

N° 421871

Association Les amis de la terre France

6<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> chambres réunies

Séance du 22 mai 2019

Lecture du 17 juin 2019

## CONCLUSIONS

**M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public**

1. L'association Les amis de la terre attaque pour excès de pouvoir le décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet. Elle a, au moins en partie, intérêt pour agir. Signalons qu'un autre décret du même jour, n° 2017-1862, a accordé un droit de dérogation au directeur général de l'agence régionale de santé.

Le décret attaqué octroie à titre expérimental aux préfets de quelques régions, départements, et collectivités d'outre-mer, la possibilité de déroger aux « *normes arrêtées par l'administration de l'Etat* » lorsqu'ils prennent une décision non réglementaire relevant de leur compétence dans les matières suivantes : subventions ou concours financiers ; aménagement du territoire et politique de la ville ; environnement, agriculture et forêts ; construction, logement et urbanisme ; emploi et activité économique ; protection et mise en valeur du patrimoine culturel ; activités sportives, socio-éducatives et associatives. Le champ dans lequel le préfet peut ainsi, pour l'instruction d'un dossier individuel, ne pas appliquer, ou appliquer différemment, une norme réglementaire, est donc considérable. En revanche, la dérogation à laquelle procède la décision du préfet n'est autorisée par le décret que si elle respecte quatre conditions cumulatives. La première, qui est double, tient à l'existence d'un motif d'intérêt général à accorder la dérogation, intérêt général qui sera la plupart du temps lié au projet de celui à qui elle bénéficie, et à l'existence de circonstances locales particulières. La deuxième consiste à ce que la dérogation ait « *pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques* ». La troisième est d'être compatible avec les engagements européens et internationaux de la France tandis que la dernière interdit toute atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et toute atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé.

Le premier moyen de la requête est à l'évidence infondé : il critique l'absence de contreseing du ministre chargé de l'environnement, mais celui-ci n'aura à prendre, au sens de l'article 22 de la Constitution, aucune mesure d'exécution de ce décret du premier ministre, qui confie l'octroi de ces dérogations aux préfets.

2. Le deuxième moyen vous permettra d'apporter des précisions intéressantes. L'association soutient que, dès lors qu'il permet d'accorder des dérogations en matière d'environnement et dans d'autres domaines ayant une incidence environnementale, le décret méconnaît le

principe de non-régression inscrit à l'article L. 110-1 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité. Ce principe particulièrement puissant et contraignant interdit en effet au pouvoir réglementaire de réduire le niveau de protection de l'environnement. Votre décision *Fédération Allier Nature* du 8 décembre 2017 (CE, n° 404391, T.) a commencé à poser le cadre d'application de ce principe, en jugeant qu'il s'applique aux règles de fond et aux règles procédurales et qu'il interdit, non toute régression formelle du niveau de contrainte, mais uniquement l'édiction d'une réglementation ayant pour effet de diminuer le niveau effectif de protection de l'environnement. Le principe de non régression ne s'impose, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 août 2016 (CC, n° 2016-737 DC), qu'au pouvoir réglementaire. Le législateur demeure libre de déroger aux principes qu'il fixe, et il résulte de la lettre même de l'article qu'il ne s'applique qu'à la protection de l'environnement assurée par des normes générales et impersonnelles. En principe, l'invocation du principe de non régression est donc inopérante lorsque l'on conteste une décision individuelle : seule peut être discutée la conformité de cette décision aux dispositions réglementaires applicables, qui doivent, elles, ne pas entraîner une régression de la protection de l'environnement par rapport à l'état antérieur du droit.

Le décret ne déroge pas au principe de non régression puisqu'il ne peut, évidemment, déroger à une loi. Mais il faut admettre que la situation créée par le décret est particulière puisqu'en accordant la dérogation, le préfet dispense justement d'appliquer les dispositions réglementaires qui devraient s'appliquer. Sans aller jusqu'à dire que l'octroi de la dérogation a la nature d'une décision réglementaire, car la dérogation est accordée de façon individuelle, l'effet de cette dérogation est bien de modifier pour son bénéficiaire le cadre réglementaire qui s'applique à lui. Dès lors, il nous semble que, dans ce contexte particulier, le principe de non-régression s'impose à la dérogation et à la décision qui l'appliquera. Le préfet ne doit pas, en accordant la dérogation, affaiblir la protection de l'environnement. Si vous jugez cela, vous ne ferez qu'une interprétation conforme à l'article L. 110-1 du code de l'environnement, alors même que le principe de non-régression ne s'applique en principe pas aux décisions individuelles. Sous cette réserve, qui revient simplement, en quelque sorte, à ajouter à la dernière condition d'absence d'atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens, une condition d'absence d'atteinte à la protection de l'environnement, vous pourrez écarter le moyen.

