

N°s 448911, 449054

Société Haut-Vannier, ministre de la transition écologique

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 4 janvier 2023

Décision du 25 janvier 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

La cour administrative d'appel de Nancy a annulé l'arrêté du 9 mars 2015 par lequel le préfet de la Haute-Marne avait autorisé la société Haut-Vannier à exploiter un parc de dix-sept éoliennes sur le territoire de trois communes du département, au motif que l'avis de l'autorité environnementale préalable à cette décision avait été rendu dans des conditions irrégulières.

L'appréciation retenue par la cour sur ce point soulève une question intéressante sur laquelle nous allons revenir.

Quelle que soit la réponse que vous y apporterez, vous devrez annuler cet arrêt à raison de l'erreur de droit que la cour a commise en aval en refusant, après avoir constaté cette irrégularité, de faire usage des pouvoirs de régularisation dont elle dispose en vertu de l'article L. 181-18 du code de l'environnement.

La cour a estimé que le vice tiré de l'irrégularité affectant l'avis de l'autorité environnementale n'était pas régularisable dès lors que l'avis avait été rendu en amont de la procédure d'instruction de la demande d'autorisation, et en particulier avant le début de l'enquête publique, de sorte que la régularisation du vice impliquerait de reprendre cette procédure à son début et, à tout le moins, de réaliser une nouvelle enquête publique.

Ces motifs contredisent la règle dégagée par votre décision *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural* du 27 septembre 2018, au recueil (n° 420119), au sujet des modalités de régularisation à organiser dans une telle hypothèse – qui impliquent la reprise de la procédure de consultation et la communication au public du nouvel avis. Lorsque cet avis

s'avère substantiellement différent de celui qui avait été diffusé à l'occasion de l'enquête publique initiale, une enquête publique complémentaire doit alors être organisée à titre de régularisation, dans le cadre de laquelle seront soumis au public, outre l'avis recueilli à titre de régularisation, tout autre élément de nature à régulariser d'éventuels vices révélés par le nouvel avis, notamment une insuffisance de l'étude d'impact.

Ce moyen de cassation, soulevé dans les deux pourvois que vous pourrez joindre pour statuer par une même décision, justifie à lui seul l'annulation de l'arrêt¹ et le renvoi de l'affaire à la cour.

Il paraît néanmoins utile, tant pour le règlement du litige après renvoi que pour éclairer plus largement les juridictions du fond sur une question donnant lieu à des positions divergentes, que vous vous prononciez également sur l'appréciation que la cour a portée sur la régularité de l'avis rendu par l'autorité environnementale et, ce faisant, le degré d'autonomie qui doit être exigé du service de la DREAL en charge de son élaboration.

On rappelle que l'article 6 de la directive « plans et programmes » 2001/92/UE du 27 juin 2001, dont les exigences sont été transposées aux articles L. 122-1 et suivants du code de l'environnement, impose, parmi les exigences applicables à l'évaluation environnementale, la consultation de certaines autorités expertes, en raison de « *leur responsabilité spécifique en matière d'environnement* ».

Par un arrêt *Seaport*² du 20 octobre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que ces dispositions imposent une séparation, sinon organique, du moins fonctionnelle, entre, d'une part, l'autorité compétente pour élaborer ou approuver le plan ou programme, et, d'autre part, l'autorité environnementale chargée de se prononcer sur ses incidences notables sur l'environnement, afin de garantir l'effet utile de la consultation de cette dernière. S'il n'est donc pas nécessaire qu'une autorité distincte soit spécifiquement créée à cette fin, il importe que, « *au sein de l'autorité normalement chargée de la consultation en matière environnementale (...), une séparation fonctionnelle soit organisée de manière à ce qu'une entité administrative, interne à celle-ci, dispose d'une autonomie réelle, impliquant notamment qu'elle soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres, et soit ainsi en mesure de remplir les missions confiées aux autorités de consultation au sens de [cette directive] et, en particulier, de donner de manière objective son avis sur le plan ou programme envisagé par l'autorité à laquelle elle est rattachée* ».

¹ Voir, a contrario : CE 6 novembre 2019, *Association Boischaut Marche Environnement*, n° 430352, aux tables.

² CJUE 20 octobre 2011, *Department of the environment for Northern Ireland c/ Seaport LTC e.a.*, C- 474/10.

Compte tenu de leur finalité commune, vous avez transposé les mêmes règles pour l'application de la directive « projets » 2011/92 du 13 décembre 2011 (CE 6 décembre 2017, *Association France nature environnement*, n° 400559, aux tables).

Deux décisions ultérieures sont venues expliciter cette exigence d'autonomie réelle.

Lorsque le préfet de région est l'autorité qui autorise le projet, les services placés sous son autorité hiérarchique, telles que la DREAL, ne peuvent être regardés comme une entité interne disposant d'une autonomie réelle ; l'avis rendu par cette direction est donc nécessairement irrégulier (CE 20 septembre 2019, *Ministre de la transition écologique et solidaire c/ Association « Sauvons le Paradis » et autres*, n° 428274, aux tables).

