



Commentaire

Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020

Force 5

(Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 5 mars 2020 par le Conseil d'État (décision n° 434742 du 4 mars 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par l'association Force 5, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 311-5 du code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie.

Dans sa décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, le Conseil constitutionnel a déclaré que les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du code de l'énergie étaient contraires à la Constitution jusqu'au 31 août 2013. Il a, en revanche, déclaré ces mêmes mots conformes à la Constitution à compter du 1^{er} septembre 2013.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité¹

L'activité de production d'électricité a été ouverte à la concurrence à partir des années 1990. La directive 96/92/CE du 19 décembre 1996 a permis aux États membres de l'Union européenne de retenir deux modes d'accès à ce marché : l'autorisation d'exploitation, délivrée par l'administration à la suite d'une demande d'un opérateur ; l'appel d'offres, initié par l'administration et au terme duquel est prise une décision d'attribution à un ou plusieurs opérateurs².

¹ Sauf indication contraire, la description qui suit est celle du droit applicable à la période couverte par les dispositions objet de la QPC, et non du droit en vigueur aujourd'hui.

² Directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

Conformément à cette directive, le législateur français a choisi de faire cohabiter ces deux mécanismes, initialement par une loi dédiée au service public de l'électricité³, puis dans le code de l'énergie⁴. Ainsi, selon l'article L. 311-1 du code de l'énergie : « *L'exploitation d'une installation de production électrique est subordonnée à une autorisation administrative délivrée selon la procédure prévue aux articles L. 311-5 et L. 311-6 ou au terme d'un appel d'offres en application de l'article L. 311-10* ». Dans ce second cas, à moins qu'elle ne donne pas suite à l'appel d'offres, l'autorité administrative désigne les candidats retenus et leur « *délivre les autorisations prévues à l'article L. 311-5* » (article L. 311-11 du même code).

Les installations soumises à cette autorisation préalable sont celles qui remplacent une installation existante ou en augmentent la puissance installée d'au moins 10 % et celles dont la source d'énergie primaire change (article L. 311-1).

Hors procédure d'appel d'offres, la demande d'autorisation doit être adressée par le pétitionnaire au ministre chargé de l'énergie. En particulier, elle doit indiquer non seulement les « *capacités techniques, économiques et financières du pétitionnaire* », mais aussi les « *caractéristiques principales de l'installation de production, précisant au moins la capacité de production, les énergies primaires et les techniques de production utilisées, les rendements énergétiques, ainsi que les durées de fonctionnement* » ou encore « *la localisation de l'installation de production* », ainsi que « *l'intérêt que présente le site pour la production électrique et une liste commentée des dispositions environnementales susceptibles d'être applicables sur le site* »⁵.

Pour se prononcer sur l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité (à la suite d'une demande d'un opérateur ou après un appel d'offres), le ministre doit tenir compte des six critères fixés à l'article L. 311-5 du code de l'énergie, objet de la QPC (rédaction issue de l'ordonnance du 9 mai 2011 précitée, en vigueur jusqu'au 18 août 2015)⁶ :

« *1° La sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, des installations et des équipements associés ;*

« *2° Le choix des sites, l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public ;*

³ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

⁴ Ce code, créé par l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, a repris la plupart des dispositions de la loi 10 février 2000, en particulier son article 9 dont la rédaction a été quelque peu modifiée par l'article L. 311-5 du code de l'énergie.

⁵ Article 2 du décret n° 2000-877 du 7 septembre 2000 relatif à l'autorisation d'exploiter les installations de production d'électricité.

⁶ Depuis le 19 août 2015, une nouvelle version de cet article, résultant de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, est en vigueur.

« 3° L'efficacité énergétique ;
« 4° Les capacités techniques, économiques et financières du candidat ou du demandeur ;
« 5° La compatibilité avec les principes et les missions de service public, notamment avec les objectifs de programmation pluriannuelle des investissements et la protection de l'environnement ;
« 6° Le respect de la législation sociale en vigueur ».

Ainsi, plusieurs caractéristiques essentielles de l'installation à venir, telles que son site d'implantation, son mode de production ou encore sa capacité de production, sont fixées dès l'autorisation d'exploitation.

C'est d'ailleurs ce qu'a jugé le Conseil d'État dans le même contentieux que celui à l'origine de la présente QPC. Selon sa décision du 25 février 2019, il résulte de l'ensemble des dispositions des articles L. 311-1, L. 311-5, L. 311-10 et L. 311-11 du code de l'énergie que « l'autorisation administrative prévue par l'article L. 311-1 [...] désigne non seulement le titulaire de cette autorisation mais également le mode de production et la capacité autorisée ainsi que le lieu d'implantation de l'installation »⁷. Le Conseil d'État a réitéré cette appréciation à l'occasion de plusieurs autres litiges⁸.

