Environnement, développement durable et standstill: vrais ou faux amis?

Isabelle Hachez*
Benoît Jadot**

INTRODUCTION

1. Le droit est nominaliste: en droit, il convient d'«appeler un chat un chat». Le principe de standstill semble se jouer de cette maxime qui, sous une même dénomination, revêt parfois des réalités juridiques très différentes. Il en va particulièrement ainsi en matière d'environnement.

Loin, toutefois, d'embrasser la diversité des «standstill environnementaux»[1], la présente étude entend, en particulier, éclairer le régime juridique de l'obligation de standstill induite de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution, qui garantit le droit à la protection d'un environnement sain **(I)**. Une fois cette obligation cernée, on sera en mesure d'apprécier la pertinence de son invocation à propos du droit à un développement durable, récemment consacré par l'article 7*bis* de la Constitution et déjà soumis à révision **(II)**.

2. En co-rédigeant ce qui, aux yeux de certains, pourrait apparaître comme un énième article sur le principe de standstill, nous avons entendu allier nos compétences respectives en matière de standstill et de droit de l'environnement. Sous cet angle précis, il s'agit également, avec cet article, de poursuivre le dialogue amorcé par le numéro spécial de cette revue, consacré à «l'environnement, objet d'un droit fondamental»[2].

I. LE PRINCIPE DE STANDSTILL INDUIT DU DROIT À LA PROTECTION D'UN ENVIRONNEMENT SAIN (ART. 23, AL. 3, 4°, DE LA CONSTITUTION): UN AMI QUI LUI VEUT DU BIEN!

3. Dans la mesure où il vise à réduire l'écart séparant la proclamation du droit à la protection d'un environnement sain de sa mise en œuvre, le principe de standstill est tout entier dévoué à la cause de l'environnement: c'est un ami qui lui veut du bien! Pour le comprendre, encore faut-il le connaître, et reconnaître que ce principe ne peut faire davantage à son profit que ce qu'autorisent les obligations positives assortissant le droit à la protection d'un environnement sain dont il découle. Avant d'aborder le fondement de l'obligation de standstill (les obligations positives) **(I.2)**, il convient de retracer brièvement les étapes qui ont conduit à sa reconnaissance en droit belge **(I.1)**. Enfin, dans un troisième temps et au départ du lien de filiation entretenu entre l'obligation de standstill et les obligations positives, on examinera certaines questions relatives à son régime juridique **(I.3)**.

I.1. LA RECONNAISSANCE DE L'OBLIGATION DE STANDSTILL

4. L'article 23 de la Constitution est désormais connu de tous. Adopté en 1994, dans une formulation depuis lors inchangée, il présente une structure tripartite. Un premier alinéa reconnaît à chacun le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. A cette fin, le deuxième alinéa confie aux législateurs compétents la mission de garantir, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels et de déterminer les conditions de leur exercice. Vient enfin un troisième alinéa qui procède à une énumération exemplative des droits à garantir, parmi lesquels on trouve le droit à la protection d'un environnement sain.

Cette disposition constitutionnelle présente la particularité de consacrer, aux côtés des droits économiques, sociaux et culturels «classiques» – comme le droit à un logement décent ou le droit à la sécurité sociale –, un droit que l'on considère souvent comme relevant de la troisième génération (les droits dits de «solidarité»)[3], mais qui voit sa protection alignée sur les droits de la deuxième génération, également quali-

* Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis.
** Premier auditeur c.s. au Conseil d'Etat. Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis.

(1) Voir, à cet égard et de manière plus générale: I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, n° 487 et s.

(2) Double numéro spécial de la revue *Amén.*, mai 2008.

(3) En réalité, le droit à l'environnement semble plutôt se jouer de la distinction généralement faite entre diverses générations de droits. Voir notamment, à cet égard: B. JADOT, «Pour une meilleure prise en compte de l'environnement et des enjeux environnementaux dans la Constitution», *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 659 à 671, spéc. n° 5 et 5.2; M. PÂQUES, «L'environnement, un certain droit de l'homme», *A.P.T.*, 2006, pp. 38 à 66, spéc. p. 54.

fiés de droits-créances en raison des prestations qu'ils appellent de l'Etat[4].

5. Au cours des travaux préparatoires précédant l'adoption de l'article 23, le constituant n'a eu de cesse d'insister sur l'absence d'effet direct des droits qu'il s'apprêtait à consacrer[5]. En revanche, les travaux préparatoires de l'article 23 ont reconnu l'existence d'un effet de standstill attaché à ces droits, en ce compris, donc, au droit à la protection d'un environnement sain. Selon leurs termes, «(...) si l'on souhaite éviter un effet immédiat sans s'en tenir à un texte philosophique dépourvu de valeur, le choix d'une formule engendrant une obligation à effet standstill constitue le juste milieu entre la solution à effet immédiat et celle qui n'en a pas du tout. L'obligation à effet standstill suppose l'existence d'un article définissant certains droits dont la mise en œuvre concrète par les pouvoirs publics est mise en perspective, sans plus, et empêchant dès lors, le législateur (...) de contrarier l'évolution souhaitée. En créant une obligation à effet standstill, on interdit toute mesure qui constituerait un retour au passé par rapport aux décisions du législateur actuel»[6]. Ni plus, ni moins. Point d'écho aux enseignements disponibles en droit international: l'observation générale n° 3 du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels n'est pas même évoquée, qui, à l'époque, offrait pourtant la définition la plus précise de cette obligation[7]. Tout au plus est-il fait état de la thèse de A.W. Herringa et de la jurisprudence des juridictions belges concernant l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[8]. Telle qu'elle est consignée dans les travaux préparatoires, l'obligation de standstill semble se caractériser par son caractère absolu et statique[9], mais, encore une fois, l'absence de réel débat sur sa portée conduit à relativiser le poids à accorder à ces tendances. C'est du reste la nébuleuse juridique ayant entouré ce principe qui permet sans doute d'expliquer le relatif consensus avec lequel il fut reconnu par le constituant.

6. La doctrine a ensuite unanimement repris l'idée à son compte. Ainsi n'est-il pas, à notre connaissance, un auteur qui ait commenté l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution, consacrant le droit à la protection d'un environnement sain, sans souligner l'effet de standstill dont il est porteur[10]. Mais si l'existence d'une obligation de standstill fut très vite affirmée par la communauté scientifique, sa portée restait, quant à elle, largement indéterminée. Fallait-il privilégier un standstill absolu ou au contraire plaider en faveur de sa relativité? A partir de quand l'obligation de standstill s'impose-t-elle aux autorités publiques? Interdit-elle seulement de diminuer le niveau de protection atteint au moment de l'entrée en vigueur de la norme qui la contient ou s'oppose-t-elle à toute régression à partir de cet instant? L'obligation de standstill ne s'adresse-t-elle qu'au législateur ou également au pouvoir exécutif? Et les acteurs privés, sont-ils contraints de l'observer? Quant aux organes de contrôle internes, sont-ils réellement compétents pour se prononcer sur l'obliga-

(4) Pour rappel, la classification des droits en générations, qui prévaut, aujourd'hui encore, en droit belge, conduit à distinguer, de manière chronologique, trois catégories de droits qui répondent à des idéaux différents et à une conception déterminée du rôle de l'Etat. Ainsi la reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels est-elle mue par une idéologie «socialiste» critique à l'égard du «libéralisme» imprégnant les droits civils et politiques dits de la première génération. Garantis au profit de groupes déterminés d'individus, les droits économiques, sociaux et culturels se démarquent essentiellement par l'intervention des autorités publiques qu'ils requièrent, en lieu et place d'une abstention, caractéristique des droits de la première génération. Apparus nettement plus tardivement, dans les années 1980-1990, les droits de la troisième génération recouvrent généralement, quant à eux, le droit au développement, le droit à la paix, le droit de jouir du patrimoine commun de l'Humanité, le droit à l'assistance humanitaire et le droit à un environnement sain. Le point commun des droits de la troisième génération réside dans leur dimension collective, laquelle s'observe tant au niveau de l'identification des titulaires de ces droits que du point de vue de la désignation de leurs débiteurs. Ils se caractérisent également par l'indétermination de leur objet et la faible juridicité des instruments qui les reconnaissent, à l'exception du droit à la protection d'un environnement sain qui est aujourd'hui consacré par des instruments nationaux et internationaux contraignants (comme, par exemple, l'article 23 de la Constitution belge). Sur la classification en générations de droits, voir notamment les différentes contributions relatives à ce sujet publiées dans l'ouvrage *Classer les droits de l'homme*, sous la direction de E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL, Bruxelles, Bruylant, 2004.

(5) «Les auteurs de la présente proposition voudraient voir ces droits fondamentaux inscrits dans le cadre du droit positif, sans qu'il leur soit pour autant attribué un effet immédiat. Ils ne pourront entrer en vigueur que si le législateur prend les mesures d'exécution concrètes» (Révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 100-2/1°, p. 4).

(6) Rapport STROOBANT, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1993-1994, n° 100-2/4°, p. 87.

(7) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 3 relative à la nature des obligations des Etats parties (art. 2.1 du Pacte), adoptée à la cinquième session (14 déc. 1990) (doc. ONU E/1991/23), § 9, *in fine*.

(8) Développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 100-2/3°, pp. 6 et 13. Le constituant mentionne la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle qui, aux alentours des années nonante, avaient été amenés à se prononcer sur l'existence d'une obligation de standstill induite de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après: Pidesc), garantissant le droit à la gratuité (progressive) de l'enseignement primaire, secondaire et supérieur. L'obligation de standstill assortissant toute obligation positive requise par l'effectivité des droits fondamentaux (*cf. infra*, n°s 9 et s.), l'invocation, par le constituant, de la jurisprudence relative à l'article 13 du Pidesc pour appuyer la reconnaissance d'une obligation de standstill à propos des droits qu'il s'apprêtait à consacrer (autres que le droit à l'enseignement, déjà proclamé par l'article 24 de la Constitution) apparaît tout à fait fondée. Par identité de motifs, il importe peu que le Pidesc ne consacre pas de droit à l'environnement: à l'instar des droits reconnus par le Pidesc, les droits garantis par l'actuel article 23 de la Constitution imposent des obligations positives à leurs débiteurs, et c'est cette caractéristique – indépendamment des droits fondamentaux en cause – qui est déterminante de l'existence d'une obligation de standstill.

(9) Voir notamment: Révision du titre II de la Constitution, par l'insertion d'un article 24*bis* relatif aux droits économiques et sociaux, développements, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 13.

(10) Voir notamment: A. CARETTE, *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen, Intersentia, 1997, spéc. p. 585; B. JADOT, «Le droit à la conservation de l'environnement», *Amén.*, numéro spécial, 1996, p. 233; D. JANS, *Droit de l'environnement et nuisances industrielles: approche comparée avec le droit du travail*, Bruxelles, La Charte, 2007, p. 339;

tion de standstill induite de normes qui, par hypothèse, sont dépourvues d'effet direct? Et, de toute façon, comment mesurer les éventuels progrès ou régressions enregistrés par la législation interne? Toutes ces questions, qui avaient le mérite d'avoir été posées par certains, demeurèrent longtemps sans réponses étayées.

7. Dans ce contexte, ce sont essentiellement la section de législation du Conseil d'Etat et certaines décisions de justice qui, progressivement et à tâtons, sont venues préciser la portée du principe de standstill. Les grandes étapes peuvent être résumées de la manière suivante.

Dès 1976, la section de législation du Conseil d'Etat avait pointé l'existence d'une obligation de standstill induite du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[11]. Il faudra ensuite attendre les années nonante pour que la validité de normes en projet soit examinée sous l'angle du principe de standstill, et le contenu de ce dernier précisé. Pour l'essentiel, les avis rendus en ce sens l'ont été par des chambres francophones, en matière d'enseignement (article 13 du Pidesc) et d'environnement (article 23 de la Constitution)[12]. Si l'on se réfère à la légisprudence la plus récente du Conseil d'Etat, l'obligation de standstill induite de l'article 23 de la Constitution «s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire sensiblement le niveau de protection des droits qu'(il) reconnaît (...) par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est

L. LAVRYSEN, *De ontwikkeling van het Europese, Belgische en Vlaamse milieurecht in een wijzigende institutionele context*, Antwerpen, Kluwer, 1998, spéc. p. 665; L. LAVRYSEN et J. THEUNIS, «Het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu: een blik over de grenzen en een blik achterom», *Liber Amicorum P. Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 371 et 372; J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. pp. 147 et s.; M. PÂQUES, *o.c.*, spéc. p. 55; J. SAMBON, «L'accès à l'information en matière d'environnement comme droit fondamental», *Amén.*, numéro spécial, 1996, p. 244; F. TULKENS, «L'accès à la justice en matière d'environnement au regard du droit contitutionnel à la protection d'un environnement sain», *L'accès à la justice en matière d'environnement. Toegang tot de rechter in milieu zaken*, sous la direction de Ch. LARSSEN et M. PALLEMAERTS, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 183 et s.

(11) Projet de loi portant approbation des actes internationaux suivants: a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 déc. 1966, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1977-1978, n° 188-1, p. 29. Pour la raison précédemment évoquée (*cf. supra*, note infrapaginale 8), le fait que le Pidesc ne consacre pas de droit à l'environnement est indifférent pour notre propos.

(12) En matière d'environnement, voir notamment (en nous limitant ici à des avis donnés sur des textes de la Région wallonne): avis 25.046/9 du 22 avril 1996 sur des amendements au projet devenu le décret de la Région wallonne du 27 juin 1996 relatif aux déchets, *Doc.*, Parl. w., sess. 1995-1996, n° 49/97, p. 3; avis 25.223/9 du 20 juin 1996 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 25 juill. 1996 relatif à la création de la zone d'habitat à caractère de loisirs de la Plate-Taille, *Doc.*, Parl. w., sess. 1995-1996, n° 169/1; avis 25.689/9 des 26 févr. et 5 mars 1997 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 27 nov. 1997 modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *Doc.*, Parl. w., sess. 1996-1997, n° 233/1, spéc. p. 65; avis 31.683/4 du 3 déc. 2001 sur l'avant-projet devenu le décret du 18 juill. 2002 modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *Doc.*, Parl. w., sess. 2001-2002, n° 309/1, spéc. pp. 100 et 101, et 107 à 110; avis 35.971/4 du 26 janv. 2004 portant sur un avant-projet de décret de la Région wallonne établissant le Code forestier, *Doc.*, Parl. w., sess. 2003-2004, n° 703/1; avis 36.279/4 du 8 janv. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 1er avril 2004 relatif à l'assainissement des sols pollués et aux sites d'activités économiques à réhabiliter, *Doc.*, Parl. w., sess. 2003-2004, n° 666/1; avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, pp. 82 et s.; avis 39.350/4 du 30 nov. 2005 sur l'avant-projet devenu le décret du 1er juin 2006 modifiant les articles 4, 111 et 127 du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine, *Doc.*, Parl. w., sess. 2005-2006, n° 354/1, p. 11; avis 39.399/4 du 5 déc. 2005 sur l'avant-projet devenu le décret du 2 févr. 2006 modifiant les articles 1er*bis* et 6 du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, ainsi que l'article 1er*bis*, §§ 5, 6 et 7 de la loi du 18 juill. 1973 relative à la lutte contre le bruit, *Doc.*, Parl. w., sess. 2005-2006, n° 284, pp. 14 à 16; avis 39.442/2/4 du 19 déc. 2005 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 23 févr. 2006 relatif aux actions prioritaires pour l'avenir wallon, *Doc.*, Parl. w., sess. 2005-2006, n° 296/1, annexe 1, p. 60; avis 41.887/4 du 12 févr. 2007 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 7 nov. 2007 portant modification de la partie décrétale du livre II du Code de l'environnement, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007, n° 641/1, spéc. pp. 36 et 37; avis 42.042/4 du 22 janv. 2007 sur l'avant-projet devenu le décret du 20 sept. 2007 modifiant les articles 1er, 4, 25, 33, 34, 42, 43, 44, 46, 49, 51, 52, 58, 61, 62, 127, 175 et 181 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et y insérant un article 42*bis* et modifiant les articles 1er, 4 et 10 du décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques et y insérant les articles 1er*bis*, 1er*ter*, 2*bis* et 9*bis*, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007,

concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général»[13].

