

N°s 426941, 427388

ASSOCIATION LA DEMEURE HISTORIQUE

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 4 mars 2020

Lecture du 3 avril 2020

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

Dans quelles conditions le principe de non-régression posé par l'article L. 110-1 du code de l'environnement s'applique-t-il à des dispositions réglementaires portant sur des règles de procédure contentieuse ? C'est la principale question que posent les affaires qui viennent d'être appelées.

Vous nous permettrez de réserver cette question délicate pour la fin de nos conclusions.

Le décret du 29 novembre 2018 attaqué par les deux requêtes est relatif aux éoliennes terrestres, à l'autorisation environnementale et porte diverses dispositions de simplification et de clarification du droit de l'environnement.

Les diverses associations requérantes sont opposées au développement des éoliennes pour des raisons différentes et nous ne voyons pas de raison de nous opposer à leur **intérêt à agir**, qui n'est pas contesté en défense. Vous pourrez admettre l'intervention en défense de l'association France énergie éolienne, qui réunit des professionnels de la filière et qui a pour objet de valoriser l'énergie éolienne en France.

1.1 Est tout d'abord soulevé un moyen tiré de ce que le décret adopté ne correspondrait pas à la version du projet soumise pour avis au Conseil d'Etat. Mais le Gouvernement vous a transmis le texte qui a adopté par la section des Travaux publics, qui permet de constater que le moyen manque en fait.

1.2 Il est ensuite soutenu que le décret serait irrégulier pour défaut de contresign du Garde des sceaux, alors qu'il modifie le code de justice administrative. Votre jurisprudence d'application de l'article 22 de la Constitution conduit à considérer que les ministres chargés de l'exécution d'un acte réglementaire sont ceux qui ont compétence pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte l'exécution de cet acte. Vous pourrez écarter le moyen dès lors que le décret n'appelle aucune mesure d'exécution de la part du ministre de la justice.

2.1 Les moyens de légalité interne sont pour l'essentiel dirigés contre différents articles du décret.

Est d'abord critiqué l'article 4, qui concerne l'avis de l'autorité environnementale. L'article R. 181-13 du code de l'environnement fixe la liste des éléments que doit comprendre la demande d'autorisation environnementale. L'article 4 du décret du 29 novembre 2018 est venu compléter cette disposition pour prévoir que « *le pétitionnaire peut inclure dans le dossier de demande une synthèse des mesures envisagées, sous forme de propositions de prescriptions de nature à assurer le respect des dispositions des articles L. 181-3, L. 181-4 et R. 181-43* ».

Est soulevé contre cette disposition un moyen tiré de la méconnaissance du principe de non-régression posé par l'article L 110-1 du code de l'environnement. Ce principe s'impose au pouvoir réglementaire dans le cadre des dispositions législatives propres à chaque matière, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016 (Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, considérant 10).

Ce principe législatif s'applique non seulement aux dispositions de fond, mais aussi aux règles de procédure, comme par exemple les conditions d'évaluation ou d'enquête préalables à l'adoption d'une décision environnementale. C'est ce que vous avez jugé dans votre décision CE, 8 décembre 2017, Fédération Allier Nature, n° 404391 aux T. par laquelle vous avez jugé que ce principe faisait obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse légalement exempter d'évaluation environnementale des projets qui y étaient soumis.

Mais une telle dispense nouvelle d'évaluation ne suffit pas à méconnaître le principe de non-régression, s'il est établi qu'il s'agit de projets **insusceptibles** d'avoir des effets notables sur l'environnement ou la santé humaine. Ainsi, tout allègement procédural ne caractérise pas une atteinte à ce principe, si la protection concrète apportée à l'environnement ne s'en trouve pas diminuée.

