

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE NOUVELLE-CALEDONIE

N^{os} 0536 et 0537 - COMITE RHEEBU NUU, M. Raphaël X.
- ASSOCIATION POINT ZERO/BASE LINE

Audience du 8 juin 2006

Lecture du 14 juin 2006

Jean-Paul BRISEUL, Commissaire du Gouvernement

CONCLUSIONS

Monsieur le Président, Messieurs, vous avez à vous prononcer sur la légalité d'un arrêté autorisant le fonctionnement d'un complexe industriel dans le sud de la Nouvelle-Calédonie. Je voudrais, tout d'abord, vous donner quelques éléments d'information pour que vous puissiez prendre l'exacte mesure de ce projet¹.

a) Présentation générale du projet industriel :

L'usine définitive de Goro Nickel devrait avoir une capacité nominale de production annuelle de 60 000 tonnes de nickel et de 5 100 tonnes de cobalt. Par l'ampleur de ses infrastructures, le projet est particulièrement ambitieux. Il comprend en effet, outre une mine à ciel ouvert à Goro, des usines de préparation et de traitement du nickel et du cobalt, une centrale électrique au charbon de deux fois 50 MW, une usine de production d'acide sulfurique comprenant un stockage de 500 tonnes de dioxyde de soufre liquéfié, une centrale à vapeur, une usine de calcaire, un four à chaux, un port industriel en baie de Prony, une installation de traitement des effluents et son émissaire de rejet en mer, un site de stockage des résidus pour les six premières années d'exploitation de l'unité d'exploitation de l'unité métallurgique et enfin une « base vie ». Le gisement de Goro représente environ 366 millions de tonnes sèches de minerai latéritiques.

¹ Rapport d'information fait par M. Henri Torre, Sénateur (5 octobre 2005)

Les constructions à réaliser :

- la mine : l'exploitation minière sera conduite à ciel ouvert avec les techniques et moyens conventionnels,
- le stockage des résidus,
- la centrale électrique,
- le port,
- l'unité de fabrication d'acide sulfurique : il s'agit d'une unité de taille modeste dont le rôle est d'assurer le mélange de dioxyde de soufre et de l'eau pour former de l'acide sulfurique. L'énergie dégagée par la réaction, très exothermique, est récupérée et valorisée au niveau de ce procédé. Cette installation comprend un système de filtration destiné à réduire la libération d'oxydes et de trioxydes de soufre dans l'atmosphère,
- l'usine de calcaire,
- les unités de pré-traitement et de traitement des effluents,
- les infrastructures routières.

Une avancée technologique majeure :

La technologie utilisée devrait permettre de rendre rentable l'exploitation de minerais jugés pauvres en nickel, les latérites, par opposition aux garniérites. Le procédé utilisé est le procédé HPAL. Schématiquement, le procédé HPAL consiste à introduire dans un autoclave du minerai de très faible granulométrie et de l'acide sulfurique dans une proportion en poids acide/minerai d'environ 1/3. De la vapeur d'eau est alors injectée jusqu'à l'obtention d'une pression interne de l'ordre de 50 bars. Dans ces conditions, une réaction chimique provoque la destruction des minéraux oxydés et la mise en solution des éléments qui les constituaient, le nickel et le cobalt, mais aussi le manganèse, le zinc, le cuivre, le chrome, l'aluminium et le magnésium. Le magnésium, seul élément qui se trouve aux alentours de 3 % dans les latérites et qui consomme de l'acide, est le facteur qui limite la rentabilité économique du procédé. Enfin il est utile de noter que la technologie HPAL récente a fait l'objet de trois projets pour nickel en Australie de l'Ouest entre 1996 et 1999, dont un seul a survécu aux problèmes technologiques rencontrés dans la phase de montée en puissance. La raison principale de ces échecs est l'absence d'unité pilote.

L'impact environnemental : je cite le rapport sénatorial : « la réussite du projet passe par une maîtrise totale des aspects environnementaux afin de ne pas défigurer et endommager de manière irréversible l'un des plus beaux lagons du monde sur lequel donne le site de Goro. ».

Vous êtes ainsi plongé au cœur même de la problématique de ce dossier, elle peut se formuler ainsi : comment concilier ce projet industriel, à l'avant-garde de la technologie avec un des environnements les plus sensibles de la planète ? Telle est la question.

b) L'acte attaqué :

Par un arrêté en date du 15 octobre 2004, publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie du jeudi 21 octobre 2004, sous la forme d'un numéro spécial, le président de la province Sud a autorisé la société Goro Nickel SA à exploiter une usine de traitement de minerai de nickel et de cobalt aux lieux-dits « Goro » et « Prony-Est », sur le territoire des communes de Yaté et Mont-Dore. Sont concernées les installations suivantes visées par la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement : site de l'usine, site de la mine, site du port, base vie.

Le comité RHEEBU NUU, association de type loi de 1901, et M. Raphaël X. élu municipal de la commune de YATE et citoyen de droit coutumier, ainsi que l'association « POINT ZERO/BASE LINE », par recours distinct, vous demandent l'annulation de cet arrêté.

