

N° 414930

France nature environnement

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 15 février 2019

Lecture du 13 mars 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Par le présent recours, l'association France nature environnement vous demande d'annuler le décret n° 2017-626 du 25 avril 2017 et le refus du premier ministre d'abroger l'article R. 121-2 du code de l'environnement en tant qu'il fixe des seuils financiers pour déclencher la procédure de débat public. Il faut d'abord situer les actes attaqués dans leur contexte. Le premier acte attaqué est le décret d'application de l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016. Cette ordonnance a modifié les procédures de participation du public à l'élaboration des décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement, qu'il s'agisse, pour reprendre les catégories du droit européen, de « *plans ou programmes* » ou de « *projets* ». Cette ordonnance a en particulier enrichi et étendu les procédures dites de « participation préalable du public » ou de « concertation » (nous les désignerons sous ce dernier terme).

Le droit français de la participation du public sur les décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement comprend une *summa divisio* entre les procédures de participation qui se font sur un projet de décision et celles qui, en amont, sont conduites à un stade où cet acte n'est pas encore complètement défini, où l'on présente au public, pourrait-on dire, « un projet de projet ». Les premières sont anciennes et correspondent au droit commun de la participation du public : s'il s'agit d'un projet de construction, d'infrastructure, d'aménagement, etc., cette phase de participation a lieu après le dépôt de la *demande d'autorisation*, qui décrit précisément le projet. S'il s'agit d'un acte réglementaire ou de toute forme de « plan ou programme », cette consultation se fait sur un projet d'acte, une première rédaction, à l'intérieur de la *procédure d'adoption* de l'acte. Le type même de cette forme de consultation en aval est l'enquête publique, même s'il en existe des versions adaptées ou des substituts simplifiés.

Lorsque le projet ou le plan ou programme est d'une certaine importance, et que son élaboration a pu demander des années d'étude et l'exposition d'importantes dépenses, le législateur français a, en outre, souhaité que le public puisse être associé à cette phase amont d'élaboration, au cours de laquelle se décident des aspects structurant du projet ou du document. Il s'agit alors d'une concertation organisée avant la demande d'autorisation du projet ou avant que l'on dispose d'une première version du plan ou programme, durant la *phase de réflexion* (que le code a nommé *phase d'élaboration*). Cela est dans l'intérêt de toutes les parties : le public sait pouvoir souvent peser plus facilement à ce stade amont ; le porteur du projet ou l'autorité responsable de l'élaboration d'un acte a tout intérêt à intégrer certaines préoccupations du public en amont plutôt qu'à procéder à de coûteuses modifications en aval. Le type même de cette concertation est celle qui, obligatoire, est prévue

depuis longtemps par le code de l'urbanisme (art. L. 103-2 dans sa numérotation actuelle) pour les projets d'aménagement importants, l'élaboration des SCOT et des PLU. L'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016, dont le décret d'application est attaqué, est venue profondément élargir et réformer ces procédures amont de participation du public, qui sont désormais possibles pour tout projet, plan ou programme. Quatre autorités peuvent décider de son organisation : le maître d'ouvrage du projet ou l'autorité responsable de l'élaboration du plan ou programme ; la Commission nationale du débat public (CNDP) lorsqu'elle est saisie ; l'autorité compétente pour autoriser le projet ou approuver le plan ou programme ; enfin, il existe un droit d'initiative populaire qui permet, à certaines conditions, au public, de demander au préfet d'organiser une phase de concertation. L'information du public sur l'existence du projet se fait parfois au moyen de la publication d'une *déclaration d'intention* à laquelle le porteur de projet est astreint selon des seuils fixés par voie réglementaire. Il faut souligner que lorsque la CNDP est saisie, ce qui est obligatoire pour les projets atteignant certains seuils définis par l'article R. 121-2 critiqué, ou lorsque le préfet est saisi par initiative du public, ni l'un ni l'autre n'ont, sauf cas particulier, l'obligation juridique d'organiser cette concertation. Il leur revient d'apprécier si elle est opportune. En revanche, en vertu de l'article L. 121-15-1, tous les projets assujettis à évaluation environnementale peuvent faire l'objet de cette phase préalable de concertation.

