

Journée de formation des commissaires enquêteurs

Lézignan Corbières - 11 décembre 2018

Julien Bétaille

Maître de conférences à l'Université de Toulouse, spécialiste de droit de l'environnement



LE DIALOGUE ENVIRONNEMENTAL : HISTOIRE, EVOLUTION ET DEFIS

La légitimité démocratique des décisions publiques résulte traditionnellement, dans un régime démocratique, de la participation de tous à la définition de la volonté générale.

L'article 3 de la Constitution française tente une combinaison des deux principales conceptions de la souveraineté – populaire et nationale – en précisant que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». C'est la démocratie dite « semi-directe ».

Ce régime laisse cependant une large part aux mécanismes de représentation. En dehors des rares cas dans lesquelles les normes résultent du référendum, leur légitimité repose sur des mécanismes de représentation. Ces derniers présentent cependant d'importantes limites (faible représentativité des représentants ; forte abstention). De plus ils présentent un risque de confiscation du pouvoir par les représentants, risque qui existe toujours en démocratie.

L'ensemble de ces raisons conduit à relativiser la capacité de la représentation à fonder la légitimité des décisions publiques. Dès lors, la légitimité de l'action publique passe en partie par un dépassement des mécanismes représentatifs. C'est la vocation de la participation, s'inscrire comme un complément de la représentation.

Selon Pierre Rosanvallon, « la légitimité démocratique produit un mouvement d'adhésion des citoyens indissociable d'un sentiment de valorisation d'eux-mêmes. Elle conditionne l'efficacité de l'action publique »

Postulat de départ : le pari de la démocratie, alliée de l'environnement. Le point de départ est que l'environnement est l'affaire de tous, parce que tout le monde est affecté par les problèmes d'environnement. Ces problèmes doivent donc être réglés en associant tout le monde. A cela s'ajoute l'idée, fortement ancrée, que la participation, en démocratisant les décisions administratives, améliore les décisions qui sont plus effectives.

Au-delà, ces questions s'insèrent aujourd'hui dans un débat plus large :

- ⇒ Alternative entre dictature des experts (Jonas) et gouvernement du peuple
- ⇒ Propositions D. Bourg et al., 2011 : comment sauver l'environnement (changer beaucoup et vite) sans sacrifier la démocratie ?
 - 5 caractéristiques des problèmes environnementaux :
 - Le rapport à l'espace : l'environnement n'a pas de frontière
 - Le rapport au temps : héritage des problèmes passés, rapport avec les générations futures
 - L'invisibilité : difficilement perceptible (nucléaire)
 - L'imprévisibilité : incertitude scientifique
 - L'irréversibilité des atteintes à l'environnement
 - Renforcer les représentants : ça avance lentement (cumul des mandats...)
 - Participation amont (c'est fait)
 - Meilleure prise en considération (pas encore fait)
 - Assemblée du futur (3^{ème} chambre dédiée au long)
 - Justice constitutionnelle : jusqu'à présent, la jurisprudence constitutionnelle n'a pas beaucoup fait avancer la participation sur le fond

1. HISTOIRE

1.1. De la protection de la propriété à la démocratie environnementale

Enquête *Commodo et incommodo*

L'objectif est tourné vers la protection du droit de propriété.

Mais l'objectif des EP va évoluer en même temps que la société, avec la montée en puissance des enjeux et des préoccupations environnementales.

Mouvement de contestation des projets 70s : nucléaire, autoroutes, barrages, pollution automobile, etc.

Premières réponses au plan démocratique : Loi Bouchardeau 1983 : volonté de « démocratisation », non pas seulement des enquêtes publiques, mais de la décision publique.

1.2. Internationalisation de la démocratie environnementale

Principe 10 de la déclaration de Rio en 1992 : « *la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés* »

Lignes directrices de Sofia en 1995

Loi Barnier en 1995 (effet de Rio) : principe de participation est reconnu mais se réduit au droit d'avoir accès aux informations

Création progressive du Débat public

Convention d'Aarhus :

- Naissance en 1998, ratifié en 2001
- Grande ambition du texte : traduire le principe 10 de Rio en Europe et dans le monde occidental
- Postulat : la participation améliore l'efficacité, par la légitimité

Préambule de la convention : « *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* ».

