

N°s 371567, 371568
Société Compagnie du vent

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 25 novembre 2015
Lecture du 11 décembre 2015

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. En vertu de l'article R. 424-21 du code de l'urbanisme, le permis de construire peut être prorogé pour une année, sur demande de son bénéficiaire, « si les prescriptions d'urbanisme et les servitudes administratives de tous ordres auxquelles est soumis le projet n'ont pas évolué de façon défavorable à son égard ». Vous avez jugé, par votre décision de Section Commune d'Eze du 5 novembre 2003 (n° 230535, au Rec., cc. F. Séners) que seule la modification des règles d'urbanisme ou des servitudes administratives de tous ordres s'imposant au projet, postérieurement à la délivrance du permis de construire et dans un sens défavorable au pétitionnaire, peuvent faire obstacle à la prorogation du permis, et non l'évolution des autres éléments de droit ou des circonstances de fait.

La présente affaire pose une question principale, dont les autres découlent : la modification de l'appréciation, par l'autorité administrative, des conditions dans lesquelles une servitude administrative grève le terrain d'assiette du projet autorisé doit-elle être regardée comme une modification de la servitude pour l'application l'article R. 424-21 ?

II. Les faits sont les suivants.

Par arrêté du 11 décembre 2007, le préfet du Finistère a délivré à la société La Compagnie du Vent un permis de construire pour l'implantation de 7 éoliennes et d'un poste de livraison sur le territoire de la commune de Locmélar, au vu notamment de l'avis favorable de l'autorité militaire rendu en application de l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile pour l'établissement de certaines installations qui, en raison de leur hauteur, pourraient constituer des obstacles à la navigation aérienne. L'avis de cette même autorité a en revanche été défavorable à l'implantation de 4 autres éoliennes, justifiant ainsi que le préfet oppose un refus à la demande de permis de construire qui les concerne.

La société a présenté une demande de permis modificatif ayant pour objet d'augmenter la longueur des pales des 7 éoliennes autorisées par le permis du 11 décembre 2007, ainsi qu'une demande de prorogation de ce permis. Les deux demandes ont été rejetées par deux arrêtés préfectoraux du 27 septembre 2010, attaqués devant le tribunal administratif de Rennes.

Nous allons d'abord nous intéresser au sort de la requête portant sur le refus de prorogation.

Le tribunal a rejeté cette requête (jugement en date du 18 octobre 2012), l'appel de la société étant rejeté par la cour administrative d'appel de Nantes par un arrêt du 12 juillet 2013 attaqué devant vous par le pourvoi n° 371567.

III. Il faut commencer par l'examen du moyen de cassation tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et une erreur de qualification juridique en jugeant que la nouvelle appréciation de l'autorité militaire constituait une modification d'une servitude administrative au sens des dispositions de l'article R.424-21 du code de l'urbanisme.

Il convient au préalable de préciser la nature de la décision de l'autorité militaire.

L'article R. 241-1 du code de l'aviation civile alors en vigueur¹ institue des servitudes spéciales dites « servitudes aéronautiques » de deux types : les servitudes de dégagement, autour des aérodromes, et les servitudes de balisage visant certains obstacles et emplacements. L'article R. 244-1, également situé au sein de la partie du code consacrée aux servitudes aéronautiques, prévoit par ailleurs qu' « à l'extérieur des zones grevées de servitudes de dégagement (...), l'établissement de certaines installations qui, en raison de leur hauteur, pourraient constituer des obstacles à la navigation aérienne est soumis à une autorisation spéciale du ministre chargé de l'aviation civile et du ministre de la défense ». Un arrêté du 25 juillet 1990 pris pour l'application de ces dispositions soumet à autorisation, en dehors des agglomérations, « les installations dont la hauteur en un point quelconque est supérieure à 50 mètres au-dessus du niveau du sol ou de l'eau ».

Les règles ainsi instituées sont au nombre de celles qui, issues d'une législation distincte, sont coordonnées avec celle de l'urbanisme pour la délivrance du permis de construire, comme le permet l'article R. 423-51 du code de l'urbanisme. L'article R. 425-9 du code de l'urbanisme dispose ainsi que « Lorsque le projet porte sur une construction susceptible, en raison de son emplacement et de sa hauteur, de constituer un obstacle à la navigation aérienne, le permis de construire ou le permis d'aménager tient lieu de l'autorisation prévue par l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile dès lors que la décision a fait l'objet d'un accord du ministre chargé de l'aviation civile et du ministre de la défense ».

Les obligations résultant des dispositions de l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile créent de façon certaine une servitude administrative au sens de l'article R. 424-21 du code de l'urbanisme : elles sont citées au nombre des servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol par l'annexe à l'article R. 126-1 du code de l'urbanisme².

