

A LA RECHERCHE DE L'AVIS de l'autorité environnementale

Par Fabrice Cassin, Avocat associé, LPA-CGR avocats.



Fabrice Cassin

Bio express

Avocat en droit public et droit de l'environnement, Fabrice Cassin est engagé dans le secteur des énergies renouvelables depuis plus de vingt ans. Il assiste ses clients lors de la mise en œuvre de projets énergétiques *onshore* et *offshore* (mise en concurrence, autorisations administratives, acquisition foncière et évaluation environnementale), en France et dans le monde, et les renseigne sur les risques qu'ils peuvent encourir à cette occasion.

L'annulation par le Conseil d'Etat, par deux décisions de décembre 2017, des décrets de 2016 portant réforme de l'autorité environnementale a donné un coup de frein à l'instruction des autorisations d'exploiter des projets industriels. 3000 MW de projets éoliens en instruction seraient suspendus selon les professionnels, et 2000 MW de projets autorisés seraient sujets à un fort risque d'annulation par les tribunaux administratifs. Le juge administratif vient de se résoudre à user de ses pouvoirs de validation.

Un principe simple de contre-expertise environnementale des décisions publiques

En application d'un principe général du droit de l'environnement — le principe de prévention — une autorité publique, lorsqu'elle doit autoriser un plan ou un programme soumis à évaluation environnementale en vertu des directives communautaires, doit préalablement recueillir l'avis d'un « tiers expert » environnemental. L'article 6.3 de la directive n°2001/42/CE prévoit ainsi la consultation du public et la consultation d'autorités disposant d'une « responsabilité spécifique en matière d'environnement ».

La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) dans son arrêt « *Seaport* » du 20 octobre 2011 a exigé une mise en œuvre crédible et utile de la directive. Ceci n'implique pas une séparation organique entre l'autorité environnementale (AE) et l'autorité décisionnaire (AD). L'AE peut être une « entité administrative, interne » à l'AD. C'est alors une séparation fonctionnelle qui doit être organisée pour permettre une autonomie réelle de l'AE impliquant qu'elle soit dotée de moyens administratifs, matériels et humains propres.

Une erreur de transposition française

Les autorités françaises ont considéré que lorsque l'autorisation est prise par l'État au niveau central, le conseil général du développement durable (CGEDD) est AE. Lorsque l'autorisation est prise au niveau déconcentré, il suffit de désigner le Préfet de région comme AE. Lorsqu'une collectivité territoriale est AD, un préfet ou le CGEDD peuvent être AE. Enfin, lorsque le Préfet est AD et le CGEDD est l'AE, rien ne semble méconnaître la solution retenue par la CJUE.

C'était oublier que le Préfet de région est aussi un Préfet de département dans le chef-lieu de région, et donc à la fois AE et AD. C'était oublier que même lorsque le Préfet de région AE n'est pas le Préfet de département AD, c'est toujours la DREAL, service de l'État en charge de l'instruction du dossier, qui émettra le projet d'avis de l'AE. Un problème se pose donc lorsque le Préfet est AE et AD.

Par décision du 6 décembre 2017, le Conseil d'Etat (CE) a ainsi annulé le décret du 26 avril 2016 portant réforme de l'autorité environnementale, en tant qu'il maintenait la désignation du préfet de région en qualité d'autorité compétente de l'État en matière d'environnement. Cette censure vise le cas dans lequel le préfet de région est aussi le préfet du département, chef-lieu de région dans lequel est localisé le projet soumis à évaluation environnementale et sur lequel ce préfet est amené à prendre une décision. Cela vise également le cas dans lequel le préfet de région a évoqué la compétence des préfets de département.

La nécessité d'une indépendance fonctionnelle de l'expertise environnementale

Au regard de l'article 6 §1 de la directive du

13 décembre 2011, la décision du 6 décembre 2017 juge que l'AE « soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres, et soit ainsi en mesure de remplir la mission de consultation qui lui est confiée et de donner un avis objectif sur le projet concerné ».

Le CE précise que le fait qu'un service d'une DREAL dispose de moyens humains et administratifs propres ne suffit pas pour en conclure qu'il dispose d'une autonomie réelle. Il faut encore que l'autonomie matérielle se double d'une autonomie fonctionnelle. Or, ni une DREAL, ni à plus forte raison un service ou département au sein d'une DREAL, ne dispose de cette autonomie fonctionnelle, dès lors que le décret du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des DREAL prévoit que la DREAL exerce ses missions « sous l'autorité du préfet de région et sous l'autorité fonctionnelle du préfet de département pour les missions relevant de sa compétence ». Ces termes mêmes font obstacle à ce que l'on reconnaisse à une DREAL une autonomie fonctionnelle par rapport au préfet de région sous l'autorité de laquelle elle exerce ses missions.

