

Le ministre, le préfet et les installations classées

Regards croisés

Jean-Pierre Boivin - Michel Baucomont



Par Jean-Pierre Boivin

Directeur scientifique du BDEI
Avocat associé
SCP Boivin et Associés



et Michel Baucomont

Avocat à la Cour
Docteur en droit

→ BDEI 1852

Michel Baucomont

La loi du 19 juillet 1976, rénovant le régime des installations classées, a permis au ministre chargé alors de l'Environnement d'intervenir dans la réglementation technique des installations, par la voie d'arrêtés. L'innovation a surtout concerné les installations autorisées, puisque était reconnu traditionnellement, à ce ministre et à d'autres avant lui, un pouvoir d'intervention à l'égard des installations déclarées, au moyen des arrêtés-types portant prescriptions générales. Il s'agissait alors, en 1976, d'endiguer la pratique des circulaires administratives, dont l'essor constant se heurtait souvent au principe de légalité, et de clarifier les pouvoirs que se doit d'exercer un tel ministre. Près de quarante ans plus tard, quel bilan général peut-on faire de cette innovation et des extensions de compétences qui ont pu suivre depuis lors ?

Jean-Pierre Boivin

Vous mettez d'emblée l'accent sur l'un des points les plus intéressants mais aussi les plus préoccupants du processus de fabrication normative de ces 30 dernières années. Comme vous le soulignez, ce processus a surtout affecté au départ le régime de l'autorisation. En effet, s'agissant de la déclaration – du moins dans sa version initiale de 1976 – on ne peut à proprement parler évoquer un pouvoir réglementaire du ministre pour cette catégorie d'installations. Les arrêtés-types qui émaillent la vie des installations déclarées n'avaient d'arrêtés que le nom. Il s'agissait en réalité de simples référentiels émanant de l'administration centrale mais dont la force juridique trouvait sa seule source dans le fait que le préfet de département devait les reprendre en totalité ou en partie, notamment pour les moduler en fonction des circonstances locales.

Ce faisant, un tel système continuait à faire du préfet le point d'ancrage du dispositif et lui attribuait un rôle-clé dans la police des installations classées. Un point particulièrement intéressant mérite immédiatement d'être souligné : c'est le pouvoir expressément reconnu au préfet de moduler l'arrêté-type en fonction des besoins locaux. On verra que le mécanisme des arrêtés ministériels, qui

devait ultérieurement être mis en place, a bien prévu le principe de la compétence du préfet pour apporter des modifications à l'arrêté ministériel, mais seulement de manière résiduelle lorsque le dit arrêté le prévoit expressément. Cette restriction traduit aujourd'hui un rôle subordonné du préfet et une des réformes les plus urgentes pourrait bien être de restaurer entre les mains du préfet une compétence dérogatoire plus générale, du même ordre que celle dont il disposait initialement à l'égard des arrêtés-types.

S'agissant des installations soumises à autorisation, l'article 7 de la loi de 1976, dans sa version initiale donnait au ministre un pouvoir de prescription technique mais l'encadrait sérieusement en le limitant à certaines catégories d'installations. L'administration centrale a naturellement souhaité s'émanciper de ce cadre, apparu trop restreint dès le début des années 1990, et la première crispation s'est manifestée à l'occasion du processus d'édiction du premier arrêté dit « rejets intégré ». La jurisprudence, au travers du célèbre arrêt UIC du 25 septembre 1992, (CE, 25 sept. 1992, n° 88141, n° 91714, n° 109386) a réitéré une vision restrictive du rôle réglementaire dévolu au ministre, et le législateur est finalement intervenu à l'occasion de la loi du 4 janvier 1993 relative aux carrières pour accorder expressément au ministre le pouvoir d'édicter des prescriptions à caractère général et non plus simplement techniques.

