



Le juge administratif
et
le droit communautaire
de l'environnement

National administrative courts
And
Community
Environmental law

Conclusions

J.-M. SAUVE

Vice-Président du Conseil d'Etat de France
Vice-President of the Council of State of France

SEMINAIRE 28-01-2008
Bruxelles-Brussels

Au terme de ce séminaire qui a tenu ses promesses, je voudrais adresser des remerciements très chaleureux au secrétariat général de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, en la personne du président Yves Kreins, le secrétaire général de l'Association, pour la parfaite organisation de cette réunion. Je suis conscient de la très lourde tâche qu'a représentée la mise sur pied de ce séminaire et j'en exprime ma profonde gratitude au président Yves Kreins.

Je remercie également les présidents, les rapporteurs généraux et les membres des deux «panels» qui, par leurs synthèses, leurs exposés et leurs questionnements, ont remarquablement introduit nos débats. Ils ont pris sur leur temps personnel pour exposer leur approche sur les questions d'information et de participation du public et sur celle des déchets. Ils ont ouvert des pistes de réflexion très fécondes et contribué à élargir et à renouveler nos propres conceptions.

La richesse des thèmes abordés au cours de cette journée tient à ce qu'ils mettent à l'épreuve des principes fondamentaux du droit de l'environnement : les principes d'information et de participation du public et le principe pollueur-payeur.

I - L'exigence de démocratie participative coïncide avec les premières prises de conscience internationales des menaces pesant sur l'environnement :

- La Déclaration de Stockholm de 1972 invitait déjà les Etats à faciliter « la participation du public à la gestion et au contrôle de l'environnement » ;
- La charte mondiale de la nature, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982, expressément visée par la Convention d'Aarhus énonçait un principe d'accès du public aux éléments relatifs à la planification et la possibilité pour toute personne de participer à l'élaboration des décisions qui concernent son environnement.

On pourrait encore citer dans le même sens les principes de la Déclaration de Rio de 1992.

Mais c'est la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, élaborée sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe de l'ONU et signée, notamment, par l'Union européenne, qui énonce de la façon la plus détaillée les conditions d'accès du public à l'information, de participation aux décisions et d'accès à la justice en matière d'environnement.

Elle explicite les considérations qui militent en faveur de ces droits et qui sont essentiellement de deux ordres. D'une part, l'information des citoyens a une portée pédagogique et la participation favorise l'acceptabilité sociale des options finalement choisies. D'autre part, le public est susceptible d'apporter des éléments d'information permettant de parvenir au choix le plus efficace et le plus rationnel.

Quoique l'information et la participation du public ne soient pas au nombre des principes de la politique environnementale communautaire introduits dans le traité CE, le droit dérivé a toujours été sensible aux exigences de démocratie environnementale. Cette préoccupation s'est manifestée, non seulement dans des textes sectoriels, mais surtout dans la directive 85/337 du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement et dans la directive 90/313 du 7 juin 1990 concernant

la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement. Afin de se conformer aux exigences de la Convention d'Aarhus, le premier de ces textes a été complété par la directive 2003/35 du 26 mai 2003 sur la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes, et le second, abrogé et remplacé par la directive 2003/4 du 28 janvier 2003.

Les règles d'accès à l'information ont été conçues de la façon la plus large, tant en ce qui concerne la définition des informations environnementales, qui incluent des thèmes situés à la marge de l'environnement stricto sensu tels que la contamination de la chaîne alimentaire ou les sites culturels, que l'origine des informations qui ne se cantonne pas aux documents que produisent les autorités publiques ou les personnes privées chargées de missions de service public, mais s'étend aux pièces qu'elles détiennent ou encore aux documents détenus par d'autres pour leur compte. Enfin, l'accès est ouvert à toutes personnes physiques ou morales, sans justification d'un intérêt.

La généralité de ces termes a déjà suscité du contentieux notamment en ce qui concerne la reconnaissance du droit des autorités publiques de se réclamer mutuellement des documents, une question qui avait d'ailleurs été soulevée par le Comité des régions lors des travaux préparatoires de la directive 2003/4.

