

N°s 477317, 478222

Ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires,
Société Gourvillette Energies

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 29 septembre 2024

Décision du 6 novembre 2024

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Ce litige éolien vous permettra d’apporter un éclairage utile sur l’articulation entre la police des installations classées (ICPE) et la police des dérogations « espèces protégées » (DEP).

Il a pour cadre un projet de parc de quatre éoliennes situé sur le territoire de la commune de Gourvillette (Charente-Maritime). En 2016, la société Gourvillette Energies a déposé une demande d’autorisation unique que le préfet lui a accordée par arrêté du 10 septembre 2020 – elle vaut donc, en application de l’article 15 de l’ordonnance du 26 janvier 2017, autorisation environnementale.

Par un arrêt du 8 juin 2023, la cour administrative d’appel de Bordeaux, faisant droit à la requête présentée par l’association de défense de l’environnement de la vallée du Briou et plusieurs riverains, a annulé cette décision à raison des atteintes portées à plusieurs espèces protégées d’oiseaux. Le ministre et la société pétitionnaire vous demandent d’annuler cet arrêt par deux pourvois que vous pourrez joindre pour statuer par une unique décision.

L’originalité de l’affaire – relative, de nombreuses autres cours ont déjà appliqué cette solution¹ – tient à ce que, pour annuler l’autorisation, la cour n’a pas accueilli le moyen tiré de ce que le projet n’avait pas fait l’objet d’une demande de dérogation au titre des espèces protégées en application de l’article L. 411-2 du code de l’environnement mais, en quelque

¹ Voir par exemple : CAA Nantes n° 20NT02652 du 6 juillet 2021, CAA Douai n° 20DA00358 du 24 février 2022, CAA Bordeaux n° 21BX00745 du 7 décembre 2023 et n° 21BX04565 du 21 décembre 2023 ou CAA Versailles n° 21VE00597 du 22 décembre 2023.

sorte de manière plus radicale, celui tiré de ce que le projet portait atteinte aux intérêts protégés par l'article L. 511-1 du même code.

Issu de l'article 1^{er} de la loi n°76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, l'article L. 511-1 couvre, on le sait, un très large champ d'intérêts qu'il incombe à l'autorité de police des ICPE de protéger en édictant le cas échéant les prescriptions nécessaires (y compris pour une installation soumise à déclaration : CE 23 avril 2009, *Min. c. Sté des pétroles Shell*, n°303616, aux tables). Ce n'est que dans le cas où elle estime, au vu d'une appréciation concrète de l'ensemble des caractéristiques de la situation qui lui est soumise et du projet pour lequel l'autorisation d'exploitation est sollicitée, que même l'édition de telles prescriptions additionnelles ne permet pas d'assurer la conformité de l'exploitation à ces intérêts qu'il lui appartient d'opposer un refus (CE 6 février 1981, n° 03539, *D...*, aux tables p. 829 ; CE 25 novembre 1988, *Min. c. F...*, n°83647, aux tables sur un autre point ; CE 20 avril 2005, n° 246690, *Société des sablières et entreprises Morillon-Corvol*, n°246690, inédit ; et décision *Castorama* citée *infra*, aux tables sur ce point). Parmi ces intérêts protégés figurent, selon un énoncé très générique, « la protection de la nature » et « de l'environnement ».

Par contraste, c'est un ensemble de règles de fond et de procédure bien précis que prévoit, au livre IV du même code, le régime des dérogations à la protection des espèces protégées, qui impose aux pétitionnaires de solliciter une autorisation expresse de l'administration pour les projets susceptibles de détruire ou de perturber les espèces protégées, dont l'octroi suppose notamment la réunion des trois conditions, reprises de l'article 16 de la directive n° 92/43 dite Habitats du 21 mai 1992, tenant à l'absence d'autre solution satisfaisante, à ce que la dérogation octroyée ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle et à l'existence d'un motif parmi ceux énumérés à cet article, notamment une raison impérative d'intérêt public majeur de nature sociale ou économique.