2. – La participation du public dans le cadre de la création d'une installation de production d'électricité

Plusieurs dispositions applicables à la création d'une installation de production électrique visent à mettre en œuvre l'article 7 de la Charte de l'environnement, selon lequel : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

a. – La participation relative à l'autorisation d'exploiter l'installation

L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité prise sur le fondement de l'article L. 311-5 du code de l'énergie est une décision individuelle, et non réglementaire. Dès lors, le Conseil d'État a jugé qu'elle n'entraîne pas dans le

⁷ CE, 25 février 2019, *Association Force 5*, n° 412493, point 4.

⁸ CE, 7 juin 2019, *Association GRSB et autre*, n° 414426, point 4 ; CE, 24 juillet 2019, *Association Gardez les caps*, n° 418846, point 4 ; CE, 21 août 2019, *Association « Non aux éoliennes entre Noirmoutier et Yeu »*, n° 419959, point 4.

champ d'application de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, dans sa rédaction alors applicable⁹, relatif à la participation du public à l'élaboration des décisions réglementaires de l'État ayant une incidence sur l'environnement et mettant en œuvre le principe défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement¹⁰. Il en va de même du « *cahier des charges établi dans le cadre de l'appel d'offres prévu par l'article L. 311-10 du code de l'énergie* »¹¹.

Or, pendant longtemps, les décisions non réglementaires de l'État ayant une incidence sur l'environnement n'ont fait l'objet d'aucune procédure de participation du public. Ce n'est qu'à l'été 2013 qu'un tel dispositif a été introduit, afin d'ailleurs de respecter la jurisprudence constitutionnelle (voir *infra*).

Ainsi, l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement, créé par l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 (non ratifiée par le Parlement) et entré en vigueur le 1^{er} septembre 2013¹², définit « *les conditions et limites dans lesquelles le principe de participation du public prévu à l'article 7 de la Charte de l'environnement est applicable aux décisions individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement qui n'appartiennent pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières ont prévu les cas et conditions dans lesquels elles doivent, le cas échéant en fonction de seuils et critères, être soumises à participation du public* ». Pour l'essentiel, cette participation consiste à mettre à disposition du public par voie électronique le projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, le dossier de demande, puis à lui permettre de déposer ses observations, également par voie électronique, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la mise à disposition. Depuis le 1^{er} janvier 2017, ces dispositions figurent à l'article L. 123-19-2 du même code, créé par l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016¹³, ratifiée par la loi n° 2018-148 du 2 mars 2018¹⁴.

Ainsi, depuis le 1^{er} septembre 2013, la délivrance d'une autorisation d'exploitation sur le fondement de l'article L. 311-5 du code de l'énergie doit être précédée de la

⁹ Rédaction issue de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

¹⁰ CE, 21 août 2019, précitée, points 11 et 12.

¹¹ CE, 7 juin 2019, précitée, point 13.

¹² Ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement (entrée en vigueur prévue à son article 8).

¹³ Ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

¹⁴ Loi n° 2018-148 du 2 mars 2018 ratifiant les ordonnances n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement.

consultation du public dans les conditions prévues à l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement. En revanche, avant cette date, aucune procédure de consultation du public n'était applicable.

L'obtention d'une autorisation d'exploitation ne constitue, toutefois, qu'une étape parmi celles qui jalonnent le projet de construction d'une installation de production d'électricité.

b. – La participation relative aux autres décisions publiques nécessaires à la création de l'installation

L'article L. 311-8 du code de l'énergie prévoit que l'obtention de l'autorisation d'exploitation d'une installation de production d'électricité ne dispense pas son bénéficiaire de solliciter les autorisations ou titres requis par d'autres législations.

La construction effective de l'ouvrage est, en effet, soumise à d'autres procédures. L'exploitant devra ainsi obtenir, selon les situations :

- un permis de construire (articles L. 421-1 et suivants du code de l'urbanisme) ;
- une autorisation d'exploiter délivrée au titre de la police des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE, articles L. 511-1 et suivants du code de l'environnement) ;
- une autorisation de destruction d'espèces protégées (article L. 411-2 du code de l'environnement) ;
- une autorisation environnementale spécifique si l'installation est susceptible « *de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notablement le risque d'inondation, de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique, notamment aux peuplements piscicoles* » au sens de l'article L. 214-3 du code de l'environnement. C'est le cas, par exemple, d'un parc éolien en mer ;
- une autorisation d'occupation du domaine public (articles L. 2122-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques).

