

## **CONCLUSIONS**

### **M. Stéphane HOYNCK, Rapporteur public**

Comme vous le savez, la soumission des éoliennes au régime des ICPE a une origine législative particulière dans la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement. Le législateur a notamment prévu la responsabilité de l'exploitant pour le démantèlement de l'installation et la remise en l'état du site et la nécessité de constituer des garanties financières, dispositions qui figurent aujourd'hui à l'article L515-46 du code de l'environnement.

Un décret du 23 août 2011 a modifié notamment la nomenclature des ICPE pour créer une rubrique 2980 pour soumettre les éoliennes à cette police, sous le régime de l'autorisation ou de la déclaration selon la taille et la puissance des installations en cause. Et il a précisé divers points sur lesquels nous reviendrons, s'agissant du démantèlement et de la remise en état du site.

Trois arrêtés ont alors été pris le 26 août 2011, fixant les prescriptions générales applicables aux installations soumises à autorisation et à déclaration, ainsi que les règles en matière de remise en état des sites et la constitution de garanties financières.

L'arrêté attaqué a modifié l'arrêté de 2011 relatif aux prescriptions applicables aux installations soumises à autorisation, et a introduit des dispositions en matière de démantèlement et de garanties financières qui figuraient auparavant dans le 3ème arrêté de 2011.

Sur quelques points on pourrait se demander si certaines des modifications apportées par le nouvel arrêté ne sont pas que de pure forme, de sorte que l'application de votre jurisprudence d'Assemblée Rassemblement des nouveaux avocats de France du 12 octobre 1979 n°01875, pourrait être envisagée. Mais aucune fin de non-recevoir n'est soulevée en défense et la question n'a pas été communiquée comme moyen d'ordre public, vous la traiterez par préterition si vous nous suivez pour rejeter la requête.

1. Le moyen de légalité externe tiré de l'absence de consultation du ministre de l'économie en application de l'article L 512-5 du code de l'environnement s'écarterait aisément. Cette disposition législative prévoit une telle consultation est requise pour des arrêtés tel que celui en litige auprès « des ministres intéressés ». Vos précédents sur la notion de « ministre intéressé » au sens de cette disposition ne sont pas diserts (notamment CE 19 juin 2006 Eaux et Rivières de Bretagne n° 282456 ; CE Sté Soferti n° 297275 15 novembre 2008), mais on voit bien le sens à donner à cette obligation de consultation : soit le type d'installations concernées affecte un intérêt au sens de l'article L511-1, intérêt qui intéresse spécialement un ministre, soit il concerne directement une activité professionnelle qui relève des attributions d'un ministre, ce qui est assez fréquemment le cas, par exemple, concernant le ministre de l'agriculture lorsqu'il s'agit d'une ICPE agricole. En l'espèce, aucun des éléments mis en avant qui figurent dans le décret d'attribution du ministre de l'économie et des finances ne conduit à en faire un ministre intéressé par un arrêté fixant des prescriptions pour les éoliennes terrestres, qu'il s'agisse de sa compétence pour les orientations stratégiques industrielles ou pour la politique des matières premières.

Au titre de la légalité interne, la requête cible quatre dispositions distinctes.

2.1. Tout d'abord l'article 9 de l'arrêté qui remplace l'article 12 du 1<sup>er</sup> arrêté de 2011. Dès 2011, un suivi de la mortalité de l'avifaune et des chiroptères due à la présence des aérogénérateurs était prévu, le décret attaqué précise et renforce les obligations relatives à ce suivi.

L'arrêté prévoit que ce suivi est mis en place sauf dérogation « *dans les 12 mois qui suivent la mise en service industrielle de l'installation* ». L'arrêté prévoit en outre que ce suivi est renouvelé dans les 12 mois si le précédent suivi a mis en évidence un impact significatif et qu'il est nécessaire de vérifier l'efficacité des mesures correctives - le régime antérieur prévoyait un tel suivi dans les 3 ans suivant la mise en service.

L'association requérante estime toutefois que le mécanisme de suivi devrait être prévu dès la mise en service de l'installation, une telle obligation découlerait du principe de prévention de l'article 3 de la Charte de l'environnement et de l'article L 110-1 du code. Mais il nous paraît difficile de juger que cet encadrement méconnaîtrait ce principe, au motif qu'il permettrait de laisser passer plusieurs mois de mise en service avant d'engager le suivi. D'une part, l'autorisation n'a pu être délivrée qu'au vu des études préalables qui n'ont pas fait obstacle à l'autorisation et d'autre part, comme l'arrêté le précise expressément, cette latitude laissée pour le début du suivi a pour but d'assurer un suivi sur un cycle biologique complet et continu adapté aux enjeux avifaune et chiroptères susceptibles d'être présents.

