

FLORILÈGES
DU
DROIT
DE
L'ENVIRONNEMENT

mdd

Plaidoyer pour un contrôle de l'impact climatique des projets

Louis-Narito HARADA

*Avocat associé au cabinet HK legal,
Spécialiste en droit de l'environnement*

Introduction

Au terme de la COP28 qui s'est tenue à Dubaï en décembre 2023, Simon Stiell, Secrétaire exécutif de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), déclarait : « *chacun des engagements – sur le financement, l'adaptation, la réduction – doit nous placer dans la trajectoire d'un monde à +1,5 °C* » (d'ici à 2100). « *Tous les gouvernements et toutes les entreprises doivent maintenant transformer ces engagements en résultats économiques concrets, sans délai* ».

Alors que le monde se dirige actuellement vers +3,2 °C à date, l'action du gouvernement français est désormais contrôlée de près par le « juge du climat » (CE 1^{er} juill. 2021, *Commune de Grande-Synthe*, n° 427301). Dans cette importante décision, le Conseil d'État a ordonné au Premier ministre de « *prendre toutes les mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre (...) afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions* ». Au regard de la décision du juge de l'exécution en date du 10 mai 2023, on peut parler d'une véritable obligation de résultats¹.

¹ « Il est enjoint à la Première ministre de prendre toutes mesures supplémentaires utiles pour **assurer la cohérence du rythme de diminution des émissions de gaz à effet**

Quelques jours plus tôt, le vice-président du Conseil d'État Bruno Lasserre se félicitait d'un changement de paradigme en matière de climat : « le Conseil d'État s'est adapté au temps de la lutte contre le changement climatique en inaugurant un nouveau type de contrôle, qu'on peut appeler « contrôle de la trajectoire ». Les objectifs inscrits dans le droit ont beau avoir des horizons lointains – 2030, 2040 voire 2050 – le juge ne peut pas attendre 10, 20 ou 30 ans pour vérifier qu'ils ont été atteints, sauf à nier l'urgence qu'il y a à agir dès aujourd'hui, sauf à priver d'emblée son contrôle de tout effet utile compte tenu de la très forte inertie du climat. Le contrôle de la trajectoire s'apparente alors à un contrôle de conformité par anticipation, qui amène le juge à s'assurer, à la date à laquelle il statue, non pas que les objectifs ont été atteints, mais qu'ils pourront l'être, qu'ils sont en voie d'être atteints, qu'ils s'inscrivent dans une trajectoire crédible et vérifiable. »²

Le contrôle de la trajectoire carbone appliqué aux politiques de l'État est ainsi consacré en droit. Mais qu'en est-il du respect de la trajectoire carbone par les projets pris individuellement, qu'il s'agisse d'un projet industriel ou d'infrastructure public ou privé ? Un projet qui risque de contribuer significativement au dépassement du budget carbone français peut-il être légalement autorisé ? De façon plus parlante encore, si le budget carbone pour une période donnée est déjà consommé, est-il acceptable et légal d'autoriser un nouveau projet émettant directement ou indirectement une quantité importante de GES ?

À travers le contrôle de la trajectoire, nouvel avatar du contentieux climatique, le juge administratif se dote d'un outil puissant pour prévenir le réchauffement climatique. Mais **la jurisprudence Grande-Synthe demeure inaboutie si l'État n'a pas, au titre des « mesures utiles » qu'il est tenu de mettre en œuvre, la faculté d'imposer le respect de la trajectoire carbone lorsqu'il est appelé à autoriser un projet portant une atteinte significative au climat.** Il faudrait pour cela que l'autorité compétente en matière d'autorisation environnementale ou de déclaration d'utilité publique, typiquement, puisse légalement s'opposer à un projet néfaste pour le climat.

de serre avec la trajectoire de réduction de ces émissions retenue par le décret n° 2020-457 du 21 avril 2020 en vue d'atteindre les objectifs de réduction fixés par l'article L. 100-4 du Code de l'énergie et par l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 avant le 30 juin 2024, et de produire, à échéance du 31 décembre 2023 ».

² Colloque « L'environnement : les citoyens, le droit, les juges - Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation », coll. du 21 mai 2021 org. par la Cour de cassation, *Conseil d'État*, La Documentation française, 2022.

En 2007 déjà, au lendemain du Grenelle de l'environnement, Jean-Pierre Boivin soutenait en ce sens que : « *Au stade de leur motivation, les décisions prises devront être adossées à une justification de leur coût environnemental. Elles seront arbitrées en intégrant leur "coût en carbone" pour le climat et leur impact sur la biodiversité au terme d'un véritable "bilan coût-avantage écologique". Les projets "non écologiques" ne pourront être autorisés que sous réserve que soit établie la preuve de leur utilité en "dernier recours"* »³. 16 ans plus tard, malgré les innombrables lois adoptées en matière d'environnement et de climat, malgré les records de température dépassés chaque année, les incendies et les inondations qui se multiplient, même en France, cette étape qui paraît élémentaire n'est toujours pas franchie. Elle est le signe, selon nous, d'un droit de l'environnement qui n'est pas à la hauteur des enjeux contemporains.

Le contrôle de la trajectoire carbone des projets individuels, c'est la déclinaison juridique de l'adage « penser globalement, agir localement » en matière de climat. Or pour l'instant, à travers l'action du juge climatique et l'affaire Grande-Synthe, on ne pense que globalement⁴, sans relais au niveau des décideurs locaux que sont les préfets.

Il faut reconnaître que la question est particulièrement complexe car c'est le cumul des sources d'émission qui pose problème, et pas un projet particulier *a priori*. À partir de quand un projet est-il incompatible avec une trajectoire ? La politique du « premier arrivé, premier servi » est-elle légitime et défendable ? Sans doute pas. À l'instar de la politique en matière de ZAN (zéro artificialisation nette), des ZFE (zone à faibles émissions) ou des arrêtés « sécheresse », faut-il établir un ordre de priorité en fonction de l'intérêt général ? Quel type d'autorisation doit donner lieu au contrôle de la trajectoire, pour quel type de projet ? Faut-il imposer une simple « prise en compte », une compatibilité ou une conformité avec la trajectoire carbone ? Comment articuler cela avec le mécanisme des quotas carbone – qui ne couvre que 60 % des émissions de l'Union⁵ ?

³ J.-P. BOIVIN, « Le Grenelle de l'environnement : nouveaux horizons pour le droit administratif », *AJDA* 2007, p. 2337.

⁴ Sans préjudice, bien sûr, des nombreuses mesures qui concernent les ménages et le soutien des entreprises en la matière, détaillées notamment dans l'arrêt du juge de l'exécution CE du 10 mai 2023, n° 467982, Commune de Grande-Synthe.

⁵ Le règlement (UE) 2018/842 sur le SEQE couvre les émissions provenant d'un large éventail de sources, telles que l'essence et le gazole utilisés pour le transport routier, les combustibles utilisés pour le chauffage et le refroidissement des bâtiments, la digestion animale et

Nous tenterons dans les pages qui viennent d'apporter un éclairage et d'ouvrir le débat sur un sujet crucial qui pour l'instant n'a pas mobilisé la doctrine.

La question nous paraît d'autant plus sensible aujourd'hui que pour atteindre les objectifs du *Fit for 55* d'ici 2030, « le rythme de baisse des émissions devra être multiplié par un facteur 3,5 à 5 pour les secteurs des transports et de l'énergie, un facteur 1,25 à 3,5 pour l'agriculture, 1,4 à 1,6 pour l'industrie, et 1,6 à 1,9 pour les déchets » (cf. rapport 2023 du Haut Conseil pour le Climat). C'est précisément cette trajectoire à la baisse qui constitue un impensé des porteurs de projets, dont l'approche est plutôt statique et tient peu compte des usages.

Alors certes, la question du contrôle de la trajectoire des projets soumis à autorisation ne couvre qu'une petite partie des émissions de GES en général. Notre façon de nous mouvoir, de nous chauffer, de consommer et de nous alimenter n'est (fort heureusement) pas soumise à autorisation administrative⁶. Mais d'une part, il existe d'autres règles juridiques et fiscales à cet effet (qui ont bien du mal à s'imposer, comme la taxe carbone); d'autre part, les infrastructures dans le domaine de la mobilité, de l'énergie, de l'industrie, de l'agriculture, sont, elles, le plus souvent soumises à autorisation et elles influencent directement nos comportements individuels. Par ailleurs, il faut souligner que les plans et programmes ont également un rôle clé à jouer pour atténuer le changement climatique, nous y reviendrons.

