

Des recours contre nature : Réponse à Avenir Suisse

Par

Prof. Alexandre Flückiger

Prof. Charles-Albert Morand

Prof. Thierry Tanquerel

1. Introduction

Les soussignés ont réalisé sur mandat de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (OFEFP) une évaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement. Cette étude a été publiée en 2000 dans les Cahiers de l'environnement n° 314, édités par l'OFEFP¹.

En juin 2004, Avenir Suisse, fondation créée par 14 multinationales suisses, a publié un pamphlet d'une vingtaine de pages rédigé par M. Pascal Praplan, ex-journaliste (mais dont le nom n'est pas mentionné dans le document d'Avenir Suisse, qui se présente de manière anonyme), et intitulé « *Mängel in der Buwal-Evaluation des Verbandsbeschwerderechts* ». Ce document consiste essentiellement en une entreprise de dénigrement de l'étude susmentionnée et de ses auteurs. Nous y avons répondu dans un texte de septembre 2004².

En novembre 2004, Avenir Suisse co-signe avec Pascal Praplan un opuscule intitulé « *Des recours contre nature* » édité à Genève aux éditions du Tricorne³. Ce document reprend les mêmes critiques et les illustre par des exemples de procédures romandes en matière de construction.

Ces textes s'inscrivent dans le contexte d'une bataille parlementaire à laquelle nous n'avons pas à prendre part. Compte tenu du fait que les publications d'Avenir Suisse relèvent de la polémique politique et aucunement du débat scientifique, il ne nous appartiendrait pas d'y répondre. Cependant, tant l'écrit de juin que celui de novembre 2004 mettent gravement en cause notre intégrité professionnelle et présentent notre étude sous un jour totalement déformé et caricatural. Dans son second pamphlet Avenir Suisse accentue encore ses attaques personnelles en traitant expressément notre travail de « *mystification* »⁴, ce qui revient à nous accuser de tromperie délibérée. Une telle accusation, sans aucun fondement (toutes nos bases de travail ayant été publiées dans la plus grande transparence), est clairement diffamatoire. Elle situe au demeurant l'angle d'attaque d'Avenir Suisse : il ne s'agit pas de débattre sur un plan scientifique, mais de nous discréditer par tous les moyens.

Nous réitérons dans la présente réplique l'argumentaire que nous avons développé dans notre précédente réponse dans la mesure où Avenir Suisse se contente de répéter ses mêmes critiques. Nous nous référons toutefois exclusivement à l'opuscule paru en novembre 2004 sans commenter spécifiquement les études de cas qui y sont présentées.

¹ Alexandre Flückiger/ Charles-Albert Morand/ Thierry Tanquerel, *Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement*, Berne 2000 (citée : Flückiger/Morand/Tanquerel 2000).

² Alexandre Flückiger/ Charles-Albert Morand/ Thierry Tanquerel, *Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement : réponse à Avenir Suisse*, Genève, septembre 2004.

³ Pascal Praplan/ Avenir Suisse, *Des recours contre nature*, Genève 2004 (cité : Praplan/Avenir Suisse 2004).

⁴ Voir ci-dessous p. 9 et 15.

Nous nous attacherons dans les lignes qui suivent à réfuter systématiquement les critiques infondées adressées par Avenir Suisse à notre rapport.

Mais nous tenons préalablement souligner le caractère ouvertement polémique et non scientifique, voire anti-scientifique, du libelle d'Avenir Suisse.

Les trois premiers griefs auxquels nous nous voyons contraints de répondre relèvent du pur procès d'intention, pour ne pas dire de la malveillance. Le passage relatif au coût de notre étude dénote une perfidie assez remarquable : Avenir Suisse construit à partir d'insinuations sans le moindre fondement une impression de malaise qui n'a d'autre but que de laisser entendre que le travail que nous avons accompli aurait peut-être donné lieu à des malversations financières. L'auteur est assez habile pour ne pas l'écrire noir sur blanc, afin de tenter d'éviter l'accusation de calomnie, mais tout dans son propos oriente le lecteur vers ce soupçon.

Plus largement, Avenir Suisse use à plusieurs reprises de la référence anonyme⁵, parlant d' « *experts et de spécialistes consultés* »⁶ sans aucune autre précision (ce qui permet de leur prêter n'importe quelle opinion), et cela jusqu'à citer entre guillemets l'un de ces auteurs fantômes⁷. On notera, pour la petite histoire, que lorsque l'auteur croit pouvoir citer nommément le professeur Zen-Ruffinen en le désignant comme « *l'une des rares voix critiques qui s'élèvent dans le silence consensuel qui entoure le droit de recours* »⁸, c'est pour citer un passage qui n'a rien à voir avec la qualité pour agir des associations, mais traite de celle des particuliers. On ajoutera que les soussignés sont d'autant plus d'accord avec leur collègue Zen-Ruffinen sur la part d'illogisme qui caractérise sur ce dernier point la pratique du Tribunal fédéral que, dans l'ouvrage que M. Praplan aime par ailleurs tant citer, Thierry Tanquerel avait écrit, après d'autres, quasiment la même chose⁹ (ce qu'Avenir Suisse se garde bien sûr de relever).

Cela n'empêche pas Avenir Suisse de dénigrer la communauté scientifique dans son ensemble :

*« Plus surprenant peut-être est le fait qu'à part de rares exceptions et en dehors des spécialistes mandatés par l'administration fédérale, les nombreux experts (docteurs en droit, économistes, experts ès sciences politiques...) que compte le pays rejoignent les promoteurs dans l'assourdissant silence qui entoure le droit de recours. Cette omerta quasi-totale représente en creux, une sorte d'approbation scientifique des voies de droit des organisations environnementales. »*¹⁰

Ces affirmations, non seulement grossièrement démagogiques par l'attitude d'anti-intellectualisme qu'elles sous-tendent, mais surtout inutilement médisantes puisque l'*omerta* est la loi du silence dans les milieux mafieux, démontrent le peu de crédit dont Avenir Suisse témoigne à l'égard de la communauté scientifique de notre pays. De tels propos montrent qu'Avenir Suisse, n'ayant pu localiser le combat sur le terrain objectif du débat rationnel, le déplace en terres pamphlétaires en utilisant le procédé éprouvé du dénigrement, personnel et collectif (voir d'autres exemples concernant notre étude¹¹).

C'est bien sûr le droit le plus strict d'Avenir Suisse que de quitter le terrain de l'objectivité scientifique au profit d'un style résolument polémique. Mais elle ne saurait, dans

⁵ Par exemple, p. 37, 40.

⁶ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 37.

⁷ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 53.

⁸ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 115-116.

⁹ Cf. Piermarco Zen-Ruffinen, « La qualité pour recourir des tiers dans la gestion de l'espace », in Tanquerel/Bellanger, *Les tiers dans la procédure administrative*, Schulthess, 2004, p. 223 et Thierry Tanquerel, *Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis*, Helbing & Lichtenhahn, 1996 p. 59.

¹⁰ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 113.

¹¹ Voir ci-dessous ch. 2.2.

ce cas, présenter son opuscule comme une « étude » émanant d'un « *think-tank* » et elle aurait dû, à tout le moins, respecter les règles qui interdisent de porter sans droit atteinte à l'honneur d'autrui.

Nous nous étonnons dans ce contexte que cette démarche pamphlétaire ait été cautionnée par le Comité consultatif de cette organisation, garant de la « *qualité et de l'indépendance des travaux du think-tank* »¹². Cet aréopage comprend à cet effet une brochette de scientifiques de renom ainsi que des personnalités telles que le président du Comité international de la Croix-Rouge notamment, cité ès qualités dans la liste du Comité consultatif¹³.