Cette réforme a marqué le départ d'un processus d'élaboration de la norme réglementaire relativement foisonnant dont la dynamique a été considérablement attisée par la création du régime de l'enregistrement, dont la philosophie repose toute entière sur une série de prescriptions générales « cadres » supposées faire le tour exhaustif de l'ensemble des nuisances détectées pour leur apporter les remèdes les plus appropriés. Le processus s'est trouvé encore démultiplié lorsque, au nom de l'exigence de cohérence devant exister entre les différents régimes d'une même catégorie d'activités, l'administration a entrepris de rédiger des arrêtés ministériels pour l'autorisation, l'enregistrement et la déclaration. Le phénomène de « tâche d'huile » a encore accru la production normative. Les chiffres sont éloquentes : de 2009 jusqu'au premier semestre 2014, pour ne prendre que cette période, on peut dénombrer 94 arrêtés ministériels et ... 32 circulaires, les modifica-



tions d'arrêtés existants étant au nombre d'une soixantaine environ. De même, l'arrêté du 2 février 1998, relatif aux prélèvements et à la consommation d'eau ainsi qu'aux émissions de toute nature des ICPE, dit « *arrêté intégré* », a-t-il pu être modifié 32 fois dans le même laps de temps.

Ainsi si l'on veut évoquer un premier bilan, on ne peut que constater l'existence d'un processus de foisonnement quasi spontané des arrêtés ministériels dans lequel la production de la norme s'est surdéveloppée, sans qu'on en mesure très bien les limites et surtout la portée.

Michel Baucomont

À la déconcentration initiale, favorable au préfet, a donc succédé une centralisation massive de l'action administrative, que le ministre chargé de l'environnement s'est plu à organiser à partir des textes, mais sans que ceux-ci l'aient pour autant envisagée. À côté de ce foisonnement d'origine interne, on doit naturellement aussi noter l'existence d'un autre foyer lié à l'hyperactivité de l'Union européenne en ce domaine. Les directives communautaires, fréquemment modifiées, ont pu engendrer par elles-mêmes la multiplication des arrêtés ministériels au cours des 20 dernières années, la compétence du ministre s'exerçant dès lors, et bien souvent, dans le sens de la simple transposition des normes européennes. Les exemples sont ici nombreux.

Ne peut-on pas considérer que le ministre renonce finalement à ses pouvoirs propres, pour une part sensible, et que le principe de subsidiarité, qui laisse aux États-membres le pouvoir d'adapter la norme communautaire, semble quelque peu oublié ?

Jean-Pierre Boivin

Vous avez tout à fait raison de souligner le côté ambigu de la production réglementaire ministérielle issue de la transposition. Ce processus est en effet ambivalent. D'une part il conduit l'administration nationale à multiplier les interventions réglementaires et à accroître de ce fait le volume de production de la norme. Mais l'aspect quantitatif de cette activité ne doit pas induire en erreur. En effet, nombre de textes de transposition ne sont que la reprise pure et simple des dispositions communautaires au regard desquelles le pouvoir national, se comportant à l'égard des directives comme s'il s'agissait de règlements, abdique en réalité une part non négligeable de son pouvoir d'appréciation.

Dans les faits, il serait nécessaire de revenir aux sources du droit communautaire et de redécouvrir les vertus du principe de subsidiarité, tel que l'a consacré en son temps le Traité de Maastricht. Comme l'a rappelé Guillaume Drago (Drago G., Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel, Rev. int. de dr. comparé, 1994, n° 2, p. 584), le Rapporteur du projet de traité, J. -W. Bridge, avait insisté sur le fait que les décisions, qu'elles soient législatives ou administratives, devaient être prises au niveau politique le plus bas possible, c'est-à-dire le plus près possible de ceux qui sont concernés par ces décisions. Le chemin était donc tout tracé.

Il faut ainsi inviter l'autorité réglementaire à retrouver partout où c'est possible, les marges de manœuvre que lui donne par construction le droit communautaire au travers des directives et qui postulent précisément la nécessité pour chaque pays de recou-

vrir des latitudes dans l'action par rapport à ses contraintes et à ses priorités nationales.

