



HAL
open science

Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale

Julien Bétaille

► **To cite this version:**

Julien Bétaille. Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale. Marcel Sousse. Droit économique et droit de l'environnement. Les conférences du CDED, Mare & Martin, pp.107-124, 2020, DROIT PRIVÉ & SCIENCES CRIMINELLES, 978-2-84934-461-3. hal-03161108

HAL Id: hal-03161108

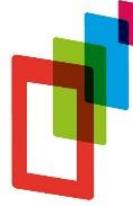
<https://hal.science/hal-03161108>

Submitted on 9 Mar 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale

Bétaille Julien

Maître de conférences

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Arguments en faveur d'une autorité publique indépendante environnementale

Julien BÉTAILLE,

Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (IEJUC EA 1919)

Après avoir connu un extraordinaire développement depuis le début des années 1970, le droit de l'environnement est désormais, encore plus que par le passé en raison de l'acuité de la crise écologique, confronté à la question de son effectivité¹. Dès lors, il ne s'agit pas tellement de renforcer les normes primaires du droit de l'environnement – on sait l'importance de ses sources, à tous les étages de la hiérarchie des normes – mais plutôt d'envisager ses normes secondaires, c'est-à-dire celles qui concourent à son application². Mais au-delà de ces dernières, c'est l'organisation institutionnelle au sein de laquelle s'exerce la mise en œuvre du droit de l'environnement qui nous retiendra ici. Alors que la structure de l'administration de l'environnement demeure relativement classique, le droit de l'environnement s'articulant principalement autour de polices

1. Cela ne doit pas induire en erreur. Le droit de l'environnement n'est pas inefficace mais ses résultats restent en deçà des attentes sociales le concernant et ne sont pas à la hauteur de l'ampleur de la crise écologique. V. Julien Bétaille, « Le droit de l'environnement, instrument de transformation : tentative d'approche dialectique », in *À quoi sert le droit de l'environnement ? Réalité et spécificité de son apport au droit et à la société*, dir. Delphine Misonne, Bruylant, 2018, pp. 53-76.

2. Les normes primaires « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements » et les normes secondaires permettent notamment de « déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre » (H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 1961, (trad. Michel van de Kerchove), Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, p. 105).

administratives spéciales exercées essentiellement par l'État, il s'agit ici de présenter les principaux arguments en faveur de la création d'une autorité publique indépendante dans ce domaine. Cette dernière permettrait nous semble-t-il une meilleure application du droit de l'environnement, notamment en mettant fin à certains conflits d'intérêts.

L'administration de l'environnement et les autorités administratives indépendantes (AAI) ont connu un développement qui, bien que concomitant, n'a pas conduit à beaucoup de points de contact. En effet, la multiplication des AAI n'a que très peu concerné l'environnement. À partir de 1971 et la création du premier ministère en charge de l'environnement, l'administration de l'environnement s'est déployée sur le territoire à travers des services déconcentrés, des délégués régionaux à l'environnement créés en 1971 aux actuelles DREAL³, en passant par les DRAE⁴, les DIREN⁵ et les DRIRE⁶. Parallèlement ont été multipliés les établissements publics sous tutelle du ministère⁷, en particulier avec l'office national de la chasse et de la faune sauvage et l'office national de l'eau et des milieux aquatiques auxquels ont été confiés des missions de polices⁸. Les AAI sont quant à elles restées en marge. La commission nationale du débat public⁹, l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA)¹⁰ et l'autorité de sûreté nucléaire (ASN)¹¹ sont les trois principales AAI compétentes en matière d'environnement, mais seules les deux dernières disposent de missions de police. Ainsi, la grande majorité des polices de l'environnement sont mises en œuvre par l'administration déconcentrée¹². Le domaine de l'environnement

3. Directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement.

4. Délégués régionaux à l'architecture et à l'environnement.

5. Directions régionales de l'environnement.

6. Directions régionales de l'industrie, de la recherche et de l'environnement.

7. Entre autres l'ADEME, l'ONF ou encore l'ANDRA.

8. Ces deux établissements sont désormais regroupés au sein d'un ensemble plus vaste avec la création de l'office français de la biodiversité, succédant lui-même à l'agence française de la biodiversité.

9. Loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

10. Loi du 12 juillet 1999 portant création de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires.

11. Loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire.

12. Les collectivités territoriales exercent quelques missions de police administrative spéciale, comme par exemple la police de la publicité extérieure.

ment est donc resté en marge de la montée en puissance de l'indépendance durant les quarante dernières années.

