N° 430352

Association Boischaux Marche Environnement

6^e et 5^e chambres réunies

Séance du 18 octobre 2019

Lecture du 6 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. Le préfet de la région Centre-Val de Loire a autorisé l'exploitation d'un parc de six éoliennes, par un arrêté du 4 février 2016, modifié ensuite le 22 mars 2017 pour déplacer deux des six éoliennes. Ces arrêtés ont été attaqués et annulés par le tribunal administratif d'Orléans. Les travaux de construction avaient, semble-t-il, commencé et ils ont alors été interrompus. Mais, en appel, la cour administrative d'appel de Nantes a inversé la solution : elle a donc annulé le jugement et fait revivre l'autorisation, qu'elle a toutefois réformé, en modifiant à nouveau l'implantation d'une des éoliennes, qui ne respectait pas la distance minimale de 500 mètres des habitations exigée à l'article L. 515-44 du code de l'environnement. Les requérants se pourvoient en cassation et, à cette occasion, vous demande d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de l'arrêt de la cour de Nantes.

Il nous semble qu'un moyen du pourvoi et du sursis est des plus sérieux : l'autorisation était soumise à une évaluation environnementale prévue par le droit de l'Union européenne et, pour celle-ci, l'avis de l'autorité environnementale a été rendu par le secrétaire général pour les affaires régionales, qui a signé l'avis pour le préfet de région, et préparé par les services sous leur autorité. Vous avez jugé que c'est contraire aux objectifs de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011, qui exige que l'évaluation environnementale fasse intervenir l'avis d'une autorité environnementale suffisamment autonome du préfet (CE, 6 dec. 2017, Ass. FNE, n° 400559, T. ; CE, 20 septembre 2019, Min. de la transition écologique et solidaire c/ Ass. Sauvons le paradis, n° 428274, T.). Ce moyen semble donc sérieux, à ce stade de l'examen et de l'instruction, et il est de nature à inverser l'appréciation de la légalité de l'autorisation attaquée.

2. Ce préalable posé, il vous faut d'abord vous demander, conformément à l'article R. 821-5 du code de justice administrative, si l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel « *risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables* » et si ce moyen de cassation est « *de nature à justifier, outre l'annulation de la décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, l'infirmer de la solution retenue par les juges du fond* ».

En principe, vous n'admettez pas qu'on demande le sursis à exécuter d'un jugement ou d'un arrêt de rejet : par construction, celui-ci n'est pas censé entraîner des conséquences difficilement réparables. Il en va cependant différemment dans les quelques cas où, selon les termes de votre jurisprudence K... de 1986, le rejet en appel « *modifie la situation de droit ou de fait du requérant* » (CE 29 janv. 1986, K..., Rec. ; CE 16 juin 2008 K..., n° 304503, Rec.).

En l'espèce, l'arrêt n'est pas un pur arrêt de rejet de l'appel : il annule au contraire le jugement, qui avait lui-même annulé l'autorisation attaquée, et la fait revivre en rejetant la requête de première instance. La question est de savoir si, en l'espèce, la décision de la cour d'appel permet de reprendre la construction des éoliennes que le jugement du tribunal avait estimé illégale et avait interrompu : si c'est le cas, il nous semble que cette exécution peut effectivement avoir des conséquences difficilement réparables. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'apporter deux précisions.

En premier lieu, à l'époque où le projet a été autorisé, les éoliennes étaient encore soumises à la fois à permis de construire, pour la construction, et à autorisation d'installation classée, pour leur exploitation. Aujourd'hui, seule une autorisation d'installation classée est délivrée, selon la procédure de l'autorisation environnementale, et dans le respect des règles d'urbanisme. Or la cour a validé les deux autorisations mais le pourvoi ne conteste que l'arrêt relatif au permis de construire. En défense, la société fait donc valoir que l'exécution de l'arrêt n'entraînera rien de « difficilement réparable » puisqu'il ne s'agit que l'autorisation d'exploitation.