S'agissant de l'article 4 du décret, on peine à voir en quoi la possibilité pour le pétitionnaire de suggérer des mesures compensatoires viendrait, comme le soutiennent les requérants, neutraliser l'avis de l'autorité environnementale : celle-ci va se prononcer sur l'ensemble des incidences du projet et les mesures pour les atténuer ou les compenser. L'incitation donnée au pétitionnaire à proposer lui-même des mesures qui pourront prendre la forme de prescription ne vient pas faire basculer sur celui-ci la charge de mener une évaluation qui doit dépendre d'une entité indépendante, ce que le décret ne remet pas en cause.

2.2 Est ensuite critiqué l'article 10 du décret. Celui-ci complète l'article R. 181-45 du code de l'environnement pour prévoir que le projet d'arrêté portant prescriptions complémentaires est communiqué par le préfet à l'exploitant d'une installation disposant d'une autorisation environnementale, qui dispose de quinze jours pour présenter ses observations éventuelles par écrit.

Dans la lignée de ce que nous venons de vous dire sur l'article 4, nous ne voyons pas en quoi la faculté ainsi offerte au pétitionnaire de présenter des observations sur des **prescriptions complémentaires**, s'agissant donc d'un projet bénéficiant **déjà** d'une autorisation, pourrait par elle-même porter atteinte à l'environnement.

Cet article 10 modifie la même disposition du code pour porter de deux à quatre mois sur le délai à l'issue duquel le silence gardé par l'administration vaut décision implicite de rejet d'une demande de l'exploitant tendant à l'adaptation des prescriptions imposées par l'autorisation environnementale. Ce délai est porté de trois à cinq mois lorsque le préfet sollicite l'avis de la commission départementale de la nature, des paysages et des sites ou conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques.

De la même façon, un tel allongement du délai de naissance d'une décision implicite de rejet ne constitue pas par lui-même une atteinte au principe de non-régression, car ses effets sur l'environnement sont trop incertains, si tant est qu'on puisse soutenir qu'il en ait.

2.3 La requête de l'association France environnement durable et autres critique ensuite l'article 15 du décret, mais il nous semble que son argumentation concerne en réalité l'article 11, qui concerne les délais de réponse des services de l'Etat saisi pour avis : vous pourrez faire l'effort de considérer que c'est bien l'article 11 qui est en cause.

Ces délais concernent notamment l'avis de l'agence régionale de santé qui est réduit de 15 jours, pour des projets qui n'ont vocation qu'à être exploités que pour une durée de moins d'un an, ce qui ne vise pas les éoliennes. Il doit en outre s'agir de projets qui n'ont pas d'incidence durable sur les eaux ou le milieu aquatique. Cette réduction de délai apparaît cohérente avec le caractère limité de tels projets, qui n'appelle pas d'avis complexes des services de l'Etat, avis qu'il est donc possible de rendre dans un délai de cette ampleur. Vous écarterez l'atteinte au principe de non régression.

2.4 Les deux derniers articles critiqués concernent des dispositions touchant à la procédure s'agissant du contentieux des éoliennes, qui fait l'objet de dispositions dérogatoires par rapport au droit commun. L'article 23 tout d'abord supprime le double degré de juridiction, au profit d'une compétence de 1^{er} ressort des cours administratives d'appel.

Plusieurs moyens critiquent cette suppression.

2.4.1 Tout d'abord, et contrairement à ce qui est soutenu, il n'existe pas de **principe général de droit de double degré de juridiction**, ce que vous avez indiqué à plusieurs reprises par des décisions inédites, en dernier lieu par une décision CE, 23 décembre 2014, *Syndicat de la juridiction administrative et autres*, n° 373469. Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de la méconnaissance d'un tel PGD.

La nécessité d'un double degré de juridiction n'est pas davantage consacrée par les 6 et 16 de la DDHC, non plus que par les articles 6 et 13 de la CEDH. Voyez CC, décision n°

2012-243/244/245 QPC du 14 mai 2012, *Société Yonne République et autre*, cons. 13 et la décision Syndicat de la juridiction administrative précitée. Il l'est seulement en matière pénale aux termes de l'article 2 du protocole n°7 de la CEDH, qui n'est pas en cause ici.

