N°s 473862, 473954
Association Robin des Mats, Sté Q Energy

6ème et 5ème chambres réunies

Séance du 22 novembre 2024
Décision du 20 décembre 2024

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, Rapporteur public

Cette affaire fournit l'occasion d'apporter un éclairage supplémentaire, en contrepoint de votre récente décision *Sté Gourvillette Energie*[1], sur la question désormais récurrente dans les contentieux éoliens de l'articulation, par les juges saisis de moyens mettant en cause la protection des espèces protégées, entre les dispositions des articles L. 411-2 et L. 511-1 du code de l'environnement.

On le sait, les premières, qui transposent les exigences des directives Habitat et Oiseaux, prévoient que l'autorité administrative compétente autorise les porteurs de projet à déroger aux interdictions de destruction et de perturbation des espèces protégées sous la triple condition qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante, que la dérogation ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle et que le projet poursuive l'un des cinq motifs limitativement énumérés par la loi, parmi lesquels figure le fait que le projet réponde, par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, à une raison impérative d'intérêt public majeur (RIIPM).

Vous avez précisé le seuil d'entrée dans ce régime par votre avis de section *Sud Artois*[2] : lorsque les atteintes portées aux espèces protégées ne sont pas l'objet même de la demande (à la différence, par exemple, de tirs destinés à prévenir les atteintes aux troupeaux) et qu'elles ne sont pas évaluables avec certitude (contrairement à un projet immobilier prévoyant la destruction complète d'une zone naturelle servant d'habitat) mais qu'elles s'inscrivent dans une logique d'aléa, comme c'est souvent le cas des risques de collision causés par les éoliennes, le porteur de projet n'est pas tenu de solliciter une dérogation lorsque les mesures

[1] CE 6 novembre 2024, *Ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires et Société Gourvillette Energies*, n° 477317, aux tables.
[2] CE Sect. 9 décembre 2022, *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres*, n° 463563, à publier au Recueil.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

d'évitement et de réduction proposées présentent des garanties d'effectivité telles qu'elles permettent de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé.

Pour leur part, les dispositions générales de l'article L. 511-1, combinées à celles de l'article L. 181-3, conditionnent la délivrance des autorisations d'exploiter des installations classées au fait que les mesures qu'elle comporte assurent la prévention des dangers ou inconvénients pour de nombreux intérêts parmi lesquels figurent la protection de la nature et de l'environnement.

Les deux corps de règles participent donc du même objectif de protection des espèces animales et végétales protégées, sans que l'un ne vienne éclipser l'autre, l'autorité administrative pouvant sur le fondement de chacun d'eux prescrire toutes les mêmes mesures de protection adéquates. Cette explicitation avait déjà été donnée par votre décision *Société Castorama* du 31 mai 2021 (n° 434542, 434603, aux tables) : lorsque la construction et le fonctionnement d'une installation classée nécessitent 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 l'article L. 511-1 mais, pour autant, lorsqu'elles lui apparaissent nécessaires pour assurer la protection des intérêts mentionnés à cet article, le préfet doit assortir l'autorisation d'exploiter qu'il délivre de prescriptions additionnelles.

De façon fréquente dans les contentieux éoliens, les opposants au projet qui soulèvent l'existence d'une atteinte portée à l'avifaune ou aux chiroptères invoquent des moyens tirés de la méconnaissance des deux corps de règles en faisant valoir, d'une part, que le projet autorisé aurait dû faire l'objet d'une demande de dérogation au titre de l'article L. 411-2 – le vice se prête alors en principe à une régularisation selon les modalités définies à l'article L. 181-18 – et, d'autre part, qu'il méconnaîtrait pour ce même motif les intérêts protégés par l'article L. 511-1 – ce qui peut justifier, le cas échéant, l'annulation complète de l'autorisation.

Selon les configurations en litige, cette double argumentation se prête à plusieurs réponses de la part des juges du fond, dont la cohérence est parfois mise en doute devant vous en cassation.