Cette marginalité peut être regrettée dans la mesure où l'indépendance est de nature à favoriser un exercice impartial des compétences environnementales. L'indépendance est classiquement définie comme la « situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions »¹³. On retrouve ainsi deux composantes. D'une part l'indépendance fonctionnelle « liée à l'absence de pouvoir hiérarchique, c'est-à-dire à l'absence de tout pouvoir d'instruction » et d'autre part l'indépendance organique « liée bien moins à la composition – il n'en est aucune qui soit indiscutable – qu'aux garanties statutaires, principalement au caractère non renouvelable et non révocable du mandat »¹⁴. De manière générale, « être indépendant, c'est être libre de toute influence extérieure »¹⁵, cette liberté étant concrètement assurée par l'absence de dépendance hiérarchique et la présence de garanties statutaires¹⁶. En pratique, l'autorité indépendante est organiquement séparée des autorités administratives classiques. Plus largement, l'indépendance ne se confond pas avec l'impartialité, cette dernière renvoyant à l'absence de préjugé ou de parti pris¹⁷. Les deux notions sont également différentes en ce qu'une autorité peut être impartiale sans être nécessairement indépendante et, inversement, être indépendante sans être toujours impartiale. Néanmoins, l'indépendance

13. Entrée « indépendance » in Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, 2007, p. 482.

14. Olivier Gohin et Jean-Gabriel Sorbara, *Institutions administratives*, 6^e éd., Manuel, LGDJ, 2012, n° 728.

15. Benoît Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2016, p. 425.

16. Le législateur a récemment harmonisé le cadre de l'indépendance des AAI. V. Thomas Perroud, « Le statut général des autorités indépendantes – À propos des lois n° 2017-54 et n° 2017-55 du 20 janvier 2017 », JCP G, n° 6, 6 février 2017, 133.

17. Alors que l'obligation d'impartialité de l'administration constitue un principe général du droit (CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, rec. p. 413 ; CE, sect., 5 mai 1995, *Burruchaga*, n° 155820), l'indépendance ne fait pas figure d'obligation, sauf dans certains domaines de la régulation économique (v. Julien Bétaille, « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *Revue de sciences criminelles*, 2019, à paraître).

est souvent considérée comme un facteur favorisant l'impartialité. En effet, l'intérêt principal de l'indépendance est de contribuer à améliorer l'impartialité de l'administration dans l'exercice de ses pouvoirs, la soustrayant souvent à des situations de conflit d'intérêts. Comme l'exprime Pierre Rosanvallon, même si « *l'indépendance ne suffit pas à réaliser l'impartialité, il faut être indépendant pour être en mesure d'être impartial* »¹⁸. Or, dans le domaine de l'environnement comme dans d'autres, l'impartialité est d'une importance décisive. D'une part parce que la tendance naturelle des gouvernants est de faire prévaloir les intérêts du présent ou du court terme sur ceux du long terme dont l'environnement est l'un des principaux enjeux. Il s'agit donc de mettre à distance les intérêts du présent dans les décisions prises en matière d'environnement, singulièrement lorsque ces décisions ne portent que sur l'application de normes adoptées démocratiquement. En effet, en créant une autorité publique indépendante environnementale (APIE), il ne s'agit pas de confier les choix politiques entre les mains d'experts mais simplement d'améliorer l'application du droit existant, en cantonnant les compétences de l'APIE à ce domaine. D'autre part, en supplément de cette prédominance des intérêts du court terme, la position particulière de l'État le conduit à ne pas toujours être susceptible d'être parfaitement impartial dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'environnement. En effet, il est amené à exercer son pouvoir de régulation vis-à-vis d'entreprises du secteur public et, plus largement, il entend intervenir dans l'économie. Dès lors il peut avoir tendance à privilégier le développement économique au détriment de la protection de l'environnement. Ainsi, selon Pierre Lascoumes, la crise économique conduit « à tous niveaux à prioriser le développement et les activités productives »¹⁹. Certes, l'environnement constitue désormais une composante de l'intérêt général, mais il reste une composante parmi d'autres et la tendance naturelle reste, malgré les progrès accomplis, la marginalisation des intérêts environnementaux. Dès lors, l'effectivité du droit de l'environnement dépend nécessairement en partie de l'impartialité de l'État dans sa mise en œuvre et l'indépendance d'une autorité administrative pourrait permettre de progresser sur ce terrain.

18. Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, p. 151.

19. Pierre Lascoumes, *Action publique et environnement*, Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 65.

La création d'une autorité « indépendante » dans le domaine de l'environnement a déjà été soutenue en doctrine²⁰ et fait même désormais son apparition dans le champ politique²¹. L'objet de cet article est de présenter les principaux arguments au soutien de notre proposition de création d'une APIE. Il s'agit de montrer en quoi la création d'une autorité publique indépendante environnementale pourrait permettre un saut qualitatif dans la mise en œuvre du droit de l'environnement. Cette proposition, qui pourrait de manière générale contribuer à une meilleure concrétisation du droit à l'environnement reconnu au niveau constitutionnel à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, peut être justifiée par au moins quatre arguments. Elle pourrait nous semble-t-il permettre une amélioration du caractère dissuasif des sanctions (I), limiter les distorsions de concurrence engendrées par une application différenciée des règles environnementales (II), contribuer à garantir la qualité des évaluations environnementales (III) et constituer un outil au service de la réparation du préjudice écologique pur (IV).