2.4.2 L'argumentation sur le droit au recours effectif présente plusieurs autres branches : celui-ci serait méconnu dans la mesure où cette compétence de 1^{er} ressort des cours administratives d'appel conduit, par application de l'article R431-11 du code de justice administrative, et s'agissant d'un contentieux de pleine juridiction, à rendre le **ministère d'avocat obligatoire**.

Votre décisions Hofmann du 21 décembre 2001 n°222862 au rec a synthétisé des éléments qui figuraient dans des arrêts plus anciens pour considérer que l'obligation de recourir à un avocat ne méconnaissait pas le droit au recours, en notant l'existence d'un dispositif d'aide juridictionnelle. L'existence de l'aide juridictionnelle figure aussi dans le raisonnement suivi pour sa part par la CEDH sur ces questions (CEDH, 9 octobre 1979, A... c/ Irlande).

Votre décision Meyet de 2003 notait ainsi que cette obligation du ministère d'avocat devant les cours administratives d'appel a pour objet tant d'assurer aux justiciables la qualité de leur défense que de concourir à une bonne administration de la justice, en imposant le recours à des professionnels du droit. S'agissant ici de surcroît d'un contentieux présentant une technicité certaine, l'objectif de bonne administration de la justice nous paraît sans hésitation conduire de considérer qu'une telle obligation ne méconnaît pas le droit à un recours effectif.

2.4.3 Est soulevé un moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice. Un tel moyen est opérant, vous l'avez écarté lorsqu'a été contesté le décret qui prévoyait la compétence de 1^{er} et derniers ressorts des tribunaux administratifs en matière de permis de construire délivrés dans les communes en tension.

En l'espèce, il ne nous paraît pas que la situation des éoliennes et celles d'autres ouvrages énergétiques doivent être considérée comme se trouvant dans la même situation, notamment en terme de questions contentieuses que les autorisations correspondantes soulèvent. Dans ces conditions ces différents contentieux n'ont pas à être soumis à des règles identiques.

2.4.5 Dans le prolongement de cette argumentation, il est soutenu que le décret serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation sur ce point, l'association La demeure historique soutenant que le pouvoir réglementaire n'aurait pas dû privilégier « l'une des formes d'énergie renouvelables les moins recommandables d'un point de vue économique et les plus inutilement agressives pour les paysages et le patrimoine français ».

Mais alors que le développement des énergies renouvelables est un objectif affirmé par le législateur, les délais de réalisation des projets d'éolienne en France sont de 7 à 9 ans contre 3 à 4 ans en Allemagne. L'opportunité de réduire le délai contentieux pour l'éolien spécifiquement, auquel la suppression d'un degré de juridiction va nécessairement contribuer, ne nous paraît pas devoir être censurée.

2.4.6 Le moyen suivant est tiré de la méconnaissance du droit d'exercer un recours juridictionnel garanti par l'article 9 de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et **l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus** le 25 juin 1998. Cet article est formulé de façon très générale, et en particulier rien dans sa rédaction ne laisse entendre que l'accès à la justice environnementale qu'il vise à garantir nécessite l'existence d'un double degré de juridiction.

Dans ce contexte, la question de savoir la mesure dans laquelle ces dispositions peuvent être invoquées devant vous est vaine. Disons-en un mot toutefois : vous avez jugé par une décision du 5 avril 2006 D... n° 275742, aux T. sur un autre point que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9 de la convention d'Aarhus qui disposent que « ... *sans préjudice des procédures de recours visées aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus, chaque Partie veille à ce que les membres du public ... puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions ... d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement* », n'étaient pas d'effet direct.

Mais comme vous le savez, votre arrêt d'assemblée G... et F... n°322326 du 11 avril 2012 a précisé les conditions dans lesquels vous reconnaissez à une stipulation d'un traité un caractère d'effet direct. Vous avez relevé en particulier que cet effet direct doit être reconnu si la stipulation « *n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.* » et vous avez ajouté que « *L'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit.* ».

