

N° 425451

Association Des Evêques aux cordeliers

6^e et 5^e chambres réunies

Séance du 20 janvier 2020

Lecture du 5 février 2020

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Cette affaire vous permettra d'apporter des précisions très attendues sur l'application des exigences européennes d'autonomie des *autorités environnementales* qui interviennent dans le processus d'évaluation environnementale des projets susceptibles d'avoir un impact notable sur l'environnement. En l'espèce, le préfet de la Haute-Saône a délivré à la société Res, le 16 octobre 2014, au titre de la législation sur les installations classées, une autorisation d'exploiter dix éoliennes sur le territoire de quatre communes à proximité de Vesoul. Cette autorisation ne peut être accordée qu'à l'issue d'un processus d'évaluation environnementale, aujourd'hui prévu par la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011, dont les exigences sont été transposées aux articles L. 122-1 et suivants du code de l'environnement. L'évaluation environnementale est un processus qui comprend trois éléments principaux : la réalisation d'une étude d'impact qui analyse les effets du projet sur l'environnement, la consultation de certaines autorités expertes, « *en raisons de leurs responsabilités spécifiques en matière d'environnement* », selon les termes de l'article 6 de la directive applicable à l'époque du litige,¹ et enfin la consultation du public, accompagnée d'une information suffisante. L'autorité compétente pour autoriser le projet doit statuer au vu des éléments ainsi recueillis, en prenant en compte l'impact environnemental du projet, et en motivant certains éléments de son appréciation.

Pour assurer la consultation systématique d'une autorité aux « *responsabilités spécifiques en matière d'environnement* », la France a créé la figure de l'autorité environnementale, qui constitue une autorité administrative en charge de donner un avis sur l'étude d'impact et sur les incidences environnementales du projet. Mais pour assurer cette fonction procédurale, les textes réglementaires ont recouru à diverses autorités administratives, soit existantes, soit nouvelles. Sont ainsi *autorité environnementale* le ministre chargé de l'environnement, une formation du Conseil général de l'environnement et du développement durable, les nouvelles missions régionales d'autorité environnementale, ou MRAE, qui lui sont rattachées, et les préfets de régions. Par une importante décision *FNE* du 6 décembre 2017 (CE, n° 400559, T.), vous avez censuré comme incompatible avec les exigences de la directive le fait que le préfet

¹ Depuis lors, la directive 2014/52/UE du 16 avril 2014, dont le délai de transposition a expiré le 16 mai 2017, a ajouté qu'il pouvait également s'agir de « *responsabilités locales ou régionales* ».

de région, lorsqu'il est en charge, comme préfet de département, d'autoriser un projet situé dans le département du chef-lieu de région, se serve d'autorité environnementale à lui-même, se rende à lui-même l'avis spécifique sur l'impact environnemental du projet au vu duquel il doit ensuite statuer sur la demande d'autorisation. Cette décision a été fort commentée, a donné lieu à débats mais c'est l'état de votre jurisprudence et c'est donc le point de départ de la question qui nous occupe aujourd'hui.

Dans votre décision du 6 décembre 2017, vous étiez saisi d'un recours contre un décret réglementaire régissant les autorités environnementales. La critique portait uniquement sur le fait que le même préfet de région pouvait être à la fois autorité environnementale et autorité décisionnaire, ce que vous avez censuré. N'était pas critiqué le fait que le préfet de région pouvait être autorité environnementale d'un projet qui relevait d'une autorisation d'un préfet des autres départements de la région que celui dirigé par le préfet de région. Vous ne vous êtes donc pas prononcé sur cette question, comme le soulignent les écritures et comme l'a relevé la doctrine. Cette question pourrait n'appartenir qu'au passé si la décision du 6 décembre 2017 avait été rapidement suivie d'une réforme transférant la compétence du préfet de région aux MRAE : votre décision y incitait car, par une interprétation particulièrement constructive des textes sur laquelle nous allons revenir, vous avez jugé le dispositif des MRAE compatible avec la directive. Mais il n'en a rien été et, aujourd'hui, encore le préfet de région demeure autorité environnementale, ce qui donne lieu à des contorsions juridiques pour éviter la paralysie d'un nombre important de procédures (CE, 27 sept. 2018, Ass. Danger de tempête sur le patrimoine rural, n° 420119, Rec. ; CE, 27 mai 2019, Sté MSE La Tombelle, n° 420575, T.). En attendant qu'advienne enfin la réforme, au moins partielle, qu'implique nécessairement votre décision du 6 décembre 2017, il vous faut donc préciser s'il est admissible, au regard des exigences de la directive 2011/92/UE, que le préfet de région rende l'avis d'autorité environnementale au préfet de département, distinct, qui doit autoriser le projet. C'est exactement la configuration de l'espèce puisque l'autorisation d'exploiter a été délivrée par le préfet de la Haute-Saône, à Vesoul, tandis que l'avis a été juridiquement rendu par le préfet de la région de Franche-Comté d'alors, à Besançon, et signé par délégation par le secrétaire général aux affaires régionales. La difficulté vient de ce que, s'agissant d'une autorisation d'installation classée, l'instruction tant de la demande d'autorisation que de l'avis ont été réalisés par des services de la même DREAL.