On nous objectera encore que la France n'est pas le pays des « bombes carbone »⁷, ces 422 sites d'extraction et d'exploitation des énergies fossiles qui pullulent par exemple en Chine, au Moyen-Orient ou aux États-Unis, dont la disparition est prioritaire. C'est certain, mais à l'échelle du globe terrestre, chaque tonne de carbone en moins compte. De plus, comme l'Europe, la France a une responsabilité historique dans les émissions cumulées de GES et un devoir d'exemplarité qui s'incarne aussi dans la qualité de son droit de l'environnement.

les engrais employés dans l'agriculture, le traitement des déchets et les petites industries, sources qui, prises ensemble, représentent environ 60 % des émissions totales de l'Union.

⁶ Elle pourrait l'être demain avec l'avènement de la « carte carbone », mais c'est un autre sujet.

⁷ « Bombes carbone » : explorez la carte mondiale des mégagisements de ressources fossiles (lemonde.fr).

Il ne s'agit pas seulement de contrôler et sanctionner les projets les plus anachroniques. Ces projets subissent déjà une vindicte populaire forte, tels que les projets d'autoroute, d'aéroport, d'exploration et d'exploitation d'hydrocarbures non-conventionnels. Alors que le gouvernement entend par exemple promouvoir une politique de relocalisation des industries sur territoire, il s'agit de contrôler chaque projet soumis à autorisation à l'aune d'une trajectoire carbone de plus en plus exigeante, mais indispensable pour préserver l'habitabilité de notre planète.

On notera au passage que le gouvernement a bien conscience de la nécessité d'aligner les plus gros émetteurs de GES sur la trajectoire carbone française. En novembre 2022, il a rassemblé les 50 sites les plus émetteurs (représentant 11 % des émissions nationales) pour leur demander d'établir une feuille de route de décarbonisation en application de l'article 301 de la loi climat et résilience du 22 août 2021. En contrepartie de cet effort, pas moins de 5 milliards d'euros d'aide publique seraient accordés, ce qui ne paraît pas tout à fait compatible avec le principe pollueur payeur. De surcroît, ces objectifs n'étant pas sanctionnés juridiquement, on parle essentiellement d'une stratégie de communication gouvernementale. S'agissant de projets qui ont déjà été autorisés et n'avaient pas anticipé la trajectoire carbone, peut-être à tort, cela peut se comprendre. En revanche s'agissant des projets à venir, la négociation devrait céder à la place à l'obligation de tenir une trajectoire carbone compatible, alors qu'une feuille de route pour la filière sera collectivement discutée et mise en place⁸. Cela étant, pour les rares sites déjà tenus de financer des quotas carbone payants⁹ dans le cadre du système d'échange de quotas d'émissions (SEQUE-EU), un soutien public est sans doute nécessaire, au moins pour assurer la transition de l'appareil productif.

Pour rentrer de plain-pied dans la réflexion, nous verrons d'abord ce qu'a répondu le juge administratif aux requérants qui soulevaient ce moyen d'annulation face à une autorisation environnementale ou face à une déclaration d'utilité publique (**A**). Puis nous élargirons notre analyse à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (**B**) et à quelques décisions européennes et étrangères (**C**).

⁸ <https://www.ecologie.gouv.fr/feuilles-route-decarbonation-des-filieres-plus-emettrices>.

⁹ En 2022, 94 % des émissions industrielles étaient toujours couvertes par des quotas gratuits, selon l'institut Jacques Delors. "No more free lunch. Ending free allowances in the EU ETS to the benefit of innovation", févr. 2022.

Il sera alors temps de se demander quel type de contrôle pourrait ou devrait être mis en œuvre, à la lumière de considérations politiques, techniques, mais également juridiques (II).

Une fois l'objectif esquissé, nous reviendrons enfin sur le cadre juridique à adapter (III).

I. Une jurisprudence timide

A. La retenue du juge administratif

En France, deux décisions ont abordé la question de front. La première fois au sujet de la centrale au fioul de Larivot (CE, 10 févr. 2022, n° 455465), la seconde au sujet d'un permis exclusif de recherche d'hydrocarbures (CAA Nancy, 29 déc. 2022, n° 20NC02931 puis CE 24 juill. 2024, n° 471780). Si l'argument climatique a été rejeté en matière d'autorisation environnementale, il a été retenu en matière de permis exclusif de recherche d'hydrocarbures (1).

Le sujet a aussi été soulevé, sans succès, en matière de déclaration d'utilité publique associée à des projets routiers (CE 4 déc. 2017, *Association Alcaly*, n° 407206; CE 19 nov. 2020, *Commune de Val-de-Reuil*, n° 417362) (2).

Plus récemment cependant, l'affaire de la centrale à biomasse bois de Gardanne a donné l'occasion à la Cour administrative d'appel de Marseille d'imposer un bilan carbone au titre de l'étude d'impact, ce qui marque une avancée majeure (CAA Marseille, 10 nov. 2023, n° 23MA00797) (3).

En matière de DUP, la question a émergé, mais le contrôle du bilan/coût avantage a toujours été défavorable au climat (4).

1. *L'affaire de la centrale de Larivot, où le Conseil d'État botte en touche*

Dans cette affaire (CE, 10 févr. 2022, n° 455465 mentionné aux tables), le Conseil d'État devait statuer sur la légalité de l'autorisation environnementale délivrée à EDF pour l'exploitation d'une centrale électrique au fioul de

120 MW en Guyane. Le juge des référés du tribunal administratif de la Guyane avait suspendu l'autorisation en retenant que « *le moyen selon lequel le projet est incompatible avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés par la loi paraît propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux* » (ordonnance n° 2100957 du 27 juill. 2021).

Il a été censuré par le Conseil d'État, sur conclusions conformes du rapporteur public Stéphane Hoyneck. La Haute cour s'est appuyée sur les dispositions de l'article L. 100-4 du Code de l'énergie, selon lesquelles la politique énergétique nationale a notamment pour *objectif de réduire les émissions de gaz à effet de serre* suivant la *trajectoire précisée* dans la stratégie nationale bas carbone adoptée par décret¹⁰ et sur les dispositions de l'article L. 311-5 du même Code de l'énergie, selon lesquelles « *l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants : (...)* 5° *L'impact de l'installation sur les objectifs de lutte contre l'aggravation de l'effet de serre.* ».

Sans examiner la qualité de l'étude d'impact au chapitre « effets du projet sur le climat », à tort selon nous, le Conseil d'État a relevé que dans le cas présent, l'autorisation environnementale ne tenait pas lieu d'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, laquelle avait été délivrée avant. Or la prise en compte du respect de la trajectoire carbone ne pouvait être opérée, selon lui, que dans le cadre de cette autorisation. L'association FNE n'avait pas attaqué la bonne décision... Ce qui laisse tout de même une place, certes subalterne, au contrôle de la trajectoire.

Un contrôle relativement souple au demeurant puisque, basé sur l'obligation de « prise en compte », il renvoie au degré le plus bas de rapport juridique avec la norme supérieure¹¹. Nous y reviendrons ci-après dans la partie 3.

¹⁰ La SNBC2 et les budgets carbone pour les périodes 2019-2023, 2024-2028 et 2029-2033 ont été adoptés par le décret n° 2020-457 du 21 avril 2020 *relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone*. La SNBC3 est attendue en 2024, en même temps que la loi de programmation énergie-climat (LPEC), créée par la loi climat-énergie de 2019 (qui doit être renouvelée tous les 5 ans) et la nouvelle PPE portant sur la période 2024-2033.

¹¹ Sur les notions de « prise en compte », « comptabilité » et « cohérence », voir par analogie l'article éclairant de Thomas THULLIER, doctorant en droit public, dans « La hiérarchie des normes en droit de l'urbanisme : des clarifications en demi-teinte », *BJDU*, 2/2019.

Dans ses conclusions, Monsieur Hoynck a clairement posé l'enjeu : *« nous pensons que votre décision devrait apporter des précisions importantes et inédites sur la confrontation directe des objectifs de réduction des GES avec des décisions individuelles qui autorisent des projets émetteurs de GES »*. Au-delà du simple argument tiré de l'indépendance des législations, il observe qu' *« aucun texte ne prévoit qu'une installation devant être autorisée devrait soit être neutre en termes d'émissions carbone, soit comporter des mesures pour compenser une partie de ses émissions »*. Ce qui laisse entendre que la séquence ERC (éviter, réduire, compenser) ne serait pas applicable en matière de réchauffement climatique ! Le rapporteur public note encore que la SNBC ne pose qu'une logique de planification et, *« en dehors des cas où la législation en a décidé autrement, comme pour les autorisations de l'article L. 311-5, où l'on voit qu'une centralisation ministérielle est opérée, s'inscrire dans un contrôle de compatibilité nous paraît donc impraticable et conduit à exiger du juge qu'il fasse des choix de priorité politique entre différentes options permettant d'atteindre les objectifs, c'est une démarche qui n'est pas fidèle à ce que vous avez commencé à construire avec les 2 décisions Grande Synthe »*. Cette référence au choix politique est intéressante. On verra qu'elle n'est pas insurmontable en matière de contrôle de légalité du permis de recherches d'hydrocarbures.