Au niveau juridictionnel, et au contentieux de l'environnement, c'est incontestablement l'arrêt *Jacobs* du Conseil d'Etat qui tient lieu d'arrêt de principe[14]. C'est en effet dans cet arrêt, rendu le 29 avril 1999, qu'un moyen pris de la violation de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution, et plus précisément de l'obligation de standstill qui l'assortit, fut pour la première fois rencontré par un organe juridictionnel[15]. C'est également le premier arrêt qui, toutes matières confondues, conclut au caractère sérieux du moyen invoqué. Le Conseil d'Etat confirmera par la suite l'enseignement de l'arrêt *Jacobs* dans le cadre d'affaires relatives aux nuisances résultant de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-national[16], en concluant tantôt – quoique de manière implicite – à la violation de l'obligation de standstill[17], et tantôt en sens contraire[18][19].

En dépit de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et de sa propre jurisprudence en matière d'aide sociale[20], la Cour constitutionnelle a, pour sa part, longtemps tergiversé avant de reconnaître l'existence d'une obligation de standstill induite du droit à la protection d'un environnement sain. Soit elle ne rencontrait tout simplement pas l'argument invoqué par les requérants et pris de la violation de l'obligation de standstill[21]. Soit elle déclarait fondé le moyen pris de la violation d'autres dispositions et concluait dès lors que le moyen pris de la violation de l'obligation de standstill ne devait pas être examiné puisqu'il n'aurait pu mener à

add : CE, Thiry et crts, 2 décembre 2008, n° 188.442.

n° 611, pp. 53 et 54; avis 42.285/4 du 7 mars 2007 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 mai 2007 portant modification de la partie réglementaire du Livre II du Code de l'environnement contenant le Code de l'eau, en ce qui concerne la surveillance de l'état des eaux de surface potalisables, des eaux souterraines et de certaines zones protégées, *Amén.*, 2007, pp. 151 et 152; avis 43.663/4 du 8 oct. 2007 sur une proposition devenue le décret du 22 nov. 2007 portant modification du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007, n° 650/2; avis 44,364/4 du 19 mai 2008 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 15 juill. 2008 relatif au Code forestier, *Doc.*, Parl. w., sess. 2007-2008, n° 806/1.

(13) Telle est la formule utilisée depuis l'avis précité 37.741/2/4.

(14) C.E., *Jacobs*, 29 avril 1999, n° 80.018.

(15) Jusque-là, les arrêts rendus à propos de l'effet de standstill portaient sur l'article 13 du Pidesc, consacrant le droit à l'éducation.

(16) Sur le contentieux suscité par l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-national, voir: T. HAUZEUR, «Les nuisances sonores générées par l'aéroport de Bruxelles-National: chronique de jurisprudence», *Amén.*, 2008, pp. 73 et s.

(17) Voir: CE, *Commune de Woluwé Saint-Pierre et crts*, 19 déc. 2003, n° 126.669; C.E., *Van Doren et crts*, 11 mai 2005, n° 144.320. Dans ces affaires, la violation de l'obligation de standstill attachée à l'article 23 de la Constitution a été invoquée non pas isolément, mais en même temps que la violation d'autres dispositions, telles que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, interprété en ce sens qu'il assure une protection contre des atteintes graves à l'environnement affectant le droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile. Par ailleurs, et dans ces deux arrêts, le Conseil d'Etat répond, dans un même considérant, au moyen pris, d'une part, de la violation de l'obligation de standstill, et à celui pris, d'autre part, de la violation du principe général de droit administratif selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs matériellement exacts, pertinents et légalement admissibles et de la violation du principe de proportionnalité. Il en résulte qu'en plus de ne pas être expressément libellé, le constat de violation de l'obligation de standstill que l'on prête à ces arrêts apparaît moins nettement que dans l'arrêt *Jacobs* et l'arrêt n° 137/2006, respectivement rendus par le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle. L'on reconnaîtra, cependant, que dans l'arrêt *Van Doren*, précité, le terme «aggrave» auquel recours le Conseil d'Etat («que même si la décision critiquée supprime le atterrissages sur la piste 02, elle *aggrave* cependant la durée des nuisances sonores subies pendant le week-end, soit pendant des périodes réservées à la détente notamment en famille»; c'est nous qui soulignons) est un indice de l'application, en l'espèce, de l'obligation de standstill.

(18) Voir: CE, *Coomans et crts*, 17 nov. 2008, n° 187.998. Dans cet arrêt, par contre, le Conseil d'Etat se réfère explicitement à l'obligation de standstill et à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière. *Cf.* également, en matière de déchets: CE, *Inter-environnement Wallonie*, 7 août 2008, n° 185.629, où le Conseil d'Etat conclut au caractère non fondé du moyen pris de la violation de l'obligation de standstill induite de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution.

(19) A l'occasion d'affaires relatives aux nuisances sonores causées par l'exploitation d'aéroports, les cours et tribunaux se sont aussi prononcés sur l'existence d'une obligation de standstill attachée à l'article 23, alinéa 3, 2° et/ou 4°, de la Constitution (voir, notamment: Liège, 29 juin 2004, *Amén.*, 2005, p. 79 (cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2008, mais pour des motifs étrangers à la violation de l'obligation de standstill); Civ. Bruxelles (réf.), 14 déc. 2004, *T.M.R.*, 2005, p. 426; Bruxelles, 17 mars 2005, *Amén.*, 2005, p. 308 et *R.J.I.*, 2005, p. 126).

(20) C.C., n° 169/2002, 27 nov. 2002, cons. B.6.4 et s.; C.C., n° 5/2004, 14 janvier 2004, cons. B.25.3. Voir également, postérieurement à la reconnaissance par le juge constitutionnel d'une obligation de standstill induite de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution: C.C., n° 123/2006, 28 juill. 2006, cons. B.14.3; C.C., n° 132/2008, 1er sept. 2008, cons. B.9.

(21) Voir, notamment: C.C., n° 102/1998, 21 oct. 1998; C.C., n° 78/2001, 7 juin 2001.

une annulation plus étendue[22]. Soit, encore, la Cour estimait que, dans la mesure où elle ne trouvait de toute façon pas à s'appliquer en l'espèce, il ne servait à rien de se prononcer sur l'existence d'une obligation de standstill qui découlerait du droit à la protection d'un environnement sain[23]. Ce n'est qu'au mois de septembre 2006 que le juge constitutionnel a finalement franchi le pas, non seulement en reconnaissant l'existence d'une obligation de standstill en matière d'environnement[24], mais aussi en sanctionnant le recul significatif opéré par l'une des normes déférées à sa censure[25], ce que, même en d'autres matières, elle n'avait jamais fait auparavant[26]. Depuis l'arrêt 137/2006, qui est fort heureusement venu rejoindre l'arrêt *Jacobs* sur le banc des arrêts de principe, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de réaffirmer sa jurisprudence, mais n'a par contre plus fait droit aux moyens pris de la violation de l'obligation de standstill[27].

8. Au vu de la jurisprudence et de la légisprudence existant en la matière, l'environnement apparaît comme le terreau privilégié de l'obligation de standstill[28]. Concernant la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle, les rares arrêts qui suspendent ou annulent une norme interne en raison de sa contrariété à l'obligation de standstill, ont, en effet, à chaque fois trait au droit à la protection d'un environnement sain, consacré par l'article 23 de la Constitution[29]. Ce droit partage par ailleurs avec le droit à l'éducation garanti par l'article 13 du Pidesc le fait de régulièrement susciter, auprès des chambres francophones de la section de législation du Conseil d'Etat, un contrôle de conformité sous l'angle du principe de standstill qu'il abrite[30].

Enfin, *last but not least*, le principe de standstill commence à être pris en compte par le législateur, qui en est le premier débiteur[31], lorsqu'il intervient en matière environnementale[32]. Cela ne signifie pas pour autant que les explications fournies par ce dernier pour appuyer certains reculs opérés soient toujours convaincantes, ni que le législateur tienne pleinement compte des avis du Conseil d'Etat sur ce point. Mais le simple fait pour le législateur de se justifier au regard de l'obligation de standstill, indépendamment du contenu de cette justification, constitue déjà un premier pas dans la bonne direction et, à ce titre, mérite d'être souligné.

I.2. Le fondement de l'obligation de standstill

9. Il résulte de ce qui précède qu'aussi bien la section de législation du Conseil d'Etat que le législateur et les juges belges reconnaissent – ou, plus exactement, ont déjà reconnu à certaines occasions – l'existence d'une obligation de standstill induite de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution. Cette reconnaissance est-elle fondée, et mérite-t-elle d'être encouragée?

La question doit être posée, dans la mesure où l'article 23 de la Constitution ne consacre pas explicitement l'existence d'une obligation de standstill: on n'y lit pas, en toutes lettres, l'interdiction pour le législateur de diminuer le niveau de protection qu'il a conféré à ces droits. En réalité, l'obligation de standstill est contenue *en germes* dans les droits-créances. En assignant à l'Etat un programme à réaliser progressivement, l'article 23 de la Constitution lui interdit implicitement d'agir à rebours de l'objectif fixé. Le principe de standstill se déduit donc *a contrario* de l'obligation de garantir les droits-créances, en tenant

(22) Voir: C.C., n° 11/2005, 19 janv. 2005; C.C., n° 83/2005, 27 avril 2005; C.C., n° 101/2005, 1er juin 2005.

(23) Voir, notamment: C.C., n° 50/2003, 30 avril 2003, cons. B.19; C.C., n° 130/2004, 14 juill. 2004, cons. B.5; C.C., n° 150/2004, 15 sept. 2004, cons. B.12; C.C., n° 14/2005, 19 janv. 2005, cons. B.17; C.C., n° 59/2005, 16 mars 2005, cons. B.7.2; C.C., n° 189/2005, 14 déc. 2005, cons. B.9.

(24) C.C., n° 135/2006, 14 sept. 2006, cons. B.10; C.C., n° 137/2006, 14 sept. 2006, cons. B.7.1.

(25) C.C., n° 137/2006, 14 sept. 2006, cons. B.7.3 et B.8.

(26) Ni en matière d'environnement, ni à propos d'aucun autre droit fondamental au sujet duquel une violation de l'obligation de standstill avait été invoquée par la partie requérante.

(27) C.C., n° 145/2006, 29 sept. 2006, cons. B.5.1; C.C., n° 87/2007, 20 juin 2007, cons. B.5; C.C., n° 114/2008, 31 juill. 2008, cons. B.3.; C.C., n° 121/2008, 1er sept. 2008, cons. B.11.1.

(28) Sans doute parce qu'à la différence des autres droits-créances consacrés par l'article 23, le droit à la protection d'un environnement sain implique davantage une logique de responsabilité que de solidarité. Sur ce point, *cf. infra*, note infrapaginale 31.

(29) Voir spécialement: C.E., *Jacobs*, 29 avril 1999, n° 80.018; C.C., n° 137/2006, 14 sept. 2006, spéc. considérants B.7.3 et B.8.

(30) Pour des références aux avis rendus par la section de législation du Conseil d'Etat en matière d'enseignement, voir: I. Hachez, *Le principe de standstill ..., o.c.*, n° 62 et s.

(31) *Cf. infra*, n° 13 et s.

(32) C'est tout particulièrement le cas du législateur régional wallon. Voir notamment: projet devenu le décret du 18 juill. 2002 modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., sess. 2001-2002, n° 309/1, spéc. pp. 7 et 8 et n° 309/170, pp. 94, 218 et 219; projet devenu le décret de la Région wallonne du 1er avril 2004 modifiant l'article 1er*bis* du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, *Doc.*, Parl. w., sess. 2003-2004, n° 692; projet devenu le décret du 2 févr. 2006 modifiant les articles 1er*bis* et 6 du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, ainsi que l'article 1er*bis*, §§ 5, 6 et 7 de la loi du 18 juill. 1973 relative à la lutte contre le bruit, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., sess. 2005-2006, n° 284, p. 4; projet devenu le décret du 20 sept. 2007 modifiant les articles 1er, 4, 25, 33, 34, 42, 43, 44, 46, 49, 51, 52, 58, 61, 62, 127, 175 et 181 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et y insérant un article 42*bis* et modifiant les articles 1er, 4 et 10 du décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques et y insérant les articles 1er*bis*, 1er*ter*, 2*bis* et 9*bis*, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007, n° 611, pp. 2 et s.; proposition devenue le décret du 22 nov. 2007 portant modification du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne décret portant modification du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, développements, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007, n° 650, p. 6.

compte des obligations correspondantes[33]. Il en résulte que la reconnaissance d'une obligation de standstill induite de l'article 23 de la Constitution est fondée, et que le mouvement initié en faveur de sa reconnaissance doit être approuvé.

10. Encore faut-il apercevoir que le fondement de l'obligation de standstill est bien plus large que les seuls droits-créances garantis par l'article 23 de la Constitution: l'obligation de standstill assortit toutes les obligations positives induites des droits de l'homme, et pas seulement les obligations positives imposées par les droits-créances.

A l'heure actuelle, on s'accorde en effet pour considérer que l'effectivité de chaque droit fondamental, indépendamment de la génération dont il relève, est susceptible de requérir des mesures positives de la part des autorités publiques[34], et que ces obligations positives sont d'une nature identique, quel que soit le droit fondamental dont elles découlent[35]. Ainsi, le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est traditionnellement rangé parmi les droits de la première génération, et impose essentiellement à l'Etat une obligation d'abstention, une obligation négative: celle de ne pas porter atteinte à ce droit. Mais ces dispositions imposent également des obligations positives, comme l'obligation d'adopter des mesures adéquates pour protéger les

(33) Sur la notion d'obligations correspondantes, voir: I. HACHEZ, «Les 'obligations correspondantes' dans l'article 23 de la Constitution», in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, sous la direction de H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 293 à 324, et les références citées. *Adde:* C.C., n° 101/2008, 10 juill. 2008, cons. B.33.1 et B.33.2. Conformément à la signification préconisée dans l'étude précitée, et récemment avalisée par la Cour constitutionnelle, les «obligations correspondantes» fondent des restrictions aux droits consacrés, mais pas toutes les restrictions; seules celles qui poursuivent l'objectif de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine y trouvent droit de cité. A l'heure actuelle, et compte tenu de la controverse planant encore sur leur exacte portée, la légitimité de ces obligations est essentiellement débattue à propos des droits sociaux, comme le droit à l'aide sociale ou aux allocations de chômage, et ce, dans le contexte plus général de l'avènement d'un Etat social actif (sur la notion d'Etat social actif, voir: D. DUMONT, «Vers un Etat social 'actif'?», *J.T.*, 2008, pp. 133 à 139). En revanche, et par contraste, l'imposition d'obligations correspondantes semble aller de soi en matière environnementale. Le droit à l'environnement a en effet pour objet «la sauvegarde d'un patrimoine commun, plutôt que l'appartenance et la maîtrise exclusives» (F. OST, «Quel rapport juridique à la nature: laissez-faire, réglementation, contrat naturel ou responsabilité?», *Amén.*, 1991, p. 194). Aussi les dispositifs qu'il revient à l'Etat de mettre en place pour assurer l'effectivité du droit à la protection d'un environnement sain prennent-ils davantage la forme d'obligations que celle de droits, qui, dans ce dernier cas – que l'on songe aux droits procéduraux –, sont octroyés en vue de garantir au bénéfice de tous la protection de l'environnement. Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif est bien, en offrant la protection d'un environnement sain, de permettre à tout un chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine au sens fort du terme: l'humanité toute entière, en ce compris les générations futures. Quoi qu'il en soit de la question de leur légitimité, les «obligations correspondantes» au sens prédéfini sont, d'un point de vue strictement juridique et à l'instar des droits consacrés par l'article 23, protégées par le principe de standstill. Par conséquent, la suppression d'une «obligation correspondante», ou sa modification si elle consacre une régression, devrait répondre aux canons du principe de proportionnalité, sous peine de violer l'obligation de standstill. Par contre, dans la rigueur des principes, l'imposition d'une «obligation correspondante» ne devrait pas déboucher sur un contrôle de proportionnalité, dans la mesure où elle constitue, en elle-même, un progrès en termes de garantie des droits de l'homme (*compar.*: C.C., n° 101/2008 précité, cons. B.33.2 *in fine* et B.34.2).

