

CONCLUSIONS

M. Stéphane Hoynck, Rapporteur public

Etymologiquement, la *nomenclature* renvoie à l'idée de nommer les choses, idéalement sans mal le faire pour ne pas ajouter au malheur du monde, pour paraphraser Camus. Les nomenclatures que l'on rencontre fréquemment en droit de l'environnement ambitionnent de classer les choses et de rendre la règle applicable accessible. Bien souvent les nomenclatures ne sont pas de simples listes, mais comprennent plusieurs colonnes, afin d'envisager dans un seul tableau toutes les contraintes qu'une police fait supporter à une installation, avec l'ambition de la simplicité, qui se traduit par des seuils : seuil de déclaration ou d'autorisation pour la police des ICPE par exemple, ou, pour en venir à la question du jour, seuil de soumission à une évaluation environnementale systématique ou au cas par cas pour le décret qui nous intéresse.

Les associations requérantes sont bien connues de votre prétoire, et il ne nous paraît pas nécessaire de faire de longs développements pour écarter la fin de non-recevoir tiré du défaut d'intérêt pour agir que le ministère soulève en défense.

La demande des associations est double : elles se saisissent du décret du 4 juin 2018 qui a modifié des catégories de projets, plans et programmes relevant de l'évaluation environnemental pour critiquer certaines des modifications auxquels il procède, mais elles attaquent aussi le refus implicite du Gouvernement de modifier ce décret pour y apporter des modifications qu'elles jugent nécessaires. Autant certaines demandes d'annulation « en tant que ne pas » du décret seraient difficiles à appréhender ici, autant la demande d'annulation du refus de modifier le décret pour y intégrer ces mêmes points **ne pose pas de difficulté** puisque les requérantes ont bien lié le contentieux sur ce point.

La nomenclature annexée à l'article R122-2 comprend 48 rubriques, dont certaines sont très vastes, puisque la 1^{ère} se réfère à la police des ICPE et concerne notamment l'ensemble des installations soumises à autorisation. Les évolutions de l'une des deux nomenclatures peut ainsi commander la légalité des modifications apportées à l'autre, puisqu'un assouplissement des exigences en matière d'autorisation ou d'enregistrement ICPE peut, mécaniquement en l'état des textes, conduire à exclure certains projets de toute évaluation environnementale, ce qui peut soulever des questions de légalité au regard du principe de non-régression (CE 30

décembre 2020 One Voice n°426528 ; CE 25 septembre 2019 FNE n° 427145, aux T), mais aussi du respect des objectifs de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 (directive Projets).

1. Nous allons d'abord vous entretenir des moyens concernant des dispositions figurant en plein dans le décret attaqué et qui sont divisibles.

1.1 Est en cause une activité qui fait l'objet d'une attention particulière de la part de France Nature Environnement Allier, à savoir les courses de véhicules motorisés, dont nous vous avons parlé récemment s'agissant des évaluations Natura 2000 (CE 15 février 2021 Fédération française de motocyclisme n° 431578), mais qui est à l'origine aussi de votre décision Fédération Allier Nature du 8 décembre 2017 (n° 404391 aux T.) qui a posé les bases de l'application du **principe de non-régression** de l'article L 110-1 du code de l'environnement dont nous devons désormais vous entretenir à chaque séance où nous concluons devant votre formation de jugement.

Cette activité figure à la rubrique 44 de la nomenclature annexée à l'article R 122-2, et c'est d'abord son a) qui est critiqué. La rubrique 44 a) dispose que les « *pistes permanentes de courses d'essai et de loisirs pour véhicules motorisés* » sont soumises à évaluation environnementale au cas par cas. Il est soutenu que cette rédaction est trop limitative et méconnaît tant le droit national que le droit communautaire. L'annexe II de la directive « projets » du 13 décembre 2011 se réfère à cette catégorie en ces termes : « *pistes permanentes de courses et d'essais pour véhicules motorisés* », avec un pluriel à « essais » et la conjonction « et » entre courses et essais.

Il nous semble que le texte français ne prête pas réellement à confusion : le droit communautaire distingue les pistes selon qu'elles servent aux essais automobiles ou aux courses (sous-entendu sportives), le texte français parle de piste de courses d'essai et de loisir, ce qui nous paraît bien comporter à la fois la dimension industrielle de la piste d'essais et la dimension sportive de la piste de courses, et le ministère n'a pas en défense une lecture différente de la directive. Il aurait pu peut-être dans un souci de clarté amender son texte comme le demandait la FNE, car il est vrai que la notion de « courses d'essai » n'est pas lumineuse, mais s'il y a un peu de mauvaise volonté, nous n'y voyons pas d'illégalité.

