Aarhus s'étend de l'Union européenne à l'Europe centrale et orientale.

⁴⁶ Voir *infra*.

⁴⁷ Voir *infra*.

⁴⁸ Article 6 §4.

⁴⁹ Le texte de la Convention ne fixe pas non plus de critères précis.

⁵⁰ « *According to the Party concerned, about 50 applications before the Prefects are refused in France each year* » : Findings of the Convention's Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2007/22 concerning compliance by France with its obligations under the Convention (Communication ACCC/C/2007/22), 3 juillet 2009, § 39, p. 10. Disponible sur www.unece.org/env/pp.

⁵¹ Voir notamment Les Amis de la Terre France, Remarks on the French Public Participation Framework relating to the Communication ACCC/C/2007/22, 1st July 2009, p. 7, disponible sur www.unece.org/env/pp.

On le voit, ces recherches de critères objectifs posent au moins autant de questions qu'elles n'en résolvent. Nous disposons malgré tout, à ce stade, de quelques certitudes. Tout d'abord, exiger que la participation du public ait une influence réelle sur la décision ne confère pas à ce dernier un droit de veto sur la décision. Yves Jegouzo exprime remarquablement ce paradoxe : « *tout le problème auquel s'est affronté le droit administratif depuis une vingtaine d'années a donc consisté à résoudre cette contradiction : la participation exige qu'elle ait une portée effective mais celle-ci ne peut qu'être consultative* »⁵². Par ailleurs, suivant l'analyse de Jean-Claude Hélin, on peut considérer deux obligations, l'une de forme et l'autre de fond. Sur la forme, des procédures de participation doivent être prévues. Sur le fond, les remarques pertinentes émises par le public doivent être prises en compte dans la décision. Cependant, « *la sanction contentieuse de cette seconde obligation étant évidemment plus problématique* »⁵³.

L'analyse de certains travaux de science politique sur cette question nous donne d'autres indications. Ainsi, l'influence de la participation sur la décision serait fonction de la formation d'une « communauté débattante », elle-même déterminée par un certain nombre de règles d'organisation⁵⁴.

D'un point de vue juridique, l'existence de procédures de participation du public (A) ne garantit pas, à elle seule, que la participation ait une réelle influence sur la décision, d'autant moins si l'on tient compte de leurs limites. La motivation des décisions administratives constitue selon nous un moyen procédural pouvant permettre à chacun d'évaluer le degré d'influence de la participation du public sur la décision (B).

A) Les principales limites des procédures françaises de participation du public

Outre les dispositions de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme concernant la concertation en matière d'urbanisme⁵⁵, les deux principales procédures françaises de participation du public en matière d'environnement sont l'enquête publique (1) et le débat public (2).

1) Les faiblesses chroniques de l'enquête publique

La principale faiblesse de l'enquête publique réside dans le fait qu'elle intervient trop tardivement pour qu'elle puisse influencer la décision qui va en résulter. Cela a été depuis longtemps mis en évidence. Ainsi, Pierre Lascoumes estime que « *cette enquête ne sert bien souvent qu'à légitimer artificiellement un choix déjà réalisé* »⁵⁶. Un rapide tour d'horizon des

⁵² Yves Jegouzo, « Principe et idéologie de la participation », *op. cit.*, p. 585.

⁵³ Jean-Claude Hélin, « Les directives "Plans-Programmes" et la participation du public. Les procédures du droit interne sont-elles conformes aux exigences communautaires ? », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, op. cit.*, p. 516.

⁵⁴ Ces règles d'organisation sont listées dans un schéma explicatif. Voir Jean-Michel Fourniau, Guillaume Hollard et Louis Simard, *Procédure de débat public et légitimité de la décision dans le champ de l'utilité publique*, Récapitulatif, p. 9, disponible sur www.ecologie.gouv.fr.

⁵⁵ L'article L. 300-2 du code de l'urbanisme organise la concertation dans le cadre de l'élaboration et de la révision des schémas de cohérence territoriale et des plans locaux d'urbanisme, de la création d'une zone d'aménagement concerté et la mise en place des opérations d'aménagement les plus importantes.

⁵⁶ Pierre Lascoumes, in E. Joly-Sibuet, P. Lascoumes et A. Guchan, R. Leost, *Conflits d'environnement et intérêts protégés par les associations de défense ; Aquitaine, Alsace, Bretagne, Rhône-Alpes*, Ministère de l'environnement, Mai 1988, p. 148.

manuels juridiques spécialisés confirme cette première impression. Ainsi, pour Henri Jacquot et François Priet, « *l'enquête publique intervient souvent assez tard dans le processus d'aménagement, à un moment où il est difficile de remettre fondamentalement en cause les choix initiaux* »⁵⁷. Michel Prieur va plus loin en considérant que « *le système actuel présente l'inconvénient majeur de ne permettre la participation du public qu'en fin de procédure, à un moment où le pétitionnaire considère son projet comme définitif. Certes, l'administration peut lui imposer des modifications à la suite de l'enquête publique* »⁵⁸.

En outre, le juge administratif exerce un contrôle limité des modalités d'organisation de l'enquête publique. Par exemple, le recours dirigé contre le rapport et les conclusions du commissaire-enquêteur est irrecevable⁵⁹.