En l'espèce, vous pourriez estimer que les stipulations en cause peuvent bien être d'effet direct, même si, par leur généralité, la portée pratique de leur invocabilité à l'encontre d'actes réglementaires nous laisse dubitatifs.

Nous relevons cependant que la CJUE pour sa part, s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'article 9 de la convention d'Aarhus à laquelle la Communauté européenne a adhéré en 2005

Dans son arrêt CJUE Gde Chbre 8 mars 2011 Lesoochranárske zoskupenie VLK C-240/09 : elle a estimé que le paragraphe 3 de l'article 9 était dépourvu d'effet direct en droit de l'Union mais qu'il appartenait toutefois aux juridictions nationales d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit procédural relatif aux conditions devant être réunies pour exercer un recours administratif ou juridictionnel conformément tant aux objectifs de l'article 9, paragraphe 3, de cette convention qu'à celui de protection juridictionnelle effective des droits conférés par le droit de l'Union, afin de permettre à une organisation de défense de l'environnement, de contester devant une juridiction une décision prise à l'issue d'une procédure administrative susceptible d'être contraire au droit de l'Union de l'environnement. (voir aussi son arrêt du 28 juillet 2016, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-543/14, , point 50 et son arrêt du 15 mars 2018 *North East Pylon Pressure Campaign Ltd*, C-470/16)

Mais nous ne sommes pas dans un domaine pour lequel la Cour dispose d'une compétence exclusive pour déterminer si un traité est d'effet direct, et comme nous vous l'avons dit, la question d'un éventuel effet direct est sans incidence sur la solution du litige. Nous comprendrions dans ces conditions que votre réponse sur ce point puisse être assortie d'un « en tout état de cause ».

2.4.7 Est enfin invoqué comme pour les autres dispositions du décret la méconnaissance du **principe de non régression**. Si comme nous l'avons dit vous considérez que ce principe est bien invocable s'agissant de dispositions réglementaires modifiant des règles de procédure **administrative**, la spécificité, et la nouveauté de nos affaires, est qu'il s'agit ici de règles de procédure contentieuse.

Il nous paraît en réalité difficile de concevoir que le principe de non-régression puisse ne pas s'appliquer lorsque sont critiquées des dispositions réglementaires touchant à la procédure contentieuse. Ceci est la conséquence logique de ce que vous avez jugé s'agissant des règles de procédure administrative, comme par exemple la mise en œuvre d'une évaluation environnementale préalable. La suppression d'une telle procédure est susceptible de modifier la décision qui sera prise sur de tels projets, la régression en terme de procédure est alors susceptible de contribuer à l'adoption d'un projet ayant des incidences sur l'environnement.

S'agissant de dispositions touchant à la procédure contentieuse, si de telles dispositions venaient fermer le prétoire dans des conditions empêchant de contester devant le juge des atteintes à l'environnement, nous pensons donc qu'il y aurait atteinte au principe de non-régression, car la fermeture du prétoire organisée par voie réglementaire serait susceptible de permettre la réalisation de projets portant atteinte à ce principe. Pour le dire autrement, **une mesure réglementaire portant atteinte au droit de contester des décisions ayant des incidences en matière environnementale nous paraîtrait par principe porter également atteinte au principe de non-régression**.

Mais peut-on envisager qu'une mesure réglementaire encadrant la procédure contentieuse, puisse porter atteinte au principe de non-régression sans pour autant porter atteinte au droit au recours ?

Le poète nous dit qu'il y a des interstices partout et que c'est par là que passe la lumière¹. Nous devons vous avouer que dans le présent dossier nous ne voyons pas la lumière, mais cela ne signifie pas qu'il n'existerait jamais un interstice entre la méconnaissance du principe de non-régression et l'atteinte au droit au recours.

Prenons la disposition critiquée ici: même si elle ne porte pas atteinte au droit au recours, la suppression du double degré de juridiction doit-elle néanmoins s'analyser comme une régression au sens de l'article L110-1 du c. env ?

