

N° 428274

Ministre de l'écologie

6<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> chambres réunies

Séance du 6 septembre 2019

Lecture du 20 septembre 2019

## CONCLUSIONS

**M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public**

Ce pourvoi présenté par le ministre de la transition écologique et solidaire ne présente, à nos yeux, pas de difficulté, mais il est particulièrement opportun car il permettra de clarifier l'état de votre jurisprudence, de dissiper certains malentendus qui ont pu naître après votre décision du 22 octobre 2018, *M. D... et autres* (CE, n° 406746, T.).

Reprenons la chronologie. Vous savez que la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 prévoit la réalisation d'une « évaluation environnementale » pour tous les projets susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement. Cette évaluation comporte notamment la réalisation d'une étude d'impact, le recueil d'un avis d'une « autorité environnementale » autonome et une procédure de participation du public. La directive prévoit qu'au vu de cette évaluation, l'autorité publique doit ensuite prendre une décision autorisant ou non le projet.

Par une première décision du 6 décembre 2017 *Association France nature environnement* (CE, n° 400559, T.), vous avez jugé que la réglementation française attribuant au préfet de région la fonction d'autorité environnementale était contraire à la directive 2011/92 dès lors que, dans un certain nombre de cas, la même autorité se trouve ainsi en charge d'émettre un avis sur le projet en tant qu'autorité environnementale puis de prendre la décision d'autorisation finale au vu de cet avis. Vous avez ainsi transposé au cas des projets la jurisprudence européenne dite *Seaport* (CJUE, 20 octobre 2011, *Seaport*, C-474-10, Rec. 2011 I -10227) rendue à propos des évaluations environnementales des « *plans et programmes* ». Cette lourde décision a, dans le même temps et non sans efforts, validé par une interprétation conforme le dispositif des missions régionales d'autorité environnementales, qui font office d'autorités environnementales dans un certain nombre de cas. La logique de votre décision de décembre 2017 conduisait à transférer à ces instances la compétence d'autorité environnementale pour la plupart des projets. Dans la pratique, les avis sont instruits par des services des DREAL mais qui disposent d'une certaine autonomie, renforcée par les réserves formulées dans votre décision du 6 décembre 2017.

Il n'en a rien été : la réglementation est restée en l'état, l'évolution s'avérant difficile à mettre en œuvre. Comme les décrets antérieurs à ceux que vous avez annulés désignaient aussi le préfet de région comme autorité environnementale, l'état des textes est depuis longtemps, et est encore à ce jour, contraire au droit de l'Union européenne. Cette situation est évidemment

particulièrement dommageable, tant le champ d'application de ces textes est vaste et tant le nombre de projets déjà autorisés et en instruction est élevé.

Un an après, vous avez fait le constat que non seulement les projets autorisés par des actes attaqués au contentieux se trouvaient fragilisés par l'inconventionnalité du dispositif français, ce qui est toujours le cas, mais en outre, qu'une grande partie des projets en instruction se trouvaient potentiellement bloqués, notamment les projets éoliens. Votre jurisprudence s'est donc attachée, par deux décisions importantes, à préciser les voies qui permettent, en l'état du droit positif, de mener à bien l'autorisation d'un projet soumis à évaluation environnementale.

La première voie s'appuie sur les dispositifs de régularisation qui peuvent être mis en œuvre par le juge. A de rares et ponctuelles exceptions, de tels dispositifs n'existent, en l'état de votre jurisprudence, que lorsque la loi les prévoit. Par un avis *Association de danger de tempête sur le patrimoine rural* du 27 septembre 2018 (CE, n° 420119, Rec.) vous avez jugé que les dispositions de l'article L. 181-18 du code de l'environnement, qui dotent le juge de plein contentieux des autorisations environnementales d'importants pouvoirs de régularisation, calqués sur le contentieux de l'urbanisme, permettent de procéder à une régularisation de la procédure d'évaluation environnementale pendant l'instance juridictionnelle. La régularisation se fait à l'intérieur du prétoire, par un avant-dire-droit suivi d'une procédure administrative de régularisation.