La racine de l'argumentation de la requête tient à l'idée suivante : la phase de participation préalable du public, en aval de l'élaboration du projet, plan ou programme, ne doit pas être facultative, elle doit être obligatoire à chaque fois que le projet ou le document « *est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement* », en vertu de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011, dite directive *projets*, qui a succédé à la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985, et de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001, dite directive *plans et programmes*. Ces deux directives imposent en effet une phase de participation du public à un stade suffisamment précoce. Or si l'organisation d'une concertation doit être obligatoire en application de ces directives, la législation française et son décret d'application n'y sont pas conformes, puisque la concertation est facultative. En outre, les seuils purement financiers de saisine de la CNDP n'ont qu'un rapport indirect avec l'incidence environnementale du projet : la requête soutient qu'il faudrait définir des seuils au regard des incidences environnementales, seuils qui devraient déclencher une obligation de concertation. Une critique spécifique vise certaines procédures d'évolution des documents d'urbanisme.

2. Avant d'examiner cette question, nous voudrions écarter rapidement deux aspects de la requête, qui posent des questions distinctes sans difficulté.

D'une part, la requérante vous demande d'annuler à nouveau, comme vous l'avez fait par votre décision *FNE* du 6 décembre 2017 (CE, n° 400559, T.), le décret en tant qu'il conserverait au préfet de région, à l'article R. 122-6 du code de l'environnement, la fonction d'autorité environnementale dans les cas où le même préfet autorise le projet. A strictement l'envisager, le moyen nous semble ici inopérant car la modification apportée à cet article est purement formelle, inversant l'ordre de deux membres de phrases pour davantage de clarté. Le décret n'ayant pas modifié la compétence des autorités environnementales, cette discussion nous semble ici inopérante. Cela dit, pour davantage de clarté, vous pourriez également, si vous le souhaitez, avoir une approche plus souple et prononcer à nouveau cette annulation « en tant que ne pas ».

D'autre part, l'association requérante critique le fait que le garant sous l'égide duquel a pu se dérouler la phase de concertation soit ensuite chargé des fonctions de commissaire enquêteur

lors de l'enquête publique. Mais ce cumul des fonctions résulte directement de l'article L. 123-4 du code de l'environnement, dont la conformité au principe français d'impartialité ne peut être critiquée que par le moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité qui n'a pas été formée.

3. Nous en revenons donc à la question qui a justifié l'examen de ce recours par vos chambres réunies : les directives 2001/42/CE du 27 juin 2001 et 2011/92/UE du 13 décembre 2011 imposent-elles dans certains cas qu'une procédure préalable de participation du public soit menée en amont du dépôt de la *demande d'autorisation* du projet ou pendant la *phase d'élaboration* du plan ou programme ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord vous rappeler les exigences des directives et leur transposition en droit français.

3.1 S'agissant des directives 2001/42 et 2011/92, elles prévoient toutes deux, dans des termes proches mais qui ne sont pas identiques, une exigence d'évaluation des incidences sur l'environnement préalablement soit à l'adoption d'un plan ou programme, soit à l'autorisation d'un projet. Le champ de l'obligation est déterminé par un unique critère : le projet ou le document doit être « *susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement* ». La directive détermine un certain nombre de plans ou projets soumis à évaluation environnementale, le reste relevant des Etats membres. « *L'évaluation environnementale* » au sens de ces textes ne recouvre pas simplement l'exercice consistant à élaborer un rapport sur les incidences environnementales, baptisé étude d'impact pour les projets. Outre l'élaboration de ce document, l'évaluation environnementale tient dans la réalisation de consultations d'autorités qui ont une « *responsabilité spécifique en matière d'environnement* » et dans la consultation du public, ce qui implique qu'une information appropriée leur soit mise à disposition. L'autorité décisionnaire doit prendre en compte ces éléments et justifier sa décision.