En revanche, lorsque le préfet de région émet un avis en qualité d'autorité environnementale et que le projet est autorisé par un préfet de département autre que le préfet de région, vous avez admis par une décision *Association Des Evêques aux cordeliers* du 5 février 2020, aux tables, que l'avis doit en principe, être regardé comme ayant été émis par une autorité disposant d'une autonomie réelle. Vous avez cependant assorti ce principe d'une dérogation, et d'une dérogation à la dérogation, en jugeant que les exigences de la directive ne sont pas satisfaites lorsque le projet a été instruit pour le compte du préfet de département par la DREAL et que l'avis environnemental émis par le préfet de région a été préparé par la même direction, **à moins que l'avis n'ait été préparé, au sein de cette direction, par le service mentionné à l'article R. 122-21 du code de l'environnement qui a spécialement pour rôle de préparer les avis des autorités environnementales** (CE 5 février 2020, *Association des Evêques aux cordeliers*, n° 425451, aux tables).

En faisant référence à ces dispositions réglementaires issues du décret n°2016-519 du 28 avril 2016, qui consacrent l'existence d'un « *service régional chargé de l'environnement (appui à la mission régionale d'autorité environnementale)* » vous vous êtes inscrits, ainsi que l'explicitent les conclusions de votre rapporteur public Louis Dutheillet de Lamothe, dans le prolongement direct de votre décision du 6 décembre 2017 rejetant le recours en annulation dirigé contre ce décret (CE 6 décembre 2017, *Association France Nature Environnement*, n° 400559, aux tables). Par cette dernière décision, vous aviez estimé que la mission régionale de l'autorité environnementale dispose bien, conformément aux exigences européennes, d'une autonomie réelle alors même qu'elle s'appuie sur un service de la DREAL pour l'instruction des demandes d'avis, en jugeant qu'il résultait des dispositions du décret du 28 avril 2016 que ce service spécialement désigné doit disposer de moyens humains et administratifs dédiés à cette mission et en relevant qu'il est placé pour l'exercice de cette mission, aux termes du

nouvel article R. 122-25, sous l'autorité fonctionnelle du président de la mission régionale d'autorité environnementale³.

Cette autonomie fonctionnelle que vous aviez reconnue en 2017 au service spécialement désigné de la DREAL lorsqu'il travaille pour le compte de la mission régionale de l'autorité environnementale, vous l'avez donc, par votre décision *Evêques aux cordeliers*, également admise lorsque ce même service travaille pour le compte du préfet de région agissant en tant qu'autorité environnementale : il est donc réputé ne répondre pour cette mission qu'au seul préfet de région – alors que la demande d'autorisation est instruite par un autre service de la DREAL.

Y a-t-il lieu de faire jouer cette « dérogation à la dérogation », qui autorise l'intervention parallèle de deux services appartenant à la même DREAL, lorsque l'avis a été émis avant l'entrée en vigueur du décret du 28 avril 2016, c'est-à-dire avant que le service d'appui à la mission régionale de l'autorité environnementale ne soit consacré réglementairement ?

Les réponses apportées par les juridictions du fond sont hétérogènes. Si les exigences de la directive sont, logiquement, toujours regardées comme ayant été méconnues lorsque, au sein de la DREAL, la même unité territoriale ou le même service a réalisé à la fois l'instruction de l'autorisation et la préparation de l'avis environnemental^{4,5}, les solutions divergent lorsque sont en cause des services distincts de la direction. Certains arrêts admettent dans ce cas l'existence d'une autonomie suffisante en se fondant sur l'analyse de l'organigramme de la DREAL⁶, tandis que d'autres paraissent l'exclure par principe⁷ – rejoignant, ce faisant, le sens de plusieurs décisions rendues par votre 6^e chambre jugeant-seule⁸.

La question est délicate, le point de tension se situant au milieu de la chaîne administrative préalable à l'édition de l'avis.

³ Devenu l'article R. 122-24.

⁴ Voir par exemple CAA Nantes 28 juin 2022, n°21DA01669, point 62 ; CAA Marseille 2 octobre 2020, n°19MA04245, point 26.

⁵ Dans le même sens : CE 6^e jjs 3 avril 2020, *M. C... et autres*, n° 427122, inédit.

⁶ CAA Douai 28 juin 2022, n°20DA01243 ; CAA Nantes 1^{er} juin 2022, n°19NT03490 ; CAA Lyon 9 juin 2022, n°20LY01002.

⁷ CAA Bordeaux 22 mars 2022, n°19BX01839 ; CAA Nantes 17 novembre 2021, n°20NT03337, 20NT03339.

⁸ CE 6^e jjs 7 juillet 2021, *M. L...*, n°436361 ; N° 436301 ; CE 6^e jjs 7 juillet 2021, *Association « Plus belle notre Verzée » et a.*, n° 436301 ; CE 27 février 2020, *M. et Mme N...*, n°427556, toutes inédites.