20. V. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse, droit, Limoges, 2012, n° 418 ; Hubert Delzangles, « Les autorités de régulation indépendantes de marché et la prise en compte de l'environnement », in Marie-Pierre Camproux-Duffrène et Jochen Sohnle (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 449 ; Gilles J. Martin, « Quelle(s) régulation(s) dans l'hypothèse d'un recours aux mécanismes de marché pour protéger l'environnement ? », in Marie-Pierre Camproux-Duffrène et Jochen Sohnle (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 476 ; Agathe Van Lang, « Droit répressif de l'environnement : perspectives en droit administratif », RJE, n° spécial, 2014, p. 45 ; Yves Jegouzo et al., Yves Jegouzo et al., *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, 17 septembre 2013, p. 25.

21. Cécile Muschotti, députée La République en marche, a proposé au ministre en charge de l'écologie la création d'un défenseur de l'environnement. V. « Un défenseur de l'environnement sur le modèle du défenseur des droits », *Le Monde*, 25 février 2019, p. 6. La députée affirme ainsi que « le défenseur de l'environnement tirerait lui aussi sa pleine légitimité de son indépendance. Personne ne pourrait l'empêcher d'effectuer des signalements quand les règles ne sont pas respectées, et il ne pourrait pas être accusé de partialité ». Elle propose de manière plus surprenante que ce défenseur puisse « privilégier les décisions en équité plutôt qu'en droit pur ».

I. L'amélioration du caractère dissuasif des sanctions

Alors que la plupart des polices spéciales de l'environnement sont accompagnées d'un régime de sanctions administratives, le niveau d'exercice de ce pouvoir de sanction, généralement confié au représentant de l'État avec l'appui des services déconcentrés, est généralement très faible. La situation est connue, que ce soit par exemple dans le domaine des installations classées pour la protection de l'environnement ou dans celui de la police de l'eau²². Dans le domaine de l'eau, un rapport du Conseil d'État relevait en 2010 que seulement 8,5 % des manquements faisaient l'objet d'une mise en demeure²³. Dans le domaine des installations classées, en 2014, les contrôles ont abouti à 2280 mises en demeure mais seulement 250 sanctions administratives ont été adoptées²⁴. Vu sous un angle optimiste, cela veut dire que plus de 89 % des mises en demeure ont atteint leur objectif de retour à la conformité. Au contraire, cela peut aussi indiquer que le niveau des tolérances administratives approche 90 %²⁵. La deuxième option est la plus probable. En effet, l'importance des tolérances administratives dans ces domaines a depuis longtemps été décrite par les sociologues. Elles s'expliquent, au moins en partie, par la

22. V. Conseil d'État, *L'eau et son droit*, Rapport public 2010, vol. 2, La documentation française, 2010 ; Cour des comptes, *Rapport public annuel 2010*, La documentation française, 2010 ; Julien Bétaille, « Répression et effectivité de la norme environnementale », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2014, pp. 47-59.

23. « Sur les 40 % de contrôles effectués sur le terrain et donnant des résultats non conformes, 91 % débouchent d'après le ministère de l'Écologie sur un simple rappel à la réglementation et 8,5 % seulement sur une mise en demeure » (Conseil d'État, *L'eau et son droit*, *op. cit.*, p. 221).

24. Les chiffres au 31 décembre 2014 sont disponibles sur le site internet de l'inspection des installations classées : <http://www.installationsclassées.developpement-durable.gouv.fr/Chiffres-cle-de-l-Inspection.html>. Les statistiques n'ont depuis lors pas été communiquées.

25. La Cour des comptes constatait en 2010 qu'en matière de police de l'eau « 26 % des contrôles réalisés par les services de l'État donnent lieu à une réponse administrative ou pénale, mais seuls 1 % conduisent à une sanction. (En matière d'installations classées), 7 % se traduisent par une sanction administrative ou pénale » (Cour des comptes, *Rapport public annuel 2010*, *op. cit.*, p. 625).

situation de conflit d'intérêts qui caractérise la position de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction, c'est-à-dire le préfet. La répression s'inscrit ici dans un contexte de complaisance, caractérisé par la conduite d'un jeu de négociation entre l'administration et l'exploitant. Ce constat a été largement mis en évidence, parfois même par les préfets eux-mêmes²⁶. Selon Pierre Lascoumes, « le mode de contrôle administratif développé par les DRIRE ne s'est absolument pas construit sur un mode autoritaire-répressif »²⁷. « Le principe d'action dominant des inspecteurs des installations classées est la régularisation »²⁸. Plus largement, « la mise en œuvre est un processus au cours duquel des acteurs sociaux mobilisent des ressources en rapport avec une politique publique afin de l'interpréter, l'adapter à un contexte, la moduler et parfois la contourner ou la vider de son sens. Elle tient un rôle déterminant pour les politiques de l'environnement car celles-ci recherchent toujours à concilier des intérêts divergents : protection des éléments naturels, activités d'aménagement et développement économique et social. Le poids à accorder à chacune de ces dimensions n'étant pas fixé, c'est au cours de la mise en œuvre, et au cas par cas, qu'est effectuée la pesée de chacun de ces intérêts et que les rapports de force s'ajustent »²⁹. Dans ce contexte, c'est le préfet qui a la charge de cette pesée des intérêts. Dans cet exercice, au-delà de la faible culture répressive des services déconcentrés et du « chantage à l'emploi » pratiqué par les industriels, l'autorité administrative titulaire du pouvoir de sanction n'a pas assez de distance vis-à-vis des entités régulées, en témoigne le faible nombre de sanctions prononcées. Le préfet est ainsi victime du phénomène de « capture » du régulateur. Il est sensible aux intérêts économiques locaux et, de ce fait, est réticent lorsqu'il s'agit de sanctionner. Par exemple, Pierre Lascoumes et Jean-Pierre Le Bourhis ont documentés le cas de l'usine Protex à la fin des années 1990³⁰. Ils décrivent

