

2. Cour de justice de l'Union européenne – La notion de «projet» au sens de l'article 1^{er}, § 2, de la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement implique-t-elle des interventions dans le milieu naturel qui modifient la réalité physique d'un site?

Jacques SAMBON

C.J.U.E., 17 mars 2011, aff. C-275/09, Brussels Hoofdstedelijk Gewest e.a. c/Vlaamse Gewest

Directive 85/337/CEE – Aéroports dont la piste de décollage a une longueur d'au moins 2100 mètres – Renouvellement d'une autorisation d'exploitation: soumission à évaluation des incidences? (non) – Notion de «projet» – Notion de «construction»

.....

1. Dans la procédure au fond ayant donné lieu au renvoi préjudiciel, un recours avait été dirigé contre la décision du ministre compétent de confirmer une décision de la Députation permanente du Conseil provincial du Brabant flamand accordant la poursuite de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National.

Dans le cadre de ce recours, le Conseil d'État posa à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes:

«1) Lorsque des autorisations différentes sont exigées, d'une part, pour les travaux d'infrastructure d'un aéroport dont la piste de décollage et d'atterrissage a une longueur d'au moins 2 100 mètres et, d'autre part, pour l'exploitation de cet aéroport et que cette dernière autorisation – l'autorisation environnementale – n'est accordée que pour une durée déterminée, le terme 'construction' figurant au point 7, sous a), de l'annexe I de la [directive 85/337] doit-il être compris en ce sens qu'une évaluation des incidences sur l'environnement ne doit pas seulement être effectuée pour la réalisation de travaux d'infrastructure, mais également pour l'exploitation de l'aéroport?

2) Cette évaluation obligatoire des incidences sur l'environnement s'impose-t-elle également pour le renouvellement de l'autorisation environnementale de l'aéroport, et cela dans le cas où ce renouvellement ne va pas de pair avec une quelconque modification ou extension de l'exploitation aussi bien que dans le cas où est envisagée une telle modification ou extension?

3) La situation est-elle différente, en ce qui concerne l'obligation d'effectuer une évaluation des incidences sur l'environnement dans le cadre du renouvellement d'une autorisation environnementale pour un aéroport, selon que, à l'occasion d'une précédente autorisation d'exploitation, une évaluation des incidences sur l'environnement a ou non déjà

été effectuée et que l'aéroport était ou non déjà en exploitation au moment où l'évaluation des incidences sur l'environnement a été introduite par le législateur communautaire ou le législateur interne?»

La Cour de justice répondit à ces questions en trois temps:

– l'exploitation d'un aéroport ne peut être qualifiée de projet au sens de l'article 1^{er}, § 2, second tiret, de la directive 85/337/CEE;

– l'exploitation d'un aéroport n'est pas un projet visé au point 7, sous a), de l'annexe I de la directive 85/337/CEE;

– «toutefois, il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer, sur la base de la réglementation nationale applicable et en tenant compte, le cas échéant, de l'effet cumulatif de plusieurs travaux ou interventions réalisés depuis l'entrée en vigueur de ladite directive, si cette autorisation s'insère dans une procédure d'autorisation en plusieurs étapes ayant pour objet, à son terme, la réalisation d'activités constitutives d'un projet au sens du point 13, premier tiret, de l'annexe II, lu en combinaison avec le point 7 de l'annexe I de celle-ci. En l'absence d'évaluation des incidences sur l'environnement de tels travaux ou interventions à l'étape antérieure du processus d'autorisation, il incomberait à la juridiction de renvoi d'assurer l'effet utile de la directive en veillant à ce qu'une telle évaluation soit réalisée à tout le moins au stade de la délivrance de l'autorisation d'exploitation» (pts 38 et 39, deuxième tiret).

2. Nous examinerons d'abord le second moment du raisonnement de la Cour de justice.

2.1. La Cour de justice rappelle que, selon sa jurisprudence, la directive 85/337/CEE n'exige pas que tout projet qui est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement soit soumis à une procédure d'évaluation, mais uniquement que le soient les projets qui sont mentionnés aux annexes I et II de la directive (pt 25)¹.