En second lieu, il faut donc déterminer s'il est possible de construire une éolienne dont l'autorisation d'exploiter est annulée, même de façon non définitive. A l'époque où le permis initial a été délivré, l'article L. 512-2 du code de l'environnement était assez libéral et autorisait la construction des travaux à partir du moment où l'enquête publique, menée pour l'instruction de l'autorisation d'exploiter, avait été clôturée, avant la délivrance de l'autorisation. Mais l'état du droit est actuellement régi par l'article L. 181-30 du code de l'environnement et l'article L. 425-14 du code de l'urbanisme : la règle est que l'autorisation d'urbanisme ne peut être mise à exécution avant la délivrance de l'autorisation environnementale. Il nous semble que l'intention du législateur a été d'empêcher qu'on commence ou achève des constructions importantes et destinées à des installations spécialisées, telles des usines ou des éoliennes, tant qu'on n'a pas l'assurance qu'une autorisation d'exploiter cette installation peut être délivrée. On sait que les bâtiments construits ne sont que difficilement détruits. Il nous semble que la logique de cette disposition est que l'annulation d'une autorisation d'exploiter par un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée, paralyse l'exécution du permis de construire qui lui était lié.

Contrairement à ce que nous avons indiqué lors du premier examen de cette affaire par la sixième chambre jugeant-seule, il nous semble que l'état du droit est celui-là, y compris pour une décision délivrée sous l'empire des anciens textes. Il s'agit en effet, à nos yeux, d'un élément relatif au régime d'exécution de l'autorisation pour lequel il convient d'appliquer le texte en vigueur à la date de l'exécution. Le fait que l'article L. 181-30 mentionne les *autorisations environnementales* n'y change rien, dès lors que l'ordonnance qui a créé le régime des autorisations environnementales dispose que toute les autorisations d'installation classée déjà délivrées sont soumises au régime et aux règles contentieuses des nouvelles autorisations environnementales (article 15 de l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 ; CE, 26 juillet 2018, Ass. Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambresis, n° 416831, Rec.). Il nous semble que les conditions de mise en œuvre du permis de construire lorsqu'une autorisation d'exploiter le bâtiment est requise par ailleurs font partie des éléments du régime d'exécution de l'autorisation d'urbanisme, qui peuvent être appelés à varier dans le temps et pour lequel le permis ne crée pas de droit acquis (cf. par ex., sur l'existence d'une caducité, CE, 28 janvier 1955, Consorts Robert et Bernard, Rec. p. 54).

Pour conclure sur ce point, il nous semble que l'exécution de l'arrêt a donc bien des conséquences difficilement réparables que le prononcé du sursis, faisant temporairement revivre l'annulation du tribunal, permettrait d'éviter. Il vous faut donc vous interroger sur la seconde condition.

3. Comme nous vous le disions, un moyen apparaît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à inverser l'appréciation de la légalité de l'autorisation d'exploiter. Se pose alors la deuxième difficulté de l'affaire : peut-on tenir compte, pour apprécier si le moyen est de nature à *infirmar la solution*, de l'existence du nouveau dispositif de régularisation prévu par l'article L. 181-18 du code de l'environnement ? Saisie après votre cassation, la cour pourra en effet surseoir à statuer et engager une phase de régularisation de l'autorisation, selon des modalités que vous avez précisées dans deux avis contentieux (CE, 22 mars 2018, *Ass. N...*, n° 415852, Rec. ; 27 sept. 2018, *Ass. Danger de tempête sur le patrimoine rural*, n° 420119, Rec.). L'issue de cette phase de régularisation est bien sûr incertaine mais il est juridiquement possible que l'autorisation soit confirmée.

Cette question délicate peut appeler, en théorie, trois réponses, mais il est difficile de théoriser tant le champ des illégalités régularisables est vaste et les contextes de cette régularisation variés.

Vous pourriez juger que le juge du sursis à exécution ne s'intéresse pas à la faculté de régularisation dans le prétoire : il se contente de constater qu'un moyen de cassation va conduire à casser l'arrêt et est « *de nature* » à inverser la solution. C'est la solution la plus simple mais aussi la plus rigide.

La solution inverse, conduisant à toujours refuser le sursis si le vice est régularisable, nous semble impossible à adopter : on ne peut pas partir du principe que l'illégalité sera régularisée. La régularisation est un processus qui, pour être crédible, doit demeurer ouvert. Vous exigez qu'une nouvelle décision administrative indique explicitement le parti choisi à l'issue de la procédure de régularisation, y compris s'il s'agit de maintenir en tous points la décision initiale. Si on estime qu'une décision irrégulière ne peut qu'être régularisée sans être modifiée, c'est que l'irrégularité n'était pas susceptible d'influer sur cette décision, et c'est en amont, par le jeu de votre jurisprudence *Danthony* (Cf. CE, Assemblée, 23 décembre 2011, *M. Danthony et autres*, n° 335033, Rec.) que celle-ci doit en principe être neutralisée.