En haut de la chaîne, le préfet de région constitue bien, conformément au principe énoncé par la décision des *Evêques aux Cordeliers*, une autorité autonome par rapport au préfet de département.

En bas de la chaîne, s'il peut être établi par les pièces du dossier que l'avis a été instruit par le service spécifiquement affecté à cette mission au sein de la DREAL, cette circonstance peut suffire à caractériser l'existence de moyens administratifs et humains propres au sens de l'arrêt *Seaport*⁹ (ce service n'est pas susceptible d'être exposé à l'autorité fonctionnelle du préfet de département qui ne s'exerce sur la DREAL que pour l'exercice de ses propres compétences¹⁰). Dans le cas d'espèce, ce critère est satisfait : ainsi que l'ont fait valoir la société pétitionnaire et le ministre, l'avis a été instruit, au sein de la DREAL, par le « Pôle développement durable – évaluation environnementale » qui apparaît dans l'organigramme et la fiche de procédure joints au dossier comme spécifiquement affecté à cette mission, tandis que l'autorisation d'exploiter a été instruite par l'unité territoriale Aube/Haute-Marne de la DREAL, placée, elle, sous l'autorité fonctionnelle du préfet de département.

Reste cependant la difficulté, au milieu de la chaîne, liée à l'existence d'un échelon hiérarchique commun aux deux services ayant instruit respectivement l'avis environnemental et la demande d'autorisation et qu'incarne, a minima, le directeur régional. Ses prérogatives hiérarchiques à l'égard de la carrière des agents en termes de notation ou d'avancement ne soulèvent pas de difficulté, l'arrêt *Seaport* exigeant seulement l'existence qu'une « séparation fonctionnelle ». Mais cette séparation ne nous paraît, précisément, pas acquise lorsque le directeur régional est en mesure, en sa qualité de chef de service, d'adresser des instructions au service en charge des évaluations environnementales concernant des projets dont il a également à connaître au titre des décisions d'autorisation – sans même évoquer l'hypothèse dans laquelle le directeur régional serait à la fois signataire, par délégation du préfet de région¹¹, de l'avis de l'autorité environnementale et du rapport de l'inspection des installations classées servant de base à la décision du préfet de département.

Lorsque votre décision des *Evêques aux Cordeliers* a validé l'hypothèse dans laquelle l'avis est rendu par « le service mentionné à l'article R. 122-21 du code de l'environnement », elle n'a pas seulement désigné, à travers cette référence réglementaire, un service spécifiquement

⁹ Sans qu'il y ait lieu, ainsi que l'indiquait Louis Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions sur l'affaire *FNE* du 6 décembre 2017, d'exiger que le service identifié au sein de la DREAL dispose d'un chef de service ayant qualité d'ordonnateur ou fasse l'objet d'une comptabilité séparée.

¹⁰ Décret n° 2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, art. 1^{er}.

¹¹ en application de l'article 38 du décret 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets.

en charge de l'analyse des études environnementales mais, comme nous vous l'avons indiqué, un service réputé disposer, en vertu des dispositions du décret du 28 avril 2016, d'une autonomie fonctionnelle lorsqu'il agit pour le compte de la mission régionale de l'autorité environnementale et, par extension, pour le compte du préfet de région.

Ce raisonnement ne saurait donc être transposé dans l'état du droit antérieur. Et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu, à défaut, de vous écarter des critères organiques, robustes, dégagés par votre jurisprudence et d'imposer au juge une analyse au cas par cas consistant à reconstituer, plusieurs années après les faits, la teneur des échanges hiérarchiques formels ou informels qui ont pu précéder l'édiction de l'avis litigieux, en dehors de l'hypothèse exceptionnelle où serait alléguée, et démontrée, l'existence d'une procédure interne garantissant que le service spécialisé de la DREAL ne rendait alors compte qu'au seul préfet de région (dans le cas d'espèce, au demeurant, la fiche de procédure produite au dossier faisait au contraire expressément état d'une validation des avis environnementaux par le directeur).

C'est donc sans erreur de droit que la cour a jugé que l'avis de l'autorité environnementale émis par le préfet de région le 13 juin 2014 avait été rendu dans des conditions contraires aux exigences de la directive du 13 décembre 2011, après avoir relevé qu'il avait été préparé par la même direction que celle ayant eu en charge l'instruction de la demande d'autorisation pour le compte du préfet de département.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc confirmer le bien-fondé des motifs retenus par la cour sur ce point, puis censurer ceux par lesquels elle a refusé de mettre en œuvre les mesures de régularisation destinés à purger le vice qu'elle avait constaté.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy, au renvoi de l'affaire à cette cour, à ce qu'il soit mis à la charge de l'association Van d'Osier la somme de 3.000 euros à verser à la société Haut-Vannier au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par l'association au même titre.