- Principales dispositions de la convention sur la participation du public : ces dispositions permettent en partie d'expliquer l'évolution en France
 - §2 : information du public quant à la tenue d'une procédure d'autorisation d'un projet
 - §3 : exigence de délais raisonnables pour la participation
 - §4 : la participation du public doit commencer « 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 »
 - §6 : accès à l'information pendant la participation
 - §7 : possibilité pour le public de déposer des observations
 - §8 : chaque Etat doit veiller « à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération ».
 - §9 : Chaque Etat doit veiller 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 décision est fondée ».
- Comité d'examen du respect de la convention d'Aarhus (ACCC) : en particulier la décision du ACCC sur l'incinérateur de Fos sur mer en 2010. Cas d'un projet sans débat public : le ACCC estime que l'enquête publique est suffisante pour répondre aux exigences de l'article 6 de la convention. Décision très critiquable, peu au fait du contexte français et influencée par la vision plus réductrice d'autres pays européens.

1.3. Montée en puissance législative et constitutionnelle

2002 : loi démocratie de proximité : le principe de participation est défini comme celui selon lequel « *le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement* »

Charte de l'environnement 2005 : toute personne a le droit « *de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* »

Actuellement l'article L. 110-1 dispose que « *toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente* ».

On se rapproche d'un idéal délibératif, mais sans l'atteindre. Quel est cet idéal ?

1.4. Vers un idéal délibératif

Théorie politique : Habermas, Manin => oui, la participation/délibération peut améliorer la légitimité de l'action publique

Selon ces théories, « la norme n'est légitime que si elle est fondée sur des raisons publiques résultant d'un processus de délibération inclusif et équitable, auquel tous les citoyens peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement » (Blondiaux et Sintomer)

Pour **Jurgen Habermas** (grand philosophe allemand), c'est l'institutionnalisation juridique des conditions de la discussion qui produit de la légitimité, d'où l'importance, chez Habermas, de la procédure d'édiction du droit. C'est cette dernière qui « engendre la légitimité ». Les procédures juridiques doivent par conséquent retenir un certain nombre de conditions de cette communication institutionnalisée.

Habermas insiste sur le fait que la délibération s'effectue au travers de l'argumentation. Il s'agit *in fine* de réaliser une entente, dans le but de parvenir à une solution rationnelle.

Il ajoute la nécessité de « garantir que tous les résultats obtenus (...) jouissent pour eux-mêmes d'une présomption de légitimité ». Il ne s'agit donc pas d'organiser la délibération sans tenir compte de son résultat dans la décision politique.

La prise en considération des résultats de la participation de tous à la délibération est ainsi une condition essentielle pour qu'il en résulte une force de légitimation.

Pour **Bernard Manin** (politiste français), il s'agit de dépasser la conception classique de la volonté générale en intégrant que « la source de la légitimité n'est pas la volonté déjà déterminée des individus mais son processus de formation, la délibération ».

Pour lui, « la décision légitime n'est pas la volonté de tous, mais celle qui résulte de la délibération de tous : c'est le processus de formation des volontés qui confère sa légitimité au résultat, non les volontés déjà formées ». Dès lors, ce qui compte le plus, ce n'est pas que la décision aille dans le sens de la majorité, mais que sa formation associe l'ensemble de la population. Ainsi, « la loi est le résultat de la délibération générale, non pas l'expression de la volonté générale »

Place de l'argumentation dans la délibération : pour Manin, l'adhésion au résultat produit par la procédure de délibération dépend de l'argumentation exercée dans ce cadre.