Michel Baucomont

Agir « le plus bas possible et le plus près possible », voilà bien le chemin qu'une administration réellement moderne devrait suivre. Le paradoxe est certain, puisque le même ministre, si soucieux d'interférer à l'échelon local, semble abandonner toute volonté d'autonomie à l'égard de la norme communautaire. Il est aussi intéressant d'observer que le principe de subsidiarité est quelque peu consacré en droit interne, par l'article 72 de la Constitution, lequel indique que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble de ses compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon* », ce qui donne lieu à certains contentieux. Par transposition, mais dans le silence des textes pour le moment, on pourrait au demeurant considérer que les préfets eux-mêmes auraient vocation à se prévaloir d'un tel principe « *pour l'ensemble des compétences qui peuvent être le mieux mises en oeuvre à leur échelon* », comme en matière d'installations classées.

Mais revenons au ministre. Lorsque ce n'est pas la règle communautaire qui influence son intervention, cela sera, de plus en fréquemment et de son propre fait, le recours souvent immodéré aux règles issues de la normalisation technique, de type AFNOR ou ISO, qui renvoient indistinctement à l'application de « protocoles » indifférenciés. C'est le cas, notamment, pour le mesurage des rejets et leur prévention. Normes de qualité, normes de procédé, normes d'émission, le pouvoir ministériel semble encore s'effacer ici devant des réglementations préétablies qu'il ne contrôle pas réellement. Cette tendance au « prêt-à-réglementer » favorise-t-elle une application raisonnable de la réglementation ?

Jean-Pierre Boivin

S'il est vrai qu'en soi la normalisation technique peut être à bien des égards regardée comme une source de progrès, il n'en reste pas moins que la prolifération de la norme dans son mode d'élaboration comme dans son principe, soulève de sérieuses réserves. Son mode d'élaboration tout d'abord conduit tout naturellement à s'interroger sur la place respective de l'État et des organismes normalisateurs. Le risque ici identifié réside dans le transfert du domaine régaliens vers la sphère privée dont la légitimité reste à démontrer, sans compter les réserves qui s'attachent aux modalités d'accès du public à la norme elle-même, qui sont très loin de respecter les principes d'égalité et surtout de gratuité. Il est particulièrement choquant qu'il faille déboursier des dizaines voire des centaines d'euros, à l'heure de Légifrance et de la gratuité d'Internet, pour accéder aux tables de la loi sous quelque forme qu'elle se travestisse.

Par ailleurs, le constat même de la multiplication de ces normes appelle les mêmes réserves. Le phénomène est particulièrement patent dans le secteur de la construction et il a fallu attendre les effets de la crise pour qu'enfin on ose dénoncer une prolifération aussi inutile que néfaste. Sous cet angle, cette prolifération ne traduit rien d'autre qu'une perception exacerbée du principe d'égalité à la française poussé à l'extrême, dans lequel on n'hésite pas à sacrifier les besoins réels des utilisateurs sur l'autel d'une vision



abstraite, pour ne pas dire fondamentaliste, de l'intérêt général, revisitée à l'aune d'une curieuse doctrine de l'égalité.

Michel Baucomont

Il semble au demeurant que la jurisprudence administrative n'ait pas encore pris la mesure exacte des dangers que produit une norme préfabriquée en dehors de l'État, comme en témoignent certaines décisions, et qu'elle ne perçoive pas à quel point, s'agissant des règles techniques, un abandon progressif du pouvoir régalien pourrait être toxique.

Venons-en aux rapports, souvent complexes et parfois déroutants, que le ministre entretient avec les préfets. Depuis que le régime des installations classées a consacré son intervention, le ministre en charge du dispositif n'a eu cesse de s'immiscer, comme on vient de le noter, dans la réglementation technique des installations autorisées. S'il est évident que l'unification de la réglementation implique une intervention centralisée orientant l'action locale de l'État, il est toutefois légitime de s'interroger sur le rôle précis que le préfet devrait conserver dans la réglementation technique des installations, étant relevé que lui seul délivre les autorisations, depuis la loi du 19 décembre 1917.