Avant de procéder à l'examen des moyens soulevés par les requérants je voudrais préciser la nature de vos pouvoirs en ce qui concerne le contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement.

c) Le contentieux des installations classées :

Votre fonction juridictionnelle vous interdit d'agir comme un administrateur. Ce faisant, nonobstant l'ancrage d'un tel principe dans les fondements les plus solides de notre ordonnancement juridique, il mérite quelques précisions, quelques tempéraments, en ce qui concerne le contentieux des installations classées. Vous avez la possibilité d'accorder l'autorisation d'exploiter (lorsqu'elle a été illégalement refusée), ou de modifier les conditions dont l'autorité administrative a assorti l'autorisation, voire de prononcer à l'adresse de l'exploitant et de l'autorité administrative compétente, en conséquence de l'annulation d'une autorisation irrégulière, diverses prescriptions. (TA Amiens 19 avril 1983 Comm. de Cuffies, p552). Dans ses conclusions sous l'arrêt Sect 15 décembre 1989, Soc Pechinor, p 254, le commissaire du gouvernement C. de La Verpillière indique ceci : « le juge administratif a le pouvoir d'autoriser la création ou le fonctionnement d'une installation classée en l'assortissant des conditions qu'il juge indispensables à la protection de l'environnement et cela après avoir, si nécessaire, régularisé ou complété la procédure. ». Mais vous pouvez juger plus opportun de renvoyer les intéressés devant l'administration pour qu'elle procède elle-même à la détermination des conditions adéquates.

d) Examinons, tout d'abord, la question de la recevabilité :

Le président de l'assemblée de la province Sud soulève une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir des requérants qui ne vous arrêtera pas.

Nous avons, à vrai dire, guère de doutes, sur l'intérêt donnant qualité pour agir aux deux associations requérantes. Leur objet statutaire englobe nécessairement la défense et la protection de l'environnement. La consécration par la Constitution d'un « droit de vivre dans un environnement équilibré » tend à l'universalisation de l'intérêt donnant qualité pour agir contre un arrêté de cette nature, bien qu'il résulte d'une jurisprudence récente du TA d'Amiens (ordonnance en référé du 8 décembre 2005) que les articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement ne donnent pas un intérêt à agir à toute personne qui souhaite contester la légalité d'une décision prise dans le domaine de l'environnement.

M. X. justifie, à titre individuel, d'un intérêt évident à agir, d'ailleurs reconnu par le juge judiciaire. Les requêtes sont donc bien recevables. En toute hypothèse, le fait qu'un requérant ait intérêt à agir suffit à rendre la requête recevable.

A) La légalité externe de l'arrêté fait l'objet d'une longue série de moyens que nous examinerons successivement :

a) violation de l'article 15 de la délibération du 21 juin 1985

Certes, l'article 15 de la délibération du 21 juin 1985 dispose « si plusieurs installations classées doivent être exploitées par le même exploitant sur le même site, une seule demande d'autorisation peut être présentée pour l'ensemble de ces installations. Il est procédé à une seule enquête et un seul arrêté peut statuer sur l'ensemble et fixer les prescriptions prévues à l'article 16. ». Vous considèrerez, bien que l'arrêté mentionne explicitement quatre sites, qu'il s'agit en fait de quatre installations, formant un ensemble fonctionnel, regroupées sur un même site.

J'émetts toutefois des réserves sur le lien de connexité pouvant exister entre la centrale à charbon et les autres installations, mais l'absence de lien fonctionnel ne ressort pas clairement des pièces du dossier.

b) Vous écarterez comme inopérants les moyens tirés des omissions de visas, du défaut de qualité de propriétaire de l'industriel.

c) le moyen tiré de l'absence de « schéma de mise en valeur des richesses minières », qui devait être arrêté au plus tard en 2004 par la Nouvelle-Calédonie en application de l'article 39 de la loi organique du 21 mars 1999, mérite examen.

Un schéma de mise en valeur des richesses minières du territoire devait être élaboré, sa mise en œuvre étant contrôlée par la Nouvelle-Calédonie grâce au transfert progressif de l'élaboration et de l'application du droit minier. Il eût été de bonne administration, et conforme aux souhaits du législateur que les grands projets miniers du territoire s'inscrivent dans un tel schéma. Mais, d'une part, ces dispositions concernent le droit minier qui est une catégorie juridique autonome par rapport au droit des installations classées, et d'autre part, l'absence d'un tel schéma prospectif est sans incidence sur la légalité des autorisations individuelles qui en découlent sur la seule base d'un lien de compatibilité. Vous verrez en ce sens la distinction entre « mesures conformes » et « mesures compatibles » opérée par Carré de Malberg.

d) il est ensuite soutenu que l'enquête publique a été entachée d'irrégularités : vous écarterez les griefs mineurs qui ne sont d'ailleurs pas corroborés par les pièces du dossier. En revanche l'avis du commissaire enquêteur mérite examen. Il est ainsi libellé « Après avoir pris en considération l'ensemble du dossier de ce projet et tous les éléments de l'enquête publique relatés ci-dessus, j'émetts un avis favorable à la demande d'autorisation d'exploiter l'usine de traitement de minerai de nickel et de cobalt déposée par la société Goro Nickel SA ... assorti de la condition suspensive et des recommandations suivantes ... ». La jurisprudence du Conseil d'Etat exige que le commissaire enquêteur examine les observations, sans pour autant lui imposer de répondre à chacune d'entre elles.(CE, 23 mai 1986, Dorison, T.p 566) et vous ne censurez son avis pour irrégularité que lorsqu'il en ressort que le commissaire enquêteur a omis de mentionner l'existence même d'un nombre important de pétitions.(CE, 11 novembre 1980, Collombon et autres, p 430). Pour le reste vous exigez seulement que le commissaire enquêteur indique au moins sommairement, et en donnant son avis personnel, les raisons qui déterminent le sens de cet avis (CE, 20 mars 1985, Cne de Morigny-Champigny, T.p 660 ; CE, 10 février 1995, Cne de Casaglione, n° 119202).