Ces différentes autorisations sont soumises à diverses procédures de participation du public, qui peuvent se dérouler dans un intervalle plus ou moins rapproché de la procédure d'autorisation d'exploitation, en fonction de l'importance du projet et de son avancement. Par exemple, l'article L. 425-10 du code de l'urbanisme prévoit que lorsque le projet faisant l'objet d'une demande de permis de construire porte sur une ICPE, les travaux ne peuvent être exécutés avant la clôture de l'enquête publique pour les installations soumises à autorisation. De même, l'article L. 214-4 du code de l'environnement prévoit que l'autorisation environnementale nécessaire en cas

d'installation susceptible de nuire au milieu aquatique est précédée d'une enquête publique¹⁵.

B. – Origine de la QPC et question posée

Par un arrêté du 10 janvier 2013, à l'issue d'un appel d'offres, le ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie avait autorisé la société Direct Énergie Génération, devenue Total Direct Énergie Génération, à exploiter une centrale de production d'électricité de type cycle combiné à gaz à Landivisiau (Finistère) – autorisation transférée depuis à la Compagnie électrique de Bretagne.

L'association Force 5, ayant pour objet la protection de l'environnement, avait formé un recours contre cet arrêté. Elle avait été déboutée par le tribunal administratif puis par la cour administrative d'appel au motif qu'elle ne justifiait pas d'un intérêt à agir. Saisi en cassation, le Conseil d'État avait, par la décision du 25 février 2019 précitée, reconnu son intérêt à agir, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé l'affaire devant la cour administrative d'appel.

Cette dernière, par un arrêt du 19 juillet 2019, avait rejeté au fond la requête de l'association Force 5, qui avait alors formé un second pourvoi devant le Conseil d'État, à l'occasion duquel elle avait posé une QPC relative à la conformité de l'article L. 311-5 du code de l'énergie à l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Par sa décision du 4 mars 2020 précitée, le Conseil d'État avait renvoyé cette question au Conseil constitutionnel au motif qu'elle présentait un caractère sérieux, dans la mesure où, d'une part, « *l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est susceptible d'avoir une incidence directe et significative sur l'environnement, eu égard notamment au choix du mode de production d'électricité à laquelle cette décision procède* » et où, d'autre part, la procédure prévue à l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement n'était pas en vigueur à la date du litige.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

L'association requérante soutenait que les dispositions renvoyées méconnaissaient l'article 7 de la Charte de l'environnement. Selon elle, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence en ne prévoyant aucun dispositif de participation du public à l'élaboration de la décision administrative autorisant l'exploitation d'une

¹⁵ Voir CE, 24 juillet 2019, précitée, point 15.

installation de production d'électricité, alors pourtant qu'une telle autorisation aurait une incidence directe et significative sur l'environnement.

Au regard de ce grief, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC aux mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du code de l'énergie (paragr. 3).

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe de participation prévu à l'article 7 de la Charte de l'environnement

L'article 7 de la Charte de l'environnement, précité, consacre le droit de toute personne d'être informée et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. Il réserve également au législateur le soin de préciser « *les conditions et les limites* » dans lesquelles doit s'exercer ce droit, tandis que « *ne relèvent du pouvoir réglementaire que les mesures d'application des conditions et limites fixées par le législateur* »¹⁶.

Le Conseil constitutionnel a déduit de cet article « *qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions* »¹⁷.

* L'article 7 a été invoqué à de nombreuses reprises devant le Conseil constitutionnel, qui, avant la décision ici commentée, a prononcé neuf censures sur son fondement.

– Dans sa décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, il a censuré des dispositions relatives à la publication des projets de décret de nomenclature pour les ICPE qui n'assuraient pas la mise en œuvre du principe de participation du public¹⁸.

– Dans sa décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, il a fait de même à propos de dispositions qui prévoyaient que les projets de règles et prescriptions techniques

¹⁶ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 49.

¹⁷ Décision n° 2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement (Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement)*, cons. 6.

¹⁸ Décision n° 2011-183/184 QPC précitée, cons. 7 à 9.

applicables aux ICPE faisaient seulement l'objet d'une publication avant leur transmission au Conseil supérieur de la prévention des risques technologiques¹⁹.

– Dans sa décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, le Conseil a censuré des dispositions relatives à la délivrance des dérogations aux interdictions de toute atteinte aux espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et de toute destruction, altération ou dégradation de leur milieu²⁰. Il a jugé que le principe de participation du public pouvait s'appliquer non seulement à des décisions réglementaires, mais aussi à des décisions individuelles.