Les points de recoupement entre les deux polices existent. D'abord, l'instruction de la dérogation « espèces protégées » s'effectue en pratique sur la base du volet faune/flore de l'étude d'impact accompagnant le dossier de demande d'autorisation ICPE. Ensuite et surtout, les mesures d'évitement, de réduction et de compensation (ERC) susceptibles de justifier l'octroi de la dérogation ne sont pas d'une autre nature que les prescriptions dont il appartient à l'administration, ou au juge de plein contentieux, d'assortir le cas échéant l'autorisation pour assurer le respect des intérêts définis à l'article L. 511-1². Une affaire récente rendue au sujet d'une installation déjà autorisée illustre déjà une hypothèse d'articulation entre les deux polices : lorsqu'il édicte des prescriptions complémentaires pour assurer la protection des

² Ainsi que le reflètent d'ailleurs les termes mêmes de l'article L. 181-3 : « *L'autorisation environnementale ne peut être accordée que si les mesures qu'elle comporte assurent également (...) 4° Le respect des conditions, fixées au 4° du I de l'article L. 411-2, de délivrance de la dérogation [espèces protégées]* ».

espèces protégées en application de l'article L. 511-1, le préfet doit vérifier à cette occasion si le projet ne nécessite pas, en dépit de ces mesures, l'octroi d'une dérogation au titre de l'article L. 411-2, auquel cas il doit enjoindre au bénéficiaire de solliciter cette dérogation sur le fondement de l'article L. 171-1 (CE 8 juillet 2024, *LPO*, n° 471174, aux tables).

Certes, sous le régime « intégré » de l'autorisation environnementale qui s'applique à l'autorisation en litige, la dérogation « espèces protégées » constitue l'un des compartiments sécables de l'autorisation : la légalité de l'autorisation peut être contestée en tant 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 éolien en cause : si tel est le cas, l'autorisation ne fait l'objet que d'une annulation partielle (CE 22 septembre 2022, *Ligue pour la Protection des Oiseaux de l'Aude et autres*, n° 443458, aux tables).

Mais cette sécabilité ne neutralise pas pour autant les dispositions générales de l'article L. 511-1 qui imposent à l'administration de prendre, à tout moment, les mesures nécessaires à la protection de la nature, y compris en ce qui concerne les espèces protégées : les deux polices ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais se combinent pour contribuer à une même finalité.

Ainsi, vous avez jugé par une décision du 31 mai 2021, *Société Castorama et ministre de la transition écologique et solidaire* (n° 434542, 434603, aux tables et aux conclusions de Stéphane Hoynck) que lorsqu'une ICPE nécessite la délivrance d'une dérogation au titre de l'article L. 411-2, les conditions d'octroi de cette dérogation contribuent à l'objectif de protection de la nature mentionné à son article L. 511-1 ; pour autant, lorsqu'elles lui apparaissent nécessaires, eu égard aux particularités de la situation, pour assurer la protection des intérêts mentionnés à ce dernier article, le préfet doit assortir l'autorisation d'exploiter qu'il délivre de prescriptions additionnelles, même si une dérogation a déjà été délivrée. L'article L. 511-1 impose donc à l'administration, en toutes circonstances, de prendre les mesures nécessaires à la protection des espèces protégées qui n'auraient pas, ou pas suffisamment, été prises par l'administration dans le cadre de la délivrance d'une DEP. La police des dérogations espèces protégées n'évince pas les pouvoirs généraux de police des ICPE.

En pratique, dans le contentieux des décisions accordant ou refusant d'accorder l'autorisation environnementale, l'articulation des deux polices ne soulève souvent guère d'enjeu.

Si le projet ne présente pas de risque suffisamment caractérisé pour les espèces protégées au sens de la jurisprudence *Sud Artois*³, de sorte que l'obtention d'une dérogation n'est pas requise, il s'en déduit, *a fortiori*, que le projet ne présente pas, au titre desdites espèces, de

³ CE Sect. 9 décembre 2022, *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres*, n° 463563, au recueil.

dangers ou d'inconvénients pour la protection de la nature et de l'environnement justifiant un refus d'autorisation sur le fondement de l'article L. 511-1 : dans un tel cas de figure, les juridictions du fond ont d'ailleurs pris l'habitude de répondre, lorsque les deux moyens sont invoqués, par une motivation commune⁴.