Enfin, l'objet même de l'enquête publique peut laisser sceptique. Ainsi, l'article L. 123-3 du code de l'environnement, qui détermine son objet, dispose que : « *L'enquête (...) a pour objet d'informer le public et de recueillir ses appréciations, suggestions et contre-propositions, (...), afin de permettre à l'autorité compétente de disposer de tous éléments nécessaires à son information* ». Il résulte de cette disposition que l'enquête publique n'est pas une procédure dont l'objet est directement la participation du public. Son but est simplement d'abord d'informer le public puis de mettre à la disposition de l'administration les remarques du public. Le vent du *Grenelle de l'environnement*⁶⁰ a conduit à un projet de réforme de ces dispositions. Ainsi le projet de loi portant engagement national pour l'environnement prévoit une nouvelle rédaction du chapitre du code de l'environnement portant sur l'enquête publique⁶¹. Ainsi, un nouvel article L. 123-1⁶² disposerait que : « *L'enquête publique a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter l'environnement mentionnées à l'article L. 123-2. Les observations et propositions recueillies au cours de l'enquête sont prises en considération par le maître d'ouvrage et par l'autorité compétente pour prendre la décision* ». L'objet de l'enquête publique est explicitement étendu à la « participation du public ». Par conséquent et en toute logique, cet article prévoit la « prise en considération » des remarques émises par le public au cours de l'enquête. Ceci constitue incontestablement un progrès dans la mesure où, jusqu'alors, les conclusions du commissaire-enquêteur demeuraient purement indicatives⁶³. En dépit de son caractère prescriptif, d'aucuns

⁵⁷ Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'urbanisme*, 6^{ème} édition, Précis, Dalloz, Paris, 2008, p. 107.

⁵⁸ Michel Prieur, *Droit de l'environnement, op. cit.*, p. 91. Selon Jacques Caillosse, « *même réformée, l'enquête publique n'offre toujours pas les garanties d'une procédure démocratique* » : Jacques Caillosse, RJE, 1986, p. 166, cité par Raphaël Romi, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2007, p. 106.

⁵⁹ CE, 20 décembre 1995, *Renard*, n° 129881, RJE, 1-2/1996, p. 153.

⁶⁰ Voir Julien Bétaille, « Grenelle de l'environnement, la France rattrape son retard ? », REDE, n°4-2007, p. 437.

⁶¹ Projet de loi portant engagement national pour l'environnement, dit « Grenelle 2 », texte n° 1 (2009-2010) adopté par le Sénat le 8 octobre 2009, transmis à l'Assemblée nationale le 9 octobre 2009.

⁶² Article 90 du Projet de loi.

⁶³ L'avis du commissaire-enquêteur, « *même s'il tient compte des propositions formulées par le public lors de l'enquête, ne garantit pas que l'autorité compétente pour décider en tienne effectivement compte* » : Jean-Claude Hélin, « Les directives "Plans-Programmes" et la participation du public. Les procédures du droit interne sont-elles conformes aux exigences communautaires ? », *op. cit.*, p. 524. Signalons cependant que des conclusions « défavorables » du commissaire-enquêteur peuvent produire un effet juridique dans le cadre d'un recours en référé suspension. Ainsi, l'article L. 123-12 du code de l'environnement dispense de la condition d'urgence et facilite la suspension de la décision par le juge des référés.

pourront souligner que cette nouvelle disposition est imprécise. Il est vrai que rien n'indique selon quels critères et dans quelle mesure les remarques du public devront être intégrées à la décision. Il reviendra donc au juge d'apprécier la portée d'une telle obligation. Notion voisine, voire jumelle, la notion de « prise en compte » a déjà été décryptée par le juge et par la doctrine dans le domaine de l'urbanisme. Ainsi, pour Jean-Claude Bonichot, les « *décisions* (des juridictions administratives étudiées) *montrent que, selon la configuration de la législation en cause, l'exigence de prise en compte peut aller au-delà de la simple information du contenu d'un acte ou d'un document et impliquer qu'au moins on ne s'en écarte pas sans motifs* »⁶⁴. Ainsi, en matière d'enquête publique, le juge pourrait contrôler les motifs qui ont conduit l'autorité administrative à s'écarter des résultats de l'enquête publique⁶⁵. Toujours selon Jean-Claude Bonichot, « *l'obligation de prendre en compte peut impliquer le respect d'un acte, au moins dans ce qu'il a de plus important* »⁶⁶. Compte tenu de l'hétérogénéité possible des résultats d'une enquête publique, on voit mal comment il pourrait résulter de l'obligation de « *prise en considération* » le respect d'un acte, cet acte n'étant pas uniforme, n'indiquant pas de direction claire. En effet, le nouvel article L. 123-1 impose la prise en considération, non de l'avis du commissaire-enquêteur, ce qui aurait pu être plus simple à mettre en œuvre, mais bien des « *observations et propositions recueillies au cours de l'enquête* ». *In fine*, la notion de prise en considération se révèle, dans ce contexte, particulièrement redoutable à mettre en œuvre.