Ne soulève pas de difficulté l'hypothèse dans laquelle les juges écartent cette double argumentation lorsqu'il est établi que, compte tenu notamment des mesures d'évitement et de réduction proposées, les impacts du projet sont si mineurs qu'il ne présente pas de risque suffisamment caractérisé pour les espèces protégées justifiant le dépôt d'une demande de dérogation au titre de l'article L. 411-2 et en déduisent, en quelque sorte par *a fortiori*, que l'autorisation ne saurait par conséquent méconnaître sur ce point les dispositions de l'article L. 511-1.

A l'autre extrémité du spectre, l'affaire *Gourvillette* vous a permis d'illustrer l'hypothèse où les juges du fond censurent une autorisation sur le seul fondement de l'article L. 511-1, sans

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

passer par le truchement de l'article L. 411-2. Vous avez admis que le juge puisse procéder ainsi, sans mettre en œuvre ses pouvoirs de régularisation en vue de permettre au pétitionnaire de solliciter une dérogation au titre de l'article L. 411-2, s'il résulte de l'instruction, et notamment des éléments relatifs aux atteintes portées à la conservation de ces espèces et des possibilités de les éviter, réduire ou compenser, qu'aucune prescription complémentaire n'est susceptible d'assurer la conformité de l'exploitation à l'article L. 511-1.

Implicitement mais nécessairement, le juge considère alors qu'il est inutile d'envisager l'instruction d'une dérogation qui n'a, compte tenu de l'ampleur des incidences sur les espèces protégées mettant en cause leur état de conservation, aucun espoir d'aboutir. Tel était le cas, dans l'affaire *Gourvillette*, pour un parc éolien entraînant, par effet d'effarouchement, la perte de l'un des derniers territoires de reproduction de la région considérée pour une espèce d'oiseau classée en danger critique d'extinction, ce qui condamnait le choix de la zone d'implantation sans qu'aucune mesure d'évitement, de réduction ou de compensation ne puisse y remédier.

Nous pensons que pourraient également se rattacher à cette hypothèse des cas particuliers où, alors que le site présenterait une forte sensibilité écologique, le dossier du pétitionnaire serait entaché de graves incohérences ou négligences dans l'évaluation des risques et des mesures destinées à le prévenir, autorisant alors l'administration ou le juge à le rejeter en opposant, de façon quasi-disciplinaire, l'article L. 511-1 pour le contraindre à revoir intégralement sa copie.

Dans tous les cas, la censure prononcée sur le seul fondement de l'article L. 511-1 n'a vocation qu'à sanctionner des situations que l'on pourrait qualifier « d'anormales » puisqu'en présence d'enjeux de protection manifestes par leur ampleur, il n'est guère concevable qu'un pétitionnaire se dispense de solliciter la dérogation, ne serait-ce qu'au regard du risque pénal, et *a fortiori* depuis l'entrée en vigueur du régime de présomption de RIIPM en faveur des installations de production d'énergies renouvelables qui en facilite désormais l'octroi.

Entre ces deux pôles se situent toutes les hypothèses intermédiaires dans lesquelles, alors que le pétitionnaire n'a pas sollicité la dérogation, le risque d'atteinte portée aux espèces protégées apparaît suffisamment caractérisé pour faire entrer le projet dans le champ d'application de l'article L. 411-2, sans être d'une ampleur telle que les dispositions générales de l'article L. 511-1 y fassent obstacle avec évidence.

En principe, le vice peut alors être régularisé par le biais d'une autorisation modificative destinée à adjoindre la dérogation manquante. Le juge est donc tenu, soit de procéder à une annulation partielle en application du 1° de l'article L. 181-18 et ainsi permettre au pétitionnaire de déposer une demande, soit en application du 2° surseoir à statuer dans l'attente de l'instruction de la demande, cette seconde voie s'imposant à lui lorsqu'il est saisi en ce sens de conclusions subsidiaires par le pétitionnaire (CE 1er mars 2023, *Société Ferme éolienne de Saint-Maurice*, n° 458933, aux tables).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Dans ce dernier cas, il est alors fréquent que le juge réserve, dans sa décision avant dire droit, la réponse à donner au moyen tiré de l'atteinte excessive aux intérêts protégés par l'article L. 511-1. Une telle prudence semble particulièrement opportune : à l'occasion de la délivrance de la dérogation, les impacts du projet sont parfois appréhendés de façon plus fine et des prescriptions complémentaires sont susceptibles d'être édictées, ce qui peut conduire à modifier l'appréciation portée sur les atteintes aux espèces.