(34) A ce jour, il n'est en effet plus un auteur pour défendre le caractère absolu de la division en générations de droits, telle qu'on l'a rappelée *supra* (*cf.* note infrapaginale 4). Il est au contraire unanimement reconnu que l'effectivité des droits civils et politiques puisse, dans certaines circonstances, requérir une prestation de la part de l'Etat, de la même manière que des droits économiques, sociaux et culturels peuvent, sous certains angles, commander son abstention. Tel est notamment le cas du droit à la protection d'un environnement sain: le droit de vivre dans un environnement de qualité est un droit reconnu à chacun, sans que les pouvoirs publics doivent intervenir pour en assurer la jouissance; sous cet angle, il appelle une abstention de l'Etat (voir à cet égard: B. JADOT, «Pour une meilleure prise en compte ...», *o.c.*, p. 663).

(35) Cette caractéristique est particulièrement bien mise en évidence par la typologie basée sur la nature des obligations incombant à l'Etat, qui a cours en droit international. Celle-ci s'adosse à la conception selon laquelle il n'y a pas de différence de nature entre les droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, et les droits civils et politiques, d'autre part, à telle enseigne que chaque droit fondamental impose à l'Etat un *continuum* d'obligations, à la fois des obligations négatives et des obligations positives. Les obligations négatives requièrent une abstention de la part de l'Etat. Les obligations positives ont, quant à elles, en commun d'exiger une prestation de la part des pouvoirs publics, soit qu'elles postulent l'adoption d'une législation ou la modification du cadre normatif existant, voire requièrent un effort financier ou une prestation purement matérielle (obligations positives de *réalisation*), soit qu'elles commandent de protéger les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers

riverains de nuisances sonores exorbitantes causées par des avions[36].

S'il n'existe pas de différence de nature entre les obligations positives imposées par les droits consacrés par l'article 23 de la Constitution et les obligations positives appelées par les droits de la première génération, rien ne justifie de limiter le champ d'application de l'obligation de standstill au seul article 23. Les raisons qui conduisent à assortir les droits consacrés par l'article 23 d'une obligation de standstill valent *mutatis mutandis* pour les obligations positives postulées par les droits civils et politiques.

L'obligation de standstill est en effet inhérente à toute obligation positive, c'est-à-dire à toute obligation qui implique une intervention de la part de l'Etat, par opposition aux obligations négatives qui requièrent son abstention. Il en résulte que le fondement des obligations positives constitue également le fondement de l'obligation de standstill. Et ce fondement réside dans le caractère téléologique des droits de l'homme[37]. C'est parce que les droits de l'homme ne sont pas des droits théoriques et illusoires mais des droits concrets et effectifs qu'ils imposent l'adoption de mesures positives, et c'est parce que la réalisation de l'obligation positive ne s'effectue généralement pas d'un seul coup que ces droits interdisent corrélativement de diminuer le niveau de protection atteint[38].

11. Pourquoi, cependant, dans un exposé consacré à l'obligation de standstill et au droit à la protection d'un environnement sain, extrapoler sur l'élargissement du champ d'application de l'obligation de standstill, au-delà de l'article 23 de la Constitution? Puisque l'article 23 consacre le droit à la protection d'un environnement sain, est-il besoin de s'attarder sur l'obligation de standstill susceptible d'assortir les autres droits fondamentaux?

Le détour n'est point inutile, que du contraire. L'établissement du lien de filiation entre l'obligation de standstill et les obligations positives ne conduit pas seulement à étendre le champ d'application de l'obligation de standstill, ce qui, on le concède, présente un intérêt relatif pour le sujet qui nous retient. Il constitue également le sésame de son régime juridique, lequel nous intéresse tout particulièrement.

I.3. Le régime juridique de l'obligation de standstill

12. Une fois établi le lien de filiation entre les obligations positives et l'obligation de standstill, le régime juridique de cette dernière vient aisément[39]. L'obligation de standstill entretenant à l'égard de l'obligation positive un rapport de subordination, il est logique que le régime juridique de celle-ci déteigne sur celle-là.

Il est évidemment exclu de reproduire ici l'ensemble du régime juridique de l'obligation de standstill[40]. Dans le cadre de cette étude, on se limitera à reprendre les questions qui présentent un intérêt particulier pour le droit à la protection d'un environnement sain, en les abordant dans l'ordre chronologique dans lequel elles se posent. Dans cette perspective, les points suivants seront examinés: le champ d'application personnel de l'obligation de standstill **(A)**, la détermination de la norme servant de base à la comparaison **(B)**, l'identification de la norme de référence **(C)**, l'établissement d'une atteinte à l'obligation de standstill **(D)** et la vérification de la proportionnalité du recul opéré **(E)**.

Au préalable, il convient de préciser la terminologie à laquelle on aura recours pour désigner les termes du triptyque auquel l'obligation de standstill commande d'avoir égard. L'obligation de standstill impose en effet nécessairement de prendre en considération trois éléments que, par convention, on qualifiera de «norme de référence», «norme litigieuse» et «norme servant de base à la comparaison». La première d'entre elles renvoie à la norme internationale ou constitutionnelle dont est induite une obligation de standstill. Quant à la «norme litigieuse» et à «la norme servant de base à la comparaison», elles correspondent toutes deux à des normes législatives ou exécutives internes. La «norme litigieuse»[41] est celle dont il convient d'apprécier la

(obligations positives de *protection*). On précise cependant que les regroupements effectués diffèrent selon les auteurs considérés (voir, à ce sujet, les différentes classifications recensées par M. Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2002, pp. 157 et s., et les références citées). La distinction que nous retenons pour notre part est celle qui prévaut au sein de l'enceinte onusienne, et qui revient essentiellement à distinguer les obligations positives de *réalisation* des obligations positives de *protection*.

(36) Voir: J. Bodart, «La protection de l'environnement par le biais du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile», *Amén.*, 2003, pp. 211 à 238; B. Jadot, «Pour une meilleure prise en compte ...», *o.c.*, spéc. pp. 667 et 668; J.-F. Neuray et M. Pallemaerts, «L'environnement dans la Constitution belge», *Amén.*, 2008, double numéro spécial, spéc. pp. 138 à 141. *Adde:* les références jurisprudentielles citées *supra*, note infrapaginale 17.

(37) La nature téléologique des droits de l'homme est traduite, en droit, par des notions telles que la «dignité humaine», le «progrès», l'«Etat de droit», ... *Compar.* avec le caractère téléologique des objectifs de valeur constitutionnelle en France (P. de Montalivet, *Les objectifs de valeurs constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, spéc. p. 190, n° 337 et s.).

(38) Du point de vue de l'obligation de standstill, l'identification de la génération de droit à laquelle appartient le droit à la protection d'un environnement sain (voir *supra*, note infrapaginale 3) est par conséquent dépourvue d'incidence. *A fortiori*, les nouvelles classifications proposées par la doctrine française à l'intérieur de la catégorie droits-créances (soit des droits de la deuxième génération) sont-elles sans conséquence sur l'obligation de standstill assortissant les obligations positives appelées par ces droits (à propos de ces nouvelles classifications, voir: L. Gay, *Les «droits-créances» constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, et la recension de cette thèse par I. Hachez, *R.B.D.C.*, 2008/1, pp. 55 et s.); K. Foucher, «L'environnement comme nouvel objet constitutionnel dans l'ordre juridique français», *Amén.*, n° spécial: L'environnement, objet d'un droit fondamental, 2008, spéc. pp. 176 et s.).

(39) La difficulté provient de l'absence de théorie normative des obligations positives en droit belge. Voir, cependant, à cet égard: S. van Drooghenbroeck et J. Velaers, «Note des experts», in *Les clauses transversales en matière de droits et libertés*, Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par H. Claes et J.-J. Viseur, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 2304/1.

(40) Voir, à cet égard: I. Hachez, *Le principe de standstill ..., o.c.*, n° 155 et s. (titre I^er^ de la deuxième partie).

(41) On la qualifie de «norme *litigieuse*» sans toutefois qu'un litige doive être pendant pour que se pose la question du respect de l'obligation de standstill.

régularité au regard de l'obligation de standstill qui assortit la norme de référence. Cette appréciation s'effectue concrètement en comparant la «norme litigieuse» avec «la norme servant de base à la comparaison». Cette dernière établit donc le niveau de protection à prendre en considération pour évaluer l'éventuel recul opéré par la norme litigieuse[42].

A. Le champ d'application personnel de l'obligation de standstill

13. Il convient avant tout de déterminer les personnes tenues d'observer l'obligation de standstill, étant entendu que l'identification de ses bénéficiaires ne soulève, quant à elle, pas de difficulté particulière[43].

14. Compte tenu du lien de filiation qui l'unit aux obligations positives, le respect de l'obligation de standstill incombe aux débiteurs de celles-ci et, plus généralement, des droits fondamentaux qui les appellent. Dans la tradition constitutionnelle belge, il s'agit essentiellement du pouvoir législatif[44], même si, dans l'exercice de sa fonction réglementaire, le pouvoir exécutif est également tenu d'en observer le prescrit[45].

15. Une question retiendra plus particulièrement notre attention. C'est celle de savoir si les autorités administratives doivent observer l'obligation lorsqu'elles adoptent des actes administratifs à portée individuelle.

Imaginons, par exemple, qu'une demande de permis d'urbanisme fasse l'objet, au temps t, d'une acceptation partielle et d'un refus partiel. Supposons ensuite qu'en temps t + 1, une demande de permis complémentaire ou modificatif soit introduite, que ce qui avait été refusé au temps t soit désormais accepté, et que cette acceptation entraîne une diminution de la protection environnementale. Ce second acte individuel est-il contraire à l'obligation de standstill induite du droit à la protection d'un environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution?

A plusieurs reprises, des requérants ont soulevé, devant le Conseil d'Etat, la question du respect de l'obligation de standstill par un acte à portée individuelle (permis d'environnement ou permis d'urbanisme). Dans aucun des arrêts qu'il rendit, le Conseil d'Etat n'a rejeté le moyen pris de la violation de l'obligation de standstill au motif que les actes administratifs individuels ne tomberaient pas sous le champ d'application de cette obligation. Mais dans aucun de ces arrêts, non plus, le juge administratif ne fait droit au moyen invoqué, soit qu'il conteste aux parties requérantes le droit de se prévaloir de l'obligation de standstill, soit qu'il déclare le moyen non fondé aux termes de raisonnements qui sont, du reste, parfois critiquables[46]. En l'état, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne saurait dès lors être invoquée à l'appui de la soumission des autorités administratives à l'obligation de standstill lorsqu'elles adoptent des actes à portée individuelle.

Sans rentrer dans les considérations théoriques qu'appelle cette question[47], il échet en tout cas de constater qu'en pratique, la soumission des actes administratifs individuels à l'obligation de standstill est presque inconcevable. En effet, pour préciser la portée de cette soumission, il convient de distinguer quatre hypothèses. Dans la première d'entre elles, le respect de l'obligation de standstill s'apprécierait par rapport au bénéficiaire du premier acte individuel, dans le cadre de l'adoption d'un second acte individuel qui le concerne. Une autre possibilité – c'est la deuxième hypothèse – consisterait à apprécier le respect de l'obligation de standstill par rapport au bénéficiaire du premier acte individuel (première hypothèse) et par rapport à ceux qui sont juridiquement atteints ou touchés par l'acte administratif individuel en question

(42) La qualification de «*norme* servant de base à la comparaison» est sans préjudice de la question de savoir si une situation de fait pourrait le cas échéant servir de base à la comparaison (sur cette question, *cf. infra*, n^{os} 20 et s.).

(43) Les créanciers de l'obligation de standstill ne sont autres que ceux des droits fondamentaux (en l'espèce, le droit à la protection d'un environnement sain) à l'effectivité desquels elle opère. Comme on l'a déjà souligné *supra* (*cf.* note infrapaginale 33), cette obligation ne profite pas seulement aux créanciers actuels du droit à la protection d'un environnement sain que l'article 23 reconnaît à «chacun». Elle entend également assurer la transmission d'un patrimoine aux générations futures. Le rapport entre la consécration du droit à la protection d'un environnement sain et le souci de «veiller à ce que les générations futures puissent encore bénéficier d'un environnement viable» a d'ailleurs été expressément établi lors des travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution (*Doc. parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 100-2/1, p. 10). Prenant appui sur ceux-ci, la section de législation du Conseil d'Etat a estimé qu'«en précisant que le territoire wallon est le patrimoine commun de ses 'habitants' – c'est-à-dire de ceux qui y demeurent –», l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, du projet de décret modifiant le C.W.A.T.U.P. «est en retrait par rapport à l'article 23 de la Constitution qui reconnaît à 'chacun', sans restriction, le bénéfice des droits économiques, sociaux et culturels» (projet de décret modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, avis du Conseil d'Etat, *Doc.*, Parl. w., sess. 1996-1997, n° 233/1, p. 70).

(44) Sur les raisons motivant cette assertion, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ..., o.c.*, n° 260 et s.

(45) Et ce, qu'il agisse sur la base des délégations de compétences opérées à son profit, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir général d'exécution des lois ou de son pouvoir réglementaire autonome. Par ailleurs, et dans la mesure où le pouvoir réglementaire s'exerce aussi au travers de la faculté reconnue aux différentes collectivités politiques décentralisées d'adopter des arrêtés et règlements dans les compétences qui sont les leurs, l'obligation de standstill s'impose à ces dernières, de la même manière qu'elle lie le gouvernement. Enfin, comme en témoigne la jurisprudence abondante et disparate de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat sur la notion d'autorité administrative, le pouvoir exécutif au sens large est encore partagé entre de très nombreux acteurs extrêmement différents, et, dans un certain nombre d'hypothèses, certaines de ces autorités (organismes d'intérêt public, autorités administratives indépendantes, services publics fonctionnels, ...) peuvent évidemment être appelées à exercer une fonction réglementaire; elles sont alors tenues, au même titre que les autres composantes du pouvoir exécutif, au respect de l'obligation de standstill.

(46) C.E., *Inter-Environnement Bruxelles*, 25 janv. 1999, n° 78.330, cons. 4.8.2; C.E., *Prechamp*, 6 avril 2000, n° 86.717, cons. 3.2.3.2; C.E., *Halleux et Lejeune*, 16 juin 1999, n° 81.001; C.E., *Halleux et Lejeune*, 30 juin 2000, n° 88.538; C.E., *Comans et Nysten*, 16 févr. 2005, n° 140.730.

(47) Pour des considérations théoriques (discutables et ne demandant qu'à être discutées) conduisant à soustraire les actes administratifs à portée individuelle du champ d'application de l'obligation de standstill, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ..., o.c.*, n° 272.

(un voisin, par exemple)[48]. Autre hypothèse encore (la troisième): une autorité administrative déterminée serait liée par le plus haut niveau de protection qu'elle a conféré aux droits fondamentaux dans sa fonction d'adoption d'actes individuels et ce, quel que soit le bénéficiaire considéré. Enfin, dans la quatrième hypothèse, le plus haut niveau de protection consacré par un acte individuel s'imposerait à toute autorité administrative amenée à intervenir en la matière.