Ces exigences sont relativement simples : le commissaire enquêteur doit se faire une opinion en entendant tous les intéressés qui le souhaitent et en lisant le dossier ; il doit ensuite exprimer en répondant éventuellement aux principales observations, son opinion personnelle. Il me semble qu'en l'espèce, le commissaire enquêteur, au regard de cette interprétation, n'a pas satisfait à ces exigences.

e) le dernier moyen de légalité externe est tiré de l'insuffisance de l'étude d'impact :

selon les requérants, l'étude d'impact comporte plusieurs lacunes. Il y a eu carence dans la prise en compte du risque amiante, l'analyse de l'impact des rejets de manganèse dans le milieu marin a été omise, tout comme l'analyse exhaustive de l'impact du site de stockage des résidus épaissis sur la qualité des eaux et de l'environnement, l'absence d'analyse d'impact de la pollution de l'air sur les écosystèmes terrestres et enfin une insuffisance patente et générale de l'étude d'impact.

Avant d'examiner ce moyen dans ses multiples branches, je voudrais tout d'abord rappeler la finalité de l'étude d'impact au sein du processus de décision, avant d'aborder, au regard de la jurisprudence, la nature de votre contrôle.

➤ Etude d'impact et décision publique :

L'étude d'impact oblige à étudier scientifiquement l'insertion du projet dans l'ensemble de son environnement en examinant les effets directs et indirects, immédiats et lointains, individuels et collectifs. Outre l'analyse de l'impact du projet sur l'environnement, l'étude d'impact d'une installation classée doit étudier les effets sur la santé. L'étude d'impact a profondément transformé le processus de décision administrative du fait de la participation du public. Le mécanisme de l'étude d'impact n'a d'utilité que s'il s'accompagne d'une transparence du processus de prise de décision et permet au public d'exprimer ses réticences avant qu'il ne soit trop tard. L'étude d'impact fait partie du dossier soumis à enquête publique. La participation du public intervient lors de la dernière phase, avant la prise de décision publique. L'information du public s'insère donc à un moment précis du processus décisionnel. Le caractère unilatéral de la décision publique s'infléchit en intégrant les éléments majeurs du débat public. L'information du public doit s'insérer à un moment précis de la prise de décision publique.

➤ Nature de votre contrôle :

L'insuffisance de l'étude d'impact est un vice de procédure. S'agissant d'une pièce du dossier constituant une formalité substantielle, toute erreur ou illégalité affectant l'étude d'impact constitue un vice de procédure qui entraîne l'annulation de l'acte attaqué. En ce qui concerne le contenu de l'étude d'impact, le juge exige le respect du principe de proportionnalité. Il exige en outre que l'étude soit complète et sérieuse. Plus le projet est important plus il est supposé avoir des incidences néfastes sur l'environnement et plus le juge exerce un contrôle approfondi. CE 14 octobre 1988 Commune de Saint-Vrain, CJEG, 1989, p 189 concl Stirn.

En définitive, le juge devra trancher une double question au terme de son examen : les impacts résiduels sont-ils suffisamment réduits pour être acceptables ? L'indication des risques potentiels encourus par les populations exposées est-elle suffisamment précise ?

➤ Analyse du moyen :

En application des principes qui viennent d'être dégagés, vous écarterez le moyen tiré de l'insuffisance de l'étude d'impact dans toutes ses branches, dès lors qu'il manque en fait, sauf en ce qui concerne l'impact sur l'environnement des rejets de effluents, en particulier du manganèse.

Les résidus du processus de lavage acide sous pression comprennent divers composants tels que chrome, cuivre, fer, magnésium, manganèse, nickel, sulfate, zinc, plomb, arsenic, notamment, qui seront rejetés en mer via un émissaire de rejet muni d'un diffuseur. L'écotoxicité de ces résidus doit être évaluée avec précision dans l'étude d'impact comme nous l'avons souligné il y a un instant. Pour écarter cette branche du moyen, la société Goro Nickel, dans son mémoire en observations, nous dresse l'inventaire des études réalisées sur la question en liaison avec ce projet industriel et au vu de cette importante bibliographie, en tire la conséquence que l'ensemble des informations disponibles sur le sujet ayant été fournies, l'étude d'impact sur ce point est suffisante. Nous ne pouvons souscrire à une telle analyse. La multiplication des études creuse au contraire l'incertitude. INERIS a ainsi conclu qu'il ne lui était pas possible de déterminer précisément, en l'état actuel des connaissances techniques et scientifiques, les impacts du manganèse sur le milieu marin. Le manganèse serait susceptible de générer deux types d'impact : un impact visuel par la coloration des eaux, voire pour la précipitation ou la sédimentation du manganèse, phénomènes liés à la composition de l'effluent et aux caractéristiques du milieu, et un impact nocif en terme d'écotoxicité sur le milieu vivant (flore et faune) et sur la santé humaine. L'inspection des installations classées n'écarte d'ailleurs nullement l'hypothèse d'un impact négatif : « l'inspection des installations classées propose au-