Or, la jurisprudence administrative, par pure application de principes classiques en matière de police administrative, a fixé ici des limites qu'énonce clairement l'arrêt fondateur en la matière (CE, 24 mai 1993, n° 113896, Union des industries chimiques et autres.) : il est impératif que « les dispositions [ministérielles] laissent à l'appréciation du préfet, pour une installation déterminée, l'évaluation des risques qui justifient l'application des dispositions de l'arrêté ministériel », et que l'intervention ministérielle « ne supprime pas le pouvoir d'appréciation du préfet », bien que le ministre soit légitimement fondé à « harmoniser les prescriptions des arrêtés préfectoraux ». En pratique toutefois, force est de constater que cette division des tâches est souvent occultée et que l'action préfectorale demeure confinée dans un cadre pour le moins étroit : cette situation est-elle réellement conforme à l'esprit de la réglementation des installations classées ?

Jean-Pierre Boivin

Je suis un fervent partisan de la restauration des pouvoirs du préfet partout et à chaque fois où cela est possible. Cette restauration est non seulement conforme aux fondements mêmes de notre police des installations classées mais j'ai la conviction qu'elle est aussi conforme à l'intérêt général. Et cette restauration me semble d'autant plus nécessaire que la voie en est ouverte par le régime de l'enregistrement. Ce régime organise en effet, pour contrebalancer une approche générale de la réglementation technique applicable à un type donné d'installation, la possibilité pour le préfet d'apprécier des mesures équivalentes qui lui sont proposées par le pétitionnaire, en lieu et place de certaines dispositions ministérielles initiales. J'ai également la conviction qu'une partie du succès du régime de l'enregistrement naîtra de la capacité de ce régime à générer le pragmatisme et les souplesses nécessaires pour répondre aux besoins locaux des opérateurs.

S'agissant des autres régimes, il me paraît indispensable que le préfet puisse également disposer de marges de manœuvre semblables. La difficulté actuelle vient du fait que le préfet ne peut formellement intervenir en raison de la hiérarchie des normes sauf

si l'arrêté ministériel lui ouvre lui-même une faculté de dérogation. Et nombre d'arrêtés sont notoirement trop parcimonieux en la matière. Or, il ne faut pas confondre dérogation et permissivité. Ce n'est pas parce que, dans les circonstances particulières d'un dossier, il serait dérogé à une norme technique qu'il en résulterait nécessairement une atteinte à l'environnement et ceci pour deux raisons : d'une part dans nombre d'hypothèses, des mesures alternatives souvent assez simples à mettre en place, peuvent aboutir à un résultat équivalent. Mais d'autre part et surtout, la mise en place de certaines mesures, si elles répondent à une vision purement dogmatique du dossier, peut aboutir à des impasses risquant de dissuader les acteurs économiques. Par exemple, la règle consistant à interdire le stockage de matières inflammables à une hauteur dépassant 5 mètres, alors que l'étude de dangers montre l'absence de cibles aux environs de l'entrepôt et la possibilité d'organiser le stockage de manière judicieuse, peut aboutir à empêcher un exploitant de développer son activité et le conduire à la délocaliser dans un autre pays.

L'une des réformes les plus efficaces et les plus urgentes me paraît donc de restituer au préfet des marges réelles de manœuvre par rapport aux arrêtés ministériels en rétablissant, soit par la voie législative ou par une voie réglementaire appropriée, la faculté offerte au préfet de déroger, sous réserve du respect des normes communautaires, aux normes édictées dans les arrêtés ministériels, à la condition que l'exploitant démontre que, dans les circonstances de son dossier, il n'en résulte pas d'atteintes particulières aux intérêts protégés.

Un autre intérêt de cette réforme serait également de restituer aux services instructeurs locaux un rôle plus actif et des responsabilités de premier plan.

