

N° 400559

**Association France Nature
Environnement**

**6^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 15 novembre 2017
Lecture du 6 décembre 2017**

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Deux directives européennes imposent d'évaluer les incidences de plans, de programmes ou de projets sur l'environnement lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence notable sur l'environnement : la directive 2001/42 du 27 juin 2001 du Parlement européen et du Conseil pour les « plans et programmes » ; la directive 2011/92 du 13 décembre 2011, qui a codifié la directive 85/337, sur les projets de construction, de travaux ou d'autres formes d'intervention. La directive 2011/92 étant une directive de codification, elle est entrée en vigueur immédiatement. Elle a depuis été modifiée par la directive 2014/52 du 16 avril 2014, dont le délai de transposition a expiré le 16 mai 2017. Cette évaluation environnementale ne se limite pas au rapport d'évaluation ou à l'étude d'impact, c'est un processus, qui implique notamment de consulter des « autorités compétentes en matière d'environnement » : la réglementation française les désigne sous le vocable d'autorité environnementale.

S'agissant des plans et programmes, un arrêt de la CJUE du 20 octobre 2011 dit *Seaport* (CJUE, Department of the environment for Northern Ireland c/ Seaport LTD e.a., C-474/10) a jugé que la directive 2001/42, imposait qu'au moins une autorité compétente environnementale se prononce sur un projet de plan ou programme susceptible d'avoir une incidence notable sur l'environnement et qu'elle devait être autonome vis-à-vis de l'autorité qui élabore ou adopte le document, afin de garantir l'effet utile de la consultation. La CJUE était consciente de la difficulté lorsqu'on se situe à un niveau décentralisé, où une seule administration dispose le plus souvent des compétences environnementales. Elle a donc précisé que, pour respecter la directive au niveau local, il était possible de ne pas créer une nouvelle autorité environnementale mais de prévoir que la consultation serait organisée au sein de l'autorité chargée d'adopter le plan, à condition que la consultation soit réalisée par une entité administrative interne qui soit réellement autonome pour remplir sa mission consultative et rendre un avis objectif. La cour a précisé que l'autonomie impliquait des moyens administratifs et humains propres.

Cet arrêt vous a conduit à censurer en 2015 les cas où le même préfet était à la fois en charge d'élaborer ou d'approuver un plan ou programme et faisait office, à travers les services des DREAL, d'autorité environnementale, faute qu'ait été organisée une telle autonomie du service en charge de rendre l'avis consultatif (CE, 26 juin 2015, Ass. FNE, n° 365876, inédit ; id, n° 360212, Rec.). Notons au passage que cette décision a effectivement appliqué la jurisprudence *Seaport* à des cas où le préfet n'était pas l'autorité qui élaborait le document mais où il se contentait de l'approuver après élaboration, par exemple, par une collectivité

territoriale (notamment pour certaines procédures de « mises en compatibilité »). La désignation et la structuration des autorités environnementales appelées à se prononcer sur les projets et les programmes ont donc été réformées, notamment par le décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 qui est attaqué aujourd'hui devant vous par la FNE. L'article R. 122-6 du code de l'environnement issu du décret prévoit quatre autorités environnementales, dont les compétences dépendent du type de plan ou projet en cause : le ministre chargé de l'environnement, le Conseil général de l'environnement et du développement durable, les missions régionales d'autorité environnementale qui émanent de ce conseil, et le préfet de région, dont la compétence est maintenue à titre subsidiaire. En pratique, le préfet est souvent compétent en matière de projets régionaux. L'association cible ses critiques sur deux aspects du décret qui posent des questions délicates.

2. Elle critique d'abord le maintien du préfet de région comme autorité devant, dans certains cas, à la fois autoriser le projet (notamment comme préfet du département du chef-lieu de région), voire parfois être maître d'ouvrage du projet, et exercer parallèlement la compétence consultative en matière d'environnement au titre de la directive 2011/92 sur les projets. Pour faire droit à cette critique « en tant que ne pas » de l'association, il vous faut franchir deux obstacles, et vous estimer en capacité de le faire sans interroger la cour de Luxembourg.