delà des recommandations du commissaire enquêteur, de prescrire la mise en œuvre immédiate de mesures correctrices dès que l'évaluation prédictive préconisée par l'INERIS dépiste un impact nocif ou visuel et sans attendre l'apparition d'une dégradation irréversible sur l'environnement ». Selon ces experts, la dégradation irréversible de l'environnement est possible : « concernant l'impact des métaux, les compléments d'information fournis à la suite de l'analyse critique de l'INERIS laissent prévoir des effets nuisibles (au-delà de la zone impactée de 20 mètres autour du diffuseur) dus à la toxicité du manganèse rejeté en grande quantité et à sa probable précipitation dans le milieu marin ». On ne peut être plus clair.

A ce stade de mon analyse, il me paraît difficile de répondre positivement à la double question posée plus haut. Si vous me suivez, vous admettrez l'insuffisance de l'étude d'impact du rejet des effluents sur l'environnement.

La méthode utilisée par la province Sud conforte notre approche. C'est ce que je vais démontrer maintenant. La conduite de l'implantation d'un projet industriel de cette envergure nécessite, à l'évidence, que soit organisée une communication approfondie avec la population.

➤ Quels sont les principes applicables ?

Le droit à l'information et à la participation est contenu dans l'article 7 de la charte de l'environnement et constitue un objectif de valeur constitutionnelle. Au moment de l'enquête public, la population prend connaissance de l'impact environnemental du projet sur la base de l'étude d'impact, dans les conditions qui ont été exposées plus haut. Ensuite, l'autorité publique concernée peut recourir à la formule du « comité de sages », qui permet de recueillir des propositions de personnalités compétentes, d'experts, dans des domaines le plus souvent délicats, et l'on admettra sans difficulté que l'implantation d'un projet industriel de cette envergure dans un environnement d'une telle sensibilité, est une question où il est nécessaire d'arriver à un consensus, en faisant appel à des auditions, et de parvenir à une solution qui heurte le moins possible les groupes concernés. Une telle structure doit se situer « hors appareil », en disposant d'une authentique capacité d'action autonome, et d'un statut garantissant une véritable indépendance. Enfin, la commission locale d'information qui est une institution locale permanente de concertation et de négociation sur les lieux de fonctionnement d'activités polluantes ou dangereuses, et qui informe en temps réel le public, sur les conditions de fonctionnement du site industriel.

➤ Comment les choses se sont-elles passées ?

Un comité d'information, de concertation et de surveillance sur les impacts environnementaux du site industriel de Goro a été créé par délibération provinciale du 7 octobre 2004. Ce comité émet des vœux et des recommandations visant à la mise en œuvre de ce projet dans une perspective de développement durable. Il est présidé par le président de la province Sud. Dans l'exercice de sa mission, le comité peut également commander toute étude qui lui paraîtra utile. Dans la réunion du 27 avril 2006 de ce comité était inscrit à l'ordre du jour : présentation par les experts de l'état de la connaissance en matière de toxicité du manganèse en milieu aquatique et évaluation des risques concernant le diffuseur. Un expert présente le résultat de ses recherches bibliographiques. Rien ne faisait obstacle à ce que ces recherches bibliographiques fussent intégrées dans le volet environnemental du dossier d'enquête publique. De cet exposé il résulte, entre autre, je cite quelques extraits : « le manganèse est toxique pour l'homme dans le cas d'inhalation de poussières, le rôle du manganèse dans la dynamique de l'écosystème du canal de la Havannah est à surveiller en particulier dans les zones potentielles de dépôts, pour la langoustine de la mer Baltique, le manganèse s'accumule dans les branchies, dans le sang, dans le cerveau mais pas dans les muscles, qui sont effectivement consommés. Le fonctionnement d'une hémocyanine n'est pas connu, le manganèse n'a pas à être considéré

comme un produit anodin, même si on peut penser à ce jour que la majorité du manganèse injecté pourrait être évacué dans le lagon en quelques jours, concernant l'étude d'un bio indicateur poisson en milieu corallien, il est précisé qu'il existe très peu de poissons sur lesquels il est possible d'avoir accès au génome pour réaliser les analyses génétiques. Ainsi le tétodon (poisson ballon) est l'un d'entre eux et les travaux sont en cours par nourrissage in vitro avec des moules contaminées d'une part, et en les disposant dans une eau chargée à 100 micro gramme/L de manganèse, (concentration à 20 mètres du disperseur) ».

Toutes ces informations qui émanent du groupe d'experts avaient naturellement leur place dans l'étude d'impact soumise à l'enquête publique. On ne saurait pallier l'insuffisance d'étude d'impact devant être soumise au débat public, c'est à dire à la consultation de chaque citoyen concerné, par des communications d'experts au sein d'un comité local qui se prononce après que la décision a été prise. Le débat public sur les effets environnementaux doit être de nature à enrichir la décision publique. Il semble que l'on ait télescopé les différentes étapes du processus d'information et de participation du public, ce qui a contribué à l'insuffisance de l'étude d'impact, et cette insuffisance est de nature à justifier l'annulation de l'arrêté attaqué.