Dans le cadre du processus délibératif, « il est nécessaire que les individus aient un choix réel entre différentes issues apparaissant les unes et les autres comme vraiment possibles. Si une solution unique était proposée et que les citoyens demeurent libres d'y adhérer ou pas, le choix serait

absolument déséquilibré, il n'y aurait même pas de vrai choix puisque l'alternative se situerait entre l'unique solution proposée et l'absence de toute solution »

Bernard Manin n'abandonne pas pour autant l'indispensable recours à la décision majoritaire. Celle-ci « doit être en mesure de s'imposer si des compromis, acceptables pour elle, n'ont pu être atteints. La force supérieure de la majorité doit être freinée, non supprimée »

Mais il insiste sur les avantages de la délibération : sa pratique permet de faire émerger des informations et de réviser certains points de vue.

« C'est dans et par la délibération à la fois collective et individuelle que les informations incomplètes du départ se précisent »

« L'individu peut aussi découvrir, au cours de la délibération collective, que ses partis pris de départ n'étaient au fond que des préjugés dont le débat a fait apparaître (le manque de pertinence) (*l'inanité*), il peut les changer »

Cet idéal est loin d'être atteint.

1.5. Des critiques et des défauts récurrents

Mais des critiques récurrentes exercées sur les mécanismes de participation : *Fos sur mer*, etc. La participation arrive trop en aval. Tout est déjà joué. Le public n'est pas mesure d'infléchir les choix publics.

Des défauts récurrents :

- EP sans public
- Ralentissement des décisions
- Blocage des projets par les opposants
- Frustration du public
- Préfets qui passent outre des avis défavorables, y compris ceux des commissaires enquêteurs

1.6. Une procédure tournée vers l'acceptation des projets.

L'administration part souvent du principe qu'elle doit donner l'autorisation, ce qui n'est pas forcément faux du point de vue juridique : tout refus doit être justifié juridiquement et il n'est pas prévu que l'on puisse refuser une autorisation au motif que le public s'y oppose. Donc d'emblée le débat est biaisé. Le public soit ne se mobilise pas, soit il se mobilise pour dire non. Or, les procédures de participation n'ont pas pour ADN de permettre éventuellement l'abandon des projets, même le débat public qui porte pourtant sur l'opportunité du projet.

Pour comprendre, il faut remonter à l'idée même de police administrative : la liberté est la règle (liberté d'entreprendre), les atteintes à cette liberté sont l'exception.

2. EVOLUTIONS RECENTES (traité par David Catot)

2.1. Le choc de Sivens

On est passé à la vitesse supérieure. Interprété comme un échec de la participation dans sa fonction de légitimation de la décision et d'apaisement des conflits.

Mais ce n'est pas la faute des commissaires enquêteurs. L'instrument EP, tel qu'il est dessiné, ne peut guère faire mieux.

C'est aussi un échec du juge administratif via les référés.

+ NDDL, ZAD etc.

2.2. La clarification des objectifs de la participation

Nouvel article L. 120-1, qui détermine les objectifs de la participation, notamment :

- « Améliorer la qualité de la décision publique et contribuer à sa légitimité démocratique » : ce n'est pas nouveau, mais maintenant c'est écrit.
- « Assurer la préservation d'un environnement sain pour les générations actuelles et futures » : en tant que CE, vous devez favoriser cet objectif, vos avis doivent se prononcer sur la protection de l'environnement, ce qui implique une bonne sensibilisation et une connaissance des enjeux environnementaux (on a vu récemment le cas d'un CE climato-sceptique...)
- Autre remarque : rappel que l'EP n'est pas un référendum, ni dans un sens ni dans un autre (forages pétrolier de Total en Guyane).

L'article L. 120-1 donne également des détails sur le contenu du droit à la participation, notamment :

- Droit d'accéder aux informations
- Droit de disposer de délais raisonnables pour formuler des observations ou propositions
- Droit d'être informé de la manière dont les contributions du public ont été prises en compte dans la décision finale

On reprend les exigences de l'article 6 de la convention d'Aarhus.

