

N° 471174

Ligue pour la protection des oiseaux (LPO)

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 14 juin 2024

Décision du 8 juillet 2024

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Cette affaire vous conduit à examiner à nouveau, mais sous un autre angle contentieux, la question des prérogatives dont disposent respectivement l'administration et le juge administratif pour tirer les conséquences d'un défaut de dérogation « espèces protégées » au titre d'une installation classée autorisée et déjà en service.

Abordée tout récemment par votre décision *Association Belle Normandie Environnement et autres* du 30 avril 2024 (n° 468297, aux tables) dans un litige relatif au refus du préfet de mettre en œuvre les pouvoirs d'injonction qu'il tient de l'article L. 171-7 du code de l'environnement, la question vous est à présent soumise à l'occasion d'un recours dirigé contre un arrêté préfectoral portant prescriptions complémentaires à l'autorisation initiale.

Le cadre du litige est celui du parc éolien de La Baume exploité sur le territoire de la commune de Lapanouse-de-Cernon, au pied du plateau du Larzac, dans le département de l'Aveyron.

Ce parc de six éoliennes a été édifié en 2017 sur le fondement d'un permis de construire délivré en 2012. A ce titre, il jouissait du droit d'antériorité en vertu des dispositions de l'article L. 553-1 du code de l'environnement, aujourd'hui reprises à l'article L. 515-44, qui dispensent les parcs éoliens d'une autorisation au titre de la législation des installations classées lorsqu'ils avaient déjà bénéficié d'un permis de construire à la date d'entrée des éoliennes dans la nomenclature des ICPE résultant de la loi Grenelle II. Le permis de construire vaut désormais, depuis le 1^{er} mars 2017, autorisation environnementale en application de l'article 15 de l'ordonnance du n° 2017-80 du 26 janvier 2017.

Cependant, alertée par la Ligue de protection des oiseaux (LPO) sur les risques d'atteinte à certaines espèces protégées, en particulier pour neuf grands rapaces, la DREAL d'Occitanie a demandé à l'exploitant de différer la mise en service du parc dans l'attente d'une étude ornithologique. L'étude produite ayant mis en évidence le caractère « *obsolète et superficiel* » de l'étude d'impact initiale, le préfet a édicté en janvier 2018 un premier arrêté portant prescriptions complémentaires pour imposer plusieurs mesures de suivi de l'activité et de la mortalité des oiseaux et interdire jusqu'à nouvel ordre le fonctionnement des éoliennes en dehors des périodes nocturnes. Puis, sur la base d'une nouvelle étude ornithologique et d'un avis de la DREAL, le préfet a édicté le 16 janvier 2020 un nouvel arrêté portant prescriptions complémentaires qui lève cette interdiction moyennant plusieurs mesures destinées à prévenir le risque de collision, notamment avec la mise en place d'un dispositif de détection automatisé.

L'association LPO se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la cour de Toulouse, statuant comme juge de premier et dernier ressort en vertu des dispositions de l'article R. 311-5, 20° du CJA, a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cet arrêté.

1. Avant d'en venir à la question présentée en préambule, nous examinerons les trois autres moyens soulevés par le pourvoi.

Deux d'entre eux n'apparaissent pas sérieux. D'une part, l'association requérante ne saurait reprocher à la cour une erreur de droit ou une insuffisante motivation à avoir limité son analyse des risques pour la faune sauvage à neuf grands rapaces, désignées dans l'arrêté comme les « espèces cibles » et qui étaient également au cœur de l'argumentation de la requête, alors que les autres espèces potentiellement affectées n'y étaient été évoquées que de manière allusive.

D'autre part, le motif par lequel la cour s'est prononcée sur l'intérêt de la procédure d'alerte définie par l'arrêté attaqué pour traiter des cas de mortalité avérés, qui était énoncé à titre surabondant, ne saurait être utilement discuté en cassation.