Cependant, l'étude de certaines procédures pratiquées aux Etats-Unis peut permettre de mieux appréhender cette obligation de prise en considération, même si les juges américains ont, eux aussi, eu certaines difficultés pour fixer la portée d'une telle obligation. Les Etats-Unis bénéficient en effet de davantage de recul de ce point de vue. En effet, c'est dès 1946 que le code de procédure administrative américain (Administrative Procedure Act – APA) mettait en place dans sa section 553 la procédure de « *notice and comment* »⁶⁷. Cette procédure impose à l'administration la prise en considération (*to consider*) des observations pertinentes émises par le public. Selon la doctrine américaine, « *les règles de procédure administrative ne définissent pas le terme « consider », et les quelques juridictions qui ont examiné des litiges dans ce domaine ont simplement imposé une exigence de bonne foi à l'agence gouvernementale pour, au minimum, relier tous les commentaires à la décision et examiner attentivement les commentaires émis par les principales entités affectées par le règlement en question. Il ne s'agit pas d'une exigence totalement creuse. Il existe certains cas dans lesquels la méthode d'élaboration du règlement utilisée par l'agence a été invalidée car l'agence n'avait pas abordé les commentaires les plus importants dans le préambule du règlement. Dans le même temps, la plupart des juridictions reconnaissent que les commentaires sont orientés et sont, le plus souvent, des éléments d'argumentaire davantage que des modèles d'objectivité. Une juridiction a brusquement jugé que ni les agences gouvernementales, ni les juridictions "ne doivent prendre au pied de la lettre les*

⁶⁴ Jean-Claude Bonichot, « Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle ? », in *Mélanges en l'honneur de Henri Jacquot*, Presses Universitaires d'Orléans, Orléans, 2006, p. 55.

⁶⁵ Ce qui suppose que le résultat de l'enquête publique soit uniforme, ce qui est évidemment loin d'être toujours le cas.

⁶⁶ Jean-Claude Bonichot, « Compatibilité, cohérence, prise en compte : jeux de mots ou jeu de rôle ? », *op. cit.*, p. 60.

⁶⁷ Voir Michel Prieur (sous la dir.), *Etude relative à la mise en place d'une procédure administrative de consultation et de participation préalable à l'élaboration des textes réglementaires en matière d'environnement*, CRIDEAU, Recherche réalisée pour le Ministère de l'environnement, 1994. Notons que si cette procédure concerne la participation à l'élaboration de l'équivalent de nos « règlements », la prise en compte de la participation du public qu'elle impose est tout à fait comparable à l'article 90 du Projet de loi portant engagement national pour l'environnement.

*commentaires émis dans un intérêt personnel émanant des membres intéressés des industries affectées par le règlement*⁶⁸ »⁶⁹.

Partant, le contrôle contentieux de la « prise en considération » de la participation est là aussi délicat. Ainsi, le juge américain impose une simple obligation de bonne foi à l'administration. En outre, la jurisprudence américaine confirme que la motivation est un élément clé de l'évaluation de cette prise en considération⁷⁰. Cependant, c'est fort logiquement que l'administration conserve une marge d'appréciation dans l'élaboration du règlement. Ainsi, « il est absolument clair qu'une agence n'est ni juridiquement liée par les commentaires émis, ni obligée de s'en tenir à ces commentaires dans l'élaboration du règlement final. Il lui est possible d'invoquer sa propre expertise dans l'écriture du règlement si les commentaires suggèrent tous un résultat contraire »⁷¹.

In fine, constatant les limites chroniques de l'enquête publique française, on peut donc se demander dans quelle mesure l'institution, plus en amont, d'une autre procédure de participation, parvient à remédier aux limites de l'enquête publique. En effet, « *le débat public est d'abord né d'une insatisfaction à l'égard de l'enquête publique, et c'est pour pallier ses insuffisances que des solutions sont envisagées et expérimentées* »⁷². Dès 1993, Jean-Philippe Colson mettait en évidence l'intérêt d'une réforme conduisant « *à la dissociation de deux moments dans le processus décisionnel soumis à enquête, l'un consacré à l'examen de la légitimité du projet, impliquant la présentation de ses différentes variantes, l'autre destiné à l'étude de ses conditions d'insertion dans un environnement donné* »⁷³. C'est la voie qui semble avoir été choisie par le législateur avec l'introduction en droit français de la procédure du débat public, ce dernier portant davantage sur l'opportunité du projet.

2) La portée relative de la procédure de débat public

La relativité de la portée de la procédure du débat public relève d'abord du caractère limité du contrôle effectué par le juge administratif. Certes, les décisions d'ouverture ou de refus

⁶⁸ *Nat'l Tire Dealers & Retreaders Ass'n v. Brinegar*, 491 F.2d 31, 39-40 (D.C. Cir. 1974).

⁶⁹ William F. Fox, *Understanding Administrative Law*, Fifth Edition, LexisNexis, 2008, CH. 7, p. 160. Notre traduction de : « *the APA does not define the term consider, and the few courts that have reviewed disputes in this area have simply imposed a good faith requirement on the agency to at least log in all comments and to review carefully comments from major entities affected by the rule. This is not a totally hollow requirement. There are some cases in which agency rulemaking has been overturned because the agency failed to address significant comments in the preamble to the final rule. At the same time, most courts recognize that comments are written with a particular point of view and are, more often than not, pieces of advocacy rather than models of objectivity. One court has stated bluntly that neither agencies nor courts "need ... accept at face value the self-serving comments of interested members of the (affected) industry"* ».

⁷⁰ Voir *infra*, II, B.

⁷¹ William F. Fox, *Understanding Administrative Law*, *op. cit.*, p. 160. Notre traduction de : « *it is abundantly clear that an agency is not bound absolutely by the comments, nor is an agency totally restricted to the comments in formulating a final rule. It can invoke its own expertise in writing a rule if the comments all suggest a contrary result* »

⁷² Cécile Blatrix, « Genèse et consolidation d'une institution : le débat public en France », in Martine Revel, Cécile Blatrix, Loïc Blondiaux, Jean-Michel Fourniau, Bertrand Hériard Dubreuil et Rémi Lefebvre (sous la dir.), *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, Recherches, La Découverte, Paris, 2007, p. 44.

