

N°s 463619, 463620
Sté Doubs Ouest Energie 1&2

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 10 janvier 2024
Décision du 5 février 2024

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Ce litige présente à juger trois questions distinctes : les deux premières, relatives à la présentation des capacités financières du pétitionnaire dans son dossier de demande d'autorisation et aux exigences d'autonomie qui s'attachent aux avis rendus par l'autorité environnementale, touchent à des points de procédure récurrents dans les contentieux éoliens, la troisième soulève une question plus originale en droit de l'urbanisme.

Il a pour cadre deux projets de parcs éoliens contigus comptant six et neuf éoliennes, portés respectivement par les sociétés Doubs Ouest Energies 1 et Doubs Ouest Energie 2, au titre desquels deux autorisations uniques ont été délivrée respectivement en 2018 et 2019. Saisie de recours en annulation par plusieurs associations et riverains, la cour administrative d'appel de Nancy a accueilli plusieurs des moyens soulevés par deux arrêts rendus le même jour mais avec deux issues différentes : s'agissant du parc n°1, elle a par un arrêt avant dire droit sursis à statuer dans l'attente d'une mesure de régularisation, s'agissant du parc n°2, elle a annulé l'autorisation attaquée. Chacune des deux sociétés pétitionnaires se pourvoit en cassation contre l'arrêt qui la concerne. Au vu des moyens soulevés, vous pourrez interpréter le premier pourvoi comme tendant à l'annulation de l'arrêt à l'exception de son article 1^{er} qui se borne à actualiser le calcul des garanties financières à raison des textes entrés en vigueur postérieurement à l'arrêté.

Dans chaque affaire, deux des moyens soulevés nous paraissent fondés et justifier l'annulation de l'arrêt attaqué.

1. Le premier est commun aux deux pourvois et a trait à la régularité de l'avis de l'autorité environnementale au regard des exigences d'autonomie prescrites par la directive du 13 décembre 2011.

Chacune des deux demandes d'autorisation unique avait été instruite, pour le compte du préfet du Doubs, par une unité départementale de la DREAL Bourgogne-Franche-Comté. Or un service de la même DREAL avait également préparé l'avis rendu par la mission régionale de l'autorité environnementale (MRAe).

Aux termes de votre jurisprudence *Evêques aux cordeliers* (CE 5 février 2020, « *Association "Des évêques aux cordeliers" et autres*, n°425451, aux tables), tirant les conséquences de l'arrêt *Seaport* de la CJUE¹ qui consacre l'exigence d'autonomie de décision autant que d'autonomie de moyens de l'autorité environnementale, l'avis ne peut être regardé comme ayant été émis par une autorité disposant d'une autonomie réelle dans le cas où c'est le même service qui a, à la fois, instruit la demande d'autorisation et préparé l'avis de l'autorité environnementale. Il n'en est autrement que dans l'hypothèse où l'avis a été préparé, au sein de la DREAL, par le service d'appui à la mission régionale de l'autorité environnementale, mentionné à l'article R. 122-21 du code de l'environnement qui a spécialement pour rôle de préparer les avis des autorités environnementales. Ainsi que vous l'avez précisé par votre décision *Sté Haut-Vanier* du 25 janvier 2023, aux tables (n° 448911), il convient encore de vérifier les garanties d'autonomie effectives dont dispose ce service : lorsque l'avis de l'autorité environnementale a été émis avant l'entrée en vigueur du décret du 28 avril 2016, c'est-à-dire avant que le service d'appui ne soit consacré réglementairement, les exigences de la directive ne peuvent en principe être regardées comme satisfaites ; à l'inverse, lorsque l'avis a été émis après cette date, l'autonomie fonctionnelle du service d'appui est réputée garantie (l'article R. 122-25 précisant désormais que les agents concernés de la DREAL sont placés sous l'autorité fonctionnelle du président de la mission régionale d'autorité environnementale), sauf pour le requérant à établir la preuve du contraire au regard des faits propres à chaque affaire.