Enfin, la solution intermédiaire apparaît équilibrée mais c'est aussi la plus délicate à mettre en œuvre : elle consisterait à anticiper, par une appréciation d'espèce, la probabilité que la phase de régularisation conduise à une validation, à une réfection ou à une remise en cause de la décision. Vous accorderiez le sursis si vous estimez possible que la décision administrative soit annulée ou même seulement amendée au terme de la régularisation ; vous le refuseriez si vous estimez que cette probabilité est trop faible. Mais comment l'apprécier ? Cela nous semble très délicat et quasiment impossible lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une irrégularité de procédure conduisant à estimer que le dossier est incomplet et ne permet pas de prendre la décision.

Il est délicat de théoriser et de prendre une position de principe : la diversité des irrégularités et des contextes de régularisation pourrait conduire, dans certain cas, à ne pas accorder le sursis à exécution de l'arrêt lorsqu'il apparaît que cette régularisation a toutes les chances d'aboutir, ne constituera qu'une validation formelle pour laquelle on dispose au dossier

d'éléments tangibles qui permettent de la regarder, non comme certaine, mais comme certainement possible. Ne parvenant pas à théoriser sur l'ensemble, nous ne vous proposerons qu'une solution limitée à l'espèce, et concluons à ce que vous accordiez le sursis, pour des raisons qui tiennent à la fois à la nature de votre office, à la nature de l'irrégularité et au cas d'espèce.

Si l'on considère la nature de l'office du juge du sursis à exécution en cassation, il nous semble qu'il doit plutôt vous pousser, en principe, à ne pas tenir compte de la possibilité puis de l'issue, toutes deux hypothétiques à ce stade, d'une procédure de régularisation durant la seconde instance d'appel. Le juge du sursis à exécution est un juge du provisoire, qui prend une mesure conservatoire pour qu'on attende, exceptionnellement, le jugement du pourvoi en cassation avant d'exécuter l'arrêt d'appel, lorsqu'un examen sommaire fait apparaître que la solution du litige aurait dû être inverse et que cela peut avoir des conséquences « *difficilement réparables* ». Son positionnement n'est pas sans parenté avec l'office du juge des référés, pour lequel vous avez jugé qu'il ne lui appartenait pas de tenir compte d'une éventuelle faculté de régularisation, et encore moins d'enclencher lui-même la procédure de régularisation (CE, 22 mai 2015, *SCI Paolina*, n° 385183, T.).

Surtout, il nous semble qu'il vous faut replacer votre intervention d'aujourd'hui dans la chronologie du pourvoi en cassation : dans quelques mois, le plus rapidement possible, vous allez probablement casser l'arrêt de la cour et lui renvoyer l'affaire. A ce moment-là, il ne fait aucun doute que les travaux devront être interrompus. La cour sera ressaisie et, selon toute vraisemblance, rendra un arrêt avant-dire-droit pour permettre une éventuelle régularisation de l'autorisation. Cet avant-dire-droit ouvrira une nouvelle période pendant laquelle, nous semble-t-il, les travaux devront être interrompus. Certes, l'article L. 181-18 du code de l'environnement permet au juge de la régularisation de décider si la décision peut ou non continuer à être exécuté dans l'intervalle. Mais cette faculté nous semble d'abord destinée à éviter de fermer temporairement une usine en fonctionnement, avec les conséquences économiques et sociales qui s'ensuivent, lorsque son autorisation d'exploitation, attaquée, s'avère irrégulière mais régularisable. Dans le cas d'espèce, il nous semble qu'il est plus opportun, et peut-être nécessaire au regard de la jurisprudence de la CJUE sur laquelle nous allons revenir, de ne pas poursuivre la construction durant la phase de régularisation qui peut aboutir à modifier les caractéristiques, voire le nombre ou le principe des éoliennes.