S'agissant de la participation du public, qui seule est en cause aujourd'hui :

- le 4 de l'article 6 de la directive projet 2011/92/UE exige que « *A un stade précoce de la procédure, le public concerné se voit donner des possibilités effectives de participer au processus décisionnel en matière d'environnement (...) et à cet effet, il est habilité à adresser des observations et des avis lorsque toutes les options sont envisageables (...), avant que la décision concernant la demande d'autorisation ne soit prise* » ;
- le 2 de l'article 6 de la directive plans et programmes 2001 /42/CE prévoit « *qu'une possibilité réelle est donnée, à un stade précoce, (...) au public (...) d'exprimer, dans des délais suffisants, leur avis sur le projet de plan ou de programme et le rapport sur les incidences environnementales, avant que le plan ou le programme ne soit adopté ou soumis à la procédure législative* ».

Les considérants des directives n'apportent pas de précision fondamentale pour l'interprétation de ces dispositions. Ils signalent que cette exigence reprend, en substance, celle de l'article 6 de la convention d'Aarhus du 25 juin 1998, ratifiée par la France en 2002 et par l'Union européenne en 2005.

3.2 Pour la transposition de ces directives, le droit français a fait un choix simple et clair dont la structure même du code de l'environnement porte la trace : l'évaluation environnementale est conduite à partir du moment où le projet ou programme est suffisamment défini pour que puisse être engagée la procédure qui doit conduire, le cas échéant, à son autorisation ou à son adoption. Elle est donc postérieure à la demande d'autorisation du projet et à la « phase d'élaboration » d'une première version du plan ou programme. Elle ne correspond pas, dans

notre droit, aux procédures de « participation préalable », de concertation, aménagées par le législateur. Si la législation européenne n'exige pas une telle phase de concertation, le moyen de la requête est inopérant.

Votre jurisprudence a depuis longtemps estimé que cet état du droit est conforme aux deux directives. Ainsi, pour les projets, vous l'avez jugé au regard de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985 qu'a remplacée la directive de 2011, par une décision du 9 décembre 2011, Réseau sortir du nucléaire (CE, n° 324294, T), mentionnée aux tables de votre Recueil, dans le prolongement de ce que vous jugiez déjà au regard du 2 de l'article 6 de la convention d'Aarhus (CE, 28 juillet 2004, CRILAN et autres, n° 254944, T.), qui est d'effet direct (CE, 28 décembre 2005, Synd. d'agglo. Nouvelle ouest-Provence, n° 277128, Rec. ; CE, 6 juin 2007, Cne de Groslay, n° 292942, Rec.). Vous l'avez également jugé pour les plans et programmes par la décision du 29 octobre 2013 *Assoc. Les amis de la rade et des calanques* (CE, n° 360085, T. sur un autre point) au regard de la directive 2003/35/CE pour les plans ou programmes prévues par la législation européenne, position réitérée par une décision du 19 juillet 2017 (CE, Ass. FNE, n° 400424, inédite) cette fois au regard de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011. Cette dernière décision a été rendue à nos conclusions, où nous vous avons rapidement proposé d'écarter ce moyen contestant une jurisprudence ancienne de dix ans.

4. Quels sont les éléments qui pourraient vous faire aujourd'hui douter d'une position qui vous a paru jusqu'ici si naturelle ? Ils sont, nous semble-t-il, au nombre de deux.