2.2 L'article 21 de l'arrêté modifié est ensuite critiqué au motif qu'il méconnaîtrait le principe de hiérarchie des modes de traitement des déchets qui figure au II de l'article L. 541-1 du code de l'environnement.

L'article litigieux est à nouveau relatif à la phase d'exploitation de l'installation. Il prévoit que les déchets non dangereux et non souillés par des produits toxiques ou polluants sont récupérés, valorisés ou éliminés dans des installations autorisées. La modification par rapport à l'arrêté de 2011 est minime, puisqu'elle substitue une référence aux déchets non dangereux par renvoi à la définition de l'article R541-8 aux exemples qui figuraient précédemment dans l'arrêté.

La hiérarchie des modes de traitement qui figure dans la partie législative du code de l'environnement transpose en droit interne l'article 4 de la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets. Le considérant 31 de cette directive précise que « *La hiérarchie des déchets établit, d'une manière générale, un ordre de priorité pour ce qui constitue la meilleure solution globale sur le plan de l'environnement dans la législation et la politique en matière de déchets, mais le non-respect de cette hiérarchie peut s'avérer nécessaire pour certains flux de déchets spécifiques, lorsque cela se justifie pour des raisons, entre autres, de faisabilité technique, de viabilité économique et de protection de l'environnement.* ».

Une passerelle spécifique est faite entre la législation des déchets et les textes encadrant la police des ICPE, textes parmi lesquels figurent l'arrêté attaqué. L'article L. 512-14 du code prévoit en effet que « *Les dispositions prises en application du présent titre [relatif aux ICPE] doivent, lorsqu'elles intéressent les déchets, prendre en compte les objectifs visés à l'article L. 541-1* ». Pour autant, en l'espèce, cet objectif de priorité dans le traitement des déchets, qui n'est donc pas un principe rigide dans l'économie des textes que nous venons de rappeler, nous paraît avoir bien été pris en compte, puisqu'il mentionne l'élimination des déchets en fin d'énumération, après la récupération et la valorisation.

2.3 Le moyen suivant vise le nouvel article 29 inséré dans l'arrêté de 2011, qui est relatif au démantèlement et à la remise en état.

Cet article précise la nature des opérations de démantèlement qui sont prévues spécifiquement pour les éoliennes à l'article R515-106 du code.

Plusieurs séries d'opérations sont prévues : le démantèlement des installations de production d'électricité proprement dites, des postes de livraison et des câbles dans un rayon de 10m, ce qui était déjà prévu auparavant. L'arrêté complète en outre la portée de l'obligation d'excavation des fondations et précise d'autres points qui ne sont pas en litige aujourd'hui.

L'argument des requérants est que ces obligations permettent de laisser dans le sol des quantités injustifiées de matériaux, les câbles électriques au-delà de 10 m de rayon et le cas échéant une partie des fondations le plus souvent en béton armé.

S'agissant des câbles enterrés, c'est à nouveau au regard de la législation des déchets que les requérants développent leur argumentation au regard de l'article L 541-2 du code qui prévoit que tout producteur ou détenteur de déchet doit assurer ou faire assurer sa gestion jusqu'à l'élimination ou la valorisation finale. Ces dispositions transposent les stipulations de la directive Déchets précitée, qui prescrivent le traitement des déchets (article 15.1) et l'interdiction de l'abandon des déchets (article 36.1).

Mais la directive Déchets prévoit (article 2) que « *Sont exclus du champ d'application de la présente directive : (...) b) les sols (in situ), y compris les sols pollués non excavés et les bâtiments reliés au sol de manière permanente* ». C'est ce que transpose l'article L541-4-1. Une lecture raisonnable de cette directive conduit donc à ne pas considérer que les éléments d'une éolienne qui resteraient dans le sol après son démantèlement constitueraient des déchets. Ceci est cohérent avec les dispositions qui existent par ailleurs en matière de gestion de la pollution des sols sur les terrains ayant accueilli une installation classée mise à l'arrêt définitif qui figurent aux articles L. 556-1 et sv du code.

S'agissant des excavations, la critique porte aussi sur la possibilité offerte par l'arrêté de ne prévoir qu'une excavation partielle des fondations.

L'article L. 515-46 pose seulement le principe de responsabilité de l'exploitant pour le démantèlement de l'installation, l'article R. 515-106 précisant que ces opérations comprennent « l'excavation d'une partie des fondations ». Il n'y a pas d'obligation générale de suppression totale des fondations au titre des ICPE, et les requérants soutiennent par voie d'exception que le décret serait illégal de ce fait.

