

N° 466162
Société Engie Green Tilly

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 29 juin 2023
Lecture du 20 juillet 2023

CONCLUSIONS

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. Après plusieurs rebondissements contentieux, la société Engie Green Tilly, qui est venue aux droits de la société MSE La Haute Borne, est titulaire depuis le 14 février 2019 d'une autorisation d'exploiter un parc éolien composé de sept éoliennes et d'un poste de livraison sur le territoire de la commune de Tilly (Indre).

Toutefois, sur recours de l'association « Bocage et patrimoine », la cour administrative d'appel de Bordeaux a, par un arrêt avant dire droit du 31 mai 2022, annulé l'arrêté préfectoral d'autorisation en tant qu'il ne comporte pas la dérogation à l'interdiction de destruction des espèces protégées prévue à l'article L. 411-2 du code de l'environnement, suspendu l'exécution de cet arrêté jusqu'à la délivrance éventuelle de cette dérogation et sursis à statuer sur le surplus des conclusions de la requête.

C'est l'arrêt qui est contesté devant vous, que nous allons vous proposer d'annuler, mais partiellement seulement.

2. Nous ne sommes en effet pas convaincu par les **deux moyens d'irrégularité** soulevés devant vous.

2.1. Le premier reproche à l'arrêt de ne pas avoir visé les arrêtés du 23 avril 2007 fixant la liste des mammifères terrestres protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection et du 29 octobre 2009 fixant la liste des oiseaux protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection.

Vous savez certes que l'article R. 741-2 du code de justice administrative prévoit, au titre des mentions obligatoires de la décision, « *les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application* » mais vous admettez qu'un défaut de visas des textes soit pallié par les visas de l'analyse des moyens ou par les motifs de la décision (CE 19 février 2007, *Priolo*, n° 297260, T. p. 1012).

Or, il ressort précisément des motifs de l'arrêt attaqué que la cour a considéré comme un fait constant – car il n'y avait en réalité aucun débat devant elle sur le caractère protégé des espèces en question – la présence sur le site d'espèces protégées mentionnées par ces arrêtés. Nous en déduisons qu'elle n'a donc pas « fait application » des arrêtés ministériels puisque la question de l'appartenance des espèces de chiroptères et d'oiseaux aux listes fixées par ces arrêtés n'était pas discutée et n'avait par conséquent aucune incidence sur le raisonnement suivi.

Vous écarterez donc le moyen.

2.2. Vous en ferez de même pour celui tiré de ce que la cour aurait dû rouvrir l'instruction au vu de la note en délibéré produite par la société Engie le 11 mai 2022.

Une première branche de dénaturation des écritures n'est pas fondée car si le

visa de cette note en délibéré figure curieusement au milieu de l'analyse de mémoires antérieurs alors qu'il doit en principe prendre sa place après les visas d'audience, il reste que cette simple erreur formelle n'est pas, par elle-même, de nature à caractériser une méconnaissance de la portée des écritures.

La seconde branche est tirée de ce que la note en délibéré produite comportait une circonstance de droit nouvelle susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire. E l'occurrence, ladite note se bornait à produire l'arrêt du 27 avril 2022 par lequel la CAA de Douai a saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, qui a donné lieu à l'avis de Section du 9 décembre 2022, *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres*, n° 463563, A – sur lequel nous allons revenir.

Il aurait certes pu être opportun pour la cour d'attendre l'avis finalement rendu mais nous sommes en revanche persuadé qu'elle n'y était absolument pas tenue puisqu'une simple demande d'avis ne constitue pas une « circonstance de droit nouvelle » au sens de votre jurisprudence Section 5 décembre 2014, *M. Lassus*, n° 340943, p. 369. En effet, une demande d'avis ne juge rien en soi et la décision y procédant est regardée comme une simple mesure d'administration de la justice dépourvue d'autorité de chose jugée (CE 7 juillet 2000, *Clinique chirurgicale du Coudon*, n° 199324, A).

L'arrêt étant régulier, nous pouvons en venir aux **moyens critiquant son bien-fondé**, en distinguant les différentes parties du dispositif.

3. Commençons par les deux moyens qui contestent l'article 3 du dispositif, qui sursoit à statuer sur le surplus des conclusions de la requête de l'association jusqu'à ce que celle-ci ait notifié à la cour une mesure de régularisation de

l'illégalité tenant à l'irrégularité de l'avis de l'autorité environnementale¹.

3.1. La demanderesse soutient d'abord que la cour a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt en jugeant, au point 23 de cet arrêt, qu'il ne peut être tenu pour acquis que la **préparation de l'avis de l'autorité environnementale a été assurée par un service disposant d'une autonomie réelle** répondant aux exigences de l'article 6 de la directive « projets » du 13 décembre 2011.

