

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

Les projets qui ont une incidence notable sur l'environnement ne peuvent être autorisés qu'après qu'ait été évalués leurs effets sur l'environnement, notamment par la réalisation d'une étude d'impact. Les principes de cette évaluation environnementale sont fixés par la directive européenne 2011/92/UE du 13 décembre 2011. En droit français, les règles applicables ont été modifiées par l'ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 et la Fédération Allier Nature attaque pour excès de pouvoir un décret d'application de cette ordonnance, le décret n° 2016-1110 du 11 août 2016. Ce décret, entre autres choses, réforme l'annexe de l'article R. 122-2 du code de l'environnement : un tableau qui liste les projets soumis systématiquement à évaluation environnementale et ceux soumis à cette obligation au terme d'un examen du projet, dit « examen au cas par cas », l'absence d'un projet dans le tableau signifiant qu'il n'y est jamais soumis. Le génie réglementaire français s'essaye ainsi à décrire dans un tableau l'ensemble des projets possibles au regard de l'ensemble des effets environnementaux envisageables. Ce tableau mêle ainsi les aérodrômes aux canalisations d'eau, les ports à l'épandage de boue, les pistes de ski aux poses de câbles sous-marins. Mais l'exercice est redoutable et la vigilance des associations de protection de l'environnement n'est pas moins grande : nous pensons qu'une nouvelle fois vous devrez partiellement faire droit au recours. L'argumentation originale du requérant vous permettra cependant de préciser pour la première fois la portée d'un nouveau principe du code de l'environnement, inséré, non sans débats, par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, à l'article L. 110-1 de ce code qui énumère les principes du droit de l'environnement français. Il s'agit du « *principe de non régression selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment.* » (sur la genèse du principe, v. Michel Prieur, *Une vraie fausse création juridique : le principe de non-régression*, Revue juridique de l'environnement, 1^{er} dec. 2016, p. 319). Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition dans sa décision du 4 août 2016 (CC, n° 2016-737 DC) mais il en a limité la portée : refusant de renouer en matière environnementale avec sa jurisprudence dite de « l'effet cliquet », il a souligné que le principe s'imposerait au pouvoir réglementaire, « *dans le cadre des dispositions législatives propres à chaque matière* » tandis que le législateur demeurerait libre d'apprécier l'opportunité de modifier ou d'abroger les textes antérieurs, dans le respect des règles et principes s'imposant à lui.

La critique de la requérante concerne la rubrique n° 44 de la nouvelle annexe, relative à certains équipement sportifs ou de loisir. Les moyens visent plus spécifiquement les « pistes

permanentes de courses d'essai et de loisirs pour véhicules motorisés », que nous appellerons pistes de courses automobiles, et les « autres équipements culturels, sportifs ou de loisirs ». L'association, qui souhaite pouvoir s'opposer à de tels projets dans le département où elle agit, indique ne pas contester la rubrique en tant qu'elle concerne les parcs d'attractions et les golfs, qui ne sont donc pas concernés par les développements qui suivent, l'expression « autres équipements » ne les incluant pas.

Pour la partie qu'elle attaque, elle estime que la nouvelle rubrique 44 allège les obligations d'évaluation environnementale pour ces projets et qu'il y a là régression et donc méconnaissance de l'article L. 110-1 du code de l'environnement. A y regarder de plus près, on peut distinguer deux aspects de la prétendue dégradation :

- certains projets étaient auparavant soumis systématiquement à étude d'impact alors qu'il ne le seront plus qu'au terme d'un examen au cas par cas : il s'agit des pistes de courses automobiles de plus de 4ha, et des « autres équipements » sportifs et de loisir (hors parcs d'attraction et golfs) susceptibles d'accueillir plus de 5000 personnes ;
- d'autres projets étaient auparavant soumis à l'étude d'impact, en général seulement « au cas par cas », et en sont maintenant complètement dispensés : il s'agit des pistes de moins de 4ha et des autres équipements accueillant moins de 5000 personnes.

La réglementation s'est donc assouplie : y a-t-il là une méconnaissance du principe de non régression ? Pour répondre au moyen, vous devrez examiner certains aspects du principe de non régression, étant bien précisé que cette affaire ne vous permettra pas de répondre à l'ensemble des questions posées lors des débats parlementaires ou par la doctrine. Vous devrez répondre à trois questions : ce principe est-il applicable à des obligations procédurales comme celles du décret attaqué ? quels sont les termes à comparer pour apprécier s'il y a ou non régression ? enfin, quels sont les critères de la régression ?