B) Nous pouvons à présent en venir à la légalité interne et au bien fondé de l'arrêté :

a) la question centrale : quel est le droit applicable ?

Dans ses conclusions sous l'arrêt CE 9 février 1990, Elections municipales de Lifou, le commissaire du Gouvernement M. TUOT, indique ceci : « ... l'administration, le juge, le législateur, et surtout le citoyen, peinent encore à savoir quelle loi régit ces territoires. Il appartient aujourd'hui à votre assemblée de jeter quelque lumière dans ces parages où pour être de droit, l'Etat n'en est pas moins incertain » et le commissaire du Gouvernement nous propose une définition très synthétique et très commode du principe de spécialité législative qui gouverne la question du droit applicable en Nouvelle-Calédonie. Hormis quelques exceptions telles que les lois de souveraineté, les principes généraux du droit, qui s'appliquent de plein droit, « pour savoir si un texte est applicable il suffit de savoir s'il le dit ». Livrons- nous donc à cet exercice pour identifier ce qui est applicable localement, en vertu de ce principe. Seules sont applicables les dispositions du Livre VI, titre 1° de l'ordonnance du 18 septembre 2000 concernant les associations de protection de l'environnement, les rejets des navires et les opérations en mer.

Le droit calédonien de l'environnement est donc essentiellement de création locale. En vertu d'une clause générale de compétence résultant des dispositions de l'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, la police des installations classées relève des compétences provinciales. Le président de la province Sud est donc compétent pour autoriser l'installation. C'est donc à la province Sud d'élaborer le droit applicable. Le droit provincial relatif aux installations classées est d'ailleurs contenu dans la délibération n°14 du 21 juin 1985 modifiée relative aux installations classées pour la protection de l'environnement. L'article 16 de cette délibération dispose que la réglementation locale s'appuie sur le double principe de reconnaissance de la norme par les pays industrialisés et de cohérence avec la notion de développement durable combinées aux meilleures techniques disponibles économiquement envisageables (MTD). Cette compétence provinciale pour élaborer le droit de l'environnement applicable sur le territoire de chaque province implique d'ailleurs un risque de fragmentation spatiale du droit qui contraste avec le mouvement d'internationalisation croissant du droit de l'environnement, corrigé, il est vrai, à la marge, par les conventions internationales relatives au droit de l'environnement applicables en Nouvelle-Calédonie. En ce qui concerne le projet industriel considéré, les textes internationaux applicables concernent les opérations en mer, la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud (convention de Nouméa) ; l'élimination des déchets hors du territoire (convention de Bâle) et la protection de la nature (convention de Washington, etc.....).

Le droit calédonien sous réserve de ces traités internationaux, des textes qui sont directement applicables localement, tels que la Constitution qui, en intégrant la Charte de l'environnement donne valeur constitutionnelle à certains droits, à l'environnement, à la participation, à l'information, qui avaient auparavant seulement valeur législative et n'étaient donc pas applicables en Nouvelle-Calédonie en l'absence de mention expresse d'application en vertu du principe de spécialité, demeure donc essentiellement un droit de création locale. C'est un droit jeune en cours d'élaboration, qui n'a pas encore atteint son stade de maturité.

C'est pourquoi, comme l'indique le service des mines dans son rapport au président de la province Sud accompagnant le projet d'arrêté aujourd'hui contesté devant votre tribunal : « les prescriptions contenues dans les arrêtés d'autorisation pris au titre des installations classées s'inspirent très largement des arrêtés ministériels métropolitains ». La pratique administrative corrige cette insuffisance de droit localement disponible en transposant les normes métropolitaines qui, elles mêmes, reflètent l'essentiel du droit communautaire et du droit international et qui correspondent aux normes fixées sur la base des meilleures technologies disponibles à un coût économique acceptable, et des caractéristiques de l'environnement.

Nous cernons ainsi la question centrale de ce dossier. Poursuivons.

La communication de la province Sud vulgarise les propos contenus dans le rapport du service des mines que nous venons de citer. Je voudrais vous livrer quelques extraits. En page 2 du dossier spécial n°7 du magazine « courrier SUD », le président déclare : « Des prescriptions drastiques, inspirées des réglementations françaises et européennes ont été imposées à Goro Nickel », un peu plus loin dans la même revue, il est indiqué : « Il faut également savoir que l'aide apportée par l'Etat et le maintien de la défiscalisation, délivré le 30 septembre 2004 par la direction générale des impôts, ont été subordonnés au respect de plusieurs clauses et conditions décrites dans la décision d'agrément et qui concernent la protection de l'environnement et la conformité du projet aux réglementations applicables en France métropolitaine. ».

Ne vous méprenez pas. Ces citations n'ont aucune valeur juridique. Mais elle donnent une tonalité d'ensemble au débat qui nous préoccupe.

Une analyse fine de l'arrêté critiqué démontre que l'essentiel des normes applicables est d'origine métropolitaine et communautaire. Je vous épargnerai ce dépouillement du texte auquel je me suis livré et qui établit cette densité, voire l'exclusivité, du droit métropolitain incorporé dans l'autorisation et que l'on retrouve sous le vocable « meilleures technologies disponibles à un coût économique acceptable et des caractéristiques particulières de l'environnement ».