Au cas d'espèce, l'avis a été rendu en 2018 mais la cour a relevé qu'il ressortait des termes de la convention passée entre la DREAL et la mission régionale de l'autorité environnementale que les agents placés sous l'autorité fonctionnelle de cette dernière et chargés de l'élaboration des projets d'avis incluaient non seulement un département spécialement dédié à l'évaluation environnementale mais également la directrice régionale adjointe de la DREAL référente de ce département. La cour a jugé qu'à défaut d'élément au dossier permettant de s'assurer ni de ce que cette directrice adjointe n'était pas la supérieure hiérarchique des agents ayant instruit la demande d'autorisation ni de ce qu'elle n'avait pas concomitamment participé à la préparation de l'avis rendu par la MRAe, ce dernier devait être regardé comme irrégulier.

Ainsi que le soutient le pourvoi, ces motifs sont entachés d'erreur de droit : l'avis ayant été rendu postérieurement à l'entrée en vigueur du décret du 28 avril 2016, il devait être réputé délivré dans des conditions garantissant l'autonomie de l'autorité environnementale sauf s'il était établi que ces exigences auraient été méconnues, de sorte que la cour ne pouvait raisonner, comme elle l'a fait, par hypothèse. Au demeurant, aucun élément du dossier ne

¹ CJUE 20 octobre 2011, aff. C-474/10.

permettait d'accréditer la thèse selon laquelle la directrice adjointe aurait participé à l'instruction de la demande d'autorisation en litige : le schéma d'organisation analysé par la cour ne permettait d'établir ni un défaut d'autonomie structurelle, ni un défaut d'autonomie au cas d'espèce.

En censurant l'arrêt par ces motifs, vous ne ferez donc que tirer les conséquences des règles énoncées par vos arrêts *Evêques aux Cordeliers* et *Haut-Vannier*.

Une autre voie, plus radicale, consisterait à juger que, à supposer même qu'elle soit établie, la circonstance que la directrice adjointe de la DREAL ou tout autre agent de la direction ait participé à la fois à la préparation de l'avis et à l'instruction de la demande n'était pas susceptible de vicier la procédure.

Mais cette solution contredirait directement les termes de vos décisions *Evêques aux cordeliers* et *Haut-Vannier* qui prohibent un tel cumul de fonctions. Si ce cumul était alors envisagé à l'échelle d'un service, nous voyons mal comment il pourrait se prêter à une analyse différente à l'échelle des agents, sauf à vider la règle de sa substance. L'arrêt *Seaport* précité impose aux Etats, lorsqu'une même administration est en situation de cumul, de créer une entité interne suffisamment autonome, disposant de ressources administratives et humaines *propres* pour préparer de façon indépendante un avis sur l'impact environnemental du projet ; il est difficile de soutenir que la MRAe dispose de moyens humains propres lorsqu'il s'agit d'agents soumis simultanément, au titre d'un même projet éolien, à deux hiérarchies fonctionnelles distinctes. Enfin, l'effort et les risques à consentir ne paraissent répondre à aucun besoin de sécurisation contentieuse compte tenu des mesures de prévention mises en œuvre en pratique : dans le dossier en litige, la convention de mise à disposition passée entre la DREAL et la MRAe confiait au directeur régional le soin de veiller au respect du principe de « *séparation fonctionnelle* » ; dans la nouvelle version des conventions de mise à disposition définie par arrêté du 11 août 2020², il est précisé, de manière encore plus explicite, que les agents placés sous l'autorité fonctionnelle de la MRAe ne peuvent participer à d'autres missions que dans la mesure où « *ces actions ne sont pas susceptibles (...) de concourir à l'instruction d'une autorisation ayant un lien avec un dossier examiné par la MRAe* ».

C'est pourquoi nous vous proposons de regarder le moyen d'appel comme étant opérant. En revanche, il n'était pas fondé et en l'accueillant, la cour a commis une erreur de droit.