Nous comprenons que selon le rapporteur public, ce « choix politique » devrait appartenir au seul gouvernement dans la mesure où, depuis la jurisprudence Grande Synthe, il agit sous le contrôle du juge. Mais nous ne pouvons le suivre pour plusieurs raisons. Premièrement, laisser entendre qu'une autorisation environnementale pourrait ne pas faire grief tel un acte de gouvernement n'est pas audible aujourd'hui, alors que l'inaction climatique affecte désormais la vie de tout un chacun. Deuxièmement, l'État ne peut être comptable de son action climatique devant le juge s'il n'a pas les moyens de peser sur les émissions de CO₂ des projets qu'il est amené à autoriser. En cela, le contrôle de la trajectoire appliqué aux projets individuels est au contraire le prolongement de la jurisprudence Grande Synthe. Troisièmement, il faut prendre acte de ce que ce contrôle est désormais consacré, certes pour l'instant dans le cadre étriqué de l'autorisation d'exploiter une installation de production d'énergie. En tout cas, il faudra bien apprendre à le mettre en œuvre et il n'appartient qu'au législateur de l'élargir – sauf à mobiliser certains leviers existants, nous y reviendrons.

Un autre enseignement capital de cet arrêt a trait à la non-interférence du système européen d'échange des quotas carbone avec le contrôle de la trajectoire. EDF soulevait en défense que son site étant déjà couvert par le

SEQE (directive de 2003/87 et règlement 2018/842), il ne pouvait pas être soumis en sus à l'objectif de réduction de -40 % en 2030 qui figure à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie¹², sachant que l'objectif du SEQE, pour la France, est une baisse de 37 % par rapport au niveau de 2005. Le rapporteur public a observé que les deux objectifs n'étaient pas contradictoires, que l'objectif législatif couvrait bien l'ensemble des secteurs, y compris ceux soumis au SEQE. Le Conseil d'État n'évoquant pas ce point, on peut retenir qu'il l'écarte implicitement lorsqu'il consacre le contrôle de la trajectoire pour les installations de production d'énergie.

En conclusion sur cet arrêt, on peut dire que le Conseil d'État n'a pas forcé son talent pour construire, à partir du droit existant et en particulier du contenu de l'étude d'impact, un contrôle de la trajectoire digne de ce nom et applicable à l'autorisation environnementale. Il a botté en touche en réduisant le contrôle de la trajectoire au seul domaine des installations de production d'énergie, mais ce faisant, il a posé la première pierre à l'édifice et montré la marche à suivre à l'attention des pouvoirs publics et du législateur.

2. L'affaire du gaz de houille en Lorraine, où le Conseil d'État progresse

On se souvient que fin 2017, le ministre chargé de l'environnement Nicolas Hulot avait fait voter une loi importante interdisant la recherche et l'exploitation des hydrocarbures en France¹³. L'exploitation du gaz de couche (hydrocarbure gazeux non conventionnel principalement constitué de méthane piégé dans les mines de charbon) échappait à cette interdiction, mais avant même son adoption, la société European Gas Limited demandait, au titre du Code minier, un permis exclusif de recherche d'hydrocarbures liquides ou gazeux, dit « permis Bleue Lorraine Nord ». Un refus implicite de 2011 était confirmé par décision du ministre de la transition écologique en avril 2017. Cette décision de refus était censurée par le tribunal administratif de Strasbourg le 20 juillet 2020, jugement confirmé en appel par la Cour administrative d'appel de Nancy le 29 décembre 2022 (CAA Nancy, *European Gas Limited*, n° 20NC0231).

¹² Objectif qui devra être mis en conformité avec le « Fit for 55 » de l'Union Européenne.

¹³ Loi du 2017-1839 du 30 déc. 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.

Mais dans une décision importante, le Conseil d'État statuant en chambres réunies vient de censurer la CAA au motif que la délivrance d'un titre minier n'étant pas un droit, la décision de refus du ministre peut être fondée sur un « motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de l'autorisation en cause », en l'occurrence les engagements de la France au titre de l'accord de Paris (CE, 24 juill. 2024, n° 471780).

Pour justifier son refus, le ministre plaidait l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre inscrit à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie précité. Il soutenait simplement que le projet était « contraire à la politique énergétique volontariste de la France traduite, notamment, par les objectifs et orientations retenus dans la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte et par l'adoption des accords de Paris »¹⁴.

Sans grande surprise, la Cour d'appel jugeait que « ni les accords de Paris sur le climat, ni la loi du 17 août 2015, qui se bornent à fixer des orientations et des objectifs généraux, n'ont eu pour objet ou pour effet d'interdire toute délivrance de permis exclusif de recherches d'hydrocarbures liquides ou gazeux (...). Par suite, la ministre ne pouvait rejeter la demande de la société European Gas Limited au seul motif que le projet méconnaissait la politique énergétique volontariste de la France traduite dans les dispositions de la loi du 17 août 2015 et par l'adoption des accords de Paris sur le climat ».

Le Conseil d'État a heureusement censuré une « erreur de droit » conservatrice, mais pour des raisons spécifiques au régime du permis exclusif de recherches d'hydrocarbures explicitées par son rapporteur public Frédéric Puigserver. Constatant que le critère climatique n'est pas au nombre des intérêts à protéger en la matière d'activité extractive (cf. art. L. 161-1 du Code minier), le rapporteur public observe qu'au demeurant, l'attribution d'un permis minier n'est pas un droit quand ces intérêts sont respectés (CE 27 juin 2018, *Société Esso Guyane française*, n° 419316), ce qui laisse une large place à la décision motivée par des motifs d'intérêt général, dit autrement, des considérations politiques telles que les engagements climatiques de la France. Ce pouvoir discrétionnaire du ministre serait confirmé par le contrôle restreint sur la décision du préfet d'accorder une autorisation d'exploiter une mine (CE 30 juill. 1997, *Association SOS Environnement Portes*, n° 159446) et par un principe de souveraineté de l'État sur les ressources minières.

¹⁴ Voir également, dans le même sens, CAA de Nancy, 29 déc. 2022, 20NC02933.

Il faut encore qu'il existe un rapport direct entre le motif d'intérêt général et l'objet de l'autorisation en cause. Pour le Conseil d'État, « *s'agissant des permis de recherches d'hydrocarbures, la limitation du réchauffement climatique par la réduction des émissions de gaz à effet de serre et de la consommation des énergies fossiles constitue un tel motif* ».

Après l'autorisation d'exploiter une installation de production d'énergie, une nouvelle étape décisive est ainsi franchie en matière de permis de recherches d'hydrocarbures.

Quelle portée donner à cette décision en matière d'autorisation environnementale ? Aucune *a priori*, puisque le raisonnement suivi est spécifique au régime minier. On pourrait même penser que dans la mesure où un refus d'autorisation environnementale fait l'objet d'un contrôle normal (voir par ex. CE 4 oct. 2023, n° 464855 qui écarte l'« erreur d'appréciation » du préfet refusant une AE pour un parc éolien), le motif d'intérêt général un peu discrétionnaire est exclu en la matière. Peu importe dirons-nous, si le climat figure bien au titre des intérêts protégés dans le régime général de l'autorisation environnementale. Aussi surprenant que celui puisse paraître aujourd'hui, ce n'est pas le cas : le climat ne fait toujours pas partie des intérêts protégés en matière d'autorisation environnementale (cf. C. env. L. 181-3 renvoyant aux articles L. 211-1 et L. 511-1). À droit constant, l'arrêt *European Gas Limited* ne fait donc que consolider le recul marqué par le Conseil d'État dans l'affaire de la centrale de Larivot.

Un obstacle intellectuel est néanmoins franchi : dans les deux affaires, le Conseil d'État admet qu'un projet pris individuellement peut être sanctionné pour des raisons climatiques.

Même si la quantité d'émission de GES évitée, du fait du refus de permis, n'est peut-être pas déterminante pour atteindre l'objectif national, le rapporteur public Puigserver renvoie à son homologue de la 6^e chambre Stéphane Hoyneck, lequel plaidait que « *cet argument ne conduit pas à dénier l'intérêt d'agir du côté de la production (...), et nous ne sommes pas loin de penser qu'une volonté d'exemplarité face à un enjeu mondial, n'est pas illégitime pour faire avancer cet objectif de lutte contre le réchauffement climatique* » (Concl. sous CE 18 déc. 2019, Société IPC Petroleum France SA, n° 421004).