Or, si l'on veut bien se rappeler la fonction de l'obligation de standstill – à savoir œuvrer en faveur de l'effectivité des droits fondamentaux –, seules les troisième et quatrième hypothèses paraissent défendables. Dans les deux autres, en effet, l'obligation est confinée à une casuistique qui risque fort de ne guère aider à promouvoir l'effectivité des libertés fondamentales en faveur de l'ensemble de ceux qui sont susceptibles de s'en prévaloir. Il reste que tant dans la troisième hypothèse que dans la quatrième, on se heurte à d'évidentes difficultés pratiques. Dans la troisième hypothèse, il est difficilement envisageable que des autorités administratives appelées à adopter des actes individuels par centaines ou par milliers chaque mois puissent s'astreindre à une ligne de conduite absolue s'agissant du respect d'une obligation de standstill. C'est particulièrement vrai lorsque l'autorité administrative dispose d'une compétence largement discrétionnaire. Dans la quatrième et dernière hypothèse, cet obstacle est encore fortement accentué. Ceci montre bien, selon nous, l'impraticabilité d'une obligation de standstill à ce niveau.

B. La détermination de la norme servant de base à la comparaison

16. Lorsqu'ils envisagent d'adopter une loi ou un règlement, les débiteurs de l'obligation de standstill doivent étudier le contexte normatif sur lequel cette initiative vient se greffer. Dans ce cadre, et afin d'observer l'obligation de standstill, il leur revient notamment d'apprécier si leur intervention aura, ou non, pour effet de modifier le niveau de protection conféré aux droits fondamentaux, et, en ce qui nous concerne, au droit à la protection d'un environnement sain.

A ce stade, deux questions, au moins, se posent. Peut-on dire que la norme servant de base à la comparaison correspond toujours et nécessairement à celle qui est applicable au moment de l'entrée en vigueur de la norme de référence dont découle une obligation de standstill, c'est-à-dire en l'espèce, au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution (thèse du point fixe), ou épouse-t-elle les évolutions normatives favorables à l'effectivité de la norme de référence considérée (thèse du point mobile) **(a)**? Par ailleurs, le niveau de protection conféré à un droit fondamental doit-il obligatoirement être coulé sous la forme d'une loi ou d'un règlement pour être pris en considération, ou une situation factuelle pourrait-elle, le cas échéant, en tenir lieu **(b)**?

a. Point mobile versus point fixe[49]

17. Juridiquement, la thèse du point mobile est seule défendable. Une fois encore, la réponse à la question de savoir quelle est celle des thèses du point fixe ou du point mobile qui doit prévaloir est fournie par la norme de référence.

L'obligation de standstill étant inhérente à toutes obligations positives et celles-ci imposant aux autorités publiques de réaliser le programme qu'elles postulent, seule la thèse du point mobile permet de servir cet objectif en additionnant, au fil des interventions du législateur, les progrès accomplis en ce sens[50]. Le caractère téléologique des droits de l'homme, tout comme la reconnaissance de l'obligation de standstill et de son fondement, imposent dès lors nécessairement de retenir la thèse du point mobile[51].

18. En poussant jusqu'au bout de sa logique la thèse du point mobile, on peut soutenir que la législation servant de base à la comparaison est celle qui consacre *le plus haut niveau de protection du droit fondamental, depuis l'entrée en vigueur de celui-ci.* Il peut s'agir de la législation applicable au moment de l'entrée en vigueur de la norme de référence, mais il peut également s'agir d'une législation adoptée postérieurement à cette date. Dans un cas, comme dans l'autre, la norme servant de base à la comparaison ne précède pas nécessairement la norme litigieuse de manière immédiate; il n'est donc pas requis que la norme servant de base à la comparaison soit directement antérieure à la norme litigieuse.

(48) Pour qualifier ces tiers touchés par l'acte individuel, on pourrait se référer à la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'intérêt au recours contre cet acte individuel.

(49) Un auteur comme Y. TRILLET recourt à la qualification d'«effet cliquet» pour désigner ce que nous appelons la thèse du point mobile, et réserve la qualification d'«effet de standstill» à ce qui, dans nos termes, correspond à la thèse du point fixe («Vers une nouvelle effectivité des droits économiques, sociaux et culturels? (Art. 23 de la Constitution)», *Dr. Q.M.*, 2000, liv. 27, spéc. pp. 29 à 31). Cette distinction introduite par Y. TRILLET, a par la suite été reprise par F. HAUMONT («Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain. Etat de la jurisprudence», *R.J.E.*, 2005, numéro spécial, pp. 44 et 45).

(50) En raison de leur ampleur, les prestations requises de la part de l'Etat ne seront, en effet, généralement pas réalisables immédiatement, mais seront, au contraire, appelées à être étalées dans le temps. Le programme établi ne pourra être réalisé que progressivement. Parfois même, il ne pourra jamais l'être pleinement. Dans ce contexte, ce n'est qu'en interdisant au législateur de diminuer le niveau de protection d'ores et déjà conféré aux droits fondamentaux que l'on pourra espérer, un jour, atteindre leur pleine effectivité, ou, à tout le moins, tendre vers cet objectif. Pour le dire autrement, ce n'est qu'en bétonnant – fût-ce provisoirement eu égard au caractère relatif de l'obligation de standstill (*cf. infra*, n° 31 et s.) – chaque intervention accomplie en vue de garantir les droits fondamentaux que ceux-ci prendront progressivement consistance, au point de se rapprocher de l'objectif fixé.

(51) En ce sens: K. DE FEYTER, «De juridische gevolgen van de internationale en nationale erkenning van economische, sociale en culturele rechten», *Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 171; G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, spéc. p. 127, n° 256, et p. 467, n° 918; «Het standstillbeginsel in verdragsbepalingen en in art. 23 G.W.: progressieve (sociale) grondrechten-bescherming», *R.W.*, 2005-2006, n° 28, p. 1086, n° 26.

Entre les deux, il se peut qu'ait été adoptée une norme qui diminue le niveau de protection conféré au droit fondamental considéré.

La désignation, comme législation servant de base à la comparaison, de la norme interne consacrant le plus haut niveau de protection, en lieu et place de la norme directement antérieure à la norme litigieuse, aurait à son crédit l'absence d'une progressivité nécessairement linéaire[52]. Juridiquement, elle se justifie de la manière suivante. Seule la législation consacrant le plus haut niveau de protection est conforme à la norme de référence, fixant un objectif à atteindre. Comparer la norme litigieuse à la norme applicable au jour de son adoption, quand bien même cette norme marquerait un recul par rapport à l'état du droit antérieur, reviendrait à comparer une prétendue inconstitutionnalité à l'aune d'une autre inconstitutionnalité. Du reste, si la conformité de la norme litigieuse devait invariablement être appréciée à l'aune de la situation juridique prévalant antérieurement à son adoption, les reculs successivement opérés pourraient, isolément, passer le cap du contrôle de proportionnalité, alors qu'additionnés, ils consacreraient une régression disproportionnée[53].

19. Si, de manière générale, la jurisprudence et la légisprudence semblent s'être départies de la théorie du point fixe, elles ne considèrent cependant pas, à ce jour, que la législation servant de base à la comparaison est nécessairement celle qui consacre le plus haut niveau de protection du droit fondamental depuis l'entrée en vigueur de celui-ci, et force est de constater qu'une évolution en ce sens ne paraît pas se dessiner[54]. Ainsi le juge constitutionnel a-t-il généralement égard à la législation antérieure, sans se poser la question de savoir si celle-ci était ou non applicable au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution. Il ne paraît pas davantage se demander si la législation antérieure correspond ou non au plus haut niveau de protection conféré au droit fondamental en question[55].

L'application du mécanisme de standstill gagnerait en tout cas en clarté si la législation servant de base à la comparaison était clairement identifiée par le juge et la section de législation du Conseil d'Etat. Il est vrai qu'en pratique, cette identification se révélera parfois malaisée, compte tenu, notamment, de l'inflation législative qui caractérise le droit de l'environnement[56].

b. Légalité ou effectivité[57] ?

20. La seconde question à envisager est celle de savoir si, pour prétendre à ce statut, le plus haut niveau de protection conféré à un droit fondamental doit nécessairement être coulé sous la forme d'une norme, et, dans l'affirmative s'il convient d'avoir égard à la manière dont la norme est appliquée, ou s'il faut, au contraire, se limiter à son seul libellé.

Imaginons, tout d'abord, qu'aucune règle juridique ne puisse servir de base à la comparaison: avant l'adoption de la norme litigieuse, le législateur n'était pas intervenu pour régler la matière. Une pratique constante pourrait-elle dans ce cas tenir lieu de «norme servant de base à la comparaison»?

Dans l'arrêt n° 50/2003, intervenu le 30 avril 2003, la Cour constitutionnelle semble refuser de prendre en considération une situation de fait. De l'avis de la Cour, en effet, le décret attaqué du 8 juin 2001 qui fixe les heures d'ouverture des aéroports de la Région wallonne et interdit partiellement les vols de nuit «ne marque pas un recul par rapport à la situation antérieure, le décret du 23 juin 1994 ne contenant pas, avant sa modification (par la norme entreprise), de disposition relative à ces questions»[58]. La Cour a donc égard, dans cet arrêt, à la situation juridique antérieure, et non à celle qui prévalait dans les faits.

A notre estime, on ne peut cependant rejeter d'emblée la prise en compte d'une pratique constante[59], et, ici encore, il semble que la question de savoir si le niveau de protection à prendre en considération doit nécessairement être le fait d'une norme ou peut également résulter d'une pratique constante, doit être réglée par référence aux débiteurs de l'obligation de standstill, et plus généralement des obligations positives dont elle découle. Pour être prise en considération, il faudrait au moins que la situation de fait s'impose aux autorités publiques. Cette situation de fait devrait donc résulter des acteurs chargés d'intervenir pour mettre en œuvre le droit fondamental concerné; il faudrait que le niveau de protection factuel ait été

(52) La destinée de la norme de référence peut en effet être ponctuée d'avancées et de reculs. On ne peut exclure que le législateur effectue deux pas en arrière avant d'éventuellement refaire un pas en avant.

(53) Sur le caractère relatif de l'obligation de standstill, *cf. infra*, n^{os} 31 et s.

(54) Voir, par ailleurs, le considérant B.7.3 de l'arrêt n° 182/2008, rendu le 18 déc. 2008 par la Cour constitutionnelle, qui, à propos de l'obligation de standstill induite du droit à l'aide juridique garanti par l'article 23 de la Constitution, renoue avec une formulation qui semblait pourtant avoir été abandonnée: l'obligation de standstill «s'oppose à ce que le législateur compétent réduise de manière sensible le niveau de protection offert *au moment de l'entrée en vigueur de l'article 23* sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général» (c'est nous qui soulignons).

(55) Pour une analyse de la jurisprudence et des avis de la section de législation sur cette question, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 323 et s. Encore faut-il être conscient du fait que, dans l'hypothèse où la norme interne conférant le plus haut niveau de protection à un droit fondamental considéré serait autre que la norme directement antérieure à la norme litigieuse, rien ne permettrait, dans le cadre d'un contentieux objectif, de lui faire retrouver son empire. En effet, il s'agirait dans ce cas d'une remise en cause implicite de la validité de l'avant-dernière loi ou de l'avant-dernier arrêté. Or, au contentieux objectif, tout recours exercé à l'encontre de réglementations antérieures est entaché d'une irrecevabilité *ratione temporis*.

(56) Pour ne prendre qu'un exemple, l'article 127 du C.W.A.T.U.P. (au cœur de bien des controverses) a, depuis le décret du 27 nov. 1997, été modifié à six reprises entre 2002 et 2008, et les cinq dernières modifications ont été apportées entre 2005 et 2008.

(57) Pour un examen plus détaillé de cette question, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n^{os} 356 et s.

(58) Cons. B.19.

(59) On se gardera cependant de tirer un enseignement de principe de l'arrêt précité. Il n'est pas exclu, en effet, que la référence faite par la Cour constitutionnelle au seul texte législatif antérieur pour évaluer l'éventuel recul soit liée à l'absence de précision, au cours des débats, quant à la situation réelle en fait.

initialement créé par l'autorité publique, ou à tout le moins, tacitement avalisé par elle.

21. Supposons maintenant que, contrairement à l'hypothèse que l'on vient d'envisager, le législateur soit intervenu pour garantir le droit à la protection d'un environnement sain. Il y a une norme susceptible de servir de base à la comparaison, mais cette norme n'a jamais été appliquée. Cette norme, inappliquée en fait, peut-elle servir de base à la comparaison?

Dans un arrêt rendu au contentieux des bruits d'avion, la Cour d'appel de Liège jugea qu'«une régression ne peut être retenue que s'il s'agit d'une régression concrète, à savoir pas une régression théorique ni une régression par rapport à des mesures espérées qui n'ont jamais été appliquées»[60].

Un tel raisonnement n'emporte pas l'adhésion. Le législateur ne peut, selon nous, tirer argument d'une défaillance des autorités publiques dans l'exécution de normes qu'il a adoptées pour s'exonérer de toute responsabilité sous l'angle de l'obligation de standstill. L'inapplication, ou l'application partielle, de la norme ne l'autorise pas, en soi, à diminuer le niveau de protection autrefois garanti. Par conséquent, une norme, même si elle est demeurée inappliquée, devrait pouvoir servir de base à la comparaison[61].

22. Il reste une dernière hypothèse à envisager: celle où la disposition normative susceptible de servir de base à la comparaison est assortie d'un régime transitoire.

Prenons un cas concret auquel la section de législation du Conseil d'Etat fut récemment confrontée.

Dans un premier temps, le législateur wallon avait, en 1999, adopté une disposition normative destinée à «assurer une gestion durable et rationnelle des ressources hydrauliques». Concrètement, il avait pris en compte les volumes d'eau «destinés à être distribués» afin d'«inciter les opérateurs concernés à améliorer le rendement des réseaux de distribution en réduisant les pertes d'eau»[62]. Cette disposition est entrée en vigueur, mais, dans l'optique de laisser aux distributeurs d'eau le temps nécessaire pour améliorer le rendement de leurs réseaux de distribution, elle fut cependant assortie d'une disposition transitoire, prévoyant la prise en compte des volumes d'eau «effectivement distribués», en lieu et place des volumes d'eau «destinés à être distribués». La période transitoire fut ensuite prolongée par l'effet d'un autre décret. Enfin, la disposition soumise à l'examen du Conseil d'Etat entendait pérenniser ce régime transitoire, moins favorable à la protection de l'environnement que la disposition initialement prévue.

Le Conseil d'Etat a estimé que la disposition tendant à pérenniser le régime transitoire devait être examinée au regard de l'obligation de standstill, en prenant comme point de comparaison la disposition initiale du décret de 1999. Sans doute celle-ci était-elle assortie d'un régime transitoire. Mais elle faisait partie de l'ordonnancement juridique en vigueur, en manière telle que l'on ne pouvait tenir pour inexistantes les garanties pour la protection de l'environnement qu'elle avait prévues, et que la simple pérennisation du régime transitoire dont elle était assortie était problématique au regard de l'obligation de standstill[63].

C. L'identification de la norme de référence dont est induite une obligation de standstill

23. Parallèlement à la détermination de la norme servant de base à la comparaison, il convient de cibler le droit fondamental que celle-ci est censée garantir, afin de s'assurer que le niveau de protection atteint par le droit interne relève bien du champ d'application matériel du droit fondamental considéré. Autrement dit, il importe de déterminer la portée des obligations positives appelées par la norme de référence – en l'espèce, l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution[64] – et d'identifier, corrélativement, les moyens exigés par sa réalisation, étant entendu que certains moyens, plus que d'autres, sont liés au résultat postulé par l'obligation positive.