⁷³ Jean-Philippe Colson, « La réforme des enquêtes publiques en France », RJE, n° 2-1993, p. 228.

d'ouverture d'un débat public par la CNDP⁷⁴ sont des actes faisant grief, c'est à dire des actes qui produisent des effets juridiques. Par conséquent, elles peuvent être contestées devant le juge administratif⁷⁵. En revanche, les modalités de l'organisation du débat ne peuvent pas être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir⁷⁶. Ainsi la décision du Conseil d'Etat précise-t-elle que « *les différentes décisions que la commission peut être amenée à prendre après qu'elle a décidé d'ouvrir le débat public et qui peuvent notamment porter sur ses modalités, le calendrier et les conditions de son déroulement, ne constituent pas des décisions faisant grief* ». Or, « *les textes n'indiquent pas quelles doivent être les modalités d'organisation du débat public lui-même* »⁷⁷. Ainsi, ni le législateur, ni le juge ne sont intervenus sur les modalités d'organisation du débat public. Respectueux du caractère de tiers indépendant de la CNDP⁷⁸, le juge se prive ainsi de contrôler la manière dont le débat est mené. Or, notamment depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement⁷⁹, la participation du public est reconnue en tant que droit subjectif, lequel peut être mis en œuvre à travers la procédure du débat public. Ainsi, les modalités d'organisation du débat peuvent potentiellement limiter le droit de chacun à la participation. A ce titre, on pourrait se demander si les décisions de la CNDP concernant les modalités du débat ne sont pas des actes faisant grief, en ce sens qu'elles peuvent potentiellement limiter le droit à la participation, et ainsi être susceptibles de recours contentieux.

En outre, c'est aussi la volonté de conférer à la CNDP un rôle de tiers impartial qui a conduit le législateur, à l'inverse du commissaire-enquêteur vis-à-vis de l'enquête publique, à ne pas prévoir que la CNDP émette un « avis » sur le projet soumis à la participation du public. Le rôle de la CNDP est donc limité à la production d'un bilan de la participation⁸⁰. Bien que placé très en amont de la décision, on voit plus difficilement, dans ces conditions, comment la participation du public effectuée dans le cadre du débat public peut avoir une influence réelle sur la décision finale. Comme l'exprime Jacques Chevalier, « *l'ouverture inhérente aux procédures délibératives est ainsi payée d'un relégation de celles-ci en marge du processus décisionnel ; la publication du bilan du débat public et sa transmission aux décideurs ne*

⁷⁴ Commission nationale du débat public.

⁷⁵ Voir respectivement les décisions CE, 14 juin 2002, *Association pour garantir l'intégrité rurale restante*, n° 215214, Lebon T. 963 et CE, 17 mai 2002, *Association France Nature Environnement*. Sur ces deux décisions, voir Véronique Inserguet-Brisset, LPA, 2003, n° 142, p. 13.

⁷⁶ CE, ass., 25 avril 2004, *Association citoyenne intercommunale des populations concernées par le projet d'aéroport de Notre-Dame des Landes*, n° 254775 ; AJDA, Delaunay, 2004, p. 2100 ; DAUH 2005, n° 97). Confirmation de la décision CE, 14 juin 2002, *Association pour garantir l'intégrité rurale restante*, n° 215154, Lebon T. 963.

Notons par ailleurs qu'au terme de la décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 3 décembre 2008, « *il ne résulte pas de la déclaration d'objectifs rendue publique après la réunion du CIADT (Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire) que le gouvernement ait entendu écarter l'application des procédures* », notamment celle du débat public alors en cours sur le projet de contournement de Bordeaux. Voir CAA Bordeaux, 3 décembre 2008, *Ministre de l'équipement c/ Association Aquitaine alternatives et autres*, n° 07BX00912 ; Jean-Marc Vié, « Les conséquences de l'annonce prématurée de la décision sur la légalité d'un projet d'aménagement », AJDA, 2009, p. 153.

⁷⁷ Jacques Chevallier, « Le débat public en question », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, op. cit.*, p. 502.

⁷⁸ La CNDP dispose du statut d'autorité administrative indépendante.

⁷⁹ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

⁸⁰ L'article L. 121-1 du code de l'environnement dispose en effet que « *La Commission nationale du débat public et les commissions particulières ne se prononcent pas sur le fond des projets qui leur sont soumis* ».

constituent qu'un pis-aller »⁸¹. Pour lui, « le débat public n'entraîne donc, ni transfert, ni partage réel du pouvoir de décision »⁸². Raphael Romi va, lui, plus loin en estimant qu'il ne s'agit pas d'une réelle procédure de participation à la décision : « l'institution ne décide pas, elle prépare la décision. Cette participation à la préparation n'est pas une participation à la prise de décision »⁸³.

In fine, les deux principales procédures du droit français de la participation du public en matière d'environnement sont renvoyées dos-à-dos. D'un côté, le débat public, qui intervient suffisamment en amont pour permettre au public d'exercer une influence sur la décision, ne s'insère pas véritablement dans le processus de décision. De l'autre, l'enquête publique, si elle constitue bien une procédure de « décision »⁸⁴, intervient beaucoup trop tard pour produire un effet véritable sur la décision.