Cette voie de sauvetage est, juridiquement, la plus puissante et la plus satisfaisante. Elle se heurte cependant à deux limites : d'une part, elle est longue et coûteuse à emprunter, puisqu'il faut dupliquer une partie de l'instruction déjà réalisée ; d'autre part, elle n'existe que lorsque le juge dispose de pouvoirs de régularisation. Outre le contentieux des autorisations environnementales, vous avez naturellement reconnu cette faculté en contentieux de l'urbanisme par une décision *Société MSE La Tombelle* du 27 mai 2019 (CE, n° 420554, T.), où le législateur a donné au juge des pouvoirs analogues. Mais elle n'existe pas dans les autres contentieux.

Or il existe d'autres conditions auxquelles il est possible de neutraliser une irrégularité procédurale. Il y a bien sûr la jurisprudence *Danthony* mais, vu l'irrégularité en cause, il est relativement peu probable que l'on puisse affirmer que la consultation d'une autorité environnementale autonome n'était pas susceptible d'influencer la décision prise. Vous l'avez admis, s'agissant de l'absence de saisine d'une autorité environnementale, dans une décision *Société Roozen France* du 1<sup>er</sup> mars 2013 (CE, n°s 340859 340957, T.), relative à un entrepôt de déchets nucléaires, mais cette décision ne nous semble pas appelée à avoir une postérité sur ce point, vu le rôle que ces autorités se sont progressivement vu reconnaître. En revanche, en matière de droit de l'Union européenne, vous jugez depuis une décision d'assemblée du 6 février 1998 *M. T...* (CE, Ass., 6 fevr. 1998, M. Tête, n° 138777, Rec) que lorsqu'une directive n'est pas ou est mal transposée en droit interne, le juge ne doit pas annuler l'acte attaquée devant lui si, en l'espèce, les exigences, notamment procédurales du droit de l'Union européenne ont été respectées. Ainsi, par exemple, lorsqu'une réglementation française est contraire à une directive européenne faute de prévoir une procédure de publicité et mise en concurrence pour un certain acte, le juge rejette un recours contre cet acte s'il constate que, malgré l'absence de texte, l'administration a organisé *ad hoc* et pour le besoin de son édicton une procédure de publicité et mise en concurrence qui répond aux objectifs poursuivis par la

directive. De même, pour nos autorisations de projet, si une autorité environnementale autonome a *de facto* été consultée, le juge rejettera le recours.

Ce n'est pas là une innovation : c'est l'application classique de la jurisprudence *Tête* et de ses développements (CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566, A, et CE, 18 décembre 2002, *Ville de Paris*, n° 241187, A : CE, 30 juillet 2014, La Cimade, n° 375430, Rec. ; CE, Ass., 29 juin 2001, M. V..., n° 213229, Rec. ; CE, 27 oct. 2011, Ass. Analyser, n° 341278, T. ; sur l'étude d'impact au titre de l'évaluation environnementale, CE, 1er mars 2013, Sté Roozen France et autres et CRIIAD, n°s 340859 340957, T.). Vous l'avez confirmé en matière d'évaluation environnementale, en écartant un moyen de pur droit, par votre décision *M. D...* du 22 octobre 2018 (CE, n° 406746, T.). Cette décision présentait cependant une subtilité assez difficile à saisir, sur laquelle avait insisté le rapporteur public, Mme Julie Burguburu. Les circonstances concrètes dans lesquelles la cour avait estimé qu'en l'espèce l'avis avait été rendu par une autorité autonome de l'autorité décisionnaire n'étaient guère convaincantes, car c'était le même préfet de région qui avait rendu l'avis en tant qu'autorité environnementale puis autorisé le projet. Vous n'étiez cependant saisis que d'un moyen d'erreur de droit critiquant le fait qu'on ait pu sauver par des considérations d'espèce une procédure fondée sur des dispositions réglementaires inconvencionnelles : ce moyen de pur droit, qui ne critiquait que le principe et non son application, n'était pas fondé. Votre décision sauve donc paradoxalement l'arrêt de la cour, tout en précisant explicitement qu'aucun moyen ne critiquait l'appréciation d'espèce par laquelle la cour avait estimé que l'avis avait été rendu de façon autonome du préfet de région signataire de l'autorisation finale.