L'argument de droit interne n'est guère plus convaincant. Il est tiré de l'incohérence de la notion de piste retenue par le décret avec celle de « terrain » destiné à la pratique des sports motorisés, retenue à l'article L.362-3 du code de l'environnement, pour nécessiter une autorisation d'urbanisme. Un argument d'indépendance des législations est mis en avant en défense, mais il nous semble qu'en réalité c'est bien, dans un cas comme dans l'autre le terrain d'assiette de la piste qui devra être pris en compte, de sorte que nous pensons que le moyen manque en fait, quoi qu'on puisse penser de son opérance.

1.2 S'agissant de la rubrique 44 d), est avancé un moyen tiré de la méconnaissance du principe de non-régression, mais dans une configuration qui présente une certaine originalité : jusqu'à présent, la question qui s'est posée a été, d'une part, de savoir si le principe était **invocabable** à une configuration particulière, et, d'autre part, de savoir si une modification de la réglementation constituait une régression.

Au cas d'espèce, la question est de savoir quel **niveau de départ ou de référence** doit être pris en compte pour vérifier s'il y a régression. C'est en effet l'intervention de l'annulation partielle du décret n°2016-1110 du 11 août 2016 par votre décision Fédération Allier Nature de 2017 qui complique cette question habituellement simple. Le décret de 2016 prévoyait pour cette rubrique une évaluation environnementale (EE) au cas par cas pour la construction d'équipements sportifs et de loisirs ne figurant dans aucune autre rubrique du tableau et susceptibles d'accueillir un nombre de personnes supérieur à 5 000. La version antérieure du décret fixait un seuil de 1000 personnes, et votre décision de 2017 a estimé que des projets de ce type sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment, lorsqu'ils sont localisés dans ou à proximité de lieux où les sols, la faune ou la flore sont particulièrement vulnérables, de sorte que cette disposition, en exemptant **systématiquement** d'EE des projets qui y étaient soumis auparavant méconnaissait le principe de non-régression.

Le décret dont l'annulation vous est demandée aujourd'hui **rétablit** le seuil de 1000 personnes, que le précédent décret annulé avait porté à 5000. On pourrait donc estimer qu'il n'y a pas de régression, mais la question se complique par le fait que votre décision de 2017 n'a pas prononcé une annulation **sèche**, qui aurait eu pour effet de faire revivre la version antérieure du texte, ce qui aurait rendu d'ailleurs superfétatoire la modification apportée par le texte dont l'annulation est aujourd'hui poursuivie. Votre décision a retenu une annulation **ciblée**, dirigée contre les mots : « *susceptibles d'accueillir plus de 5 000 personnes* ». Ceci revient à dire que, **depuis** cette annulation et jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau décret, les équipements en cause nécessitaient une EE au cas par cas sans jauge humaine, et l'on voit donc en quoi consisterait la régression portée par le décret litigieux par rapport à cet état du droit **résultant** de votre décision.

Le moyen soulève ainsi une question délicate, qui est de savoir **à quoi** précisément s'impose le principe de non-régression de l'article L110-1. Ce qui découle à coup sûr de votre jurisprudence et de celle du Conseil constitutionnel (décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016, Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, considérant 10), c'est qu'il ne s'impose pas au législateur. La décision du Conseil constitutionnel indique que ce principe s'impose, dans le cadre des dispositions législatives propres à chaque matière, au pouvoir réglementaire.

Mais s'impose-t-il au pouvoir réglementaire, selon un critère **organique**, auquel cas il ne s'impose pas au juge administratif, ou s'impose-t-il plus largement à la norme réglementaire, selon un critère **matériel** ? La question n'est pas purement théorique, puisque les décisions juridictionnelles prises en matière d'excès de pouvoir contre des règlements peuvent

entraîner, a minima, l'exercice d'un **pouvoir réglementaire négatif**, en annulant des normes réglementaires.