Si les procédures françaises de participation du public n'offrent pas toutes les garanties pour le public d'exercer une influence « réelle » sur la décision, la motivation des actes administratifs peut permettre à chacun d'évaluer le degré de prise en compte des résultats de la participation du public dans la décision finale.

B) La motivation des actes administratifs en tant qu'outil d'évaluation de l'influence de la participation du public sur la décision

La motivation des actes administratifs remplit traditionnellement une fonction de démocratisation de l'activité administrative, favorisant la transparence et fluidifiant les relations entre les administrés et l'administration. Pour Gérard Monédiaire, le potentiel de la motivation des actes administratifs va au delà de la simple transparence. Le couple participation/motivation serait porteur d'une « dynamique cognitive circulaire »⁸⁵, laquelle serait propre à faire « prospérer la passion démocratique »⁸⁶. Ce couple pourrait ainsi constituer un vecteur d'influence réciproque entre le public et l'administration. Transparence et réciprocité semblent ainsi les conditions d'une confiance apaisée.

Au delà, la motivation constitue un outil juridique très intéressant du point de vue de l'évaluation des effets de la participation sur la décision. Elle pourrait permettre au public, mais surtout au juge, de pouvoir contrôler le degré de prise en compte des résultats de la participation, fournissant ainsi un moyen de l'effectivité de l'article 6 §4 de la Convention d'Aarhus. Comme l'explique Gérard Monédiaire, « seule une motivation explicite est susceptible d'exprimer en quoi les apports de la participation ont été retenus ou écartés, les deux hypothèses étant au demeurant également légitimes »⁸⁷.

⁸¹ Jacques Chevallier, « Le débat public en question », *op. cit.*, p. 505.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Raphael Romi, « Le débat public dans le droit positif », in Martine Revel, Cécile Blatrix, Loïc Blondiaux, Jean-Michel Fourniau, Bertrand Hériard Dubreuil et Rémi Lefebvre (sous la dir.), *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, *op. cit.*, p. 57.

⁸⁴ « Il ne serait pas faux de dire que le débat public relève de l'expertise « sociale », quand l'enquête, elle, relève de la prise de décision » : *ibidem*, p. 61.

⁸⁵ Gérard Monédiaire, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », in *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 635.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 615.

Le législateur a introduit une première brèche dans le principe de non motivation des actes administratifs avec la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs⁸⁸. L'article 1^{er} de cette loi oblige l'administration à motiver les décisions administratives individuelles défavorables. Le principe de non motivation subsiste donc pour les décisions réglementaires⁸⁹ et pour les décisions individuelles favorables. Ce dispositif est cependant susceptible d'évoluer sous l'effet du droit international. En effet, l'article 6 §9 de la Convention dispose en que « *chaque Partie veille aussi à ce que, une fois que la décision a été prise par l'autorité publique, le public en soit promptement informé suivant les procédures appropriées. Chaque Partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite (la dite) décision est fondée* ». Il résulte ainsi de cet article, en matière d'environnement, que les décisions couvertes par l'annexe I de la Convention doivent être motivées. Cette obligation concerne certes les décisions défavorables mais aussi les décisions favorables au pétitionnaire. Or, ces dernières ne sont pas, en droit français, soumises à une obligation de motivation. En s'en remettant au droit national, le droit communautaire ne semble pas plus conforme à la Convention d'Aarhus⁹⁰.

Tous les projets entrants dans le champ de l'annexe I de la Convention d'Aarhus sont en principe soumis à enquête publique. Les résultats de l'enquête sont expressément soumis à une obligation de motivation. L'article L. 123-11 du code de l'environnement dispose ainsi que « *le rapport et les conclusions motivées du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête sont rendus publics* »⁹¹. Par exemple, « *en l'absence de synthèse donnant un avis personnel sur le projet de révision, ses conclusions ne peuvent être regardées comme motivées* »⁹². De plus, l'absence de motivation des conclusions du commissaire-enquêteur peut engager la responsabilité de l'Etat⁹³.

Si la motivation des conclusions du commissaire enquêteur est utile à la bonne compréhension de son avis par le public, rappelons que cet avis reste purement consultatif et ne remplace en rien la motivation de la décision administrative qui en résulte en elle même. De ce point de vue là, le droit français a cependant connu quelques améliorations avec

⁸⁸ Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

⁸⁹ Voir cependant Gérard Monédiaire, « Vers la motivation des actes administratifs généraux, spécialement en droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 607. Selon l'auteur, « *l'obligation de motivation des actes réglementaires dans le domaine de l'environnement (...) apparaît ainsi engagée même si elle n'est nullement consacrée* » (p. 608).

⁹⁰ L'article 9 de la directive 85/337 du 27/06/85 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (JOCE n° L 175 du 5 juillet 1985) dispose que : « *Lorsqu'une décision a été prise, la ou les autorités compétentes mettent à la disposition du public concerné : (...) les motifs et considérations qui ont fondé sa décision lorsque cela est prévu par la législation des États membres.* (...) ».

⁹¹ Le même article dispose aussi que : « *Le rapport doit faire état des contre-propositions qui ont été produites durant l'enquête ainsi que des réponses éventuelles du maître d'ouvrage, notamment aux demandes de communication de documents qui lui ont été adressées* ».