Mais si un projet lié à la production d'énergie fossile paraît condamnable par principe dans le monde actuel, un projet soumis à autorisation environnementale, qui se « contente » d'émettre des GES au stade de la construction et de l'exploitation, est-il aussi condamnable ? C'est là qu'intervient, au-delà de l'intérêt « climat » pris comme critère de légalité, l'analyse de l'impact carbone propre au projet concerné, qu'il soit d'ailleurs spécifiquement soumis à une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre ou non.

3. *Les premières décisions mettant l'impact carbone au centre du jeu*

Deux affaires ont permis de faire évoluer la jurisprudence, la première est relative au projet de bioraffinerie de la Mède, la seconde au projet de centrale à biomasse-bois de Gardanne. Dans les deux cas, le juge administratif s'est intéressé non seulement à l'impact climatique de l'installation en fonctionnement (impact direct du projet), mais également à l'impact climatique du combustible utilisé par la centrale de production d'énergie, impact généré à l'étranger pour ce qui concerne l'huile de palme utilisée à la Mède, ou en France pour ce qui concerne l'approvisionnement en bois de la centrale de Gardanne (impact indirect du projet).

Dans l'affaire à rebondissements de la centrale de Gardanne, revenons d'abord sur l'arrêt du Conseil d'État du 27 mars 2023. Au visa de l'article R. 512-8 du Code de l'environnement alors applicable, prévoyant que l'étude d'impact devait notamment porter sur « les effets sur le climat », la Haute cour a jugé que « *l'étude d'impact [doit analyser] non seulement les incidences directes sur l'environnement de l'ouvrage autorisé, mais aussi celles susceptibles d'être provoquées par son utilisation et son exploitation* ». Devaient donc « *nécessairement être analysés dans l'étude d'impact les effets de l'approvisionnement en bois, et notamment les effets sur les massifs forestiers locaux* ». Le Conseil d'État n'insiste pas sur l'enjeu climatique cependant, contrairement à la Cour administrative d'appel de renvoi : dans son arrêt du 10 novembre 2023 (n° 23MA00797), la CAA de Marseille écarte d'abord les arguments qui tendaient à restreindre le champ de l'étude d'impact : (i) le fait que les opérations de prélèvements de bois forestier liées à l'approvisionnement de la centrale relèvent d'une législation distincte ; (ii) le fait que ces opérations ne soient « *ni connexes ni proches du site de la centrale* ». Puis dans un paragraphe intitulé « *quant au "bilan carbone"* », la Cour affirme qu' « *il ressort des dispositions précitées de l'article R. 512-8 du Code de l'envi-*

ronnement dans sa rédaction alors en vigueur, que le contenu de l'étude d'impact est complété par une analyse des effets sur le climat ». En l'occurrence, l'étude d'impact était insuffisante car, alors que « *l'exploitation de la centrale repose sur la consommation de très grandes quantités de bois provenant de ressources forestières qui jouent un rôle dans la captation de carbone* », elle ne comporte pas de bilan carbone pour déterminer les effets du projet sur le climat. C'est donc une carence de l'étude d'impact qui a été sanctionnée pour ce projet particulier, mais une carence qui porte bien le nom, pour la première fois, de « *défaut de bilan carbone* ».

La première fois ou presque puisque dans l'affaire de la bioraffinerie de la Mède, le tribunal administratif de Marseille avait, dans un jugement avant dire droit du 1^{er} avril 2021 (n° 1805238), retenu que l'étude d'impact du projet de bioraffinerie de La Mède devait comporter, compte tenu des « *quantités substantielles* » d'huile de palme utilisée pour la production de bio-carburants et de la « *déforestation induite* », « *une analyse de ses effets directs et indirects sur le climat, notion qui ne saurait être entendue de manière strictement locale dans le seul périmètre immédiat du projet* ». En l'occurrence, l'insuffisance de l'étude d'impact était de nature à avoir nui à l'information complète de la population et à avoir exercé une influence sur le sens de la décision du préfet. Une fois l'étude d'impact complétée et soumise à une nouvelle enquête publique, le tribunal jugea que l'autorisation environnementale devait être considérée comme régularisée après avoir tranché une intense querelle d'experts quant à la méthodologie du volet climat de l'étude d'impact.

Cette décision, non confirmée ou infirmée à date, est remarquable en ce qu'elle appréhende un effet indirect sur le climat qui peut se produire à l'autre bout du monde. Mais comme dans l'affaire de la centrale de Gardanne, l'évolution reste limitée dans la mesure où c'est seulement la régularité de l'étude d'impact qui était appréciée, sous l'angle de la légalité externe, et non la compatibilité des projets avec la trajectoire carbone française. C'est en tout cas une étape préalable et nécessaire pour appliquer un tel contrôle.

4. Le juge de la DUP et l'impact climatique d'un projet

Avant l'autorisation environnementale, les projets les plus importants nécessitent souvent une déclaration d'utilité publique, elle-même précédée

par une déclaration de projet¹⁵, pour fonder les expropriations et les mises en compatibilité des documents d'urbanisme. Même s'il est subordonné à la délivrance d'autres autorisations, c'est au stade de cette première autorisation que doit être apprécié l'impact environnemental du projet¹⁶. Il est donc crucial que la trajectoire carbone puisse être appréhendée dans le bilan coûts/avantages.

Comme le remarquait le professeur Trébulle¹⁷, « *la théorie du bilan, parce qu'elle est associée à l'idée d'arbitrage, est parfaitement apte à permettre au juge à se placer dans le cadre des impératifs du développement durable* »¹⁸. Pour autant, dans des contentieux portant sur des DUP autoroutières, le Conseil d'État a jugé que les engagements de réduction de GES de l'accord de Paris « *n'ont pas par eux-mêmes pour portée de faire obstacle à la réalisation du projet litigieux* » (CE 4 déc. 2017, *association Alcaly*, n° 407206).

De même, dans l'affaire de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, les requérants invoquaient, contre la DUP, la loi dite Grenelle I du 3 août 2009. Le Conseil d'État répondait que « *ces dispositions, qui sont contenues dans une loi de programmation et se bornent à fixer des objectifs généraux à l'action de l'État en matière de développement durable, sont par elles-mêmes dépourvues de portée normative, elles ne peuvent être regardées comme pouvant faire légalement obstacle à la réalisation de l'opération litigieuse* » (CE 17 oct. 2013, n° 358633).

En 2020, le Conseil d'État allait cependant un peu plus loin puisqu'après avoir rappelé que ces textes étaient vainement invoqués contre

¹⁵ Cf. C. expo., art. L. 122-1 al. 1, étant précisé que lorsqu'elle est requise, l'étude d'impact sera soumise au public et « prise en considération » par la déclaration de projet (C. env., art. L. 126-1 al.2) et la DUP.

¹⁶ Code env., art. L. 122-1-1, III.

¹⁷ F. G. TRÉBULLE, « Droit du développement durable », *Lexis* 360, fasc. 2400, mis à jour le 23 févr. 2023.

¹⁸ Voir en ce sens CE, 2 juin 2010, n° 328916, 328930 soulignant, à propos de la desserte ferroviaire de l'aéroport Charles-de-Gaulle qu' « *en dépit du coût important du projet retenu et eu égard aux avantages de celui-ci, qui permettra notamment d'améliorer la desserte de l'aéroport international Charles-de-Gaulle et de le doter d'une liaison directe, rapide et assurant un haut niveau de ponctualité, à l'instar des dessertes d'aéroports internationaux d'autres États membres de l'Union européenne, de favoriser le développement économique régional et national, en contribuant à la compétitivité de la région Île-de-France et de la place de Paris et de s'inscrire, par un mode de transport plus respectueux de l'environnement, dans le cadre d'un développement durable, les inconvénients dénoncés ne sont pas de nature à retirer à l'opération son caractère d'utilité publique* ».

une DUP autoroutière, il ajoutait que « *l'incidence nette prévisible, en termes d'émissions de gaz à effet de serre, doit [cependant] être prise en considération au titre du bilan qui détermine son caractère d'utilité publique* » (CE 19 nov. 2020, commune de Val-de-Rueil, n° 417362). Et Stéphane Hoynck de souligner, en citant cet arrêt dans ses conclusions dans l'affaire de la centrale de Larivot, que « *la prise en compte n'est pas la même chose qu'un contrôle de compatibilité* ».

Autant admettre d'emblée que dans le maelström des intérêts mis en balance, la « prise en compte » n'est d'aucune utilité pour préserver le climat¹⁹. Seul le contrôle de la *compatibilité* voire de la conformité permettra de réelles avancées... un contrôle qui, par définition, est étranger à la théorie prétorienne du bilan !

On perçoit bien à ce stade de notre analyse que les textes en vigueur restent insuffisants pour appréhender le bilan carbone des projets au regard de la trajectoire nationale. En vertu du principe de proportionnalité de l'étude d'impact et de la mention du terme « climat » dans le contenu normatif de l'étude d'impact, les textes paraissent tout juste suffisants pour imposer un volet carbone dans l'étude d'impact des projets les plus émetteurs et controversés.