2. Le deuxième moyen que nous vous proposons d'accueillir est propre à la première affaire appelée et concerne le caractère complet du dossier du pétitionnaire s'agissant de la présentation des capacités techniques et financières.

² Arrêté du 11 août 2020 relatif au modèle de convention entre la mission régionale d'autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable (MRAe) et le service régional chargé de l'environnement, publié au bulletin ministériel du 14 août 2020.

Le cadre juridique est, ici encore, bien balisé. En vertu du 5° de l'article R. 512-3 du code de l'environnement alors applicable, la demande d'autorisation doit mentionner « *les capacités techniques et financières de l'exploitant* », dispositions que vous interprétez comme imposant au pétitionnaire de fournir des indications précises et étayées sur ces capacités (CE 22 février 2016, *Sté Hambregie*, n°384821, aux tables).

Ces exigences sont apparues trop sévères à l'égard de projets dont le financement ne peut être bouclé au stade précoce de la demande d'autorisation. Elles ont donc été assouplies lors de la création de l'autorisation environnementale de 2017 : en vertu des dispositions des articles L. 181-27 et D. 181-15-2, telles qu'interprétées par votre avis *Walincourt-Selvigny* (CE 26 juillet 2018, *Association Non au projet éolien de Walincourt-Selvigny et Haucourt-en-Cambresis e.a.*, n° 416831, au recueil), le pétitionnaire peut soit justifier au moment de sa demande qu'il dispose déjà des capacités techniques et financières, soit se borner à présenter celles qu'il entend acquérir et comment³ ; dans ce dernier cas, il doit justifier les avoir acquises au plus tard à la mise en service de l'installation.

Cependant, pour les dossiers déposés avant 2017, tels que celui en litige, cet assouplissement ne peut être pris en compte de la même manière selon que sont en jeu les règles de procédure ou les conditions de fond applicables à l'autorisation attaquée, compte tenu de l'office du juge de plein contentieux des installations classées.

Au titre de la légalité interne, la réalité des capacités techniques et financières, c'est-à-dire la capacité effective du pétitionnaire à mener le projet à terme puis à respecter dans la durée l'ensemble des obligations qui incombent à l'exploitant, est appréciée à raison des règles en vigueur à la date à laquelle le juge statue. Les nouvelles règles plus souples peuvent donc prévaloir, l'appréciation des juges du fond étant d'ailleurs laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (CE 15 novembre 2021, *Association Force 5*, n°434742, aux tables).

En revanche, le caractère suffisant des informations accompagnant le dossier de demande, qui se rattache à la légalité externe de la décision, s'apprécie au regard des règles en vigueur à la date de l'arrêté d'autorisation qui, en vertu des dispositions transitoires de l'ordonnance du 26 janvier 2017 instituant l'autorisation environnementale, demeurent celles applicables antérieurement à la réforme, comme le confirme votre décision *Sté EQIOM* du 11 mars 2020, aux tables (n° 423164, 423165, aux conclusions de L. Dutheillet de Lamothe). Le vice reste cependant « danthonysable », les insuffisances relevées n'étant susceptibles d'entacher d'irrégularité l'autorisation que si elles ont eu pour effet de nuire à l'information complète de

³ Ainsi que le précise l'avis, lorsque le juge se prononce sur la légalité de l'autorisation avant la mise en service de l'installation, il lui appartient, si la méconnaissance de ces règles de fond est soulevée, de vérifier la pertinence des modalités selon lesquelles le pétitionnaire prévoit de disposer de capacités financières et techniques suffisantes ; lorsque le juge se prononce après la mise en service de l'installation, il lui appartient de vérifier la réalité et le caractère suffisant des capacités financières et techniques du pétitionnaire ou, le cas échéant, de l'exploitant auquel il a transféré l'autorisation.

la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative.

