

N° 446826

Société éolienne des Cosmos

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 6 février 2023

Décision du 1^{er} mars 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Alors que la société « Eoliennes des Cosmos » projetait la création d'un parc de huit éoliennes sur un plateau surmontant la vallée de l'Authie (Pas-de-Calais), le préfet y a fait obstacle, d'abord en opposant un refus tacite à ses huit demandes de permis de construire en 2014, puis en rejetant sa demande d'autorisation d'exploiter par un arrêté du 25 janvier 2016. Le tribunal administratif de Lille a rejeté les demandes de la société tendant à l'annulation de ces décisions et vous êtes saisis d'un pourvoi contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté son appel contre ces jugements.

L'opposition du préfet était principalement motivée par des considérations tenant à la sécurité de la navigation aérienne et résultant des perturbations occasionnées au radar militaire de Doullens, le ministre chargé la défense ayant fait part de son désaccord au projet par un courrier du 30 janvier 2015.

En effet, aux termes des anciennes dispositions de l'article R. 244-1 du code de l'aviation civile reprises à l'article L. 6352-1 du code des transports, les installations qui, en raison de leur hauteur, pourraient constituer des obstacles à la navigation aérienne sont soumises à une autorisation spéciale des ministres chargés de l'aviation civile et de la défense. Selon l'article R. 425-9 du code de l'urbanisme, le permis de construire tient lieu de cette autorisation si la décision recueille l'accord des ministres ; en cas de désaccord, le préfet, placé en situation de compétence liée, est tenu de refuser l'autorisation d'urbanisme (CE 9 juillet 2018, *Ministre de la cohésion des territoires c/ Sté MSE Les Dunes*, n° 414419, aux tables). Il s'agit donc d'une servitude qui grève un terrain non en fonction de caractéristiques prédéterminées, comme une servitude de passage, mais au terme d'une appréciation du projet au cas par cas par le ministre.

Pour ce qui concerne la législation ICPE, les éoliennes sont soumises aux prescriptions de l'arrêté ministériel du 26 août 2011 qui, dans sa rédaction alors en vigueur, imposait, afin de

ne pas perturber le fonctionnement des radars, que l'exploitant soumette l'implantation des éoliennes à l'accord écrit de l'autorité militaire compétente. Le préfet est alors également en situation de compétence liée (voyez pour l'avis délivré par l'établissement public Météo France en application du même arrêté : CE 23 novembre 2022, *Sté parc éolien de la vallée du Paradis Embres*, n°442732, aux tables sur un autre point).

En l'espèce, le désaccord exprimé par le ministre de la défense tenait à ce que l'une des éoliennes projetées, située à moins de 20 km d'un radar de défense, entrerait dans la « zone d'exclusion » où toute implantation est proscrite, et que les sept autres, incluses dans la « zone de coordination » comprise entre 20 et 30 km, ne remplissaient pas les critères d'implantation requis compte tenu de la présence d'autres parcs éoliens alentour. En effet, selon les critères d'implantation détaillés dans une annexe jointe à son courrier, les éoliennes ne peuvent être implantées que dans l'alignement d'axes radiaux partant du radar, de manière à la fois suffisamment rapprochées les unes les autres (occupation d'un secteur angulaire maximal de 1,5°) et suffisamment distantes des autres parcs éoliens (angle minimal de 5°).

Dans ses écritures devant le tribunal, le préfet expliquait que ces prescriptions, appliquées depuis janvier 2010, étaient venues durcir celles jusqu'alors prévues par une circulaire ministérielle du 3 mars 2008¹, afin de tirer les enseignements tirés d'une étude réalisée postérieurement, en 2009, par le ministère de la défense.

Devant vous, la société pétitionnaire soutient que c'est au prix d'une erreur de droit que la cour a jugé que le ministre de la défense avait pu légalement exprimer son désaccord au motif que le projet ne satisfaisait pas les critères d'appréciation énoncés dans l'annexe à la décision, alors que de tels critères constituaient selon elle des lignes directrices qui ne pouvaient lui être opposées, faute d'avoir été publiées.