2. Des griefs infondés

Nous examinerons les critiques d'Avenir Suisse autour des dix questions suivantes :

- 1) Notre étude serait-elle orientée ?
- 2) Les auteurs de l'étude ne seraient-ils pas indépendants ?
- 3) Notre étude aurait-elle coûté trop cher ?
- 4) Notre étude ignorerait-elle délibérément les effets sur l'environnement ?
- 5) Notre étude ignorerait-elle délibérément les coûts socio-économiques du droit de recours ?
- 6) Notre étude comprendrait-elle des études cas sélectionnées arbitrairement ?
- 7) Notre étude ignorerait-elle les acteurs subissant les effets négatifs du droit de recours des organisations écologistes ?
- 8) Notre étude conclurait-elle faussement à l'usage modéré du droit de recours par les organisations écologistes ?
- 9) Notre étude conclurait-elle faussement à l'existence d'un taux de succès supérieur à la moyenne des recours impliquant les organisations écologistes ?
- 10) Notre étude négligerait-elle l'effet préventif du droit de recours ?

Sur tous ces points nous montrerons que les accusations d'Avenir Suisse manquent totalement leur cible.

2.1 Notre étude serait-elle orientée ?

Avenir Suisse prétend en premier lieu que nous aurions systématiquement présenté les résultats de nos recherches dans un sens favorable au droit de recours des organisations de protection de l'environnement en ce sens que nous aurions abouti à des « *conclusions définitives* » sur la base d'éléments inconsistants et fragiles. La fragilité des données recueillies dans le cadre de notre évaluation ne permettrait pas d'aboutir aux conclusions que nous avons formulées¹⁴.

Rappelons tout d'abord un fait qu'Avenir Suisse est obligé de reconnaître lui-même : nous avons toujours clairement indiqué les cas où les données statistiques reçues présentaient

¹² Voir www.avenir-suisse.ch (site consulté le 3 janvier 2005).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 37.

des lacunes ou devaient être prises avec précaution¹⁵. Contrairement à ce que juge Avenir Suisse, nous ne pensons cependant pas que de pareilles réserves soient « *inutiles* »¹⁶. Bien au contraire.

Nous n'estimons pas nous plus avoir affiché une « *prudence toute théorique* »¹⁷ et nous réfutons également le grief selon lequel nos précautions ne seraient qu'« *oratoires* »¹⁸. Ces mises en garde, répétées, ont simplement pour but d'avertir le lecteur qu'il n'est pas nécessairement possible d'aboutir aux conclusions auxquelles nous sommes parvenu sur la base d'un seul de ces éléments que le lecteur prendrait isolément. Nos conclusions s'appuient sur l'ensemble des constatations, tant de nature quantitative que qualitative, que nous avons pu faire tout au long de cette recherche. L'accumulation des indices nous a finalement permis de formuler des conclusions claires, en toute transparence méthodologique. Nous avons à cet effet publié les données brutes que nous avons reçues en indiquant chaque fois leurs sources et leurs éventuelles limites, ce qui permet à tout un chacun de contrôler les conclusions que nous en tirons.

2.2 *Les auteurs de l'étude ne seraient-ils pas indépendants ?*

Avenir Suisse insiste sur le fait que l'un des soussignés, Thierry Tanquerel, a publié un ouvrage sur les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis, dans lequel il porte une appréciation positive sur ces mécanismes¹⁹. Il est vrai qu'une partie des analyses juridiques de notre évaluation a été reprise de l'ouvrage de Thierry Tanquerel (en toute transparence d'ailleurs, avec les citations adéquates). Il apparaissait assez rationnel d'utiliser le travail déjà effectué par quelqu'un qui connaissait bien le sujet. Quant aux bases théoriques de cet ouvrage, qui n'ont pas de caractère militant et n'ont d'ailleurs pas été reprises dans notre étude, mais que Thierry Tanquerel n'a certes pas reniées, elles sont évidemment ouvertes à la critique argumentée (ce qu'Avenir Suisse ne fait pas). Leur publication, il y a neuf ans, ne saurait en revanche impliquer que leur auteur ne serait plus capable de conduire une étude objective sur le sujet. Un chercheur ou un professeur qui aurait publié un article ou un ouvrage sur les vertus du libéralisme économique ou de l'intégration européenne serait-il désormais disqualifié pour toute étude scientifique portant sur ces sujets ? Les thèses de notre évaluation et les fondements théoriques de notre travail doivent être jugés pour eux-mêmes et non en fonction d'*a priori* malveillants.

Avenir Suisse relève que notre collègue Jean-Daniel Delley, membre du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), a défendu le droit de recours des organisations de protection de l'environnement dans l'hebdomadaire *Domaine public*²⁰. Or, rappelons que Jean-Daniel Delley n'a en aucune manière été associé à notre recherche, le CETEL n'ayant pas été formellement associé comme nous le montrons dans le point suivant²¹. Mettre indirectement en cause notre impartialité du seul fait que l'un de nos collègues genevois a pris part au débat politique lié à l'objet de notre recherche relève d'un procès d'intention malveillant. L'amalgame pratiqué par Avenir Suisse aboutirait d'ailleurs à disqualifier la quasi-totalité des chercheurs des universités suisses, car, dans chacune d'entre

¹⁵ Par exemple Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 85 n° 247, p. 86 n° 251 et n° 257, p. 88 n° 267 ss, p. 103 n° 344.

¹⁶ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 37.

¹⁷ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 37.

¹⁸ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 37.

¹⁹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 32ss.

²⁰ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 33s.

²¹ Voir ci-dessous ch. 2.3.

elles, des professeurs se sont engagés dans des débats politiques, quand ils n'ont pas entrepris une carrière de parlementaire (qui les a parfois amenés au Conseil fédéral).

La critique d'Avenir Suisse est d'autant plus étonnante que le reproche pourrait, bien plus aisément encore, lui être retourné.

2.3 *Notre étude aurait-elle coûté trop cher?*

Avenir Suisse, sans bien sûr dévoiler le prix qu'elle a dépensé pour ses propres travaux en la matière, reproche tant à la Confédération qu'à l'Université de Genève de manière implicite, et surtout très insidieuse, de n'avoir pas été intègres sur le plan comptable, laissant notamment accroire que le Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), rattaché à la Faculté de droit de l'Université de Genève, aurait effacé toute trace comptable de notre évaluation. Avenir Suisse écrit en effet que « *tout aussi étrangement, le secrétariat du Centre ne conserve aucune trace comptable de cette évaluation, malgré l'importance du mandat.* »²²

Nous estimons qu'une pareille mise en cause de notre probité est une atteinte grave à notre honneur. Or un examen plus attentif aurait montré à l'ex-journaliste que ce sont les professeurs Charles-Albert Morand et Thierry Tanquerel qui ont été directement mandatés par l'OFEFP pour évaluer le droit de recours des organisations écologistes, le Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives n'ayant jamais été formellement partie au contrat. Il n'est dès lors pas étonnant que son secrétariat ne conserve aucune trace comptable puisqu'il n'y a en jamais eu aucune au CETEL ! Les insinuations d'Avenir Suisse sont à cet égard totalement dénuées de fondement.

Très précisément, puisque cela semble être pour Avenir Suisse un point vital pour juger des effets du droit de recours écologiste, les mandataires ont reçu au total CHF 144'986.20 pour réaliser cette évaluation. La moitié environ de cette somme a été consacrée aux études de terrain (réalisation des études de cas par un bureau d'études spécialisé ayant employé cinq personnes pour cette tâche). L'autre moitié a été répartie entre les trois auteurs principaux et les six spécialistes de droit comparé. On notera que, compte tenu du temps effectif consacré à l'étude en cause et du plafond de dépenses fixé par le contrat, la rémunération des auteurs principaux s'est en définitive située très en dessous des tarifs usuels pour ce type de mandat.