26. V. Jean-Paul Faugère, « La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées », *AJDA*, 2001, spécial, p. 49.

27. Pierre Lascoumes, *L'éco-pouvoir*, La découverte, 1994, p. 153.

28. Pierre Lascoumes, *ibidem*, p. 163.

29. Pierre Lascoumes, *Action publique et environnement*, Que sais-je ?, PUF, 2012, p. 115.

30. Pierre Lascoumes et Jean-Pierre Le Bourhis, « Le bien commun comme construit territorial. Identités d'action et procédures », *Politix*, vol. 11, n° 42, 1998, pp. 37-66.

le passage de l'intérêt général environnemental défini par la loi à un intérêt général local construit autour de la protection de l'emploi et de l'activité industrielle. Ainsi, « *les inspecteurs (des installations classées) doivent agir sur le préfet afin qu'il prenne des décisions de mise en demeure formelle puis de sanction. Ils y échouent cependant malgré plusieurs renouvellements de leur hiérarchie. Ces échecs répétés sont la conséquence des importants contre-feux dressés par l'industriel, qui sort systématiquement gagnant des confrontations. (...) Aux arguments de sécurité industrielle, le dirigeant oppose systématiquement des arguments d'acceptabilité financière. (Le préfet) est alerté d'un côté par la DRIR soutenue par des avis d'experts. D'un autre côté, il est surtout sous l'influence prédominante du discours économique de l'industriel, relayé par ses appuis notabiliaires* »³¹. Dès lors, le positionnement institutionnel du titulaire du pouvoir de sanction revêt une grande importance. L'état de la répression administrative en matière d'environnement montre que le dispositif institutionnel actuel n'est peut-être pas le plus pertinent.

Néanmoins, tout espoir d'une répression administrative efficace dans le domaine de l'environnement n'est pas perdu. En effet, on y trouve quelques AAI qui, contrairement au préfet, parviennent à exercer une pression satisfaisante sur les entités régulées. L'autorité de sûreté nucléaire reste encore un peu jeune pour pouvoir véritablement évaluer son action, même si plusieurs signaux positifs sont perceptibles³². En revanche, le cas de l'ACNUSA est tout à fait encourageant, montrant ainsi que la mise en place d'une AAI peut être pertinente³³.

Pour que le dispositif répressif soit véritablement dissuasif, il est nécessaire que la « réponse administrative » soit la plus systématique possible. Autrement dit, en cas de manquement – lorsque ce dernier est constaté – une sanction doit effectivement intervenir, même si son niveau de sévérité est faible. Cela peut paraître évident. Pourtant, le niveau des tolérances administratives est tellement élevé dans d'autres domaines de la répression environnementale qu'un tel rappel s'avère important. En l'occurrence,

31. Pierre Lascoumes et Jean-Pierre Le Bourhis, *ibidem*, p. 52-53.

32. V. « Un tiers du parc nucléaire d'EDF est à l'arrêt », *Le Monde*, 18 octobre 2016,

33. V. Julien Bétaille, « Le contrôle des nuisances aéroportuaires, un modèle à reproduire pour le droit de l'environnement », *Droit et Ville*, n° 82, 2016, pp. 45-71.

pour ce qui concerne le contrôle des nuisances aéroportuaires par l'ACNUSA, le nombre de manquements n'ayant pas fait l'objet d'une amende s'élève à environ un tiers : le taux de réponse administrative aux manquements oscille ainsi entre 71 et 83 % entre 2012 et 2015. Dès lors, tous les manquements ne sont pas sanctionnés, le Président de l'ACNUSA exerçant bel et bien son pouvoir d'opportunité des poursuites à l'égard des PV qui sont dressés. Pour autant, le taux de réponse administrative est sans commune mesure avec ce qui existe pour la police des installations classées ou pour la police de l'eau. On passe de 70 % minimum pour les nuisances aéroportuaires à environ 10 % pour les polices de l'eau et des ICPE.

Partant, l'observateur extérieur peut avoir le sentiment que dans les autres domaines, l'administration fait preuve de mansuétude. À l'inverse, l'ACNUSA fait une application raisonnée de son pouvoir de sanction. En effet, la plupart des dossiers donnent lieu à une sanction – il existe dans les faits une réponse administrative – mais les circonstances particulières de la commission des manquements sont prises en compte au titre de la proportionnalité de la sanction. Ces éléments révèlent probablement une grande différence de culture administrative mais surtout, ils suggèrent que la mise en place d'une AAI permet un exercice plus adéquat du pouvoir de sanction. Celle-ci pourrait également permettre de limiter les distorsions de concurrence.