Le pourvoi invoque les dispositions de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1978² alors applicable, aux termes duquel « *Font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ». Ces dispositions sont désormais reprises, en substance, à l'article L. 312-2 du CRPA³ qui prévoit en outre, depuis la loi ESSOC⁴, que les instructions et circulaires sont réputées abrogées si elles n'ont pas été

¹ Circulaire du 3 mars 2008 (Perturbations par les aérogénérateurs du fonctionnement des radars fixes de l'Aviation civile, de la Défense nationale, de Météo-France et des ports et navigation maritime et fluviale (PNM))

² Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

³ La disparition, dans le nouveau texte, de la référence aux « directives », laquelle faisait écho à la jurisprudence *Crédit foncier de France* (CE Sect. 11 décembre 1970), résulte de la prise en compte de la nouvelle terminologie issue de la décision *J...* citée ci-après et faisant désormais référence aux « instructions fixant des lignes directrices ».

publiées, l'article R. 312-7 précisant qu'en l'absence de publication sur l'un des supports prévus, leurs auteurs ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des administrés.

L'annexe jointe au courrier du ministre de la défense nous semble effectivement traduire l'expression d'une « ligne directrice » au sens de votre jurisprudence *J...* (CE 19 septembre 2014, *M. J...*, n° 364385, au recueil), qui admet que soit palliée l'absence de pouvoir réglementaire du ministre, lorsque celui-ci doit appliquer à de très nombreux cas une législation lui conférant un pouvoir discrétionnaire ou reposant sur des critères généraux qui laissent place à un pouvoir d'appréciation : en énonçant des critères portant notamment sur les angles minima et maxima d'implantation des éoliennes, le ministre a précisé la manière dont il entendait mettre en œuvre les prérogatives dont il est investi, sans ajouter au droit applicable et sans renoncer à son pouvoir d'appréciation au cas par cas. Vous avez d'ailleurs déjà retenu la qualification de lignes directrices au sujet d'une note d'analyse jointe à l'avis émis par Météo France sur un projet d'éoliennes, par votre décision précitée du 23 novembre 2022, *Sté parc éolien de la vallée du Paradis Embres*⁵.

Pour autant, vous ne pourrez suivre plus loin la requérante dans son raisonnement.

En effet, le ministre de la défense ne s'est pas abrité, pour rendre son avis, derrière un acte édicté antérieurement et auquel il aurait renvoyé la société pétitionnaire pour comprendre les motifs de son désaccord. Il a explicité, sous la forme d'une annexe détaillée, agrémentée de schémas, les termes de l'analyse justifiant sa position au titre du projet en litige.

Cette analyse était certes, selon les termes mêmes de l'intitulé de l'annexe, celle « *appliquée depuis janvier 2010* ». Elle exprimait donc la doctrine que le ministre s'est fixé à lui-même lorsqu'il rend son avis sur les projets présentés par les pétitionnaires.

Bien que matérialisée seulement sous la forme d'une annexe jointe à des avis rendus sur des cas individuels, il ne fait guère de doute que cette doctrine était susceptible d'être invoquée par des tiers ou de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir (voyez, pour une doctrine du comité économique des produits de santé matérialisée par des mentions récurrentes dans ses rapports publics annuels : CE 30 décembre 2015, *Sté Mylan*, n°375777, aux tables sur un autre point).

En revanche, nous n'identifions ni dans les termes de la loi de 1978 ni d'ailleurs dans ceux du CRPA désormais en vigueur d'obligation pour l'administration de publier l'intégralité des éléments de la doctrine émanant de ses décisions ou de ses avis, ou révélée par ces réponses. Toute autre interprétation aurait pour conséquence de paralyser l'action administrative en

⁴ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

⁵ La qualification de « lignes directrices » avait également été retenue au sujet de la circulaire précitée du 3 mars 2008 par une décision *Sté Compagnie du vent* (CE 11 décembre 2015, n°371567, 371568, aux tables).

contraignant chaque département ministériel à publier et tenir à jour l'ensemble des prises de position qu'elle retient dans l'interprétation des textes avant de pouvoir en faire application aux situations individuelles dont elle est saisie.

Ainsi, dans la mesure où, en l'espèce, l'avis du ministre de la défense exposait lui-même l'ensemble des éléments d'appréciation technique fondant sa position, quand bien même il réitérait alors une grille d'analyse appliquée de manière constante depuis 2010, la requérante ne pouvait utilement invoquer l'absence de publication de cette doctrine.