C'est donc sans erreur de droit que la cour a recherché, au titre de la régularité externe de l'acte, si les informations figurant dans le dossier de demande d'autorisation d'exploiter étaient suffisamment précises et étayées. Son appréciation sur ce point est assez sévère : elle pointe une discordance entre le scénario de construction le plus coûteux (24,3 millions) et le fait que la pétitionnaire présente, en cas de difficulté à obtenir le financement bancaire requis, un engagement signé par une société du même groupe d'apporter les fonds propres nécessaires mais dans la limite de 22,5 millions seulement puis elle souligne encore l'absence d'élément au dossier documentant les liens capitalistiques exacts entretenus avec la société apporteuse de fonds ainsi que la situation financière de cette dernière. Si elle ne se loge pas dans ce constat factuel, la dénaturation nous semble en revanche résulter de ce que la cour a déduit de ces carences ponctuelles qu'elles avaient nui à l'information complète du public.

Le principe de participation du public en matière environnementale implique certainement qu'il soit convenablement informé des grandes lignes du financement du projet, et en particulier de l'identité des financeurs, mais pas du détail des modalités de bouclage financier destiné, lui, à permettre à l'administration d'instruire le dossier et d'apprécier la solidité des capacités financières.

3. Enfin, nous semble également devoir être censurée, dans la seconde affaire appelée, l'erreur de droit à avoir accueilli, en tant que l'autorisation unique vaut permis de construire, l'exception d'illégalité du PLU de la commune de Lantenne-Vertière.

Le PLU avait fait l'objet, un mois avant la délivrance de l'autorisation, d'une mise en compatibilité afin de permettre l'installation d'éoliennes dans les zones A et N de la commune. Devant la cour, les requérants soutenaient que cette modification était irrégulière, faute d'avoir été précédée d'une évaluation environnementale. La cour a fait droit à cette argumentation en jugeant que le vice de procédure avait effectivement privé le public d'une garantie puisque, si une étude d'impact avait bien été soumise au public au titre du dossier d'autorisation présenté en parallèle, les effets de la mise en compatibilité affectaient un périmètre plus large que celui correspondant au terrain d'assiette du projet de parc éolien.

Ce faisant, la cour nous semble avoir commis une erreur de droit au regard des règles dégagées par votre avis de section *SCI du Petit Bois*⁴ selon lequel il résulte de l'article L. 600-12-1 du code de l'urbanisme que la déclaration d'illégalité d'un plan local d'urbanisme, est par elle-même sans incidence sur le permis dès lors qu'elle repose sur un motif étranger aux règles d'urbanisme *applicables au projet*. Doivent être regardés comme reposant sur un motif étranger au sens de ces dispositions les vices de légalité externe du PLU, sauf ceux qui ont été de nature à exercer une influence directe sur des règles d'urbanisme applicables au projet.

⁴ CE Sect. 2 octobre 2020, *SCI du Petit Bois*, n° 436934, au recueil.

Ainsi, le vice entachant la procédure de mise en compatibilité du PLU n'était susceptible d'avoir une incidence sur la régularité du permis attaqué qu'au titre des règles du PLU applicables au parc éolien, c'est-à-dire celles régissant son terrain d'assiette. En refusant de danthonyser l'irrégularité invoquée au motif que l'étude d'impact réalisée concomitamment pour le projet éolien portait uniquement sur les parcelles du terrain d'assiette et non les parcelles extérieures, la cour a donc commis une erreur de droit.

PCMNC :

- dans la première affaire, à l'annulation de l'arrêt attaqué, à l'exception de son article 1^{er}, au renvoi de l'affaire à la cour de Nancy dans cette mesure et à ce qu'une somme de 3.000 euros soit mise à la charge de M. B... et autres au titre des frais d'instance ;
- dans la seconde affaire, à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour de Nancy et à ce qu'une somme de de 3.000 euros soit mise à la charge de M. B... et autres au même titre.