N° 420554 MINISTRE DE LA COHESION DES TERRITOIRES

c/ Association Eoliennes s'en naît trop

N° 420575 MSE LA Tombelle

Séance du 24 janvier 2022

Décision du 16 février 2022

CONCLUSIONS

Stéphane Hoynck, Rapporteur public

C'est si nous comptons bien la 4eme fois que l'affaire des permis de construire (PC) accordés en 2012 à la société MSE la Tombelle pour un parc de 8 éoliennes est audiéncé devant le Conseil d'Etat.

Vous avez annulé un arrêt de la CAA de Lyon qui avait annulé le PC une 1ere fois en 2016 (n°386624) et vous avez annulé partiellement le second arrêt rendu par la cour le 27 mai 2019 (n°420554), en confirmant en réalité son motif d'annulation car l'autorité environnementale qui avait rendu son avis en application de l'article L. 122-1 du code de l'environnement ne disposait pas d'une autonomie suffisante à l'égard du préfet qui avait délivré le PC, mais en censurant l'erreur de droit que la cour avait commise en estimant ne pas pouvoir mettre en œuvre les pouvoirs de régularisation qu'elle tire de l'article L600-5-1 « eu égard au stade de la procédure auquel (...) est intervenu [le vice] ». Vous avez dans cette affaire transposé aux décisions d'urbanisme le mode d'emploi que vous aviez établi pour les régularisations d'autorisations environnementales sur le fondement de l'article L. 181-18 du code de l'environnement par votre avis CE, 27 septembre 2018, Association Danger de tempête sur le patrimoine rural et autres, n° 420119, p. 340.

Vous aviez alors sursis à statuer sur la requête en annulation, jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois (ou de six mois en cas de nécessité d'une enquête publique) à compter de la notification de l'arrêt, délai fixé pour la notification des mesures de régularisation dont vous aviez indiqué la teneur.

L'affaire a été alors audiéncée une 1ere fois le 29 avril 2021 mais des éléments nouveaux vous ont été transmis sur l'avancement de la procédure de régularisation, un PC de régularisation en date du 23 juin 2021 vous ayant été notifié par le préfet.

Avant d'examiner si ce PC assure la régularisation nécessaire, les échanges entre les parties vous conduiront à trancher plusieurs questions nouvelles et importantes, dont la portée concerne l'ensemble des régularisations au titre de l'article L600-5-1.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

1. La 1ere question soulevée en défense est celle de la nature du délai que le juge fixe dans sa décision de sursis pour procéder à la régularisation. En l'espèce, à la suite de l'avis de la mission régionale de l'autorité environnementale (MRAE) qui a été émis le 9 septembre 2019, une nouvelle enquête publique a été conduite mais le délai de 6 mois que vous aviez fixé dans cette hypothèse est largement dépassé puisque le PC a été délivré plus de 2 ans après la notification de votre arrêt.

Le dépassement du délai fixé par le juge pour la régularisation doit-il le conduire à estimer qu'aucune régularisation valable n'est intervenue et à annuler le PC attaqué ?

La lettre de l'article L 600-5-1 implique bien la fixation d'un délai, et précise que « si une mesure de régularisation est notifiée dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations ». Il nous semble que cette phrase indique d'abord et surtout que la notification d'une mesure de régularisation implique pour le juge de faire « un tour de contradictoire » avant de statuer définitivement. Mais notons que même en l'absence de régularisation notifiée dans le délai, le juge devra bien statuer pour clore l'affaire.

On peut imaginer qu'imposer un délai impératif peut permettre d'éviter qu'une décision avant dire droit reste trop longtemps en suspens, sans incitation pour le pétitionnaire et l'administration à produire une mesure de régularisation. Mais nous ne voyons pas l'intérêt pour le pétitionnaire à maintenir une situation d'incertitude sur son permis, que seul la décision définitive du juge permettra de lever.

Il nous paraît en réalité difficile de justifier la thèse du délai couperet, qui est assez contraire à l'idée de régularisation et qui pourrait placer le juge, la présente affaire l'illustre dans une situation curieuse où celui-ci a estimé que le PC était entaché d'un vice régularisable, où il a enclenché la procédure de régularisation et où il trouve dans son dossier un PC de régularisation, dont il ne pourrait pas tenir compte...

Pour reprendre les termes fréquemment cités du rapport de la présidente Maugüé qui ont inspiré les dispositions de la loi ELAN, ces techniques de régularisation visent à « donner une chance supplémentaire au pétitionnaire de réaliser son projet sans aucune annulation contentieuse », il serait donc paradoxal de placer un écran de plexiglas entre le juge qui n'a pas encore statué et la régularisation qui est à portée de jugement, en lui opposant le délai de régularisation qu'il a fixé.