Premièrement, l'exigence d'une autonomie de l'autorité environnementale consultée s'applique-t-elle aux projets comme elle s'applique aux plans et programmes ? Signalons que les articles 6 des deux directives, qui prévoient le principe de ces consultations, sont laconiques et ouverts. Leur lettre n'exclut pas des cas où la consultation ne pourrait avoir lieu ou ne dit mot d'une exigence particulière d'autonomie. Pour la directive sur les plans et programmes, la CJUE a fondé sa position sur « l'effet utile » de la consultation, qui doit permettre d'apprécier la suffisance et la correction de l'évaluation des effets environnementaux par le rapport environnemental et d'émettre un avis sur ces effets. La transposition de cette exigence aux projets nous semble inéluctable : l'effet utile d'une telle consultation implique tout autant qu'elle soit rendue par une personne distincte du maître d'ouvrage. Cela condamne d'ores et déjà la désignation du préfet de région comme autorité environnementale lorsqu'il est maître d'ouvrage du projet ou plus généralement lorsqu'il est en charge de la conduite du projet, de même que l'arrêt *Seaport* avait exigé une autonomie vis-à-vis de toute autorité qui élabore un plan ou programme.

Faut-il également exiger que l'autorité environnementale soit indépendante de l'autorité qui autorise le projet ? Cette autorité n'a, en principe, pas d'intérêt personnel à la réalisation du projet, contrairement au maître d'ouvrage. Le mélange des rôles peut donc apparaître moins problématique. Une décision du Conseil d'Etat du 26 décembre 2012 (n° 340538, T. sur un autre point) a jugé sans autre précision que l'autorité qui autorise une installation classée peut aussi être dans certains cas l'autorité environnementale prévue par la directive, sans formuler la réserve de l'arrêt *Seaport* sur l'autonomie interne. Elle ne nous semble cependant pas avoir tranché la question de la nécessité d'une séparation fonctionnelle. Nous n'avons personnellement pas de doute que l'exigence d'autonomie s'applique également vis-à-vis de l'autorité qui autorise le projet, pour deux raisons :

- d'abord, la différence avec les plans et programmes n'est pas si importante : lorsqu'en 2015 vous avez appliqué la jurisprudence *Seaport* à des cas où le préfet approuve un plan qu'il n'a pas élaboré, vous avez déjà franchi le pas qui sépare celui qui œuvre de celui qui autorise avec un regard extérieur ; comme celui qui œuvre, celui qui autorise n'est pas seulement en charge de la défense de l'environnement, et doit concilier divers objectifs et exigences ;

- ensuite, la finalité de cette consultation, son effet utile, est d'éclairer l'autorité décisionnaire, à la fois sur le contenu de l'évaluation et sur les conséquences à en tirer pour les décisions relatives au projet. Il est presque plus important d'éclairer pleinement et de façon indépendante l'autorité qui autorise, et donc peut interdire ou modifier le projet, que le maître d'ouvrage qui sera peu enclin à l'amender une fois qu'il est autorisé ; le 2 de l'article 5 de la « directive projets » (n° 2011/92/UE) prévoit que lorsque l'administration doit préciser au maître d'ouvrage les informations à fournir dans son évaluation, elle consulte l'autorité environnementale prévue à l'article 6 § 1 : dans l'esprit des auteurs de la directive, ce sont bien deux autorités distinctes ; dans un arrêt en manquement contre l'Espagne du 16 mars 2006 (CJUE, C-332/04), rendu sous l'empire de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 qui a précédé la directive de 2011 mais dont la rédaction était analogue sur ce point, la CJUE a jugé que les consultations des « autorités compétentes en matière d'environnement » prévue par cette directive « s'insèrent dans la procédure d'autorisation et visent à aider l'organe compétent dans sa décision d'octroi ou de refus de l'autorisation ». Comme dans l'arrêt *Seaport*, l'effet utile de cette consultation implique alors un minimum d'autonomie afin de fournir une analyse renouvelée par rapport à celle du maître d'ouvrage et des services instructeurs.

Pour tous les projets dirigés mais aussi autorisés par le préfet de région, le maintien de celui-ci comme autorité environnementale n'est donc possible que si cet avis est rendu par une entité dont l'autonomie est garantie et organisée. Or ni le décret attaqué, ni d'autres dispositions, notamment pas celles du décret n° 2009-235 du 27 février 2009 sur les DREAL n'organisent cette autonomie, qui n'existe pas puisque la DREAL est sous l'autorité du préfet.