Dans l'annexe I de la directive 85/337/CEE, le point 7, sous a), concerne notamment la «construction ... d'aéroports dont la piste de décollage et d'atterrissage a une longueur d'au moins 2.100 mètres». La Cour estime que le terme de «construction» utilisé à cette rubrique «ne présente aucune ambiguïté et qu'il doit être compris dans son sens usuel, c'est-à-dire comme faisant référence à la réalisation d'ouvrages auparavant inexistants ou à la modification, au sens physique, d'ouvrages préexistants» (pt 26).

La Cour de justice précise que, si, dans sa jurisprudence, elle

1. Voir ordonnance Aiello e.a., aff. C-156/07 du 10 juillet 2008, pt 34.

a donné une interprétation large de la notion de construction, dans chacune des affaires concernées, des travaux physiques étaient néanmoins en cause¹.

Partant, la Cour dit pour droit que «*le renouvellement d'une autorisation existante d'exploiter un aéroport ne peut, en l'absence de travaux ou d'interventions modifiant la réalité physique du site, être qualifié de «construction» au sens du point 7, sous a) de l'annexe I de la directive 85/337*» (pt 30). Dans ses conclusions, Monsieur l'avocat général P. MENDOZZI ajoutait qu'il ne fallait pas confondre deux niveaux distincts, «*à savoir celui de l'objet de l'évaluation des incidences, d'une part, et celui des conditions qui imposent l'évaluation des incidences, d'autre part*». En effet, «*il est évident que, en cas de construction ou de modification significative d'un aéroport, l'obligation d'effectuer l'évaluation des incidences s'applique et il y a lieu d'examiner non seulement les effets immédiats des travaux de construction, mais également les effets indirects qu'ils pourront comporter pour l'environnement en raison de l'activité ultérieure de l'aéroport. Toutefois, si, comme en l'espèce, la condition préalable pour effectuer une évaluation des incidences fait défaut, dès lors qu'aucune activité physique de construction ou de modification de la structure aéroportuaire n'est réalisée, le problème de la portée de l'évaluation des incidences ne peut pas non plus se poser, pour défaut d'objet*». (conclusions déposées le 17 novembre 2010, pt 30).

2.2. Compte tenu de ce que la jurisprudence de la Cour de justice a limité l'application de la directive aux seuls projets visés aux annexes I et II de celle-ci, cette solution doit être approuvée.

L'on soulignera cependant le libellé peu adéquat de la réponse: «*le renouvellement d'une autorisation*» n'est, en toute hypothèse, pas un «*projet*», seule l'«*exploitation de l'aéroport*» pourrait l'être (ce que ne retient finalement pas la Cour), «*le renouvellement d'une autorisation*» pouvant n'être que l'«*autorisation*» d'un tel projet.

L'on ajoutera enfin que les États membres sont libres de définir un champ d'application plus large des dispositions portant transposition de la directive 85/337/CEE en soumettant, par exemple, à évaluation des incidences non seulement la délivrance de permis d'urbanisme relatifs à la «*construction ... d'aéroports dont la piste de décollage et d'atterrissage a une longueur d'au moins 2.100 mètres*» mais également la délivrance de permis d'environnement relatifs à l'exploitation de tels aéroports.

3. L'analyse précédente aurait pu suffire pour répondre aux questions préjudicielles.

Mais la Cour de justice, suivant en cela les conclusions de son avocat général, va plus loin confrontant l'hypothèse invoquée dans les questions préjudicielles à la notion de «*projet*».

3.1. Elle rappelle que le «*projet*» au sens de l'article 1^{er}, § 2,

de la directive 85/337 vise «*des travaux ou des interventions physiques*» en se référant à l'arrêt Abraham déjà, cité.

De telles interventions physiques sont analysées par la Cour de justice comme des «*interventions modifiant la réalité physique du site*» (pt 21) et comme ne visant pas «*toute intervention dans le milieu naturel*» (pt 22).