Cette prise en compte de la réalité du dossier tel qui se présente au juge est comme vous vous en souvenez un des arguments forts de votre jurisprudence de section Commune de Sempy pour la régularisation des documents d'urbanisme prévue par l'article L 600-9, et en matière de PC vous acceptez au stade du jugement sur la régularisation, une nouvelle séquence de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

régularisation au titre de l'article L600-5 ou de l'article L 600-5-1 puisse s'engager s'agissant du PC de régularisation (CE 17 mars 2021 Mme V... 436073 aux T.).

C'est dans cet esprit que nous vous proposons de ne pas fermer la régularisation lorsque le PC de régularisation intervient après le délai fixé par le juge. Ajoutons que la solution que nous vous proposons semble celle mise en œuvre par les CAA sans que cela ne conduise à des désordres contentieux (cf. notamment CAA Bordeaux 15 novembre 2018, *H...*, n° 16BX03080)

Nous vous proposons donc de juger que l'expiration du délai que fixe le juge en application de l'article L. 600-5-1 ne le contraint pas à considérer que le PC attaqué n'a pas été régularisé. Tant que le délai n'est pas expiré, il ne peut évidemment pas se prononcer définitivement, et une fois ce délai expiré, il reprend la main pour tirer les conséquences de l'absence de régularisation ou lorsque le dossier s'y prête, tenir compte d'une régularisation intervenue plus tard.

Ajoutons que la solution inverse pourrait quant à elle connaître deux ramifications distinctes : soit considérer que le délai imparti doit toujours être respecté avec rigueur, ce qui fait peser sur la décision avant dire droit un souci de calibrage particulier pour ne pas placer les défenseurs du PC dans une situation matériellement irrégularisable, soit considérer que ces derniers pourraient arguer de circonstances particulières pour justifier de leur retard à régulariser. Nous craignons que cette dernière option n'ajoute à la procédure un degré de complexité et de subjectivité qui n'est pas nécessaire.

2. La deuxième question est plus délicate et pourrait d'ailleurs rendre sans objet la 1ère question selon la réponse qui y sera apporté. C'est cette fois la société bénéficiaire du PC qui oppose un délai à l'association requérante. Cette dernière a présenté divers moyens contestant le PC de régularisation, que nous allons examiner dans un instant, mais le pétitionnaire pour sa part fait valoir que le Conseil d'Etat a communiqué la mesure de régularisation aux requérants le 25 juin 2021, et que l'association requérante a présenté des moyens contestant la régularité de cette mesure de régulation plus de deux mois après, le 16 septembre.

Une chose est sûre : selon la lettre même de l'article L 600-5-2, la contestation par les parties de l'acte de régularisation qui a été communiqué aux parties ne peut être contestée par les parties que dans le cadre de cette même instance. (CE 5 février 2021 n° 430990 M. et Mme B... aux T.). La situation des tiers à l'instance qui voudraient contester un PC de régularisation n'est pas tranché à notre connaissance.

La question en l'espèce est donc de déterminer le régime du contentieux du PC de régularisation lorsque le contentieux a lieu dans la même instance que celle qui a donné lieu à la mise en œuvre de l'article L 600-5-1.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La thèse de la société La Tombelle selon laquelle à l'expiration d'un délai de 2 mois à compter de la notification, il n'est plus possible pour le requérant de contester la légalité du PC de régularisation s'appuie en particulier sur une jurisprudence d'Assemblée du 23 mars 1973, Compagnie d'assurance « l'Union », au Recueil , régulièrement confirmée et notamment par une autre décision d'Assemblée, Institut de radiologie et autres, du 15 avril 1996, au recueil p. 138.

Vous jugez dans ces décisions que *«lorsque le juge de l'excès de pouvoir est saisi par un tiers d'un recours contre une décision d'autorisation qui est, en cours d'instance, soit remplacée par une décision de portée identique soit modifiée dans des conditions qui n'en altèrent pas l'économie générale, le délai ouvert au requérant pour contester le nouvel acte ne commence à courir qu'à compter de la notification qui lui est faite de cet acte»*.