B. Le juge constitutionnel et les droits des générations futures, un terreau fertile

La jurisprudence du gardien de la Constitution n'est pas directement mobilisable lorsqu'il s'agit de contester une autorisation administrative et son éventuelle incompatibilité avec la trajectoire carbone nationale. Mais elle peut inspirer le législateur pour qu'il ne permette pas que ce type d'autorisation puisse être délivrée.

Dans sa décision du 27 octobre 2023 (n° 20223-1 066 QPC) sur le projet CIGEO relatif au stockage souterrain des déchets radioactifs à vie longue, le Conseil constitutionnel a jugé que « *lorsqu'il adopte des mesures susceptibles de porter une atteinte grave et durable à un environnement équilibré et respectueux de la santé, le législateur doit veiller à ce que les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne*

¹⁹ Sur les notions de « prise en compte », « compatibilité » et « cohérence », voir par analogie avec le droit de l'urbanisme : T. THULLIER, « La hiérarchie des normes en droit de l'urbanisme : des clarifications en demi-teinte », in *BjDU*, 2/2019.

compromettent pas la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins, en préservant leur liberté de choix à cet égard. ». Sur le fondement de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement²⁰ « éclairé par le septième alinéa de son préambule²¹ », il a ainsi reconnu pour la première fois le droit à un environnement vivable (pour ne pas dire « sain ») pour les générations futures.

Comme les déchets radioactifs, les gaz à effet de serre émis dans l'atmosphère ont la vie longue. Le GIEC parle de 100 ans de « Global Warming Power » pour le CO₂. Les émissions de GES que les autorités compétentes autorisent aujourd'hui affecteront les conditions de vie des générations actuelles, mais également et surtout des générations futures. Cette prise de conscience juridique milite clairement pour un contrôle de la trajectoire carbone des projets autorisés.

Le Conseil constitutionnel avait déjà statué de façon plus explicite encore dans une décision du 12 août 2022 (n° 2022-843 DC) relative à la loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat. En cas de mobilisation accrue de centrales à charbon, l'article 36 du projet de loi prévoyait que le plafond d'émissions de CO₂ desdites centrales pouvait être réhaussé par décret, moyennant une obligation de compensation carbone.

Dans une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a répondu que cette faculté « ne devait pas compromettre la capacité des générations futures à satisfaire à leurs propres besoins ». « Dès lors, sauf à méconnaître l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, ces dispositions ne sauraient s'appliquer que dans le cas d'une menace grave sur la sécurité d'approvisionnement en électricité » (par. 22). « Il incombe au pouvoir réglementaire de fixer le niveau et les modalités de cette obligation afin de compenser effectivement la hausse des émissions de gaz à effet de serre et de ne pas compromettre le respect des objectifs de réduction de ces émissions et de réduction de la consommation énergétique primaire des énergies fossiles fixés par l'article L. 100-4 du Code de l'énergie. » (par. 24) (nous soulignons).

Commentant cette décision, Alain Juppé, membre du Conseil constitutionnel et ancien Premier ministre, retenait que « Nous donnons ainsi une portée

²⁰ « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

²¹ « afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ».

constitutionnelle à ce que Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État (...) a appelé un « contrôle de la trajectoire »²².

Cette décision confirme bel et bien que le contrôle de la trajectoire carbone des projets est consubstantielle du droit constitutionnel à un environnement sain pour les générations présentes et futures.

C. Quelques décisions européennes et étrangères

Sans aucune prétention à l'exhaustivité, nous avons relevé quelques arrêts intéressants.

Au Royaume-Uni, dans une décision du 27 février 2020, la Cour d'appel a annulé l'autorisation de création d'une troisième piste sur l'aéroport de Heathrow en raison de la non-prise en compte des accords de Paris. Mais elle fut censurée à l'unanimité par la Cour Suprême le 16 décembre 2020²³ au motif que l'Accord de Paris, bien que ratifié, n'était pas encore une « politique gouvernementale » opposable.

Dans l'affaire de l'extension de l'aéroport de Vienne, la Cour suprême a également censuré en juin 2017 une décision de juridiction inférieure favorable aux opposants²⁴.

En revanche, en Norvège, la Cour suprême a posé en 2020 l'obligation d'apprécier l'impact climatique d'un projet soumis à autorisation (*Plan for Development and Operation*) et de refuser ledit projet s'il est contraire à l'article 112 de la Constitution, équivalent à l'article 1^{er} de notre Charte de l'environnement. Sur ce, le tribunal d'Oslo a censuré le 18 janvier 2024 trois permis d'exploitation de champs pétroliers et gaziers en mer du Nord pour défaut d'étude d'impact climatique²⁵.

²² Dans la préface de l'ouvrage *Cesser le feu! Traité de paix avec la nature* de Louis DE REDON, Éd. La Singulière, août 2023.

²³ R (on the application of Friends of the Earth Ltd and others) (Respondents) v Heathrow Airport Ltd (Appellant) [2020] UKSC 52. On appeal from: R (on the application of Plan B Earth) v Secretary of State for Transport [2020] EWCA Civ 214.

²⁴ Voir également C. COURNIL, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », in *RJE*, 2017/HS17.

²⁵ Le Monde, 19 janv. 2024, « Norvège : les ONG remportent une victoire contre l'État lors d'un procès pour le climat ». Voir également : <https://www.wr.no/en/news/wr-esg-alert->

On peut également mentionner la remarquable décision du tribunal de la Hague rendue contre la société Shell le 26 mai 2021, décision dans laquelle la Cour a ordonné à la société Royal Dutch Shell de réduire les émissions du groupe de 45 % d'ici 2030, comparé au niveau de 2019. L'affaire ne concernait pas un projet particulier, mais la responsabilité civile de la société Shell, condamnée en vertu d'un principe de « standard of care », comparable au devoir de vigilance français, invoqué par exemple contre la société Total Énergies actuellement.

Au niveau de la Cour de justice de l'Union européenne, nous observons une modernisation de la jurisprudence en matière de contrôle de la trajectoire de qualité de l'air (directives 2008/50 sur la qualité de l'air ambiant et 2010/75 sur les émissions industrielles). Si un arrêt du 26 mai 2011 (affaires C-165/09 à C-167/09) retenait que les programmes nationaux de réduction des polluants n'ont pas d'influence sur les projets individuels²⁶, la Cour de justice opérait un revirement de jurisprudence en 2023 : au regard de l'effet cumulé avec d'autres sources du polluant en cause, l'autorité compétente doit refuser une demande de dérogation « *lorsque celle-ci est de nature à contribuer au dépassement des normes de qualité de l'air* » (affaire C-375/21, décision du 9 mars 2023). Cependant, les textes mobilisés sont différents et les effets des dépassements très locaux, ce qui rend cette évolution peu transposable à la matière climatique.

Enfin, même si elle concerne la responsabilité climatique d'un État, la Suisse en l'occurrence, il faut mentionner la récente affaire des Aînés pour le climat dans laquelle la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme inclut le droit au climat dans le droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la convention (CEDH, 9 avr. 2024, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, n° 53600/20).

key-decisions-by-norwegian-and-french-courts-relating-to-the-environment-and-crimes-against-humanity.

²⁶ Les programmes nationaux de réduction des polluants n'ont pas d'influence sur les projets individuels, Actualité du droit de l'environnement (harada-avocat.com).

II. Quel contrôle mettre en œuvre ?

A. Une question éminemment politique

Avant de s'intéresser aux moyens à mettre en œuvre (cf. la partie 3 sur le cadre juridique et sa nécessaire évolution), il nous faut réfléchir aux fins recherchées : quel degré de contrainte souhaite-t-on mettre en œuvre en matière de contrôle de la trajectoire carbone des projets ? Comme on l'a déjà noté, il est certain que la question n'est pas neutre politiquement.

Selon une formule qu'on entend souvent à droite et à l'extrême droite, ce contrôle tient de l' « écologie punitive ». Selon une vision « de gauche » ou « écologiste », « ce n'est pas l'écologie qui est punitive, c'est l'inaction »²⁷.