Mais ce sont les dérogations au principe de libre communication qui feront sans doute surgir les questions les plus délicates : en particulier celles qui concernent les «documents en cours d'élaboration» et celles qui résultent des secrets protégés par la loi, pour assurer notamment la protection de la propriété intellectuelle et de la sécurité publique. Sans doute ces exceptions doivent-elles être interprétées strictement, mais les menaces terroristes récurrentes aussi bien que la radicalisation de certains mouvements de contestation écologique peuvent rendre les arbitrages difficiles. La confidentialité de l'enquête pénale est également source d'interrogations : un rapport administratif qui constate l'inobservation des normes de rejet imposées à une entreprise est au nombre des documents visés par la directive, mais ce peut être aussi le premier acte d'une procédure pénale.

Les interrogations que suscitent la directive 85/337 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics ou privés sur l'environnement et la directive 2003/35 qui la complète en matière d'élaboration des plans et programmes relatifs à l'environnement sont d'un autre ordre. Elles concernent surtout le champ d'application de ces dispositifs (par exemple le démantèlement d'une centrale nucléaire qui y a été inclus par la jurisprudence française), la détermination du public concerné, le choix des modalités d'information et de consultation (qui doivent assurer une participation effective des intéressés à un stade utile du processus décisionnel) ainsi que les conséquences d'un défaut de consultation.

Les règles communautaires qui imposent la consultation du public en matière environnementale présentent sans doute une faible spécificité dans les pays qui cultivent traditionnellement la démocratie participative et la recherche du consensus. Là où les traditions nationales sont plutôt orientées vers le secret et l'étanchéité du processus de décision publique, le droit communautaire crée un régime spécial à la matière environnementale, ce qui ne peut manquer par ricochet de mettre en cause la pertinence des règles applicables dans d'autres domaines.

Comme le principe de précaution, qui tend à s'affranchir des limites du droit de l'environnement pour s'étendre aux domaines de la consommation ou de la santé, la

transparence et la participation, sous des formes diverses, sont très dynamiques et ont une vocation assez expansionniste.

Sur tous ces sujets, des jurisprudences nationales s'élaborent en amont ou en contrepoint de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Il nous appartient de veiller à leur circulation pour que chaque juridiction nationale suprême puisse les connaître et, le cas échéant, s'en inspirer. Après les échanges écrits et oraux sur ces sujets, je pressens que les points majeurs de clivage entre Etats membres proviennent de différences portant moins sur la teneur et les modalités du droit à l'information et à la participation que sur les modalités de l'accès au juge : celles-ci paraissent très variables selon les Etats, ce qui explique, selon le cas, l'abondance ou l'absence de jurisprudence.

*
* *

II - Si la première moitié de cette journée a été consacrée à des principes assez consensuels, même s'ils font l'objet d'applications assez différentes selon les Etats, la seconde a été essentiellement révélatrice des limites du principe sans doute le plus emblématique du droit de l'environnement, expressément mentionné par l'article 174 du traité CE : le principe pollueur-payeur.

La problématique des sites pollués, qui nous interpelle en tant que juristes et en tant que citoyens, s'articule autour de deux axes : en quoi consiste la remise en état, et sur qui doit-elle peser ?

A - Que signifie, tout d'abord, remettre en état une ancienne emprise industrielle ?

Faut-il tenir compte d'un état initial, antérieur au début de l'exploitation, solution la plus conforme au principe pollueur-payeur mais peu réaliste à l'égard des activités anciennes ? Ou bien faut-il ne tenir compte que de l'usage futur des terrains et adapter en conséquence les exigences de dépollution ? Le choix de cet usage peut-il être imposé par l'administration ou doit-il être négocié avec l'exploitant ? Peut-on enfin se contenter de conditions minimales d'innocuité à l'égard des eaux et des fonds voisins ?

La directive 96/61 du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrée de la pollution (dite directive IPPC) n'apporte pas de réponse à ces questions.

La Commission s'est efforcée, par plusieurs voies de combler cette lacune.