De même, il ne fait, selon nous, aucun doute qu'une méconnaissance de l'article L. 511-1 ne peut être caractérisée, sauf changement de circonstances, lorsqu'une dérogation a été valablement délivrée et qu'il est donc établi que les atteintes portées par le projet ne nuisent pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle. Implicitement mais nécessairement, il résulte en effet de la combinaison des deux polices que le juge de plein contentieux ne saurait censurer une autorisation environnementale sur le fondement de l'article L. 511-1 à raison d'atteintes portées aux espèces protégées qui seraient suffisamment limitées pour permettre la délivrance d'une dérogation au titre de l'article L. 411-2 ou, à plus forte raison, pour dispenser le pétitionnaire de solliciter une telle dérogation.

Cependant, et nous en venons ici à la question centrale du litige, ce postulat ne fait pas obstacle à ce que le juge censure une autorisation qui n'aurait pas fait l'objet d'une demande de dérogation en se fondant sur les dispositions générales de l'article L. 511-1 et sans passer par le truchement de la police des dérogations « espèces protégées », lorsqu'il est clairement établi qu'aucune prescription complémentaire n'est susceptible de prévenir de manière suffisante des atteintes mettant en cause l'état de conservation de l'espèce. Dans ce cas de figure, le filtre à grandes mailles de l'article L. 511-1 peut et doit suffire à bloquer un projet, sans qu'il soit nécessaire de mobiliser, alors qu'il ne l'a pas été par le porteur de projet lui-même, le complexe alambic de l'article L. 411-2⁵.

Le cas d'espèce illustre assez bien. La cour a relevé que, même après application de toutes les mesures d'évitement et de réduction des risques classiquement mobilisées en matière éolienne pour protéger l'avifaune (positionnement des mats parallèlement aux axes de migration, mise en place d'un système automatique de détection et d'arrêt des pales), le projet conservait un impact qualifié de « fort » en ce qui concerne l'outarde canepetière, résultant de la perte de son territoire de reproduction. Or la cour souligne que cette dernière espèce, dont la population a diminué de 94% entre 1978 et 2000, est classée en danger critique d'extinction sur la liste rouge mondiale des espèces menacées de l'Union internationale de conservation de la nature et encourt même un risque d'extinction à court terme. Elle fait l'objet d'un plan

⁴ V. par ex. les arrêts rendus par la cour de Douai : n° 22DA00707 et n° 20DA01392. La cour de Bordeaux se distingue en procédant dans l'ordre inverse : voir ses arrêts n° 21BX03537, n° 21BX04076, n° 21BX00541.

⁵ Lorsqu'il ne lui est pas possible de se prononcer avec certitude en l'état de l'instruction, il est loisible au juge de réserver la réponse au moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 511-1 lorsqu'il sursoit dans l'attente de l'examen de la demande de dérogation (voir par exemple les arrêts n° 21NT01542, n° 23LY01487, n° 22NT01245 ou n° 20NC00435).

national d'action visant à éviter sa disparition et bénéficie à ce titre d'une zone de protection spéciale (ZPS) « Natura 2000 » « Plaine de Néré à Bresdon » située à 500 mètres de là et qu'il est prévu d'étendre à proximité immédiate de la zone d'implantation. La cour a déduit de ces constatations que l'autorisation préfectorale portait une atteinte significative à l'un des intérêts protégés par l'article L. 511-1 du code de l'environnement pour en prononcer l'annulation.

Invoquant une erreur de droit et une méconnaissance de l'office du juge, la société pétitionnaire soutient que la cour ne pouvait annuler l'autorisation à raison des atteintes portées aux espèces protégées sur le fondement de l'article L. 511-1, sans vérifier au préalable si l'autorisation nécessitait une dérogation « espèces protégées », ce qui, le cas échéant, ne pouvait entraîner qu'une annulation partielle et une suspension des effets de l'autorisation dans l'attente de l'instruction d'une demande de dérogation.