¹ Leonard Cohen « Anthem » in The future 1992

Il faut selon nous en revenir à la lettre de cet article, qui pose le principe de non-régression, comme le principe *« 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. »*.

Nous ne croyons pas que vous deviez vous livrer, comme le défend le ministre à un contrôle global, quasiment à un contrôle de bilan, consistant à vérifier si l'intérêt pour l'amélioration de l'environnement que représenterait le développement des éoliennes compenserait la régression purement procédurale que constituerait éventuellement la suppression d'un degré de juridiction.

On voit bien que par elle-même, la suppression d'un degré de juridiction ne s'oppose pas à l'amélioration constante de l'environnement, même pour le contentieux des éoliennes.

On ne peut certes pas exclure que dans une affaire particulière la suppression d'un degré de juridiction puisse faire perdre à un requérant l'opportunité de faire annuler un projet d'éolienne... Mais le principe de non-régression s'applique essentiellement au pouvoir réglementaire et s'est bien un contrôle in abstracto qu'il vous appartient de réaliser sur une telle disposition.

Ce contrôle in abstracto, s'agissant d'une règle qui n'est susceptible de mettre en cause l'amélioration de l'environnement que par ricochet et de façon indirecte, nous paraît bien en l'espèce se confondre avec le test de l'atteinte au droit au recours, ou plus précisément du caractère effectif du droit au recours des tiers en matière d'environnement.

Pour vous dire de façon plus prospective encore un mot de la recherche d'éventuels interstices, on peut imaginer d'autres modifications de la procédure contentieuse, qui sans fermer le prétoire, modifient les conditions de l'exercice des recours. Pour prendre un exemple qui n'est pas parfaitement topique car il ne concerne pas une disposition réglementaire, votre arrêt de section Commune de Saint-Bon Tarentaise du 5 mai 2017 a décidé que le moyen tiré de l'illégalité de la délibération prescrivant l'adoption ou la révision du plan local d'urbanisme ne peut, eu égard à son objet et à sa portée, être utilement invoqué contre la délibération approuvant le PLU.

Une telle limitation nouvelle pourrait-elle être une atteinte au principe de non-régression si elle avait été adoptée par le pouvoir réglementaire ? Comme déjà indiqué, nous ne pensons pas que la seule circonstance que cela prive des requérants d'une possibilité d'annulation suffise à méconnaître le principe de non-régression, et dans cet exemple on voit bien que l'impossibilité d'invoquer l'illégalité d'une délibération prescrivant l'adoption d'un PLU est sans lien avec les éventuelles atteintes à l'environnement qu'un PLU pourrait provoquer. La question serait différente si, d'aventure, le pouvoir réglementaire venait rendre inopérant des moyens tirés de la méconnaissance du droit de l'environnement dans un contentieux d'urbanisme. Mais nous ne sommes pas certains qu'une telle mesure ne serait pas par elle-même contraire au droit au recours, si il s'agit de façon artificielle de déconnecter une illégalité réelle du contentieux de l'acte qui porte cette illégalité. Ceci poserait alors aussi de

façon plus directe la question de la portée des engagements internationaux de la France en matière de justice environnementale que nous évoquions plus haut.

Mais s'agissant de l'article 23 en cause ici, nous avons vu qu'il ne portait pas atteinte au droit au recours, et cela nous paraît, pour cette disposition, épuiser le débat quant à la violation du principe de non-régression que vous pourrez écarter.

2.5 Enfin, le dernier article faisant l'objet d'une critique ciblée est l'article 24 qui pose une règle de **cristallisation automatique des moyens**, qui figure dans un article R611-7-2 du code de justice administrative, qui prévoit que pour les contentieux relatifs aux éoliennes terrestres mentionnés à l'article R311-5, les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense.