Cette jurisprudence a été en particulier appliquée à l'hypothèse de la délivrance en cours d'instance d'un nouveau PC par votre décision Paris Habitat du 23 mai 2011 339610 aux T., qui précise que dans le cas d'actes où, pour l'ensemble des tiers, le déclenchement du délai de recours est subordonné à l'accomplissement de **formalités de publicité** particulières, la forclusion ne peut être opposée au tiers requérant en l'absence de respect de ces formalités, alors même que l'acte lui aurait par ailleurs été notifié en application de la règle qui vient d'être rappelée. La décision Paris Habitat juge que dans le cas du permis de construire où, pour l'ensemble des tiers à cet acte, le déclenchement du délai de recours est subordonné par l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme à l'accomplissement de formalités particulières, la forclusion ne peut être opposée au tiers requérant en l'absence de respect de ces formalités, alors même que l'acte lui aurait par ailleurs été notifié en application de la règle qui vient d'être rappelée.

Selon la société La Tombelle, transposé à l'article L600-5-1, ce raisonnement conduit à faire jouer le délai de 2 mois à compter de la notification du PC de régularisation aux requérants mais à ne pas faire jouer le délai d'affichage prévu par l'article R 600-2, car pour les tiers partie à l'instance, l'affichage du PC n'apporterait aucune information pertinente (notamment de leur décision d'engager un recours contre le permis affiché) justifiant de combiner cette formalité de publicité au délai de notification.

Cette façon de raisonner ne nous convainc pas, essentiellement pour une raison de principe qui est que les jurisprudences qu'il s'agirait de transposer ici ont pour objet de *« rendre impossible toute manœuvre qui tendrait à faire échec à l'effet utile du recours contentieux »*, alors que *« c'est le même litige qui se poursuit »*, ainsi que le formulait R. Abraham dans ses conclusions sur la décision Institut de radiologie. Il s'agissait d'éviter que les requérants ne soient piégés par l'édiction d'un nouvel acte qui vient se substituer au premier qu'ils avaient attaqué, nouvel acte dont ils n'ont pas de raison de penser qu'il sera édicté.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'horizon des attentes est nettement différent ici, où tant le pétitionnaire que le requérant et l'administration savent que le juge attend pour statuer définitivement la production éventuelle d'un PC de régularisation. Il ne s'agit pas d'un litige artificiellement extérieur à l'instance qui s'y introduit, c'est la conséquence même du jugement avant dire droit.

L'autre raison qui nous conduit à ne pas adhérer à la solution proposée par la société est plus circonstanciée: L'article R600-2 s'applique aux autorisations d'urbanisme, sans en exclure les PC de régularisation expressément - par analogie l'article R600-1 prévoit désormais une telle exception, nous y reviendrons. Si on devait transposer la solution « Paris Habitat » de 2011 au PC de régularisation, nous ne voyons pas de raison de ne pas la transposer y compris en faisant jouer la date d'affichage du PC de régularisation, car il n'y a pas de raison que le tiers requérant subisse un régime contentieux plus défavorable que le tiers à l'instance, auquel on n'opposera en pratique que le plus favorable des deux délais.

Cette solution, même dans sa version « Paris Habitat » non dégradée n'a donc pas notre préférence, et nous signalons, si vous envisagiez toutefois de la retenir, que l'association requérante vous demande alors de faire jouer votre jurisprudence d'Assemblée 16 juillet 2007 Tropic Travaux n°291545, afin que la règle que vous dégageriez ne s'applique pas à la présente instance. Il ne s'agirait pas pour vous d'opérer un véritable revirement de jurisprudence, puisque vous n'avez jamais posé la règle applicable en la matière, mais plusieurs précédents (notamment Sect., 2 décembre 2016, Soc. Export Press, n° 387613, au rec.) ont décidé ne pas opposer une règle, par exemple d'irrecevabilité, que les intéressés ne pouvaient appréhender antérieurement à la date de lecture de votre décision, dans une perspective de bonne administration de la justice.

Il nous semble que l'autre système cohérent envisageable est plus simple à appliquer et ne présente pas d'effets de bords notables, il consiste à **ne pas opposer de délai au requérant initial** pour présenter des moyens contre le PC de régularisation. C'est nous semble-t-il la solution la plus naturelle, dès lors qu'aucun texte ne prévoit le contraire.

On peut noter que si l'article R600-1 prévoit désormais que l'obligation de notifier le recours ne s'applique pas aux contestations de PC de régularisation formées dans le cadre de l'instance de régularisation de l'article L 600-5-2, vous avez jugé, sous l'empire de l'article R. 600-1 avant qu'il n'apporte cette précision, qu'une telle notification n'était déjà pas nécessaire (CE 28 mai 2021 X... n° 437429 aux T. sur un autre point). C'est un indice supplémentaire que les règles qui visent à protéger le pétitionnaire des recours intempestifs qui portent atteintes à la sécurité juridique des projets perdent de leur pertinence lorsque le contentieux vient se greffer sur une instance déjà engagée.