Par l'arrêt attaqué, la cour a estimé que les textes de procédure alors en vigueur ne méconnaissaient pas l'article 6 de la directive 2011/92/UE dès lors que le préfet de région est indépendant du préfet des autres départements de sa région, et que le fait que l'avis aurait été préparé par les mêmes services que ceux chargés de l'instruction de la demande était sans incidence sur le respect de la directive. Cette appréciation est bien sûr critiquée en cassation. L'article 6 ayant été transposé en droit français et n'ayant pas d'effet direct, ainsi que vous l'avez déjà jugé (CE, 17 mars 2010, Alsace nature et autres, n° 314114, T. ; CE, 1^{er} mars 2013, Sté Roozen France, n° 340859, T.), c'est à travers la critique des dispositions du code de l'environnement, notamment de l'article R. 122-6 en vigueur à l'époque², que cette question doit être examinée, ainsi que l'a fait la cour. L'absence d'effet direct de l'article 6,

² Le Conseil d'Etat a annulé les versions de ces articles résultant du décret n° 2016-519 du 28 avril 2016 (CE, 6 dec. 2017, FNE, n° 400559, T.) et du décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 (CE, 28 dec. 2017, FNE, n° 407601, inédit).

qui empêche, dans notre système contentieux, ses exigences d'être résiduellement opposées directement aux autorisations individuelles délivrées en France, impose aux dispositions législatives et réglementaires de transposition d'être suffisamment précises pour ne pas permettre des cas d'application qui soient incompatibles avec les exigences communautaires. Il vous faut donc déterminer si la combinaison entre un préfet de région comme autorité environnementale et un autre préfet, préfet de département, comme autorité décisionnaire est toujours, jamais ou parfois compatible avec les exigences de la directive.

2. Pour répondre à cette question, il faut repartir de la directive. Celle-ci est des plus lapidaires puisqu'elle se contente d'indiquer que la consultation doit être effectuée auprès des autorités ayant des « *responsabilités spécifiques en matière d'environnement* » et que les Etats membres désignent la ou les autorités devant être consultées, de façon générale ou au cas par cas. Une importante décision *Seaport* de 2011 (CJUE, 20 octobre 2011, C-474/10 ; CJUE, 28 juillet 2016, ass. FNE, C-379/15) a précisé, s'agissant de la procédure analogue de l'évaluation environnementale des plans et programmes, qu'en l'absence d'organisme expert pertinent, il n'était pas nécessaire de créer de nouvelles structures pour procéder à cette consultation mais que, dans un tel cas, il fallait créer une entité interne dans l'administration instruisant la demande, une entité suffisamment autonome, disposant de ressources administratives et humaines propres pour préparer de façon indépendante un avis sur l'impact environnemental du projet. Il vous a semblé que ce raisonnement ne pouvait qu'être transposé au cas des projets, ainsi que vous l'avez jugé par votre décision du 6 décembre 2017, qui reprend les termes de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il nous semble que la jurisprudence a permis de préciser le portrait robot du processus de consultation lors de l'évaluation environnementale. Cette consultation est double, puisque la directive se réfère à la consultation du public et à la « *consultation d'autorités susceptibles d'être concernées par le projet* ». Conformément à la transposition opérée par la France, il nous semble résulter de l'économie du texte et des précisions apportées par la Cour de justice que ce double visage de la consultation est obligatoire : il doit y avoir au moins un avis qu'on pourrait qualifier d'avis d'expert à côté de la consultation du public, plus ouverte et diffuse. Cet avis d'expert portera à la fois sur la qualité de l'étude d'impact et sur les incidences environnementales prévisibles du projet et les moyens pour les réduire ou les compenser. La pratique de ces litiges nous conduit personnellement à penser que ces avis ont pris une certaine importance dans le processus administratif et décisionnel : les études d'impact sont souvent complétées à la suite de l'avis des autorités environnementales, les mesures de réduction ou compensation des incidences environnementales sont parfois revues à la hausse, et un avis sévère de l'autorité environnementale aura un poids important sur la décision finale et lors d'un éventuel contentieux. L'autonomie d'analyse de ces autorités, leur vocation spécifiquement environnementale contribuent sans aucun doute à l'effet utile de cette procédure instituée par le droit de l'Union européenne.