IV. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une servitude d'une nature particulière : elle grève un terrain déterminé, non en fonction de caractéristiques prédéterminées comme une

¹ abrogé au 1 décembre 2010

² au même titre d'ailleurs que les servitudes aéronautiques de dégagement et de balisage, l'annexe à l'article R. 126-1 fixant les types de servitude d'utilité publique qui doivent figurer en annexe des plans locaux d'urbanisme et des cartes communales en application de l'article L. 126-1.

servitude de canalisation ou de passage sur le littoral, mais selon une appréciation de l'autorité compétente : ainsi le ministre chargé de l'aviation civile et/ou ministre de la défense peut, selon les caractéristiques du projet de construction, refuser l'autorisation spéciale ou l'assortir de conditions particulières d'implantation, de hauteur ou de balisage.

Comment apprécier dans ce cas ce qu'est la modification de servitude qui seule permet de refuser la prorogation du permis de construire ?

Elle se déduirait certainement de modifications aux dispositions législatives et réglementaires qui instituent la servitude ou les conditions dans lesquelles elle s'applique : il en serait ainsi de la modification de l'arrêté du 25 juillet 1990 qui définit les installations soumises à l'autorisation spéciale de l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile. Pensons à une modification qui modifierait la hauteur des installations soumises à l'autorisation, et qui ferait ainsi tomber le projet dans le champ de cette obligation. L'article R. 424-21 du code de l'urbanisme imposerait alors que la prorogation soit subordonnée au recueil de l'avis de l'autorité compétente, qui ne se serait pas prononcée sur la délivrance du permis initial.

Mais il y a matière hésitation quand n'est intervenu, depuis le permis initial, qu'un changement dans les modalités d'appréciation par l'autorité administrative compétente des conditions dans lesquelles les effets de la servitude existante doivent être appréciés.

Tel est le cas en l'espèce. L'avis favorable rendu par l'autorité militaire préalablement à la délivrance du permis du 11 décembre 2007 reposait sur des lignes directrices conduisant à limiter le nombre d'éoliennes par projet dans la zone dite de coordination autour du radar de Brest-Loperhet, et à limiter leur altitude, pâle comprise. Mais sa doctrine a changé en 2008 : une circulaire du 3 mars 2008, qui a en réalité la caractéristique d'une directive, fixe de nouvelles lignes directrices destinées à orienter dans un sens plus strict l'application des dispositions créant la servitude en cause, orientation confortée par des études postérieures du ministère de la défense menées en 2009. Cette nouvelle doctrine administrative conduisait donc l'autorité militaire, à la date à laquelle elle a été saisie de la demande d'avis sur la prorogation, et après examen particulier de la demande, à opposer un avis défavorable au projet déjà autorisé.

Deux approches sont dès lors possibles : la première consiste à affirmer que la servitude réside dans la décision de l'autorité militaire, du fait que les charges qui pèsent sur le terrain sont déterminées par le contenu de la décision. Il s'en déduirait alors qu'une nouvelle appréciation conduirait à une modification de la servitude.

On peut apporter à l'appui de cette thèse votre décision Ministre chargé de l'équipement c/ Association de défense de l'environnement du Nivernais du 23 février 2005 (n° 271131, inédite, 7/2 réunies), par laquelle vous avez estimé que la circonstance que le préfet avait, par un arrêté postérieur au permis, pris au titre des dispositions sur l'archéologie préventive, des mesures nouvelles plus contraignantes se substituant à celles prescrites lors de la délivrance du permis de construire, constituait une modification défavorable de la servitude résultant de ces dispositions. Mais, au delà du fait que la décision est rendue en cassation de référé, et que le caractère de servitude au sens de l'article R. 421-32 du code de l'urbanisme est loin d'être évident³, la solution résulte de ce que la servitude grevant le terrain avait évolué de façon autonome, indépendamment de la demande de prorogation.

³ Vous avez refusé cette qualification pour la législation sur l'urbanisme commercial, au motif qu'elle régit une activité économique et ne crée pas de charges pesant sur un fonds déterminé : c'est ce que juge votre autre décision

Or la généralisation de cette solution conduit, selon nous, à une impasse.

V. En effet, la logique de la décision Commune d'Eze est bien de limiter l'instruction de la demande de prorogation. Pour reprendre la formule de F. Seners dans ses conclusions sur cette affaire, « la prorogation est un leurre si elle impose à l'administration et au pétitionnaire les mêmes contraintes que la délivrance d'un nouveau permis ». C'est l'une des raisons qui a conduit la section du contentieux à strictement encadrer les motifs d'un refus de prorogation. Et la solution rétroagit sur l'instruction : il s'en déduit que l'autorité d'urbanisme limite son instruction à l'examen de la conformité du projet aux seules règles ou servitudes qui ont été modifiées depuis la délivrance du permis.