⁹² CAA Lyon, 23 juillet 2003, *Mme Albertin et M. Aroud*, n° 981346 ; RJE, 2/2004, p. 222, note Gérard Monédiaire.

⁹³ TA Lyon, 30 juin 2009, *Commune de Péron*, n° 0703881 ; AJDA, 2009, p. 1901 : « *Considérant le fait, pour le commissaire enquêteur, (...) de ne pas avoir motivé son avis favorable dans les conditions prévues par les dispositions de l'article R. 123-11 du code de l'urbanisme, est constitutif d'une faute, qui présente un lien direct et certain avec l'annulation, par le Tribunal de céans, de la délibération en date du 13 février 2001 approuvant la révision du plan d'occupation des sols ; que cette faute est de nature à engager la responsabilité de l'Etat* ».

l'institution par la loi « démocratie de proximité » en 2002⁹⁴ d'une déclaration de projet permettant la motivation des projets publics (1). En ce qui concerne les projets privés, le droit français semble cependant en retrait par rapport aux obligations de l'article 6 §9 de la Convention d'Aarhus (2).

1) La motivation des projets publics à travers l'institution de la « déclaration de projet »

Depuis l'entrée en vigueur de la loi « Démocratie de proximité » de 2002, tout projet public de travaux, d'aménagements ou d'ouvrages soumis à enquête publique doit faire l'objet d'une « déclaration de projet » adoptée par l'autorité de l'Etat ou par l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public porteur du projet. Cette déclaration intervient après l'enquête publique et porte notamment sur l'intérêt général du projet⁹⁵.

La déclaration de projet introduit une obligation de « motivation »⁹⁶ des projets publics. Ainsi, l'article L. 126-1 al. 2 du code de l'environnement dispose que « *la déclaration de projet mentionne l'objet de l'opération tel qu'il figure dans le dossier soumis à l'enquête et comporte les motifs et considérations qui justifient son caractère d'intérêt général. Elle indique, le cas échéant, la nature et les motifs des principales modifications qui, sans en altérer l'économie générale, sont apportées au projet au vu des résultats de l'enquête publique* ».

Cet article comporte en lui même les principales limites de la déclaration de projet. La première se situe au niveau de son champ d'application, celle-ci ne s'appliquant qu'aux projets publics, pas aux projets privés. Fort logiquement, le porteur d'un projet privé ne saurait en affirmer l'intérêt général. Cependant, cela serait oublier la seconde fonction de la déclaration de projet, à sa voir la prise en compte éventuelle des résultats de l'enquête publique.

Cela révèle l'ambivalence de la fonction de cette nouvelle procédure. Ainsi, le but premier de l'institution de la déclaration de projet n'est peut être pas la prise en compte de la participation du public mais bien l'affirmation « solennelle » de l'utilité publique du projet. Selon Jean-Claude Hélin et René Hostiou, il n'apparaissait pas concevable aux auteurs du rapport du Conseil d'Etat, *L'utilité publique aujourd'hui*⁹⁷, « *que, vingt ans après le lancement de la décentralisation, l'Etat puisse continuer à bénéficier d'un monopole de la constatation de l'intérêt général qui s'attache à la réalisation d'aménagements et d'équipements et qu'il convenait par conséquent de permettre aux collectivités locales d'avoir en la matière voix au chapitre. C'est l'objet de la déclaration de projet* »⁹⁸. La fonction de la déclaration de projet semble par conséquent à la fois duale et ambivalente. L'influence du Grenelle de l'environnement devrait une nouvelle fois permettre de franchir

⁹⁴ Loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité

⁹⁵ Dans le cas où l'Etat est le porteur du projet et que celui-ci donne lieu à une déclaration d'utilité publique (DUP), celle-ci tient lieu de déclaration de projet. Voir l'article L. 11-1-1 du code de l'expropriation.

⁹⁶ Il ne s'agit pas d'une véritable « motivation » au sens de la loi du 11 juillet 1979.

⁹⁷ Conseil d'Etat, *L'utilité publique aujourd'hui*, La Documentation française, Paris, 1999.

⁹⁸ Jean-Claude Hélin et René Hostiou, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », AJDA, 2002, p. 300. Voir aussi Pierre Bon, « Déclaration de projet d'intérêt général et déclaration d'utilité publique », RDI, 2002, p. 287 : « *il a été considéré que la déclaration de projet répondait à un besoin, celui de permettre au responsable du projet d'en affirmer solennellement l'intérêt général* ».

une étape. Ainsi, l'article 91 du projet de loi portant engagement national pour l'environnement insère une nouvelle phrase à l'article L. 126-1 du code de l'environnement, laquelle dispose que : « *La déclaration de projet prend en considération l'étude d'impact, l'avis de l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement et le résultat de la consultation du public* »⁹⁹.

Si la déclaration devra donc « *prendre en considération* » le résultat de l'enquête publique, il n'en demeure pas moins que les modifications du projet en résultant ne peuvent « *en altérer l'économie générale* ». Dans ces conditions, la prise en compte de la participation du public est considérablement limitée. Celle-ci semble pouvoir se situer uniquement « *à la marge* ». Il en découle que, quand bien même l'autorité administrative le souhaiterait, elle ne peut, à cette occasion, remettre en cause l'opportunité même du projet.