Vu la configuration, il nous semble préférable d'éviter une incohérence entre les deux interventions du juge de cassation à quelques mois d'écart : quel est l'intérêt de juger qu'il convient aujourd'hui de poursuivre les travaux si vous êtes convaincus que vous allez les faire arrêter dans quelques mois ? Il nous semble que votre intervention doit aller à chaque fois dans le même sens, et il n'est d'ailleurs pas rare que, saisis d'un sursis à exécution, vous choisissiez de juger le pourvoi le plus vite possible, prononçant le même jour un non-lieu à statuer sur le sursis. Une fois l'autorisation à nouveau paralysée par le sursis, le porteur de projet peut d'ailleurs, s'il le souhaite et que c'est raisonnablement possible, anticiper la régularisation de son autorisation, ce qui accélérera le traitement de l'affaire par la cour. Vous avez autorisé l'intervention d'actes de régularisation préventive dans votre arrêt de section *Commune de Sempy* (CE, section, 22 décembre 2017, n° 395963, Rec.).

Si l'on considère maintenant la nature de l'irrégularité, il nous semble délicat de considérer qu'il est probable que l'autorisation attaquée sera régularisée en l'état. Vous avez jugé que l'évaluation environnementale, telle que prévue par la réglementation européenne,

était incomplète sans qu'ait été recueilli l'avis d'une autorité spécifiquement chargée des questions environnementales et dotée d'une certaine autonomie. Pour juger le projet « probablement légal » après régularisation, il vous faudrait vous-mêmes prendre parti sur son impact environnemental sans disposer de l'avis de l'autorité environnementale alors que votre jurisprudence estime que le préfet, lui, ne doit pas prendre cette décision sans disposer de cet avis...

La Cour de justice a admis qu'il soit procédé à des régularisations d'évaluations environnementales non conformes au droit de l'Union européenne, mais c'est à la condition que « *toutes les options et solutions soient encore possibles* » et que l'autorité environnementale comme le public puissent « *exercer une réelle influence sur l'issue du processus décisionnel* » (CJUE, 3 juillet 2008, Commission/Irlande, C-215/06 ; CJUE, 15 janvier 2013, *Josef Krizan e.a.*, C-416/10 ; CJUE, 17 novembre 2016, *Stadt Wiener Neustadt*, C-348/15). Si la cour a admis que, dans certaines circonstances, il soit procédé à une régularisation alors même que le bâtiment est déjà construit (CJUE, 26 juillet 2017, *Comune di Corridonia*, C-196/16), il nous semble résulter de sa jurisprudence qu'il revient à l'Etat membre d'éviter cette situation quand c'est encore possible, afin que la régularisation de l'évaluation environnementale puisse aisément influencer sur la consistance du projet. Cela plaide, à notre sens, pour que les travaux soient interrompus dès à présent.

Enfin, ce qui nous détermine, c'est aussi **le cas d'espèce** qui rend malaisé d'affirmer qu'il est probable que la décision soit régularisable en l'état, pour deux motifs. Le premier est que l'autorisation a déjà été modifiée deux fois, ce qui est rare : une première par l'administration le 22 mars 2017, visiblement à la demande du pétitionnaire, pour modifier l'emplacement des éoliennes E2 et E5, puis par la cour administrative d'appel, pour que l'éolienne E3 respecte la règle de distance ; il n'est pas impossible que de nouvelles considérations, notamment environnementales, ne conduisent à ajuster à nouveau la position d'une éolienne. La seconde raison est que l'histoire de ce litige montre que la légalité du projet a été sujette à discussion : la cour a validé l'autorisation mais le tribunal l'avait annulée par un jugement sévère. Outre l'absence de consultation d'une autorité environnementale autonome, il avait estimé que le dossier justifiait insuffisamment de la capacité financière du pétitionnaire et que l'étude d'impact était insuffisante pour apprécier l'impact visuel des éoliennes dans le paysage, notamment sur certains monuments (la commission départementale de la nature, des paysages et des sites avait émis un avis défavorable). Il avait en outre, par des motifs assez sévères, estimé que certains documents de l'instruction révélaient que « *la décision d'autorisation avait été prise avant que la situation ait fait l'objet de l'examen particulier qui était requis* ». Nous ne prenons position aujourd'hui sur aucun de ces motifs de censure, notamment pas sur le dernier, mais il nous semble que ce contexte plaide pour que vous estimiez que la simple possibilité d'une régularisation ne vous autorise pas à refuser le sursis à exécution.

Nous concluons à ce que vous en ordonniez le sursis à exécution et accordiez mille euros à l'association requérante en remboursement de ses frais (L. 761-1 du CJA), les conclusions analogues de la société Ferme éolienne de Ids devant être rejetées.