Le présent litige illustre un autre type de réponse sans doute un peu plus périlleux.

Le préfet de la Nièvre avait accordé à la société Q Energy une autorisation unique pour la construction et l'exploitation d'un parc de huit éoliennes. Faisant droit aux conclusions de l'association Robin des mâts et autres, le tribunal administratif de Lyon en a prononcé l'annulation à l'issue de vaines tentatives de régularisation visant, à l'origine, à purger le vice tiré du défaut d'autonomie de l'autorité environnementale ayant émis un avis sur le projet. Cependant la cour administrative d'appel de Lyon a écarté ce moyen comme non fondé en estimant, selon nous à juste titre, que cet avis avait été émis dans des conditions régulières. La cour a retenu en revanche l'existence d'un vice tiré du défaut de dérogation espèces protégées en ce qui concerne la grue cendrée. Elle a donc annulé l'autorisation uniquement en tant qu'elle n'inclut pas cette dérogation, afin de permettre une régularisation hors prétoire.

L'arrêt a pour particularité que la cour a choisi de ne pas surseoir à statuer, comme il lui était loisible de le faire à défaut de conclusions présentées en ce sens ; elle n'a donc pas réservé la réponse à rapporter au moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 511-1 mais l'a écarté au motif qu'aucun impact particulièrement significatif n'était caractérisé pour l'avifaune migratrice, notamment pour la grue cendrée.

La société pétitionnaire, qui se pourvoit contre l'arrêt en tant qu'il annule partiellement l'autorisation, voit dans ces motifs une contradiction logique, constitutive d'une erreur de droit.

Nous vous proposons d'écarter ce moyen.

Selon les énonciations de l'arrêt qui s'appuie sur l'étude d'impact ainsi que l'avis émis par la mission régionale de l'autorité environnementale, le projet de parc se situe au sein du couloir principal de migration de la grue cendrée traversant la région. Leur migration s'effectue généralement à haut vol, donc hors de portée des pales ; cependant, la zone d'implantation du projet est susceptible d'être survolée à une altitude plus faible lorsque les grues rejoignent les zones de gagnage ou de repos localisées dans deux vallées au Nord-Est du projet. Or si la capacité de la grue cendrée à voir les obstacles est bonne en haut vol, elle a tendance à diminuer quand elle se rapproche du sol. Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier que l'effectif moyen observé sur le site chaque hiver est de l'ordre de 7 000 individus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Pour prévenir le risque de collision, l'autorisation attaquée prévoit la mise en œuvre d'un système d'arrêt des pales pendant les périodes de migration prénuptiale et postnuptiale, en février et mars puis en octobre et novembre, enclenché de manière automatique lorsque la visibilité devient inférieure à 500 ou 1 000 mètres selon les mats. L'étude d'impact concluait à un impact « brut » qualifié de « modéré à fort » mais ramené à « faible » après mesure de bridage (envisagée initialement sur une période plus courte). Par ailleurs, des mesures de suivi spécifiques étaient programmées durant les premières années d'exploitation du parc afin d'étudier le comportement de l'espèce et l'intégration du parc dans leur aire de vie.

Comme on le voit, l'enjeu de protection pour les grues cendrées résultant conjointement de la fréquentation du site et du risque de collision était avéré et sa maîtrise dépendait d'un système de bridage partiel sur lequel il n'existait pas de retour d'expérience.

C'est sans erreur de droit ou de qualification juridique[3], et par des motifs suffisamment étayés que la cour a estimé qu'une dérogation au titre de l'article L. 411-2 était requise, après avoir relevé que les mesures de réduction des risques de collision reposaient essentiellement sur un arrêt des éoliennes en fonction de l'état de la météorologie et ne présentaient pas des garanties d'effectivité telles qu'elles permettraient de diminuer ces risques au point de pouvoir les regarder comme insuffisamment caractérisés. Contrairement à ce qui est soutenu, la cour a bien tenu compte également des mesures d'évitement proposées par la pétitionnaire, notamment l'abandon d'une aire d'implantation située au Nord et présentant une plus grande sensibilité pour cette espèce.