Nous ne voyons ni la nécessité ni l'intérêt d'un si long détour.

D'abord, comme nous l'avons rappelé, aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à ce que le juge se fonde sur les dispositions générales de l'article L. 511-1 pour sanctionner des atteintes excessives portées aux espèces protégées. En outre, il ne ressort pas des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour aurait, pour apprécier si les atteintes portées à l'espèce étaient admissibles, appliqué une grille d'analyse plus sévère que celle qui aurait été appliquée pour l'octroi d'une dérogation sur le fondement de l'article L. 411-2, ce qui aurait pu être de nature à caractériser une erreur de droit.

En statuant par les motifs que nous venons de résumer, la cour a clairement mis en évidence que le projet éolien en litige ne pouvait, en aucune manière, quelles que soient les mesures d'évitement, de réduction ou de compensation envisageables, avoir sa place dans l'aire d'implantation en cause, compte tenu de son incidence sur la conservation de l'espèce.

Dans ces circonstances particulières, le dépôt d'une demande de « dérogation espèces protégées » n'était d'aucun secours : le vice décrit par la cour n'est pas celui d'un fonctionnement irrégulier tiré de l'absence d'une composante de l'autorisation environnementale mais résulte d'un obstacle de fond. Et pour le lever, les mesures d'évitement, de réduction et de compensation susceptibles d'être discutées dans le cadre de l'instruction d'une demande de dérogation ne différaient en rien des prescriptions complémentaires dont le préfet pouvait *ab initio* assortir l'autorisation, et le juge de plein contentieux examiner la pertinence, sur le fondement de l'article L. 511-1.

La faculté pour le juge de couper court nous paraît pleinement justifiée par l'office particulier et les pouvoirs de « juge-administrateur » propres au juge des installations classées. La solution inverse en contredirait l'esprit puisqu'elle ne laisserait d'autre choix au juge que de

maintenir temporairement, en suspendant uniquement ses effets, une autorisation dont il serait déjà acquis qu'elle est contraire aux intérêts protégés par la loi.

Au surplus, nous soulignerons l'inconfort qu'il y aurait à faire droit à l'argumentation consistant, pour la société pétitionnaire, à reprocher à la cour d'avoir prétendument « sauté » une étape procédurale qu'elle seule aurait, en tout état de cause, escamotée. Comme c'était déjà le cas dans une affaire *Sté Bois Bodin* jugée par votre 6^e chambre⁶, la configuration procède, au départ, d'une anomalie tenant à l'absence de dépôt de dérogation pour un projet qui, au vu de l'étude d'impact, présentait des enjeux particulièrement forts pour l'avifaune. Dans cette mesure, la solution appliquée par la cour, il faut y insister, n'a pas vocation à jouer en temps normal et ne devrait concerner que des cas circonscrits.

Nous vous proposons donc d'écarter le premier moyen d'erreur de droit tirée et de juger que, compte tenu de la nature et de l'importance des atteintes portées à l'espèce protégée qu'aucune prescription complémentaire n'était susceptible de circonscrire puisqu'elles résultaient du choix même de l'aire d'implantation, la cour pouvait annuler l'autorisation attaquée sur le fondement de l'article L. 511-1 sans attendre que soit instruite une demande de dérogation au titre de l'article L. 411-2.

Pour les mêmes motifs, vous écarterez les moyens des deux pourvois tirés de ce que la cour aurait méconnu son office en s'abstenant de faire application des pouvoirs de régularisation qu'elle tient du I de l'article L. 181-18, dans sa version antérieure à la loi du 10 mars 2023⁷ et insuffisamment motivé son arrêt sur ce point. La société pétitionnaire ne saurait utilement se prévaloir des dispositions du dernier alinéa du I en vertu desquelles le refus par le juge de faire droit à une demande d'annulation partielle ou de sursis à statuer est motivé, qui sont issues de la loi du 10 mars 2023 et n'étaient pas applicables au litige⁸.