C'est donc sans erreur de droit que la cour a estimé, d'une part, que les éléments d'appréciation sur lesquels s'était fondé le ministre étaient clairement définis dans l'avis du 30 janvier 2015 et ses annexes et, d'autre part, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait que les critères d'appréciation des perturbations générées par les éoliennes sur le fonctionnement des équipements militaires fassent l'objet d'une publication avant d'être mis en œuvre par l'autorité compétente. Contrairement à ce que soutient la requérante, la cour n'a pas, ce faisant, dénié la qualification de « lignes directrices » aux critères énoncés par l'annexe jointe à l'avis mais estimé que le ministre n'était pas tenu d'en publier les termes pour pouvoir en faire application.

Par un dernier moyen d'erreur de droit, le pourvoi reproche à la cour d'avoir rejeté ses conclusions subsidiaires qui tendaient, d'une part, à l'annulation de quatre seulement des huit refus implicites opposés à ses demandes de permis de construire et, d'autre part, à l'annulation partielle du refus d'autorisation d'exploiter en tant qu'il porte sur les quatre autres éoliennes.

Devant la cour, la société faisait valoir qu'un projet réduit aux quatre éoliennes situées dans la partie Sud aurait satisfait les critères d'implantation prescrits par le ministère de la défense.

Rappelons qu'en matière de législation ICPE, vous avez jugé, par la décision déjà évoquée du 23 novembre 2022 *Sté Parc éolien de la Vallée du Paradis Embres*, qu'il appartient au juge administratif, dans le cadre de son office de plein contentieux, de prononcer une annulation partielle des décisions de refus lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens et qu'il constate que l'illégalité de la décision n'affecte qu'une partie divisible de celle-ci. Quant aux permis de construire, ils avaient été sollicités par la pétitionnaire au titre de chacune des éoliennes, de sorte que le juge pouvait en principe se prononcer sur la légalité de chacun des refus.

Toutefois, la cour a rejeté les conclusions subsidiaires de la requérante au motif que les décisions du préfet d'opposer, au vu de l'avis défavorable du ministre de la défense, un refus pour la totalité du projet, tant au titre de la législation de l'urbanisme que de la législation de l'environnement, devaient être regardées comme présentant un caractère indivisible « *eu égard aux conditions dans lesquelles elles ont été instruites* », en relevant que l'avis du

ministre de la défense avait été exprimé « *au regard des caractéristiques du projet pris dans sa globalité* ».

La circonstance que le projet ait fait l'objet d'une instruction globale n'était pas en lui-même pertinent pour déterminer si les éléments du projet étaient ou non divisibles⁶. Mais l'on comprend de la suite des motifs de l'arrêt que, pour rejeter les conclusions subsidiaires, la cour s'est fondée sur le fait que l'avis rendu par le ministre de la défense portait uniquement sur le projet global, c'est-à-dire intégrant la totalité des huit éoliennes, sans se prononcer sur d'autres configurations.

Dans cette mesure, l'arrêt nous paraît exempt d'erreur de droit. Placé en situation de compétence liée, le préfet ne pouvait délivrer une autorisation partielle d'exploiter, ni une partie seulement des permis de construire, dès lors qu'il ne disposait d'aucun accord exprès du ministre de la défense au titre d'un projet ainsi remanié.

Vous n'aurez pas à vous prononcer sur le point de savoir si l'avis du ministre de la défense pouvait, lui-même, être contesté en tant qu'il avait omis de prendre parti sur des scénarios alternatifs comportant moins d'éoliennes. Au stade de l'arrêt où la cour statuait sur les conclusions d'appel subsidiaires, tous les moyens de légalité dirigés contre l'avis du ministre de la défense avaient déjà été écartés ; du reste, aucun d'eux ne formulait cette critique.

Nous ajouterons qu'en toute hypothèse, la requérante n'aurait selon nous guère été fondée à reprocher au ministre de la défense de n'avoir pas examiné toutes les combinaisons possibles, ce qui aurait excessivement alourdi la tâche de l'administration. C'est en amont du dépôt de dossier de demande que les échanges utiles devaient être entrepris. La circulaire du 3 mars 2008 précitée invitait ainsi « *vivement les développeurs de parcs éoliens à solliciter l'avis des opérateurs radars avant de déposer leur demande de permis de construire [afin] d'obtenir des éléments pour orienter [leur] projet et en éviter le rejet* ».

PCMNC au rejet du pourvoi.

⁶ Voir pour un précédent s'agissant de refus de délivrance de permis de construire : CE 6^e JJS 6 août 2021, *Sté Parc éolien de l'aire*, n°432947, inédit. Et pour un refus de délivrance d'une autorisation environnementale : CE 6^e jjs 19 décembre 2022, *Sté Aire Parc*, n°454965, inédit