II. La limitation des distorsions de concurrence

Il semble qu'il existe, entre les différentes installations classées, un certain nombre d'inégalités liées à un exercice différencié du pouvoir de sanction, ce qui implique parfois des distorsions de concurrence. Une entreprise dont les manquements ne sont pas sanctionnés dispose ainsi d'un avantage par rapport à sa concurrente qui subit le pouvoir de sanction et est contrainte *in fine* à respecter les règles, ce qui engendre des coûts et des investissements supplémentaires.

Cela est perceptible à deux niveaux. D'une part, la pratique de la « négociation » dans l'exercice du pouvoir de sanction semble conduire à des sanctions à géométrie variable selon l'importance de l'installation. David Deharbe explique par exemple que « dans les faits la suspension d'un chenil

en situation irrégulière ne posera pas le même cas de conscience que celle d'une installation employant 200 personnes »³⁴. Une petite ou moyenne entreprise sera bien plus exposée « *aux risques de suspension que l'industrie qui participe de façon substantielle et stratégique à un bassin d'emplois* »³⁵. Néanmoins, dans les cas où il s'agit d'entreprises relevant de marchés totalement différents, cela ne pose pas de problème sur le plan de la concurrence. Le problème est en revanche beaucoup plus important s'agissant d'entreprises du même secteur mais de taille différente. D'autre part, dans la mesure où le pouvoir de sanction est déconcentré, il existe nécessairement un risque de variation du niveau de sanction selon les régions où sont implantées des entreprises, lesquelles sont pourtant en concurrence. Ainsi, pour un manquement équivalent, l'une risque d'être davantage sanctionnée que l'autre qui échappera peut-être à une sanction et pourra ainsi continuer à fonctionner à moindre coût, par exemple en évitant une mise en conformité de l'installation. Ce risque semble d'ailleurs se confirmer en pratique³⁶.

Pourtant, deux éléments pourraient permettre de limiter les risques de distorsion de concurrence : la centralisation du pouvoir de sanction et son indépendance.

D'une part, il s'agit de la centralisation du pouvoir de sanction. En effet, le fait de confier le pouvoir de sanction à une même autorité limite les possibilités pour qu'un même manquement soit sanctionné de manière différente, de façon plus ou moins sévère, selon le lieu où il a été commis. En principe, une même autorité applique une seule politique répressive. En matière d'installations classées, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que le non-respect de la législation par une entreprise est constitutif de concurrence déloyale. Ainsi, « *le défaut de respect de la réglementation administrative dans l'exercice d'une activité commerciale constitue une faute génératrice d'un trouble commercial pour un concurrent ; que plus précisément l'inobservation de la réglementation imposée à une activité commerciale est constitutive d'une faute de concurrence déloyale vis-à-vis du concurrent qui*

34. David Deharbe, « Autoriser le risque – Des fonctions de la police des installations classées », *Droit de l'environnement*, n° 141, 2006, p. 258.

35. David Deharbe, *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Litec, Paris, 2007, p. 317.

36. V. Laurent Radisson, « Installations classées : pourquoi les sanctions varient d'une région à l'autre », www.actu-environnement.com, 25 mai 2018.

la respecte ; que la liberté du commerce suppose, en effet, que les entreprises exercent une concurrence par les mérites, s'interdisant tout procédé déloyal qui leur conférerait un avantage injustifié »³⁷. Dès lors, il est possible de considérer que les préfets, en laissant place à des tolérances administratives à géométrie variable favorisent indirectement des situations de concurrence déloyale. Certes, il ne s'agit probablement pas d'une volonté délibérée de perturber le jeu de la concurrence. Néanmoins, il serait possible d'imaginer, dans le prolongement de l'avis *Société L&P* du 22 novembre 2000, d'opposer la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence aux actes administratifs portant sanction administrative, en cas de sanction faible ou plus souvent en cas d'absence de sanction. Il est acquis qu'une mesure de police doit respecter les règles de la concurrence³⁸. Comme l'explique Benoit Delaunay, « sans doute, une mesure de police administrative n'a-t-elle pas pour objet de créer une position dominante sur un marché pertinent mais il est possible qu'elle ait cet effet »³⁹. Or, il en va de même des décisions – ou de leur absence – en matière de sanctions administratives. On pourrait donc envisager l'extension de l'avis *Société L&P* aux actes portant sur une sanction administrative. Bien sûr, « la concurrence enrichit le bloc de légalité mais ne doit pas porter atteinte à la capacité de l'autorité de prendre les mesures de police »⁴⁰. Néanmoins, il ne s'agit pas de limiter l'exercice du pouvoir de sanction mais simplement d'encadrer son exercice afin d'aboutir une certaine harmonisation de la

37. Cass., com., 21 janvier 2014, n° 12-25443 ; *Environnement*, 2014, rép. 4, note François-Guy Trébulle.

38. CE, avis contentieux, 22 novembre 2000, *Société L&P*, rec. p. 526 : en l'espèce, il s'agissait d'un arrêté municipal instaurant une zone de publicité restreinte en centre-ville. Il précise que « dès lors que l'exercice des pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public (...) n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence ». L'avis a été confirmé au contentieux : CE, sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate* ; 7 décembre 2005, *Société Ryanair*, rec. p. 554 ; 15 mai 2009, *Société Compagnie des bateaux-mouches*, n° 311082.