Au titre de la simplicité, il faut garder à l'esprit que la 2eme phase devant le juge peut conduire principalement à deux types de discussion :

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- Une critique de la légalité du PC de régularisation ;
- Et une critique de ce que ce PC conduit bien à régulariser les vices du PC initialement contesté, vices retenus par l'avant dire droit. Or, la vérification de ce que le PC de régularisation qui lui est notifié régularise bien le PC initial et doit conduire à rejeter la demande d'annulation doit être effectuée par le juge, qu'il soit saisi de moyens en ce sens ou pas. Dans ces conditions lui demander de faire abstraction des critiques des requérants pour un motif de tardiveté nous paraît artificiel.

Ici encore, le risque de l'absence de délai sur la prolongation excessive du contentieux nous paraît limité, le requérant prenant le risque que l'affaire soit audiencée malgré tout s'il tarde trop à critiquer la mesure de régularisation. On doit relever aussi que le pouvoir réglementaire est intervenu pour chercher à limiter, en aval de la question posée aujourd'hui, l'étalement temporel du contentieux de la régularisation, en insérant un nouvel aliéna à l'article R600-5 pour créer un cas de cristallisation automatique des moyens passé un délai de 2 mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense en cas de contestation d'une mesure de régularisation dans les conditions prévues à l'article L. 600-5-2.

2. Passés ces obstacles, vous pourrez vérifier si les PC initiaux ont été régularisés par les PC délivrés à la suite de votre avant-dire droit.

L'étude d'impact a été mise à jour dans le cadre de la saisine de la nouvelle autorité environnementale et il est soutenu qu'elle est insuffisante car elle ne comprend pas d'inventaire actualisé de la faune présente sur le site t, contrairement au souhait émis à cet égard par l'autorité environnementale dans son avis du 9 septembre 2019.

De telles insuffisances ne sont susceptibles de vicier la procédure, et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude, que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative, comme le juge la décision Sté Ocréal du 14 octobre 2011 n°323257 aux T. En l'espèce, nous ne disposons d'aucun élément précis quant à la présence de nouvelles espèces protégées susceptibles d'être affectées par le projet. Dans ces conditions vous pourrez juger que ces insuffisances sont sans effet.

Il est également soutenu que les permis en cause ne respecteraient par les normes de pollution sonore nouvellement en vigueur ni ne préciseraient les conditions de raccordement des éoliennes en cause aux réseaux en méconnaissance de l'article R. 431-9 du code de l'urbanisme ni ne comporteraient de mesures propres à éviter, réduire ou compenser les atteintes occasionnées à l'environnement.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ainsi que le juge votre avis contentieux Batimolo du 18 juin 2014 n°376760 au rec, à compter de la décision par laquelle le juge fait usage de la faculté de surseoir à statuer ouverte par l'article L. 600-5-1, seuls des moyens dirigés contre le permis de construire modificatif notifié, au juge peuvent être invoqués devant ce dernier, les critiques concernant le PC initialement en litige ayant été examinée dans la décision avant dire droit pour permettre la régularisation des vices que cette décision identifie.

Les critiques en cause visent en réalité à revenir sur des vices qui entacheraient les PC initialement attaqués, qui auraient pu au demeurant être critiqués à ce moment, elles ne portent ni sur le vice objet de la mesure de régularisation ni des vices propres à cette mesure, elles ne peuvent qu'être écartés comme inopérants.

Cette mesure ayant par ailleurs régularisé le vice que vous aviez identifié dans votre décision avant dire droit, vous pourrez rejeter les conclusions de la requête de l'association « Eoliennes s'en naît trop ».

S'agissant enfin de la question des frais irrépétibles, vous avez récemment jugé par une décision X... (précitée) que la circonstance qu'au vu de la régularisation intervenue en cours d'instance, le juge rejette finalement les conclusions dirigées contre la décision initiale, dont le requérant était fondé à soutenir qu'elle était illégale et dont il est, par son recours, à l'origine de la régularisation, ne doit pas à elle seule, pour l'application de ces dispositions, conduire le juge à mettre les frais à sa charge ou à rejeter les conclusions qu'il présente à ce titre.

Vous pourrez dans les circonstances de l'espèce, rejeter l'ensemble des conclusions des parties présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

PCMNC au rejet des conclusions de l'association Eolienne s'en naît trop devant la CAA de Lyon et devant le CE et au rejet du surplus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.