Le premier, c'est l'expression récurrente de doutes sur la conformité de votre jurisprudence aux directives sur l'évaluation environnementale. Il y a d'abord l'insistance de l'association France nature environnement, qui conteste régulièrement ce point. Il y a ensuite, régulièrement citée par elle, la position prise par le rapporteur public dans l'affaire *Réseau sortir du nucléaire* de 2011 : M. Roger-Lacan y avait exprimé sa « perplexité » sur cette solution, indiquant ne pas « *comprendre comment une enquête publique intégrant une étude d'impact qui doit obligatoirement préciser pourquoi une option a été retenue et les autres abandonnées peut, en même temps, satisfaire à l'obligation posée par une directive d'informer le public à un stade précoce « lorsque toutes les options sont encore envisageables* ». La requête cite également un article de doctrine (Aude Bouveresse, *Quand le juge interne fait primer le droit conventionnel sans pour autant être exemplaire*, RTD Eur. 2012 p. 934).

Le second élément, c'est un argument de réalisme, qui ne manque pas de poids, auquel vous incite l'association. Selon elle, lorsque le projet est important, toutes les options ne sont plus envisageables au stade de l'enquête publique, qui n'a rien de précoce mais arrive en réalité à la fin d'une longue chaîne d'étapes de conception du projet. S'il est toujours possible de renoncer au projet à ce stade, ou de l'amender à la marge, il n'est plus vrai, pour certains projets, que « toutes les options sont encore possibles ».

L'association vous demande de poser une question préjudicielle à la cour pour clarifier ce point. Vous êtes évidemment libres d'en décider ainsi : il n'y a jamais d'obstacle à poser une question préjudicielle et vous y êtes tenu s'il y a une difficulté d'interprétation du droit de l'Union. Notre rôle est seulement de vous donner notre avis personnel sur les moyens et questions juridiques du dossier. Or, personnellement, il ne nous semble pas y avoir lieu à question préjudicielle. Notre conviction se fonde sur le texte des directives, qui nous semble

clair, sur la jurisprudence de la Cour, et sur la pratique des Etats-membres et de la Commission européenne.

4.1 Les textes d'abord. La directive *projets* nous semble clairement inscrire le processus d'évaluation environnementale dans la procédure d'autorisation d'un projet. Son article 2 pose l'exigence que « *les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement (...) soient soumis à une procédure de demande d'autorisation et à une évaluation* » environnementale. Il semble donc difficile d'appliquer la procédure d'évaluation à un stade où le porteur de projet n'a pas encore formalisé une demande et ne le fera peut-être jamais. En outre, au stade amont de la concertation, ce projet peut être encore mal défini et évoluer substantiellement, notamment en raison d'une éventuelle procédure de concertation.

La description par la directive *projets* du processus d'évaluation environnementale nous semble toute entière imprégnée de l'idée qu'il s'agit d'évaluer un projet défini dans le cadre de l'instruction de son autorisation. Nous en voyons trois manifestations :

- la consultation se fait sur une étude d'impact des incidences du projet pour laquelle l'annexe IV fixe un niveau d'exigence élevé qui n'a de sens que pour un projet bien défini ;
- le 3 de l'article 6 prévoit ensuite que parmi les documents à mettre à disposition du public, il y a toujours la « demande d'autorisation » et, lorsqu'il existe, le projet de décision.
- enfin, le d de l'article 5 demande au maître d'ouvrage d'indiquer « *les solutions de substitution raisonnables qui ont été examinées* » et les raisons pour lesquelles il ne les a pas choisies. Cela laisse entendre que l'évaluation environnementale intervient après ce choix, qui fait l'objet de la phase de concertation en droit français. Cette exigence semble contradictoire avec la phrase sur laquelle s'appuie le recours, qui exige en même temps qu'au stade où l'on consulte le public « *toutes les options soient envisageables* ». Si l'on consulte la version anglaise de cette phrase dans la directive, celle citée dans tous les documents d'interprétation de la Commission européenne, on aperçoit une légère différence. En anglais, il est indiqué que les observations du public sont recueillies « *when all options are open to the competent authority (...) before the decision (...) is taken* : quand toutes les options sont encore ouvertes à l'autorité qui doit statuer sur la demande d'autorisation. La version anglaise nous semble davantage en harmonie avec le fait que la directive prévoit elle-même que l'évaluation est conduite à un stade où le maître d'ouvrage a déjà écarté les autres projets possibles mais où l'administration doit encore être entièrement libre de sa décision.¹