2.3. L'objectif de la réforme de 2016 : améliorer la participation amont

- Origines : rapports Richard/Monédiaire (états généraux du droit de l'environnement), rapport Duport « Moderniser la participation du public », rapport au premier ministre 2015.
- Remontée en amont : réponse à plusieurs critiques anciennes
- Ce n'est pas contre les CE, cela s'ajoute à l'enquête publique
- Le garant et le CE sont deux entités distinctes :

2 regards différents, à des stades différents, sur un même projet

2 rôles différents dans la procédure : simple bilan de la concertation comme la CNDP / avis personnel sur le projet

- Mais extraordinaire complexification des procédures, ce qui pose un problème de sécurité juridique. A la lourdeur des procédures s'ajoute les complications et incertitudes quant au champ d'application des différentes procédures.

Charte de la participation du public : objectif de sensibilisation des acteurs à des bonnes pratiques.

3. DEFIS

3.1. Améliorer la qualité de la participation, par davantage de délibération

L'objectif doit être une amélioration de la qualité de la participation et de la décision finale.

- Améliorer la motivation

Ça marche aux Etats-Unis, depuis les années 40. Ça doit marcher en France.

Aarhus n'exige pas réellement une « réponse » aux commentaires du public mais une simple motivation de la décision.

C'est vers cela que l'on doit tendre. Il s'agit d'éviter que le public puisse se dire que sa participation n'a servi à rien. L'administration est libre de décider, elle est la seule à pouvoir le faire, mais il s'agit de rendre des comptes, de dire pourquoi on n'a pas retenu telle ou telle remarque émise par le public.

On a commencé à le faire pour la participation électronique, mais encore de manière incomplète.

- Faire entrer le décisionnaire dans la délibération publique (avec les autres acteurs)

Pourquoi, même si on a progressé sur l'amont, n'y a-t-il toujours pas de véritable délibération

Motivation encore insuffisante

Mais surtout un absent : le décisionnaire.

Il manque un acteur fondamental à la table des négociations.

- Le décisionnaire est absent du débat public
- Le décisionnaire est absent de l'enquête publique
- On ne connaît pas clairement ses intentions quant au projet. Dans ces conditions, une véritable délibération (échange d'argument pour construire une décision rationnelle) est impossible

La question fondamentale, c'est celle de l'amélioration de la décision, par la DELIBERATION. DIALOGUE : on parle avec le MO, mais pas avec le décideur... ce n'est qu'après coup qu'il doit motiver ses décisions et les justifier. Le public est en attente d'un dialogue avant qu'il ne soit trop tard, pas seulement avec le MO, mais aussi avec celui qui détient le pouvoir de décision.

3.2. Les forces contraires : la participation sous pressions

- Réduction du champ de l'évaluation environnementale, donc réduction du champ de l'EP / procédure du cas par cas. Heureusement la place accrue de l'AE est une garantie. Encore faut-il qu'elle ait les moyens de fonctionner.
- Sécurité juridique : formalités substantielles / rescrit dans la loi ESSOC
- Le maître mot est l'accélération, alors que la participation/délibération prend du temps

3.3. Loi ESSOC

Article 56 :

« I. - A titre expérimental, dans un nombre limité de régions désignées par décret en Conseil d'Etat et pour une durée de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi, la procédure de délivrance de l'autorisation environnementale mentionnée au chapitre unique du titre VIII du livre Ier du code de l'environnement, lorsque le projet a donné lieu à une concertation préalable prévue à l'article L. 121-15-1 du même code sous l'égide d'un garant dans les conditions prévues par son article L. 121-16-1, fait l'objet des adaptations procédurales suivantes :

1° Par dérogation aux articles L. 181-9 à L. 181-11, l'enquête publique prévue au I de l'article L. 123-2 est remplacée par une participation du public par voie électronique dans les formes prévues à l'article L. 123-19 ;

2° L'affichage de l'avis d'ouverture est effectué dans les mêmes communes que celles dans lesquelles aurait été affiché l'avis d'enquête publique en l'absence d'expérimentation ;

3° Cet avis mentionne l'adresse à laquelle des observations peuvent être transmises par voie postale ».