3.1 Le dernier moyen, d'ailleurs formulé de façon très générale, revient à contester le respect des conditions posées pour l'expérimentation par l'article 37-1 de la Constitution, telle qu'elles résultent d'une jurisprudence maintenant ancienne, antérieure à l'introduction de cet article dans la constitution par la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003. Par une décision remarquable de 1993, le Conseil constitutionnel avait admis « *qu'il était (...) loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences* » à condition qu'elles soient suffisamment encadrées (CC, 28 juillet 1993, n° 93-322 DC). Un avis d'assemblée générale du Conseil d'Etat de la même année a fait la même ouverture s'agissant du pouvoir réglementaire (CE, ass. gen., 24 juin 1993, n° 353605 ; GACE, 3<sup>e</sup> ed., n° 22, p. 245).<sup>1</sup> En revanche, l'expérimentation normative n'est admissible que si elle est suffisamment encadrée.

---

<sup>1</sup> Cette position s'inscrivait dans le prolongement de la jurisprudence qui avait admis qu'une réforme entre en vigueur progressivement sur le territoire national, en commençant par certains territoires pilotes pour la mise en place du nouveau régime : CE, 13 octobre 1967, *Sieur Peny*, n° 64778, Rec. ; CE, 21 fevr. 1968, Ordre des avocats près la CA de Paris e.a., n° 68615, Rec.

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont posé une double condition, reprise dans la constitution : la limitation de la durée de l'expérimentation et la définition précise de l'expérience. Par ailleurs, le recours à une expérience ne délie pas de l'obligation de respecter les normes supérieures applicables.

En premier lieu, l'acte instituant l'expérimentation doit d'abord en **fixer lui-même et précisément la durée** : le Conseil constitutionnel s'est montré exigeant sur ce point, n'admettant pas que la durée d'une expérimentation décidée par la loi soit renvoyée à une disposition réglementaire (CC, 21 janvier 1994, n° 93-333 DC ; CC, 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC). L'expérience menée va souvent conduire à déroger au principe d'égalité et il apparaît nécessaire qu'un horizon temporel de cette dérogation soit fixé au moment où elle est décidée, comme l'un des éléments de son équilibre. Le Conseil d'Etat estime lui aussi qu'une dérogation accordée à titre expérimentale ne peut pas non plus avoir une durée excessive (CE, ass. gen., 23 nov. 2017, n° 393744, avis sur un projet de loi pour un Etat au service d'une société de confiance).

En second lieu, **l'expérience elle-même doit être suffisamment définie**. Cela implique de définir son objet : la norme que l'on expérimente, où celle à laquelle on pourra déroger de façon expérimentale. Il est également nécessaire d'encadrer de façon appropriée les conditions dans lesquelles se déroulera l'expérience (CC, 12 août 2004, n° 2004-503 DC ; 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC ; 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC). Le degré de précision nécessaire pour ces éléments dépend bien sûr de chaque expérimentation. Le champ de l'expérimentation doit faire l'objet d'une définition précise mais le Conseil constitutionnel admet que la loi renvoie au pouvoir réglementaire la définition de l'échantillon qui fera l'expérience (CC, 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC ; 4 août 2011, n° 2011-635 DC). Il n'exige pas non plus, sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, que la loi détermine elle-même et dès le départ les modalités d'évaluation de l'expérience (CC, 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC).