Mais la loi se borne à viser le démantèlement, qui n'est pas défini par ailleurs pour les ICPE. On trouve certes ce terme dans le cadre de la police des installations nucléaires de base, où le démantèlement fait l'objet d'une autorisation par décret (art L. 593-27 du c. env) et de diverses autorisations de l'ASN avant de pouvoir faire l'objet d'une décision de déclassement. On le trouve aussi s'agissant de la cessation d'exploitation d'un équipement commercial soumis à autorisation (art R. 752-46 code de commerce) pour lequel le code de commerce prévoit que le démantèlement comprend les fondations.

Mais on ne peut pas s'appuyer sur ces dispositions, répondant à des considérations différentes, propres à la matière qu'ils régissent.

Par ailleurs le cadre général de la police des ICPE trouve toujours à s'appliquer, qui impose aux exploitants lors de l'arrêt définitif de l'exploitation de placer le site dans un état tel qu'il ne puisse porter atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 511-1. Le préfet dispose au titre de son pouvoir de police des ICPE du pouvoir d'imposer des prescriptions même après la remise en état du site en application de l'article R. 515-107, si la protection de ces intérêts le nécessite.

C'est dans cette mesure que l'arrêté devra être appliqué par l'administration : celui-ci pose un principe d'excavation totale des fondations, et prévoit que des dérogations peuvent être accordées en imposant une profondeur minimale dans tous les cas selon l'usage des sols : 1mètre pour les terrains agricoles pour tenir compte de l'usage des engins agricoles et 2 mètres pour les terrains forestiers pour tenir compte des systèmes racinaires. Et contrairement à ce qui est soutenu, l'arrêté encadre ce pouvoir de dérogation, la production d'une étude de bilan environnemental le conduisant à apprécier dans quelle mesure une dérogation peut être accordée, lorsque les opérations d'excavation sont susceptibles de présenter d'avantage d'effets néfastes pour l'environnement que d'effets bénéfiques.

Toujours concernant le démantèlement, le même article de l'arrêté prévoit à diverses échéances à partir de 2022 la réutilisation ou le recyclage d'un pourcentage minimal de la masse des éoliennes, en distinguant la réutilisation des rotors et l'ensemble des composants des aérogénérateurs. L'association soutient que les dates et les proportions retenues seraient insuffisamment ambitieuses au regard de l'objectif de transition vers une économie circulaire posé au III de l'article L. 100-1. Mais cet objectif est formulé sans fixer une échéance. Nous partageons sur ce point l'analyse du ministre en défense qui fait valoir que les taux minimums fixés, avec des échéances qui s'échelonnent entre 2022 et 2025 est cohérente avec la nécessité de favoriser le développement d'une filière de recyclage et de laisser un délai suffisant pour commencer aux opérateurs économiques. Les choix retenus par le ministre ne sont en tous cas pas entachés d'erreur manifeste.

Enfin des moyens sont dirigés contre le nouvel article 30 qui est relatif aux garanties financières qui doivent être constituées. L'arrêté attaqué accroît le montant des garanties précédemment exigées

Ce coût unitaire est fixé de façon forfaitaire à 50 000 euros lorsque la puissance unitaire installée de l'aérogénérateur est inférieure ou égale à 2 MW. Lorsque cette puissance est supérieure à 2 MW, le montant des garanties financières est augmenté de 10 000 euros pour chaque mégawatt supplémentaire.

Selon les requérants, ce montant ne suffirait pas à couvrir les couts du démantèlement, de la remise en état et du traitement des déchets correspondant à chaque aérogénérateur. Il faut noter que ces garanties financières et leur niveau déterminé par l'arrêté litigieux ne peuvent pas se lire comme un plafond financier de la responsabilité pour le démantèlement et la remise en état : l'article L. 515-46 du code prévoit la responsabilité de l'exploitant ou de sa société mère pour le démantèlement et la remise en état du site, et prévoit aussi que des garanties financières doivent être constituées, mais cela ne signifie pas que cette responsabilité serait limitée au niveau de ces garanties. (cf par analogie CE 24 mai 1993, Union des industries chimiques, n° 113896). Le critère classique de la capacité technique et financière à faire face à ses obligations entre aussi en ligne de compte dans l'autorisation d'exploiter

Le choix de ce montant règlementaire doit relever d'un contrôle d'erreur manifeste. Il est fait valoir que chez nos voisins allemands le montant de la garantie financière est arrêté en pourcentage du coût de production ou des investissements, mais la pertinence de ces éléments par rapport aux dépenses concernées ne saute pas aux yeux. Le ministre pour sa part explique que le montant a été calculé en prenant en compte la valorisation d'une grande partie des matériaux de construction des éoliennes, qui viennent en déduction du cout net.

Ces divers éléments ne nous conduisent pas à vous proposer de retenir une erreur manifeste dans le montant retenu

PCMNC au rejet de la requête