La première de ces questions est tout à fait fondamentale et elle n'est pas évidente. C'est la « protection de l'environnement » qui ne doit pas régresser, et au regard des connaissances scientifiques : sans nier l'intérêt des obligations procédurales, on pourrait soutenir que la suppression de toutes ces obligations serait par elle-même sans incidence sur l'état de l'environnement lui-même. Elles ne sont qu'une aide à la prise de décision, seules ces dernières décisions ayant un effet sur l'environnement. Nous pensons cependant qu'il faut inclure ces questions dans le champ d'application du principe. Le droit de l'environnement est en partie un droit de la prise en compte de l'environnement, un droit procédural construit autour de l'accès aux informations environnementales, de l'obligation d'évaluer les effets environnementaux d'un projet et de la participation du public et d'instances spécialisées en matière d'environnement à la prise de décision, pour que celle-ci intègre ces effets. Une régression dans ce domaine est donc une régression de la protection de l'environnement. Les travaux parlementaires ne sont pas déterminants mais c'est la position de la doctrine que nous avons pu consulter (v. not., J. Makowiak, *Ce que non-régression veut dire*, Droit de l'environnement, Victoire éditions, 1^{er} février 2017, n° 253, p. 54-58). La Belgique, qui a consacré un principe parent de « standstill » de la protection de l'environnement, l'a appliqué aux règles de procédure par un avis remarqué de la section de la législation du Conseil d'Etat Belge (v. F. Haumont, *Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement saint*, Revue juridique de l'environnement, numéro spécial 2005 ; Parl.wal. session 1996-96, n° 233, n° 1, p. 65).

Si vous avez franchi cet obstacle, il vous faut cerner les éléments à comparer. Il vous faut comparer deux objets juridiques, l'un actuel, issu du décret attaqué, l'autre antérieur, pour déterminer s'il y a régression :

- s'agissant de l'élément actuel, il faut d'abord déterminer l'échelle à laquelle il faut se placer. Le ministre soutient qu'il faut regarder le décret en entier, l'annexe en entier, avec ses 48 rubriques et ses dizaines d'items, pour constater que globalement elle constitue un progrès. Il nous semble qu'il est effectivement pertinent d'avoir une approche globale lorsqu'il faut intégrer à un plateau de la balance des éléments qui relèvent d'une même problématique ou participent de la protection du même écosystème mais notre annexe regroupe des éléments qui sont totalement indépendants : les choix sur la procédure d'autorisation d'une piste automobile nous semblent ne pas pouvoir être compensés par ceux relatifs aux procédures d'autorisation des crematoriums et des stockages radioactifs pour évaluer s'il y a régression ou non... Pour la seule question qui nous intéresse aujourd'hui, nous vous invitons donc à examiner le respect du principe de non régression par type de projet ;
- s'agissant de l'élément antérieur, la focale sera bien sûr la même ; reste la question de la date à laquelle il faut se placer ; il s'agit soit de la date d'introduction du principe, le 8 août 2016, faisant du niveau de protection à cette date un standard minimum à respecter ; soit de l'état de la réglementation immédiatement antérieur, ce qui donne au principe une application glissante, chaque amélioration de la protection enclenchant un cliquet qui interdit le retour en arrière. Le texte de la loi nous semble trancher en faveur de cette seconde approche puisqu'il parle de l'amélioration continue de la protection. Au cas d'espèce, en tout état de cause, cela revient au même.

Enfin, il faut déterminer selon quels critères apprécier s'il y a régression ou non. Lors des débats parlementaires, ce nouveau principe a cristallisé certaines oppositions, fondées sur la crainte qu'un tel principe ferait peser sur l'action publique une contrainte considérable, empêchant tout choix se traduisant par une moindre protection de l'environnement pour un site, un type de pollution, une espèce donnée. C'est exact : si le principe ne lie pleinement que le pouvoir réglementaire, il constitue une contrainte importante. C'est le choix du législateur. Ce principe n'est d'ailleurs pas un principe au sens étroit du terme, au sens où il ne pourrait s'imposer que par le respect d'autres règles : c'est une règle à part entière. La doctrine a pu parler de « principe-norme », comme le principe d'égalité.

Il vous revient cependant d'en préciser l'application : qu'est-ce que régresser au sens de l'article L. 110-1 du code de l'environnement ?