Pour le reste, la norme qui fixe l'expérimentation doit respecter les normes supérieures qui s'imposent à elle. Il s'agit d'abord des **règles de compétences** (CE, 27 juin 2001, Syndicat sud travail, n° 226261, Rec.) : seul le législateur peut déroger à la loi, et le titulaire du pouvoir réglementaire au règlement (sauf pour les expérimentations prévues par l'article 72 de la Constitution qui permettent d'habiliter une collectivité territoriale à déroger à la loi ou au règlement national qui lui est applicable). L'expérience doit également ne méconnaître aucune **règle ou principe supérieurs** à la norme qui la décide. Il est seulement dérogé, par définition, à l'application stricte du principe d'égalité entre les personnes, territoires, matières objets de l'expérimentation et ceux qui en restent temporairement exclus. A l'intérieur du champ de l'expérimentation, en revanche, le principe d'égalité doit être respecté (v. par ex. CC, 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC, ct 38).

3.2 Le dispositif original du décret attaqué respecte-t-il ce cadre d'exigences constitutionnelles ? Sa durée est limitée, et le champ géographique de l'expérimentation est défini par le décret de façon précise. Aucune atteinte à un principe constitutionnel n'est invoquée. Contrairement à ce qui est soutenu, le pouvoir réglementaire était bien compétent pour édicter ce dispositif puisqu'il n'autorise la dérogation qu'à des normes réglementaires. A ce propos, malgré l'ambiguïté créée par la formule « *normes arrêtées par l'administration de l'Etat* », il faut selon nous comprendre que l'on peut également déroger à des normes *décrétées* par l'Etat. Notez que la question de la possibilité pour le premier ministre

d'autoriser une dérogation à tous types d'arrêtés réglementaires, y compris ceux parfois prévus par la loi, n'est pas abordée par la requête.

L'expérience en revanche, l'institution expérimentale de dérogations individuelles accordées par les préfets, est définie dans des termes particulièrement larges, et de ce de deux points de vue :

- du point de vue de la désignation des normes auxquelles on peut déroger, qui ne sont pas précisément listées, le décret se contentant d'énumérer des matières, dans des termes par ailleurs généraux ;
- du point de vue du contenu de la dérogation, de la norme alternative expérimentée, qui n'est pas du tout définie, sinon par la condition que la dérogation doit avoir pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques.

En contrepartie de ces largesses, en revanche, le système de dérogation est encadré par les quatre conditions que nous vous avons présentées en introduction. Cela est-il suffisant ?

A la première lecture du décret, on est pris d'un certain vertige. L'expérimentation dont il est question ici n'a que peu à voir, quant à son champ et, plus profondément, quant à sa méthode, avec les expérimentations traditionnelles. L'expérimentation classique consiste à édicter précisément une norme dérogoire ou une nouvelle norme et à prévoir que, pendant quelque temps, elle sera appliquée à titre expérimental dans un territoire donné, avant que l'on ne décide de la généraliser, telle quelle ou amendée, ou de l'abandonner. En l'espèce, on ne sait pas vraiment ce à quoi on va déroger ni comment. On cherche à identifier des règles inutilement complexes ou mal adaptées à certains cas particuliers. On ne peut en fournir une liste au début de l'expérience. Cela rend-il cette expérimentation inconstitutionnelle ? Nous ne le pensons pas. Il nous semble que la précision qui est exigée pour la description de l'objet et des conditions de l'expérience n'est pas tout à fait de même nature que celle qu'on exige, par exemple, pour la durée ou le champ géographique de l'expérimentation. Ce qui est important, c'est que l'expérience à laquelle on procède soit suffisamment définie. C'est évidemment le cas lorsqu'on expérimente un nouveau mode de service public ou une règle qui est définie *a priori* par les actes qui mettent en place l'expérimentation. Mais il nous semble qu'on peut aussi admettre des expérimentations plus larges, ouvertes, où l'on s'autorise pendant un temps à atteindre un certain objectif en adaptant, d'une façon encore non déterminée, une série de contraintes, en autorisant des dérogations qui ne sont pas prédéterminées. L'expérimentation en cause ici est une expérimentation du second type : le premier ministre, lorsqu'il signe ce décret, n'a pas d'idée précise, exhaustive, de ce à quoi les préfets vont être amenés à déroger ; au contraire, l'expérimentation doit permettre de faire remonter des normes qui, localement ou pour tout le pays, dans des cas particuliers ou de façon générale, se sont avérés inutilement complexes ou contraignantes, et auxquels les préfets ont estimé utile de déroger dans certains cas. Il ne s'agit pas d'une démarche descendante (*top-down*) d'expérimentation, où le projet qu'on expérimente est définie *ex ante* par le législateur ou le pouvoir réglementaire, mais d'une démarche ascendante (*bottom-up*) où l'on offre des possibilités d'expérimentations locales afin d'atteindre un objectif de réforme que l'on s'est donné.

