

**N° 443458**

**Ligue pour la protection des oiseaux (LPO) et autres**

**6<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 5 septembre 2022**

**Décision du 22 septembre 2022**

## **CONCLUSIONS**

**M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public**

La présente affaire fournit l'occasion de compléter votre jurisprudence portant sur le régime transitoire applicable aux autorisations délivrées avant le 1<sup>er</sup> mars 2017 et devenues à cette date, en application de la loi, des autorisations environnementales agrégeant l'ensemble des autorisations requises pour un projet – dans le cas particulier où l'autorisation initiale était un permis de construire.

La Ligue pour la protection des oiseaux (LPO) de l'Aude, ainsi que deux autres associations et deux riverains ont vainement demandé au tribunal administratif de Montpellier l'annulation du permis de construire délivré par le préfet de l'Aude le 20 novembre 2014 en vue de l'édification de cinq éoliennes et d'un poste de livraison sur le territoire de la commune de Véraza. Ils se pourvoient en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille rejetant leur appel contre ce jugement.

1. Les requérants font grief à la cour de s'être abstenue de répondre à leur moyen d'appel tiré de ce que le pétitionnaire avait omis de solliciter une demande de dérogation au titre des espèces protégées, sur le fondement de l'article L. 411-2, 4<sup>o</sup> du code de l'environnement.

En défense devant vous, le ministre oppose le caractère inopérant du moyen, en faisant valoir que cette dérogation est accordée en vertu d'une législation distincte et selon une procédure indépendante de celle propre à la délivrance du permis de construire.

Ce raisonnement ne saurait être suivi compte tenu du chaînage organisé entre ces législations par l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale.

En effet, d'une part, il résulte des dispositions du code de l'environnement issues de cette ordonnance que l'autorisation environnementale agrège en son sein une autorisation pilote – ICPE ou IOTA – et, le cas échéant ou une plusieurs autorisations suiveuses<sup>1</sup> qui s'y incorporent, parmi lesquelles la dérogation « espèces protégées » (art. L. 181-2, I, 5<sup>o</sup> c. env.).

---

<sup>1</sup> Pour reprendre les termes d'Olivier Fuchs dans ses conclusions sur la décision *Boissonnade* citée ci-après.

D'autre part, au titre des dispositions transitoires prévues par l'article 15 de cette ordonnance, les autorisations délivrées en vue de l'installation d'éoliennes terrestres avant le 1<sup>er</sup> mars 2017 au titre de la police de l'eau ou de la police des ICPE, « *sont considér[é]s comme des autorisations environnementales (...), avec les autorisations, enregistrements, déclarations, absences d'opposition, approbations et agréments énumérés par le I de l'article L. 181-2 du même code que les projets ainsi autorisés ont le cas échéant nécessités ; les dispositions de ce chapitre leur sont dès lors applicables, notamment lorsque ces autorisations sont contrôlées, modifiées, abrogées, retirées, renouvelées, transférées, contestées (...)* ».

Partant, vous avez jugé que, dès lors que l'autorisation environnementale tient (désormais) lieu de la dérogation au titre des espèces protégées, l'autorisation environnementale issue d'une autorisation délivrée au titre de la police de l'eau avant le 1<sup>er</sup> mars 2017 peut être utilement contestée au motif qu'elle n'incorpore pas, à la date à laquelle le juge statue, la dérogation « espèces protégées » dont il est soutenu qu'elle serait requise pour le projet de travaux en cause (CE 22 juillet 2020, *Ministre de la transition écologique et solidaire c/ M. Boissonnade*, n° 4296140, aux tables).

Comme l'expliquait alors votre rapporteur public Olivier Fuchs, l'autorisation pilote délivrée avant le 1<sup>er</sup> mars 2017 doit donc être regardée, après cette date, comme une autorisation environnementale, au sein de laquelle ont vocation à s'agréger les autres autorisations requises. Elle peut donc être contestée en tant qu'une autorisation suiveuse, en l'espèce la dérogation aux espèces protégées, n'a pas été sollicitée.

Cette solution nous paraît transposable dans l'hypothèse, à ce jour inédite dans votre jurisprudence<sup>2</sup>, où l'autorisation initiale est un permis de construire.

En effet, l'article 60 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance (dite ESSOC) a complété la liste des autorisations mentionnée à l'article 15 précité qui deviennent des autorisations environnementales de plein droit au 1<sup>er</sup> mars 2017, pour y inclure les permis de construire en cours de validité à cette date autorisant l'installation d'éoliennes terrestres<sup>3</sup>. Cette disposition était applicable à la date à laquelle la cour a statué.