39. Benoit Delaunay, *Droit public de la concurrence*, Manuel, LGDJ, 2015, p. 226.

40. Benoit Delaunay, *ibidem*, p. 230.

sévérité des sanctions. Or, une autorité administrative centralisée serait nécessairement mieux à même de veiller au respect de la concurrence en appliquant une politique uniforme en matière de répression.

D'autre part, au-delà de sa centralisation, une telle autorité devrait également être indépendante, ce qui exclu l'exercice du pouvoir de sanction au niveau ministériel. En effet, c'est la présence d'entreprises du secteur public dans le domaine de l'environnement, notamment en matière d'énergie, qui impose l'indépendance du régulateur. En matière d'installations classées ou de police de l'eau, le préfet est à la fois celui qui sanctionne et le représentant d'un État qui est actionnaire de ces entreprises. Il est donc en situation de conflit d'intérêts lorsque sont en cause des entreprises publiques comme EDF ou AREVA. Comme l'explique Martine Lombard, « aussi longtemps que l'État reste actionnaire, même minoritaire, de certains opérateurs sur des marchés ouverts à la concurrence, seul le recours à des autorités publiques indépendantes permet d'éviter tout conflit d'intérêts »⁴¹.

Dès lors que la régulation environnementale exerce une influence sur la concurrence, il n'y a pas de raison que le domaine de l'environnement demeure régulé par l'administration déconcentrée. Cela justifie non seulement la centralisation du régulateur, mais aussi son indépendance. Une APIE pourrait ainsi répondre à ce type d'enjeux.

III. Une garantie de la qualité de l'évaluation environnementale

En France, le pétitionnaire a la charge d'effectuer une étude d'impact environnemental de son projet⁴², laquelle fait partie du dossier d'instruc-

41. Martine Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, p. 530. Dans le même sens, Hubert Delzangles explique que « le pouvoir exécutif intervient en tant qu'opérateur sur les marchés, par l'intermédiaire d'opérateurs appartenant intégralement ou partiellement à l'État (...). Il lui est donc délicat, en même temps, de réguler directement ces marchés sauf à se retrouver assez souvent en situation de conflits d'intérêts » (Hubert Delzangles, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », *AJDA*, 2014, p. 1021).

42. Art. L. 122-1 et s. du code de l'environnement.

tion de la demande d'autorisation administrative. Dès lors, l'auteur de l'étude d'impact est soit le pétitionnaire lui-même, soit un bureau d'étude qu'il engage. Dans ces conditions, il est parfois difficile de parler d'analyse objective des impacts du projet sur l'environnement. Néanmoins, le droit des études d'impact a prévu un regard externe sur ces études afin d'en mettre en évidence les lacunes et garantir ainsi leur qualité. L'administration examine les études, en effectue une analyse critique, et son avis est à la disposition du public comme du préfet afin que chacun puisse se faire un avis éclairé sur le projet.

Pour autant, les conditions dans lesquelles ces avis sont émis ont été mises en cause devant la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt *Seaport* du 20 octobre 2011, la Cour considère, sans pour autant aller jusqu'à exiger une indépendance organique, que la directive sur les études d'impact « impose que, au sein de l'autorité normalement chargée de la consultation en matière environnementale, une séparation fonctionnelle soit organisée de telle manière 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, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier »⁴³. Cette solution a été reprise en 2017 par le Conseil d'État⁴⁴, ce qui a impliqué une réorganisation administrative au niveau régional.

Au niveau national, la France avait pris les devants en créant une structure collégiale dénommée « autorité environnementale » au sein du Conseil général de l'environnement et du développement durable, structure d'inspection et de conseil du ministère de l'environnement⁴⁵. Selon l'ancien président de cette autorité environnementale, cette instance rend

43. CJUE, 20 octobre 2011, *Seaport*, C-474/10, § 42 ; *Revue juridique de l'environnement*, 2012, pp. 283-294, note Olivier Vidal.

44. CE, 6 décembre 2017, *France Nature Environnement*, n° 400559 ; *Droit de l'environnement*, n° 265, pp. 106-112, note Vincent Delval ; CE, 28 décembre 2017, *France Nature Environnement*, n° 407601.