Il n'y aura d'abord pas méconnaissance du principe lorsque la régression du règlement trouvera sa source dans une modification de la législation conforme à la Constitution, c'est la conséquence de ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel. Nous nous plaçons donc dans le cas où, comme ici, la régression découle du choix du seul pouvoir réglementaire,

Il ne s'agit pas alors de censurer une régression de la contrainte réglementaire en elle-même, selon qu'elle s'alourdit ou qu'elle s'abaisse, une régression formelle de la protection ; il résulte du texte que ce qui ne doit pas régresser, c'est la protection de l'environnement elle-même, et que celle-ci s'apprécie compte-tenu des connaissances scientifiques. Autrement dit, on peut abaisser la réglementation protégeant une espèce ou une pollution si le niveau de contrainte antérieur n'apparaît plus nécessaire pour garantir le même niveau de protection de l'environnement, par exemple parce que cette espèce s'est multipliée ou que des techniques nouvelles permettent de juguler différemment les effets de cette pollution. Par ailleurs, à

niveau de danger inchangé, une réglementation peut parfois être plus souple sans induire de régression de la protection.

Ainsi, en l'espèce, passer de la réalisation d'une étude d'impact systématique à une étude d'impact prévue « au cas par cas » ne nous semble pas une régression puisque l'étude d'impact demeure obligatoire, « au cas par cas », dès que le projet est susceptible d'avoir des effets environnementaux notables, en application de l'article L. 122-1 du code de l'environnement. Les projets exemptés ne seront que ceux pour lesquels l'étude d'impact n'apparaît pas nécessaire à la protection de l'environnement. Nous écartons donc cette partie de la critique.

En revanche, il est possible qu'exempter systématiquement certains projets de toute étude d'impact puisse constituer une régression dans la protection de l'environnement si ces projets sont susceptibles, pour certains d'entre eux, d'avoir des effets environnementaux notables, qu'il faudrait pouvoir prendre en compte au moment de la prise de décision. Or il nous semble qu'une piste automobile de moins de 4ha et des équipements de sports et de loisirs (hors parcs d'attraction et golf) accueillant moins de 5000 personnes peuvent avoir une influence environnementale notable si leur lieu d'implantation, leur construction ou leur fonctionnement porte atteinte à des espèces sensibles, perturbe fortement un écosystème ou génère des pollutions importantes. Des exemples au dossier sont fournis par l'association. La dispense en tous cas d'étude environnementale constitue alors bien une régression et nous vous proposons donc de censurer le décret dans cette mesure.

A ce stade, vous n'aurez plus qu'à examiner les deux autres moyens au regard de la partie contestée du décret qui ne constitue pas une régression, c'est-à-dire pour les projets soumis à étude d'impact « au cas par cas ». Ils ne vous retiendront guère : le choix de ne pas soumettre ces projets à une étude d'impact systématique est conforme à l'article L. 122-1 du code de l'environnement et à la directive 2001/92/UE du 13 décembre 2001 dès lors que l'étude d'impact devra être réalisée si les impacts environnementaux sont notables et que ces textes laissent au pouvoir réglementaire le soin de préciser ceux pour lesquels l'étude doit être systématiquement réalisée.

Reste un dernier moyen de méconnaissance de la loi d'habilitation sur la base de laquelle a été prise l'ordonnance qui constitue elle-même la base légale du décret attaqué. Le ministre estime ce moyen inopérant et, en théorie, une telle confrontation n'a en effet pas lieu d'être puisque les contraintes de la loi d'habilitation ne devraient concerner que le domaine de la loi et les dispositions de l'ordonnance. Mais rien n'interdit au législateur de fixer dans son habilitation des contraintes pour l'exercice du pouvoir réglementaire d'application et dans un tel cas nous pensons que le pouvoir réglementaire serait tenu de les respecter, y compris si elles ne sont pas reprises dans l'ordonnance. Nous pensons donc le moyen opérant, mais il est à l'évidence infondé car l'article d'habilitation 106 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ne contient aucun autre critère que ceux de la partie législative du code de l'environnement pour déterminer les cas où l'étude d'impact doit être systématique.

Nous concluons donc à l'annulation, au a) et d) de la rubrique 44 de l'annexe du décret attaqué destinée à constituer l'annexe de l'article R. 122-2 du code de l'environnement, des mots « d'une emprise supérieure ou égale à 4 hectare » pour les pistes de course pour véhicules motorisés, et des mots « susceptibles d'accueillir plus de 5000 personnes » pour les « autres équipements » régis par cette rubrique. Nous vous signalons d'ailleurs que, s'agissant des pistes automobiles, l'annexe a depuis été modifiée en ce sens. Nous concluons au rejet du

surplus des conclusions, y compris la demande de remboursement de frais de la requérante qui n'a pas pris d'avocat et ne justifie sa demande que par le travail de ses salariés et bénévoles sans frais supplémentaires (v. pour un raisonnement similaire appliqué à l'Etat, CE, 3 octobre 2012, Min. def. c/ société Arx, n° 357248, rec.).