2. En revanche, il nous semble que vous devriez censurer les motifs par lesquels, pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 511-1 du code de l'environnement, la cour a estimé que les prescriptions complémentaires définies l'arrêté attaqué étaient propres à assurer la protection des espèces cibles.

Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 181-14, l'autorité administrative compétente peut imposer toute prescription complémentaire nécessaire au respect des dispositions des articles L. 181-3 et L. 181-4 à l'occasion de modifications substantielles ou notables apportées à l'installation, mais aussi à tout moment s'il apparaît que le respect de ces dispositions n'est

pas assuré par l'exécution des prescriptions préalablement édictées. Au nombre de ces dispositions figure d'abord la prévention des dangers ou inconvénients pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1, c'est-à-dire, en particulier, la protection de la nature et de l'environnement.

La requérante invoque une erreur de qualification juridique, qui nous paraît excéder le degré de contrôle que vous exercez en cassation quant à l'appréciation portée par les juges du fond sur la protection des intérêts mentionnés par l'article L. 511-1, c'est-à-dire sur la nature et l'intensité des « dangers ou des inconvénients » que l'installation peut présenter pour les intérêts mentionnés à cet article et le caractère suffisant des mesures destinées à les prévenir.

Le juge du plein contentieux des installations classées exerce un contrôle normal sur le bien-fondé des prescriptions définies par l'administration (CE 26 novembre 2010, *Société Arcelormittal France*, n° 323534, aux tables sur un autre point). Selon le fichage de votre décision du 22 mars 1996, *Groupement agricole d'exploitation en commun du Vieux Bougy* (n° 128923, aux tables), il se livre alors à une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible d'être discutée en cassation, sauf dénaturation, lorsqu'il estime qu'une installation classée ne peut être exploitée sans inconvénients ou nuisances graves pour le voisinage quelles que soient les prescriptions techniques dont serait assorti son fonctionnement.

Cette solution a été réitérée à de nombreuses reprises au sujet de l'appréciation portée par les juges du fond sur les mesures permettant de prévenir, d'une part, les dangers et inconvénients pour la sécurité ou la salubrité (pour un arrêté portant prescriptions complémentaires pour l'exploitation d'un nouveau magasin de stockage de semences : CE 2 avril 2003, *M. B...*, n° 219841, aux tables sur un autre point ; pour des arrêtés prescrivant des mesures de remise en état pour traiter une pollution des sols : CE 10 janvier 2005, *Société Sofiservice*, n°252307, au recueil sur un autre point, ou la présence d'amiante : CE 16 décembre 2008, *SNC Foncière du Vivarais*, n° 294151, inédit, ou encore pour des arrêtés autorisant une dérogation aux règles de distance par rapport aux habitations pour un élevage bovin : CE 1^{er} mars 2013, *M. et Mme P...*, n° 350782, inédit) mais également, d'autre part, les dangers et inconvénients pour le paysage ou l'environnement (CE 15 novembre 2021, *Association Force 5*, n° 432819 et CE 7 mars 2022, *M. V...*, n°440245, toutes deux aux tables sur d'autres points). Vous avez récemment appliqué le même contrôle en ce qui concerne l'existence d'un phénomène de saturation visuelle généré par des parcs éoliens, susceptible d'emporter des inconvénients pour la commodité du voisinage au sens de l'article L. 511-1 (CE 1^{er} mars 2023, *Sté EDPR France Holding*, n°4596716, aux tables). Les contre-exemples appliquant un contrôle d'erreur de qualification juridique apparaissent pour leur part isolés (CE 13 décembre 2013, *Sté énergie verte de Teyssode*, n° 356320 et CE 28 septembre 2016, *SELARL Grave Wallyn Randoux*, n°384315, toutes deux aux tables sur un autre point).