45. V. Michel Badré, « Evaluation environnementale et préservation de la biodiversité », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2011, p. 81 et s.

ses avis « hors tout contrôle hiérarchique de qui que ce soit »⁴⁶. Néanmoins, sur le plan juridique, il reste que le Conseil général de l'environnement et du développement durable, dont dépend l'autorité environnementale, « est placé sous l'autorité directe du ministre chargé de l'environnement et du développement durable qui le préside »⁴⁷. Ainsi que l'explique Olivier Vidal, : « l'impartialité de l'autorité environnementale ne peut donc au mieux qu'être présumée, mais ne procède pas d'une garantie légale. Elle repose seulement sur une pratique administrative, celle du renoncement par le ministre à sa faculté d'exercer son pouvoir hiérarchique »⁴⁸. Il faut également ajouter que l'autorité environnementale est composée en majorité de fonctionnaires issus des grands corps de l'État et dont l'avancement de carrière reste géré par les ministres⁴⁹. On le voit, l'organisation de l'autorité environnementale reste encore largement perfectible en termes d'indépendance.

Au niveau régional, des « missions régionales de l'autorité environnementales » (MRAE) ont été créées et voient actuellement leurs missions s'élargir à la suite de l'arrêt du Conseil d'État appliquant l'arrêt *Seaport* et disqualifiant la compétence consultative du préfet en matière d'évaluations environnementales. La situation s'est donc améliorée mais là encore, il demeure un déficit d'indépendance. En effet, les MRAE sont composées à parité de personnalités qualifiées et de membres de l'autorité environnementale nationale. Par exemple, en Occitanie, ces deux derniers membres sont pour l'un, un ingénieur des mines et, pour l'autre, un ingénieur des ponts. Si les deux autres sont des universitaires hors de l'influence

46. Michel Badré, *ibidem*, p. 81.

47. Article 1^{er} du décret n° 2015-1229 du 2 octobre 2015 relatif au Conseil général de l'environnement et du développement durable.

48. Olivier Vidal, « "Qu'importe le flacon pourvu qu'on ait l'ivresse" : nouveau précepte pour la phase consultative de l'évaluation environnementale », *Revue juridique de l'environnement*, 2012, p. 290.

49. L'avancement au choix des ingénieurs des mines est effectué par le ministre de l'économie (art. 23 du décret n° 2009-63 du 16 janvier 2009 portant statut particulier du corps des ingénieurs des mines). Celui des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts est prononcé par arrêté conjoint du ministre chargé de l'agriculture et du ministre chargé du développement durable (art. 24 du décret n° 2009-1106 du 10 septembre 2009 portant statut particulier du corps des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts).

administrative, les deux membres de l'autorité environnementale sont des fonctionnaires du ministère de l'environnement et leur avancement de carrière est dépendant des ministres compétents.

Dans ces conditions, une autorité publique indépendante en matière d'environnement pourrait constituer une structure idoine pour accueillir tant l'autorité environnementale que les MRAE. Cela permettrait de clarifier leur situation et de leur conférer une indépendance moins contestable et, dès lors, améliorer la légitimité de leurs avis en se détachant également quelques peu des figures de l'État actionnaire et de l'État interventionniste. Là encore, il ne s'agit pas de conférer à cette APIE un véritable pouvoir de décision politique mais simplement une compétence consultative⁵⁰.

IV. Un outil au service de la réparation du préjudice écologique pur

Le dernier domaine dans lequel une APIE pourrait apporter une plus-value est celui de la réparation du préjudice écologique pur. En effet, législateur a récemment décidé d'ouvrir cette action en réparation « à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement »⁵¹. Cette disposition fait dès lors de ces personnes les bénéficiaires des dommages et intérêts susceptibles d'être versés au titre de la réparation du préjudice

50. L'APIE pourrait également jouer un rôle d'expertise en matière de compensation, pour évaluer la crédibilité et la suffisance des mesures de compensation proposées par les pétitionnaires. Dans une version plus élaborée, elle assurerait également une fonction de régulateur des marchés de compensation appelée de ses vœux par Gilles J. Martin (v. Gilles J. Martin, « Quelle(s) régulation(s) dans l'hypothèse d'un recours aux mécanismes de marché pour protéger l'environnement ? », in Marie-Pierre Camproux-Duffrène et Jochen Sohnle (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 476).

51. Article 1248 du Code civil.

écologique pur⁵². Si le choix du législateur avait été de limiter le bénéfice de cette action à l'État, ce que nous appelons de nos vœux⁵³, alors cela aurait suscité des problèmes particuliers sur le plan de la fonction de sanction de la responsabilité administrative⁵⁴. Dans ce cadre, une APIE aurait pu avoir un rôle déterminant à jouer pour préserver cette fonction de sanction⁵⁵. Les indemnités versées au titre des préjudices écologiques causés par l'État auraient ainsi pu être versées à une personne juridique distincte, l'APIE. Néanmoins, même si le choix du législateur a été différent, la création d'une APIE pourrait être utile à plus d'un titre. À l'instar de ce que proposait le rapport rendu au garde des sceaux en septembre 2013 par un groupe de travail présidé par Yves Jegouzo, une autorité indépendante pourrait avoir pour mission la « *surveillance des atteintes à l'environnement par le constat des préjudices écologiques, la réalisation ou la supervision des expertises et la saisine du juge de la réparation* »⁵⁶. Ce serait d'ailleurs ce type

52. L'article 1249 du Code civil dispose néanmoins que « *la réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature* ». Il ajoute qu'« *en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'État* ».