Certes, le permis de construire ne constitue pas à proprement parler une autorisation « pilote », c'est-à-dire une partie intégrante de l'autorisation environnementale comme l'est l'autorisation ICPE ou IOTA : ainsi, l'autorisation environnementale ne tient pas lieu du permis de construire le cas échéant requis par le projet (art. L. 181-2 c. env.) et c'est en vertu de l'article R. 425-29-2 que l'autorisation environnementale délivrée au titre de projets éoliens terrestres les dispense du permis de construire. Néanmoins cette circonstance nous

---

<sup>2</sup> Cette solution a déjà été retenue en revanche par la Cour de Nantes (CAA Nantes 7 janvier 2022, *Sté pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France et autres*, n°20NT03390, publié à l'AJDA 25 juillet 2022, p. 1485.

<sup>3</sup> Ainsi qu'il ressort des travaux parlementaires, cette disposition issue d'un amendement présenté en séance à l'Assemblée nationale avait pour objet d'éviter que les parcs éoliens qui ont été autorisés avant 2010 par le biais d'un simple permis de construire, et qui feraient l'objet de modifications, ne soient obligés de déposer une demande d'autorisation environnementale complète, au même titre que les installations nouvelles.

semble indifférente, dès lors que les dispositions transitoires définies à l'article 15 font des permis octroyés avant le 1<sup>er</sup> mars 2017 des autorisations environnementales à compter de cette date.

Par suite, le permis en litige, accordé le 20 novembre 2014, devait être regardé comme une autorisation environnementale à la date à laquelle la cour a statué, et les requérants pouvaient utilement en contester la légalité en tant qu'elle n'incorpore pas la dérogation aux espèces protégées requise compte tenu de la nature du projet.

C'est en vain, nous semble-t-il, que la société pétitionnaire objecte en défense la spécificité du régime contentieux des permis de construire.

Il est vrai, ainsi que vous l'avez jugé au sujet des autorisations uniques (CE 26 juillet 2018, *Association "Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambrésis" et autres*, n°416831, au recueil), que le permis de construire des éoliennes terrestres, bien que considéré comme une autorisation environnementale à compter du 1<sup>er</sup> mars 2017, doit être regardé comme continuant à produire ses effets après cette date en tant que permis de construire et le juge, saisi de moyens dirigés contre le permis de construire en tant que tel, doit statuer comme juge de l'excès de pouvoir sur cette partie de l'autorisation. Il est encore vrai qu'à la date de délivrance du permis, aucune règle n'imposait qu'il soit préalablement délivré une dérogation au titre des espèces protégées<sup>4</sup>. Néanmoins, c'est bien comme juge de plein contentieux qu'il appartenait à la cour de statuer pour apprécier la légalité, non du permis, mais de l'autorité environnementale ; et le moyen de légalité invoqué mettant en cause non la procédure de délivrance de l'autorisation mais le respect des règles de fond, c'est à la date à laquelle la cour statuait qu'il convenait de se placer. Ce vice était d'ailleurs susceptible d'être régularisé, en application de l'article L. 181-18 du code de l'environnement, par une autorisation modificative comportant une telle dérogation.

Vous pourrez donc censurer l'arrêt pour n'avoir pas répondu au moyen opérant qui était soulevé devant elle. Toutefois, compte tenu de ce que l'illégalité invoquée n'était de nature à affecter qu'une partie divisible de l'autorisation environnementale (CE 22 mars 2018, *Association Novissen et autres*, n° 415852, au recueil), il n'en résulterait qu'une annulation partielle de l'arrêt, dans la seule mesure où il rejette les conclusions aux fins d'annulation du permis, en tant que ce dernier n'incorpore pas la dérogation au titre des espèces protégées.

2. Cependant, nous paraît justifier l'annulation de l'arrêt dans son intégralité un second moyen, tiré de l'application erronée par la cour de la jurisprudence *Ocréal* (CE 14 octobre 2011, n° 323257, aux tables) qui permet la neutralisation des irrégularités ou des insuffisances d'une étude d'impact, lorsque le vice invoqué n'a pas été de nature à priver le public d'une garantie ni n'a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision.