Force est de constater que le gouvernement Macron a fait le choix de l'écologie incitative ou de la soft law, par exemple en invitant les 50 sites industriels les plus émetteurs à signer un « contrat de transition écologique » non engageant pour favoriser une « trajectoire de décarbonation » volontaire. Selon ce contrat, l'industriel « *s'efforcera de mobiliser les moyens adaptés et de réaliser ses meilleurs efforts pour mettre en œuvre la trajectoire identifiée, dans la mesure où celle-ci continue d'être cohérente et économiquement compatible avec les moyens et la stratégie poursuivie par l'entreprise* »²⁸. Au regard des engagements ainsi pris par les industriels, il semble que cette initiative est avant tout une opération de communication. Un autre signal inquiétant en janvier 2024 est l'avant-projet de loi sur la souveraineté énergétique qui a, dans une de ses versions initiales, supprimé une partie des objectifs programmatiques en matière de production d'énergie renouvelable... et remplacé l'objectif de « réduire » « les émissions de GES de 40 % entre 1990 et 2030 » par celui de « tendre vers une réduction de (...) 50% ». Peut-être une réponse à ceux qui seraient tentés d'y voir des objectifs contraignants, comme le Conseil d'État dans l'affaire Grande-Synthe...

²⁷ Voir par exemple l'interview de Camille ETIENNE dans l'émission « À l'air libre » de *Médiapart*, mai 2023.

²⁸ Extrait du contrat signé le 15 novembre 2023 avec la société ArcelorMittal, disponible sur la page <https://www.entreprises.gouv.fr/fr/publication-contrats-transition-ecologique-50-sites-industriels>.

En 2024, alors que les océans « bouent »²⁹ et que les inondations et incendies se multiplient partout dans le monde, y compris près de chez nous, nous nous rangeons délibérément du côté des personnes qui appellent à l'action, notamment en utilisant des leviers juridiques contraignants.

On peut rejeter un contrôle strict avec des arguments juridiques, mais également économiques, en considérant par exemple que le coût pour le secteur industriel ou le projet d'infrastructure sera trop élevé. Mais il faut admettre que dans ce cas, les coûts d'adaptation et de réparation reposeront sur la collectivité publique et le contribuable, une situation qui, assurément, n'est pas en phase avec le principe pollueur payeur. Dans les contrées où les États ne sont pas assez structurés pour mobiliser les moyens d'adaptation (cf. le fonds de compensation des pertes et dommages climatiques dans les pays vulnérables, adopté lors de la COP28), les populations seront livrées à elles-mêmes. La question est donc politique, mais également éthique et morale.

Certains patrons publient des tribunes pour appeler à la sobriété³⁰ et accélérer la transition écologique³¹. Cela contribue à un changement culturel indispensable, mais la tâche est ardue et les résultats ne sont pas assez rapides. En témoigne par exemple la régression en 2023 du nombre d'engagements volontaires sur le climat au sein des sociétés cotées³², ou l'effondrement des puits de carbone dans le monde, prémisses du cercle vicieux créé par l'homme.

Face à la gravité et à l'urgence de la situation climatique, nous pensons que les mécanismes de marché et l'incitation ont largement montré leurs limites. La transformation écologique de la société impose des mesures fortes et des changements de paradigme. Selon nous, l'heure n'est plus à l'incitation, mais à une contrainte proportionnée aux enjeux, une contrainte qui sera plus supportable si elle est organisée de façon démocratique avant que le scénario du pire ne produise ses effets.

²⁹ « Dans les océans, des records de températures impressionnants et inquiétants », *le Monde*, 1^{er} févr. 2024.

³⁰ « Faire de la sobriété un choix collectif: l'appel de 84 dirigeants d'entreprises français », *Journal du Dimanche*, 2 juill. 2022.

³¹ « COP28: 60 présidents de grandes entreprises françaises appellent à accélérer la transition écologique », *La Tribune*, 26 novembre 2023.

³² Voir « Le durcissement du droit de la RSE oblige les sociétés à être vraiment des entreprises citoyennes », tribune d'Isabelle BEYNEIX, professeure à l'ESCP, *le Monde*, 25 oct. 2023.

B. Une question technique et complexe, mais explorée dans un guide national

Outre sa dimension politique, le sujet est complexe, ce qui ne facilite pas son émergence. Sous l'angle technique cette fois, de nombreuses questions se posent.

Comment transposer une trajectoire nationale à l'échelle d'un projet particulier ?

L'impact des GES étant global dans l'espace et durable dans le temps, à quelle échelle géographique convient-il d'apprécier l'état initial et l'impact du projet ? L'analyse de l'impact cumulé doit-il appréhender toutes les autres sources existantes ou seulement les sources comparables connues ? À quel horizon temporel raisonner et avec quel facteur d'incertitude ? Quel suivi prévoir, et quelles mesures correctives en cas de dérive par rapport aux prévisions de l'étude d'impact ? Quel niveau d'émission de GES est acceptable à un moment T ? Si le projet est déjà vertueux, faut-il lui imposer une trajectoire à la baisse ? (sans doute pas). Faut-il adapter le niveau de rigueur en fonction de l'intérêt public des projets ? (certainement).

Nous n'avons ni la place, ni les compétences techniques, ni même la prétention de répondre à toutes ces questions. Nous souhaitons au moins les soulever et donner quelques éléments de réponse en présentant un document fort pertinent et qui gagne à être connu : le Guide méthodologique du CGDD pour la *prise en compte des émissions de gaz à effet de serre dans les études d'impact*³³, publié en février 2022.

À l'échelle des entreprises et de leurs effets sur le climat, un autre échelon pertinent, il faut aussi mentionner le *Guide national sur les principales méthodologies de construction par une entreprise d'une trajectoire de réduction de ses émissions de gaz à effet de serre cohérente avec les budgets carbone sectoriels* (nov. 2021)³⁴.

Le guide méthodologique pour la *prise en compte des émissions de gaz à effet de serre dans les études d'impact* (ci-après « le Guide ») vise à donner aux porteurs

³³ Guide méthodologique pour la « Prise en compte des émissions de gaz à effet de serre dans les études d'impact ».

³⁴ *Guide national sur les principales méthodologies de construction par une entreprise d'une trajectoire de réduction de ses émissions de gaz à effet de serre cohérente avec les budgets carbone sectoriels*.

de projets des recommandations et des orientations sur la façon de prendre en compte l'impact de leur projet sur le changement climatique. Dans son préambule, le commissaire général au développement durable, Thomas Lesueur, précise qu' « *au-delà d'une obligation réglementaire [sic!], il s'agit bien de concevoir des projets qui s'inscrivent dans le respect des orientations et de la trajectoire de réduction des émissions de GES définies par la Stratégie nationale bas-carbone (SNBC)* ». Le Guide observe d'emblée qu' « *au regard des engagements de la France en matière de lutte contre le changement climatique, la prise en compte des incidences des projets sur le changement climatique reste encore très insuffisante* ».

Les préconisations du Guide sont claires et remarquables, même à droit constant: « *En cas d'impact résiduel notable après mise en œuvre de la séquence E, R et C, le porteur de projet devra justifier que son projet s'inscrit bien dans la trajectoire neutralité carbone et les orientations sectorielles de la SNBC* ». Si au lieu de botter en touche, le Conseil d'État avait appliqué ce niveau d'exigence dans l'affaire de la centrale au fioul de Larivot³⁵ par exemple, nul doute qu'il serait parvenu à une décision différente, tendant certainement à l'annulation de l'autorisation environnementale du projet.

Cette préconisation figure à l'étape 7 de la méthodologie présentée, soit la dernière étape. Il est utile de revenir brièvement sur les différentes étapes et de répondre au passage à quelques questions que nous avons soulevées plus haut :

³⁵ Plutôt que de botter en touche en expliquant que les requérants auraient dû attaquer l'autorisation d'exploiter une installation de production d'énergie.

Démarche d'évaluation de l'impact des projets sur le changement climatique en 7 étapes