Vous savez que vous appliquez à cette directive les mêmes principes que ceux dégagés à l'aune de l'article 6 de la directive « plans et programmes » 2001/92/UE du 27 juin 2001, qui exigent, pour ce qui est de l'évaluation environnementale, la consultation de certaines autorités expertes en imposant une séparation, sinon organique, du moins fonctionnelle, entre, d'une part, l'autorité compétente pour élaborer ou approuver le plan ou programme, et, d'autre part, l'autorité environnementale chargée de se prononcer sur ses incidences notables sur l'environnement, afin de garantir l'effet utile de la consultation de cette dernière (CJUE 20 octobre 2011, *Department of the environment for Northern Ireland c/ Seaport LTC e.a.*, C- 474/10).

La **notion de « séparation fonctionnelle »** a donné lieu à une jurisprudence subtile qui s'efforce de faire la part des choses quant à l'autonomie réelle dont dispose l'instance consultée.

Ainsi, lorsque le préfet de région est l'autorité qui autorise le projet, les services placés sous son autorité hiérarchique, telles que la DREAL, ne peuvent

¹ Ce sursis était temporaire (4 à 6 mois) mais vous jugez que les requérants parties à l'instance ayant donné lieu à la décision avant dire droit sont recevables à contester la légalité de la mesure de régularisation produite dans le cadre de cette instance, tant que le juge n'a pas statué au fond, sans condition de délai (CE 16 février 2022, *MSE La Tombelle*, n° 420554, A). Nous en déduisons que le moyen de cassation demeure opérant alors même que le délai indiqué par l'arrêt attaqué est expiré.

être regardés comme une entité interne disposant d'une autonomie réelle (CE 20 septembre 2019, *Ministre de la transition écologique et solidaire c/ Association « Sauvons le Paradis » et autres*, n° 428274, T. pp. 610-847). En revanche, lorsque le préfet de région émet un avis en qualité d'autorité environnementale et que le projet est autorisé par un préfet de département autre que le préfet de région, il a été admis que l'avis doit, en principe, être regardé comme ayant été émis par une autorité disposant d'une autonomie réelle (CE 5 février 2020, *Association des évêques aux cordeliers*, n° 425451, T. pp. 643-851).

Comme l'a pointé notre collègue Nicolas Agnoux dans ses conclusions conformes sur votre récente décision CE 25 janvier 2023, *Société Haut-Vannier et ministre de la transition écologique*, n° 448911, à mentionner aux Tables, le « *principe a été assorti d'une dérogation, et d'une dérogation à la dérogation, en jugeant que les exigences de la directive ne sont pas satisfaites lorsque le projet a été instruit pour le compte du préfet de département par la DREAL et que l'avis environnemental émis par le préfet de région a été préparé par la même direction, à moins que l'avis n'ait été préparé, au sein de cette direction, par le service mentionné à l'article R. 122-21 du code de l'environnement [dispositions réglementaires issues du décret n° 2016-519 du 28 avril 2016, qui consacrent l'existence d'un « service régional chargé de l'environnement (appui à la mission régionale d'autorité environnementale)»] qui a spécialement pour rôle de préparer les avis des autorités environnementales* ».

Il nous semble que la présente affaire pose la même question que celle jugée par cette dernière décision, que Nicolas Agnoux résumait ainsi : « *y a-t-il lieu de faire jouer cette « dérogation à la dérogation », qui autorise l'intervention parallèle de deux services appartenant à la même DREAL, lorsque l'avis a été émis avant l'entrée en vigueur du décret du 28 avril 2016, c'est-à-dire avant que le service d'appui à la mission régionale de l'autorité environnementale ne soit consacré réglementairement ?* ».

En effet, en l'espèce, l'avis de l'autorité environnementale a été émis le 4 mars 2014, soit antérieurement à l'entrée en vigueur du décret n° 2016-519 du 28 avril 2016, qui ne s'applique qu'aux demandes d'avis présentées postérieurement à son entrée en vigueur comme le prévoit son article 5.

Dans ce cas, comme le juge votre arrêt *Société Haut-Vannier*, le raisonnement résultant de la décision *des Evêques aux Cordeliers* n'est pas transposable au droit antérieur.

Dans ces conditions, en relevant le flou entourant la détermination du service ayant préparé l'avis de l'autorité environnementale, que la cour a pour sa part souverainement rattaché à l'unité territoriale du Cher et de l'Indre de la DREAL² et en observant que cette unité ne pouvait être regardée comme disposant d'une autonomie réelle, c'est sans erreur de droit ni insuffisance de motivation que la cour a jugé que l'avis émis par le préfet de région en qualité d'autorité environnementale le 4 mars 2014 a été rendu dans des conditions contraires aux exigences de la directive du 13 décembre 2011.