Seulement voilà. Ce principe d'assimilation du droit métropolitain et partant, du droit communautaire et du droit international, compte tenu du phénomène de mondialisation du droit de l'environnement, se heurte à quelques exceptions dont nous aurons à reparler dans un instant.

Notons tout d'abord ceci : le fait que le droit de l'environnement soit un droit très technique, favorise considérablement son unification. La nécessité de faire appel à des techniques d'analyse, de mesure et de contrôle pour limiter les diverses pollutions impose la mise en place d'instruments scientifiques qui ont par nécessité un caractère uniforme. Certes il existe divers procédés de mesure scientifique des poussières ou gaz toxiques émis par une usine. Mais les spécialistes peuvent uniformiser leurs techniques et adopter au niveau international des normes communes. A partir d'un langage commun, il est alors facile d'adapter les législations nationales pour les harmoniser. Comme le souligne le professeur Savatier² : « Les matériaux immédiats apportés aux juristes par ces techniques scientifiques sont les mêmes dans tous les pays ; les droits nationaux commandés par la rigueur de leurs impératifs se rejoignent en cela. En tout

² Droit de l'environnement, Michel Prieur, Dalloz

pays, la technique juridique subit la loi d'autres techniques qu'elle traduit dans les rapports sociaux. Tous les droits centrés sur des techniques nouvelles tendent à s'unifier universellement ».

b) les dérogations au principe d'assimilation :

J'en viens maintenant aux brèches contenues dans l'arrêté au principe d'assimilation et de transposition des normes métropolitaines et partant, communautaires et internationales qui irrigue en profondeur le socle normatif de ce texte.

- 1) Prévention de la pollution de l'eau (chronique et accidentelle)
- 2) Prévention de la pollution de l'air (chronique et accidentelle)

L'arrêté du 2 février 1998 relatif aux prélèvements et à la consommation d'eau ainsi qu'aux émissions de toute nature des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation fixe les normes applicables concernant les rejets produits par une activité industrielle soumise à autorisation, sur la base des meilleures technologies disponibles à un coût économique acceptable et des caractéristiques particulières de l'environnement. Il transpose en droit interne les dispositions d'une trentaine de circulaires communautaires, qui, elles-mêmes épousent les normes internationales applicables et se réfèrent à quatre conventions internationales. C'est tout l'acquis juridique et technologique international, incluant les notions de meilleures technologies disponibles à un coût acceptable et des caractéristiques particulières de l'environnement qui se reflète dans la norme métropolitaine considérée. C'est dire que lorsque le droit calédonien s'écarte de cette norme, en s'éloignant du principe d'assimilation dont nous avons déjà parlé, il s'écarte de la même manière, de la référence technique, dans sa traduction juridique, communément admise par la communauté scientifique internationale sur la base des principes précités. D'ailleurs, ne nous y trompons pas : l'expertise technique du projet réalisée par le service instructeur l'a été par rapport aux exigences de référence. Le dialogue entre le service et l'industriel ayant pour objet de réduire les écarts résiduels par rapport aux exigences de référence. Certes ce sont des normes techniques, mais elles s'imposent pour combler le vide juridique.

Voyons cela d'un peu plus près.

L'arrêté critiqué, traite de la question du manganèse dans deux paragraphes dont je vous donne maintenant l'exposé :

Valeurs limites de rejet 3.4.5

Les valeurs limites fixées dans le présent arrêté le sont sur la base des meilleures technologies disponibles à un coût économique acceptable et des caractéristiques particulières de l'environnement, sans préjudice du cas particulier du manganèse qui fait l'objet des dispositions de l'article 3.4.6.

Cas particulier du manganèse 3.4.6

L'absence de certitude quant à la compatibilité des **valeurs limites du manganèse** avec les dispositions du 4° alinéa de l'article 3.4.5, c'est à dire les meilleures technologies disponibles à un coût économique acceptable et des caractéristiques particulières de l'environnement, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption, à un coût économiquement acceptable, de mesures effectives et proportionnées

visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles pour l'environnement . Il en découle l'application du principe de précaution.

Pour l'application du principe de précaution , l'exploitant remet les études nécessaires à la réalisation d'une unité industrielle capable de réduire les flux de manganèse dans le rejet , en vue de respecter **la valeur limite de 1 mg/l** et il s'engage dans une évaluation prédictive de l'impact de l'effluent réel sur le milieu marin.

Le principe de précaution permet donc de s'affranchir, selon le texte même de l'arrêté, de la valeur limite réglementaire et de l'appliquer à nouveau si des conséquences environnementales négatives étaient détectées.