Le contrôle contentieux de la déclaration de projet est lui aussi limité. Bien qu'étant un acte faisant grief, l'article 11-1-1 1. du code de l'expropriation dispose, en matière de déclaration d'utilité publique, que « *lorsque l'opération est déclarée d'utilité publique, la légalité de la déclaration de projet mentionnée à l'alinéa précédent ne peut être contestée que par voie d'exception à l'occasion d'un recours dirigé contre la déclaration d'utilité publique. Les vices qui affecteraient la légalité externe de cette déclaration sont sans incidence sur la légalité de la déclaration d'utilité publique* ». Cet article soulève certaines interrogations. Ainsi, « *faut-il entendre a contrario que si la déclaration de projet n'est pas suivie d'une DUP, les requérants pourraient en revanche, et à condition que les délais ne soient pas expirés, saisir le juge administratif d'un recours par voie d'action contre cet acte et invoquer, à cette occasion, tout moyen de légalité externe comme interne* »¹⁰⁰. Alors que cette question ne semble pas tranchée, il reste que, dans le cadre d'une contestation par voie d'exception, les requérants peuvent uniquement contester la légalité interne de la déclaration de projet.

Afin d'être complet, il convient de mentionner, toujours en matière de déclaration d'utilité publique, les dispositions du 3 de l'article L. 11-1-1 du code de l'expropriation. Ainsi, « *l'acte déclarant l'utilité publique est accompagné d'un document qui expose les motifs et considérations justifiant le caractère d'utilité publique de l'opération. Si cette « pseudo-motivation »¹⁰¹ de la déclaration d'utilité publique ne vise pas particulièrement les résultats de la participation du public, il faut préciser que les conséquences contentieuses de l'insuffisance ou de l'absence d'un tel document sont plus que réduites. Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré que ces dispositions, qui semblent largement inspirées de l'article 6 paragraphe 9 de la Convention d'Aarhus, « ne sauraient être interprétées comme imposant une obligation additionnelle touchant la forme de cet acte ; que, dès lors, l'absence de visa d'un tel document d'information, destiné au public, est sans influence sur la légalité du décret attaqué »¹⁰².*

⁹⁹ Projet de loi portant engagement national pour l'environnement, dit « Grenelle 2 », texte n° 1 (2009-2010) adopté par le Sénat le 8 octobre 2009, transmis à l'Assemblée nationale le 9 octobre 2009. L'article 92 2° du projet de loi introduit les mêmes dispositions à l'article L. 11-1 du code de l'expropriation.

¹⁰⁰ Jean-Claude Hélin et René Hostiou, « Participation, décentralisation et déconcentration : une nouvelle donne en matière de grands projets », *op. cit.*, p. 302.

¹⁰¹ Selon l'expression de René Hostiou, cité par Laurence Molinero, « La "pseudo motivation" de la déclaration d'utilité publique », *Mélanges en l'honneur de René Hostiou*, Litec, Paris, 2008, p. 401.

¹⁰² CE, 15 novembre 2006, *Société Placoplâtre et Commune de Vandières*, n° 285658, 285799 et 291022, Lebon T. p. 908. Arrêt confirmé par CE, 25 avril 2007, *Commune de Beauregard-de-Terrasson*, n° 283016, Lebon T. p. 895 ; AJDA, 2007, p. 2314 : cette disposition « *n'impose pas une motivation en la forme de la DUP laquelle serait une condition de légalité de cette dernière* ».

2) Le caractère limité de la motivation des projets privés

Les projets « privés » ne sont pas soumis à la déclaration de projet. Il convient donc d'examiner leur éventuelle soumission à l'obligation de motivation. Une partie d'entre eux étant compris dans l'annexe I de la Convention d'Aarhus, nous utiliserons l'exemple des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et de leur procédure d'autorisation.

La motivation des décisions de refus d'autorisation ne fait aucun doute, celle-ci entrant parfaitement dans le champ des décisions individuelles défavorables couvertes par la loi de 1979 sur la motivation des actes administratifs. La question de la motivation des décisions d'autorisation est en revanche plus délicate.

Ainsi, en matière d'ICPE, l'obligation de motivation se limite aux prescriptions spéciales imposées par le préfet au moment de l'autorisation du projet¹⁰³ ainsi qu'à toute mesure de police, qu'il s'agisse d'une mise en demeure¹⁰⁴ ou d'une sanction administrative¹⁰⁵.

En revanche, la décision d'autorisation d'une installation classée, en dehors des prescriptions spéciales, n'est pas soumise à l'obligation de motivation. Ainsi, « *comme le rappelle une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, "La décision par laquelle est accordée l'autorisation d'exploiter une carrière n'est pas au nombre de celles qui doivent être motivées en application de la loi du 11 juillet 1979" ; et pour cause l'autorisation ne fait pas grief en ce qu'elle donne un titre d'exploitation à son bénéficiaire* »¹⁰⁶. En effet, les décisions d'autorisation d'ICPE sont des décisions « favorables » au pétitionnaire et par conséquent n'entrent pas dans le champ de la loi de 1979. Elles n'ont pas à être motivées.