Il n'est pas douteux que lorsque vous maniez la gomme et a fortiori le crayon, vous devez vous attacher à ce que **l'effet** de votre décision, dont l'objet est de censurer une illégalité, ne conduise pas à une autre illégalité. C'est ainsi que vous avez pu utiliser la jurisprudence AC ! pour éviter que l'annulation rétroactive d'une décision illégale conduise à faire renaître une autre décision également illégale et dont la renaissance aurait porté une atteinte aux intérêts en cause plus importante que la modulation des effets de l'annulation de la décision contestée (CE section 25 février 2005 France Telecom n°247866).

Il nous paraît donc que le principe de non-régression de valeur législative s'impose à vos décisions, ce qui ne répond pas, il est vrai, directement à la question, qui est de savoir si l'état du droit résultant d'une de vos décisions doit devenir le point de référence du contrôle de l'absence de régression. Il peut paraître paradoxal que le pouvoir réglementaire se trouve contraint de façon différente selon le choix plus ou moins radical d'annulation que vous retenez, la présente espèce en est un bon exemple, puisqu'une annulation sèche aurait fait revivre le seuil de 1000 personnes en litige aujourd'hui, là où votre annulation plus ciblée a fait disparaître toute référence à un seuil.

Mais le caractère plus ou moins ciblé des annulations que vous prononcez n'est pas le fruit du hasard, il nous paraît traduire la marge de manœuvre plus ou moins grande que vous estimez utile ou possible de laisser à l'administration pour corriger, s'il l'estime nécessaire, le texte annulé, marge de manœuvre qui dépend en particulier de la nature de l'illégalité que vous sanctionnez. Et c'est bien seulement parce que vous estimez que le pouvoir réglementaire n'a pas une telle marge de manœuvre que vous vous autorisez parfois à des annulations « en tant que ne pas », c'est-à-dire lorsque la norme réglementaire annulée est prédéterminée par une norme supérieure.

Ainsi, il nous paraît que vos décisions ne doivent pas conduire **par elles-mêmes** à entraîner une régression de la protection de l'environnement lorsqu'elles affectent les normes réglementaires, mais qu'il n'est ni souhaitable ni nécessaire de considérer que l'état du droit résultant de vos décisions devienne la référence par rapport à laquelle s'apprécie le respect de ce principe par une nouvelle règle. Précisément parce que dans ce type de configurations, vos décisions traduisent une situation **transitoire**, entre une disposition réglementaire **antérieure et abrogée**, une disposition **actuelle mais annulée** et la possibilité pour le pouvoir réglementaire de prendre une **nouvelle** disposition. C'est nous semble-t-il au regard de la disposition antérieure que devrait être vérifiée l'absence de régression par la nouvelle disposition, de sorte que le moyen ne pourra pas être accueilli.

1.3 Mais nous pensons qu'un autre moyen doit vous conduire à annuler la disposition attaquée, qui aurait pu d'ailleurs déjà vous conduire à prononcer une annulation en 2017 avec un dispositif identique à celui que vous aviez alors retenu. Est en effet soulevée une méconnaissance des objectifs de la directive Projets, que nous croyons fondée. Cette directive

pose le principe de la nécessité d'une évaluation des incidences sur l'environnement des projets publics et privés susceptibles d'avoir un impact notable sur l'environnement. Les projets énumérés à l'annexe I sont nécessairement soumis à évaluation ; ceux de l'annexe II sont soumis à une évaluation sur la base d'un examen au cas par cas ou sur la base de seuils ou critères fixés par les Etats membres, lesquels peuvent choisir d'articuler seuils et critères et examen au cas par cas.

L'annexe III fixe les critères de sélection pertinents pour l'examen au cas par cas ou la fixation de ces seuils et critères, tenant notamment à la dimension et à la conception d'ensemble des projets, à leurs effets en termes d'utilisation de ressources naturelles et de production de nuisances, aux risques qu'ils génèrent, à la vulnérabilité des zones considérées (marais, zones humides, sites remarquables) et à la réversibilité des impacts sur l'environnement.

En réalité, ces dispositions ont été transposée au II de l'article L. 122-1, qui prévoit que les projets qui, par leur nature, leur dimension ou leur localisation, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine font l'objet d'une évaluation environnementale en fonction de critères et de seuils définis par voie réglementaire et, pour certains d'entre eux, après un examen au cas par cas effectué par l'autorité environnementale. Mais la transposition française se fait en partie par référence, puisque la loi précise que pour la fixation de ces critères et seuils et pour la détermination des projets relevant d'un examen au cas par cas, **il est tenu compte** des données mentionnées à l'annexe III de la directive Projets.

