N° 425161
Société InnoVent

2ème et 7ème chambres réunies
Séance du 23 janvier 2020
Lecture du 20 mars 2020

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

La société InnoVent est spécialisée dans le développement et l'exploitation de parcs éoliens en France et à l'étranger. Elle a développé un système de balisage intermittent – également appelé balisage circonstanciel – permettant de n'allumer les feux de balisage des éoliennes que lorsqu'un aéronef se situe dans un rayon déterminé. Le système fonctionne grâce à un détecteur de transpondeur[1] – équipements dont sont dotés la plupart des aéronefs qui permet aux radars secondaires des stations de contrôle du trafic aérien au sol de déterminer leur position dans l'espace surveillé – installé dans l'éolienne. La société présente le dispositif comme permettant d'améliorer l'acceptation par les riverains du balisage des parcs éoliens par la limitation de la pollution lumineuse liée au signalement des aérogénérateurs, sans pour autant mettre en danger la sécurité aérienne.

Cette technologie de balisage intermittent est déjà prise en compte par la réglementation de certains pays, tels que l'Allemagne, ainsi que par la Convention relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944. La société voudrait pouvoir la développer en France. Elle l'a à cette fin présentée aux acteurs associés à la révision de l'arrêté du 13 novembre 2009 relatif à la réalisation du balisage des éoliennes situées en dehors des zones grevées de servitudes aéronautiques, et notamment à l'association « France énergie éolienne ».

Mais cette action de lobbying n'a pas suffi à ce que le nouveau cadre réglementaire français, constitué par l'arrêté interministériel du 23 avril 2018 relatif à la réalisation du balisage des obstacles à la navigation aérienne, prévoie la possibilité d'équiper les éoliennes d'un dispositif de balisage intermittent.

C'est pourquoi la société Innovent a saisi le ministre chargé des transports d'un recours gracieux, qui a été rejeté. Elle vous saisit à présent d'un recours pour excès de pouvoir contre cet arrêté.

Vous commencerez par requalifier les conclusions dont vous êtes saisis en conclusion d'annulation partielle : n'est mis en cause que le chapitre 3 de l'annexe II de l'arrêté du 23 avril 2018, relatif au balisage lumineux des éoliennes, parfaitement divisible du reste de

[1] Transpondeurs ADS-B mode S, permettant de connaître la latitude, la longitude et l'altitude de l'aéronef.

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'arrêté. Les règles en matière de couleur de balisage, de proximité avec d'autres dispositifs de signalisation ou de certification de conformité ne sont pas critiquées par la société InnoVent, qui ne justifierait en tout état de cause pas d'un intérêt suffisant pour en demander l'annulation, ainsi que le fait valoir le ministre dans une fin de non-recevoir.

Le premier moyen soulevé, tiré de l'absence d'évaluation environnementale, vous conduira à vous prononcer sur la question de savoir si les règles en matière de balisage lumineux des obstacles à la navigation aérienne que sont les éoliennes – intensité diurne et nocturne, position et couleur des feux, fréquence et synchronisation des éclats, répartition des feux sur les champs éoliens terrestres et maritimes – relèvent du champ d'application de la directive 2001/42 /CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, transposée par les articles L. 122-4 et R. 122-17 du code de l'environnement.

Vous rechercherez en vain un critère susceptible de vous orienter dans cette opération de qualification dans la définition de la notion de « plans et programmes » donnée par le a) de l'article 2 de la directive, exclusivement institutionnelle : plan adopté par une autorité publique et exigé par des dispositions législatives, réglementaires et administratives.

C'est donc à partir de la jurisprudence abondante de la Cour de justice que vous vous déterminerez. Or celle-ci présente la caractéristique d'être particulièrement extensive, ce que la Cour justifie par la finalité poursuivie qui est de garantir un niveau élevé de protection de l'environnement (CJUE 22 mars 2012 *Inter-Environnement Bruxelles e.a.*, C-567/10, § 37).

La Cour de justice ne s'est, en effet, pas bornée à inclure dans le champ d'application de la directive les documents comportant une dimension de planification[2], notion autour de laquelle s'est organisée, aux articles L. 122-4 et R. 122-17 et 18 du code de l'environnement, la transposition de la directive de 2001.