Une proposition de refonte de la directive IPPC suggère que les exploitants élaborent des rapports de base sur l'état et le niveau de contamination du sol et des eaux souterraines qui détermineront le niveau des obligations de remise en état lors de l'arrêt de l'activité. De telles dispositions, néanmoins, ne seront utiles que pour l'avenir et ne sont d'aucun secours pour les pollutions historiques.

La même observation peut être faite à l'égard de la directive 2004/35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale. Cette directive vise notamment la contamination des sols qui engendre un risque d'incidence grave sur la santé humaine. Elle tend à obtenir la restitution des ressources naturelles dans leur état initial "estimé à l'aide des meilleures

informations disponibles” et admet, faute de pouvoir parvenir à un tel résultat, une réparation complémentaire par la constitution de ressources naturelles comparables sur un autre site.

Mais la directive 2004/35 exclut de son champ d’application les dommages qui résultent d’une activité menée à son terme avant le 30 avril 2007. Elle ne vaut donc elle aussi que pour l’avenir.

Seule la proposition de directive-cadre pour la protection des sols affronte le problème des contaminations historiques et tente de définir l’assainissement des sols comme l’ensemble des interventions “visant à éliminer, maîtriser, confiner ou réduire les contaminants de manière que le site contaminé, compte tenu de son utilisation effective et de son utilisation future autorisée, ne représente plus un risque sérieux pour la santé humaine ou pour l’environnement”.

Sans doute, comme le relève expressément l’exposé des motifs de cette proposition, les sols, contrairement à l’air ou aux eaux courantes font l’objet d’appropriation privée, mais il n’est pas douteux que les mécanismes de droit civil -qu’il s’agisse des règles de garantie des vices dans les ventes immobilières ou de la responsabilité du propriétaire foncier pour les nuisances provenant de ses terrains- ne sont pas à la hauteur des enjeux, en raison du caractère parfois très ancien des pollutions, de l’imprévisibilité des coûts de remise en état ainsi que de la gravité des dangers pour la santé humaine et l’environnement. Les autorités publiques, en tant qu’elles sont chargées du contrôle des activités polluantes ou au titre de leurs compétences en matière de planification et d’autorisation de l’utilisation des sols, ne peuvent manquer de mettre en œuvre leurs prérogatives de puissance publique ou de voir leur responsabilité engagée. Cela ne manquera pas de générer des contentieux devant les juges de l’administration, qui permettront de définir l’étendue exacte des prérogatives et des obligations de ces autorités publiques et, par conséquent, des opérateurs intervenant dans la chaîne des pollutions.

B - Définir le niveau de restauration des sites contaminés est une chose, trouver un débiteur de l’obligation de dépollution en est une autre, non moins délicate.

La directive IPPC, comme d’ailleurs la directive sur la responsabilité environnementale ne connaissent que l’exploitant, c’est-à-dire celui qui exerce à titre professionnel l’activité réglementée, agissant sous le contrôle de l’administration qui a un pouvoir étendu d’approbation, d’injonction et de substitution.

Lorsque l’activité prend fin, le principe pollueur-payeur commande que le dernier exploitant réponde intégralement de la remise en état. Même s’il a succédé dans cette activité à une autre personne, par rachat des équipements, par fusion-absorption ou par tout autre moyen, les mécanismes de droit privé lui ont théoriquement permis de connaître l’état de l’actif et du passif, y compris environnemental, de l’entreprise qu’il a reprise, et dont il doit désormais répondre.

Ce modèle, néanmoins, est souvent loin d’être opérant, soit que le dernier exploitant ait depuis longtemps disparu, soit qu’il soit insolvable. La mise à l’arrêt définitif d’un établissement industriel est d’ailleurs souvent consécutive à des difficultés financières.

Lorsque le dernier exploitant fait partie d'un groupe florissant, dans quelle mesure est-il acceptable, juridiquement et socialement, de faire peser sur une société mère ou sur une holding le passif environnemental des filiales ? Ne faut-il faire céder le principe d'autonomie des personnes morales que dans les cas de fraude avérée ? Ou rechercher des solutions plus souples permettant la mise en cause plus large des sociétés mères, à tout le moins en cas d'immixtion dans la gestion de la filiale ou de relations financières anormales ?