Mais la décision *D...* a pu laisser penser que vous étiez prêts à admettre que, dans la plupart des cas, lorsque c'est le même préfet qui a signé l'avis et la décision, l'avis a cependant été rendu de façon autonome parce qu'il a été préparé par la DREAL, circonstance sur laquelle s'était appuyée la cour dans l'affaire *D...*. Les pourvois dont vous êtes saisis soulèvent régulièrement ce débat, et la doctrine souligne les incertitudes. Un récent article de Mme Amélie Fort-Besnard, paru à l'AJDA, résume bien la situation et présente une synthèse des difficultés auxquelles sont confrontés les juges du fond pour concilier vos différentes décisions (Amélie Fort-Besnard, *Le défaut d'autonomie de l'autorité environnementale : un seul moyen, plusieurs solutions*, AJDA 2019, p. 1507).

Il vous faut donc réaffirmer qu'en principe, lorsque l'avis d'autorité environnementale a été préparé par les mêmes services de la DREAL que ceux qui instruisaient le dossier, sous l'autorité hiérarchique du même préfet, compétent pour rendre l'avis et autoriser le projet, la procédure ne répond pas aux objectifs de la directive projet. Il ne pourrait en aller autrement que dans des circonstances exceptionnelles. En revanche, bien que votre décision du 6 décembre 2017 ait annulé globalement la désignation du préfet de région comme autorité environnementale, estimant impossible de diviser les dispositions selon les configurations, il faut rappeler que, dans certains cas, l'avis a été rendu par le préfet de région et l'autorisation donnée par le préfet de département. Votre jurisprudence n'a pas encore été saisie de cette configuration. A fortiori, lorsque le préfet aura spontanément décidé de consulter la MRAE et de joindre son avis au dossier, la procédure aura été, *in concreto*, conforme à la *directive projets*.

Cette affaire constitue l'occasion d'affirmer que la jurisprudence *D...* ne conduit nullement à vider de sa portée la censure de décembre 2017. En l'espèce, une autorisation d'exploitation d'éoliennes a été regardée comme irrégulière par la cour administrative d'appel de Lyon qui, par un avant-dire-droit du 18 décembre 2018, a ouvert aux défendeurs une faculté de régularisation. L'affaire n'est pas encore jugée. L'irrégularité tient au fait que la fonction d'autorité environnementale a été assumée par le préfet de région qui a également accordé l'autorisation. Le ministre se pourvoit en cassation, estimant que la jurisprudence *D...* devait conduire à valider en l'espèce l'autorisation. Selon nous, vous devez rejeter le moyen : d'une part, la cour n'était saisie d'aucune argumentation soutenant que l'avis avait été rendu, *in concreto*, de façon autonome du préfet de région ; d'autre part, l'eût-elle été, il nous semble hautement improbable qu'elle ait pu accueillir l'argumentation, dès lors que c'est le préfet lui-même qui avait signé l'avis (pièce 18 de la requête d'appel). Ce vice était susceptible d'influencer la décision, qui doit donc être annulée si elle n'est pas régularisée par une nouvelle procédure complémentaire et une nouvelle décision. L'arrêt nous semble suffisamment motivé et exempt d'erreur de droit dans ces deux temps du raisonnement.

Nous vous proposons donc de rejeter le pourvoi. Si vous nous suivez, vous serez conduit à rejeter un pourvoi dirigé contre un arrêt de cour ayant adopté, à première lecture, une position exactement inverse de celle de l'arrêt de cour que votre décision *D...* avait refusé d'annuler. Votre jurisprudence n'aura cependant pas varié : il n'y a là qu'un effet des particularités du contrôle de cassation et des moyens soulevés dans ces deux affaires. **Nous concluons donc au rejet du pourvoi et à ce que l'Etat verse 3 000 euros aux défendeurs.**