Cette autonomie s'analyse au regard de deux critères, qui sont clairement exposés par la décision *Seaport*, à son paragraphe n° 42. Le premier est *l'autonomie de décision*, qui se traduit par une séparation, au moins fonctionnelle, de l'autorité chargée d'émettre cet avis environnemental et par le fait que l'organe consulté ne doit pas pouvoir recevoir d'instruction de l'autorité qui statuera sur la demande d'autorisation. Le second est *l'autonomie de moyens* : l'organe consulté doit disposer de « *moyens administratifs et humains qui lui sont*

propres » selon l'expression de la cour. Dans son esprit, il s'agit que ce service a autonome « *soit ainsi en mesure de remplir les missions confiées aux autorités de consultation au sens de cette directive* » mais, dans le contexte administratif français, cette exigence apparaît particulièrement pertinente. En effet, l'organisation administrative française privilégie le plus souvent des dispositifs centralisés où tous les pouvoirs sont exercés par le chef de service qui les délègue, plutôt qu'un système où les pouvoirs sont répartis entre divers responsables subordonnés hiérarchiquement au chef de service. En l'espèce, ce sont les préfets qui sont compétents pour signer ces avis et décisions d'une grande technicité. Mais, dans les faits, le rôle des services instructeurs est fondamental. A nos yeux, si deux préfets distincts signent un avis et une décision finale préparés tous les deux par les mêmes ingénieurs d'une direction spécialisée, l'objectif poursuivi par la directive, qui tient à ce que la décision soit prise au vu d'un avis autonome sur l'acceptabilité environnementale du projet, n'est pas atteint.

3. C'est ce qui nous conduit à vous proposer de déjuger la cour administrative d'appel : le cas d'espèce illustre bien la difficulté puisqu'en l'espèce les deux préfets sont distincts mais il résulte des pièces du dossier que l'instruction de la demande et l'instruction de l'avis ont été préparées par le même service de la DREAL, à savoir l'une des six unités territoriales de cette DREAL, l'unité compétente pour la Haute-Saône. Le préfet de région a une autorité de principe sur la DREAL tandis que le préfet de département disposait, en vertu des articles 18 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 et de l'article 1^{er} du décret n° 2009-235 du 27 février 2009, d'une autorité fonctionnelle.

Lorsque deux préfets distincts sont compétents pour rendre l'avis et la décision finale, on admet assez aisément que le critère de *l'autonomie de décision* est rempli. Certes, le préfet de région dispose désormais, sauf dans certaines matières, d'une autorité hiérarchique sur les préfets des départements de sa région, en vertu de l'article 2 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004, et il peut également évoquer une compétence d'un préfet de département pour l'exercer lui-même. Mais cette autorité hiérarchique joue ici à front renversée puisque ce n'est pas une autorité du décideur sur le conseiller, mais du conseiller sur le décideur... Or, par définition, l'autorité environnementale ne rend qu'un avis, une consultation, au bénéfice de l'autorité appelée à statuer sur la demande en fin de procédure. Il va de soi que si le préfet de région donnait ordre au préfet de département d'autoriser ou d'interdire le projet, la directive serait méconnue puisqu'au final l'avis et la décision auraient substantiellement été pris par la même autorité. Mais on peut réserver cette hypothèse improbable, voire estimer que les textes, en confiant au préfet de région un rôle consultatif dans cette procédure, ont entendu, par construction, cantonner son rôle à cette fonction et exclure l'usage du pouvoir hiérarchique. Si le préfet de région souhaite évoquer la compétence en question, cela devra se faire en début de procédure et il faudra alors recourir à une autorité environnementale distincte pour satisfaire les objectifs de la directive. A s'en tenir là, l'avis rendu par un préfet de région à un autre préfet doit bien être regardé comme rendu par une autorité disposant d'une autonomie compatible avec les objectifs de la directive.