Vous serez donc conduits à annuler le décret en tant que sa refonte de l'article R. 122-6 du code de l'environnement a maintenu le préfet de région comme autorité environnementale dans les cas où ce préfet statue sur la demande d'autorisation du projet en cause ou, *a fortiori*, lorsqu'il est en charge de la conduite de ce projet. Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de moduler les effets dans le temps de cette annulation pour les mêmes raisons que celles qui vous ont conduit à ne pas procéder à cette modulation à la suite d'une des deux annulations prononcées en 2015 (CE, 3 novembre 2016, Ass. FNE, n° 360212, Rec.) : cette question devra se poser au stade de l'examen particulier de chaque recours contre l'autorisation d'un projet délivrée en méconnaissance de la directive.

Il faut vous préciser que n'est pas évoquée devant vous une configuration où le préfet de région est autorité environnementale avec l'appui de la DREAL et où c'est un autre préfet de la même région qui, comme préfet de département, autorise le projet, en recourant aux mêmes services de la DREAL. Vous n'aurez donc pas à vous prononcer sur ce cas de figure.

3. La deuxième critique de l'association est tout aussi délicate. A la suite de votre censure de 2015, le décret attaqué a créé des « missions régionales d'autorité environnementale », constituées comme des émanations locales du Conseil général de l'environnement et du développement durable. Ces missions régionales sont composées, sauf exception, d'au moins quatre personnes, choisies pour leur compétence en matière d'environnement, selon les modalités précisées par le décret n° 2015-1229 du 2 octobre 2015. Il ressort selon nous clairement de l'intention de l'auteur du décret que ces missions régionales émettent leurs avis de façon indépendante, sans pouvoir recevoir d'instruction de quiconque, ainsi que le rappelle l'article 20 du décret, et sans pouvoir de réformation du préfet ou d'une autre autorité. En revanche, l'article R. 122-25 du code de l'environnement, tel qu'issu du décret attaqué,

prévoit que ces missions régionales bénéficient de l'appui des agents du « service régional chargé de l'environnement », qui sont alors soustraits à l'autorité du préfet pour n'obéir qu'à celle du président de la mission régionale d'autorité environnementale. Il s'agit d'agents de la DREAL, qui est aussi, dans un certain nombre de cas, chargée d'instruire les demandes d'autorisation ou d'autres actes relatifs à des projets soumis à évaluation environnementale. L'association France nature environnement soutient qu'en pratique le rôle de ce service est fondamental, puisqu'il va procéder aux investigations et analyses nécessaires et recueillir les informations transmises aux membres de la mission régionale pour qu'ils rendent leur avis. On les suit aisément dans cette impression et cela est d'ailleurs explicitement prévu pour les documents d'urbanismes par l'article R. 104-19 du code de l'urbanisme.

Pour la requérante, ce mélange des genres serait contraire aux deux directives, de 2001 et de 2011, selon qu'il s'agit de projets ou de documents de planification.

Nous pensons que, cette fois, vous pourrez écarter le moyen et sans avoir à poser une question préjudicielle. Il faut d'abord souligner que nous ne sommes pas dans le cas de la jurisprudence *Seaport* : celle-ci concerne le cas où la décision relative au plan et l'avis consultatif sont rendus par la même autorité ; il s'agissait dans les deux cas du *Department of the Environment*, lequel comprenait deux services, l'un préparant le plan et l'autre procédant à l'évaluation, tous deux placés sous le contrôle du même chef du *Department*. En l'espèce le préfet ne contrôle pas la mission régionale : nous sommes donc ici dans une situation très différente, où l'avis est déjà rendu par une autorité indépendante. La particularité est que si les autorités sont distinctes, elles ont recours aux services d'agents communs. Cela pose-t-il un problème d'indépendance ? Pas forcément puisque, pour la préparation de l'avis de l'autorité environnementale, ces agents de la DREAL obéiront uniquement aux experts de la mission régionale, procéderont aux analyses qu'ils demanderont, prépareront les documents qu'ils souhaiteront. La CJUE pourrait donc très bien accepter une telle mutualisation des services d'appui si les autorités qui les dirigent, chacune pour ses besoins, sont indépendantes, comme en l'espèce. Mais l'association France nature environnement n'est pas non plus sans argument : les agents en question restent gérés par le préfet, pour leur primes et leur avancement ; l'autorité du directeur de la DREAL, lui-même sous l'autorité du préfet, serait plus présente et pressante que celle du président de la mission régionale ; on peut craindre que la même analyse, issue des mêmes agents, servent à nourrir l'avis de la mission régionale et l'instruction de la décision préfectorale. Ce dispositif méconnaîtrait une exigence d'impartialité objective. Et de citer les extraits de rapports annuels des missions régionales mettant en lumière le rôle essentiel de l'instruction par la DREAL et la difficulté à faire face aux flux des demandes d'avis, même si un moyen tiré du manque de ressource est inopérant sur l'acte attaqué.