A supposer que le niveau de protection garanti s'inscrive dans les moyens d'action appelés par la norme de référence, les débiteurs de l'obligation de standstill seront tenus de le maintenir, sauf motif d'intérêt général justifiant une régression[65]. Dans le cas contraire, l'obligation de standstill ne pourrait faire obstacle à une diminution du niveau de protection: l'obligation positive n'exigeant pas la protection jusqu'ores accordée, elle sera impuissante à en garantir la pérennité par le biais de l'obligation de standstill.

L'on notera à cet égard qu'en dépit d'un libellé réducteur («le droit à la protection d'un environnement sain»), l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution

(60) Liège, 29 juin 2004, *Amén.*, 2005, p. 79 (comme déjà indiqué, cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2008, mais pour des motifs étrangers à la violation de l'obligation de standstill).

(61) Voir en ce sens, en matière d'enseignement: avis 26.579/2 du 24 juin 1997 sur un amendement à l'article 98 du projet de décret définissant les missions prioritaires de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire et organisant les structures propres à les atteindre, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 1996-1997, n° 152/1; avis 34.696/2 du 19 févr. 2003 sur un avant-projet de décret modifiant le décret réglant pour la Communauté française les allocations et les prêts d'études, coordonné le 7 nov. 1983, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 393.

(62) Article 3, alinéa 2, du décret du 15 avril 1999 relatif au cycle de l'eau et instituant une Société publique de gestion de l'eau. Voir: *Doc.*, Parl. w., sess. 1998-1999, n° 445/1, p. 13 et n° 445/45, p. 42.

(63) Avis 41.887/4 du 12 févr. 2007 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 7 nov. 2007 portant modification de la partie décrétale du livre II du Code de l'environnement, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007, n° 641/1, spéc. pp. 36 et 37.

(64) On pourrait également songer à invoquer l'article 22 de la Constitution, considéré sous son versant positif (*cf. supra*, n° 10), quoique, en ce qui concerne la protection de l'environnement, on n'aperçoive pas la plus-value de cette invocation, l'article 23 de la Constitution, et l'interprétation qu'il reçoit, assurant une protection plus large de l'environnement (voir en ce sens: J. BODART, *o.c.*, spéc. pp. 233 et 234; J.-F. NEURAY et M. PALLEMAERTS, *o.c.*, spéc. p. 139).

(65) Sur la relativité de l'obligation de standstill, voir *infra*, n^{os} 31 et s.

est en général interprété généreusement par les juridictions, conformément à la volonté du constituant[66].

24. Le second motif pour lequel il convient d'identifier la norme de référence concerne en particulier le justiciable soucieux d'invoquer le principe de standstill: en raison de l'absence de portée autonome de ce principe, ce dernier doit nécessairement l'invoquer en combinaison avec la disposition dont il découle.

A lui seul, le principe de standstill est en effet impuissant à fournir la solution du litige dans lequel il intervient. En dehors de la norme internationale ou constitutionnelle garantissant le droit fondamental qu'il assortit, le principe de standstill n'a pas d'existence: sans consécration normative du droit fondamental considéré, il n'est pas d'obligation positive qui tienne, et, sans obligation positive, il n'est pas question d'obligation de standstill. L'invocation de ce principe doit, en conséquence, nécessairement être couplée à celle du droit fondamental dont le niveau de protection a été abaissé sans motif impérieux[67].

On se souviendra, à ce propos, de l'arrêt du 14 janvier 2004, dans lequel la Cour de cassation affirme que «le principe de standstill n'est pas un principe général de droit»[68]. Ce disant, la Cour confirme, ni plus ni moins, l'absence de normativité autonome de l'obligation de standstill[69].

D. L'établissement d'une atteinte à l'obligation de standstill

25. Une fois établi que la norme servant de base à la comparaison tombe sous le champ d'application de la norme de référence et de l'obligation de standstill qui en découle, il appartient au débiteur de cette obligation de comparer la norme en projet avec celle qui sert de base à la comparaison. C'est évidemment la seule manière d'apprécier si la norme projetée respecte cette obligation (hypothèse dans laquelle elle maintient un niveau de protection équivalent ou consacre une avancée) ou y porte, au contraire, atteinte (hypothèse dans laquelle elle opère un recul par rapport au niveau de protection garanti)[70]. On se permet d'insister sur cette étape, consistant à vérifier l'existence d'une éventuelle atteinte à l'obligation de standstill, dans la mesure où elle est régulièrement passée sous silence, pour ne pas dire omise, par les organes de contrôle[71].

A ce stade, il convient également de rappeler que l'obligation de standstill ne confère pas de droit acquis à la norme: le législateur peut modifier la législation existante, pour autant que, ce faisant, il maintienne un niveau de protection équivalent[72]. En pratique, cependant, la vérification de cette exigence peut se révéler problématique en raison de l'éventuelle incommensurabilité des termes en présence **(a)**. Dans le cadre de l'établissement d'une éventuelle atteinte à l'obligation de standstill, il est par ailleurs une autre question qui doit être réglée: c'est celle de savoir si la moindre diminution du niveau de protection conféré à un droit fondamental consacre une atteinte à l'obligation de standstill, ou si une certaine intensité est requise à cette fin **(b)**.

a. L'éventuelle incommensurabilité des termes en présence[73]

26. Qu'il s'agisse de vérifier l'équivalence des protections apportées à un droit fondamental ou de s'assurer de l'existence d'un progrès ou d'une régression dans le degré de protection du droit, l'autorité publique chargée d'apprécier le respect de l'obligation de standstill devra se livrer à une comparaison des législations en présence.

Dans certains cas, la comparaison est aisée. L'hypothèse la plus simple est celle où le législateur supprime purement et simplement une mesure de protection, sans la moindre compensation: il y a alors régression. Il en va de même lorsque, par exemple, le législateur transforme une obligation imposée à l'administration en une simple faculté[74], qu'il substitue un simple avis

(66) Voir à cet égard: B. JADOT, «Pour une meilleure prise en compte ...», *o.c.*, spéc. pp. 660 à 667, et pp. 670 et 671; J.-F. NEURAY et M. PALLEMAERTS, *o.c.*, spéc. pp. 142 et s. *Compar.*: L. LAVRYSEN et J. THEUNIS, *o.c.*, spéc. p. 370. Sur la portée des «obligations correspondantes», voir *supra*, note infrapaginale 33.

(67) Sur le caractère ancillaire de l'obligation de standstill, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 471 et s.

(68) Cass. (2e ch.), 14 janv. 2004, *Chron. D.S.*, 2004, p. 506, obs. H. MORMONT; *R.D.P.*, 2004, p. 635.

(69) Pour un commentaire de cet arrêt, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 476 et s. On signale par ailleurs que dans un arrêt n° 73/2008, rendu le 24 avril 2008, la Cour constitutionnelle a repris cet enseignement à son compte.

(70) Afin d'éviter toute confusion, une précision terminologique s'impose. Nous proposons ici de convenir que, lorsqu'on évoque une «atteinte» à l'obligation de standstill – c'est-à-dire quand on constate l'existence d'un recul –, c'est sans préjudice de la question de savoir si cette atteinte (ou ce recul) viole ou non l'obligation de standstill induite du droit à la protection d'un environnement sain. Tel sera le cas si l'atteinte ou le recul constaté(e) ne respecte pas les exigences du contrôle de proportionnalité (*cf. infra*, n°s 31 et s.). Que l'atteinte ou le recul constaté(e) observe, au contraire, ces exigences, et l'on devra conclure à l'absence de violation de l'obligation de standstill.

(71) Voir, par exemple: C.C., n° 28/2007, 21 févr. 2007, obs. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, à paraître dans la *R.B.D.C.*

(72) Tant la jurisprudence que la doctrine sont établies en ce sens (*cf.* les références citées par I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n°s 339 et s.). Voir, *a contrario:* C.E., *Jacobs*, précité, cons. 5.1.4.2 («Een versoepeling van de weekendactiviteiten voor de omwonenden niet kan worden *gecompenseerd* door een verstrenging van de weekactiviteiten»; c'est nous qui soulignons); avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, notamment «le renforcement du système prévu par l'article 137 du C.W.A.T.U.P. ne permet donc pas de *compenser* la suppression du mécanisme de certification» et «les mesures ainsi envisagées ne constituent pas des mesures *compensatoires*» (c'est nous qui soulignons), *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, pp. 85 et 88. On veillera à ne pas confondre les notions de «compensation» ou de «mesure compensatoire» utilisées pour traduire l'exigence d'un niveau de protection équivalent avec celles qui sont expressément imposées par le législateur en matière d'urbanisme notamment, et dont la suppression ou la modification peut le cas échéant donner lieu à un contrôle de conformité sous l'angle de l'obligation de standstill (voir sur ce point: C.C., n° 114/2008, 31 juill. 2008).

(73) Pour de plus amples développements, voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n°s 342 et s.

(74) Voir, par exemple, C.E., avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, pp. 83 et s.

à une procédure d'avis conforme[75], ou qu'il remplace un système de protection intégrale par un système de protection partielle[76].

Lorsque le législateur entend jouer sur les modalités de protection d'un droit, les termes de la comparaison sont par définition incomparables, puisque ce sont précisément des modalités différentes qui sont destinées à assurer un niveau de protection équivalent.

Ainsi, dans l'arrêt *Jacobs* du 29 avril 1999, le juge administratif vérifia si l'alternative proposée par la disposition litigieuse pouvait être considérée comme équivalente à la disposition abrogée. Il estima que, du point de vue des habitants, un abaissement du nombre de week-ends durant lesquels les circuits de sports moteurs ne peuvent fonctionner ne peut être compensé par un renforcement des règles régissant le déroulement de ces activités durant la semaine. Le Conseil d'Etat fut donc amené à comparer la «semaine» à un «week-end». En l'espèce, cependant, la solution ne prêtait pas vraiment à controverse, dès lors que les compétitions de sports moteurs ont généralement lieu le week-end, et que le week-end est précisément la période pendant laquelle l'on est souvent chez soi, en aspirant au repos[77].

En revanche, il est des cas de figure moins simples, pour lesquels l'appréciation portée sur l'équivalence de la protection apportée par la mesure alternative est presque nécessairement affectée d'un choix subjectif, rationnellement indémontrable. Comment, en effet, comparer des pommes et des poires, si ce n'est par la projection de valeurs subjectives du décideur?

Quoi qu'il en soit, la subjectivité susceptible d'entacher l'appréciation du respect de l'obligation de standstill peut être contenue dans certaines limites: il existe des bornes à même d'encadrer les choix du législateur et le contrôle du juge en matière de standstill. On songe notamment à l'obligation pour le législateur d'expliquer la manière dont il prend en compte l'obligation de standstill au cours du processus décisionnel. Que le législateur souhaite garantir différemment le droit à la protection d'un environnement sain et il devra montrer qu'il a été attentif à maintenir un niveau de protection équivalent; il devra révéler les critères sur lesquels il se fonde pour conclure au caractère équivalent, ou supérieur, du degré de protection offert par la législation projetée. Dans cette perspective, l'instauration d'une procédure d'évaluation législative et la définition d'indicateurs aptes à mesurer les progrès réalisés apparaissent décisives[78].

b. L'intensité du recul exigé: simple recul ou recul significatif?

27. A ce jour, tant la section de législation du Conseil d'Etat[79] que la Cour constitutionnelle[80] exigent un recul significatif ou sensible pour conclure à l'existence d'une atteinte à l'obligation de standstill. On retrouve également cette condition dans quelques décisions judiciaires, rendues, notamment, au contentieux des bruits d'avion[81].

Jusqu'à l'arrêt n° 137/2006 de la Cour constitutionnelle, il n'était du reste pas une décision jurisprudentielle exigeant un recul significatif qui concluait à l'existence d'un tel recul. Sous réserve de l'arrêt précité, c'est précisément en raison de l'absence de recul significatif que les juges constitutionnel et judiciaire constataient le respect de l'obligation de standstill.

---

(75) C.E., avis 31.683/4 du 3 déc. 2001 sur l'avant-projet devenu le décret du 18 juill. 2002 modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *Doc.*, Parl. w., sess. 2001-2002, n° 309/1, p. 110.

(76) Voir, par exemple, C.E., avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, p. 85.

(77) L'appréciation du respect de l'obligation de standstill (*quod non*, en l'espèce) ne présentait pas davantage de difficulté dans l'arrêt n° 137/2006, qui a conduit à l'annulation de l'article 55 du décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative. La disposition querellée supprimait la règle subordonnant la mise en œuvre d'une zone d'aménagement différé à caractère industriel à l'existence d'un plan communal d'aménagement couvrant la totalité de ladite zone, et la remplaçait par l'obligation de motiver la décision de mettre en œuvre la zone en tenant compte de différents critères. Il va de soi que, ce faisant, le législateur diminuait le niveau de protection offert par les garanties procédurales antérieurement applicables.

(78) Voir à cet égard: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ..., o.c.*, n° 621 et s. Un premier pas a d'ores et déjà été accompli en ce sens avec la loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif (*M.B.*, 25 avril 2007. Pour un commentaire de cette loi, voir: N. BERNARD, «Loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire de suivi législatif: un premier pas, mais dans la bonne direction?», *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 21 à 40; F. TULKENS, «Principes de bonne législation et renouveau démocratique: qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas?», *Liber amicorum M. Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. pp. 496 à 499). De manière générale, et en ce qui concerne plus particulièrement l'obligation de standstill, le pas franchi demeure cependant insuffisant, la loi autorisant uniquement une évaluation *ex post*, sans la compléter par un volet *ex ante*. Or, en matière de standstill comme ailleurs, il apparaît peu utile «d'œuvrer à perfectionner les lois en vigueur si de toute façon, en amont, le processus même d'édiction de la norme reste entaché de déficiences structurelles» (N. BERNARD, *o.c.*, p. 33). Réalisée à titre prospectif – *quod non* en l'état actuel du droit –, l'évaluation législative assurerait une certaine qualité au niveau de protection protégé par l'obligation de standstill, en recherchant le contenu normatif optimal au départ d'une évaluation portant sur les effets des choix exercés par le législateur, en comparant les avantages et inconvénients des mesures envisagées. Elle permettrait également d'apprécier le respect de l'obligation de standstill en réinsérant le changement normatif préconisé dans un contexte juridique plus large, tenant compte des textes en vigueur réglant jusqu'ores la thématique abordée, appréciant les modifications que le texte en projet entend leur apporter, interrogeant la pertinence du changement envisagé. Pas davantage qu'elle n'est intégrale, l'évaluation choisie par le législateur n'est pluraliste, la loi du 25 avril 2007 ne garantissant pas l'implication des destinataires de la norme, mais autorisant seulement des enquêtes auprès des milieux concernés. C'est là une seconde critique susceptible de lui être adressée.

(79) Voir, tout particulièrement, l'avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, pp. 82 et s.

(80) Voir, notamment, parmi la jurisprudence récente en matière d'environnement: C.C., n° 87/2007, 20 juin 2007, cons. B.5; C.C., n° 114/2008, 31 juill. 2008, cons. B.3; C.C., n° 121/2008, 1er sept. 2008, cons. B.11.1.

(81) Voir par exemple: Liège, 29 juin 2004, *Amén.*, 2005, p. 79 (comme déjà indiqué, cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2008, mais pour des motifs étrangers à la violation de l'obligation de standstill).

28. Pour se prononcer sur la pertinence de l'exigence d'un recul *significatif*, encore faudrait-il pouvoir déterminer ce qu'elle est destinée à traduire dans l'esprit des organes de contrôle qui la consacrent. On entrevoit à tout le moins trois possibilités.

Première possibilité. L'exigence d'un recul significatif est destinée à traduire la difficulté d'apprécier l'existence d'un niveau de protection équivalent, en raison de l'éventuelle incommensurabilité des termes de la comparaison(82).