53. V. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme...*, op. cit., n° 417. Si les éléments de l'environnement « *font partie du patrimoine commun de la nation* » tel que l'affirme l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, alors la nation, personnifiée par l'État, est la véritable victime du préjudice écologique pur. Dès lors, l'État devrait être le seul bénéficiaire des indemnités versées au titre de la réparation de ce préjudice.

54. Cela supposerait évidemment au préalable que le juge administratif accepte à son tour de réparer le préjudice écologique pur. Sur ce point, v. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme...*, op. cit., n° 411 s. ; Christian Huglo, « L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif », AJDA, 2013, p. 667 ; « La notion de réparation du préjudice écologique à l'épreuve du droit administratif », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2016, ét. 21 ; Marthe Lucas, « Préjudice écologique et responsabilité administrative », *Environnement*, 2014, ét. 6.

55. V. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme...*, op. cit., n° 418 s.

56. Yves Jegouzo et al., *Pour la réparation du préjudice écologique, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira*, 17 septembre 2013,

de mission qui justifierait de doter l'autorité de la personnalité juridique. Cela lui permettrait de disposer d'un budget propre et ainsi de collecter le montant des indemnités versées au titre de ce type de préjudice et de gérer plus facilement leur utilisation.

En conclusion, cette nouvelle APIE pourrait regrouper un ensemble de missions actuellement exercées par l'administration et pourrait permettre un regroupement de plusieurs AAI existantes. Au niveau des missions, l'APIE n'exercerait, en principe, aucun pouvoir réglementaire⁵⁷ et les mesures de polices pourraient rester de la compétence des préfets⁵⁸. Elle aurait un rôle consultatif étendu, notamment en matière d'évaluation environnementale et de compensation écologique. En complément de missions d'investigation et de contrôle⁵⁹, par exemple dans le domaine des installations classées⁶⁰, l'APIE disposerait du pouvoir de sanctionner les atteintes à l'environnement, en particulier par l'exercice d'un pouvoir de sanction administrative mais aussi par un pouvoir d'initiative en matière pénale. Ainsi est-il classique qu'une AAI puisse saisir « saisir le Parquet en vue de déclencher des poursuites pénales lorsque ses investigations lui donnent à penser que des comportements sont constitutifs d'infractions »⁶¹. Elle

p. 25 ; v. *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2347, comm. Gilles J. Martin. Selon les auteurs de ce rapport, la « Haute autorité environnementale » « devrait être dotée de la personnalité juridique et pourrait notamment saisir directement le juge ou relayer, si elle l'estime justifié (compte tenu de sa capacité d'expertise), les requêtes émanant notamment des lanceurs d'alerte au sens de la loi du 16 avril 2013 et préfinancer des mesures d'expertise comme le fait parfois l'Autorité de la concurrence » (rapport p. 26).

57. Par le passé, l'attribution d'un pouvoir réglementaire à des AAI a pu soulever des problèmes au plan constitutionnel. V. Jean-Louis Autin, « Autorités administratives indépendantes », *J-Cl. Administratif*, Fasc. 75, 2010, n° 88.

58. Sauf cas particulier, par exemple en cas de fusion avec l'ASN qui dispose déjà d'un pouvoir de police administrative.

59. Ce type de mission est classique en ce qui concerne les AAI (v. Jean-Louis Autin, « Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, n° 101 s.).

60. Cela permettrait ainsi de mettre un terme au cumul des missions d'instruction des demandes d'autorisation et de contrôle des installations classées actuellement exercées par les DREAL.

61. Jean-Louis Autin, « Autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, n° 98.

pourrait également agir en justice, à l'image d'autres AAI⁶², notamment pour obtenir la réparation du préjudice écologique pur.

La création d'une APIE engendrerait également une reconfiguration du paysage institutionnel. Le ministère de l'environnement serait dépossédé de l'autorité environnementale, les DREAL des MRAE et des missions d'inspection et de contrôle, les préfets de leur pouvoir de sanction administrative. En outre, l'APIE absorberait deux AAI existantes : l'ACNUSA et l'ASN⁶³. Les missions de police de l'office français de la biodiversité pourraient également lui être confiées.

Il faut néanmoins se garder de présenter la création d'une telle APIE comme une solution miracle pour la protection de l'environnement. Les AAI ne sont en effet pas totalement à l'abri des phénomènes de capture et les conditions de l'effectivité dépassent largement cette seule question. Néanmoins, en agissant sur la structure, elle serait nous semble-t-il de nature à améliorer la mise en œuvre du droit de l'environnement.

62. Jean-Louis Autin, *ibidem*, n° 142.

63. La troisième AAI existant dans le domaine de l'environnement, la Commission nationale du débat public, dépourvue de mission de sanction et dotée d'une mission très spécifique, demeurerait séparée.