La latitude ainsi consentie aux juges du fond apparaît justifiée : l'appréciation des dangers et inconvénients repose essentiellement sur des considérations de fait, alors même qu'il s'agit de vérifier, à travers elle, la nécessité de mesures de police environnementale. Elle n'exclut pas cependant, comme nous vous le proposerons, de saisir une erreur de droit à raison des éléments que les juges du fond relèvent ou, au contraire, omettent de prendre en compte pour fonder leur appréciation – le moyen du pourvoi pouvant sans difficulté être requalifié en ce sens.

Au cas d'espèce, la cour a relevé que le parc éolien de la Baume présente un impact significatif sur l'avifaune du fait d'un risque de collision avec des espèces protégées telle que l'aigle royal, le vautour fauve, le vautour percnoptère, le vautour moine, le milan noir, le milan royal, le gypaète barbu et le circaète jean-le-blanc. S'agissant en particulier du vautour moine (*Aegypius monachus*), menacé d'extinction, il ressort en particulier des pièces du dossier que le territoire des Grands causses où se situe le parc éolien compte 29 couples reproducteurs parmi les 46 qui subsistent sur l'ensemble du territoire national. Selon l'avis de la DREAL, ce niveau de densité des espèces citées est exceptionnel et il existe un risque de mortalité très élevé sur cette espèce rare et menacée, qui montre une sensibilité forte à l'éolien. Le plan national d'action 2021/2030 pour le vautour moine, produit au dossier, recommande « l'évitement absolu » des domaines vitaux lors de la création de nouveaux parcs éoliens en soulignant que les décisions d'implantation déjà prises l'ont été à un moment où les domaines vitaux étaient encore mal connus et les besoins spatiaux sous-estimés.

En regard de ces enjeux, les mesures de prévention édictées par l'arrêté attaqué étaient particulièrement nombreuses et détaillées, au point d'ailleurs d'avoir suscité un recours de la société pétitionnaire qui en contestait la rigueur (recours que la cour a rejeté par un arrêt rendu le même jour) : mise en place sur chaque mât d'un système de détection automatisé des neuf espèces cibles permettant l'effarouchement des oiseaux et l'arrêt immédiat des éoliennes (système SafeWind qui équipe déjà de nombreux parcs en France) ; procédure de suivi en temps réel et de signalement à la DREAL en cas de collision supposée ou avérée ; mesures correctives en cas de défaillance du système d'effarouchement ; présence sept jours sur sept d'observateurs au sol pendant les deux mois suivant le redémarrage du fonctionnement diurne du parc pour déclencher manuellement l'arrêt des pales (« *bio-monitoring* ») ; nombreuses mesures de suivi et de compte-rendu périodique à la DREAL, incluant notamment la transmission des enregistrements vidéo.

Pour sa part, la DREAL avait émis un avis très critique sur ces mesures en mettant en cause la capacité d'anticipation du système de détection SafeWind par rapport à un système radar ainsi que la durée insuffisante de la période de deux mois proposée pour le suivi initial sur site. La société pétitionnaire avait opposé sur ce point plusieurs arguments techniques.

Compte tenu de l'ensemble des éléments dont elle était saisie, la cour nous paraît avoir adopté une grille d'analyse inadéquate, d'une part, en s'abstenant de se prononcer sur le degré résiduel de risque de collision après prise en compte des mesures de réduction et, d'autre part, en prenant essentiellement appui, pour écarter l'existence d'un danger au sens de l'article L. 511-1, sur l'existence de mesures correctives jouant « a posteriori » donc sans garantie pour la période initiale de mise en service alors que l'état de conservation de l'espèce se jouait, dans les circonstances très particulières de l'affaire, au premier spécimen.

En effet, pour répondre à l'argument selon lequel le système de détection automatisé ne permettrait pas d'exclure tout risque de collision avec les vautours, la cour s'est d'abord bornée à relever que ce système « n'a pas pour objectif d'exclure toute collision mais seulement de réduire ces dernières » avant d'ajouter que, s'il n'existe pas de vitesse de rotation de pôle non mortelle, « il est constant que la réduction de la vitesse des pôles amoindrit le risque de collision », donc sans rechercher dans quelle mesure le risque résiduel serait réduit à un niveau acceptable au regard de la sensibilité exceptionnelle du site.