Dans ce cas, elle n'aurait, selon nous, pas lieu d'être. En effet, si le juge ne constate pas l'existence d'un recul réalisé par la norme querellée, c'est soit en raison de l'absence de recul, soit parce que celui-ci est à ce point infime qu'il en devient imperceptible. Que le recul soit au contraire avéré, et l'exigence qu'il soit en outre significatif ou sensible n'a pas de sens. Qu'un doute persiste, et il devra profiter à l'autorité publique, conformément à la répartition de la charge de la preuve(83).

Deuxième possibilité. L'exigence d'un recul significatif traduit la reconnaissance, par le juge, d'une marge d'appréciation au profit du législateur(84).

De manière générale, la déférence du juge envers le législateur puise son fondement dans une donnée d'ordre technique: c'est la meilleure position, voire le surcroît d'expertise, dont jouit le législateur pour apprécier la manière d'exécuter ses obligations qui la justifie(85). Cette meilleure position ne peut cependant être postulée *in abstracto*. Elle doit être vérifiée dans chaque cas d'espèce(86).

Dans la problématique qui nous retient, ce n'est donc que si le législateur a effectivement apprécié le respect de l'obligation de standstill – et peut ainsi se revendiquer de sa meilleure position – que le juge pourrait reconnaître une marge d'appréciation à son profit, et ne sanctionner que les erreurs manifestes d'appréciation. A supposer, au contraire, que les travaux préparatoires ne révèlent pas la prise en compte de l'obligation de standstill par le législateur, ou dévoilent une appréciation fondée sur une méthodologie incorrecte, le juge ne serait pas légitimé à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation portée par le législateur. Il lui appartiendrait, dans ce cas, d'exercer un contrôle strict du respect de l'obligation de standstill.

Or, force est de constater que dans les décisions jurisprudentielles recensées(87), le juge ne se fonde jamais sur une éventuelle appréciation livrée par le législateur en matière de standstill pour exiger un recul significatif.

Troisième possibilité. L'exigence d'un recul significatif est destinée à traduire la marge d'appréciation inhérente à la réalisation et à la protection des droits fondamentaux. Eu égard au pouvoir d'appréciation qui lui revient dans cette mission, le législateur ne porterait atteinte à l'obligation de standstill que si, en jouant sur les modalités de protection d'un droit, il diminuait de manière significative son niveau de protection.

Il convient de bien apercevoir la différence entre cette hypothèse et l'hypothèse précédente. Ici, ce sont les débiteurs de l'obligation de standstill *eux-mêmes* qui jouissent d'une latitude, tandis que dans l'hypothèse précédente, c'était le «contrôleur» qui faisait preuve de déférence à leur égard, en raison de l'appréciation à laquelle ils s'étaient livrés(88).

Ainsi comprise, l'exigence d'un recul significatif se justifie à notre estime. Car s'il est vrai que le pouvoir d'appréciation se réduit en principe au fur et à mesure que le législateur intervient, celui-ci ne pouvant en principe plus, ensuite de son intervention, diminuer le niveau de protection consacré, il reste que la reconnaissance, à son profit, de la possibilité de jouer sur les modalités de protection du droit impose de lui reconnaître une certaine latitude à ce niveau. On peut en effet postuler qu'il n'existera jamais de régime juridique tout à fait équivalent, à telle enseigne que l'exigence d'un recul significatif pour conclure à une atteinte à l'obligation de standstill apparaît comme le corollaire nécessaire de la possibilité de garantir, différemment, un niveau de protection équivalent.

30. Est-ce à dire que, si on lui prête la troisième signification, l'exigence d'un recul significatif, telle que formulée par la jurisprudence, doit être approuvée?

En partie, seulement. Il convient de distinguer, parmi les affaires concernées, celles dans lesquelles l'autorité publique entendait jouer sur les modalités de réalisation du droit, de celles où le législateur n'avait nullement cette intention. Dans le premier cas, l'Etat devrait disposer d'une certaine marge de manœuvre; la diminution du niveau de protection induite par la nouvelle législation ne porterait atteinte à l'obligation de standstill que si elle est significative. Par contre, dans l'hypothèse où le législateur diminuerait le niveau de protection d'un droit sans chercher à maintenir un niveau de protection équivalent, le moindre recul devrait, à notre estime, entraîner une atteinte à l'obligation de standstill. Pour des motifs dont la validité doit être appréciée sous l'angle du principe de propor-

(82) *Cf. supra*, n° 26.

(83) *Cf. infra*, n° 35. L'objection tirée de l'incommensurabilité des termes de la comparaison se retrouve du reste ailleurs qu'en matière de standstill (voir: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 343), et dans ces hypothèses, elle ne s'accompagne généralement *pas* de l'exigence d'une différence significative.

(84) La reconnaissance d'une marge d'appréciation est «un invariant structurel de la fonction de contrôle juridictionnel de droit public» (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, F.U.S.L., 2001, p. 493). Ainsi la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat rappellent-ils fréquemment qu'ils ne peuvent substituer leur appréciation à celle du législateur, mais qu'ils sont toutefois tenus de vérifier si les critères choisis ne reposent pas sur une appréciation manifestement déraisonnable (voir p. ex.: C.E., *Inter-environnement Wallonie*, 7 août 2008, n° 185.629; C.C., n° 121/2008, 1er sept. 2008, cons. B.14.2).

(85) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *o.c.*, p. 501.

(86) *Ibid.*, pp. 496 et 502.

(87) Voir les références citées par I. HACHEZ, *in Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 346.

(88) Les deux hypothèses pourraient cependant se superposer, dans le cas où le juge constaterait que le législateur s'est effectivement livré à une vérification du maintien d'un niveau de protection équivalent.

tionnalité[89], le législateur renonce, dans ce cas, à utiliser la marge d'appréciation dont il dispose, et rien ne justifie alors de réserver à l'obligation de standstill un traitement distinct des autres obligations négatives[90]. Or, si l'on relit la jurisprudence belge à l'aune de la distinction proposée, force est de constater que l'exigence d'un recul significatif n'est pas toujours limitée aux affaires dans lesquelles une mesure compensatoire a été adoptée[91], et, inversement, qu'elle n'est pas toujours posée dans cette hypothèse[92].

30. Certes, des «cas limites» ne peuvent être exclus. Il se peut que, dans certaines hypothèses, l'on ne parvienne pas à déterminer si le législateur entendait jouer sur les modalités de protection d'un droit fondamental considéré, ou, au contraire, diminuer le niveau de protection, sans volonté de maintenir une mesure équivalente. Dans ce cas, la question devrait à notre avis être réglée sur la base des règles répartitrices de la charge de la preuve[93]: le doute devrait profiter à l'Etat, et un recul significatif serait dès lors exigé pour conclure à une atteinte à l'obligation de standstill.

E. La vérification de la proportionnalité du recul opéré

31. C'est une évidence, mais la jurisprudence récente nous enseigne qu'il est bon de la rappeler: la question de la proportionnalité ne se pose que si l'existence d'un recul significatif est constatée[94]. Si c'est le cas, il convient de vérifier le caractère proportionné du recul opéré.

En effet, la jurisprudence est désormais établie en ce sens que l'obligation de standstill est relative, c'est-à-dire que des motifs d'intérêt général peuvent, le cas échéant, justifier une régression. De manière désormais constante, la Cour constitutionnelle considère en effet que l'«obligation de standstill s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation en vigueur, *sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général*»[95]. Dans son arrêt *Jacobs*, le Conseil d'Etat faisait quant à lui référence à des motifs impérieux suceptibles de justifier une régression, *quod non* en l'espèce[96]. Cette référence aux «motifs impérieux» ou aux «motifs d'intérêt général» est le signe de la relativité de l'obligation de standstill.

Que la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat affirment la relativité de l'obligation de standstill, il faut l'approuver, en ce compris d'un point de vue strictement juridique. En effet, on ne pourrait juridiquement défendre la thèse d'un standstill absolu, s'opposant à toute régression (significative), qu'à condition que la norme de référence dont découle l'obligation de standstill revête elle-même un caractère absolu. Or, les obligations positives induites des droits fondamentaux étant généralement relatives, il en va de même de l'obligation de standstill qui les assortit[97].

32. L'existence de motifs d'intérêt général ou de motifs impérieux peut donc, le cas échéant, justifier une régression, pour autant, évidemment, que celle-ci réponde aux conditions de validité auxquelles est soumise toute restriction, et notamment à l'exigence de proportionnalité.

On rappelle à cet égard que le principe de proportionnalité comporte à la fois des aspects substantiels et des aspects formels. D'un point de vue substantiel, la proportionnalité contient trois exigences. La mesure doit être appropriée, elle doit être nécessaire, et elle doit être proportionnelle, au sens strict du terme. Sous l'angle formel, la proportionnalité s'attache à la manière dont s'est déroulé le processus décisionnel. Elle impose à l'autorité publique de démontrer qu'elle a évalué l'appropriation, la nécessité et la proportionnalité, au sens strict, de la mesure en cause, et qu'elle s'est donnée les moyens de réaliser cette évaluation de façon sérieuse. En l'espèce, l'obligation de justifier les choix

(89) *Cf. infra*, n^{os} 31 et s.

(90) La distinction proposée présente à tout le moins le mérite d'éviter des solutions extrêmes, comme l'un d'entre nous a pu en formuler dans le passé (voir: I. HACHEZ, «L'effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels?», *A.P.T.*, 2000, p. 53; I. HACHEZ, «La Cour d'arbitrage et l'article 23 de la Constitution: 'cachez ce standstill que je ne saurais voir!'», note sous C.A., n° 150/2004, *Amén.*, 2005, pp. 135 et 136, n° 9). Comme telle, la distinction que nous proposons d'établir (et plus précisément les conséquences qu'on y attache) n'a jamais été réalisée en doctrine ou en jurisprudence. Il n'est cependant pas interdit d'en apercevoir les prémisses dans l'observation générale n° 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, précitée, observation dans laquelle le Comité se réfère à des mesures *délibérément* régressives. A notre connaissance, la doctrine ne s'est jamais attardée sur la portée de cette précision, pas davantage que le Comité ne s'en est expliqué. Mais ne peut-on la comprendre à la lumière de la distinction ébauchée? Les mesures *délibérément* régressives seraient, dans ce cas, celles que l'Etat a adoptées en vue de diminuer, de manière intentionnelle, le niveau de protection d'un droit fondamental, par opposition à celles qui auraient fortuitement causé une diminution du niveau de protection à l'occasion d'un changement de politique pourtant destiné à maintenir un niveau de protection équivalent.

(91) Pour un cas dans lequel des mesures compensatoires ont été adoptées, et l'exigence d'un recul significatif est posée par la jurisprudence, voir: C.C., n° 137/2006, 14 sept. 2006, cons. B.4.1 à B.9. Pour des cas où aucune mesure compensatoire n'a été adoptée mais où l'exigence d'un recul significatif est néanmoins posée, voir: C.C., n° 135/2006, 14 sept. 2006; C.C., n° 137/2006, 14 sept. 2006, cons. B.10.1 à B.14; C.C., n° 145/2006, 28 sept. 2006.

(92) Pour un cas où des mesures compensatoires ont été adoptées, mais où un recul significatif n'est *pas* exigé par la jurisprudence, voir: C.E., *Jacobs*, 29 avril 1999, n° 80.018.

(93) Sur ce point, *cf.* I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n^{os} 413 et s., sachant que, ramenées à l'obligation de standstill, les lignes dédiées à la question de la répartition de la charge de la preuve, dans l'étude précitée, sont un condensé des développements originaux que S. VAN DROOGHENBROECK leur a consacré (*La proportionnalité ...*, *o.c.*, pp. 228 à 235).

(94) Voir: C.C., n° 28/2007, 21 févr. 2007, obs. X. DELGRANGE et I. HACHEZ, à paraître dans la *R.B.D.C.*

(95) Voir, au lieu de sa dernière occurrence et à propos du droit à la protection d'un environnement sain: C.C., n° 121/2008, 1er sept. 2008, cons. B.11.1; c'est nous qui soulignons.

(96) La légisprudence du Conseil d'Etat est également établie en ce sens. Voir, par exemple, l'avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, pp. 82 et s.

(97) Si le rapport d'accessoire à principal qu'entretient l'obligation de standstill à l'égard des obligations positives justifie cette proposition, encore convient-il de démontrer le caractère relatif des obligations *positives* (voir à cet égard: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n^{os} 382 et s.).

opérés revient à exiger du législateur qu'il démontre avoir apprécié la conformité de la mesure projetée à l'obligation de standstill: à supposer que la norme en question consacre un recul (significatif) par rapport aux garanties préexistantes, le législateur devra justifier sa proportionnalité, en montrant qu'il a soigneusement recherché l'équilibre atteint. Dans cette perspective, il lui incombera de montrer qu'il a examiné les alternatives possibles et d'apporter la justification du choix fait en faveur de la solution retenue[98].

33. A cet égard, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'est pas à l'abri de toute critique. Ainsi la Cour constitutionnelle ne semble-t-elle pas accorder d'attention particulière à la manière dont le législateur s'acquitte d'éventuelles obligations formelles. Dans l'arrêt n° 51/2003, le juge constitutionnel va même jusqu'à se déclarer incompétent «pour apprécier si l'adoption d'un décret aurait dû être précédée de consultations, d'études ou d'expertises»[99]. Cette position semble excessive: une chose est, en effet, de refuser d'annuler une loi en se fondant uniquement sur le non-respect d'une obligation formelle; une autre est de s'interdire d'avoir égard à la manière dont la décision a été adoptée[100].

Même cantonné à son versant substantiel, le principe de proportionnalité échappe parfois à un contrôle (rigoureux) de la Cour. Ce disant, on songe notamment à l'arrêt n° 87/2007, dans lequel le juge constitutionnel justifie une réduction sensible du niveau de protection de l'environnement par des motifs d'intérêt général. Au considérant B.9.2 de l'arrêt, des motifs d'intérêt général sont en effet avancés, mais ces motifs ne sont pas concrètement articulés avec les dispositions querellées. Bien plus, la Cour ne réalise, en l'espèce, aucun contrôle de proportionnalité. C'est typiquement le genre d'arrêt qui est de nature à vider de toute substance le principe de standstill.

En revanche, dans l'arrêt n° 137/2006, le juge conclut à l'absence de caractère proportionné du recul opéré, et ce, en se fondant, apparemment, sur l'importance de garanties de procédure – enquête publique et évaluation des incidences – consacrées par des textes internationaux ou communautaires, qui ont sans doute largement aidé la Cour à franchir le pas.

34. De son côté, la section de législation du Conseil d'Etat s'emploie régulièrement à s'assurer que tel ou tel projet de disposition normative dont elle a à connaître et qui est de nature à diminuer sensiblement le niveau existant de protection de l'environnement résiste au contrôle de proportionnalité. On relève, à cet égard, que la section de législation invite fréquemment les auteurs de projets de textes, soit à justifier une régression dont ils ne semblent pas encore avoir examiné le bien-fondé, soit à préciser ou à concrétiser des explications qui peuvent paraître lacunaires ou trop générales[101]. Le cas échéant, elle leur conseille de procéder à des enquêtes ou des études appropriées[102].

On observe par ailleurs que, de manière générale, la section de législation reconnaît au législateur une large marge d'appréciation pour examiner la proportionnalité des mesures qu'il projette au regard de l'obligation de standstill. Dans certaines circonstances, elle invite cependant le législateur à faire preuve d'une vigilance particulière: ainsi en va-t-il lorsqu'il est envisagé de réduire le niveau de protection existant dans un domaine où, précédemment, le législateur avait expressément et spécifiquement fait état d'une volonté de

(98) En ce sens, l'obligation de standstill contribue à rationaliser le processus législatif (voir à cet égard: F. TULKENS, «Principes de bonne législation ...», *o.c.*, spéc. p. 501). Dans certains cas, cette démonstration se révélera délicate à rapporter, en raison notamment de l'éventuelle incommensurabilité des termes en présence. Aussi, on l'a déjà évoqué, l'amplification du phénomène de l'évaluation législative apparaît-elle nécessaire si l'on veut prendre au sérieux l'obligation de standstill.