Cependant, le critère de *l'autonomie de moyens* de chacun des deux préfets ne nous paraît pas rempli en l'espèce puisqu'ils ont tous les deux fait appel à la même *unité territoriale* de la DREAL, c'est-à-dire la déclinaison locale de ce service régional. Il est soutenu par le ministre que, dans les faits, l'avis et l'instruction de la demande ont été confiés à des services et agents distincts. Comme nous vous l'indiquions, cela ne nous semble pas ressortir du dossier, ainsi

que l'a estimé la cour qui a pudiquement relevé « *qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'avis de l'autorité environnementale ait été préparé par un service distinct de celui qui était chargé de l'instruction de la demande d'autorisation* ».

Que faire ? Peut-on s'arrêter au fait que l'avis et la décision finale ont été signés par des autorités distinctes, le préfet de département et le préfet de région, d'une façon suffisamment autonome l'un à l'autre, pour en déduire que le premier a été éclairé par l'avis du second dans des conditions remplissant les objectifs de la directive, alors même que l'avis a été préparé par la même direction que celle instruisant la demande ? Cette position mérite qu'on s'y arrête, car c'est celle qu'a pris la cour administrative d'appel de Nancy dans l'arrêt attaqué et elle a été suivie par la cour de Nantes (CAA Nantes 1^{er} février 2019, *MTES c. Sté Parc Eolien les grandes landes SAS*, n° 17NT00895, 17NT00932 ; CAA Nantes 4 octobre 2019, *Association Plus Belle Notre Verzée et autres*, n° 18NT02214 ; voir aussi TA Besançon 5 décembre 2019, *Association pour la défense du patrimoine et du paysage de la vallée de la Vingeanne et autres*, n° 1601044).

Il nous a personnellement semblé impossible de vous proposer cette solution, pour deux raisons. D'abord, la pratique jurisprudentielle a montré qu'elle était intenable puisqu'il ressort parfois du dossier que c'est le même agent de la DREAL qui a préparé l'avis et qui a rédigé le rapport d'instruction de la demande d'autorisation, situation que les juges du fond ont été conduits, à raison pensons-nous, à juger contraire à la directive nonobstant le rattachement fonctionnel à deux préfets distincts pour chacune de ces deux fonctions (TA Cergy-Pontoise 29 août 2019, *Association des amis du fort de Cormeilles et autres*, 1704722 et s.). Plus fondamentalement, il nous semble que la directive exige que l'avis corresponde à un « *regard neuf* », éclairant spécifiquement le décideur public sur l'impact environnemental du projet. Si la CJUE fait preuve de réalisme dans sa jurisprudence *Seaport*, elle s'attache aux conditions concrètes dans lesquelles sont rendus les avis, et il nous semble qu'elle ne se satisferait pas d'un avis signé par une personne distincte mais qui ne serait pas l'expression d'une analyse préparée par des « *moyens administratifs et humains* », pour reprendre ses termes, qui fussent réellement distincts des services d'instruction. Il nous semble donc que, lorsque l'avis et la décision ont été instruits par la même DREAL, et *a fortiori* par le même bureau de cette direction, comme une unité territoriale, tous les agents de ces services agissant sous l'autorité du même directeur, la directive est méconnue.

Cela nous conduit à vous proposer de casser l'arrêt pour erreur de droit, mais nous vous invitons à le faire, eu égard aux enjeux importants de cette position jurisprudentielle, en précisant le plus possible ce qui est à vos yeux admissible ou illégal, afin de garantir une certaine sécurité juridique dans ce contexte délicat qui se prolonge depuis deux années. Il nous semble personnellement que l'avis rendu par le préfet de région peut être regardé comme rendu dans des conditions d'autonomie conformes au droit de l'Union européenne dans deux situations distinctes.