De cela il résulte :

- **la valeur limite du manganèse, 1 mg/l**, contenue dans le texte de l'arrêté d'autorisation, s'inspire de l'arrêté du 2 février 1998, que nous avons évoqué ci-dessus. Et il prend ainsi, à son insu, pourrions nous dire, valeur normative et réglementaire et s'intègre au droit applicable localement . Or l'arrêté du 2 février 1998, reflète l'état du droit international, comme nous l'avons indiqué ci-dessus et il a été construit sur la base des meilleures technologies disponibles à un coût économique acceptable compte tenu des caractéristiques de l'environnement. L'incertitude ci-dessus invoquée ne porte donc pas sur la valeur limite du manganèse mais sur les conséquences qui pourraient découler d'une multiplication par 100 de la valeur limite. C'est donc la transgression de la norme de 1 mg /l qui fait naître l'incertitude et partant, la mise en œuvre du principe de précaution. La méthode consiste donc à recourir au principe de précaution non pour répondre à un risque environnemental, mais pour justifier légalement la violation de la valeur limite de rejet du manganèse, inspirée du droit métropolitain mais qui au surplus est inscrite dans l'arrêté et qui passe de ce fait du statut de norme technique à celui de norme juridique directement applicable sur le territoire. L'applicabilité du droit ne pose plus question .En revanche la violation de cette norme juridique et technique et la correction de cette violation par recours au principe de précaution, posent réellement problème.

Le point qui se pose à vous, à présent, est de savoir si le principe de précaution permet de transgresser une valeur limite de rejet. A vrai dire je ne le pense pas et je vais tenter de le démontrer maintenant.

c) le principe de précaution :

Il convient de donner tout d'abord une brève synthèse du principe de précaution.

Dans son cours à l'Ecole Polytechnique, Alain Finkelkraut¹ traite dans l'un de ses chapitres de « l'émergence de la précaution », et cela en ces termes : « En désenchantant le monde, c'est à dire en faisant appel non plus à des moyens magiques mais à la raison pour maîtriser toute chose, la technique avait enchanté les hommes. Maintenant que l'incertitude est logée au cœur de nos savoirs et de nos pouvoirs, nous sortons de cet enchantement-là. La mise en place du technocosme a invalidé l'optimisme technicien, et là où nous étions si fiers d'œuvrer avec méthode, nous sommes mis en demeure d'agir avec prudence. La méthode, claire et distincte, tenait pour faux ce qui n'est que vraisemblable. Elle nous a précipités dans un monde où la certitude ne peut plus être le seul fondement de l'action. Ce désenchantement s'énonce ainsi : il peut être justifié de limiter, d'encadrer ou même d'empêcher certains actes potentiellement dangereux sans attendre que ce danger soit établi de manière certaine. ». Le principe de

¹ Alain Finkelkraut, Nous autres modernes, ellipses/école polytechnique.

précaution est l'un des dix articles de la Charte sur l'environnement » inscrite dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 dans sa rédaction issue de la Loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005.

J'en viens à une approche opérationnelle de la Charte².

Si l'on schématise le processus que dessine la Charte, il comporte trois temps :

- La détermination par l'autorité publique-et sous sa responsabilité-du niveau de risque jugé inacceptable et qui en fonction du contexte scientifique, doit conduire à appliquer le principe de précaution. C'est sans doute pour l'autorité publique, la phase la plus délicate et celle qui pourra donner lieu au plus grand nombre de contestations :elle doit trancher sans disposer encore d'évaluations scientifiques complètes et au terme d'une appréciation où elle doit distinguer la crainte non fondée, y compris relayée par les médias, et le doute scientifique sérieux quant à l'existence d'un risque lourd .
- La mise en œuvre d'une procédure d'évaluation scientifique du risque. C'est une obligation procédurale , dont le non respect peut mettre en œuvre la responsabilité de l'autorité administrative. En ce sens, CAA Marseille 10 janvier 2005 Ministère de l'Agriculture et de la pêche c/Société Durance Crau).La veille scientifique doit demeurer aussi longtemps que le doute n'est pas levé. Il reste à définir les conditions dans lesquelles organiser cette évaluation scientifique.
- L'adoption de mesures proportionnées à la menace. Il faut préciser surtout que ces mesures peuvent être mises en œuvre parallèlement à l'ouverture de la procédure d'évaluation et sans attendre ses résultats ;mais elles doivent être provisoires et ne peuvent être fondées sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées .

Après avoir rendu compte de l'économie générale du principe de précaution, je voudrais cerner dans les faits de l'espèce comment s'est imposé ce principe au président de la province Sud .Les points essentiels sont les suivants. Le commissaire enquêteur dans son avis en date du 6 août 2004 donne comme recommandation :

- « rejeter, dans le canal de la Havanah, des eaux résiduaires dont la teneur en manganèse ne dépasse pas un milligramme par litre d'eau.(1 mg/l). **A défaut** il faudra obligatoirement appliquer le principe de précaution préconisé par l'INERIS ... et enfin construire immédiatement cette unité industrielle de réduction des émissions de manganèse si un impact nocif ou visuel était constaté. Pendant ce délai de construction, le rejet de manganèse à 1 mg/l serait assuré par emploi de produits importés. ».

La structure même de cette recommandation montre bien que le respect de la norme est un impératif et que le recours au principe de précaution ne s'imposerait que par défaut. Le principe de précaution s'impose de **manière subsidiaire**, dans la mesure où l'on souhaite s'affranchir de la valeur limite. Poursuivons.

