

N° 458933

Société ferme éolienne Saint-Maurice

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 6 février 2023

Décision du 1^{er} mars 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

La présente affaire vous permettra d'apporter deux précisions sur l'office du juge de plein contentieux des ICPE et l'articulation des **différents outils** dont il dispose pour remédier à certaines irrégularités affectant l'autorisation d'exploiter et ainsi préserver, dans une certaine mesure, les droits du pétitionnaire.

Nous en rappellerons les composantes principales avant d'en venir à l'examen du pourvoi.

Dans l'ordre logique, doit être mentionnée d'abord, s'agissant des vices de procédure, la faculté dont dispose le juge de neutraliser l'existence même du vice, selon la logique propre à la jurisprudence *D...*¹, qu'il s'agisse des irrégularités affectant l'étude d'impact (CE 14 octobre 2011, *Société Ocréal*, n° 323257, aux tables) ou l'enquête publique (CE 3 juin 2013, *Commune de Noisy-le-Grand*, n° 345174, aux tables) : les inexactitudes, omissions ou insuffisances de l'étude ou de l'enquête ne sont susceptibles d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de l'une ou l'autre 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.

Viennent ensuite les techniques de « régularisation » qui permettent d'éviter, nonobstant l'illégalité entachant l'autorisation, que les droits d'exploiter ne soient entièrement remis en cause.

La première est la régularisation « spontanée » menée à l'initiative du pétitionnaire, et consacrée par la jurisprudence *SIETOM* : le juge de plein contentieux peut prendre en compte la circonstance, appréciée à la date à laquelle il statue, que les irrégularités affectant la décision d'autorisation ont été régularisées, sous réserve qu'elles n'aient pas eu pour effet de

¹ CE Ass. 23 décembre 2011, *D... et autres*, n° 335033, au recueil.

nuire à l'information complète de la population (CE 22 septembre 2014, *Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères (SIETOM) de la région de Tournan-en-Brie*, n° 367889, au recueil).

Si la régularisation n'est pas intervenue à la date à laquelle il statue, le juge dispose encore de deux outils définis aux 1° et 2° du I de l'article L. 181-18 du code de l'environnement, issu de l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017, qui emprunte largement au double mécanisme de régularisation prévu en droit de l'urbanisme, respectivement aux articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. Son mode d'emploi a été précisé par vos deux avis contentieux (CE 22 mars 2018, *Association N...*, n° 415852, au recueil ; CE 27 septembre 2018, *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural*, n° 420119, au recueil).

Le 1° du I prévoit une régularisation « hors prétoire » : le juge annule seulement une partie de l'autorisation ou une phase² de la procédure préalable à son édiction et demande à l'administration de reprendre l'instruction à la phase ou sur la partie entachée d'irrégularité, en vue de l'édiction d'une nouvelle décision.

Le 2° du I organise la régularisation « dans le prétoire » : à l'issue du délai fixé par un premier jugement avant dire droit, l'autorisation n'est pas annulée mais régularisée par une décision complémentaire qui corrige le vice dont est entachée la décision initiale, la régularisation pouvant porter sur l'ensemble de l'autorisation environnementale, une partie divisible de celle-ci ou une phase de la procédure³.

Enfin, le juge de pleine juridiction conserve toujours la faculté, même s'il prononce l'annulation de l'autorisation en son entier, d'autoriser à titre provisoire, et le cas échéant sous réserve des prescriptions qu'il détermine, la poursuite de l'exploitation, dans l'attente de la délivrance d'une nouvelle autorisation par l'autorité administrative, compte tenu notamment de la nature de l'illégalité ayant conduit à l'annulation, de considérations d'ordre économique et social ou de tout autre motif d'intérêt général (CE 15 mai 2013, *Société ARF*, aux tables, n° 353010)⁴.

Cette palette d'outils s'inscrit dans un mouvement général qui tend à favoriser davantage les procédés de régularisation à la main du juge administratif afin d'assurer un meilleur équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique⁵, mais elle trouve aussi des fondements

² entendue dans sa définition résultant de l'article L. 181-9 du code de l'environnement qui distingue trois phases : la phase d'examen, la phase de consultation du public et la phase de décision.

³ D'autre part, le II de l'article L. 181-18 permet au juge de prononcer la suspension de l'exécution de parties non viciées de l'autorisation environnementale.

⁴ ainsi que le précise l'avis *N...* (point 13), les dispositions de l'article L. 181-18 du code de l'environnement n'ont eu ni pour objet ni pour effet de lui retirer ce pouvoir.

⁵ Voir par exemple : L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, « *La régularisation, nouvelle frontière de l'excès de pouvoir* », AJDA, 2016, p. 1859.

propres au contentieux des installations classées marqué de longue date par la logique du juge-administrateur. L'agilité dont ce juge peut (et doit) faire preuve revêt une dimension particulière dans un contexte où l'implantation des installations d'énergies renouvelables doit s'accélérer pour espérer atteindre les objectifs fixés par le législateur.