Un tel mouvement me semblerait également s'inscrire dans l'esprit du courant de simplification qui est aujourd'hui à l'œuvre en matière environnementale. La récente mise en place du certificat de projet (Ord. n° 2014-356, 20 mars 2014, relative à l'expérimentation d'un certificat de projet) et le nouveau rôle de conseil qu'il implique pour l'administration vis-à-vis du pétitionnaire ainsi que certains éléments de l'autorisation unique (Ord. n° 2014-355, 20 mars, relative à l'expérimentation d'une autorisation unique en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement) devraient avoir pour effet de rapprocher le pétitionnaire de l'instructeur réel de son dossier au niveau de l'administration locale. Il est donc dans la logique de ce nouveau dialogue voulu par les ordonnances entre l'administration locale et le pétitionnaire de rendre à l'autorité préfectorale les marges de manœuvre dont elle a besoin pour s'acquitter pleinement de la tâche qui lui est confiée. Faute de quoi le dialogue appelé par le certificat de projet pourrait se résumer à un dialogue de dupes.

Michel Baucomont

Il est vrai qu'on pourrait considérer que, par touches successives, le préfet, autorité de référence depuis la loi du 19 décembre 1917, a vu ses compétences subir une forme d'automatisation ou de mécanisation qui, subrepticement, l'a de plus en plus éloigné du processus de décision. Mais, et il faut nécessairement faire le lien ici, derrière le ministre chargé de l'Environnement se tiennent naturellement les services centraux, dont les effectifs se sont étoffés



au fil du temps, et qui ont en charge la réalité de la réglementation technique.

Or bon nombre des personnels opérant dans la fabrication de cette réglementation proviennent des services extérieurs et y retournent ensuite selon leur évolution de carrière, parfois en oubliant qu'ils auront souvent à appliquer dans leur propre activité les normes bien complexes qu'ils auront pu concevoir, et une question mérite ici d'être posée : à l'instar du ministre, les services centraux n'ont-ils pas tendance à vouloir justifier eux-mêmes une forme de légitimité, en promouvant outre mesure l'activité normative, facilitant au passage ce que les spécialistes de la science administrative appellent : la technocratisation de la norme ?

Jean-Pierre Boivin

Je suis assez sensible à cette approche de science administrative du processus que vous décrivez. L'une des qualités qu'on ne saurait dénier à nos services centraux est la recherche de l'excellence dans l'objectif et le sérieux technique de leur démarche. Souvent scientifiques de haut niveau, ils constituent à l'évidence un pôle de ressources de première qualité. La question n'est pas toutefois tant de savoir si nous avons la meilleure approche scientifique que si nous générons la réglementation la plus appropriée. L'édiction de la norme, en tant que norme sociale et économique, doit se nourrir de visions concrètes et pratiques des besoins des opérateurs de terrain, qui font parfois défaut. Dans la balance entre l'excellence et l'acceptabilité des coûts – critère désormais incontournable et vital de la survie de nos économies dans un univers hyperconcurrentiel – il me paraît important de rétablir une vision économique saine. Sous cet angle, la meilleure réglementation n'est pas l'addition de toutes les technologies éventuellement susceptibles d'être collectionnées autour d'une vision idéalisée d'une activité mais celle qui, au contraire, par des moyens pragmatiques, peut aboutir à des résultats sensiblement identiques sans nuire à l'environnement et sans stress inutile pour les promoteurs de projets.

À cet égard, toute norme technique française devrait préalablement à son adoption être comparée à celles des autres pays de l'UE ou des pays proches. Une étude d'impact digne de ce nom mériterait d'être produite afin d'apprécier concrètement la pertinence de telle ou telle mesure que nous considérons comme souhaitable alors que d'autres acteurs dans les pays environnants ont une approche différente et moins coûteuse. Si l'excellence partagée peut être regardée comme une vertu, le même exercice pratiqué en solitaire peut avoir des effets adverses. On devrait à cet égard garder à l'esprit la fameuse exhortation de T.-S. Eliot : « *The right temptation, is the greatest treason to do the right deed for the wrong reason* ».