Si la cour relève ensuite l'existence d'une procédure d'alerte en cas de mortalité avérée, cet élément n'était pas de nature à prévenir le risque de premières collisions dont l'analyse circonstanciée de la DREAL faisait apparaître qu'il était très sérieux. Il en est de même de l'autre circonstance relevée par la cour, de nature hypothétique, tirée de ce que la société devait proposer d'autres mesures pérennes et efficaces assorties d'un planning de réalisation.

En statuant par ces motifs, la cour a donc commis une erreur de droit.

3. Cette censure entraîne l'annulation de l'arrêt mais il serait utile, en vue du règlement après cassation et compte tenu de l'intérêt de la question, que vous examiniez également le dernier moyen du pourvoi qui conteste les motifs par lesquels la cour a écarté comme inopérant le moyen tiré du défaut de dérogation « espèces protégées ».

Comme vous le savez, cette dérogation est requise en vertu de l'article L. 411-2 du code de l'environnement si le risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé (CE Sect. Avis 9 décembre 2022, *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres*, n° 463563, au recueil).

Ainsi que nous l'avons rappelé récemment à l'occasion de l'examen de l'affaire *Belle Normandie*, la dérogation espèces protégées constitue l'une des « autorisations suiveuses »¹ qui, sous le régime de l'autorisation environnementale applicable au litige, s'incorpore à l'autorisation principale mais en est divisible. Il en résulte que, dans le cadre d'un recours dirigé contre une autorisation environnementale, cette dernière peut être utilement contestée

¹ Pour reprendre l'expression parlante d'Olivier Fuchs dans ses conclusions sur l'affaire X...

au motif qu'elle n'incorpore pas, à la date à laquelle le juge statue, la dérogation dont il est soutenu qu'elle serait requise pour le projet en cause, cette omission entraînant alors l'annulation partielle de l'autorisation attaquée, en tant qu'elle n'incorpore pas cette composante (CE 22 juillet 2020, *Ministre de la transition écologique et solidaire c/ M. X...*, n° 429610, aux tables et aux conclusions d'O. Fuchs).

Cependant, l'existence d'un risque suffisamment caractérisé est également susceptible d'être constatée postérieurement à la délivrance de l'autorisation et à la mise en service en raison, soit d'une évaluation initiale incomplète ou défaillante, comme c'était le cas ici, soit d'un changement de circonstances lié à une modification des installations ou à l'arrivée de nouveaux spécimens. S'y ajoute aussi la réévaluation des enjeux environnementaux résultant de l'évolution de l'état de conservation de certaines espèces ou la redéfinition des objectifs de protection, comme l'illustre ici encore le présent litige avec les plans de protection des vautours.

Sauf en cas de menace majeure pour l'état de conservation des espèces justifiant l'abrogation pure et simple de l'autorisation (art. L. 181-22, 3°), il appartient à l'administration, ainsi qu'a procédé le préfet de l'Aveyron au cas d'espèce, de modifier les modalités d'exploitation par le biais de prescriptions complémentaires édictées en application des dispositions combinées des articles L. 181-14, L. 181-3 et L. 511-1, afin de supprimer ou, à tout le moins, de réduire le risque d'atteinte aux espèces.

Lorsque ces mesures permettent de diminuer le risque au point qu'il ne soit plus regardé comme suffisamment caractérisé, la délivrance d'une dérogation n'est, par conséquent, plus requise.

Dans le cas contraire, l'installation en litige doit être regardée comme fonctionnant sans disposer de l'autorisation requise ou plus exactement, selon la logique dégagée par votre décision X..., en disposant d'une autorisation incomplète. L'intéressé s'expose, en poursuivant l'exploitation, à des sanctions pénales en vertu du I de l'article L. 173-2.