Toutefois le juge ne peut jouer à sa guise des différents instruments à sa disposition, comme l'illustre la présente affaire.

Le préfet des Deux-Sèvres avait délivré en 2019 à la société Ferme éolienne Saint-Maurice une autorisation environnementale pour la construction et l'exploitation de six éoliennes sur le territoire de la commune de Saint-Maurice-Etusson. Saisie d'un recours formé par un riverain, M. L..., la cour administrative d'appel de Bordeaux a, d'une part, annulé partiellement l'autorisation en tant qu'elle ne comporte pas la dérogation requise par l'article L. 411-2 du code de l'environnement au titre des « espèces protégées » et suspendu son exécution jusqu'à la délivrance de cette dérogation et, d'autre part, sursis à statuer sur le surplus des conclusions pour une durée de six mois, afin de permettre à la pétitionnaire de régulariser un autre vice, tenant aux insuffisances du volet de l'étude d'impact consacré aux chiroptères.

Il nous semble que la cour a commis ce faisant, ainsi que l'affirme le pourvoi, deux erreurs de droit.

1. La première erreur porte sur l'articulation entre la neutralisation des irrégularités opérée en application de la jurisprudence *Ocréal* et la mise en œuvre des pouvoirs de régularisation définis à l'article L. 181-1.

La cour était saisie d'un moyen tiré ce que les campagnes d'écoutes des chiroptères réalisées entre juin 2015 et mai 2016 avaient été effectuées depuis différents points de la zone d'implantation du projet mais pas en altitude. La cour a estimé que cette carence faisait naître « *un doute* » sur les conclusions de l'étude d'impact qui concluait à l'existence d'un « enjeu modéré » pour les chiroptères. Néanmoins, elle a aussitôt relevé que cette irrégularité était susceptible d'être régularisée en application du 1° du I de l'article L. 181-18 du code de l'environnement ; elle a donc sursis à statuer jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois pour permettre à la société de lui notifier le cas échéant une mesure de régularisation.

Le raccourci emprunté par la cour ne nous semble pas valide.

En vertu de votre jurisprudence *Ocréal*, il lui appartenait de vérifier, avant de conclure qu'elles entachaient d'illégalité l'autorisation, que les insuffisances de l'étude d'impact avaient pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles avaient été de nature à exercer une influence sur la décision.

Certes, la cour n'était saisie sur ce terrain d'aucune argumentation en défense. Mais vous jugez qu'il appartient au juge administratif d'écarter d'office un moyen tiré d'un vice de procédure qui ne lui paraît pas de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée (CE 17 février 2012, *Société Chiesi SA*, n° 332509, au recueil), notamment dans l'hypothèse d'un vice tiré de l'insuffisance d'une étude d'impact (CE 28 décembre 2017, *Sté PCE et a.*, n° 402362, 402429, aux tables et aux conclusions d'E. Crépey).

Vous ne pourrez identifier dans les motifs de l'arrêt les traces d'un refus *implicite* « d'ocréalisation » en l'absence de toute référence aux critères posés par cette jurisprudence. Du reste, votre décision *Sté PCE* précitée a fermé la porte à ce type d'accommodement en exigeant des juges du fond qu'ils procèdent à cette recherche par des motifs explicites.

Notons aussi que la cour n'était pas confrontée à un vice dont la neutralisation aurait été par nature impossible, tel que l'irrégularité de l'avis rendu par l'autorité environnementale (CE 9 juillet 2021, *Commune de Grabels*, n° 437634, au recueil).

Néanmoins, et la question est inédite devant vous, la cour ne pouvait-elle pas se dispenser de cette recherche dès lors qu'elle tirait pas comme conséquence du vice de procédure l'annulation de l'autorisation, mais ouvrait la voie à sa régularisation ? Autrement dit, la cour disposait-elle d'un choix entre les deux voies de « réfection » de l'autorisation environnementale ?

En contraignant l'administration à porter à connaissance du public de nouveaux éléments, la solution de la cour peut sembler à première vue assurer une meilleure effectivité du principe de participation du public garanti par l'article 7 de la Charte de l'environnement. Mais il n'en est rien puisque la jurisprudence *Ocréal* ne joue, précisément, que dans l'hypothèse où les insuffisances de l'étude d'impact n'ont pas pu nuire à l'information complète de la population.

En réalité, l'ordre de priorité est commandé par la logique : le juge ne peut s'engager sur la voie de la régularisation qu'après avoir constaté l'existence d'un vice entachant la légalité de l'acte, ce qui suppose que le juge ait d'abord vérifié, *in concreto*, que ce vice n'est pas susceptible d'être neutralisé. S'il peut l'être, l'irrégularité n'affecte pas la légalité de l'acte et n'appelle donc aucune régularisation.

Vous censurerez donc les motifs de l'arrêt sur ce point.

2. La seconde erreur de droit commise par la cour a trait cette fois à l'articulation entre les deux modes de régularisation ouverts respectivement aux 1° et 2° du I de l'article L. 181-18.