– Dans sa décision n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, il a censuré des dispositions qui permettaient à l'autorité réglementaire de déterminer les conditions dans lesquelles l'administration peut délimiter des zones où il est nécessaire d'assurer la protection des aires d'alimentation des captages d'eau potable ainsi que des zones d'érosion et d'y établir des programmes d'actions²¹. Il en résulte que l'article 7 de la Charte s'applique non seulement aux décisions ayant des effets négatifs sur l'environnement, mais aussi à celles dont l'incidence est positive.

– Dans sa décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions fixant à l'article L. 120-1 du code de l'environnement des modalités générales de participation du public, en limitant leur application aux décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics, alors que des « *décisions non réglementaires peuvent avoir une incidence directe et significative sur l'environnement* »²². Le champ d'application de l'article 7 de la Charte ne s'étend ainsi qu'aux décisions ayant une incidence (positive ou négative) « directe » et « significative » sur l'environnement²³.

À la suite de cette décision, la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte

¹⁹ Décision n° 2012-262 QPC du 13 juillet 2012, *Association France Nature Environnement (Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation)*, cons. 7 et 8.

²⁰ Décision n° 2012-269 QPC du 27 juillet 2012, *Union départementale pour la Sauvegarde de la Vie, de la Nature et de l'Environnement et autres (Dérogations aux mesures de préservation du patrimoine biologique et principe de participation du public)*, cons. 5 et 6.

²¹ Décision n° 2012-270 QPC du 27 juillet 2012, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère (Délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable et principe de participation du public)*, cons. 5 à 7.

²² Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité)*, cons. 14 à 18.

²³ Ce qui n'interdit évidemment pas au législateur, à l'image de l'actuel article L. 120-1 du code de l'environnement, de définir une procédure de participation du public à l'élaboration des décisions publiques « *ayant une incidence sur l'environnement* » sans plus de précision.

de l'environnement a réécrit l'article L. 120-1, afin de tenir compte de la jurisprudence constitutionnelle²⁴.

– Dans sa décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, le Conseil a censuré des dispositions relatives au classement et au déclassement de monuments naturels ou de sites²⁵. Il a jugé que l'article 7 était applicable à des dispositions législatives adoptées avant la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 ayant conféré une valeur constitutionnelle à la Charte : « *en s'abstenant de modifier l'article L. 341-3 [dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000] en vue de prévoir la participation du public et en modifiant l'article L. 341-13 [dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2004-637 du 1^{er} juillet 2004] sans prévoir cette participation, le législateur a méconnu les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement* ».

Cette solution est différente de celle retenue en matière d'incompétence négative fondée sur l'article 34 de la Constitution, ce grief n'étant pas susceptible d'être invoqué à l'encontre d'une disposition antérieure à 1958²⁶. Mais, contrairement à l'article 34 de la Constitution, qui pose essentiellement des règles d'attribution de compétences, l'article 7 de la Charte consacre également un droit constitutionnellement garanti. C'est ainsi le caractère mixte de l'article 7, à la fois règle de compétence et règle de fond, qui explique son invocabilité contre des dispositions antérieures à la Charte. C'est par ailleurs ce même caractère mixte qui fait que, si un grief d'incompétence négative est invoqué en la matière, il n'y a pas lieu pour le juge constitutionnel de déterminer au préalable si la méconnaissance par le législateur de sa compétence affecte un droit ou une liberté : c'est le droit garanti à l'article 7 qui est alors en cause.

– Dans sa décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions relatives aux consultations préalables à l'élaboration des schémas régionaux du climat de l'air et de l'énergie et des schémas régionaux éoliens²⁷. Pour établir que leur élaboration était soumise aux exigences de l'article 7

²⁴ Comme indiqué plus haut, l'ordonnance du 5 août 2013 précitée a ensuite étendu les dispositions de l'article L. 120-1 aux décisions réglementaires et d'espèce de l'ensemble des autorités publiques (y compris les collectivités territoriales) et introduit un article L. 120-1-1 prévoyant un dispositif spécifique de participation du public à l'élaboration des décisions individuelles des autorités publiques. À compter du 1^{er} janvier 2017, les dispositions relatives à l'information du public en matière d'environnement ont été refondues par l'ordonnance du 3 août 2016 précitée.

²⁵ Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassement de sites)*, cons. 25 à 27.

²⁶ Décision n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz (Taxe sur les salaires)*, cons. 9.

²⁷ Décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014, *Fédération Environnement durable et autres (Schéma régional de l'air, du climat et de l'énergie - Schéma régional éolien)*, cons. 6 à 11.

de la Charte, le Conseil s'est fondé sur leur objet et sur leurs effets. D'une part, ces schémas avaient notamment pour objet de fixer des orientations et objectifs en matière de changement climatique et de pollution atmosphérique « à l'échelon du territoire régional et à l'horizon 2020 et 2050 » et de définir, « par zones géographiques, les objectifs [...] à atteindre en matière de valorisation du potentiel énergétique terrestre, renouvelable et de récupération et en matière de mise en œuvre de techniques performantes d'efficacité énergétique ». D'autre part, plusieurs actes administratifs subséquents étaient tenus d'être compatibles avec ces schémas²⁸.