Les requérants estiment que le critère de 1000 personnes, en dessous duquel une EE n'est jamais exigée n'est pas un critère pertinent au regard de la directive.

En défense, la ministre se contente de soutenir que les requérantes ne démontrent pas qu'un équipement accueillant moins de 1000 personnes serait susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement, mais comme nous avons déjà eu l'occasion de le rappeler récemment (CE 30 décembre 2020 One Voice n°426528) nous ne sommes pas face à une question qui se prête à une dialectique de la preuve. La jurisprudence communautaire tend à exiger qu'une EE soit conduite **à chaque fois** qu'un projet est susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement, ce qui implique que les critères retenus pour l'examen au cas par cas ne conduisent pas à dispenser d'évaluation des projets ayant une telle incidence. (voyez notamment CJUE, 16 sept. 1999, WWF e.a, C-435/97, § 42, 43, 45 ; 30 avril 2009, Commission c/ Italie, C-87/02, § 41 et sv.).

C'est bien à l'Etat de démontrer que le seuil retenu répond à ces exigences, mais la CJUE va plus loin, elle a expressément jugé à plusieurs reprises dans des arrêts de manquement qu'un Etat membre qui « *fixerait des seuils et/ou des critères en ne tenant compte que des dimensions des projets, sans prendre en considération les [autres] critères (...)* » méconnaîtrait la directive (CJUE, 20 nov. 2008, Commission c/ Irlande, C-66/06, § 64 ; 15

octobre 2009, Commission c/ Pays-Bas, C-255/08, § 32-39 ; 24 mars 2011, Commission c/ Belgique, C-435/09, § 50 et sv).

Elle indique encore que la fixation de seuils à un niveau particulièrement bas qui laisserait présumer qu'aucun projet inférieur au seuil déterminé et situé dans une zone vulnérable ou à proximité de celle-ci ne peut avoir des incidences notables sur l'environnement ne suffit pas à respecter la directive, car « *un projet de dimension même réduite peut avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de sa nature ou de sa localisation* » (arrêt Commission/Belgique précité § 61).

Le seul critère de la capacité d'accueil paraît donc impropre à justifier par lui-même la dispense d'EE, ce qui conduit à l'annulation du seuil introduit à la rubrique 44) d.

2. Le débat que nous venons de vous exposer conduit assez naturellement à la seconde série de demande des associations requérantes. Ceux-ci ont en effet saisi le Premier ministre dans leur recours gracieux d'une demande tendant à ce que soit introduite une « clause filet » dans les dispositions réglementaires, afin de s'assurer que l'autorité compétente puisse exiger une EE pour des projets susceptibles d'avoir un effet notable sur l'environnement, mais qui, en vertu de la nomenclature de l'article R122-2, ne franchissent pas le seuil permettant de le faire « au cas par cas ».

Les requérants prenaient notamment comme exemple la rubrique 39 qui concerne les autorisations d'urbanisme nécessitant une EE (cf sur la notion de projet pour cette rubrique : CE, 1er févr. 2021, n° 429790, SNC Le Castellet-Faremberts aux T. et sur les conséquences de leur soumission à EE : CE, 30 déc. 2020, n° 432539, Assoc. Koenigshoffen demain aux T.). Une EE est obligatoire lorsque le projet crée de plus de 40 000 m² de surface et un examen au cas par cas est requis pour les projets de construction dont la surface créée est supérieure à 10 000 m².

La demande des requérants n'est pas ici d'annuler ce type de seuil, mais d'imposer au pouvoir réglementaire ce qui est donc appelé une « clause-filet », permettant de s'assurer que des projets au-dessous des seuils ne devraient pas, notamment en raison de leur localisation, malgré tout faire l'objet d'une EE.

Ce type de mesure existe sous des formes variables chez nos principaux voisins européens qui ont (ou avaient) transposé la directive. En Allemagne, tous les projets de l'annexe II de la directive doivent faire l'objet d'une évaluation préliminaire de la nécessité d'une EE au moins en raison de leur localisation¹. S'agissant des pays ayant retenu un système de critères et de seuils, l'Italie a prévu la possibilité que l'autorité compétente impose la réalisation d'une étude d'impact environnementale à un projet qui de prime abord, ne satisfait pas les critères mais qui peuvent potentiellement avoir des effets négatifs significatifs sur l'environnement².