Nous en tirons deux conséquences :

1. Tout d'abord, cette solution repose nécessairement sur l'idée que l'autorité d'urbanisme est en mesure de déterminer de façon objective les changements de situation de droit.

Tel est le cas pour les règles d'urbanisme. Tel l'est également en théorie pour les servitudes administratives, au moins celles d'utilité publique affectant l'usage du sol qui, en vertu de l'article L. 126-1 du code de l'urbanisme, doivent être annexées au document local d'urbanisme, faute de quoi, après un délai de carence d'un an, elles ne sont pas opposables au permis de construire. Le code de l'urbanisme impose donc une prévisibilité des servitudes applicables. Il n'est donc pas illogique de penser que c'est au vu de ces éléments que la notion de modification de servitude doit être appréciée.

Mais on ne peut pas en rester là car, selon le type de servitude, les éléments annexés peuvent être assez sommaire : ainsi figurait bien en annexe de la carte communale de Locmélar la mention de l'existence sur l'ensemble du territoire de la servitude établie en application de l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile, mais sans plus de précision.

2. Il faut donc aller un peu plus loin et considérer que l'autorité d'urbanisme doit être en mesure de déterminer les modifications de règle comme de servitude indépendamment de l'appréciation portée par l'autorité administrative.

C'est ce qui a été jugé pour les règles d'urbanisme par l'affaire Commune d'Eze, s'agissant de l'appréciation de l'autorité d'urbanisme sur l'application des dispositions de l'article R. 111-2 du code de l'urbanisme, en l'espèce du fait des risques de chute de pierres sur le terrain d'assiette des constructions situées au pied d'une falaise. Ce n'est donc pas seulement l'évolution des circonstances de fait postérieure à la délivrance de l'autorisation qui ne peut justifier un refus de prorogation : c'est également une modification de l'appréciation des faits, changés ou inchangés, à règle d'urbanisme constante.

3. Et il nous paraît qu'il faut adopter la même position pour les servitudes.

Car on voit bien que les questions sont très proches lorsque, derrière la servitude, réside une décision administrative. On comprendrait mal que le refus de prorogation d'une décision

de Section du 5 novembre 2003, SCI Les blés d'or (n° 237383, au Rec.), s'inspirant ainsi fortement du droit civil pour la qualification de servitude.

4

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.

d'urbanisme fasse un meilleur sort à l'application de règles relevant d'une autre législation qu'à l'application des règles d'urbanisme. Et ceci d'autant plus que la décision prise au titre de l'autre législation comporte un régime qui lui est propre : ainsi, aucune disposition ne prévoit que l'autorisation spéciale de l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile, délivrée à l'occasion du permis de construire, a une durée de validité limitée, comme c'est le cas pour le permis de construire, cet article prévoyant en revanche la faculté de supprimer ou de modifier les installations soumises à autorisation lorsqu'elles constituent des obstacles à la navigation aérienne, certes par décret ce qui n'est pas léger.

La solution que vous adopterez sera par ailleurs valable pour les autres formes de servitude. On peut ainsi penser à la servitude de l'ancien article 13 bis de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, qui impose une autorisation en cas de transformation ou modification de nature à affecter l'aspect des immeubles situés dans le champ de visibilité d'un édifice classé ou inscrit. Il paraît difficile de considérer que l'autorité d'urbanisme doit recueillir l'avis de l'architecte des Bâtiments de France avant prorogation, au motif qu'un éventuel changement d'appréciation sur le projet constitue un changement de servitude.

Cette solution, qui imposerait donc d'interroger de façon systématique les autorités administratives compétentes, dès lors que l'étendue des charges qui résultent d'une servitude est laissée à leur appréciation, serait peu conforme au statut de la prorogation, tel que vous l'avez précisé par la décision de section Commune d'Eze.

Il nous semble donc plus cohérent et plus opportun de juger que, comme pour le changement d'appréciation sur l'application d'une règle, le changement d'appréciation sur les effets d'une servitude existante ne constitue pas une modification de servitude au sens de l'article R. 421-32 du code de l'urbanisme, susceptible de justifier un refus de prorogation du permis de construire.

En l'espèce, il est certain que les caractéristiques légales et réglementaires de la servitude n'ont pas été modifiées : seule l'appréciation portée par l'autorité militaire quant à ses effets sur le projet a évolué. Et nous vous invitons à ne pas vous laisser impressionner par les impératifs de sécurité ou d'efficacité militaires que l'on peut associer à la nouvelle doctrine de l'autorité militaire sur les effets des radars, cette dernière disposant de voie de droit s'il convient de revenir sur l'autorisation spéciale délivrée.