– Dans sa décision n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014, le Conseil a censuré des dispositions relatives au classement de cours d'eau afin d'empêcher ou d'encadrer les installations de production hydroélectrique²⁹. Le Conseil a jugé que les dispositions contestées, issues de la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, étaient contraires à la Constitution jusqu'au 1^{er} janvier 2013, puis que cette contrariété avait cessé à compter de cette date, sans pourtant que les dispositions contestées aient été modifiées : l'« entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2013, de l'article L. 120-1 du code de l'environnement dans sa rédaction résultant de la loi du 27 décembre 2012 susvisée a mis fin à l'inconstitutionnalité constatée ; [...] il n'y a pas lieu, dès lors, de prononcer l'abrogation des dispositions contestées pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 2012 ». Pour se prononcer sur la conformité à l'article 7 de la Charte, le Conseil a ainsi distingué deux périodes d'application des dispositions en cause.

– Il a procédé de la même façon, en distinguant cette fois trois périodes, dans sa décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016, qui portait sur des dispositions fixant les conditions d'exercice de l'activité d'élimination de certains déchets. Le Conseil a jugé que les dispositions contestées étaient conformes à la Constitution avant le 3 mars 2005, date d'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement, puis qu'elles lui étaient contraires à compter de cette date et, enfin, que cette contrariété avait cessé à partir du 14 juillet 2010, sans, là non plus, que les dispositions contestées aient été modifiées : « la loi du 12 juillet 2010 a inséré dans le code de l'environnement l'article L. 120-1, qui définit les conditions et limites dans lesquelles le principe de participation du public prévu à l'article 7 de la Charte de l'environnement est applicable aux décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics ayant une incidence directe et significative sur l'environnement. [...] L'entrée en vigueur de ces dispositions, le 14 juillet 2010, a

²⁸ *Ibid.*, cons. 7 et 8.

²⁹ Décision n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014, *France Hydro Électricité (Classement des cours d'eau au titre de la protection de l'eau et des milieux aquatiques)*.

ainsi mis fin à l'inconstitutionnalité constatée au cours de la période précédente. À compter de cette date, les dispositions contestées ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit »³⁰.

Sur le fond, cette décision a précisé la portée de la décision n° 2012-283 QPC précitée : la violation de l'article 7 peut certes être invoquée à l'encontre d'une loi antérieure à l'entrée en vigueur de la Charte, mais l'inconstitutionnalité susceptible d'en découler ne prend effet qu'à compter de cette entrée en vigueur (le 3 mars 2005) – ce qu'indique désormais explicitement la formulation de principe (« *Depuis l'entrée en vigueur de cette Charte, il incombe au législateur...* »)³¹.

* Le Conseil constitutionnel a également confronté à l'article 7, sans les censurer, des dispositions relatives à l'établissement de servitudes d'implantation et d'occupation de propriétés privées traversées par des ouvrages de transport et de distribution d'électricité³². Si la déclaration d'utilité publique des travaux nécessaires à l'établissement des pylônes électriques était précédée d'une étude d'impact et d'une enquête publique ou, à défaut, d'une procédure *ad hoc* de consultation du public, les requérants soutenaient que ces dispositifs de participation intervenaient trop tôt, dès lors que n'étaient pas encore connues les parcelles de terrain susceptibles de faire l'objet des servitudes. Le Conseil a cependant jugé qu'il n'en résultait aucune méconnaissance de l'article 7 de la Charte, considérant implicitement que la participation du public, prévue en amont, était suffisante.

Enfin, plus récemment, le Conseil a jugé conformes à l'article 7 des dispositions relatives aux extensions et constructions d'établissements pénitentiaires³³.

* À l'inverse, le Conseil constitutionnel a jugé que les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement n'étaient pas applicables à des dispositions relatives :

– à l'autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité³⁴. Il a en effet estimé que ces opérations ne présentaient pas d'incidence sur l'environnement ;

³⁰ Décision n° 2016-595 QPC du 18 novembre 2016, *Société Aprochim et autres (Conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets)*, paragr. 9.

³¹ *Ibid.*, paragr. 5.

³² Décision n° 2015-518 QPC du 2 février 2016, *Association Avenir Haute Durance et autres (Traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité)*, cons. 11 et 12.

³³ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 351 à 353.

³⁴ Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 précitée, cons. 19 à 21.