La réaction de l'administration et des juridictions

Une note d'instruction a été adressée, le 20 décembre 2017, aux préfetures pour leur indiquer les conséquences à tirer de l'arrêt du 6 décembre, dans le cadre de l'instruction des demandes d'autorisation de projets. La note annonce l'adoption d'un nouveau décret et recommande aux préfets pour les demandes d'autorisations qui n'ont pas encore fait l'objet d'un avis d'AE, que cet avis soit rendu par la mission régionale de l'AE (MRAE), sans attendre l'adoption du décret. L'instruction recommande pour les demandes d'autorisations en cours d'instruction ayant déjà fait l'objet d'un avis d'AE, d'apprécier au regard des enjeux et du risque contentieux, si un nouvel avis doit être rendu, également par la MRAE.

La note ne traite pas des autorisations délivrées, susceptibles de recours ou en cours de

contentieux. La première réponse des juridictions a été nette. Des annulations sont intervenues (CAA de Lyon, 13 mars 2018, n°16LY00400, CAA Lyon 15 mai 2018, n°16LY03067).

Le terrain de la régularisation

Ces annulations n'autorisaient, de plus, aucune régularisation. La difficulté de la régularisation est que les préfets de région doivent « sauver » les autorisations en organisant une procédure de consultation d'une AE, non prévue par les textes nationaux depuis décembre dernier, et qui pourra satisfaire aux directives. Seul le futur décret pourra fixer la règle générale en la matière. Le rapporteur public devant le Conseil d'État, le 15 septembre dernier, se prononce désormais en faveur de la régularisation. Un Tribunal peut surseoir à statuer, fixer un délai pour permettre à l'administration de régulariser les procédures, en recourant à l'avis d'une autorité aux responsabilités spécifiques en matière d'environnement, et autonome, comme le veut la directive, désignée pour ce projet particulier, et en soumettant le cas échéant cet avis à la consultation publique. Dans ce cadre d'analyse, il revient à chaque fois au tribunal de dire s'il estime ou non le vice, régularisable. Si c'est le cas, il doit s'arrêter à fixer la régularisation en laissant à l'administration le soin de fixer ces modalités de régularisation. Cependant cette situation est délicate pour terminer en l'espèce puisqu'il faut inventer un chemin particulier pour respecter la directive.

Le juge peut préciser dans l'avant dire droit les modalités de la régularisation. Ce que le juge dira dans son avant dire droit s'imposera à l'administration et pourra être critiqué éventuellement en appel.

Deux difficultés particulières se posent quant aux modalités de régularisation. D'une part, trouver l'autorité environnementale qui satisfasse à la directive. Il y a le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) et les MRAE, les deux ayant déjà été jugées satisfaisantes par le Conseil d'État au

regard de la directive. D'autre part, se pose la question de la régularisation de la procédure d'enquête publique, prise sur la base d'une autorité environnementale qui n'avait pas suffisamment d'autonomie. Il y a deux cas de figure, selon le rapporteur. L'autorité environnementale rend un avis qui n'apporte rien ou pas grand-chose par rapport à l'avis précédent. Dans ce cas, la notion de régularisation sur l'avis révèle que le vice n'a pas nui à l'information complète du public et n'a pas influé sur la décision finale. Il n'y a pas lieu à régulariser la procédure d'enquête publique au seul motif que l'avis a été signé par le préfet de région puisque l'information fournie était la bonne.

Le deuxième cas de figure concerne le cas où le second avis révèle une insuffisance de l'étude d'impact, ou révèle des informations nouvelles sur le projet qui auraient permis une meilleure information du public. Il s'agit alors de régulariser le fait que le public n'a pas été correctement consulté. Ceci suppose une enquête publique complémentaire, une nouvelle enquête publique ou une consultation électronique.

À la fin des fins, une autorisation est certes obtenue mais au prix de délais incompatibles avec un développement industriel. X

EN BREF

Né de la fusion entre Lefèvre Pelletier & associés et CGR Legal, LPA-CGR avocats est l'un des tout premiers cabinets d'avocats d'affaires français pluridisciplinaires, avec 180 avocats répartis dans 11 bureaux en Europe, Asie, Moyen-Orient et Afrique.