---

<sup>4</sup> Depuis lors, l'article L. 421-15 du code de l'urbanisme issu de l'ordonnance n° 2016-354 du 25 mars 2016 relative à l'articulation des procédures d'autorisation d'urbanisme avec diverses procédures relevant du code de l'environnement dispose que, lorsque le projet porte sur des travaux devant faire l'objet d'une dérogation au titre des espèces protégées, le permis « ne peut pas être mis en œuvre avant la délivrance de cette dérogation ».

Alors que la zone d'implantation est située en zone Natura 2000 dans un milieu présentant une richesse remarquable en termes de chiroptères et de grands rapaces d'intérêt communautaire, les requérants avaient mis en évidence de graves lacunes affectant l'étude d'impact, concernant le choix inadapté des périodes de mesure de l'activité faunistique, les insuffisances méthodologiques et le caractère obsolète des données utilisées, vieilles de neuf ans.

Pour juger que ces lacunes, bien qu'avérées, n'avaient pas été de nature à exercer une influence sur la décision du préfet, la cour a relevé que ce dernier avait d'abord opposé à la pétitionnaire deux refus – tous deux annulés par le tribunal administratif – et qu'il n'avait en définitive délivré l'autorisation qu'au titre de trois éoliennes sur les cinq initialement prévues, en l'assortissant de nombreuses prescriptions de nature à réduire l'impact sur l'avifaune et les chiroptères. Or de telles circonstances, si elles traduisent bien une prise en compte par l'auteur de l'acte des risques pesant sur ces espèces, ne permettaient pas de déduire qu'il était suffisamment informé de leur nature exacte pour les circonscrire efficacement – alors qu'il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt que le périmètre défini par le permis et les prescriptions qui l'assortissent auraient permis d'éliminer toute incidence possible du projet sur ces espèces. Vous censurerez donc l'erreur de droit commise par la cour sur ce point.

Les autres moyens du pourvoi ne paraissent en revanche pouvoir prospérer.

En particulier, vous ne pourriez accueillir l'ultime moyen articulé par la LPO dans un mémoire produit le mois dernier et tiré d'une méconnaissance de l'article L. 600-5-2 du code de l'urbanisme, faute pour la cour d'avoir joint dans son arrêt les instances portant sur la contestation des permis modificatifs délivrés ultérieurement. Cet article dispose que la légalité d'un permis modificatif intervenu au cours d'une instance portant sur un permis de construire ne peut être contestée par les parties que dans le cadre de cette même instance ; il ne saurait donc être utilement invoqué à l'encontre d'un arrêt statuant sur le seul permis initial.

Nous restons enfin circonspect sur le moyen dirigé contre les motifs de l'arrêt par lesquels la cour a écarté l'argumentation d'appel tirée de l'invocation de la jurisprudence *Mme Perreux*, en vertu de laquelle tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires (CE Ass. 30 octobre 2009, n°298348, au recueil).

Devant la cour, les requérants soutenaient que le préfet aurait dû opposer un refus à la demande de permis au regard des prescriptions définies à l'article 6 de la directive « Habitats »<sup>5</sup> relatif aux conditions dans lesquelles les autorités nationales donnent leur accord aux projets affectant les sites Natura 2000, en faisant valoir que cette directive n'avait pas été transcrite complètement en droit interne par l'article R. 111-15 du code de l'urbanisme qui, ainsi que vous l'avez déjà jugé et comme l'a relevé la cour elle-même, ne permet pas à l'administration de refuser un permis qui aurait des conséquences pour l'environnement, mais seulement de l'accorder sous réserve du respect de prescriptions spéciales relevant de la police de l'urbanisme (CE 6 décembre 2017, *M. et Mme M...*, n°398537, aux tables).

---

<sup>5</sup> Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

Néanmoins, le ministre avait objecté en défense que l'Etat avait pris les mesures de transposition nécessaires à travers l'article L. 414-4 du code de l'environnement en vertu duquel l'autorité chargée de délivrer l'autorisation s'oppose à tout projet s'il résulte de l'évaluation des incidences que leur réalisation porterait atteinte aux objectifs de conservation d'un site Natura 2000. Si nous conservons des doutes sur l'applicabilité de cet article au litige dans la configuration très particulière de l'espèce, nous ne pensons pas en revanche qu'il puisse être reproché à la cour une erreur de droit à n'avoir pas vérifié que cet article respectait les objectifs de la directive alors qu'elle n'était saisie d'aucune critique en ce sens.

**PCMNC :**

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Marseille ;
- et à ce qu'une somme de 1.500 euros soit mise à la charge de l'Etat, d'une part, et de la société Veraza Energie, d'autre part, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.