– à l’autorisation préalable à l’installation des dispositifs de publicité lumineuse³⁵. Il a considéré que chaque décision d’autorisation d’installation de ces enseignes n’avait pas, en elle-même, une incidence significative sur l’environnement ;

– aux autorisations préalables aux travaux de recherches minières pour le nickel, le chrome et le cobalt en Nouvelle-Calédonie³⁶. Il a précisé que sa décision était prise « *en l’état des techniques mises en œuvre* », ce qui renvoie à certains procédés de forage ou de recherche, et « *compte tenu de la nature des substances minérales recherchées* » ;

– au renvoi à un décret en Conseil d’État pour fixer les conditions dans lesquelles certaines constructions nouvelles doivent comporter une quantité minimale de matériaux en bois³⁷ : l’incidence d’une telle norme technique sur l’environnement est seulement indirecte.

B. – L’application à l’espèce

Pour se prononcer sur la conformité des dispositions contestées à l’article 7 de la Charte de l’environnement, le Conseil constitutionnel s’est penché sur deux questions auxquelles il a répondu successivement.

1. – La décision autorisant l’exploitation d’une installation de production d’électricité a-t-elle une incidence directe et significative sur l’environnement ?

Le Conseil constitutionnel a constaté qu’il résulte des termes de l’article L. 311-5 du code de l’énergie que certains des critères en fonction desquels le ministre délivre l’autorisation sont liés à des préoccupations environnementales : « *choix des sites* » d’implantation ; conséquences sur l’« *occupation des sols* » et l’« *utilisation du domaine public* » ; « *efficacité énergétique* » de l’installation ; compatibilité du projet avec « *la protection de l’environnement* » (paragr. 7).

La jurisprudence constante du Conseil d’État, à laquelle le Conseil s’est expressément référé, confirme cette portée étendue de la décision ministérielle, laquelle « *désigne non seulement le titulaire de [l]’autorisation mais également le mode de production et la capacité autorisée ainsi que le lieu d’implantation de*

³⁵ Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012 précitée, cons. 22.

³⁶ Décision n° 2013-308 QPC du 26 avril 2013, *Association « Ensemble pour la planète » (Nouvelle-Calédonie - Autorisations de travaux de recherches minières)*, cons. 11.

³⁷ Décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013, *Syndicat français de l’industrie cimentière et autre (Quantité minimale de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles)*.

l'installation »³⁸.

La décision délivrée par le ministre arbitre ainsi entre plusieurs modes de production (par exemple le recours au charbon plutôt qu'à l'éolien) et entre plusieurs lieux d'implantation. Elle a donc une incidence significative sur l'environnement, y compris au niveau local. D'une part, le choix du lieu d'implantation d'une installation de production d'électricité, indépendamment même du mode de production retenu, emporte évidemment des incidences sur l'environnement. D'autre part, le choix du mode de production n'est pas neutre sur l'environnement proche de l'installation, puisque des conséquences différentes en découlent sur les terrains et milieux alentour.

Le Conseil constitutionnel en a donc conclu « *que la décision autorisant, sur le fondement de l'article L. 311-5, l'exploitation d'une installation de production d'électricité constitue une décision publique ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement* » (paragr. 8).

À cet égard, il a également répondu aux arguments, présentés au soutien de la constitutionnalité des dispositions contestées, selon lesquels l'autorisation interviendrait trop en amont de la construction effective de l'installation pour justifier une procédure de participation du public : l'autorisation délivrée à ce stade ne permettrait ainsi pas d'appréhender avec précision toutes les conséquences au niveau local de la future installation, dont la construction suppose en outre d'autres décisions ultérieures.

Le Conseil constitutionnel n'a pas été convaincu par ces arguments : il a jugé que « *la circonstance que l'implantation effective de l'installation puisse nécessiter l'adoption d'autres décisions administratives postérieurement à la délivrance de l'autorisation* » était sans incidence sur la qualification de la décision d'autorisation (même paragr.). Cette appréciation peut être rapprochée de la décision n° 2015-518 QPC précitée, dans laquelle le Conseil a jugé qu'il n'est pas nécessaire de connaître avec précision, lors de la consultation du public préalable à l'installation de pylônes électriques, quel propriétaire sera précisément concerné par une telle installation sur son terrain. En outre, le seul fait que l'autorisation puisse ne pas être suivie de l'édification effective de l'installation de production d'électricité (faute par exemple d'obtention d'un permis de construire) ne permet pas de dénier son incidence directe sur l'environnement.

³⁸ CE, 25 février 2019 précitée (voir *supra* I.A.1.).

2. – La décision autorisant l’exploitation d’une installation de production d’électricité est-elle élaborée après une procédure d’information et de participation du public définie par le législateur ?