Par un arrêt remarqué du 27 octobre 2016 (CJUE, 27 octobre 2016, *Patrice d'Oultremont,* C-290/15, point 49 ; Léo Genty, « Les actes réglementaires peuvent nécessiter une évaluation environnementale, AJDA 2016.2071)*,* qui répond à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat de Belgique saisi d'une demande d'annulation d'un arrêté comportant diverses dispositions relatives à l'implantation et l'exploitation d'éoliennes en Wallonie[3], la Cour de justice dit pour droit que « *la notion de « plans et programmes » se rapporte à tout acte qui établit, en définissant des règles et des procédures de contrôle applicables au secteur concerné, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement* » (voir aussi les arrêts du 7 juin 2018, *Inter-Environnement Bruxelles e. a.*, C-671/16, point 53 ; et du 7 juin 2018, *Thybaut e.a.*, C–160/17, point 54, qui fait entrer dans le champ de cette définition un règlement régional d'urbanisme fixant des prescriptions pour la réalisation de projets immobiliers ; CJUE, 8 mai 2019, *« Verdi Ambiente e Società (VAS) -*

[2] La jurisprudence développée par la Cour de justice jusqu'en 2016 est en ce sens :

[3] Arrêté du Gouvernement wallon du 13 février 2014 portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW.

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.

Aps Onlus » e.a., C-305/18, point 50) ou, autrement dit, susceptibles « *d'affecter le site concerné de façon significative* » (CJUE 10 septembre 2015, *Dimos Kropias Attijis* C-473/14, point 47).

Le corpus législatif et réglementaire encadrant, même partiellement, une activité peut ainsi relever de la directive et être soumis à ce titre à une évaluation environnementale, dès lors qu'il est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Deux raisons nous conduisent à vous proposer de juger que l'arrêté litigieux ne relève pas du champ d'application de la directive « plans et programmes ». Elles s'imposent avec la force de l'évidence, si bien que vous pourrez vous prononcer sans saisir la Cour de justice d'un renvoi en interprétation.

En premier lieu, la réglementation en cause dans l'arrêt *Patrice d'Oultremont* et celle ici contestée n'ont rien de comparable, quoiqu'elles s'appliquent toutes deux aux éoliennes. Le seul balisage des aérogénérateurs ne saurait être regardé comme un « *ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement* », à la différence des mesures de sécurité, de contrôle, de remise en état et de sûreté ainsi que des normes de niveau sonore définies au regard de la topographie des zones et de leur caractère habité, qui doivent être respectées dans le cadre de la délivrance d'autorisations administratives portant sur l'implantation et l'exploitation des éoliennes en Wallonie. L'arrêt *Patrice d'Oultremont* indique certes que le cadre défini par le plan ou programme, entendu comme les dispositions qui encadrent la délivrance d'autorisations d'installations d'éoliennes, n'a pas à être un cadre complet pour relever du champ de la directive. La réglementation ici en cause relève de la police de la navigation aérienne, et non de la police de l'environnement. Elle est prise en application de l'article L. 6351-6 du code des transports[4], selon lequel « *L'autorité administrative peut prescrire : / 1° Le balisage de tous les obstacles qu'elle juge dangereux pour la navigation aérienne ».* Elle ne détermine en rien le lieu d'implantation, le gabarit, la puissance des éoliennes mais se borne à fixer les modalités de signalements des éoliennes, dont l'installation est autorisée en vertu d'une autre législation. On ne saurait, compte tenu de cet objet, vous soupçonner d'entériner un contournement de l'obligation d'évaluation environnementale le plus en amont possible par une fragmentation des mesures réduisant l'effet utile de la directive.

En deuxième lieu, nous n'avons aucun doute sur le fait que la réglementation litigieuse relève, en tout état de cause, de l'exception ménagée par l'article 8 de la directive, en vertu duquel « *Les plans et programmes établis uniquement à des fins de défense nationale ou de protection civile (...) ne sont pas soumis à l'obligation de réaliser une évaluation environnementale »,* exception que vous avez mobilisée à propos des plans de prévention des risques naturels prévisibles (CE, 29 janvier 2014, *M. et Mme M… et autre,* n° 356085, T. pp. 558-753-897, avant que cette catégorie de plans ne soit incluse, par le décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement, dans le champ de ceux susceptibles de faire l'objet d'une évaluation

[4] Voir également l'article R. 243-1 du code de l'aviation civile.

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.

environnementale après un examen au cas par cas : II de l'article R. 122-17 du code de l'environnement). Le balisage lumineux des obstacles à la navigation aérienne, au nombre desquels les éoliennes, a pour seul objet de garantir la sécurité de la circulation aérienne civile et militaire, et ce afin de protéger les populations survolées. C'est le terrain de réponse que nous vous proposons à titre principal.

Le moyen tiré de la méconnaissance des objectifs de la directive 2001/42/CE doit donc être écarté comme inopérant, la réglementation en cause ne relevant pas de son champ d'application.