Ce mécanisme s'inspire de ce qui existe en matière d'urbanisme à l'article R. 600-5 du code de l'urbanisme qui dans sa rédaction actuelle prévoit le même enchaînement : cristallisation automatique, mais le président de la formation de jugement conserve la faculté de fixer une nouvelle date de cristallisation des moyens lorsque le jugement de l'affaire le justifie. Cette faculté est également prévue par le second alinéa de l'article R611-7-2 également créé par le décret litigieux.

Il se distingue ainsi du mécanisme général de l'article R 611-7-1 du code de justice administrative, qui ouvre une simple **faculté** au juge de cristalliser les moyens. S'agissant de ce dispositif facultatif pour le juge, vous avez écarté l'atteinte au droit au recours par votre décision du 13 février 2019, *Syndicat de la juridiction administrative*, n° 406606, inédit. Vous aviez relevé que ces dispositions étaient prises dans l'objectif de bonne administration de la justice et de respect du droit à un délai raisonnable de jugement, et qu'elles ne s'appliquent qu'aux affaires en état d'être jugées et sont subordonnées à l'information préalable des parties, auxquelles elles garantissent un délai d'au moins un mois pour présenter, le cas échéant, tout moyen nouveau.

Vous aviez également écarté un même moyen s'agissant du dispositif, lui aussi à la main du juge, qui existait précédemment en contentieux de l'urbanisme à l'article R 600-4 du code de l'urbanisme par votre décision du 23 décembre 2014, *Syndicat de la juridiction administrative* et autres, n° 373469, inédit.

Les requérants soulignent les différences existant dans le présent décret par rapport à ce que vous avez déjà jugé. Mais si le texte ne prévoit pas une information spécifique des parties par la juridiction, cette information est nécessairement fournie par les dispositions réglementaires en cause, qui s'appliquent sans condition d'intervention du juge et qui donnent au demeurant un délai de 2 mois pour formuler de nouveaux moyens. Ces modifications ne conduisent pas à estimer qu'un tel système méconnaîtrait le droit au recours.

Ils insistent aussi sur le fait que s'agissant de l'article R 611-7-1 vous aviez pris en compte le fait que l'affaire était en l'état d'être jugée au moment où la cristallisation intervenait. Le second alinéa de l'article R 611-7-2 en cause ici dispose que « Le président de la formation de jugement, ..., peut, à tout moment, fixer une nouvelle date de cristallisation des moyens ». Il nous paraît clair que l'incise « à tout moment » ne signifie pas que le président ou le magistrat qu'il désigne pourrait déroger au délai de deux mois fixé au 1^{er} alinéa, qui ne court qu'à compter de la production du mémoire en défense. Elle nous paraît au contraire permettre au magistrat de décristalliser la situation, même lorsque le délai de 2 mois est dépassé. En précisant cette bonne lecture de cet alinéa vous ferez reste de droit à l'argumentation qui vous est soumise. Pour un raisonnement voisin s'agissant de l'article R611-7-1, voyez votre décision récente du 30 janvier 2020 M. R... n° 426346 aux T.)

Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de la méconnaissance du droit au recours. Sont également soulevés contre cet article des moyens tirés de la méconnaissance de l'article 9 de la convention d'Aarhus, qui n'est pas plus spécifique sur ce point qu'elle ne l'était sur le double degré de juridiction, ainsi qu'un moyen tiré de la méconnaissance du principe de non-régression, qui devrait selon le raisonnement exposé plus haut être rejeté par voie de conséquence.

2.6 En dernier lieu, le décret dans son ensemble serait entaché d'une erreur manifeste, pour avoir cherché à favoriser l'économie de la filière éolienne au détriment de la protection de l'environnement et du droit de l'environnement. Mais ce postulat d'un affaiblissement de la protection de l'environnement et du droit de l'environnement nous paraît erroné, alors encore une fois que l'objectif de développement de l'énergie éolienne n'est pas un choix opéré par le décret litigieux. Vous écarterez ce dernier moyen.

Et PCMNC à l'admission de l'intervention de l'association France énergie éolienne, et au rejet des requêtes.