Les dispositions contestées ont été appliquées du 1^{er} juin 2011 au 18 août 2015 (inclus). Le Conseil constitutionnel a distingué deux périodes.

a. – Période du 1^{er} juin 2011 au 31 août 2013

Afin d’établir la conformité à l’article 7 de la Charte de l’environnement, le Premier ministre et les sociétés Total Direct Énergie Génération et Compagnie électrique de Bretagne faisaient valoir que, à supposer que la décision d’autorisation doive être regardée comme relevant de l’article 7 de la Charte de l’environnement, les exigences résultant de cet article étaient en tout état de cause assurées par les dispositifs de participation du public prévus à d’autres étapes du processus conduisant à la construction et à la mise en fonctionnement de l’installation de production électrique. Selon eux, d’autres dispositions législatives que celles contestées permettaient de consulter le public, y compris sur les enjeux environnementaux liés à l’autorisation d’exploitation, lors des phases postérieures de l’opération. Cette argumentation visait donc à replacer la décision d’autorisation dans le contexte plus vaste d’un projet complexe comportant une série de décisions successives.

En réponse, le Conseil constitutionnel a jugé, pour la première fois, que *« s’il est loisible au législateur, compétent pour fixer les conditions et limites de l’exercice du droit protégé par l’article 7 de la Charte de l’environnement, de prévoir des modalités particulières de participation du public lorsqu’une même opération fait l’objet de décisions publiques successives, c’est à la condition que ces modalités garantissent une appréciation complète des incidences directes et significatives de ces décisions sur l’environnement »* (paragr. 9).

Toutefois, pour la période considérée, c’est-à-dire avant l’ordonnance du 5 août 2013 précitée, le Conseil a constaté qu’*« en l’espèce, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative ne prévoyaient un tel dispositif. Par conséquent, le législateur a méconnu, pendant cette période, les exigences de l’article 7 de la Charte de l’environnement »* (même paragr.). Le Conseil en a donc conclu que *« dans leur rédaction contestée, applicable du 1^{er} juin 2011 au 18 août 2015, [les dispositions en cause] doivent être déclarées contraires à la Constitution jusqu’au 31 août 2013 »* (paragr. 13).

Quant aux effets de cette déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil a constaté, d'une part, que ces dispositions, dans leur rédaction contestée issue de l'ordonnance du 9 mai 2011, ne sont plus en vigueur (paragr. 14). Elles ne peuvent donc être abrogées. D'autre part, dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure³⁹, le Conseil a jugé que la remise en cause des mesures ayant été prises avant le 1^{er} septembre 2013 sur le fondement des dispositions déclarées inconstitutionnelles « *aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* » (paragr. 16).

b. – Période du 1^{er} septembre 2013 au 18 août 2015

La jurisprudence rappelée ci-dessus (notamment les décisions n^{os} 2014-396 QPC et 2016-595 QPC) montre que le Conseil constitutionnel prend en compte, dans l'appréciation de la conformité à l'article 7 de la Charte de l'environnement des dispositions qui lui sont soumises, la survenance d'autres dispositions instituant une procédure de participation du public à l'élaboration des décisions en cause.

Le Premier ministre et les sociétés Total Direct Énergie Génération et Compagnie électrique de Bretagne entendaient s'appuyer sur cette jurisprudence. Ils soutenaient que, à compter du 1^{er} septembre 2013, l'entrée en vigueur de l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement assurait la conformité des dispositions contestées à l'article 7 de la Charte de l'environnement. Comme indiqué plus haut, cet article institue en effet une procédure subsidiaire de participation du public, applicable aux décisions individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement qui n'appartiennent pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières ont prévu une participation du public.

Le Conseil constitutionnel a d'abord observé que « *l'ordonnance du 5 août 2013, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution à la suite de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012 [...], a inséré dans le code de l'environnement l'article L. 120-1-1, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2013* » (paragr. 10). Il a constaté que cet article prévoit la mise à disposition du public par voie électronique du projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, du dossier de demande et qu'il permet ensuite au public de déposer ses observations, par voie électronique, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la mise à disposition.

³⁹ Sur les neuf censures prononcées par le Conseil constitutionnel pour méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement (rappelées *supra*), seule la décision n^o 2016-595 QPC précitée a conféré un effet utile à la déclaration d'inconstitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel devait ensuite déterminer si cet article L. 120-1-1 permettait effectivement d'assurer la conformité des dispositions contestées aux exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

D'une part, il a jugé que « *cet article L. 120-1-1 institue une procédure qui répond aux exigences d'accès du public aux informations relatives à l'environnement et de participation à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article 7 de la Charte de l'environnement* » (paragr. 11). La procédure prévue par cet article L. 120-1-1 est donc, par son contenu, conforme aux exigences de l'article 7 de la Charte.