L'analyse critique, en date du 17 décembre 2003, de l'acceptabilité du niveau de rejet de manganèse dans le milieu marin, réalisée par INERIS indique ce qui suit : « A ce jour, nous ne pouvons pas estimer le ratio de particules de précipité de manganèse par rapport aux particules naturelles en suspension. Si ce ratio s'avère faible, lorsque ces deux types de particules se déposent par sédimentation, l'effet de noircissement dû aux oxydes de manganèse sera atténué. A l'inverse, si ce ratio est élevé, la contribution du manganèse précipité au processus sédimentaire sera importante, et il en résultera un enrichissement des fonds marins à faible dynamique. Compte tenu des connaissances scientifiques et techniques disponibles, il n'est pas

² ADJA p. 1164 – De certaines obligations environnementales : préventions, précautions en responsabilité.

possible de quantifier l'impact négatif de ce dépôt sur le biotope, et sur les biocénoses associées au-delà d'un impact visuel probable. ».

Ce rapport nous introduit dans la **sphère de l'incertitude**. La certitude est que, lorsque l'on respecte le niveau de rejet fixé par l'arrêté lui-même, rappelons le, « respecter la valeur limite de 1mg/l », même si cette norme peut être considérée comme une norme dure, elle correspond, non pas au principe de précaution, mais au principe de prévention. Le principe de prévention est destiné à faire face aux risques avérés ou du moins probabilisables. Ce principe fait référence à l'observation ou à la statistique, alors que le principe de précaution renvoie au risque incertain.

A ce stade de mon analyse, il me semble que lorsque l'on dispose d'une valeur limite de rejet, contenue dans un règlement métropolitain qui reflète l'état du droit international, comme je l'ai longuement développé ci-avant, et qu'au surplus l'arrêté attaqué mentionne explicitement la même valeur limite à atteindre en cas de survenance de désordre écologique, on ne peut dépasser cette norme en la multipliant par cent, ce qui a pour effet, outre de violer une norme réglementaire, de basculer dans l'incertitude et de recourir au principe de précaution pour gommer cette illégalité. Le service des mines et de l'énergie reconnaît d'ailleurs bien l'effectivité de ce dépassement puisqu'il indique, dans son rapport au président en date du 26 février 2004 page 19 : « l'importance des enjeux et le dépassement des normes pour le manganèse ». J'incline à penser qu'il y a un mauvais usage du principe de précaution où, si vous préférez, un détournement de ce principe. Le respect de la valeur limite découlant du texte métropolitain, mais qui traduit l'état du droit international, eût été certainement une bonne prévention.

Le texte métropolitain prévoit d'ailleurs une possibilité de déroger à la norme après avis du conseil supérieur des installations classées. Mais déroger au droit suppose d'abord d'admettre son applicabilité. En toute hypothèse, un système dérogatoire résultant d'un texte n'est pas générateur d'incertitude scientifique, condition de mise en œuvre du principe de précaution.

Si vous me suivez dans mes analyses, vous admettrez sans aucune difficulté que les exigences de référence doivent s'appliquer en ce qui concerne la prévention de la pollution de l'air (chronique et accidentelle), c'est à dire, l'oxyde d'azote, la dioxyde de soufre, le monoxyde de carbone telles qu'elles résultent de l'arrêté du 20 juin 2002, sachant que vous devez appliquer l'état du droit existant à la date à laquelle vous statuez.

d) J'en terminerai avec l'examen de la légalité interne en mentionnant un dernier groupe de moyens – risque d'atteinte à la biodiversité et aux écosystèmes-violation de l'article 8 de la convention de Rio-violation de la directive communautaire du 21 mai 1992 et de la convention de Bonn du 23 juin 1979 - qui sont invoqués d'une manière trop générale et imprécise pour en apprécier le bien-fondé. Le moyen tiré de la non prise en compte du « fait kanak » n'est pas fondé.

* *

*

Si vous me suivez dans mes conclusions, vous serez amené à vous prononcer sur la délicate question du droit localement applicable en l'absence de normes disponibles. Le sujet avait déjà été abordé dans une remarquable étude de notre collègue Régis Fraisse, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie » RFDA, 2000, p.77. La détermination de la force juridique des textes applicables outre-mer est trop souvent incertaine. Il appartient peut-être à votre tribunal par sa jurisprudence d'adopter le principe que je vous ai proposé, permettant de fixer la norme de droit pour combler un vide juridique qui serait néfaste au bon fonctionnement des institutions sur cette portion du territoire de la République. C'est ce que pressentait peut-être le professeur Gohin lorsqu'il écrivait dans sa chronique « l'évolution institutionnelle de la

Nouvelle-Calédonie » (AJDA 1999 p. 500) : « on ne saurait penser que l'office des juridictions civiles et administratives en Nouvelle-Calédonie sera aisé dans les mois et les années qui viennent. Beaucoup dépendra de la qualité des magistrats à cet égard, c'est à dire à leur force de caractère et à leur sens de l'Etat. ».

Par ces moyens nous concluons au rejet de la requête n° 0537 de l'association POINT ZERO/BASE LINE qui n'articule pas de moyen sérieux susceptible d'entraîner l'annulation, mais si vous me suivez, vous accueillerez les conclusions de la requête n° 0538 du COMITE RHEEBU NUU et de M. Raphaël X..

Vous pourrez alors soit annuler l'arrêté sur un moyen de légalité externe, soit le réformer, en corrigeant ses prescriptions techniques sur la base de nos observations.

Si vous me suivez, la logique du contentieux administratif vous conduira certainement à retenir un moyen de légalité externe et à annuler l'arrêté dans sa totalité.

* *

*