Vous écarterez donc les deux branches du moyen.

3.2. Il est, dans un second temps, soutenu que la cour a également commis une erreur de droit en imposant une nouvelle enquête publique dans le cadre de la procédure de régularisation en cas de nouvel avis de l'autorité environnementale qui différerait substantiellement de celui qui avait été précédemment émis.

Comme le lui permet l'article L. 181-18 du code de l'environnement, la cour a en effet donné un « mode d'emploi » détaillé de la régularisation qu'elle a estimé

² alors que la ministre affirmait de son côté – mais sans qu'aucun document ne le corrobore, selon la cour – que l'avis du préfet de région en tant qu'autorité environnementale avait été préparé par le département « appui à l'autorité environnementale » du service « évaluation, énergie et valorisation de la connaissance » de la DREAL Centre-Val-de-Loire

possible pour redresser l'irrégularité que nous venons d'examiner, en s'inspirant de votre avis CE 27 septembre 2018, *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural et autres*, n° 420119, p. 340.

Vous pourriez d'abord vous interroger sur l'opérance d'un tel moyen de cassation dirigé contre un arrêt avant dire droit, qui ne va pas complètement de soi car l'on pourrait considérer qu'il ne pourrait être utilement soulevé, le cas échéant, que contre la mesure de régularisation mise en œuvre par la société Engie Green Tilly, ainsi que vous l'avez admis dans votre décision CE 21 juillet 2022, *Commune de Grabels*, n° 437634, A.

Vous pourrez cependant prudemment réserver la question par un « en tout état de cause » puisque le moyen nous paraît de toute façon infondé.

En effet, rien dans votre jurisprudence – notamment pas votre décision *Commune de Grabels* précitée, qui a été rendue en matière d'expropriation et non de régularisation d'une autorisation environnementale et qui, contrairement à ce qui est allégué, n'institue pas une règle générale mais se borne à trancher un cas d'espèce en validant un mode d'emploi lui-même défini dans une décision avant dire droit qui laissait davantage de marge de manœuvre aux parties – n'interdit aux juges du fond d'imposer, dans leur décision avant dire droit, au vu des circonstances de l'espèce et de l'argumentation des parties, qu'une enquête publique complémentaire soit organisée en cas de différence substantielle entre le nouvel avis de l'autorité environnementale et le précédent.

C'est en tout cas la position retenue par votre avis *Association Danger de tempête sur le patrimoine rural* précité, que nous ne vous proposons pas de remettre en cause.

Vous pourrez écarter le moyen en vous coulant dans cette logique.

4. Nous pouvons à présent nous pencher sur les moyens qui critiquent les deux premiers articles du dispositif, par lesquels la cour a annulé partiellement l'arrêté en litige et suspendu son exécution jusqu'à la **délivrance d'une éventuelle dérogation « espèces protégées »**.

4.1. Le premier moyen nous paraît fondé au moins en sa branche d'erreur de droit qui reproche à l'arrêt d'avoir jugé qu'une autorisation dérogatoire de destruction d'espèces protégées était requise alors que la seule existence d'un possible impact d'un projet sur des individus appartenant à certaines espèces protégées ne suffit pas à caractériser un risque de destruction ou de perturbation intentionnelle, au sens de l'article L. 411-1 du code de l'environnement.

En l'espèce, la cour s'est bornée à constater, après avoir relevé que « le projet est susceptible d'avoir un impact fort sur certaines espèces protégées et leurs habitats », qu'« aucun élément de l'instruction ne permet de retenir que les mesures prévues par le pétitionnaire ou imposées par le préfet (...) seraient de nature à réduire à un niveau négligeable le risque de destruction d'individus de ces espèces ».

Ce raisonnement s'éloigne de la ligne de l'avis *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement*, qui a défini une approche en deux temps pour déterminer si une demande de dérogation doit être sollicitée :

- il faut d'abord déterminer si le projet est *susceptible* de nécessiter une demande de dérogation, ce qui suppose seulement de vérifier si l'on est en présence d'au moins un « *spécimen* » d'une seule espèce protégée, quel que soit son degré de rareté sur le site ou de vulnérabilité ;
- le second temps consiste à caractériser le risque que fait peser le projet sur le ou les spécimens protégés. Seule une atteinte *intentionnelle*