2.4 *Notre étude ignorerait-elle délibérément les effets sur l'environnement ?*

Avenir Suisse prétend que notre étude serait lacunaire en raison d'une approche exclusivement juridique, résultant d'une perspective étriquée :

« Les auteurs choisissent effectivement une approche purement juridique de la question, concentrant leur évaluation sur ce qu'ils appellent « la prise en compte » des intérêts écologiques dans les projets d'aménagement et de construction [...] Les universitaires genevois évacuent donc a priori de leur travail l'objet même du débat, l'environnement, ainsi que les problèmes complexes que soulève sa protection dans la pratique. »²³

Notre étude ignorerait ainsi « *délibérément les effets sur l'environnement* »²⁴.

²² Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 33.

²³ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 36s.

²⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 7.

Nous estimons que cette affirmation manque sa cible. La critique d'Avenir Suisse montre que celle-ci souhaite placer l'analyse du droit de recours dans une démarche méthodologique qui nous paraît fondamentalement erronée.

La mission qui nous a été confiée consistait à évaluer le droit de recours des organisations de protection de l'environnement tel qu'il a été voulu par le législateur. Or, le but du droit de recours est clairement d'offrir un moyen (parmi d'autres) de mise en œuvre du droit de l'environnement (pris au sens le plus large). Il ne faut pas oublier que le droit de recours est un instrument juridique. Il revient à porter un problème devant une juridiction, laquelle est par définition chargée de dire le droit et non de prendre des décisions politiques.

Cela étant, le droit de l'environnement est, lui, issu de débats politiques et démocratiques. C'est ce droit matériel qui a directement pour but la préservation de l'environnement.

Il est donc normal et légitime de partir du présupposé que si le législateur a démocratiquement considéré que certaines règles sont favorables à l'environnement, les moyens de mettre en œuvre ces règles sont aussi, de son point de vue, favorables à l'environnement.

Notre étude s'est donc concentrée sur la question de savoir si le droit de recours remplissait effectivement le but que lui a assigné le législateur, à savoir celui de contribuer à prendre effectivement en compte, dans les projets de constructions, les intérêts écologiques tels qu'ils découlent de la loi²⁵.

Ce but est directement l'application du droit de l'environnement et, indirectement seulement, la réalisation des objectifs de ce droit. Il est donc ridicule de prétendre, comme le fait Avenir Suisse, que nous aurions exclu l'environnement du champ de notre étude. Jusqu'à preuve du contraire, lorsque l'on applique le droit de l'environnement, on se préoccupe d'environnement.

Il est évidemment possible que certaines règles de fond du droit de l'environnement soient en réalité contre-productives ou qu'elles soient politiquement contestables si l'on prend en considération d'autres intérêts, comme celui du développement économique (c'est une critique que nous mentionnons d'ailleurs dans notre étude²⁶, mais qui dépasse le cadre qui nous était imparti et qui justifierait un programme d'évaluation propre).

Mais, dans ce cas, la transparence démocratique exige que l'on discute directement de ces règles et non que l'on cherche à en empêcher l'application. C'est d'ailleurs, paradoxalement, la conclusion à laquelle Avenir Suisse semble également aboutir à la fin de son travail²⁷. En d'autres termes, les soussignés admettent volontiers qu'ils ne sont pas favorables, dans le domaine de l'aménagement et de l'environnement en tout cas, à ce que l'on appelle la « législation symbolique », à savoir des règles démocratiques adoptées et publiées, mais dont l'application effective est, plus ou moins subtilement, empêchée.

Cette approche conceptuelle, que nous considérons comme logique et respectueuse de la démocratie et de l'Etat de droit, ne nous a cependant pas conduits à limiter notre étude aux seules questions de droit. L'analyse juridique n'occupe que 27 pages de notre texte principal, plus 41 pages pour une annexe de droit comparé, sur les 299 pages de notre rapport. Le reste est une étude empirique – à la fois statistique, par études de cas et par entretiens – de l'utilisation et des effets concrets du droit de recours. C'est l'occasion d'insister ici sur

²⁵ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 214 n° 823.

²⁶ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 214.

²⁷ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 117.

l'importance des études de cas et des entretiens, à savoir de l'étude qualitative de l'usage du droit de recours, pour les conclusions auxquelles nous sommes parvenus.

La critique d'Avenir Suisse est donc manifestement infondée.

2.5 *Notre étude ignorerait-elle délibérément les coûts socio-économiques du droit de recours ?*

Avenir Suisse nous reproche de n'avoir pas suffisamment développé la question du coût du droit de recours des organisations écologistes²⁸. Notre mandat ne portant pas sur ce point, ce reproche est totalement dénué de pertinence. Nous avons malgré tout abordé la question en compilant et en analysant les différentes informations que nous avons pu obtenir dans les entretiens comme le rappelle très justement Avenir Suisse²⁹. Nous avons en particulier relevé une difficulté majeure : la confusion parfois présente entre les coûts dus à la mise en œuvre du droit de la protection de l'environnement des coûts causés par le droit matériel lui-même³⁰. Le coût de droit de fond doit en effet être imputé au législateur et non pas aux autorités chargées de son application. Quoi qu'il en soit, le chiffre provocant attribué à notre collègue Franz Jaeger dans une interview parue dans le journal de la Migros, que cite Avenir Suisse³¹, doit être pris avec prudence. Rien n'est en effet connu de la méthodologie employée par le professeur Jaeger et rien ne permet d'affirmer que celui-ci ne visait que les oppositions et recours émanant des organisations de protection de l'environnement.

2.6 *Notre étude comprendrait-elle des études cas sélectionnées arbitrairement ?*

Avenir Suisse critique les critères que nous avons retenus pour le choix des études de cas³². Nous en prenons note. Nous admettons volontiers qu'un tel choix demeure, et demeurera toujours, une opération délicate et sujette à discussion, surtout dans le cadre d'un budget limité. En l'espèce, nous avons longuement examiné la question, en veillant à inclure le groupe-pilote pour la validation de notre concept³³, renforçant ainsi la légitimité des choix opérés.

Avenir Suisse nous soupçonne en outre de n'avoir sélectionné que des cas qui mettraient en évidence les avantages de la négociation et de la participation des associations aux projets³⁴. Cette accusation, totalement infondée, relève du procès d'intention. Nous avons choisi les cas sur le fondement de critères clairs, préalablement définis et décrits en toute transparence dans notre étude³⁵.

Avenir Suisse nous adresse ensuite une critique méthodologiquement insoutenable. Tout en nous félicitant de donner la parole aux acteurs économiques, le *think tank* helvétique nous reproche indirectement de contredire l'opinion de ceux-ci par des avis d'« *écologistes ou de fonctionnaires* ».

*« Reconnaissons que cette partie de l'étude livre enfin quelques opinions d'acteurs économiques, même si ces opinions sont contredites par des avis d'écologistes ou de fonctionnaires et par les conclusions qu'en tirent les auteurs. »*³⁶

²⁸ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 74. Voir également p. 7.

²⁹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 74.

³⁰ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 199.

³¹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 79.

³² Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 54.

³³ Voir Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 55.

³⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 55.

³⁵ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 124.

³⁶ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 55.

Cette remarque démontre, si besoin était, l'aspect orienté et dénué d'objectivité de la démarche d'Avenir Suisse, pour qui il aurait été préférable que nous ne présentions qu'une vue univoque de la question : celle des acteurs économiques et non celle des organisations écologistes ou des commis de l'Etat.

Nous prenons acte de ce grief, tout en signalant en passant qu'une recherche menée selon de tels principes contreviendrait à toute déontologie en matière de recherche scientifique. Le Comité consultatif d'Avenir Suisse, chargé de cautionner la qualité scientifique des travaux de l'organisation³⁷, partage-t-il une telle conception de la recherche en sciences humaines ?