D'autre part, le Conseil constitutionnel devait s'assurer que les principales caractéristiques de cette procédure étaient fixées par la loi, dès lors que l'article 7 de la Charte impose que « *les conditions et les limites* » de la procédure de participation du public soient « *définies par la loi* » (voir la jurisprudence constitutionnelle mentionnée *supra*).

Or, une hésitation était permise sur ce second point, dans la mesure où l'ordonnance dont est issu l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement, applicable pendant la période considérée, n'a jamais été ratifiée par le Parlement – ce qu'a souligné le Conseil (« *si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification* »).

Le régime juridique des ordonnances non ratifiées – c'est-à-dire celles sur lesquelles le Parlement ne s'est pas prononcé, et non celles dont il aurait rejeté le projet de ratification – se singularise par son caractère mixte.

D'un côté, ces ordonnances émanent du pouvoir exécutif (elles sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et signées par le Président de la République) et sont, à ce titre, traditionnellement soumises au contrôle du Conseil d'État. Dans sa décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, le Conseil constitutionnel avait ainsi considéré que des dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée « *ne revêtent pas le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution* » et qu'il n'y avait donc pas lieu, pour lui, d'en connaître⁴⁰. Une autre particularité des ordonnances non ratifiées est que, du point de vue de la hiérarchie des normes, elles doivent respecter davantage d'exigences

⁴⁰ Décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É.* (*Non lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur*), cons. 3.

que la loi adoptée par le Parlement : outre la Constitution et les engagements internationaux de la France, le juge administratif s'assure du respect par l'ordonnance du champ défini par la loi d'habilitation et des principes généraux du droit – pour autant que ceux-ci ne trouvent pas un équivalent au niveau constitutionnel et à moins que la loi d'habilitation ait écarté, y compris implicitement, l'application de certains d'entre eux.

D'un autre côté, une fois expiré le délai d'habilitation consenti par le Parlement au Gouvernement, les ordonnances non ratifiées « *ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* », selon le dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences, en jugeant que seule une loi (ou une nouvelle ordonnance) peut modifier les dispositions relevant matériellement du domaine de la loi contenues dans une ordonnance⁴¹ mais qu'en revanche, si une ordonnance comporte des dispositions matériellement réglementaires, celles-ci peuvent être modifiées par décret⁴².

C'est cette seconde caractéristique qu'a rappelée le Conseil constitutionnel dans la décision commentée, en relevant que, « *conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1^{er} septembre 2013* », les dispositions de l'ordonnance du 5 août 2013 définissant les conditions de la procédure de participation prévue à l'article L. 120-1-1 « *ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* » (paragr. 11). Ainsi, de telles dispositions non seulement relèvent matériellement du domaine de la loi mais sont aussi constitutionnellement placées à l'abri de toute modification ou abrogation par le pouvoir réglementaire.

De façon inédite, le Conseil constitutionnel en a déduit qu'à compter de cette date, correspondant à l'expiration du délai d'habilitation, ces dispositions « *doivent être regardées comme des dispositions législatives* » (même paragr.). Cette mention fait écho à la notion de « *disposition législative* » qui figure à l'article 61-1 de la Constitution, relatif à la question prioritaire de constitutionnalité.

Procédant ainsi à un revirement par rapport à la décision n° 2011-219 QPC précitée, le Conseil constitutionnel s'est, pour l'avenir, reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la QPC, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, à la double condition que ces dispositions

⁴¹ Conseil d'État, 11 décembre 2006, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n^{os} 279517, 283983.

⁴² Conseil d'État, 30 juin 2003, *Fédération régionale ovine du Sud-Est*, n° 236571.

interviennent dans des matières du domaine législatif et que le délai d'habilitation fixé par le Parlement ait expiré.

Cette évolution ne remet naturellement pas en cause les autres voies de recours permettant de contester ces dispositions, au regard d'autres motifs que leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

En conséquence, à partir du 1^{er} septembre 2013, les conditions et les limites de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement, issue de l'ordonnance non ratifiée du 5 août 2013, étaient bien « *définies par la loi* » au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Les dispositions contestées de l'article L. 311-5 du code de l'énergie ne méconnaissaient donc plus cet article 7. Après avoir relevé, par ailleurs, qu'elles n'étaient contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit (paragr. 12), le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions « *dans leur rédaction contestée, applicable du 1^{er} juin 2011 au 18 août 2015, doivent être déclarées [...] conformes à la Constitution à compter du 1^{er} septembre 2013* » (paragr. 13).