La première ne nous semble pas poser de difficulté, c'est celle où chaque préfet s'est appuyé sur des services distincts. L'avis du préfet de région, autorité environnementale, est en principe préparé par la DREAL, mais l'instruction de la demande d'autorisation peut relever d'un service distinct. La jurisprudence en donne des illustrations : ainsi, les permis de construire des éoliennes, qui sont délivrés par l'Etat, sont instruits pour le préfet de

département par la direction départementale des territoires (DDT) (CAA Bordeaux 12 novembre 2019, *SCI Bouckaert Villegongis et autres*, n° 17BX01855, 17BX01860). Dans un tel cas, lorsque le préfet de département s'est appuyé sur un service, une direction distincte de la DREAL, la directive est respectée.

La seconde configuration est plus délicate : peut-on considérer que, dans certains cas, la directive est respectée si l'avis et l'instruction ont été réalisés par des bureaux distincts au sein de la DREAL, de façon suffisamment autonome ? Plusieurs motifs font hésiter à franchir le pas. En premier lieu, la structuration des DREAL est variable selon les régions, et rentrer dans une casuistique de l'autonomie à l'intérieur de la direction, les dossiers ne donnant généralement que peu de précisions sur le travail préparatoire de ces avis et décision, risque d'entraîner une forte insécurité juridique. En second lieu, et plus fondamentalement, même si plusieurs services de la direction travaillent sur le même projet, à des titres différents et pour, *in fine*, des préfets différents, ils le font sous l'autorité d'un directeur, qui veille à l'harmonie du tout. On peut penser que le rôle du directeur est distant pour de petits projets, et plus vigilant pour les projets de grande importance, mais il est délicat de rentrer, là encore, dans cette casuistique, et vous avez jusqu'ici, dans l'examen de l'autonomie de l'autorité environnementale, assimilé le travail d'analyse de tout service de la DREAL à celui de la direction elle-même, sans distinguer à l'intérieur de la direction (CE, 20 sept. 2019, Min. de la transition écologique et solidaire c/. Ass. Sauvons le paradis et autres, n° 428274, T.).

Vous avez cependant ménagé, dans votre jurisprudence, une exception remarquable. Lorsque vous avez validé les nouvelles structures de missions régionales d'autorité environnementale (MRAE), par la décision du 6 décembre 2017, vous avez tiré des textes, conformément à ce que vous disait le ministre mais de façon particulièrement prétorienne, par une sorte d'interprétation conforme à la directive des dispositions réglementaires, qu'il existait au sein des DREAL un service chargé des évaluations environnementales, appuyant les MRAE, et disposant pour cela d'une autorité fonctionnelle vis-à-vis de ses supérieurs, notamment vis-à-vis du préfet de région. Si lorsqu'il travaille pour la MRAE, ce service ne répond qu'à elle, rien ne l'empêche d'être sollicité pour le même travail par le préfet de région lorsqu'il est autorité environnementale, et on peut alors, par le même mouvement qu'en 2017, estimer que le service répond alors directement à l'autorité environnementale : c'est sa vocation. Il est vrai qu'au regard du texte l'effort est encore plus important... Mais comme vous l'indiquait le ministre à l'époque, ce service existe bien dans toutes les DREAL, et votre décision de 2017 est déjà venu consacrer une forme d'autonomie de ce bureau particulier. Il nous semble que dans la configuration où la demande est instruite par un service de la DREAL, sous l'autorité de son directeur et l'autorité fonctionnelle du préfet de département, mais que l'avis a été rendu par le préfet de région avec l'appui direct du service de la DREAL spécifiquement chargé des évaluations environnementales, et qui peut être regardé comme bénéficiant pour ce travail particulier de l'autonomie que vous lui avez reconnue par votre décision du 6 décembre 2017 sur le fondement des articles actuels R. 122-21 et 24 (à l'époque R. 122-22 et 25), l'objectif de la directive est atteint. Nous vous proposons donc de ménager cette deuxième exception dans la position que vous prendrez sur la conventionnalité de l'article R. 122-6 du code de l'environnement.

Au bénéfice de ces précisions, nous concluons donc :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 4 octobre 2018 et au renvoi de l'affaire l'irrégularité pouvant donner lieu à régularisation, dans les conditions précisées par votre jurisprudence ;
- à ce que l'Etat verse à l'association requérante la somme de 3 500 euros en remboursement de ses frais (art. L. 761-1 du CJA), et au rejet des conclusions analogues de la société Res.