(perturbation, mutilation ou destruction) justifie le dépôt d'une demande de dérogation. Le pétitionnaire n'a pas à justifier d'un « *risque zéro* », ni même d'un risque « *négligeable* » qui serait assimilable à un risque nul ou inexistant³ ; le risque doit être « *suffisamment caractérisé* » selon le critère retenu par la Section du contentieux. Il s'agit à ce titre d'évaluer le risque « net », en tenant compte des mesures d'évitement, qui neutralisent le risque, mais aussi des mesures de réduction, qui le diminuent partiellement⁴, mais pas des mesures de compensation qui, par nature, ne permettent pas d'empêcher ou de réduire un risque d'atteinte⁵. Il faut en outre que les mesures d'évitement et de réduction présentent des garanties suffisantes d'« *effectivité* », ce qui revient à écarter celles qui sont incertaines dans leur principe ou leurs effets.

Les juges bordelais ne disposant pas encore de cette grille d'analyse lorsqu'ils ont statué, vous ne vous montrez pas d'un formalisme effréné mais devez chercher à vérifier si le raisonnement tenu par la cour s'en rapproche *in fine* (voyez, en ce sens, CE 27 mars 2023, *Société Parc éolien des écoulottes*, n° 451112, C, ccl. N. Agnoux).

En l'espèce, force est tout de même de constater que la cour n'a pas recherché si les mesures envisagées, dont elle n'a d'ailleurs pas précisé la teneur, présentaient ou ne présentaient pas des garanties d'effectivité telles qu'elles permettraient de diminuer le risque pour les espèces protégées au point que ce risque apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé, dispensant ainsi de

³ T. Janicot et R. Wadjiny-Green, « Quand faut-il solliciter une dérogation « espèces protégées » ? », *AJDA*, 2023, p. 228.

⁴ CE 28 avril 2023, *Ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires et société Energie Charente*, n° 460062, 460088, censurant une cour n'ayant pas pris en compte les mesures de réduction proposées par le pétitionnaire.

⁵ CE 28 avril 2023, *Porschmann*, n°460471, C censurant une cour ayant tenu compte des mesures de compensation prévues par le pétitionnaire pour déterminer si les risques résiduels du projet sur les espèces protégées justifiaient une demande de dérogation.

solliciter une dérogation ou, au contraire, si le risque était suffisamment caractérisé en l'espèce pour exiger une demande de dérogation, malgré les mesures mises en place.

Son approche est donc assez éloignée du mode de raisonnement que vous retenez et, pour tout dire, le parallèle nous paraît du reste assez établi avec votre récente décision CE 27 mars 2023, *Société Parc éolien de Mailhac-sur-Benaize*, n° 452445, C, aux termes de laquelle vous avez censuré une erreur de droit d'une cour qui s'était bornée à constater que les mesures visant à atténuer l'impact du projet sur la biodiversité ne permettaient pas d'écarter tout risque pour les espèces concernées sans rechercher si ces mesures présentaient des garanties d'effectivité telles qu'elles permettaient de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé.

Vous annulerez donc l'arrêt sur ce point, ce qui permettra aux parties de débattre à nouveau de cette question à l'aune de la grille d'analyse de l'avis *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement*.

4.2. Pour être exhaustifs, mais surtout pédagogiques, vous pourrez aussi relever une seconde erreur de droit à avoir annulé partiellement l'arrêté préfectoral d'autorisation sans examiner les conclusions tendant à la mise en œuvre d'une régularisation en application du 2° du I de l'article L. 181-18 du code de l'environnement.

Vous jugez en effet que si ces dispositions ne constituent en principe qu'une simple faculté pour le juge, en revanche, lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, il est tenu de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient d'elles si les vices qu'il retient apparaissent, au vu de l'instruction, régularisables (CE 11 mars 2020, *Société Egiom*, n° 423164, 423165, T. p. 670-705) et vous avez très récemment précisé que, dans cette hypothèse, il ne peut substituer l'annulation

partielle prévue au 1° du I du même article à la mesure demandée (CE 1^{er} mars 2023, *Société Ferme éolienne de Saint-Maurice*, n° 458933, B).

Or, la demanderesse avait bien saisi la CAA de Bordeaux de conclusions subsidiaires tendant à la régularisation de l'arrêté litigieux : la cour était donc tenue de se prononcer sur celles-ci et a commis une erreur de droit en omettant de le faire.

Il ne sera pas inutile que votre décision censure également ce motif.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des articles 1 et 2 de l'arrêt du 31 mai 2022 ;
- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, à la cour administrative d'appel de Bordeaux ;
- au rejet du surplus des conclusions du pourvoi, notamment de celles présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi qu'au rejet des conclusions présentées au même titre par l'association Bocage et patrimoine.