Le lecteur de la directive *plans et programmes* retire la même impression : s'il est indiqué que l'évaluation doit avoir lieu « *pendant l'élaboration du plan ou du programme* » (art. 4-1), il résulte du texte même de l'article 6 que la consultation des autorités environnementales et du public se fait sur un « projet de plan ou de programme », « à un stade précoce (...) avant que le plan ou le programme ne soit adopté ». Il faut donc à la fois avoir un projet, et non de simples orientations, mais que ce projet ne soit pas figé ni, à plus forte raison, déjà adopté.

¹ La CJUE juge que les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire doivent être interprétées de façon uniforme et, dès lors, en cas de divergences entre ces versions, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément (voir arrêts du 27 octobre 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, point 14; du 7 décembre 1995, Rockfon, C-449/93, Rec. p. I-4291, point 28; du 17 décembre 1998, Codan, C-236/97, Rec. p. I-8679, point 28, et du 13 avril 2000, W. N., C-420/98, Rec. p. I-2847, point 21).

4.2 La jurisprudence de la cour, ensuite, ne nous semble jamais avoir donné une telle portée à l'exigence de précocité de la consultation du public. Les arrêts de la CJUE sur cette disposition sont rares, il est vrai. Cependant, ses arrêts *Commission v. Spain* du 16 mars 2006 (CJUE, C-332/04, § 54) et *Seaport* du 20 octobre 2011 (CJUE, C-474-10, § 45 et 50), rendus sur la directive 85/337 du 27 juin 1985 et 2001/42 du 27 juin 2001, ont simplement insisté sur le fait que la consultation du public doit intervenir avant que l'autorité compétente ne prenne sa décision finale, suffisamment en amont pour lui permettre d'étudier et de prendre en compte l'opinion du public.

4.3 Enfin, nous avons consulté un certain nombre des documents publics réalisés par la Commission européenne, rapports ou guides méthodologiques relatifs à la mise en œuvre de cette législation européenne, qui remonte pour les projets à 1985. Nous n'y avons trouvé, y compris dans les documents signalés en note de bas de page de la requête, aucune alerte, aucun avertissement sur la nécessité, au moins pour les projets les plus importants, de réaliser une première phase de consultation du public avant le dépôt de l'autorisation ou avant qu'ait été élaboré un projet de plan ou programme.² Du point de vue du droit comparé, il semble que l'Allemagne et le Royaume-Uni ne connaissent pas de procédure comparable à notre phase amont de concertation pour les projets³ : la participation du public, notamment au titre de l'évaluation environnementale des projets, ne commence qu'à compter du dépôt de la demande d'autorisation. S'agissant d'une exigence datant de 1985, ce silence de la Commission, et l'absence de procédure en manquement en Europe nous confirment dans l'idée que les directives n'imposent pas une évaluation et une participation plus précoce.

4.4 Cette question de l'appréciation des incidences environnementales d'un projet ou d'un plan nous semble la clé d'interprétation des directives. Deux objectifs distincts sont concevables. D'une part, celui de protéger l'environnement en évaluant le plus finement possible les incidences environnementales du projet ou plan et en soumettant cette évaluation à diverses autorités et au public ; il faut pour cela que le projet ou le plan soit précisément défini. D'autre part, celui de permettre au public de participer à la définition même du projet ou du plan, afin