La jurisprudence de la Cour ne s'est pas prononcée sur cette configuration et il vous faut donc en principe lui poser une question préjudicielle. Il nous semble cependant que vous pourrez vous abstenir d'une telle question si vous constatez qu'a été prévue, au sein des DREAL, une séparation fonctionnelle conforme aux exigences de la jurisprudence *Seaport*. Dans un tel cas, il ne fait aucun doute que cette séparation serait une garantie suffisante aux yeux de la cour : si elle l'a estimée suffisante quand l'avis et la décision sont pris au sein de la même autorité, *a fortiori* sera-t-elle suffisante lorsqu'ils relèvent d'autorités distinctes.

Or le ministre assure qu'une séparation fonctionnelle est organisée au sein des DREAL. Cette séparation ne peut se résumer à la seule autorité fonctionnelle de la mission régionale sur les agents en cause lorsqu'ils travaillent pour elle. Il faut une réelle autonomie du service, avec

des moyens financiers et administratifs propres. L'article R. 122-25 prévoit que la mission régionale d'autorité environnementale bénéficie de l'appui des agents du « *service régional chargé de l'environnement* ». Cette expression générale nous semble désigner la DREAL dans son entier, ou au moins l'ensemble de ses services traitant de missions environnementales. Le terme générique de « service régional chargé de l'environnement » permet d'englober les services qui ne sont pas organisés comme des DREAL, particulièrement la direction générale de l'environnement et de l'énergie en Ile de France (décret n° 2010-687 du 24 juin 2010). Cet article n'organise donc pas une séparation fonctionnelle au sein des DREAL. De même pour l'article 3 du décret n° 2015-1229 du 2 octobre 2015 relatif au Conseil général de l'environnement et du développement durable.

En revanche, les dispositions relatives aux évaluations environnementales des plans et programmes, tant celles du code de l'environnement (R. 122-18, 19 et 21) que celles spécifiques aux documents d'urbanisme (R. 104-23, 24, 28, 29, 30, 31, 33, certaines dès l'intervention du décret attaqué, d'autres modifiées depuis) précisent toutes, dans une parenthèse, que la procédure d'instruction de l'avis de la mission régionale est réalisée, au sein de la DREAL, par un « appui à la mission régionale d'autorité environnementale ». Le texte n'indique pas clairement s'il s'agit d'un service, isolé au sein de l'organigramme que se donne chaque DREAL, mais c'est l'interprétation la plus naturelle du texte et elle correspond à la réalité puisque la consultation des organigrammes des DREAL, qui sont publics, confirme qu'un service dédié à l'évaluation environnementale et à l'appui des missions régionales a été créée. Il semble donc que, si le président de chaque mission régionale peut adresser des instructions à tout agent de la partie de la DREAL ayant des compétences environnementales, il dispose également d'un service isolé comme tel par les décrets, au sein de la direction et qui lui est dédié. Un tel service a par définition des moyens humains et financiers : la jurisprudence *Seaport* n'implique pas, selon nous, que le chef de service ait qualité d'ordonnateur ou tienne une comptabilité séparée. La FNE mentionne deux arrêts tendant à démontrer une exigence particulièrement stricte quant aux garanties d'autonomie interne qu'exigerait la CJUE (CJUE, 2 juin 2016, Commission c/ Rep. Portugaise, C-205/14 ; C, 19 octobre 2016, Xabier Ormaetxea Garai e.a., C-424/15), mais ces deux arrêts sont relatifs à la régulation des aéroports et des télécommunications et, dans les deux cas, l'exigence d'une séparation fonctionnelle résultait explicitement des textes, avec une insistance sur l'autonomie du système de financement. Les directives de 2001 et 2011 nous semblent intervenir dans un contexte différent : il ne s'agit pas d'instituer une autorité de régulation économique mais de garantir la possibilité d'un regard indépendant par des spécialistes de l'environnement, pour éclairer la décision finale. La décision *Seaport* précise que la directive n'implique pas de créer systématiquement une autorité *ad hoc* au niveau local, or ici l'Etat a déjà fait l'effort de créer ces autorités dans chaque région. La souplesse ménagée par cette décision implique d'accepter que les agents de l'autorité environnementale ou à son service gardent un lien hiérarchique de gestion avec l'autorité qui prend la décision finale. Il suffit que le service d'instruction puisse avoir une « autonomie réelle » dans la préparation de l'avis. Ajoutons que si vous faites cette interprétation des textes, il sera selon nous exclu, pour respecter l'exigence d'autonomie de la jurisprudence *Seaport*, qu'un agent traite à la fois de l'instruction d'un plan et programme ou autorisation d'un projet et participe aux travaux de la mission régionale pour préparer l'avis correspondant. Cela contredirait l'exigence d'un « personnel propre » pour réaliser une évaluation avec une autonomie suffisante.