A cet égard, la Cour de justice estime que l'invocation par les parties requérantes dans la procédure au fond de l'arrêt dans l'affaire dite «*Waddenzee*»² est irrelevante dans la mesure où l'activité en cause dans cette espèce impliquait également «*de véritables modifications physiques des fonds marins*» (pt 23). Monsieur l'avocat général P. MENDOZZI relevait de surcroît que l'affaire Waddenzee portait non pas sur la directive concernant l'évaluation des incidences sur l'environnement, mais sur la directive *habitats* et que, dans cette espèce, la possibilité de regarder la pêche mécanique aux mollusques comme un *projet* au sens de la directive 85/337 n'était pas contestée par les parties (conclusions, pt 22).

3.2. Cette analyse ne peut cependant être approuvée. Le «*projet*» au sens de l'article 1^{er}, § 2, de la directive 85/337/CEE est défini comme:

- «*la réalisation de travaux de constructions ou d'autres installations ou ouvrages;*
- *d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celle destinée à l'exploitation des ressources du sol*».

Il y a donc «*d'autres interventions dans le milieu naturel*» que des travaux de construction, d'installations ou d'ouvrages. L'on constate dès lors, dans le raisonnement de la Cour de justice, un glissement sémantique entre «*interventions dans le milieu naturel*», «*interventions physiques*», et «*interventions modifiant la réalité physique du site*».

La référence effectuée par la Cour de justice à l'arrêt Abraham est sur ce plan inadéquate. Outre le fait qu'il s'agisse du seul arrêt évoqué par la Cour de justice et par Monsieur l'avocat général P. MENDOZZI, l'hypothèse développée dans cet arrêt était tout autre. La question préjudicielle examinée par la Cour de justice visait à déterminer si une «*convention*» entre un pouvoir public et une entreprise privée, convention signée dans le but d'amener cette entreprise à s'installer sur le site d'un aéroport pouvait être un «*projet*» au sens de la directive 85/337/CEE³. La question appelait inévitablement une réponse négative: une «*convention*» – à savoir un acte juridique bilatéral – ne peut être un «*projet*», à savoir une «*intervention dans le milieu naturel*» ou une «*intervention physique*» dans ce milieu⁴. Tout au plus, ajoutait la Cour de justice, l'on pourrait se demander si une telle «*convention*» – acte juridique – peut constituer une «*autorisation*» – autre acte juridique – au sens de l'article 1^{er}, § 2, de la directive. C'est sous ce seul angle de l'opposition acte juridique/fait juridique que la jurisprudence de l'arrêt Abraham se développe.

Par contre, la notion de «*projet*» est plus large que l'interprétation retenue par la Cour de justice⁵. Elle vise toute forme

1. La Cour de justice se réfère aux arrêts Ecologistas en Accion-Coda, aff. C-142/07 du 25 juillet 2008, pt 36 et Abraham e.a., contre Région wallonne, aff. C-2/07 du 28 février 2008, pt 40.

2. Arrêt Waddervereniging et Vogelbeschermingsvereniging, aff. C-127/02 du 7 septembre 2004.

3. Arrêt Abraham, précité, pts 21 et 22.

4. Arrêt Abraham, précité, pts 24 et 28.

5. Dans le document de la Commission «*Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (EIA Directive) – Interpretation of definitions of certain project categories of annex I and II of the EIA Directive*», il était ainsi précisé que «*The jurisprudence of the European Court of Justice provides a broad interpretation of the concept of 'project'*» (2008-022, page 9).

d'intervention dans le milieu naturel, telle, par exemple, l'émission de substances, sans que cette intervention implique nécessairement une modification physique des lieux. De même, «*toute modification ou extension des projets figurant à l'annexe I ou à l'annexe II, déjà autorisés, réalisés ou en cours de réalisation, qui peut avoir des incidences négatives importantes sur l'environnement*» constitue un «*projet*» visé au point 13 de l'annexe II de la directive. De telles modifications peuvent porter sur un projet «*déjà autorisé [et] réalisé*», sans modification physique de celui-ci, tel une augmentation de capacité de production, par exemple.