2.7 *Notre étude ignorerait-elle les acteurs subissant les effets négatifs du droit de recours des organisations écologistes ?*

Avenir Suisse affirme que nous n'aurions accordé qu'une place négligeable à « ceux qui supportent au premier chef les conséquences du droit de recours » en nous contentant de six entretiens avec des acteurs périphériques³⁸. Cela est faux. Pour toutes les études de cas, les promoteurs des projets ont été à chaque fois interrogés, soit une dizaine de personnes en plus. Notre champ d'entretiens a ainsi été tout à fait équilibré et ne néglige aucun des acteurs. Avenir Suisse est obligée de reconnaître plus loin que nous avons, bien sûr, aussi donné la parole aux opposants³⁹.

2.8 *Notre étude conclurait-elle faussement à l'usage modéré du droit de recours par les organisations écologistes ?*

Nous avons affirmé dans notre rapport que les organisations de protection de l'environnement faisaient un usage modéré de leur droit de recours⁴⁰. Avenir Suisse conteste cette conclusion.

Il ressort clairement de la place de cette affirmation, sous la rubrique « synthèse » et à la fin du chapitre 4.1 consacré à « l'étude empirique – l'utilisation effective du droit de recours », que celle-ci s'appuyait sur l'ensemble de nos constatations, à savoir : le nombre très faible en chiffres absolus des recours interjetés, notamment au Tribunal fédéral, le fait que la proportion des recours des associations auprès du Tribunal fédéral par rapport à l'ensemble des recours de droit administratif que celui-ci tranche est négligeable, ainsi que l'étude des critères de recours utilisés par les organisations. Il est vrai que la rédaction du n° 254 n'est pas forcément heureuse, dans la mesure où seule la question de la proportion de recours au Tribunal fédéral est évoquée, suivie de l'affirmation relative à l'usage modéré. Il faut toutefois souligner que nous n'avons nullement écrit que celle-ci était la conséquence mécanique de celle-là et que tout lecteur de bonne foi de l'ensemble de notre chapitre aura compris, comme cela est expressément indiqué au n° 420, que la conclusion sur l'usage modéré du droit de recours résulte de l'ensemble « des informations précédentes ainsi que des informations statistiques relatives à l'usage du droit de recours ».

Avenir Suisse se garde bien de relever ce qui précède. Il est donc tendancieux d'affirmer que nous tirons nos conclusions « essentiellement sur la foi des chiffres du Tribunal fédéral pour les années 1996, 1997 et 1998 »⁴¹. Au lieu de cela, l'ex-journaliste

³⁷ Voir ci-dessus ch. 1 *in fine*.

³⁸ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 37. Voir également p. 7.

³⁹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 55.

⁴⁰ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 86 n° 254 et p. 122 n° 420.

⁴¹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 38.

mandaté par Avenir Suisse⁴², s'efforce de construire un contre-argument d'où il ressortirait que nous serions « *de mauvaise foi* »⁴³ et que les données que nous avons récoltées ne seraient pas « *scientifiquement exploitables* »⁴⁴. Il le fait de surcroît dans un chapitre à l'intitulé diffamatoire: « *La mystification : acte I* »⁴⁵.

Avenir Suisse conclut en affirmant que les organisations seraient à l'origine de 18,1% des recours dans le domaine⁴⁶ et non de 1,4% comme nous l'avons écrit. Ce raccourci a eu un certain succès dans la presse et auprès de quelques parlementaires. Il repose cependant sur une présentation totalement fallacieuse et sur une manipulation inadmissible des données statistiques.

Il convient à cet égard de préciser ce qui suit :

a. Le chiffre de 1,4% que nous avançons, relatif à la proportion des jugements du Tribunal fédéral sur recours de droit administratif pour lesquels des organisations de protection de l'environnement ont été parties, n'est pas en lui-même contesté ; il en est de même de la proportion de 1%, si l'on s'en tient aux seuls recours déposés par les organisations, ce deuxième chiffre étant d'ailleurs plus représentatif de leur activisme que le premier.

b. Nous persistons à penser que ces chiffres, qui montrent que la part du contentieux émanant des organisations est négligeable dans le contentieux de droit administratif du Tribunal fédéral, sont un indice de la modération des organisations dans l'usage de leur droit de recours.

Nous avons toujours admis (comme exposé plus haut) qu'il ne s'agissait pas du seul élément pointant dans ce sens : le très faible nombre de recours jugés (en chiffres absolus), de même que les indications, certes partielles, recueillies auprès des cantons et des communes vont dans le même sens. Il en est de même de l'étude qualitative menée dans le cadre des entretiens et des études de cas.

c. A ce stade, il faut répéter avec force que nous ne contestons pas les lacunes dans les statistiques disponibles. Nous les déplorons même, au point de faire à la fin de notre étude une recommandation spécifique visant à développer les statistiques officielles dans ce domaine⁴⁷. Avenir Suisse est donc très mal placé pour nous le reprocher⁴⁸. Nous avons aussi, chaque fois qu'il le fallait, attiré l'attention sur la fiabilité variable des données reçues. Nous avons également réalisé plusieurs enquêtes croisées pour tenter de remédier aux lacunes trop flagrantes⁴⁹. Il reste que tous les éléments recueillis vont dans la même direction ; ce n'est pas un effet de présentation, comme Avenir Suisse voudrait le faire croire, mais une réalité. Il n'existe aucun élément concret qui permettrait de penser que tout un contentieux caché émanant des organisations de protection de l'environnement aurait échappé aux observateurs au point qu'il ne soit plus possible d'affirmer que l'usage fait du droit de recours est modéré. Nul doute que si un tel contentieux massif avait existé (et aurait été ignoré par nous, volontairement ou par négligence), il aurait été porté à la connaissance d'Avenir Suisse.

d. Nous écrivions qu'il y avait auprès du Tribunal fédéral entre 1996 et 1998 une moyenne d'environ 14 recours jugés par an. Avenir Suisse nous reproche de ne pas avoir tenu

⁴² Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 38ss.

⁴³ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 38.

⁴⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 42.

⁴⁵ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 35.

⁴⁶ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 40.

⁴⁷ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 241 n° 901.

⁴⁸ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 41ss.

⁴⁹ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 53 n° 148.

compte d'une marge d'erreur de ± 2 dans ces statistiques, « *autrement dit des résultats qui s'inscrivent dans une fourchette qui va de 12 à 16...* »⁵⁰. Pareille remarque est dénuée de tout fondement puisque nous n'avons pas procédé à un échantillonnage de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Nous avons au contraire opté pour une démarche exhaustive en sélectionnant dans le millier de recours de droit administratifs annuels tous les recours concernant les organisations écologistes sur le fondement des articles 12 LPN, 55 LPE et 14 LCPR. La marge d'erreur aurait effectivement dû être calculée si nous avions procédé par sondage, par exemple en retenant pour l'analyse disons 600 arrêts au hasard parmi les 20'000 recours de droit administratifs rendus ces deux dernières décennies. Nous aurions alors observé parmi l'échantillon des 600 la part de recours concernant les organisations écologistes. On se demande donc bien comment Avenir Suisse aboutit à ce chiffre de ± 2 recours. La critique d'Avenir Suisse n'a pas de base scientifique et n'a aucune pertinence.

e. Quant aux années de référence choisies, il faut d'emblée préciser que le choix d'une période de référence limitée n'est pas dû en premier lieu à une volonté de notre part, mais à la difficulté d'obtenir des données complètes de la part du Tribunal fédéral, dont la chancellerie ne s'est pas montrée à l'époque très coopérative, comme nous l'avons écrit⁵¹. Nous persistons à penser qu'une période de trois ans permet de vérifier s'il existe une certaine continuité dans les données, ce qui était le cas, ou si des variations extrêmes nécessitent une plus grande période de comparaison. Il était par ailleurs raisonnable de choisir les trois dernières années avant la date de notre étude, qui reflétaient le mieux la situation en cours. Au demeurant, aucun indice résultant d'études précédentes (Tanquerel, Riva) ou des circonstances contextuelles ne permettait de penser que les années 1996 à 1998 n'étaient pas représentatives de la réalité.