Vous pourriez hésiter à faire vôtre cette interprétation, en raison de l'imprécision et surtout de l'incomplétude des textes puisque la mention d'un service des DREAL dédié à l'évaluation environnementale ne figure pas dans la partie du décret relative à l'avis de la mission

régionale pour les projets, et que la mention de ce service ne figure pas plus dans les textes généraux d'organisation des DREAL ou directions assimilables, notamment le décret général n° 2009-235 du 27 février 2009 (ces textes ne précisant d'ailleurs pas du tout l'organisation interne de ces directions). Mais le fait que le ministre soutienne qu'il y a bien séparation fonctionnelle, que la création d'un service dédié est la façon dont les DREAL ont appliqué le décret et que votre décision va rendre cette interprétation obligatoire nous convainquent de vous proposer cette interprétation. Si vous nous suivez, et sous réserve de préciser que ce service d'appui aux missions régionales d'autorité environnementale doit être doté d'un personnel et de moyens propres pour préparer les avis environnementaux et ne pas participer à l'instruction des demandes d'autorisation, vous pourrez rejeter le moyen.

4. Reste le dernier moyen de la requête, qui critique les dispositions transitoires du décret. Le décret a prévu qu'il ne s'appliquerait que pour les saisines des diverses autorités environnementales compétentes selon les types de plan ou de projet qui interviendraient après son entrée en vigueur, ou après la constitution des missions régionales puisqu'elles n'existaient pas encore.

Une telle rédaction, classique, permet de préserver les avis déjà rendus ou en cours d'instruction, afin de ne pas avoir à les reprendre pour respecter de nouvelles règles de compétence ou de procédure, la légalité de la décision finale s'appréciant en principe entièrement au regard des dispositions en vigueur à la date de cette décision. La requérante soutient que cette sanctuarisation des avis déjà rendus violerait l'autorité de la chose jugée par vos décisions d'annulation de 2015, annulation réitérée en 2017 pour des dispositions analogues (CE, 19 juillet 2017, Ass. FNE, n° 400420, inédit), voire de futures annulations. Cela méconnaîtrait les objectifs des deux directives en reportant dans le temps leur correcte transposition alors que le délai de transposition est expiré depuis longtemps. Il n'en est rien : vos annulations rétroactives de certaines des dispositions désignant l'autorité environnementale compétente demeurent. En l'absence d'autorité environnementale, il est probable que certaines procédures n'aient pu légalement aboutir, faute de pouvoir saisir une telle autorité. Dans ce cas, l'autorité environnementale n'a pu être saisie qu'après l'entrée en vigueur du décret. Le dispositif temporaire ne nous semble donc pas méconnaître la directive.

PCM nous concluons donc à l'annulation du 1^o de l'article 1^{er} du décret attaqué en tant qu'il maintient, au IV de l'article R. 122-6 du code de l'environnement, la désignation du préfet de région comme autorité environnementale lorsqu'il autorise ou est en charge de la conduite du projet en cause. Nous concluons sinon au rejet des autres conclusions de la requérante, y compris au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative puisqu'elle ne justifie d'aucun frais particulier.