De telles solutions, si elles sont adoptées au niveau national, sont de nature à introduire des distorsions de concurrence et mériteraient donc de faire l'objet de solutions communes.

Une autre voie qu'explorent les jurisprudences tant communautaire que nationales est celle du recours au droit des déchets et, notamment, à la directive-cadre 2006/12/CE du 5 avril 2006.

Sur ce fondement, il n'est plus question d'exploitant mais de producteur et de détenteur des déchets. Le producteur est celui dont l'activité génère les déchets ou celui qui fait subir aux déchets des opérations qui en modifient la nature. Le détenteur, pour sa part, est le simple possesseur, dont il n'est requis ni qu'il soit à l'origine des déchets, ni qu'il soit titulaire à leur égard d'un droit de propriété.

Une telle catégorie est d'autant plus extensible que la notion de déchets est elle-même redoutablement dynamique : tout ce qui est souillé par un déchet devient déchet, et il en va ainsi, suivant la célèbre jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes Van de Walle du 7 septembre 2004, y compris pour les immeubles tels que des terres contaminées et non excavées.

Il en résulte qu'un détenteur, qui n'est ni le producteur des déchets ni l'ancien exploitant, est susceptible de devoir supporter la charge financière non seulement de l'enlèvement des déchets mobiliers abandonnés sur son fonds, mais encore de la dépollution du sol. Sans doute l'arrêt Van de Walle a-t-il été rendu dans une hypothèse où l'exploitant de la station-service poursuivi pour les fuites d'hydrocarbures de ses cuves était à la fois le détenteur et le producteur des déchets en ce sens qu'il était propriétaire du contenu des cuves et s'était "défait" des hydrocarbures en les laissant s'écouler dans le sous-sol. Sans doute encore, la Cour invite-t-elle le juge national à rechercher, dans la chaîne des producteurs et détenteurs successifs, le responsable le plus approprié. Il n'en reste pas moins que la définition donnée du déchet et du détenteur du déchet se traduit par une ouverture ou une extension du principe pollueur-payeur. Le concept de détention rend en outre malaisée l'application d'un autre principe général -dont la directive sur la responsabilité environnementale fait, quant à elle, application- celui de la prescription des obligations civiles.

Sans doute la pérennité de la jurisprudence Van de Walle n'est-elle pas assurée. Le 4^{ème} considérant de la directive de codification 2006/12 suggère déjà de recentrer la notion de déchet sur les seuls biens meubles et la proposition de réforme de la Commission va encore plus clairement en ce sens.

Mais cela ne nous dispense pas d'approfondir la réflexion sur un sujet qu'aucune des législations en vigueur ne résout de manière satisfaisante.

Il n'est pas douteux, ici encore, que l'étendue des responsabilités confiées aux autorités publiques ne conduisent les juridictions nationales à devoir prendre position sur ces enjeux qui seront ultimement éclairés par la jurisprudence de la Cour de Justice, quelle que puisse être l'évolution de la législation communautaire.

Il serait aussi souhaitable que soient mieux articulées les législations sur les installations classées et sur les déchets qui, compte tenu de leurs objets distincts, aboutissent à la superposition de régimes de responsabilité concurrents sur des questions identiques ou voisines.

Sur cette question des déchets comme sur l'information et la participation, tout notre effort de juges nationaux doit tendre à favoriser sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes :

- une application effective et aussi uniforme que possible du droit communautaire ;
- la neutralité économique de la réglementation par cette application effective et uniforme ;
- la plus grande sécurité juridique en donnant de la clarté et de la visibilité au droit applicable ;
- le plus haut niveau de sécurité environnementale.

*

* *

Je souhaite en conclusion évoquer les suites du séminaire de ce jour.

I - Tout d'abord dans le domaine spécifique des échanges et de la formation en matière de droit communautaire de l'environnement.