Cela étant, nous avons, en vue de la présente prise de position, actualisé les statistiques relatives au contentieux impliquant les organisations écologistes devant le Tribunal fédéral en analysant les années 1999 à 2003⁵². Par rapport à la période 1996-1998, la période 1999-2003 se caractérise par :

1. une *diminution* du nombre moyen annuel de recours écologistes jugés de plus d'un tiers (8,6 par an entre 1999 et 2003 contre 13,7 par an en moyenne entre 1996 et 1998) ;
2. un *taux de succès inchangé* de 63%, toujours supérieur au taux de succès calculé sur l'ensemble des recours de droit administratif (18,7% entre 1999 et 2003 contre 18,4% entre 1996 et 1998).

Le contentieux des organisations écologistes auprès du Tribunal fédéral (recours de droit administratif impliquant les organisations écologistes sur la base des art. 55 LPE, 12 LPN et 14 LCPR) se caractérise donc entre 1996 et 2003 par les deux éléments suivants, qui sont restés remarquablement stables sur l'ensemble de la période observée :

1. une *fréquence extrêmement faible en chiffres absolus* (10,5 recours formellement jugés chaque année par le Tribunal fédéral entre 1996 et 2003) ; cette fréquence baissant même durant la deuxième partie de la période observée (1999-2003) ;
2. un *taux de succès comparativement très élevé* (63% entre 1996 et 2003 contre 18,6% pour tous les recours de droit administratif confondus).

⁵⁰ Praplan/Avenir Suisse 2004, encadré 1, p. 58.

⁵¹ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 53 n° 147 et p. 87 n° 260.

⁵² Voir texte en annexe.

Cette mise à jour confirme donc les indices que nous avons pu déceler dans notre étude en 2000.

f. Dans ce contexte, Avenir Suisse concentre son argumentation sur l'affirmation selon laquelle nous n'aurions pas dû rapporter le nombre de recours (et de positions d'intimée) des organisations au nombre total de recours de droit administratif jugés par le Tribunal fédéral, mais uniquement au nombre de recours jugés dans les domaines d'activité des organisations⁵³. Une telle approche appelle d'emblée trois remarques :

- 1) Elle admet que, fondamentalement, le fait de considérer la part des organisations dans un contentieux donné est un élément qui peut être pris en considération pour évaluer l'usage qu'elles font de leur droit de recours ; dont acte.
- 2) Elle implique évidemment que, si l'on change l'ensemble de référence auquel le nombre de recours des organisations est rapporté, l'échelle utilisée pour évaluer si l'usage du droit de recours est « modéré » doit changer. On ne peut donc, logiquement, affirmer, comme le fait Avenir Suisse, que les organisations sont présentes dans 18% du contentieux « et non » seulement dans 1,4%. L'augmentation de la proportion n'est que l'effet mécanique du changement de l'ensemble de référence. La nouvelle proportion doit alors être jugée selon un nouveau critère. Pour exprimer les choses par un exemple, si, dans une région donnée, on constate que 1% de la population prise dans son ensemble pratique le ski, on considérera probablement que cette proportion est faible ; si, affinant l'analyse, on constate que 10% de la classe d'âge 15-25 ans pratique le ski, on considérera certainement que cette proportion est également faible, même si elle est dix fois supérieure, car il s'agit de la classe d'âge *a priori* la plus intéressée et la plus apte à la pratique du ski.
- 3) Elle implique aussi que soit choisi un ensemble de référence pertinent. Pour pousser jusqu'au bout la logique suivie par Avenir Suisse, on aurait ainsi pu rapporter les recours des organisations de protection de l'environnement à l'ensemble des recours interjetés par des associations et des fondations en matière d'aménagement et de protection de l'environnement. On serait sans doute arrivé à une proportion proche de 100%. Le raccourci évoqué plus haut aurait ainsi pu être encore plus frappant : « l'étude BUWAL est fautive : il y a 100% de recours d'organisations écologistes et non 1,4% ! ».

Or, il se trouve que sur les deux derniers points qui viennent d'être décrits, Avenir Suisse est bel et bien tombée dans les travers méthodologiques évoqués.

g. Il tout à fait légitime de vouloir comparer le nombre de cas dans lesquels les organisations de protection de l'environnement ont été parties au nombre total de cas dans les catégories correspondant aux activités de ces organisations.

Nous ne l'avons cependant pas fait pour deux raisons. D'une part pour des motifs d'ordre procédural puisque, d'un point de vue strictement juridique, on a affaire à la même institution légale présentant des caractéristiques procédurales analogues et des juges semblables dans tous les cas de recours. Il nous a paru justifié, et même opportun, de considérer le taux de succès par type d'instrument procédural, compte tenu du fait que l'objet de notre évaluation porte précisément sur une voie de droit spécifique. Avenir Suisse a l'honnêteté de rapporter à ce propos la position, minoritaire semble-t-il, d'un expert

⁵³ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 40.

(anonyme) défendant notre point de vue, même si l'auteur ne peut s'empêcher à nouveau de décocher une pique personnelle contre ces « *dogmatiques du droit* » défendant une telle approche⁵⁴.

D'autre part, des considérations essentiellement pratiques nous ont empêché de procéder à l'analyse que tente de faire Avenir Suisse. La tâche est en effet délicate en pratique, car les catégories utilisées par le Tribunal fédéral ne sont pas d'une fiabilité parfaite (la classification par matière présente notamment un certain arbitraire dans la mesure où elle ne référence qu'une seule matière par arrêt) et leur contenu est parfois difficile à cerner, sauf à analyser en détail l'ensemble des arrêts, ce qui paraît faisable mais probablement disproportionné (pour le moins dans le cadre du budget qui nous a été imparti). En fait, la seule donnée utilisable aisément avec sûreté est celle que nous avons nous-mêmes employée, à savoir le nombre total d'arrêts sur des recours de droit administratif.

Mais en tout état de cause, si l'on veut tenter une approximation sur un ensemble plus réduit, la définition du cadre de référence, donc le choix des catégories retenues, ne doit pas être arbitraire et exclure des domaines dans lesquels les organisations sont manifestement actives et peuvent potentiellement recourir⁵⁵. C'est pourtant ce qu'a fait Avenir Suisse. En effet, l'auteur a exclu les domaines concernés par la législation sur les forêts, la chasse, la pêche, les chemins de fer, l'aviation, l'expropriation, dans lesquels, conformément à la législation spéciale explicite ou à la jurisprudence, les organisations de protection de l'environnement peuvent aussi recourir. Il conviendrait également d'ajouter à ces domaines celui du « droit cantonal de la construction » lorsqu'un recours de droit administratif est en jeu, car, par définition pour ce genre de recours, la législation fédérale doit être aussi invoquée et la possibilité d'un recours des organisations ne peut être exclue.

En prenant ainsi un ensemble de référence arbitrairement réduit, Avenir Suisse prend le risque de calculer une proportion avec un sous-ensemble dont certains éléments ne font pas partie du plus grand ensemble de référence, ce qui est une hérésie méthodologique. Nous avons relevé au moins un exemple de ce type avec un arrêt dans le domaine des forêts en 1997. Mais surtout, Avenir Suisse peut ainsi artificiellement augmenter la proportion des recours des organisations. Cela constitue une manipulation des statistiques qui, si elle n'apparaît pas d'emblée aussi absurde que l'exemple que nous avons évoqué plus haut (100% de recours des organisations), relève sur le principe de la même distorsion.

L'auteur se défend en invoquant un argument qui, paradoxalement, le dessert. Il montre en effet, involontairement, la retenue des organisations dans ces domaines, puisqu'il écrit que celles-ci « *n'y sont que très peu ou pas du tout actives* »⁵⁶. Selon lui, c'est parce que les organisations sont très peu actives dans certains domaines où elles ont potentiellement le droit de recourir qu'il faudrait exclure le domaine en question de la statistique... Laissons au lecteur le soin de qualifier pareil procédé ! Cette controverse montre en tous les cas la difficulté d'utiliser telles quelles les catégories par matière dressées par le Tribunal fédéral, justifiant indirectement notre approche.