Il appartient alors au préfet de tirer les conséquences de ce fonctionnement irrégulier et, faisant usage des prérogatives définies à l'article L. 171-7, de mettre l'intéressé en demeure de régulariser sa situation en déposant le dossier de demande requis et, le cas échéant, d'édicter des mesures conservatoires pouvant aller jusqu'à la suspension de l'exploitation de l'installation jusqu'à ce qu'il ait statué sur une demande de régularisation (CE 28 avril 2021, *Min. c/ Société Maillard*, n° 440734, aux tables).

Dans ce régime de « droit précaire »² propre aux installations classées où les conditions d'exploitation doivent pouvoir être en permanence adaptées aux enjeux de sécurité et de

protection de l'environnement, l'exploitant ne saurait en effet se prévaloir des droits acquis qu'il tire de l'autorisation environnementale initiale pour se soustraire à l'obligation de disposer d'une dérogation « espèces protégées ».

L'absence de dérogation peut-elle néanmoins être utilement invoquée à l'appui d'un recours dirigé non pas contre l'autorisation environnementale ou contre un refus du préfet de mettre en œuvre ses pouvoirs d'injonction, mais contre un arrêté portant prescriptions complémentaires, notamment lorsque ce dernier édicte des mesures susceptibles de diminuer les atteintes portées aux espèces protégées ?

3.1. Nous ne le croyons pas et vous proposons donc, moyennant une substitution de motifs, de confirmer l'inopérance du moyen qui était soulevé devant la cour.

Comme on l'a rappelé, l'absence de dérogation « espèces protégées » au titre de l'article L. 411-2 constitue un vice qui affecte la régularité de l'autorisation. La délivrance éventuelle de cette dérogation est, par elle-même, sans effet sur la protection de l'espèce : elle se borne à prendre acte et autoriser les destructions ou les perturbations portées aux espèces protégées que les mesures d'évitement et de réduction définies par l'autorisation environnementale et les éventuelles prescriptions complémentaires n'auraient pas réussi à empêcher.

La légalité de l'arrêté portant prescriptions complémentaires sur le fondement de l'article L. 181-14 peut donc être contestée (on vient de le voir) en tant qu'elle n'assure pas une protection suffisante de l'environnement au sens de l'article L. 511-1. En revanche, elle ne saurait l'être utilement en tant que le projet ne bénéficie pas d'une dérogation « espèces protégées », alors même qu'une telle dérogation s'avérerait requise après prise en compte des mesures définies par l'arrêté en cause.

Il n'en serait autrement que lorsque, en cours d'exploitation, le préfet décide de redéfinir entièrement les conditions d'exploitation de l'installation et délivre, ce faisant, une nouvelle autorisation qui, en se substituant à l'ancienne, ouvre une « nouvelle séquence » contentieuse (voir la décision *Sté Maroni Transports* du 17 décembre 2014) à l'occasion de laquelle le défaut de dérogation peut donc, au même titre qu'une autorisation initiale, être utilement contesté. Par sa portée limitée, un arrêté portant prescription complémentaire pris en application du troisième alinéa de l'article L. 181-14 ne peut lui-même ouvrir une séquence, sauf, comme l'a rappelé la cour dans l'arrêt attaqué, lorsque les mesures qu'il prescrit entraînent une modification substantielle des installations au sens du premier alinéa, rendant nécessaire la délivrance d'une nouvelle autorisation.

² Voir sur ce point notamment les conclusions de X. de Lesquen sur l'affaire *Sté Maroni Transports* (CE 17 décembre 2014, n° 364779, 365632, aux tables).