La Commission, par la voix de sa direction générale Environnement, souhaite mettre en œuvre un programme de coopération avec les juges des Etats membres sur le droit de l'environnement. Ce programme permettrait à la fois de dispenser des formations et de partager des bonnes pratiques. Il s'agit là d'une initiative très utile, comme les débats de ce jour l'ont montré. Les Etats de l'Union européenne partagent les mêmes principes, ils sont parties aux mêmes conventions, ils appliquent les mêmes règles, ce qui implique qu'ils travaillent davantage ensemble et que leurs juges échangent plus souvent entre eux. Le droit de l'environnement étant dans une proportion croissante de source communautaire, le programme conçu par la Commission est même une nécessité. Il doit en effet permettre aux juges des Etats membres de compléter et d'enrichir leur formation et d'échanger sur leurs expériences, leurs problématiques et leurs jurisprudences, entre eux et avec les institutions et juridictions de l'Union européenne.

La France est prête à accueillir pendant sa présidence de l'Union au deuxième semestre de 2008 la conférence de lancement de ce programme, dont la date et le lieu vont être prochainement fixés. Cette manifestation sera inscrite dans la liste des événements de cette présidence.

II - Je voudrais aussi évoquer, en termes moins précis mais pas moins ambitieux, les suites de ce séminaire pour les juges de l'environnement que nous sommes et, plus largement, pour les juges de l'administration.

Le droit public de l'environnement comme l'ensemble du droit public des Etats membres sont en voie de transformation profonde. Ils étaient des droits exclusivement nationaux, totalement souverains et assez peu perméables aux influences extérieures. Ils sont, on l'a vu aujourd'hui avec le droit de l'environnement, de plus en plus inspirés, transformés et renouvelés par le droit communautaire. La juridiction que je préside en fait une expérience qui, je crois, est très partagée : entre 32 % et 45 % des arrêts les plus importants du Conseil d'Etat français font selon les années application du droit de l'Union ou de la Convention européenne des droits de l'homme.

Cette tendance ne pourra aller qu'en se renforçant. Nous avons en effet en partage trois ressources :

1) des règles communes qui gouvernent le procès et, en particulier, les règles du procès équitable avec, notamment, le droit d'accès au juge et à une procédure juridictionnelle effective ;

2) des mécanismes et des techniques de contrôle communs⁽¹⁾ en droit communautaire, qui renforcent les garanties procédurales des citoyens comme des entreprises : ce sont, par exemple, les principes de proportionnalité, de sécurité juridique et de confiance légitime, de responsabilité, de bonne administration et de motivation, de transparence et d'accès aux documents administratifs ;

3) un droit matériel commun de plus en plus étendu, parce qu'il est lié à la réalisation des objectifs de l'Union (marché intérieur, environnement, asile et immigration...), et dont la réalisation incombe en tout ou partie aux autorités des Etats. Ce droit impacte, encadre ou inspire directement l'action de ces autorités publiques et les juges nationaux font une application croissante de ce droit.

Le mouvement de convergence des droits administratifs est d'autant plus puissant que ces règles procédurales et de fond qui nous sont désormais communes se conjuguent avec les principes de primauté et d'invocabilité du droit communautaire et que les Etats membres sont tenus de respecter ce droit, lorsqu'ils le mettent en œuvre ou même lorsqu'ils y dérogent. Méconnaître ces règles communes engage d'ailleurs leur responsabilité devant les juridictions nationales, lorsque cette violation, même imputable au législateur, a causé un dommage caractérisé et qu'il existe un lieu de causalité direct entre cette violation et ce dommage. L'impact du droit communautaire sur le droit et la responsabilité administratifs est particulièrement frappant. Si l'on en doutait, les arrêts Francovich (CJCE 19 novembre 1991) et Factortame et Brasserie du Pêcheur (CJCE 5 mars 1996) nous le rappelleraient.

Il est donc clair que, de même que les juges nationaux sont devenus les juges de droit commun de l'application du droit communautaire, les droits administratifs des Etats sont devenus des instruments éminents de la mise en œuvre de ce droit. En assumant cette

⁽¹⁾ contentieux et non contentieux.

fonction, ils poursuivent leur propre transformation dans le creuset européen et ils participent à la formation d'un véritable droit administratif européen.