L'appréciation de fait portée par la cour sur les atteintes portées par le projet à l'outarde canepetière est également contestée par les deux pourvois.

Nous ne décelons néanmoins aucune dénaturation (puisque tel est votre degré de contrôle : CE 22 mars 1996, *Groupement agricole d'exploitation en commun du Vieux Bougy*, n° 128923, aux tables sur ce point), contradiction de motifs ni insuffisance de motivation de la part de la cour qui s'est fondée sur plusieurs pièces du dossier, en particulier de l'étude d'impact, révélant la perte d'un territoire de reproduction. La société pétitionnaire entendait en compenser l'impact par la création de nouveaux sites favorables à la reproduction d'une surface supérieure à celle de l'aire d'implantation du parc. Néanmoins, la très grande fragilité de l'espèce au niveau local pouvait difficilement se prêter à un tel calcul arithmétique : le

⁶ CE 27 décembre 2022, *Sté Ferme éolienne du Bois Bodin*, n°s 456293, 456424, inédit.

⁷ Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables.

⁸ En vertu du II de son article 23, elles s'appliquent aux litiges engagés à compter de la publication de la loi.

peuplement local qu'il s'agit de préserver est le dernier du département de Charente-Maritime et compte 38 individus. Des motifs évidents s'attachaient donc à ce qu'il soit préservé en l'état, sans faire le pari d'un repeuplement dans une autre zone. La décision préfectorale apparaît en outre, comme l'a bien analysé la cour, en totale contradiction avec les objectifs fixés par le Gouvernement dans le cadre du 3^{ème} plan national d'action 2020-2029 en faveur de la protection de l'outarde, qui déplore la réduction et la fragmentation de son habitat, rappelle qu'elle compte parmi les espèces les plus vulnérables aux éoliennes et préconise comme premier axe de travail de préserver l'habitat disponible (l'extension projetée de la ZPS voisine atteste d'ailleurs de cet objectif). Par suite, compte tenu de la vulnérabilité particulière de l'outarde, la cour pouvait estimer, au cas d'espèce, que c'était au pétitionnaire de s'adapter à la géographie de l'espèce et non à l'espèce de s'adapter à la géographie des éoliennes ; à tout le moins cette appréciation n'est pas entachée de dénaturation.

Les appréciations portées par la cour sur les autres espèces, notamment le milan noir et la bondrée apivore, ne nous semblent avoir eu qu'une portée confortative dans son raisonnement qui se fonde prioritairement sur l'outarde, de sorte que les critiques du pourvoi à ce sujet n'apparaissent pas utilement développées.

Les autres moyens des deux pourvois n'appelleront pas de longs développements.

La société Gourvillette Energies fait grief à la cour de s'être méprise sur les dispositions législatives applicables au litige en se référant aux règles applicables à l'autorisation unique (ordonnance n° 2014-355 du 20 mars 2014 et article L. 512-1) alors que, comme on l'a rappelé, cette dernière devait être regardée, à la date à laquelle elle statuait, comme une autorisation environnementale régie par les articles L. 181-1 et suivants. Cependant, l'erreur est restée sans incidence sur la régularité de son arrêt, dans la mesure où, par le jeu des renvois, les dispositions de l'article L. 511-1 qui fondent les motifs de la censure étaient et demeurent celles applicables.

Pour sa part, le ministre estime que les atteintes portées à l'outarde canepetière ne justifiaient que la suppression de l'éolienne E2 sans condamner le reste du projet. Mais c'est par une appréciation souveraine et sans contradiction de motifs que la cour, tout en soulignant le danger maximal propre à l'une d'entre elles, a pu estimer que l'ensemble de l'aire d'implantation était impropre à l'implantation d'éoliennes.

PCMNC à l'admission, dans la première affaire appelée, de l'intervention de la société Gourvillette Energies, au rejet des deux pourvois et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge, pour moitié à la charge de l'Etat et à la charge de la société pétitionnaire à verser au titre des frais d'instance dans les deux affaires et au rejet des conclusions présentées à ce titre par la société.