Michel Baucumont

Cette analyse pourrait aussi s'appliquer aux « *meilleures techniques disponibles* », dont il est souvent oublié qu'elles ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sous-tendent des « *conditions économiquement acceptables* ». Or, tout technicien n'est pas nécessairement un économiste, et encore moins un juriste, ce qui devrait ouvrir ici de sérieuses pistes de réflexion. Une expertise authentique ne peut tolérer autant d'angles morts.

Pour le reste, on peut constater que les arrêtés ministériels portant réglementation technique sont fatalement exposés à un retour

d'expérience ... dont peu ont connaissance, hormis les services centraux et à titre souvent interne. On sait par ailleurs que l'étude d'impact, après avoir révolutionné le droit de l'environnement en 1976, a irrigué d'autres domaines et que, en dernier lieu, elle concerne désormais l'activité législative, depuis la loi organique du 15 avril 2009 et s'agissant des projets de loi. Il est vrai que, comme en matière environnementale, il est ici demandé aux concepteurs de supposer des impacts dont la réalité n'est qu'en devenir, mais c'est un autre débat.

Lorsque l'on considère les conséquences économiques, techniques et environnementales qu'engendrent les arrêtés ministériels visant les installations classées, il peut être estimé que la mesure de leur impact serait bien une nécessité impérieuse. Sur ce plan, le principe de participation et la conduite de consultations préalables s'avèrent manifestement d'un faible secours. Qu'il s'agisse des projets d'arrêtés, comme vous l'avez souligné, ou même des arrêtés en vigueur (ce qui constituerait une application remarquable du principe de sécurité juridique), l'étude d'impact de la réglementation technique ne serait-elle pas une grande innovation ?

Jean-Pierre Boivin

Vous avez raison de revenir sur cette question de l'impact des textes. J'ai tout à l'heure rappelé l'utilité qui s'attacherait à ce qu'on ait une vision comparée réaliste de l'impact des principales prescriptions techniques applicables aux installations classées dans l'espace européen. Lorsque c'est possible, il serait d'ailleurs judicieux d'étendre cette vision à d'autres grands acteurs économiques : les États-Unis, la Chine ou d'autres grands pays émergents. Cette approche permettrait précisément d'établir un meilleur équilibre entre les vertus supposées de telle ou telle disposition technique - pour novatrice qu'elle soit ou puisse paraître - par rapport aux données de terrain réellement constatées dans d'autres pays. L'exemple de la réglementation des entrepôts me paraît à cet égard intéressant. Nombre d'opérateurs internationaux qui disposent de telles installations dans l'ensemble des pays de la communauté nous interrogent souvent sur les raisons pour lesquelles la réglementation française se montre particulièrement exigeante alors que d'autres pays - non moins soucieux de la protection de l'environnement - adoptent des cadres prescriptifs beaucoup plus modestes et ceci sans qu'aucune donnée objective de l'accidentologie ne vienne stigmatiser leur approche ou justifier la nôtre.

L'autre versant de votre réflexion concerne une question non moins intéressante, qui est celle de l'impact et du retour d'expérience des textes en vigueur. Il existe je crois une constante sur laquelle tout le monde peut être d'accord : lorsque l'accidentologie apporte un nouvel enseignement, la norme a alors spontanément tendance à être révisée à la hausse pour s'adapter aux nouveaux standards d'exigence mis en lumière par l'accident survenu. De ce point de vue, l'accidentologie constitue un des nerfs moteurs de l'évolution de l'environnement industriel. En revanche, si l'administration se mobilise volontiers sur les cas pathologiques, les énergies sont moins promptes à se porter vers les hypothèses inverses, à savoir celles où l'absence de tout incident pourrait conduire à réfléchir sur la pertinence du maintien d'un standard donné. Certaines règles mériteraient en effet d'être réévaluées pour mieux en apprécier la pertinence.