Vous écarterez pour le même motif le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, qui définit les conditions de mise en œuvre du droit du public à participer aux décision publiques ayant une incidence sur l'environnement consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement. Le Conseil constitutionnel (v. notamment Cons. const., 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC, *Association France nature environnement* ; Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-308 QPC, *Association « Ensemble pour la planète »* ; Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-317 QPC, *Syndicat français de l'industrie cimentière et autre)* et, dans son sillage, le législateur (v. le dernier alinéa du I de l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement, qui a remplacé l'article L. 120-1 du code de l'environnement après que le Conseil constitutionnel l'a déclaré inconstitutionnel dans sa décision du 23 novembre 2012 n° 2012-282 QPC) et vous-mêmes (CE, 23 novembre 2015, *Société Altus Energy et autres,* n° 381249, T. p. 764) avez exclu de son champ les décisions qui n'ont sur l'environnement qu'un effet indirect ou non significatif. Tel est le cas du balisage lumineux des éoliennes à des fins de sécurité de la navigation aérienne[5].

Le dernier moyen de la requête est une erreur manifeste d'appréciation à n'avoir pas autorisé l'utilisation du balisage intermittent, ce qui aurait permis à la société de commercialiser sa technologie en France. Comme pour toute mesure de police, vous vérifiez la nécessité et la proportionnalité des restrictions imposées : voyez pour une illustration votre décision sur le

[5] Ne sont pas au nombre des décisions susceptibles d'avoir une incidence directe et significatives sur l'environnement : l'arrêté supprimant l'interdiction d'employer tout dispositif silencieux sur les armes de chasse CE, 25 février 2019, *Association One Voice et M. D…,* n°s 419186 422607, sera mentionné aux tables ; les arrêtés complémentaires à une autorisation d'exploiter une ICPE, en l'absence d'incidence significative CE, 17 octobre 2013, *Commune d'Illkirch-Graffenstaden,* T. pp. 413-709-713-814 ; la délimitation de périmètres à l'intérieur desquels les autorisations de prélèvement d'eau pour l'irrigation sont délivrées à un organisme unique CE, 9 octobre 2013, *Syndicat de gestion des eaux et de l'environnement du Gâtinais Est et Ouest de l'arrondissement du Montargois*, n° 370051, T. pp. 413-608-709. A l'inverse, constituent des décisions susceptibles d'avoir une incidence directe et significative sur l'environnement : arrêtés fixant un nombre maximal d'oiseaux susceptibles d'être capturés par l'emploi de gluaux CE, 25 février 2019, *Ligue française de protection des oiseaux,* n°s 414849 415593 416344 416345, sera mentionné aux tables ; le décret n° 2017-32 du 12 janvier 2017 fixant le montant de la redevance sur l'exploitation de substances non énergétiques sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive CE, 22 octobre 2018, *Union nationale des industries de carrières et matériaux de construction,* n° 408943, T. p. 785 ; les dispositions d'une ordonnance mettant à la charge de personnes vendant des produits phytopharmaceutiques, dont la liste est fixée par décret, des obligations destinées à limiter leur activité économique afin de protéger l'environnement et dont la violation est passible de sanctions d'un montant élevé CE, 28 décembre 2016, *Fédération du négoce agricole et autres,* n°s 394696 395115, T. p. 838 ; les plans de prévention des risques naturels CE, 13 février 2015, *Le haut-commissaire de la République en Polynésie française,* n° 384447, T. pp. 763-772-909 ;

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.

précédent arrêt relatif à la réalisation du balisage des éoliennes en dehors des zones grevées de servitudes aéronautiques CE, 23 novembre 2011, *La compagnie du vent,* n° 336816, inédite.

Nous n'avons aucun doute sur ces deux critères, et ce alors même qu'existerait depuis 2014 en Allemagne un parc éolien pour lequel l'autorité de sécurité aérienne a autorisé un balisage nocturne non permanent. D'une part, la technologie proposée suppose, pour être efficace, que les aéronefs soient équipés de transpondeurs d'un certain type. Or en l'état de la réglementation applicable, tous les aéronefs n'en disposent pas. Par ailleurs, ces équipements sont susceptibles d'être désactivés pour des motifs militaires. D'autre part, les nuisances lumineuses pour les riverains et la faune générées par un balisage permanent ne nous paraissent pas excéder ce qui nécessaire à la protection des populations survolées, et ce d'autant moins que l'arrêté du 23 avril 2018 réduit le balisage lumineux nocturne par rapport à la précédente version de la réglementation. Le moyen doit être écarté.

Ajoutons pour terminer, mais cette considération est surabondante, que le directeur de cabinet du ministre des transports n'a, dans sa réponse au recours gracieux de la société, pas définitivement fermé la porte au balisage lumineux intermittent : un groupe de travail serait actuellement en train d'étudier l'opportunité de faire évoluer l'arrêté du 23 juillet 2018 sur ce point et soumettrait des propositions au Gouvernement au printemps.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête de la société InnoVent.

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.