Cette sorte d'expérimentation est-elle par principe contraire à l'article 37-1 de la Constitution ? Nous ne le pensons pas. Il vous faut en revanche adapter l'exigence d'une définition « *suffisamment précise* » de « *l'objet et des conditions* » de l'expérience. Comment définir une telle expérience ? Si l'on ne sait pas exactement ce que l'on cherche, on doit,

d'une part, **savoir pourquoi on le cherche, quel est l'objectif**, et l'on doit, d'autre part, fixer **un cadre raisonnable, admissible aux dérogations** que l'on autorise les préfets à accorder. C'est le rôle articles 2 et 3 du décret. Est-il suffisant ? Votre contrôle se doit d'être exigeant. Lorsqu'il a admis que le législateur recourt à des expérimentations, par sa décision fondatrice du 28 juillet 1993 (n° 93-322 DC), le Conseil constitutionnel était saisi d'une expérimentation qui présentait une certaine parenté avec la nôtre, puisque le législateur avait autorisé les établissements d'enseignement supérieur à expérimenter de nouveaux statuts mais sans définir ces nouveaux statuts, en prévoyant simplement qu'on pourrait déroger à une longue série de règles. Or, tout en acceptant le principe de cette sorte d'expérimentation, le Conseil constitutionnel a censuré la loi, estimant que les limites que ces statuts expérimentaux ne pourraient pas franchir n'avaient pas été suffisamment définies, les objectifs étant par ailleurs très généraux. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dès cette décision de 1993, confrontée à une expérimentation ouverte, le Conseil constitutionnel recourt à ce binôme objectifs-limites au considérant 10 de sa décision.

En l'espèce, l'objectif est fixé au 2° de l'article 3 et il est tout à fait précis et particulièrement contraignant : la dérogation doit avoir « *pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques* ». Le mot « effet » marque bien qu'on ne sait pas exactement quel est l'objet de la norme à laquelle on pourra déroger (alléger une démarche administrative n'est pas en soi un objet de norme), mais qu'on sait quel est l'effet, l'objectif recherché. Ce mot *effet* ne doit en revanche pas être interprété comme permettant de déroger à des normes dont l'objet n'est pas directement en relation avec ces objectifs, c'est-à-dire, d'une part, les conditions d'attribution des aides publiques et, d'autre part, les règles de forme et procédure. Ce point est fondamental, car on peut toujours dire que déroger ou exempter d'une règle de fond est un allègement des démarches administratives puisqu'on n'a plus à respecter la règle... Si vous avez cette interprétation large du décret, alors il permet au préfet de déroger à tous les règlements dans quasiment toutes les matières liées à la réalisation d'un projet : l'encadrement par les autres conditions serait alors très probablement insuffisant. Mais il nous semble que ce n'est pas le cas. Si on interprète strictement la condition fixée au 2° de l'article 3, l'objectif de favoriser les aides publiques ne permet que de déroger à des règles qui fixe des contraintes pour ces aides publiques, ce qui est ciblé et précis ; l'objectif d'alléger les démarches administratives permet seulement de supprimer ou de simplifier des règles procédurales ou formelles prévues uniquement au niveau réglementaire : le champ matériel est très large, mais il s'agit d'une catégorie de règles précisément identifiées et qui, par définition, ne pose pas de contraintes de fond. Ainsi comprise, l'encadrement de l'expérimentation par ses objectifs est, en réalité, fortement contraignant, et conduit d'ailleurs à désigner matériellement les règles auxquelles on pourra déroger, à tracer une limite aux dérogations apportées.