Cette solution jurisprudentielle peut être critiquée sous plusieurs angles. Tout d'abord, si ces décisions sont des décisions « individuelles » pour le pétitionnaire, et non pour le public, et si elles sont bien « favorables » au pétitionnaire, elles peuvent être considérées comme « défavorables » à l'égard de tout membre du public qui aurait exprimé, lors de l'enquête publique, son désaccord avec le projet. Motiver les décisions d'autorisation d'ICPE présenterait l'avantage de permettre aux membres du public ayant participé à l'enquête publique de connaître les raisons pour lesquelles l'installation a été autorisée. La seconde critique porte sur la compatibilité de ce dispositif avec l'article 6 paragraphe 9 de la Convention d'Aarhus. Rappelons que celui-ci dispose que « *chaque Partie communique au public le texte de la décision assorti des motifs et considérations sur lesquels ladite décision est fondée* ». Or, certaines ICPE sont comprises dans l'annexe I de la Convention d'Aarhus et sont à ce titre soumises à cet article. Pour ces installations, la conformité du droit français à la Convention n'est pas évidente.

Il pourrait cependant nous être répliqué que, « *selon la jurisprudence*¹⁰⁷, *l'obligation de motiver est satisfaite, dès lors que les motifs d'une décision sont exposés de façon suffisante, dans un document joint à la décision ou porté à la connaissance de l'intéressé en même temps*

¹⁰³ Voir par exemple CAA Versailles, 6 avril 2006, *Société Flo Pak*, n° 03VE04691. Voir aussi TA Lille, 17 octobre 2002, *Société de fabrication et de distribution de produits industriels*, n° 99-5248 et TA Lille, 13 février 2003, *Société BP France*, n° 00-2843 et n° 01-1532, RJE, 3/2004, p. 340.

¹⁰⁴ CAA Lyon, 8 mars 1994, *Société Elf France*, RJE, 1995, p. 164.

¹⁰⁵ CAA Versailles, 2 juin 2005, *Société Leader Logistic*, n° 03VE01991, RJE, 1/2007, p. 100.

¹⁰⁶ David Deharbe, *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Litec, Paris, 2007, p. 282. Voir la décision CE, 15 mars 2006, *Assoc. pour l'étude et la protection de l'Allier et sa nappe alluviale*, n° 264699.

¹⁰⁷ CE, 9 novembre 1984, *Comité Dauphinois d'hygiène industrielle*, Lebon, p. 355, AJ 1985, p. 287.

que la décision »¹⁰⁸. D'aucuns pourraient ainsi considérer que l'étude d'impact ou encore le rapport et les conclusions du commissaire-enquêteur portés à la connaissance du public permettent de satisfaire à l'obligation de motivation. Pour autant, ni l'étude d'impact, ni le rapport ou les conclusions du commissaire-enquêteur ne sont de nature à montrer en quoi la décision finale a pris en considération, ou non, le résultat de la participation du public. Or, il nous semble que c'est précisément ce qu'impose une lecture combinée des paragraphes 8 et 9 de l'article 6 de la Convention d'Aarhus¹⁰⁹.

Conclusion

La difficulté de l'appréciation juridique des effets de la participation explique en grande partie la réserve du juge à sanctionner les exigences de l'article 6 paragraphe 4 de la Convention d'Aarhus. Si le droit est un maillon indispensable de l'institutionnalisation de la participation du public, l'étude du dispositif juridique français de participation du public en matière d'environnement nous enseigne surtout que le droit ne peut pas tout. Le thème de la motivation illustre pourtant bien les marges possibles de progression de la procéduralisation de la participation du public, tout en révélant d'emblée ses limites.

Un argument allant à l'encontre de cette procéduralisation se manifeste à travers le thème de la « lourdeur administrative » tant critiquée. L'impératif d'accélération des procédures administratives, lesquelles sont parfois perçues comme un frein à l'investissement économique, est alors mis en avant.

Pour autant, les procédures de participation du public au processus de décision répondent prétendument elles aussi à une exigence d'efficacité de l'action publique. Ainsi le préambule de la Convention d'Aarhus énonce « *que, dans le domaine de l'environnement, un meilleur accès à l'information et la participation accrue du public au processus décisionnel permettent de prendre de meilleures décisions et de les appliquer plus efficacement (...)* »¹¹⁰.

Si cette affirmation téléologique reste à être démontrée, notamment sur le terrain de la sociologie, il reste que la participation du public répond à un impératif démocratique traditionnellement reconnu dans le domaine de l'environnement¹¹¹, lequel est parfois contradictoire avec la célérité des procédures administratives. Pour autant, comme l'exprime l'urbaniste et philosophe Paul Virilio, « *lorsqu'il n'y a plus de temps à partager, il n'y a plus de démocratie possible* »¹¹².

¹⁰⁸ Emilia Gaonac'h, « La motivation de la DUP après la loi « Démocratie de proximité » du 27 février 2002 », *Les Annales de la voirie*, n° 85, Avril 2004, p. 72.

¹⁰⁹ Cette lecture combinée est confirmée par la décision du CERDCA sur le cas concernant la Lituanie : « *la Convention ne fixe pas de critères précis pour l'indication des "motifs et des considérations sur lesquels la décision est fondée", si l'on excepte l'obligation, prévue au paragraphe 8 de l'article 6, de veiller à ce que les "résultats de la procédure de participation du public" ont été pris en considération* ». Lituanie, ACCC/2006/16 ; ECE/MP.PP/2008/5/Add.6, 4 April 2008, § 81.

¹¹⁰ Préambule de la Convention d'Aarhus, alinéa 9.

¹¹¹ Voir par exemple le principe n° 10 de la Déclaration de Rio de 1992 dont la Convention d'Aarhus est issue.

¹¹² Paul Virilio, *Les grands entretiens du Monde*, numéro spécial de Dossiers et documents du Monde, juin 1996, p. 37.