Si l'on veut néanmoins procéder de la sorte et rapporter le nombre de recours de droit administratif jugés par le Tribunal fédéral dans lesquels les organisations sont impliquées (comme recourantes ou comme intimées) au nombre de recours de droit administratif relevant des domaines – tels que définis selon les catégories du Tribunal fédéral – où les organisations sont potentiellement habilitées à recourir, on obtient en réalité les chiffres suivants :

⁵⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 40.

⁵⁵ Notre point de vue est rappelé dans Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 41.

⁵⁶ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 41.

	1996	1997	1998	1996-1998
Total des causes	188	144	149	481
Associations parties	15	10	16	41
Proportion	8%	6,9%	10,7%	8,5 %

Soit une proportion moyenne de 8,5%, bien moins élevée que le chiffre de 18,1% obtenu par Avenir Suisse.

Grâce à l'exclusion de toute une série de catégories pertinentes, Avenir Suisse parvient ainsi à plus que doubler la proportion des causes concernant les organisations, ce qui sert son propos polémique, mais ne repose sur aucune justification objective.

h. Cela étant, il est évident que, si l'on part d'une comparaison avec un ensemble de référence plus étroit, dont, en l'espèce, la définition serait « les domaines dans lesquels les organisations sont actives et potentiellement habilitées à recourir », l'échelle permettant de qualifier cette proportion doit être adaptée en conséquence. En d'autres termes, si les organisations étaient présentes dans près de 10% du total des recours de droit administratif jugés par le Tribunal fédéral, il y aurait certainement lieu de se demander si elles n'abusent pas de leurs droits procéduraux (étant toutefois précisé que cette hypothèse serait infirmée en cas de taux de succès particulièrement élevé ; ce qui démontrerait à l'inverse un abus des constructeurs). On a vu que tel n'était pas le cas, puisque leur part ne dépasse pas 1,4%. En revanche, que la part des organisations dans le contentieux qui les concerne au premier chef, dans lequel elles ont un rôle particulier à jouer (rôle que le législateur leur a justement reconnu) soit en moyenne de 8,5% sur les trois années considérées est, à notre avis, incontestablement un indice d'une utilisation modérée du droit de recours. Alors qu'il est largement admis, dans toute la littérature relative à la participation des particuliers en matière d'aménagement du territoire et d'environnement, que ceux-ci ont beaucoup de difficultés à introduire et à maintenir une action en justice, surtout lorsque les intérêts sont « diffus », le fait qu'ils ne « cèdent le pas » aux organisations spécialisées que dans moins d'un cas sur dix n'est certainement pas de nature à faire soupçonner ces dernières d'un usage exagéré de leur droit de recours.

On peut donc constater que les deux comparaisons, celle que nous avons utilisée et celle proposée par Avenir Suisse (mais avec un ensemble de référence objectivement justifiable), convergent, en ce sens qu'elles sont toutes les deux des indices d'un usage modéré du droit de recours des associations.

i. En essayant de faire croire, par l'utilisation d'un ensemble de référence arbitraire et surtout par la présentation trompeuse du résultat ainsi obtenu, que nous aurions cherché à minimiser la part des organisations dans le contentieux administratif, Avenir Suisse a, une fois de plus, utilisé des méthodes ne respectant pas les canons de l'honnêteté intellectuelle.

j. Avenir Suisse évoque en outre une comparaison alternative en soi intéressante, provenant « de plusieurs experts » dont les noms ne sont pas cités, mais omet malheureusement de la développer⁵⁷. Il s'agirait de comparer le nombre de recours interjetés par les organisations avec le nombre total des affaires dans lesquelles celles-ci sont habilitées

⁵⁷ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 41.

à recourir. Une telle comparaison serait bien sûr significative et utile. Mais il faut souligner d'emblée que ce fait ne disqualifie en aucune manière les éléments que nous avons choisis d'apporter. Au contraire.

Si nous n'avons pas adopté cette démarche dans notre étude, c'est en raison de l'impossibilité d'obtenir des données exactes pour calculer l'ensemble de référence proposé. Les données disponibles sont à ce point lacunaires qu'il ne serait possible, même avec des moyens importants, que d'arriver à une approximation assez grossière. Il n'est cependant pas exclu qu'une recherche systématique, sur l'ensemble de la Suisse, des cas dans lesquels un recours des organisations serait potentiellement envisageable, présente un intérêt politique suffisant pour en justifier le financement. Une telle entreprise était cependant hors de portée de nos moyens lors de notre étude.

On peut simplement, à ce stade, donner des estimations très larges sur l'ordre de grandeur en cause. Peut-être avons-nous eu tort, par excès de prudence, de ne pas le faire dans notre rapport.

Si l'on part des catégories qui, selon la loi et la jurisprudence, peuvent *a priori* faire l'objet d'un recours des organisations⁵⁸, on constate que si le champ du recours fondé sur les art. 12 LPN, 55 LPE et 14 LCPR ne se confond nullement avec l'ensemble des décisions prises en matière d'aménagement et d'environnement, il comporte de nombreuses catégories de décisions, dont certaines sont extrêmement larges. On peut penser ainsi aux autorisations de construire hors de la zone à bâtir : le recours est possible lorsqu'il s'agit d'autorisations dérogatoires ; mais il est aussi envisageable si une autorisation ordinaire a été délivrée, mais que l'organisation invoque, avec une certaine vraisemblance, que le projet aurait dû faire l'objet d'une dérogation ou n'était pas admissible dans la zone et que des intérêts de la nature ou du paysage sont en cause. Potentiellement, un très grand nombre de cas sont susceptibles d'être concernés. Or, les autorisations de construire hors de la zone à bâtir se comptent en milliers par an, probablement, au vu des statistiques malheureusement très partielles que nous avons pu consulter, entre 15'000 et 20'000 par an sur l'ensemble de la Suisse. En effet, selon la statistique fédérale « *Bauprojekte 2002* »⁵⁹, 12'524 projets de construction hors de la zone à bâtir ont été officiellement recensés en 2002 pour 83'086 projets à l'intérieur de la zone à bâtir ; 7 projets n'étant pas définis. Ces chiffres ne comprennent cependant pas les cantons de ZH, BL, FR, GE et TI, soit parce que ces derniers cantons ne tiennent pas de statistiques sur le sujet, soit parce qu'ils ne différencient pas les catégories précédentes. Si l'on retranche de la fourchette projetée les cas (très difficiles à déterminer) dans lesquels la protection de la nature et du paysage n'a aucun rôle, mais que l'on y rajoute les autres catégories pour lesquelles les recours sont ouverts, il est probable (mais cette évaluation, très prudente, est donnée sous toute réserve et avec toutes les précautions d'usage relatives à une base statistique aussi embryonnaire et lacunaire) que le nombre d'affaires dans lesquelles les organisations sont potentiellement habilitées à recourir soit sensiblement supérieur à 10'000 par an. Comparés à ce chiffre, les recours interjetés devant le Tribunal fédéral par les organisations sont statistiquement insignifiants. Même si on prend en compte les recours cantonaux et communaux, qui se comptent sans doute en dizaines mais très probablement pas en centaines par an, le pourcentage de cas dans lesquels les organisations utilisent leur droit de recours par rapport à l'ensemble des cas dans lesquels elles pourraient théoriquement recourir se situe peut-être dans une fourchette entre 0,1 et 1 %. On peut se demander s'il est opportun d'investir les forces nécessaires pour vérifier à quel niveau exactement ce pourcentage se situe dans cette fourchette, ou si même, contrairement à notre hypothèse, il est quelque peu plus

⁵⁸ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 70 ss.