Ensuite, et nous arrivons au point central, la cour a pu statuer par ces motifs sans erreur de droit ni contradiction de motifs, alors même qu'elle avait, quelques lignes plus tôt, écarté le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 511-1 au motif qu'aucun risque d'impact particulièrement significatif n'était caractérisé pour la grue cendrée compte tenu de l'existence de ce même système de bridage et au vu des effectifs d'oiseaux migrateurs recensés sur la zone d'implantation et ses alentours (selon les pièces du dossier, le site voit transiter environ 7.000 spécimens, à rapporter à un effectif d'environ 120.000 en France et 23.000 dans la région Centre).

En elle-même une telle distinction ne traduit pas, en droit, d'incohérence logique : les risques pour la grue cendrée, alors même qu'ils rendaient nécessaire l'obtention d'une dérogation au titre de l'article L. 411-2 pouvaient être regardés comme n'étant pas d'une nature et d'une ampleur telles que le projet porterait, sans qu'aucune prescription complémentaire puisse l'empêcher, une atteinte à la conservation de l'espèce justifiant d'opposer un refus sur le fondement de l'article L. 511-1. Implicitement, la cour a anticipé que le projet pourrait, sous réserve de l'analyse à mener par le préfet, satisfaire la condition mentionnée à l'article L.

[3] Puisque tel est le degré de contrôle en cassation que vous avez consacré sur ce critère : CE 6 novembre 2024, *Association pour la défense du patrimoine et du paysage de la vallée de la Vingeanne et Association Fédération Environnement Durable*, n°471372, aux tables.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

411-2 tenant à ce que le projet ne nuise pas au maintien dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle.

L'appréciation de fait nous semble en revanche beaucoup plus douteuse et l'arrêt n'est guère explicite, ni convainquant, sur les raisons d'un tel optimisme. Cependant, les motifs par lesquels la cour a écarté le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 511-1 dans un sens favorable à la société requérante ne sont logiquement pas contestés par le pourvoi (ni d'ailleurs par le pourvoi adverse).

Vous rejetterez donc le pourvoi présenté par la société Q Energy.

En revanche, vous devrez faire droit au pourvoi croisé présenté par les requérants initiaux qui contestent le même arrêt en tant qu'il rejette, pour l'essentiel, leurs conclusions aux fins d'annulation.

Ainsi qu'ils le soutiennent, la cour, alors qu'elle répondait de manière étayée au moyen tiré du défaut de dérogation espèces protégées résultant des atteintes portées à l'avifaune, et plus particulièrement la grue cendrée, le milan royal et le pluvier doré, a omis de répondre à la branche du même moyen portant sur les chiroptères.

Cette branche était brièvement invoquée dans un premier mémoire en défense mais développée dans un second mémoire qui soulignait à la fois l'importance des risques de collision pour plusieurs espèces recensées dans l'étude d'impact et l'insuffisance des mesures de réduction. La cour n'a pas communiqué ce mémoire aux parties, de sorte que le débat n'a pas rebondi.

Certes, l'autorisation attaquée a été censurée en tant qu'elle n'inclut pas la dérogation espèces protégées, ce qui permet en pratique à l'autorité administrative, saisie de la demande, de se prononcer sur l'ensemble des espèces potentiellement affectées. Cependant, dans la mesure où, dans le dispositif de son arrêt, la cour a formulé une annulation très ciblée, « *uniquement en tant que n'a pas été mis en œuvre le régime de la dérogation prévu à l'article L. 411-2 du code de l'environnement pour la grue cendrée* », nous ne voyons d'autre issue possible que d'annuler l'arrêt de la cour.

PCMNC au rejet du pourvoi de la société Q Energy, à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour de Lyon, à ce qu'une somme de 3 500 euros soit mise à la charge de la société pétitionnaire au titre des frais d'instance, ainsi qu'au rejet des conclusions présentées au même titre par cette société.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.