La nouvelle appréciation de l'autorité militaire ne nous paraît donc pas pouvoir justifier le refus de prorogation du permis existant. La cour a commis une erreur de droit en jugeant le contraire.

VI. Nous précisons que le sort des autres moyens se déduit de la réponse ainsi apportée.

- l'obligation d'interroger l'autorité militaire pour statuer sur la prorogation dépend de la question de savoir s'il y a modification de la servitude. Se manifeste ainsi une forme d'incohérence à faire dépendre de l'appréciation de l'autorité militaire l'existence d'une modification de servitude, la logique de la décision de section étant au contraire que l'instruction de la demande de prorogation soit limitée aux seules règles et servitudes modifiées depuis la délivrance du permis.

- Il nous paraît certain que si vous considérez qu'il y a modification de servitude, l'avis de l'autorité militaire liait le préfet. La modification résultant alors du contenu de cet avis, son caractère défavorable est certain, le projet ne pouvant être autorisé sans l'accord de cette autorité.

Mais pour les raisons dites, c'est dans les prémisses de ce raisonnement que nous voyons une erreur de droit, conduisant à l'annulation du premier arrêt attaqué.

VII. Le second pourvoi ne vous retiendra pas longtemps. Il est relatif au refus de permis modificatif, portant notamment sur la hauteur des éoliennes autorisées, augmentée de trois mètres.

Le tribunal a considéré que le préfet avait porté son appréciation sur l'intégralité du projet de la société requérante et pas seulement sur les modifications faisant l'objet de la demande de permis modificatif. Il en a déduit qu'en refusant ce dernier, le préfet devait être regardé comme ayant procédé au retrait du permis de construire initial. Il a annulé le refus de permis modificatif pour ce motif.

Saisie en appel, la cour a redressé le raisonnement en jugeant que, quels que soient ses motifs, une décision par laquelle l'autorité administrative se prononce sur une demande de permis modificatif ne saurait, par elle-même, être regardée comme ayant pour effet de retirer le permis de construire initial, hormis le cas où son dispositif préciserait expressément que tel serait son objet. Elle a annulé le jugement puis rejeté la demande par son second arrêt du 12 juillet 2013 attaqué devant vous.

1. Vous ne verrez pas d'erreur de droit dans la censure du motif retenu par le tribunal. Il est vrai que le permis modificatif peut parfois, au regard de son contenu, absorber en large partie le permis initial. Mais le refus de permis modificatif, quels que soit ses motifs, ne peut en aucun cas affecter le permis initial qui demeure. C'est ce que s'est bornée à juger la cour, en censurant le raisonnement de la cour, sans reprendre à son compte ses prémisses, c'est-à-dire le fait que le préfet aurait porté son appréciation sur l'intégralité du projet.

2. Il est vrai que l'arrêt ne met pas clairement en évidence que l'appréciation de l'autorité militaire, comme celle de l'autorité d'urbanisme, devait porter uniquement sur les effets de la modification. Mais au vu de la nouvelle doctrine développée par l'autorité militaire sur l'application des servitudes aéronautiques, condamnant tant le projet initial que son rehaussement, cette imprécision n'est guère opérante. Il est en effet certain que l'appréciation portée au vu de cette nouvelle appréhension des effets des éoliennes conduisait à opposer un refus au rehaussement des constructions. Il n'y a donc ni insuffisance de motivation ni erreur de droit sur ce point.

3. Vous ne pourrez pas non plus considérer que la cour a procédé à une substitution de base légale pour valider la décision préfectorale, cette dernière se fondant expressément sur l'avis défavorable de l'autorité militaire.

4. En aucun cas, la décision attaquée ne pouvait avoir pour effet de remettre en cause les droits acquis de la société tiré du permis initial dès lors que, comme nous l'avons dit, le refus de permis modificatif ne pouvait affecter le permis initial.

5. Vous pourrez écarter le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en considérant que l'autorité militaire ne s'est pas fondée sur la circulaire interministérielle du 3 mars 2008. La cour n'affirme pas nettement une telle chose, même si son arrêt n'est pas très clair sur ce point. Et en tout état de cause, l'acte en cause ayant le caractère d'une directive, la critique portant sur le fait qu'il est inopposable aux administrés est mal fondée.

6. Enfin, le moyen soulevé en réplique tiré de ce que les servitudes aériennes en cause seraient dépourvues de base légale, qui n'est pas d'ordre public, est nouveau en cassation.

Et par ces motifs nous concluons :

- à l'admission de l'intervention de l'association France énergie éolienne dans les deux affaires,

pour le pourvoi n° 371567 :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nantes

- à ce que l'Etat verse à la société requérante la somme de 3.000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

pour le pourvoi n° 371568 :

- au rejet du pourvoi y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1,

pour les deux pourvois, au rejet des conclusions présentées au même titre par l'association France énergie éolienne.