⁵⁹ Source : OFS et ODT.

élevé. Dans tous les cas, il serait difficile de considérer que l'usage du droit de recours ne serait pas, sous cet angle, « modéré ».

Le fait qu'Avenir Suisse se contente d'évoquer cette démarche en quelques lignes sans la développer montre le peu de rigueur de son travail. Avenir Suisse aurait-elle à craindre les résultats éventuels d'une telle recherche ?

2.9 *Notre étude conclurait-elle faussement à l'existence d'un taux de succès supérieur à la moyenne des recours impliquant les organisations écologistes ?*

Si Avenir Suisse déclare contester les chiffres que nous donnons sur le taux de succès des organisations devant le Tribunal fédéral, les critiques précises qu'elle adresse à notre méthodologie sont pour partie infondées et pour partie incompréhensibles en raison des contradictions internes qu'elles recèlent. Nous sommes dès lors à nouveau profondément choqués par l'intitulé diffamant du chapitre : « *La mystification : acte II* »⁶⁰.

a. Sur la question de la limite temporelle de l'étude statistique⁶¹, nous pouvons reprendre ici la réponse qui a été donnée plus haut à propos de l'intensité de l'usage du droit de recours⁶². On ajoutera à cela que l'actualisation de la jurisprudence montre une stabilité étonnamment parfaite du taux de succès des organisations devant le Tribunal fédéral⁶³.

b. Avenir Suisse nous reproche par ailleurs⁶⁴ de ne pas avoir inclus dans la statistique les cas des recours retirés ou devenus sans objet. Implicitement, il semble nous reprocher aussi de ne pas avoir inclus dans les recours des organisations examinés ceux qui ont été déclarés irrecevables. Ce dernier reproche est tout simplement inexact : les recours irrecevables ont été pris en considération. En revanche, il est vrai que nous n'avons pas pu analyser les cas de recours retirés ou sans objet, les décisions y relatives ne donnant aucune indication sur le fond de l'affaire. Il aurait fallu, dans chaque cas, faire une recherche par étude des dossiers et par enquête auprès des parties, ce qui était hors de notre portée en termes de moyens. Mais il est certain que cette lacune n'a pas contribué à élever le taux de succès, au contraire. En effet, un recours ne devient sans objet que si la décision qu'il attaque est retirée ou devient elle-même sans objet car son bénéficiaire y renonce : pour l'organisation recourante, une telle hypothèse doit être considérée comme un succès. Pour les retraits, il est aussi beaucoup plus probable que ceux-ci interviennent parce que l'organisation recourante a obtenu satisfaction en tout ou partie, ce qui constitue un succès, que parce qu'elle a soudainement réalisé que son recours n'avait aucune chance, même si cette dernière hypothèse ne peut bien sûr pas être systématiquement exclue. Dans l'ensemble, il reste que le fait de ne pas prendre en considération les retraits et les recours devenus sans objet contribue à exclure de la statistique ce qui devrait être considéré comme des succès des organisations recourantes. Cette restriction (inévitabile) du champ de la statistique va donc exactement dans le sens contraire de la théorie d'Avenir Suisse.

c. Avenir Suisse conteste aussi le fait que nous ayons agrégé les données relatives aux recours entièrement admis et aux recours partiellement admis⁶⁵.

Nous persistons à considérer que cette manière de faire est parfaitement correcte. En effet, d'une part, nous avons bien sûr ensuite comparé le taux de succès agrégé des

⁶⁰ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 45.

⁶¹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 46.

⁶² Voir ci-dessus ch. 2.8.

⁶³ Voir ci-dessus ch. 2.8.

⁶⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 46.

⁶⁵ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 47.

organisations avec le taux de succès global agrégé de la même manière. Il n'y a donc aucune distorsion de la comparaison.

D'autre part, devant le Tribunal fédéral, l'admission partielle d'un recours signifie qu'il y avait bel et bien un problème réel concernant la conformité au droit de la décision précédente et que, dans cette mesure, l'organisation n'avait pas tort de porter l'affaire devant la plus haute juridiction. De plus, il est notoire que, dès lors qu'un recours au Tribunal fédéral est introduit, les plaideurs, quels qu'ils soient, tendent à faire valoir tous les arguments quelque peu crédibles afin d'utiliser toutes leurs chances. En outre, les décisions dans les domaines où les organisations ont le droit de recours sont souvent complexes, comportant plusieurs aspects. Il est donc fréquent que le litige porte sur plusieurs points et que les organisations n'obtiennent gain de cause que sur certains d'entre eux. Cela suffit, à notre avis, pour considérer qu'elles ont fait un usage en principe justifié de leur droit de recours. En effet, si elles avaient renoncé à recourir, une illégalité aurait subsisté. Le « contre-exemple » des frais de justice avancé par Avenir Suisse n'est guère pertinent, car, devant le Tribunal fédéral, on ne recourt pas sur les dépens et frais de justice sans qu'une question de principe ne leur soit liée. Ainsi donc, même si une organisation ne gagnait devant le Tribunal fédéral que sur les frais de justice (ce qui nous paraît très peu probable, mais devrait être vérifié par une nouvelle analyse de tous les cas pris en considération), cela ne signifierait pas qu'elle aurait eu en définitive tort de recourir. Nous estimons dès lors que notre méthodologie est justifiée, ce d'autant plus que nous l'avons utilisée en toute transparence.

d. Dans un argument un peu plus difficile à comprendre, Avenir Suisse nous reproche de ne pas avoir tenu compte, pour comparer les taux de succès, des différences de situation dans les divers domaines dans lesquels des recours de droit administratif sont possibles. Nous aurions donc comparé ce qui n'est pas comparable⁶⁶.

Cette critique n'est pas fondée et méconnaît le sens de notre démarche. En effet, en comparant les taux de succès, il ne s'agit nullement de porter une sorte de jugement « moral » sur des « bons recourants » qui auraient le mérite de gagner devant le Tribunal fédéral et des « mauvais recourants » qui seraient fautifs de perdre. Il est tout à fait exact que toute une série d'éléments, comme la complexité des affaires, la compétence technique et juridique des autorités de décision, la résistance ou non aux pressions politiques de ces autorités, les compétences professionnelles et juridiques des recourants, la nature des intérêts que ceux-ci défendent, etc. peuvent influencer le taux de succès des recours de droit administratif et que ces éléments varient d'un domaine à l'autre. Il ne s'agit donc pas d'évaluer la « performance » des recourants, mais d'établir un fait objectif, à savoir la proportion de cas dans lesquels l'usage du droit de recours a conduit le Tribunal fédéral à rectifier une situation qui n'était pas conforme au droit (car c'est cela que signifie le « succès » total ou partiel d'un recours). Il est donc parfaitement légitime, correct et utile d'établir que cette proportion était, pour les affaires dans lesquelles les organisations ont plaidé devant le Tribunal fédéral, nettement plus élevée que la moyenne relative à l'ensemble des recours de droit administratif.

e. Bien entendu, une fois ce fait objectif établi, la question de savoir à partir de quelle proportion l'institution même de la voie de recours est utile - compte tenu des coûts (au sens le plus large) qu'elle entraîne - est de nature politique. Chacun peut avoir son avis légitime sur le sujet. Il en est de même de l'appréciation de la « performance » d'un recourant (de la même manière que l'on évaluerait la qualité du travail d'une étude d'avocats), qui relève d'une évaluation souvent très subjective. Avenir Suisse a donc le droit d'avoir un avis particulier à ce sujet.

⁶⁶ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 48.