L'on ne saurait, en outre, se limiter à un examen des projets concrètement énumérés aux annexes I et II de la directive pour interpréter le concept de «*projet*». Ce serait là confondre le concept de «*projet*» tel que défini à l'article 1^{er}, § 2 et les énumérations limitatives des listes de projets rentrant dans le champ d'application de la directive (annexes I et II), listes qui ne constituent qu'un sous-ensemble du concept de «*projet*». Au demeurant, un examen concret des annexes de la directive manifeste que certains projets énumérés peuvent difficilement être qualifiés de modification physique d'un lieu (voir annexe II, 1, a): «*projet de remembrement rural*»; annexe II, b): «*projet d'affectation de terres incultes ou d'étendues semi-naturelles à l'exploitation agricole intensive*»; annexe II, point 5, f): «*fabrication de produits céramiques par cuisson...*»; annexe II, point 6, a) «*traitement de produits intermédiaires et fabrication de produits chimiques*»; annexe II, point 6, b) «*fabrication de pesticides et de produits pharmaceutiques...*»).

Par ailleurs, l'interprétation de la Cour de justice pose problème: que faut-il entendre concrètement sous les termes «*interventions modifiant la réalité physique du site*»? l'installation de machines industrielles dans un bâtiment préexistant ne modifie pas la réalité physique d'un site. L'on pourrait même soutenir qu'il en va de même lorsque cette installation n'implique que des travaux d'aménagement intérieur. De telles installations peuvent, par leur simple fonctionnement, avoir des impacts significatifs. Comme on le conçoit aisément, l'interprétation retenue par la Cour restreint singulièrement le champ d'application de la directive, alors même que la Cour avait toujours prôné une interprétation large de ses dispositions¹.

L'analyse précédente est corroborée par les dispositions de la nouvelle directive IED² qui opère une refonte notamment de la directive IPPC³. Alors que la directive 85/337/CEE a pour objet de donner les informations environnementales permettant de décider de l'admissibilité d'un projet, la directive IED vise à encadrer les autorisations environnementales de conditions adéquates (voir art. 5.1 et 14 de la directive IED; voir art. 8 de la directive IPPC). Le champ d'application

des deux directives est fort similaire sans être entièrement identique et une certaine harmonisation procédurale est prévue (voir art. 2bis de la directive 85/337/CEE qui permet de prévoir une procédure unique pour répondre aux exigences de la directive 85/337/CEE et aux exigences de la directive IED; ainsi que le considérant 11 et l'article 15.1 de la directive IED). La directive IED concerne les autorisations d'exploiter les installations qu'elle vise (art. 4 et 10 de la directive IED; art. 4 de la directive IPPC) et les conditions encadrant ces autorisations. L'article 5.3 expose que «*dans le cas d'une nouvelle installation ou d'une modification substantielle où l'article 4 de la directive 85/337/CEE s'applique, toute information ou conclusion appropriée, obtenue à la suite de l'application des articles 5, 6 et 7 de ladite directive, est examinée et utilisée pour l'octroi de l'autorisation*» (voir art. 9.2 de la directive IPPC). Autrement dit, la directive IED vise expressément la procédure d'évaluation des incidences, et la prise en compte de celle-ci, lors de l'autorisation de l'exploitation d'installations nouvelles ou de l'autorisation de modification substantielle d'installations déjà autorisées. La modification substantielle est «*une modification de l'exploitation qui, de l'avis de l'autorité compétente, peut avoir des incidences négatives et significatives sur les personnes ou sur l'environnement*». Elle requiert une autorisation préalable (art. 20.2 de la directive IED; art. 12.2 de la directive IPPC). Une telle modification substantielle peut intervenir sans modification de la réalité physique du site d'implantation. A suivre l'enseignement de la Cour de justice, la directive 85/337/CEE ne trouverait à s'appliquer que lorsque l'autorisation de l'exploitation des activités et installations visées à l'annexe I ou l'autorisation d'une modification substantielle s'accompagnerait d'une modification physique du site d'implantation... Outre le caractère pour le moins discriminatoire d'une telle analyse, elle n'apparaît guère compatible avec l'exigence d'un «*niveau de protection élevé*» dans le domaine de l'environnement que prescrit l'article 191.2 TFUE (ex-art. 174 TCE), lors même que cette exigence est un guide d'interprétation du droit communautaire dérivé, et même une règle de sa légalité⁴.