² Les *Lignes directrices de la commission pour la mise en œuvre de la directive 2001/42/CE* de 2003 insistent seulement, comme la CJUE, sur la nécessité de laisser au public un délai suffisant pour s'exprimer (p. 40-41). Le *Rapport de la commission au Parlement et au Conseil sur l'application de la directive plans et programmes* du 15 mai 2017 constate que, dans les Etats membres, la consultation a généralement lieu au moment où un projet de plan ou programme est rendu public, avec le rapport sur les incidences environnementales, et estime qu'il n'y a pas de difficulté de mise en œuvre de la directive (RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN en vertu de l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, Bruxelles, le 15.5.2017, COM(2017) 234). Par ailleurs, le rapport de la Commission sur la directive *projets* 85/337/CEE du 23 juillet 2009, en vue de sa future refonte, soulignait que la directive n'exigeait pas de participation du public avant la publication de l'étude d'impact (RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL, AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS sur l'application et l'efficacité de la directive EIE (directive 85/337/CEE modifiée par les directives 97/11/CE et 2003/35/CE), Bruxelles, le 23.7.2009 COM(2009) 378). Ce document, comme une autre communication de la commission de 2016 (Communication de la commission : Document d'orientation de la Commission sur la rationalisation des évaluations environnementales menées au titre de l'article 2, paragraphe 3, de la directive concernant l'évaluation des incidences sur l'environnement (Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil, modifiée par la directive 2014/52/UE) JOUE du 27 juillet 2016, 2016/C 273/01), souligne seulement qu'il est de « bonne pratique » d'informer et d'impliquer les citoyens dès le début de la procédure d'évaluation environnementale, c'est-à-dire lors de la phase de cadrage (*scoping phase* en anglais, selon la terminologie des guides méthodologiques de la Commission). Cette phase de cadrage fait référence à l'avis que peut délivrer l'administration au maître d'ouvrage sur le contenu attendu de son étude d'impact, à un stade où il nous semble que le projet doit être précisément défini.

³ *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung* ; *UK Town and Country Planning Regulations 2017*

de prendre en compte les souhaits et les réactions de la population aussi tôt que possible. L'objectif poursuivi par la directive nous semble le premier. Si vous faites remonter l'évaluation environnementale au stade de la concertation, vous risquez de déplacer l'ensemble de la chaîne d'élaboration de l'acte : pour faire une évaluation crédible des incidences environnementales, il faudra décrire précisément le ou les projets possibles. Il faudra allonger sa durée minimale, qui est aujourd'hui de 15 jours là où la directive en exige 30. Il faudra enfin changer l'esprit de la concertation, qui est aujourd'hui d'ajouter, lorsque c'est opportun, une phase amont d'association du public, à un moment où le projet ou le plan ne sont pas encore suffisamment figés pour qu'on lance la réalisation de l'étude d'impact.

Le cadre communautaire nous semble donc clair. Il revient en revanche au juge national d'en assurer le respect, à la fois au niveau des normes qui transposent la directive et de leur application. S'agissant des normes : d'une part, l'absence d'obligation de conduire une phase amont de concertation ne nous semble pas méconnaître une exigence des directives ; d'autre part, notre droit de la participation du public, notamment de l'enquête publique, exige, conformément aux directives, que celle-ci ait un effet utile, c'est-à-dire intervienne à un stade où la décision finale de l'administration n'est nullement engagée. Procédure par procédure, il appartient ensuite au juge national de vérifier que ces exigences sont respectées, que la participation du public a été suffisamment précoce pour pouvoir être véritablement prise en compte. De ce point de vue, le fait que l'article L. 122-1-1 prévoit que, lorsqu'un projet est soumis à la délivrance de plusieurs autorisations, l'évaluation environnementale est conduite dès l'octroi de la première autorisation, s'il recèle probablement des difficultés contentieuses, répond en partie à l'exigence européenne de précocité de l'exercice. Le reste concerne chaque procédure, prise isolément.

Sauf à ce que vous ayez un doute sur ce point, qui vous conduirait alors à saisir la cour de justice de la question de savoir s'il est parfois nécessaire que l'évaluation environnementale, et la participation du public qu'elle implique, soit conduite avant le dépôt de la demande d'autorisation du projet ou avant qu'ait été élaboré une première version de plan ou programme, **nous vous invitons donc à écarter le moyen et, par conséquent, concluons au rejet de la requête.**