Le décret fixe ensuite un cadre complémentaire, il trace les frontières de l'admissible. Il indique, de façon bienvenue mais superfétatoire, que la dérogation ne doit pas méconnaître les engagements européens et internationaux de la France. En matière d'aides publiques, s'appliquent donc les fortes contraintes européennes applicables aux aides d'Etat. Elle doit aussi, bien que ce ne soit pas répété par le décret, respecter les principes généraux du droit, les lois applicables et les règles, droits et principes constitutionnels. A cela le décret ajoute trois frontières, trois conditions que doivent respecter les dérogations :

- être cantonnées aux matières définies à l'article 2, qui sont certes larges mais pas non plus illimitées ;

- être justifiées à chaque fois par un motif d'intérêt général et, plus délicat, par des circonstances locales ;
- enfin, ne porter aucune atteinte à la sécurité des personnes et des biens et à la défense, et ne pas porter une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par la disposition auxquels on déroge, eu égard aux motifs d'intérêt général qui justifient de déroger.<sup>2</sup> Il est ainsi, par exemple, impossible de supprimer une consultation qui protège la sécurité des personnes, ou un intérêt qui apparaît supérieur au gain de simplification qu'offre la dérogation.

Des précautions ont été prises afin de préserver les droits des tiers : la décision de déroger, qui constituera dans certains cas un acte distinct de la décision appliquant la dérogation, est un arrêté motivé, publié au recueil des actes de la préfecture et qui peut probablement être attaqué.

Nous sommes d'avis que ce dispositif, large dans son principe, est en réalité fortement encadré et qu'il ne pourra donner lieu qu'à un nombre limité de dérogations, soit pour accorder des aides publiques au-delà de ce qu'autorisent les textes lorsque la loi et le droit de l'Union européenne le permettent, soit pour simplifier ou supprimer certaines contraintes procédurales ou formelles lorsqu'aucune des autres conditions ou aucune loi ou principe, notamment le principe de non-régression environnementale, n'y fait obstacle. Il est d'ailleurs significatif que, dans la circulaire d'application du premier ministre du 9 avril 2018, seuls deux exemples de dérogation sont donnés : la dispense de consultation d'une commission pour l'instruction d'une demande ; la dispense d'une pièce justificative pour l'octroi d'une subvention à une collectivité.

Le dernier mémoire du ministre montre que l'interprétation que nous vous proposons aujourd'hui dément probablement une partie de la pratique, puisqu'au moins une dérogation à des règles de fond a été accordée hors du champ des aides publiques : une dérogation à une règle de constructibilité limitée fixée par un plan de prévention des risques naturels. Par ailleurs, les dérogations à des règles procédurales en matière d'obligation d'étude d'impact ou d'enquête publique qui sont mentionnées ne peuvent être valides que si elles respectent les exigences législatives et européennes en la matière, ce qu'il est bien sûr impossible d'apprécier au dossier.

Quoiqu'il en soit, il nous semble qu'il vaut mieux retenir l'interprétation que nous vous proposons du décret, qui correspond à la circulaire de son auteur et qui conduit selon nous à rejeter le recours, ce qui fragilise peut-être certaines des dérogations accordées (si elles ne sont pas devenues définitives), plutôt que d'en retenir une interprétation plus large qui pourrait vous conduire à l'annuler et fragiliser l'ensemble des soixante et une dérogations accordées.

Nous terminons en précisant que ce que vous jugez aujourd'hui ce n'est pas la légalité ou la constitutionnalité d'une importante faculté de dérogation accordée aux préfets dans une série de matières largement définies : vous ne vous prononcez que sur la faculté de recourir à un tel dispositif à titre expérimental. Viendra ensuite le temps de l'évaluation et de la décision

---

<sup>2</sup> Cette condition revient à exiger de la dérogation le respect d'un principe de proportionnalité, et n'est pas sans rappeler celle à laquelle la jurisprudence avait soumis autrefois les dérogations aux règles d'urbanisme (CE, ass., 18 juillet 1973, Ville de Limoges, n° 86275, Rec.).

finale, qui pourra être la modification pour tous des normes auxquelles les préfets auront jugé utile de déroger pour quelques-uns, ou l'octroi pérenne de facultés de dérogation au préfet, à condition qu'elles soient suffisamment encadrées. Le ministre indique d'ailleurs lui-même que, pour l'avenir « *il pourrait s'avérer plus utile d'assouplir les dispositions existantes* » que de multiplier les dispositions de dérogations.

**Nous concluons donc au rejet de la requête.**