4. Dans le cadre de la procédure préjudicielle, certains des requérants au principal avaient fait valoir que, depuis l'expiration du délai de transposition de la directive 85/337, des travaux de modification avaient été apportés à l'infrastructure de l'aéroport de Bruxelles-National sans qu'une évaluation des incidences sur l'environnement n'ait été effectuée. La Cour rappelle qu'«*une autorisation qui, telle que celle en cause au principal, ne porte pas formellement sur une activité soumise à une évaluation des incidences sur l'environnement au sens des annexes I et II de la directive 85/337*».

1. Voir l'interprétation large du champ d'application de la directive au regard de la marge d'appréciation dont dispose les États membres pour déterminer si un projet relevant des catégories énumérées à l'annexe II de la directive doit être soumis à une évaluation de ses incidences, marge d'appréciation qui trouve sa limite dans l'obligation, énoncée à l'article 2, § 1^{er}, de soumettre à une étude d'impacts les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation: arrêt Kraaijeveld e.a., aff. C-72/95 du 24 octobre 1996, pt 50; Commission c/Espagne, aff. C-227/01, du 16 septembre 2004, pt 77; Ecologistas en Acción-Coda, aff. C-142/07, du 25 juillet 2007, pt 38; Abraham e.a., aff. C-2/07 du 28 février 2008, pt 37; Commission c/Irlande, aff. C-66/06 du 20 novembre 2008, point 61; Mellor, aff. C-75/08 du 30 avril 2009, pt 50; Commission c/Irlande, aff. C-427/07 du 16 juillet 2009, pt 41; Commission c/Pays-Bas, aff. C-255/08 du 15 octobre 2009, pt 32; Commission c/Belgique, aff. C-435/09, du 24 mars 2011, pt 52.
2. Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution).
3. Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution.
4. Voir, à titre d'exemple, les conclusions de Monsieur l'Avocat général G. COSMAS dans l'affaire FORNASAR, aff. C-318/98; sur cette problématique, voir D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé – l'ambition d'un niveau élevé de protection*, Limal, Anthemis, 2011.

peut néanmoins nécessiter la réalisation d'une telle évaluation, lorsque cette mesure constitue une étape d'une procédure visant, à son terme, à autoriser la réalisation d'une activité constitutive d'un projet au sens de l'article 2, paragraphe 1, de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt Abraham e.a., précité, point 25)» (pt 32).

La jurisprudence de la Cour sur les processus décisionnels par étape¹ apparaît comme un correcteur partiel de la solution restrictive précédemment retenue.

Il appartient dès lors à la juridiction de renvoi de déterminer, sur la base de la réglementation nationale applicable, si la décision en cause dans le litige au principal peut être considérée comme une étape d'une procédure d'autorisation en plusieurs étapes ayant pour objet, à son terme, la réalisation d'activités constitutives d'un projet au sens des dispositions pertinentes de la directive 85/337.

Et la Cour précise «dans l'hypothèse où il s'avérerait que, depuis l'entrée en vigueur de la directive 85/337, des travaux ou des interventions physiques devant être considérés comme un projet au sens de cette directive ont été réalisés sur le site de l'aéroport sans que leurs incidences sur l'environnement aient fait l'objet d'une évaluation à une étape antérieure du processus d'autorisation, il incomberait à la juridiction de renvoi d'en tenir compte à l'étape de la délivrance de l'autorisation d'exploitation et d'assurer l'effet utile de ladite directive en veillant à ce qu'une telle évaluation soit réalisée à tout le moins à ce stade de la procédure» (pt 37).

1. Voir les arrêts Wells, aff. C-201/02 du 7 janvier 2004, point 53; Commission c/Royaume-Uni, aff. C-508/03 du 4 mai 2006, et l'arrêt Abraham e.a., précité.