(99) C.C., n° 51/2003, 30 avril 2003, cons. B.13. En l'espèce, et sans que l'obligation de standstill ne soit en cause dans cette affaire, les requérants reprochaient notamment au législateur décrétal de ne pas avoir réalisé d'étude d'incidences ou d'expertise relative à l'impact qu'aurait le développement de l'activité nocturne de l'aéroport de Bierset sur le sommeil des riverains et l'économie de la Région wallonne; ils invoquaient à cette fin l'arrêt *Hatton*, rendu le 2 octobre 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme et dans lequel celle-ci imposait à l'Etat défendeur de justifier ses choix en se basant sur des études d'impacts économique et environnemental (déférée à la Grande Chambre, la portée de cette jurisprudence a cependant été substantiellement réduite; voir: Cour eur. D.H., arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (G.C.) du 8 juill. 2003).

(100) Voir à ce sujet: F. TULKENS, «Principes ...», *o.c.*, spéc. pp. 501 et 502.

(101) Voir par exemple l'extrait suivant de l'avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, p. 87: «La nouvelle disposition permet des dérogations aux zones du plan de secteur, dérogations non autorisées actuellement par l'article 127, § 3. La disposition à l'examen entend donc permettre, dans divers cas non prévus par la législation en vigueur, qu'il soit dérogé à plusieurs dispositifs essentiels au regard de l'aménagement du territoire, dont le plan de secteur. A ce propos, l'exposé des motifs se borne à mentionner que 'le texte en projet vise également une simplification administrative en faveur des permis issus ou liés à l'action opérationnelle du Gouvernement dans le domaine de l'aménagement du territoire. [...] Le texte en projet vise à ce que ces périmètres et zones, au sein desquels d'importants budgets régionaux sont consentis, puissent relever d'une véritable politique foncière du Gouvernement en les ouvrant à des projets auxquels s'attache la procédure spécifique du permis public, en ce compris les mécanismes dérogatoires dont celui-ci bénéficie'. Une telle justification s'avère lacunaire et manque de précision. Elle ne suffit pas à justifier la diminution du niveau de protection du droit à la protection d'un environnement sain qu'implique la disposition à l'examen. Plus spécialement, elle n'est pas une justification de l'extension des possibilités de dérogations aux zones du plan de secteur».

(102) Ainsi, à propos de la suppression du quota de bruit global annuel maximal pour les mouvements effectués entre 6h30 et 7h et entre 22h et 23h concernant l'aéroport de Charleroi-Bruxelles Sud, la section de législation observe: «L'absence d'enquête ou d'étude appropriée sur ces questions pourrait conduire à considérer que la Région wallonne ne dispose pas d'assez d'éléments concrets pour établir qu'elle a effectivement veillé à assurer un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu» (avis 39.399/4 du 5 déc. 2005 sur l'avant-projet devenu le décret du 2 févr. 2006 modifiant les art. 1er*bis* et 6 du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, ainsi que l'art. 1er*bis*, §§ 5, 6 et 7 de la loi du 18 juill. 1973 relative à la lutte contre le bruit, *Doc.*, Parl. w., sess. 2005-2006, n° 284, pp. 14 à 16).

protection déterminée[103]. Notons aussi que la section de législation doute qu'il soit satisfait au test de proportionnalité lorsque la disposition dont elle est saisie néglige ou risque de compromettre la mise en œuvre d'un principe essentiel du droit de l'environnement[104].

35. L'obligation de justifier les choix opérés revient à exiger du législateur qu'il démontre avoir apprécié la conformité de la mesure projetée à l'obligation de standstill. Encore faut-il aborder les conséquences qui devraient être attachées au respect de cette obligation formelle.

Si le juge constate que le législateur s'est livré à une appréciation du respect de l'obligation de standstill au cours du processus décisionnel, il devrait en principe faire preuve de retenue à l'égard des appréciations posées par celui dont il contrôle les actes. La meilleure position, voire le surcroît d'expertise dont jouit le législateur pour apprécier la manière d'exécuter ses obligations internationales et constitutionnelles, justifie en effet une déférence du juge à son égard[105].

La reconnaissance, par le juge, d'une marge d'appréciation au profit du législateur devrait être la première conséquence attachée au respect de l'obligation de justifier les choix opérés. Elle emporte, elle-même, une seconde conséquence, dans la mesure où elle conduit à inverser la répartition de la charge de la preuve. Une telle inversion signifierait que, dans l'hypothèse où un doute subsisterait quant à la proportionnalité de la mesure régressive, ce serait à la partie requérante, et non à l'Etat, d'en supporter le risque. Comme l'écrit S. van Drooghenbroeck, «les *ratios* d'une telle inversion sont, fondamentalement, assez simples à saisir: si tant est que la concession d'une large marge d'appréciation procède de la reconnaissance de la 'meilleure position' du contrôlé par rapport au contrôleur pour évaluer les données factuelles sur lesquelles se fonde la décision litigieuse, il semble logique qu'en cas de doute persistant, le second se range *in fine* à l'évaluation du premier»[106].

Si, par contre, les travaux préparatoires ne révélaient *pas* la prise en compte de l'obligation de standstill par le législateur, ou dévoilaient une appréciation fondée sur une méthodologie *incorrecte*, le juge ne serait *pas* fondé à faire preuve de retenue à l'égard de l'appréciation posée par ce dernier. Dans ce cas, en effet, le législateur n'aurait pas fait usage de sa meilleure position, et rien ne justifierait alors de lui reconnaître une marge d'appréciation en raison du surcroît d'expertise dont il dispose. Le juge devrait, par conséquent, exercer un contrôle strict de l'obligation de standstill, et, en cas de doute sur la proportionnalité de la mesure régressive, celui-ci devrait profiter au requérant, conformément aux règles répartitrices de la charge de la preuve[107]. Telles sont les conséquences qui devraient être attachées au non-respect par le législateur de l'obligation formelle de justifier les choix opérés.

36. Enfin, une dernière question doit retenir l'attention. Elle est de savoir si la seule circonstance qu'une directive communautaire supprime ou allège sensiblement l'obligation faite aux Etats membres de mettre en place un dispositif déterminé suffit à justifier au regard de l'obligation de standstill que le législateur interne procède de même. Cette question revêt une acuité particulière dans le domaine de l'environnement, largement couvert par le droit communautaire.

A cette question, la section de législation répond par la négative, en attirant l'attention sur le fait que l'obligation de standstill induite de l'article 23 de la Constitution relève du droit interne et non pas de l'ordre juridique communautaire. Elle précise toutefois que cette solution ne vaut que dans la mesure où le droit communautaire ne s'oppose pas à l'existence de règles internes plus protectrices[108]. Cette condition est normalement remplie lorsqu'est en cause un texte communautaire pris sur la base de l'article 175 du traité C.E. – fondement le plus fréquent des textes communautaires en matière d'environnement – puis-

(103) Voir, par exemple, l'avis 31.683/4 du 3 déc. 2001 sur l'avant-projet devenu le décret du 18 juill. 2002 modifiant le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *Doc.*, Parl. w., sess. 2001-2002, n° 309/1, spéc. p. 100 (la section de législation relève qu'une disposition dont l'abrogation est envisagée «avait été justifiée par le souci d'éviter la création, par laxisme, de toute une série de nouvelles zones (d'activité économique) sans qu'il n'y ait décision du Gouvernement de réaffecter des zones d'activité économique actuellement à l'état de chancres en Wallonie») et 107 à 110 (à propos d'une mesure tendant à accorder une autonomie plus grande aux communes dans la délivrance des permis d'urbanisme, la section de législation insiste sur le fait qu'il est ainsi envisagé de s'écarter fondamentalement du choix fait par le législateur, depuis la loi du 29 mars 1962, de donner à l'administration de l'urbanisme le pouvoir de s'opposer à la délivrance de permis contraires aux principes d'un bon urbanisme ou d'un aménagement rationnel).

(104) Tel que le principe selon lequel les dérogations aux prescriptions des plans d'aménagement doivent revêtir un caractère exceptionnel (avis 37.741/2/4 des 10 et 16 nov. 2004 sur l'avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 3 févr. 2005 de relance économique et de simplification administrative, *Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 74/1, p. 86), les principes de l'action préventive et de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement (avis 39.399/4 du 5 déc. 2005 sur l'avant-projet devenu le décret du 2 févr. 2006 modifiant les art. 1er*bis* et 6 du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, ainsi que l'art. 1er*bis*, §§ 5, 6 et 7 de la loi du 18 juill. 1973 relative à la lutte contre le bruit, *Doc.*, Parl. w., sess. 2005-2006, n° 284, p. 16), ou le principe, consacré par le droit communautaire, d'une utilisation durable de l'eau, fondée sur la protection à long terme des ressources en eau disponibles (avis 41.887/4 du 12 févr. 2007 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 7 nov. 2007 portant modification de la partie décrétale du livre II du Code de l'environnement, *Doc.*, Parl. w., sess. 2006-2007, n° 641/1, spéc. pp. 36 et 37).

(105) On a déjà eu l'occasion de le souligner plus haut, lorsqu'on cherchait à déterminer ce que traduisait l'exigence d'un recul significatif dans la jurisprudence (*cf. supra*, n° 28).

(106) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité ...*, *o.c.*, p. 233, n° 311.

(107) *Cf.* I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, nos 413 et s. *Compar.:* C.E., *Inter-environnement Wallonie*, 7 août 2008, n° 185.629, p. 7; C.C., n° 121/2008, 1er sept. 2008, spéc. cons. B.12.1 et s.

(108) Avis 42.285/4 du 7 mars 2007 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 mai 2007 portant modification de la partie réglementaire du Livre II du Code de l'environnement contenant le Code de l'eau, en ce qui concerne la surveillance de l'état des eaux de surface potalisables, des eaux souterraines et de certaines zones protégées, *Amén.*, 2007, pp. 151 et 152. *Compar.*, sur ce point: CE, *Inter-environnement Wallonie*, 7 août 2008, n° 185.629.

qu'en vertu de l'article 176 du même traité, les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 175 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcées[109].

II. LE STANDSTILL DE L'ARTICLE 7bis DE LA CONSTITUTION? UN FAUX AMI!

37. L'obligation de standstill induite de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution est destinée à œuvrer à l'effectivité du droit à la protection d'un environnement sain; en ce sens, c'est un ami qui lui veut du bien. Forts du fondement et du régime juridique de cette obligation, on peut à présent apprécier la pertinence de son invocation dans le cadre de l'article *7bis* de la Constitution.

38. Adopté le 25 avril 2007, l'article *7bis* fit son entrée dans la Constitution à la faveur d'un nouveau titre intitulé «Des objectifs de politique générale de la Belgique fédérale, des Communautés et des Régions». L'unique article qu'il abrite est libellé de la manière suivante: «Dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations».

39. Avec le titre I*bis*, et son article *7bis*, le constituant consacre une catégorie inédite de dispositions constitutionnelles – celle des objectifs de politique générale – dont la portée juridique pose immédiatement question.

A cet égard, la lecture des travaux préparatoires de l'article *7bis* ne manque pas de rappeler ceux jadis consacrés à l'article 23 de la Constitution. De la même manière que le constituant n'eut à l'époque de cesse d'insister sur l'absence d'effet direct des droits qu'il s'apprêtait à garantir[110], il souligna à l'envi que la portée de l'article *7bis* «est celle d'une ligne de conduite qui s'impose aux pouvoirs publics, sans être la source d'un droit subjectif»[111]. Et comme souvent lorsqu'on ne sait quel effet attacher à une règle, le principe de standstill fut, de part et d'autre, évoqué. Les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution sont, à cet égard, bien connus, et ceux de l'article *7bis* tendent à le devenir tout autant. Selon les termes du sénateur F. Delpérée, «il était indispensable de montrer que le texte (lire: l'article *7bis*) ne se contentait pas d'exprimer un vœu pieux. Nous ne rédigeons pas une déclaration gouvernementale, nous n'établissons pas un programme de gouvernement, mais nous écrivons un précepte juridique. Nous n'avons pas d'obligation de résultat, comme disent les juristes, mais à tout le moins une obligation dite de *standstill*, qui consiste à ne pas revenir en arrière sur des acquis sociaux, économiques et environnementaux»[112]. L'obligation de standstill y est présentée en des termes absolus, interdisant tout recul, et fait à ce titre écho à la conception qui prévalait à l'époque de la reconnaissance des droits-créances[113].

Comparaison n'est cependant pas raison[114]. Non seulement ne trouve-t-on qu'une allusion à l'obligation de standstill dans les travaux préparatoires de l'article *7bis*[115], là où, en son principe en tout cas, cette obligation fut affirmée à plusieurs reprises au cours des discussions précédant la reconnaissance constitutionnelle des droits économiques, sociaux et culturels. Mais surtout l'évocation de l'obligation de standstill par le constituant s'avère parfaitement fondée au sujet des droits-créances, alors qu'elle ne l'est pas en ce qui concerne le développement durable[116].

Certes peut-on, à première approximation, être tenté par un rapprochement entre développement durable et droits fondamentaux, en raison, notamment, du caractère dynamique et évolutif qui semble les caractériser tous deux. C'est en effet la nature, par essence, téléologique des droits de l'homme qui conduit à inférer une obligation de standstill des obligations positives que leur effectivité requiert, afin de tendre vers la réalisation du programme qu'ils incarnent. Par essence, également, le développement durable, et la prise en compte des générations futures qu'il suppose, inscrivent cette notion dans une temporalité animée par le dessein, sinon d'atteindre l'objectif fixé – il s'agit bien d'«objectifs» de politique générale –, à tout le moins de s'en approcher.

Il n'en demeure pas moins, cependant, que le développement durable recouvre *à la fois* certains droits fondamentaux (comme le droit à l'environnement ou le droit à la sécurité sociale) *et* des éléments qui leur sont *a priori* extérieurs, comme la prise en compte des intérêts économiques. En effet, bien que l'article *7bis* ne définisse pas la notion de développement durable, il commande d'articuler, en les équilibrant, les trois aspects suivants: économiques, sociaux et environnementaux[117]. Cette prise en compte concurrente d'intérêts économiques, aux côtés de droits fondamentaux, interdit de calquer, sans autre élément d'analyse, le régime juridique de ces droits pour le transposer au

(109) Pour autant, bien entendu, que les mesures nationales soient compatibles avec le traité C.E.

(110) *Cf. supra*, n° 5.

(111) Développements, *Doc. parl.*, Sén., scss. 2005-2006, n° 1778/1, p. 5.

(112) Compte rendu analytique, *Ann.*, Sén., scss. 2005-2006, n° 3-176, séance du 13 juill. 2006, p. 4.

(113) *Cf. supra*, n° 5.

(114) Comme le soulignent en ce sens, mais dans une perspective plus large, Ch.-H. Born, D. Jans et Ch. Thiebaut, *in* «Le développement durable entre dans la Constitution», *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 222.

(115) Voir, cependant, sous la forme interrogative: rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par Mme Van de Casteele et M. Wille, annexe III, *Doc. parl.*, Sén., scss. 2005-2006, n° 1778/2, p. 62.

(116) Voir à cet égard: Ch.-H. Born, «Le développement durable: un 'objectif de politique générale' à valeur constitutionnelle», *R.B.D.C.*, 2007, pp. 229 et 230; Ch.-H. Born, D. Jans et Ch. Thiebaut, *o.c.*, pp. 226 et 227.

(117) Sur l'ambiguïté de la notion de développement durable, voir notamment: Ch.-H. Born, D. Jans et Ch. Thiebaut, *o.c.*, spéc. pp. 211 et s.; B. Jadot, «Pour une meilleure prise en compte ...», *o.c.*, pp. 668 et 669; J.-F. Neuray et M. Pallemaerts, *o.c.*, spéc. pp. 131 à 137.

développement durable.