La légalité de l'arrêté portant prescriptions complémentaires ne saurait davantage être contestée en tant que l'arrêté n'enjoint pas lui-même à l'exploitant de déposer une telle demande de dérogation. Nous l'avons dit, cette injonction résulte de l'exercice des prérogatives distinctes, celles définies à l'article L. 171-7 pour tirer les conséquences d'un fonctionnement irrégulier de l'installation, alors que les prescriptions complémentaires définies à l'article L. 181-14 constituent, aux termes de l'article R. 181-45, des mesures additionnelles que le respect des dispositions des articles L. 181-3 et L. 181-4 rend nécessaire ou qui prescrivent la fourniture de précisions ou la mise à jour de certaines informations. Nous partageons sur ce point l'analyse retenue déjà par plusieurs arrêts de cour selon laquelle la mesure consistant à exiger d'un exploitant qu'il forme une demande de dérogation ne relève pas des prescriptions complémentaires qu'il est dans les pouvoirs de l'administration de lui imposer en vertu de l'article L. 181-14³.

S'y ajoute d'autres arguments pratiques : la nécessité d'une dérogation espèces protégées appelant un examen approfondi sur la base d'une étude circonstanciée, il serait peu raisonnable que le juge soit saisi avant même que l'administration n'ait eu à se prononcer. De même, il serait difficile d'admettre que n'importe quel arrêté édictant des prescriptions complémentaires, même de portée très limitée, puisse servir de prétexte à un contentieux « espèces protégées » et l'on identifie mal selon quel critère le tri pourrait être effectué.

Bien entendu, il reste loisible au préfet de prendre un arrêté « biface » qui, à la fois, prononce une injonction sur le fondement de l'article L. 171-7 et définit des prescriptions complémentaires sur le fondement de l'article L. 181-14. En revanche, le défaut d'injonction ne saurait lui-même être utilement contesté qu'après que le requérant a demandé au préfet de mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient de l'article L. 171-7.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en écartant comme inopérant le moyen tiré de la violation de l'article L. 411-2.

En revanche, elle a pour arriver à ce résultat emprunté un raisonnement entaché d'erreur de droit en relevant que la société bénéficiait du maintien des droits découlant du permis de construire du 5 décembre 2012 devenu autorisation environnementale, dont découlait le droit d'exploiter l'installation « en franchise de demande de dérogation » (sic). Cette affirmation est directement contraire au régime précaire propre aux installations classées dont nous avons rappelé l'économie.

³ CAA Lyon n° 22LY01935, C+, Association « *Quel horizon en pays d'Issoire ?* » ; CAA Bordeaux 13 février 2024, n° 21BX03287, 22BX02172, 22BX02533, Association *Vent de raison pour la sauvegarde du bocage des communes de Coulonges-les-Herolles et Thollet et a.*

Nous vous proposons donc de juger, en substituant ce motif de pur droit à celui retenu par la cour, que le moyen tiré de l'absence de dérogation au titre des espèces protégées au titre de l'article L. 411-2 ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'un arrêté portant prescriptions complémentaires pris en application de l'article L. 181-14.

3.2. Une solution alternative consisterait à privilégier une approche plus pragmatique et propre aux circonstances de l'espèce en considérant que, dans la mesure où les prescriptions complémentaires en litige avaient précisément pour objet d'assurer une meilleure protection des espèces protégées, l'administration était tenue de s'interroger, à cette occasion, sur la nécessité d'une dérogation espèces protégées et, le cas échéant, la mise en œuvre des pouvoirs d'injonction qu'elle tient de l'article L. 171-7 en adoptant alors un arrêté « biface ». La carence éventuelle de l'administration pourrait donc être sanctionnée sur ce plan.

La solution d'inopérance nous paraît néanmoins la plus lisible, en dispensant le juge d'une appréciation trop casuistique.

En tout état de cause, l'arrêt ne pourra échapper à la censure si vous accueillez, comme nous vous l'avons proposé, le moyen précédent.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour de Toulouse et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge pour moitié de l'Etat et pour moitié de la société pétitionnaire à verser à l'association LPO.