Étape	Morceaux choisis
1	<p>Définition de l'aire d'étude</p> <p>« le calcul des émissions de GES d'un projet doit se faire sur l'ensemble de sa durée de vie » (art.122-5 c. env.). « Le porteur de projet devra présenter l'ensemble des émissions engendrées et/ou évitées du fait de la réalisation de son projet, directement et indirectement » (notions reprises dans la norme ISO 14064-1 : 2018, à privilégier par rapport à celles historiques de scope 1, 2 et 3)</p>
2	<p>Description de l'état initial de l'environnement</p> <p>Pour la description de l'état initial, les bilans à prendre en compte sont choisis en cohérence avec l'aire d'étude du projet, national, régional ou local selon l'« aire d'influence » du projet.</p> <p>Les inventaires d'émissions à prendre en compte peuvent être nationaux (SNBC), régionaux (SRCAE/SRADDET), locaux (PCAET). Ils posent aussi des objectifs de réduction des émissions de GES. « Les émissions générées par le projet devront être mises en perspective au regard de ces objectifs »</p> <p><i>Commentaire</i> : malgré l'effet global des GES, le principe de proportionnalité de l'étude d'impact semble expliquer que l'aire d'étude puisse n'être que locale.</p>
3	<p>Définition des scénarios avec et sans projet</p> <p>« L'impact du projet correspond au surplus d'émissions (en cumulé) engendré par le scénario avec projet par rapport au scénario sans projet »</p>
4	<p>Détermination des postes d'émissions significatifs pour chaque scénario</p> <p>« L'appréciation de la significativité des sources d'émissions du projet, et de leur impact est de la responsabilité du porteur de projet et doit être argumentée. »</p>
5	<p>Quantification des émissions et estimation des incertitudes pour chaque scénario</p> <p>« Outre le principe de proportionnalité applicable à chaque thématique environnementale d'une étude d'impact, la quantification des émissions doit respecter les autres cinq principes suivants décrits dans la norme ISO 14064-2 : 2019 : pertinence, complétude, cohérence, exactitude, transparence. »</p>
6	<p>Calcul de l'impact du projet (différentiel entre les scénarios avant et sans projet)</p> <p>« À ce stade de l'étude, l'impact du projet en termes d'émissions de GES est donc quantifié par année pour chacune des phases du projet et pour toute la durée de vie du projet. »</p>
7	<p>Définition des mesures ERC</p> <p>« Dès la phase de conception du projet, le maître d'ouvrage doit appliquer la séquence ERC aux émissions de GES du projet, en tenant compte de la compatibilité du projet avec la trajectoire d'atteinte de la neutralité carbone à l'horizon 2050 ».</p> <p>« La SNBC révisée oriente vers une compensation des émissions résiduelles du territoire français par des puits de carbone sur le territoire national dans l'optique d'atteindre la neutralité carbone à horizon 2050. »</p> <p>« En cas d'impact résiduel notable après mise en œuvre de la séquence E, R et C, le porteur de projet devra justifier que son projet s'inscrit bien dans la trajectoire neutralité carbone et les orientations sectorielles de la SNBC. »</p> <p>« Le processus itératif d'intégration de nouvelles mesures d'évitement et de réduction doit être mené jusqu'à obtenir un projet de moindre impact environnemental. »</p>

Le guide n'explique pas ce qu'il advient d'un projet qui ne démontre pas qu'il s'inscrit bien dans la trajectoire carbone et les orientations sectorielles de la SNBC. On pourrait soutenir qu'il s'agit là d'une carence substantielle de l'étude d'impact, mais aucun tribunal ne semble avoir jugé dans ce sens.

Cela met aussi en lumière la limite de l'étude d'impact en tant qu'outil technique : il ne semble pas suffire pour établir l'illégalité d'un projet « climaticide ». Pour préserver l'avenir, un autre texte doit prévoir que l'autorisation ne peut être délivrée si la cohérence avec la trajectoire carbone n'est pas justifiée et assurée.

En raisonnant à droit constant, le guide parvient tout de même à donner une nouvelle dimension à l'étude d'impact et à son volet climat, dimension esquissée dans la jurisprudence, comme on l'a vu plus haut (CAA Marseille, 10 nov. 2023, n° 23MA00797, affaire de la centrale de Gardanne). Il reste à faire connaître ce Guide aux acteurs privés et publics, aux avocats et magistrats administratifs pour que les pratiques évoluent.

Un autre document capital vient d'être publié par L'Inspection générale de l'environnement et du développement durable (IGEDD) : la *Note relative à la prise en compte des émissions de gaz à effet de serre et du changement climatique*³⁶, datée du 7 mars 2024. Elle entend compléter le Guide à travers un retour d'expérience des insuffisances constatées sur le terrain par les autorités environnementales et les MRAE, tant sur les études d'impact afférentes aux projets que celles relatives aux plans et programmes, dont les effets climatiques sont très souvent peu ou pas examinés (notamment les documents d'urbanisme). Pour tout bureau d'études réalisant des études d'impact, et même pour tout porteur de projet, plan ou programme, la lecture de cette note très opérationnelle est indispensable. La note observe que l'étude de la vulnérabilité des plans et programmes au changement climatique est également très en retard.

³⁶ Note relative à la prise en compte des émissions de gaz à effet de serre et du changement climatique.

III. Le cadre juridique et sa nécessaire évolution

Au regard de ce qui précède, la loi gagnerait à être plus précise au sujet de l'impact climatique³⁷ des projets d'une part, au sujet de la portée juridique des politiques nationales de lutte contre le réchauffement climatique d'autre part.

Au moment de s'interroger sur l'adéquation du cadre juridique existant, il convient de rappeler les propos du rapporteur public Stéphane Hoyneck dans l'affaire de la centrale de Larivot :

« La démarche consistant à contrôler la compatibilité d'une autorisation individuelle avec les objectifs globaux de réduction des GES nous paraît donc constituer une erreur de droit manifeste, car c'est dans l'autorisation au titre du droit de l'énergie que le législateur a voulu que soit tenu compte des émissions de GES de ce type d'installation ».

Cette lecture des textes, certes critiquable, doit nous conduire à réexaminer les conditions de délivrance de l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité (A), conditions qui pour le Conseil d'État permettent un contrôle de la trajectoire carbone du projet. Plus largement, il convient d'interroger les conditions de délivrance de l'autorisation environnementale à l'aune de l'impact climatique des projets (B). Les modifications législatives et réglementaires qui s'imposent découlent de cet examen (C).

A. L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité

Aux termes de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie : « *L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants : / (...) / 2° La nature et l'origine des sources d'énergie primaire au regard des objectifs mentionnés aux articles L. 100-1, L. 100-2 et L. 100-4 ; / (...) / 5° L'impact de l'installation sur les objectifs de lutte contre l'aggravation de l'effet de serre.* ».

³⁷ Comme l'observe l'IGEDD dans sa note de mars 2024, « Le Code de l'environnement prévoit la prise en compte des incidences des projets, plans et programmes sur le climat dans les évaluations environnementales et celle de la vulnérabilité au changement climatique pour ce qui est des projets. La notion d'incidence sur le climat n'est toutefois pas définie précisément, cette imprécision ayant pu conduire à une interprétation restrictive du "climat", cependant il ne fait **aucun doute** qu'il s'agit au minimum de contribuer au respect des engagements de la France inscrits dans la SNBC. »

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 181-3 du Code de l'environnement : « (...) II. - L'autorisation environnementale ne peut être accordée que si les mesures qu'elle comporte assurent également : 8° La prise en compte des critères mentionnés à l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, lorsque l'autorisation environnementale tient lieu de l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité en application de l'article L. 311-1 de ce Code ».

Pour le Conseil d'État, « il résulte des dispositions citées au point précédent que la prise en compte des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % entre 1990 et 2030 fixés à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie est prévue pour les autorisations d'exploiter une installation de production d'électricité par l'article L. 311-5 du Code de l'énergie et pour les autorisations environnementales lorsqu'elles tiennent lieu d'une telle autorisation en application de l'article L. 181-3 du Code de l'environnement. Il en va en revanche différemment pour les autorisations environnementales qui ne tiennent pas lieu d'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité. ».

Qu'à cela ne tienne, il « suffira » de prévoir le même contrôle dans le cadre de l'étude d'impact et de l'autorisation environnementale.

Au passage, on peut observer que dans le contexte du dossier de demande d'exploiter une installation de production d'électricité, les informations à fournir en matière de GES sont assez maigres puisqu'il est simplement prévu que le dossier précise « la quantité de gaz à effet de serre émise par cette installation » (art. R. 311-5 C. énergie). C'est à se demander comment, à partir de cette information, le ministre chargé de l'énergie peut exercer le contrôle de l'impact climatique du projet. Le Guide présenté plus haut apporte certes une réponse, s'il est bien appliqué.

On notera que le code est plus exigeant pour les centrales thermiques (en particulier celles fonctionnant au fioul et au charbon, utilisées pour les pointes de consommation hivernales) puisque leurs émissions de CO₂ sont dument plafonnées (art. D. 311-7-2), comme on l'a relevé plus haut au sujet de la décision du Conseil constitutionnel (n° 2022-843 DC).

Quant aux installations soumises à l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre (art. L. 229-6 C. env.), également incluse dans l'autorisation environnementale, on relèvera de la même manière que le dossier de demande d'autorisation est mince puisque le pétitionnaire doit seulement fournir « la description des différentes sources d'émissions de gaz à effet de serre de l'installation »

(art. R. 229-6 C. env.), mais pas la quantité de GES émis et encore moins l'adéquation de ces quantités avec les objectifs de réduction d'émission de GES. Cela peut surprendre, même si la réduction des émissions peut être mise en œuvre à travers le régime des quotas de GES.

B. L'autorisation environnementale et l'étude d'impact

En l'état actuel des textes, comme l'a relevé le Conseil d'État, la délivrance de l'autorisation environnementale n'est pas soumise au contrôle de la trajectoire. Mais comme il ne l'a pas relevé, l'étude d'impact pouvait et devait être, selon le Guide précité, le support d'un contrôle approfondi de la trajectoire carbone de chaque projet soumis à autorisation environnementale, suivant le principe de proportionnalité.