Or, l'analyse démontre précisément l'impossibilité d'appliquer le standstill des droits fondamentaux à la notion de développement durable, telle qu'elle est consacrée par l'article 7*bis*. On vient de le souligner: le développement durable impose, dans ce cadre, de rechercher un équilibre entre les aspects économiques, sociaux et environnementaux. Si cet équilibre doit être constamment recherché, comment prétendre établir un niveau de protection qui, en principe, ne pourrait plus être diminué? L'équilibre atteint est par nature susceptible d'être révisé au profit d'un meilleur équilibre ou, tout simplement, d'un autre équilibre entre les composantes du développement durable. La proportionnalité se loge dans la définition même de ce concept[118], à telle enseigne qu'elle rend impossible la distinction des deux étapes appelées par l'obligation de standstill: celle de l'établissement d'une atteinte à cette obligation, d'une part[119], et celle de l'éventuelle proportionnalité de l'atteinte constatée, d'autre part[120]. Que l'on supprime la première étape pour ne retenir que la seconde, et l'on vide de toute substance la notion même de standstill et les fonctions qui lui sont assignées[121].

Conclusion: l'obligation de standstill n'a pas lieu d'être invoquée à propos de l'article 7*bis* de la Constitution; il s'agit d'un faux ami[122].

40. A peine adopté, l'article 7*bis* de la Constitution est déjà sur le métier: il peut être révisé[123]. Que penser, dans cette perspective, de la proposition de révision de la Constitution, déposée le 14 février 2008 par les écologistes[124]?

Cette proposition prévoit notammment qu'en vue de mener une politique fondée sur le développement durable, «les pouvoirs publics tendent, par l'exercice de leurs compétences, vers l'équilibre entre la consommation de ressources sur une période donnée et le remplacement de ces ressources sur la même période». De l'avis de ses auteurs, cette disposition entend instaurer un principe de standstill – à nouveau lui ... – en matière d'utilisation des ressources: elle «vise (...), au moins, à éviter tout recul en matière de gestion durable des ressources naturelles, humaines ou économiques dans un espace donné. Ceci signifie que les pouvoirs publics doivent mener des politiques qui amènent à se rapprocher progressivement (et sans retour en arrière possible) de la réalisation effective de cet équilibre (au sens 'égalité') entre consommation de ressources sur une période donnée et remplacement de ces ressources sur la même période»[125].

Tel qu'il est consacré par le deuxième alinéa de la disposition projetée, le principe de standstill a donc vocation à préserver les ressources naturelles, humaines ou économiques existantes, et non à figer un équilibre donné entre des intérêts économiques, sociaux et environnementaux potentiellement divergents. Par ailleurs, les auteurs de cette proposition ne prétendent pas déduire le principe de standstill de l'affirmation d'une politique de développement durable. Au contraire, ils explicitent la portée de ce principe, en consacrant en toutes lettres l'idée qui lui est sous-jacente, à savoir le maintien d'un niveau de protection équivalent.

Mais si principe de standstill il y a, il est en tout cas passablement différent de celui qui assortit l'article 23 de la Constitution. Tout d'abord, le principe de standstill est libellé en des termes absolus par les auteurs de la proposition de révision de l'article 7*bis*[126], là où l'obligation de standstill induite du droit à la protection d'un environnement sain est relative[127]. Mais surtout – et ce deuxième élément est de nature à atténuer le caractère absolu du principe de standstill consacré par l'article 7*bis* en projet – l'équilibre entre la consommation des ressources sur une période donnée et le remplacement de ces ressources sur la même période tient lieu d'objectif à atteindre dans le cadre de la proposition écolo, alors que le maintien d'un niveau de protection équivalent, sous réserve de motifs impérieux, constitue le moyen d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux dans le cadre de l'article 23 de la Constitution. Autrement dit, et sans perdre de vue la relativité du principe de standstill induit de l'article 23, l'observation de celui-ci paraît *a priori* plus contraignante que le respect de celui imposé par la proposi-

(118) Voir en ce sens: Ch.-H. Born, D. Jans et Ch. Thiebaut, *o.c.*, p. 227.

(119) *Cf. supra*, n^os^ 25 et s.

(120) *Cf. supra*, n^os^ 31 et s.

(121) A savoir, notamment, déterminer le niveau de protection à l'aune duquel apprécier l'ampleur de la régression opérée, et imposer au législateur de justifier la régression qu'il opère sous l'angle du principe de proportionnalité.

(122) On peut même se demander si la présence de l'article 7*bis* n'est pas de nature à affaiblir la portée de l'article 23, alinéa 3, 2° et 4°, de la Constitution. Dans l'article 23, en effet, la prise en compte d'intérêts économiques n'est susceptible d'intervenir que dans un second temps, lorsqu'on examine la proportionnalité de la mesure régressive, ceux-ci pouvant le cas échéant justifier celle-là, tandis que l'article 7*bis* impose de les considérer au niveau même de l'établissement d'une atteinte à l'objectif de développement durable. Contrairement à l'article 7*bis*, la prise en compte de ce type d'intérêts n'est donc pas automatique dans le cadre de l'article 23. Par ailleurs, à supposer ce type d'intérêts pris en compte, il est, en termes de répartition de la charge de la preuve, plus favorable aux bénéficiaires des droits de l'homme, qu'ils le soient au niveau des restrictions admissibles. Dans ce cas, en effet, le doute devrait, dans la rigueur des principes, leur profiter, alors qu'il jouerait contre eux s'il s'insinuait au lieu de l'établissement d'une atteinte à l'objectif de développement durable. Enfin, et dans la ligne de cette deuxième observation, les restrictions étant, conformément au droit des droits de l'homme, de stricte interprétation, il apparaît également plus favorable à la protection des droits fondamentaux d'avoir égard aux intérêts économiques dans le cadre du contrôle de proportionnalité qu'au niveau de l'établissement d'une atteinte au principe consacré.

(123) Voir la déclaration de révision de la Constitution du 1^er^ mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007.

(124) Proposition de révision de la Constitution en vue de modifier l'article 7*bis* relatif au développement durable, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2007-2008, n° 821/1.

(125) Développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2007-2008, n° 821/1, p. 6. Voir également: *ibid.*, p. 9.

(126) Les travaux préparatoires sont très clairs à cet égard: «ce cliquet évolutif ne permet aucune marche arrière par rapport aux avancées déjà engrangées en cours d'évolution. Il n'y aura donc pas de retour en arrière possible par rapport à ce qui aura, un jour, été adopté» (Développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2007-2008, n° 821/1, p. 6).

(127) *Cf. supra*, n^os^ 31 et s.

tion de révision de l'article 7*bis*. Faudrait-il, enfin, apprécier la rencontre de l'objectif de standstill poursuivi au départ de l'action conjointe des différentes autorités publiques, et l'on assisterait alors à une autre différence avec le régime juridique de l'obligation de standstill assortissant les droits fondamentaux[128]. Attention, donc, à ne pas s'arrêter au mot «standstill», lequel, au-delà de certaines caractéristiques communes, recouvre parfois des réalités juridiques très différentes.

CONCLUSION

41. Importée du droit international[129], l'obligation de standstill est apparue au constituant comme un moyen terme entre la volonté de dénier tout effet direct aux droits économiques, sociaux et culturels qu'il s'apprêtait à consacrer, et le souci de néanmoins leur donner une effectivité allant au-delà de la simple directive interprétative. L'idée est la suivante: si, en tant que tels, les droits-créances ne confèrent pas de droit subjectif au particulier, leur consécration devrait, en revanche, faire obstacle à l'adoption de mesures régressives.

Depuis l'adoption, en 1994, de l'article 23 de la Constitution, l'idée a fait son chemin: l'existence d'une obligation de standstill induite des droits garantis par l'article 23 semble aujourd'hui acquise, en ce compris concernant le droit à la protection d'un environnement sain[130]. Autre est la question de la portée de cette obligation. A cet égard, l'établissement du lien de filiation entre l'obligation de standstill et les obligations positives requises par l'effectivité des droits fondamentaux impose en tout cas de se départir de la conception absolue qui prévalait au moment de la reconnaissance constitutionnelle des droits économiques, sociaux et culturels. La jurisprudence ne s'y est pas trompée, qui admet que des motifs d'intérêt général puissent, le cas échéant, justifier une diminution du niveau de protection conféré à l'un de ces droits. A ce jour, elle n'a peut-être pas tiré toutes les conséquences de ce lien de filiation, tout comme elle peine parfois à faire une correcte application du principe de standstill. C'est désormais là, pour l'essentiel, que se joue l'avenir de ce principe[131].

Encore faut-il reconnaître, à la décharge des organes de contrôle, que l'obligation de standstill est longtemps restée un «objet juridique non identifié»[132], et qu'elle demeure, aujourd'hui encore, mal identifiée. En témoigne sa récente invocation dans le cadre de l'article 7*bis*, relatif au droit au développement durable: comme si ce mot magique («standstill») devait nécessairement donner corps à la *soft law*, à toute disposition normative dépourvue d'effet direct et ce, quel que soit son champ d'application. *Quod non*, comme nous l'avons montré.

42. Le principe de standstill n'a cependant pas attendu l'article 7*bis* de la Constitution pour semer quelques confusions dans les esprits. Le fait que différents spécialistes du droit de l'environnement recourent à cette dénomination pour désigner des réalités juridiques distinctes n'y est sans doute pas indifférent.

Fut ainsi qualifiée de standstill l'obligation dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Inter-environnement Wallonie*, et consistant à interdire aux Etats d'adopter des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit pendant le délai de transposition d'une directive[133]. Le même sort fut réservé à l'article 7 de la directive 75/440/CEE concernant la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire dans les Etats membres («l'application des dispositions prises en vertu de la présente directive ne peut en aucun cas avoir pour effet de permettre d'accroître directement ou indirectement la dégradation de la qualité actuelle des eaux superficielles»)[134], ou encore à l'article 2, 7°, de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux («(l)'application de la présente Convention ne doit pas donner lieu à une détérioration de l'état de l'environnement ni à un accroissement de l'impact transfrontière»)[135]. Des clauses de protection renforcée ont également été

(128) Voir, à cet égard, en ce qui concerne l'article 23 de la Constitution: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 263.

(129) Et en particulier de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui, pour rappel, garantit le droit à la gratuité (progressive) de l'enseignement primaire, secondaire et supérieur.

(130) Et ce, même si cette reconnaissance ne se fait pas toujours à découvert. Voir, à cet égard, la reconnaissance implicite, par la Cour constitutionnelle, d'une obligation de standstill induite du droit à un logement décent reconnu par l'article 23, alinéa 3, 3°, de la Constitution (C.C., n° 101/2008, 10 juill. 2008, spéc. cons. B.20 et B.25.2 à B.26, ainsi que cons. B.28 et B.31).

(131) Par ailleurs, et *de lege ferenda*, l'éventuelle révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer des clauses transversales en matière de droits fondamentaux (*cf.* le rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par H. CLAES et J.-J. VISEUR, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2004-2005, n° 2304/1, et la note des experts qu'il contient) gagnerait à compter, parmi elles, une clause relative à l'obligation de standstill. Dès lors que cette obligation assortit toute obligation positive, indépendamment de la génération de droits qui les impose, il serait en effet logique et opportun de songer à sa reconnaissance constitutionnelle, dans le sillon de celle des différentes obligations positives requises pour l'effectivité des droits fondamentaux (*cf.* rapport précité, pp. 119 et s.). Ce serait en tout cas une occasion unique d'avoir un débat démocratique sur le contenu de l'obligation de standstill (voir, dans cette perspective, la définition proposée par I. HACHEZ, in *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 464). Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, il conviendrait aussi, et même avant tout, de développer des mécanismes d'évaluation législative et des indicateurs sociaux, afin d'encadrer la part de subjectivité inhérente à l'appréciation du respect de l'obligation de standstill.

(132) Pour reprendre une expression de F. TULKENS.

(133) C.J.C.E., 18 déc. 1997, *Inter-environnement Wallonie ASBL c. Région wallonne*, C-129/96. Voir à cet égard: J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 112.

(134) Voir: Ch.-W. BACKES, C.-J. BASTMEIJER, A.-A. FRERIKS, R.-A.-J. VAN GESTEL, J.-M. VERSCHUUREN, *Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, spéc. p. 94; J. VERSCHUUREN, *Principles of Environmental Law. The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European and National Environmental Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, spéc. pp. 95 et 96.

(135) Helsinki, 17 mars 1992. Voir: J. VERSCHUUREN, *Principles ...*, *o.c.*, spéc. p. 71.

baptisées «clauses de *standstill*»[136]. On songe, par exemple, à l'article 9 de la directive 79/923/CEE du Conseil, qui, en matière d'environnement, prévoit que «les Etats membres peuvent, à tout moment, fixer pour les eaux désignées des valeurs plus sévères que celles prévues par la présente directive (...)».

Par ailleurs, en droit belge, le terme a été prêté à certaines dispositions légales, comme l'article 33, § 1, alinéa 1er, du décret flamand du 23 janvier 1991 relatif à la protection de l'environnement contre la pollution due aux engrais («la production d'anhydride phosphorique et la production d'azote en Région flamande (...) ne peuvent être ou devenir supérieures à la production d'anhydride phosphorique et la production d'azote du cheptel telles que connues sur la base du recensement agricole et horticole du 15 mai 1992 (...)»)[137]. Sans compter que le principe de standstill est parfois consacré comme tel par le législateur. Ainsi, l'article 1.2.1, § 2, du décret du 5 avril 1995 de la Région flamande contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement énonce que «la politique de l'environnement vise un niveau élevé de protection sur la base d'une évaluation des différentes activités sociales. Elle repose notamment sur (...) le principe de standstill (...)»[138].

Si ces différents «standstill environnementaux» peuvent partager certains points communs avec l'obligation de standstill déduite de l'article 23 de la Constitution, les divergences qui les séparent interdisent de transposer purement et simplement le régime juridique de celle-ci à ceux-là, et inversement[139]. En matière de standstill, et en particulier dans le droit de l'environnement, la prudence est de mise, tant le terme recouvre parfois des réalités juridiques distinctes les unes des autres. Pour qui n'y prend garde, le standstill prendra les allures d'un «faux ami», quand bien même, de manière générale, les mécanismes qu'il fédère servent la cause environnementale.

(136) Ph. LÉGER (sous la direction de –), *Union européenne. Communauté européenne. Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1389. On les qualifie aussi de «clauses de sauvegarde» ou de «clauses de subsidiarité».

(137) *M.B.*, 28 févr. 1991, tel que modifié par le décret de la Région flamande du 20 déc. 1995.

(138) *M.B.*, 3 juin 1995. Il n'est pas interdit de penser que le législateur flamand ait été influencé par le droit néerlandais, dont l'article 5.2, 3°, de la «Wet milieubeheer» prévoit: «Indien in een gebied waarvoor een milieukwaliteitseis geldt, voor het betrokken onderdeel van het milieu de kwaliteit beter is dan de eis aangeeft, treedt die kwaliteit voor de toepassing van de krachtens het eerste lid aangewezen bevoegdheden voor dit gebied in de plaats van de in de eis aangegeven kwaliteit. In een maatregel als bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, kan worden bepaald dat de eerste volzin ten aanzien van de daarbij gestelde milieukwaliteitseisen niet van toepassing is». La doctrine néerlandaise qualifie cette disposition de «standstill» (voir notamment, à propos de cette disposition, les auteurs suivants: J.-W. VAN DE GRONDEN, *De implementatie van het EG-Milieurecht door Nederlandse decentrale overheden*, Deventer, Kluwer, 1998, e.a. pp. 168 et 169, et les références citées; Ch.-W. BACKES *et al.*, *Codificatie ...*, *o.c.*, pp. 95 et s., points 5.2.3 et s., et pp. 99 et s., points 5.2.4 et s.).

(139) Voir, à cet égard: I. HACHEZ, *Le principe de standstill ...*, *o.c.*, n° 487 et s.