On relèvera cependant que la logique de l'avis exprimé par son document est difficile à suivre. En effet, Avenir Suisse insiste plus loin sur le fait que la compétence des organisations est telle qu'elle « *ne laisse souvent aucune chance aux administrations publiques ou aux promoteurs* »⁶⁷ devant les tribunaux et souligne qu'elles ne recourent qu'à coup sûr, reconnaissant que « *c'est donc à très bon escient – « lorsque les autres stratégies d'action ont échoué » et que les chances ont été évaluées avec un professionnalisme à toute épreuve- que les organisations environnementales font usage de leur droit de recours* »⁶⁸. Avenir Suisse dénie donc de la manière la plus explicite possible l'existence d'un usage abusif du droit de recours en reconnaissant que les organisations écologiste recourent « *à très bon escient* ».

Avenir Suisse explique également que les organisations bénéficient d'une indulgence particulière de la part des tribunaux⁶⁹ (avec au passage une interprétation erronée d'une observation tirée de l'ouvrage de Tanquerel de 1996, qui n'a jamais prétendu que les tribunaux auraient un parti pris en faveur des organisations écologistes). Ainsi donc, selon Avenir Suisse, les organisations choisissent très soigneusement les cas dans lesquels elles recourent, elles le font avec un professionnalisme inégalable, elles bénéficient de la bienveillance des tribunaux, mais néanmoins leur taux de succès n'est pas particulièrement remarquable. Avenir Suisse donne la réponse à ce paradoxe dans les points qu'elle sous-entend *a contrario* à travers les critiques qu'elle porte contre notre étude : les organisations recourent à la légère et avec des arguments peu fondés, ce qui les amène à un taux de succès médiocre. C'est donc, à suivre Avenir Suisse, parce qu'elles sont très sélectives dans le choix de leurs recours et les préparent très bien que les organisations abusent de leur qualité pour agir en recourant à la légère avec de mauvais arguments !

2.10 Notre étude négligerait-elle l'effet préventif du droit de recours ?

Avenir Suisse affirme que nous aurions négligé l'effet préventif ou dissuasif du droit de recours des organisations⁷⁰ au point que cela remettrait « *totalemment en question [nos] conclusions sur la modération des associations environnementales en matière d'usage de leur droit de recours.* »⁷¹ Ce reproche est difficilement compréhensible à un double point de vue.

Tout d'abord, et contrairement à l'affirmation d'Avenir Suisse selon laquelle que nous en aurions ignoré les conséquences « *avec une constance qui traverse tout [notre] travail* »⁷², la question de l'effet préventif du droit de recours apparaît de manière récurrente tout au long de notre étude, tel un *leitmotiv*⁷³. De plus, si l'on comprend « l'effet préventif » dans le sens large de « l'effet qui dépasse le pur effet juridique direct », on peut considérer que la plus grande part de notre étude lui est consacrée.

Ensuite, puisqu'il s'agit selon les termes d'Avenir Suisse de « *l'un des aspects les plus redoutables du droit de recours* »⁷⁴, il faut garder à l'esprit les raisons pour lesquelles il est si craint. Avenir Suisse n'évoque qu'à la fin de son pamphlet cette question⁷⁵ alors que celle-ci est au cœur même de la problématique : la menace du recours est redoutable parce que, lorsque le droit de recours est effectivement utilisée, les tribunaux donnent plus souvent

⁶⁷ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 48.

⁶⁸ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 48.

⁶⁹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 48.

⁷⁰ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 42.

⁷¹ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 44.

⁷² Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 43.

⁷³ Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 32 n° 40, p. 137ss, p. 165 ss, p. 212 ss.

⁷⁴ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 42.

⁷⁵ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 117.

raison aux organisations écologistes qu'aux constructeurs. Ces derniers ne se sentiraient pas menacés par un tel droit si les organisations perdaient neuf fois sur dix devant les tribunaux. Celles-ci seraient alors rapidement ignorées et les constructeurs les laisseraient bravement gesticuler. Le droit de recours est précisément une épée de Damoclès dont certains voudraient se défaire en raison même du taux de succès des organisations, démontrant par là, et c'est un paradoxe, l'absence d'abus de la part de celles-ci.

Il semble à la lecture du texte d'Avenir Suisse que cet organisme considère comme un phénomène occulte, négatif et non étudié par nous, le fait que la crainte d'un recours des organisations pousse les autorités et les promoteurs à devoir accorder une attention accrue aux exigences du droit de l'environnement. Or, il s'agit d'un phénomène général lié à l'existence même de moyens de mise en œuvre du droit. On peut se référer à l'exemple de l'effet des radars ou des patrouilles de gendarmerie sur le respect des limitations de vitesse sur les routes : n'est-il pas plus simple politiquement de supprimer des routes les radars trop efficaces, en rognant les budgets de la police, à la place de modifier un droit de la circulation routière que d'aucuns estiment être devenu trop contraignant ?

L'effet dissuasif du droit de recours des organisations écologistes est à notre avis positif, à moins de considérer que la non-application du droit est une bonne chose. A cet égard, si Avenir Suisse considère que la législation environnementale doit être transformée en législation symbolique, il doit porter clairement le débat sur ce point. Avenir Suisse se défend bien sûr d'une telle visée, concluant à une « *remise à plat globale* » du droit de l'environnement en raison de son incohérence et de imprévisibilité, mais « *sans en diminuer la portée pour la protection de l'environnement* » :

« il faudra bien s'attaquer un jour au fond du problème. Aujourd'hui, toutes les énergies se focalisent sur un instrument juridique – le droit de recours – sans se préoccuper de ce qui lui donne sa force, son pouvoir de nuisance ou son utilité : l'ensemble des lois environnementales (LPE, LPN, LFO, LEaux...). [...] Tôt ou tard, la Suisse devra procéder à une remise à plat de l'ensemble de sa législation environnementale. Elle devra, sans en diminuer la portée pour la protection de l'environnement, harmoniser et préciser les différents textes de loi qui y ont trait. »⁷⁶

Avenir Suisse finit donc par reconnaître la nature même de toute institution procédurale : celle de former un cadre au service du droit de fond dont elle a pour fonction d'assurer la mise en œuvre. Le droit de recours des organisations écologistes gêne non pas en soi, mais bien en ce qu'il a pour fonction de mettre en œuvre un droit matériel jugé gênant par certains, mais démocratiquement accepté.

3. Conclusion

En dépit de son ton fielleux et de son approche résolument polémique, le pamphlet d'Avenir Suisse –en raison de son absence de méthodologie scientifique, de ses contradictions, de ses erreurs, de ses manipulations et de ses interprétations tendancieuses– ne parvient nullement à remettre en cause les principales conclusions de notre étude. Une lecture attentive permettrait même de les renforcer à plusieurs égards. L'opuscule d'Avenir suisse reconnaît en effet :

- Que les organisations n'abusent pas de leur droit de recours, puisque, écrit Avenir Suisse, « *c'est donc à très bon escient – « lorsque les autres stratégies d'action ont échoué » et que les chances ont été évaluées avec un professionnalisme à toute épreuve- que les organisations environnementales font usage de leur droit de*

⁷⁶

Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 117.

recours »⁷⁷. Recourir « à très bon escient » est l'opposé même du recours abusif. Nous ne comprenons donc pas les thèses inverses suggérées tout au long de l'ouvrage, sauf à y déceler une incohérence dans le raisonnement.

- Que le droit de recours des organisations écologistes gêne non pas en soi, mais bien en ce qu'il a pour fonction de mettre en œuvre un droit matériel jugé gênant par d'aucuns⁷⁸. Pourtant, le pamphlet entier est paradoxalement consacré à une tentative de démantèlement et de décrédibilisation de cet instrument. A nouveau, nous ne comprenons pas l'articulation entre cette conclusion et l'acharnement sur l'instrument contesté, sauf à y voir une autre incohérence dans le raisonnement.

Prof. Alexandre Flückiger Prof. Charles-Albert Morand Prof. Thierry Tanquerel

Genève, janvier 2005

⁷⁷ Praplan/Avenir Suisse 2004, p. 48.

⁷⁸ Voir ci-dessus ch. 2.10