¹ Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung du 20 juillet 2017

² Décret du ministre de l'environnement du 30 mars 2015, « Lignes directrices pour la vérification de l'assujettissement à l'évaluation d'impact environnementale des projets de compétence de régions »

Au Royaume Uni, les seuils à partir desquels un projet peut être soumis à une évaluation environnementale ont une valeur purement indicative et ne dispensent pas l'autorité locale d'apprécier le risque d'impact sur l'environnement de manière globale. Cependant, cette clause filet ne peut intervenir que pour les projets ayant déjà dépassé ou atteint les seuils impératifs prévus à l'annexe II, ou étant situés dans une zone sensible³.

Un mécanisme de clause filet a également été mis en place en France pour la transposition de la directive « plans et programmes » 2001/42/CE du 27 juin 2001, qui trouve souvent à s'articuler avec la directive Projets en cause aujourd'hui. C'est le III de l'article R. 122-17 du code de l'environnement.

Cette solution de la clause filet à l'avantage d'être moins radicale que la suppression pure et simple des seuils, qui serait probablement compatible avec le droit communautaire, mais va au-delà de ses exigences, qui disons-le une dernière fois, tendent seulement à ce que, lorsque des critères sont définis, ceux-ci ne portent pas uniquement sur le dimensionnement du projet.

On comprend bien-sûr, ici comme pour l'exercice de polices environnementales, l'intérêt de fixer des seuils. Ceux-ci permettent, à partir de critères simples et prédéfinis, tant aux porteurs de projet qu'aux administrations de savoir le niveau d'exigence requis pour une installation. S'agissant de la nomenclature des ICPE, vous avez ainsi reconnu la possibilité pour le Gouvernement de se fonder sur des objectifs de simplification administrative et d'allègement des tâches de l'inspection des installations classées, mais seulement si de tels motifs s'ajoutent sans les compromettre aux objectifs de protection poursuivis par les textes (CE 7 mai 2007 Anper-TOS et autres n° 286103, n° 286132 au rec.)

A ces objectifs de simplicité et de lisibilité s'ajoute certainement le fait qu'une forme examen préalable trop formalisé n'est tout simplement pas possible à mettre en œuvre face à la masse des projets à autoriser, l'exemple le plus foisonnant étant sûrement celui des permis de construire.

Mais des solutions existent permettant par exemple à l'initiative de l'administration chargée de l'instruction d'un projet situé dans un milieu naturel sensible d'exiger une telle évaluation lorsque cela est nécessaire. Des pistes sur ce point ont déjà été élaborées par le rapport « moderniser l'évaluation environnementale » de M. Vernier remis au ministre chargé de l'environnement en 2015, qui insiste sur le fait qu'un système de clause-filet devrait conduire à des EE supplémentaires de façon exceptionnelle.

De son côté, la Commission européenne a demandé à la France d'améliorer ses règles en matière d'étude d'impact environnementale et brandi la menace de lui adresser un avis motivé, au motif que « *la législation nationale semble exclure certains types de projets des procédures d'évaluation des incidences sur l'environnement et fixer des seuils d'exemption inadaptés pour les projets* ». (fiche d'information de la Commission du 7 mars 2019).

³ UK Town and Country Planning (Environmental Impact Assessment) Regulations 2017, Regulation 2.

Relevons en passant qu'il n'est à l'évidence pas nécessaire dans le cadre de la présente affaire, contrairement à ce que soutient FNE, de demander à la Commission ou à l'Etat communication des éléments adressés par la Commission à la France. Il n'est pas davantage nécessaire d'interroger la CJUE sur la directive Projets, sa jurisprudence étant abondante sur la question posée.

Il appartient donc au Gouvernement d'imaginer et d'adopter un mécanisme permettant d'assurer que tout projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement, en particulier en raison de sa localisation, soit soumis à évaluation environnementale, son refus de le faire est illégal et vous devrez l'annuler. Il nous paraît justifier de prononcer une injonction comme le demande les requérants, avec un délai suffisant eu égard à la complexité des équilibres à trouver, qui pourrait être de 9 mois.

PCMNC :

- à l'annulation du 6° de l'article 1er du décret attaqué ;
- à l'annulation du décret attaqué en tant qu'il ne prévoit pas de dispositions permettant que tout projet susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement soit soumis à évaluation environnementale.;
- à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre de prendre dans un délai de 9 mois les dispositions nécessaires.
- à ce que L'Etat verse à l'association France Nature Environnement et autre une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- et au rejet du surplus