En annulant partiellement l'autorisation en tant qu'elle ne comporte pas la dérogation « espèces protégées », la cour a ouvert la voie à une régularisation hors prétoire, en

application du 1°, alors que la société pétitionnaire l'avait saisie de conclusions subsidiaires tendant à ce qu'elle sursoie à statuer dans l'attente d'une régularisation au sein du prétoire, en application du 2°.

La question de l'ordre de priorité entre les deux alinéas semble également inédite, même si la réponse est en partie préemptée par vos précédentes décisions.

La thèse d'une marge d'appréciation laissée au juge pourrait trouver appui sur une analogie avec les dispositions du code de l'urbanisme ayant servi de modèle à la rédaction de l'article L. 181-18. En effet, vous n'avez pas établi de hiérarchisation entre le mécanisme d'annulation partielle défini à l'article L. 600-5 et le sursis à statuer défini à l'article L. 600-5-1 : votre avis de section *B...*⁶ énonce que le juge n'est pas tenu de mettre en œuvre le second s'il fait le choix de recourir au premier dès lors que les conditions légales en sont réunies.

En outre, il pourrait sembler expédient pour la juridiction, notamment lorsque la régularisation implique un délai important pour la réalisation des études, les analyses techniques préalables et l'organisation de la consultation du public, de pouvoir clore le dossier contentieux.

Mais votre avis *N...* nous semble avoir déjà implicitement consacré le caractère de premier rang de la mesure de sursis à statuer, puisqu'il énonce que les dispositions du 1° imposent au juge de prononcer l'annulation de l'autorisation en tout ou partie « s'il n'estime pas pouvoir surseoir à statuer en vue d'une régularisation » dans les conditions prévues au 2°.

Surtout, par votre *Sté Egiom* du 11 mars 2020, aux tables (n° 423164) vous avez jugé que lorsque le juge est saisi de conclusions tendant à ce qu'il soit fait application du 2° du I de l'article L. 181-18 du code de l'environnement, le juge est tenu de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient de ces dispositions si les vices qu'il retient apparaissent, au vu de l'instruction, régularisables.

La question posée aujourd'hui est de savoir s'il conviendrait de tempérer cette règle en considérant que, bien que saisi de telles conclusions, le juge peut régulièrement recourir, de manière alternative, à une annulation partielle.

Mais aucun motif ne nous paraît justifier une telle inflexion.

Nous relèverons en premier lieu l'absence d'argument de texte et l'écart de rédaction existant, sur ce point, avec les dispositions des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme qui prévoient chacun qu'ils sont applicables « sans préjudice » de l'autre – articulation qui ne figure pas à l'article L. 181-18.

⁶ CE 2 octobre 2020, n° 438318, au recueil.

Surtout, la logique propre à l'office du juge de plein contentieux y fait obstacle.

Les deux techniques ne sont pas identiques dans leurs effets puisque la première ne conduit pas à l'annulation de l'acte mais à sa consolidation par l'effet d'une mesure de régularisation : l'autorisation n'est pas annulée mais réparée.

La procédure de régularisation à engager hors prétoire est en outre moins « balisée » pour le pétitionnaire⁷ : si les dispositions du 1° invitent le juge à indiquer expressément dans sa décision quelle phase doit être regardée comme viciée, afin de simplifier la reprise de la procédure administrative en permettant à l'administration de s'appuyer sur les éléments non viciés pour prendre une nouvelle décision, en revanche, il n'entre pas dans son office de préciser les modalités selon lesquelles l'instruction doit être reprise, notamment dans le cas de dispositions réglementaires entachées d'illégalité ou en l'absence de dispositions applicables (avis précité *Danger de tempête sur le patrimoine rural*).

Enfin, le régime applicable est potentiellement moins protecteur pour le pétitionnaire : en application de votre avis contentieux N..., la régularisation de l'autorisation à l'intérieur de l'instance doit se faire en appliquant, en principe, les textes en vigueur à la date de la décision que l'on souhaite régulariser, alors que la régularisation hors prétoire, qui implique de reprendre une nouvelle décision après annulation partielle voire totale de la décision, suppose de reprendre la procédure en fonction des textes en vigueur à la date de la nouvelle décision.

La voie de sauvetage prévue au 2° présente donc des garanties supplémentaires pour les droits du pétitionnaire qui justifient, lorsque ce dernier en a sollicité l'application, que le juge y fasse faire droit lorsque les conditions sont remplies, sans pouvoir recourir alternativement aux dispositions du 1°.

Vous pourrez donc également censurer l'arrêt de la cour sur ce second point.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux ;
- au renvoi de l'affaire à cette cour ;
- et à ce que M. L... verse à la société Ferme éolienne de Saint-Maurice une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par M. L... au même titre.

⁷ Harada, L.-N., Terray, G. : « *La régularisation de l'autorisation environnementale par le juge administratif, où en est-on après cinq ans de pratique ?* », Bulletin du droit de l'environnement industriel, n°99, 1^{er} juin 2022.