Que prévoit l'étude d'impact en matière de climat ?³⁸

D'abord, la directive 2011/92/UE *concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement* (modifiée par la directive 2014/52/UE) prévoit que le rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement comporte une « *description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant, entre autres [...] des incidences du projet sur le climat (par exemple la nature et l'ampleur des émissions de gaz à effet de serre) et de la vulnérabilité du projet au changement climatique* ».

En droit français, quelques articles du Code de l'environnement méritent d'être cités :

- L.122-1 : « *l'évaluation environnementale permet de décrire et d'apprécier de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier, les incidences notables directes et indirectes d'un projet sur les facteurs suivants : [...], le climat, [...]* » ;
- R.122-5 [tronc commun] : « *l'étude d'impact comporte les éléments suivants, en fonction des caractéristiques spécifiques du projet et du type d'incidences sur l'environnement qu'il est susceptible de produire : [...]* ;
 - *une description des facteurs mentionnés au III de l'article L. 122-1 susceptibles d'être affectés de manière notable par le projet : la population, la santé humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les*

³⁸ Pour un exposé exhaustif, voir le Guide, annexe 1 sur le cadre législatif et réglementaire.

biens matériels, le patrimoine culturel, y compris les aspects architecturaux et archéologiques, et le paysage (pour les plans et programmes, voir l'article R. 122-20);

- *une description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant, entre autres [...] f) des incidences du projet sur le climat et de la vulnérabilité du projet au changement climatique;*
- *pour les projets d'infrastructures: « une analyse des coûts collectifs des pollutions et nuisances induits pour la collectivité ainsi qu'une évaluation des consommations énergétiques résultant de l'exploitation du projet, notamment du fait des déplacements qu'elle entraîne ou permet d'éviter ».*

Certains projets sont soumis à des dispositions particulières :

- Les projets publics au sens de l'article D.222-1-E du Code de l'environnement :

L'article L. 222-1 B prévoit que « *dans le cadre de la stratégie bas-carbone, le niveau de soutien financier des projets publics intègre, systématiquement et parmi d'autres critères, le critère de contribution à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Les principes et modalités de calcul des émissions de gaz à effet de serre des projets publics sont définis par décret*³⁹ ». L'ensemble des projets publics soumis à étude d'impact sont concernés notamment les projets publics de construction ou de rénovation de bâtiments. La méthodologie à appliquer est explicitée dans les articles D.222-1-D à I du même code.

- Les projets publics d'infrastructures de transport :

L'article D. 222-1-F du Code de l'environnement introduit par le décret n° 2017-725 du 3 mai 2017 indique que « *l'information requise pour répondre au critère de contribution à la réduction des émissions de gaz à effet de serre est apportée en appliquant les modalités de calcul prévues aux articles D. 222-1. G. à D. 222-1-I, ou sur la base de l'analyse relative aux incidences du projet sur le climat fournie dans l'étude d'impact en application de l'article L. 122-1 du Code de l'environnement, en précisant la méthodologie employée et l'origine des données utilisées* ».

- Les projets soumis à la réglementation ICPE, directive IED :

³⁹ Décret n° 2017-725 du 3 mai 2017 relatif aux principes et modalités de calcul des émissions de gaz à effet de serre des projets publics.

L'article R. 515-59 du Code de l'environnement précise les compléments à l'étude d'impact : « *la demande d'autorisation ou les pièces qui y sont jointes en application de l'article R. 181-13 comportent également :*

- *des compléments à l'étude d'impact portant sur les meilleures techniques disponibles présentant : la description des mesures prévues pour l'application des meilleures techniques disponibles prévue à l'article L. 515-28 (remarque : pour les émissions de gaz à effet de serre). Comme le précise le Guide, cette description complète la description des mesures réductrices et compensatoires mentionnées à l'article R. 122-5. Elle comprend une comparaison du fonctionnement de l'installation avec les meilleures techniques disponibles décrites dans les conclusions sur les meilleures techniques disponibles mentionnées à l'article L. 515-28 et au I de l'article R. 515-62. L'article R. 515-59 poursuit : « Cette comparaison positionne les niveaux des rejets par rapport aux niveaux d'émission associés aux meilleures techniques disponibles figurant dans les documents ci-dessus. »*

On observe que la notion de « climat » n'est pas assez précise et que la notion de trajectoire de réduction des émissions de GES n'apparaît nulle part, hormis peut-être pour les projets publics au sens de l'article D. 222-1-E du Code de l'environnement et les projets d'infrastructure de transport.

Il faut également souligner que le champ de l'étude d'impact s'est réduit comme peau de chagrin au gré des modifications apportées à l'annexe à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement. Aussi faudrait-il s'assurer qu'une étude d'impact sera bien exigée pour le projet considéré, ce qui suppose de basculer du « cas par cas »⁴⁰ à l'étude d'impact à chaque fois que c'est justifié au regard de l'impact climatique du projet, comme les projets d'infrastructure, mais également de soumettre à évaluation environnementale systématique tous les projets soumis à autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité ou à autorisation d'émettre des GES, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

⁴⁰ L'IGEDD est d'avis que « les demandes d'examen au cas par cas doivent aussi traiter du sujet de l'atténuation et de l'adaptation » (message n° 11).

C. Un cadre juridique à rénover pour mieux appréhender l'impact climatique des projets, plans et programmes

Malgré la complexité du sujet, le cadre juridique permettant d'imposer la cohérence avec la trajectoire carbone doit être simple et intelligible, et d'application générale. Les points suivants nous semblent incontournables.

Premièrement, sur le plan des intérêts protégés par la loi en matière d'autorisation environnementale, il apparaît fondamental d'ajouter le climat parmi les intérêts protégés par les articles L. 211-1 et L. 511-1 du Code de l'environnement.

S'agissant des déclarations d'utilité publique, le régime étant prétorien, c'est le Conseil d'État qui devra se montrer plus moderne et conscient des enjeux climatiques.

Deuxièmement, il nous semble nécessaire de préciser les exigences de l'étude d'impact en matière de trajectoire de neutralité carbone. Au 8° de l'article R. 122-5, les deux premiers tirets expliquent le sens des mesures ERC. Un troisième tiret pourrait être ajouté comme suit :

« 8° *Les mesures prévues par le maître de l'ouvrage pour : (...)*

- atténuer les effets du changement climatique et garantir que le projet s'inscrit dans la trajectoire de neutralité carbone à l'horizon 2050 et les orientations sectorielles de la stratégie bas carbone prévue à l'article L. 222-1 B du Code de l'environnement.

Étant rappelé que le 9° prévoit « *le cas échéant, les modalités de suivi des mesures d'évitement, de réduction et de compensation proposées* ».

Ces mesures propres au tronc commun de l'étude d'impact s'appliqueront tant à la DUP qu'à la demande d'autorisation environnementale lorsqu'elles impliquent une étude d'impact.

De la même manière, ce point doit être précisé pour les plans et programmes à l'article R. 122-20.

Troisièmement, comme on l'a noté plus haut, il convient de modifier l'annexe de l'article R. 122-2 du Code de l'environnement pour soumettre à évaluation environnementale systématique tous les projets soumis à autori-

sation d'exploiter une installation de production d'électricité ou à autorisation d'émettre des GES.

Enfin, à l'instar de ce qui est prévu en matière d'autorisation d'exploiter une installation de production d'énergie, il nous semble nécessaire de prévoir que l'autorisation environnementale ne sera pas délivrée si le projet n'est pas cohérent avec la trajectoire carbone et la SNBC.

On a vu que l'article L. 181-3 du Code de l'environnement prévoit, en son 8°, que l'autorisation environnementale ne peut être accordée que s'il est « *tenu compte de l'impact de l'installation sur les objectifs de lutte contre l'aggravation de l'effet de serre* », par renvoi à l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, spécifique à l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité.

En lieu et place de ces dispositions, l'autorisation environnementale ne devrait pouvoir être accordée *que si les mesures qu'elle comporte assurent également le respect de la trajectoire de neutralité carbone à l'horizon 2050*.

On peut regretter que la loi relative à l'industrie verte du 23 octobre 2023 ne comporte aucune avancée sur ce sujet, alors qu'elle était le véhicule parfait.

L'adoption de ces cinq modifications nécessite donc l'intervention du parlement et du pouvoir exécutif. Elles nous semblent parfaitement cohérentes avec les avancées jurisprudentielles évoquées plus haut, en particulier celles du Conseil constitutionnel, et avec les engagements pris par la France et l'Europe en matière climatique – pourvu que ces engagements soient maintenus, conformément au principe de non-régression prévu par l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