Il est, me semble-t-il, de notre responsabilité de juges de l'administration de participer à l'application la plus complète et effective du droit communautaire et ainsi à la convergence des droits administratifs nationaux et à l'émergence d'un droit public européen partagé par tous les Etats membres. Ce faisant, nous serons des réducteurs d'insécurité juridique et nous éviterons de prêter le flanc à des distorsions de concurrence.

Pour assumer notre rôle, nous disposons de deux voies qui peuvent alternativement ou cumulativement être empruntées :

1) la coopération institutionnelle -le «dialogue vertical»- qui repose sur le mécanisme des questions préjudicielles des juridictions nationales à la Cour de justice des Communautés européennes, pour assurer l'unité d'interprétation et d'application ainsi que le contrôle de légalité du droit communautaire : cette coopération qui est évidemment essentielle fonctionne bien. Elle pourrait être développée dans certains cas, mais elle ne peut à elle seule suffire.

2) la collaboration informelle -«le dialogue horizontal»- entre juges pour confronter nos expériences, nos méthodes de travail et nos jurisprudences, pour comparer les questions que nous pose l'application du droit communautaire et les réponses que nous y apportons. Il est en effet essentiel que les juridictions nationales puissent assumer leur mission en connaissance des réponses et des problématiques des autres juridictions. Compte tenu des enjeux qui sont les nôtres en matière d'application complète et cohérente du droit communautaire, les échanges d'informations, d'expériences, de jurisprudences, ou même de juges, dans un cadre bilatéral ou dans celui des réseaux ou associations européennes de juridictions suprêmes, sont du plus haut intérêt et doivent être intensifiés.

Cette collaboration, ce dialogue renforcé entre juges européens ne doivent pas conduire à renoncer à telle ou telle spécificité nationale ou, au contraire, à exporter tel ou tel modèle national. Le principe de subsidiarité conserve toute sa validité. Il s'agit plutôt, en complément du rôle régulateur essentiel de la Cour de justice des Communautés européennes, de se soumettre au questionnement de nos pairs et de débattre ensemble des conditions de mise en œuvre du droit communautaire et des conséquences qu'il peut et doit emporter sur nos pratiques et nos jurisprudences nationales.

Dans cette collaboration informelle, la formule des séminaires, tels que celui d'aujourd'hui, avec les juges nationaux, mais aussi avec les institutions de l'Union (Commission, Parlement européen et Cour de justice) ainsi que des professeurs et des avocats mérite sans doute d'être poursuivie, parallèlement à tous les échanges auxquels nous procédons dès maintenant (échanges de juges et de jurisprudences mais aussi consultations rapides dans le cadre des instruments de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, comme le Forum ou la base Jurifast).

Il est des thèmes nombreux dont nous pourrions débattre avec profit. Je pense, par exemple, à des sujets sectoriels comme :

- les aides d'Etat ;
- la commande publique et les délégations de service public ;

- certains sujets relatifs à l'asile et l'immigration (regroupement familial, mesures d'éloignement pour les Etats Schengen) ;
- des sujets fiscaux, comme l'abus de droit.

Des sujets transversaux pourraient aussi être abordés comme :

- la mise en œuvre par le juge administratif de la primauté du droit communautaire ;
- le régime de la responsabilité administrative en droit communautaire ;
- le régime des décisions administratives ;
- la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

Nous avons en fait l'embaras du choix. A 27 Etats-membres, nous pourrions, en nous partageant la tâche, trouver un chemin approprié pour étudier ces sujets ou d'autres, entre un volontarisme excessif et épuisant et une apathie qui serait dommageable en ces temps de profonde mutation du droit et de l'action publique sous l'influence de l'Europe.

Vous m'avez compris. J'espère que cette première rencontre -qui prolonge l'activité de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne- n'est pas la dernière de ce type et que l'intérêt de la formule, s'il est partagé, nous incitera à trouver les moyens de la faire vivre.

Pour reprendre l'expression d'Yves Kreins au début de ce séminaire, celui-ci est le début d'un processus dont j'espère qu'il ira en s'amplifiant.