- ⇒ **En résumé**, à titre expérimental, dans certaines régions, pour une durée de 3 ans, la délivrance d'une autorisation environnementale ne fait plus l'objet d'une enquête publique à condition qu'ait eu lieu en amont une concertation préalable. Dans ce cas, l'enquête publique est remplacée par une consultation électronique.

Justification de cet article dans l'étude d'impact du projet de loi¹ : il est relevé qu'une enquête publique n'est pas exigée par le droit européen (c'est juste) (idée de « sur-transposition»). Il est

¹ « La réforme n'est cependant pas allée aussi loin qu'elle l'aurait pu en matière de simplification s'agissant des procédures de consultation du public, étant rappelé que le dispositif d'enquête publique avec participation d'un commissaire enquêteur reste une spécificité française. Or, si l'intérêt de l'intervention d'un commissaire enquêteur n'est pas contestable pour les projets qui n'ont pas été concertés, elle doit être relativisée pour ceux qui ont déjà fait l'objet d'une concertation de qualité en amont.

La concertation préalable en amont présente un intérêt évident en ce qu'elle permet de mieux apprécier les enjeux et de renforcer la pertinence et la qualité de la conception d'un projet. Elle peut favoriser son acceptabilité sociale et faciliter la prise en compte de remarques qu'il serait plus difficile d'intégrer dans le projet à un stade plus avancé de la procédure.

Cependant, son articulation avec les étapes suivantes de la procédure pénalise les porteurs de projet : l'allongement en aval des procédures administratives sur un projet qui a été finalisé après concertation préalable peut avoir pour effet de rendre caducs les éléments sur le fondement desquels cette concertation est intervenue (obsolescence des études conduites, repositionnement des financeurs, évolution des contextes, renouvellement des riverains, etc.). En outre, l'enquête publique intervient souvent trop tardivement pour que les remarques exprimées puissent être prises en compte dans le projet sans remettre en question l'économie générale de celui-ci. Elle est enfin perçue comme une contrainte supplémentaire qui s'ajoute à celle de l'enquête publique (cf. point 2) ».

défendu que la concertation amont est plus adaptée pour prendre en considération l'avis du public, car l'enquête intervient trop tard dans le processus.

Lors des débats à l'assemblée, les débats ont surtout porté sur le champ de l'expérimentation (volonté des députés de l'étendre géographiquement ainsi qu'au-delà des seuls projets agricoles comme c'était envisagé dans le projet initial) ainsi que sur l'accès au numérique. Aucune réflexion sur l'impact de la mesure sur la qualité de la participation du public.

+ Article 62 : il supprime l'enquête publique lorsqu'un exploitant demande des dérogations aux valeurs limites d'émission associées aux conclusions sur les meilleures techniques disponibles (MTD). Cet assouplissement concerne les installations classées (ICPE) les plus polluantes.

Remarques :

Les expérimentations sont parfois généralisées avant même l'évaluation de leur efficacité (cf. autorisation unique).

S'agit-il d'une régression de la participation du public ?

NON : on conserve une participation amont (concertation) et une participation aval (consultation électronique). De plus, il y a toujours la présence d'un tiers, mais il intervient en amont (garant).

OUI : il n'y a plus de conclusions personnelles, s'exprimant sur le bien-fondé du projet, émises par un tiers indépendant. Dans la phase aval, il n'y a plus d'acteur pour faire une médiation vis-à-vis du public. Le rôle du CE est important à cet égard.

Autre problème, au stade de la concertation amont, on a pas encore l'évaluation environnement et l'avis de l'AE, donc la participation du public n'est pas très informée, et pas très opérationnelle. C'est l'intérêt de la phase aval. Mais il demeure une consultation électronique.

On a ouvert une brèche, et rien ne dit jusqu'où cela ira...