

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE LYON**

N° 22LY01790

ASSOCIATION SAUVEGARDE SUD MORVAN
ASSOCIATION VENT DE SOTTISE
ASSOCIATION SAUVEGARDE NATURE
ET PATRIMOINE DE GURY

Mme Christine Djebiri
Rapporteure

M. Christophe Rivière
Rapporteur public

Audience du 8 juin 2023
Décision du 22 juin 2023

29-035
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La cour administrative d'appel de Lyon
7^{ème} chambre

Vu la procédure suivante :

Procédure devant la cour

Par une requête et des mémoires enregistrés les 8 juin et 31 octobre 2022, ainsi que les 16 janvier 2023 et 17 avril 2023, ce dernier n'ayant pas été communiqué, l'association sauvegarde Sud Morvan et autres, représentées par Me Monamy, demandent à la cour :

1°) d'annuler la décision du 14 avril 2022 par laquelle le préfet de Saône-et-Loire a refusé d'enjoindre la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans de déposer une demande de dérogation « espèces protégées » et de compenser les destructions occasionnées par son parc éolien ;

2°) d'ordonner à la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans de déposer cette demande dans un délai à définir ;

3°) à titre de conservatoire, et dans l'attente de la dérogation, de prescrire à la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans de réaliser de 2023 à 2025 un suivi environnemental (suivi de mortalité) conforme aux obligations réglementaires du protocole de suivi environnemental des parcs éoliens terrestres – révision 2018 ainsi qu'un bridage diurne pour l'avifaune du 1^{er} février au 30 novembre et un bridage nocturne pour les chiroptères jusqu'à 10 m/s de vent, du 15 mars au 31 octobre, quelle que soit la température, de 30 minutes avant le coucher du soleil à 30 minutes après le lever du soleil et, en toute hypothèse, la compensation des atteintes à la biodiversité qu'il a occasionnées ;

4°) de mettre à la charge de l'État et de la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- leur requête est recevable ;
- la décision méconnaît les articles L. 411-1 et L. 411-2 du code de l'environnement en ce qui concerne le milan royal et les chiroptères ;
- la décision méconnaît les articles L. 171-7, L. 181-14, L. 411-1 et L. 411-2 du code de l'environnement en raison de ce que le préfet aurait dû exiger de l'exploitant l'obtention d'une dérogation ;
- la décision méconnaît les articles L. 110-1, L. 122-1-1, L. 163-1 et L. 511-1 du code de l'environnement faute pour l'administration d'avoir ordonné la compensation des atteintes aux chauves-souris et aux oiseaux.

Par des mémoires enregistrés les 30 août et 7 novembre 2022 ainsi que les 12 janvier et 28 mars 2023, l'avant dernier n'ayant pas été communiqué, la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans, représentée par Me Elfassi, conclut au rejet de la requête et demande de mettre à la charge des associations une somme de 3 000 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun moyen de la requête n'est fondé.

Par un mémoire enregistré le 5 septembre 2022, le ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires conclut au rejet de la requête.

Il soutient que la requête est irrecevable car tardive et qu'aucun moyen de la requête n'est fondé.

Par une ordonnance du 3 avril 2023, la clôture d'instruction a été fixée au 17 avril 2023.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de l'environnement ;
- l'arrêté du 26 août 2011 modifié relatif aux installations de production d'électricité utilisant l'énergie mécanique du vent au sein d'une installation soumise à autorisation au titre de la rubrique 2980 de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement ;
- le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Djebiri, première conseillère ;
- les conclusions de M. Rivière, rapporteur public ;
- et les observations de Me Monamy pour l'association sauvegarde Sud Morvan et autres, ainsi que celles de Me Durand substituant Me Elfassi, pour la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 juin 2023, présentée pour la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans ;

Considérant ce qui suit :

1. Par des arrêtés des 17 décembre 2015 et 23 décembre 2016, le préfet de Saône-et-Loire a respectivement délivré à la société VSB Énergies Nouvelles, à laquelle a succédé la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans, l'autorisation de construire sur le territoire de la commune de La Chapelle-au-Mans (Saône-et-Loire) et d'exploiter, au titre de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement, quatre aérogénérateurs d'une hauteur maximale de 180 mètres en bout de pâles et un poste de livraison. Ce parc éolien a été mis en service et fonctionne depuis le 1^{er} mai 2019. L'association sauvegarde Sud Morvan et autres demandent l'annulation de la décision du 14 avril 2022 par laquelle le préfet de Saône-et-Loire a refusé d'ordonner à la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans de déposer une demande de dérogation « espèces protégées » et de prévoir une mesure de compensation pour les destructions occasionnées par son parc éolien.

2. En premier lieu, et d'une part, aux termes de l'article 15 de l'ordonnance du 26 janvier 2017 : *« Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le 1^{er} mars 2017, sous réserve des dispositions suivantes : (...) 1° Les autorisations délivrées au titre (...) du chapitre II du titre I^{er} du livre V du code de l'environnement dans leur rédaction antérieure à la présente ordonnance (...) sont considérées comme des autorisations environnementales relevant du chapitre unique du titre VIII du livre I^{er} de ce code, avec les autorisations, enregistrements, déclarations, absences d'opposition, approbations et agréments énumérés par le I de l'article L. 181-2 du même code que les projets ainsi autorisés ont le cas échéant nécessités ; les dispositions de ce chapitre leur sont dès lors applicables, notamment lorsque ces autorisations sont contrôlées, modifiées, abrogées, retirées, renouvelées, transférées, contestées ou lorsque le projet autorisé est définitivement arrêté et nécessite une remise en état ; (...) »*. Aux termes de l'article L. 181-16 du code de l'environnement, qui figure au chapitre unique du titre VIII du livre I^{er} de ce code : *« I. - Pour l'application du présent chapitre, les contrôles administratifs sont exercés et les mesures de police administratives sont prises dans les conditions fixées au chapitre I^{er} du titre VII du présent livre et par les législations auxquelles ces contrôles et ces mesures se rapportent. (...) »*.

3. D'autre part, l'article L. 171-7 du code de l'environnement, qui figure au chapitre I^{er} du titre VII du livre I^{er} de ce code, prévoit que : *« I.- Indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées, lorsque des installations ou ouvrages sont exploités, des objets et dispositifs sont utilisés ou des travaux, opérations, activités ou aménagements sont réalisés sans avoir fait l'objet de l'autorisation, de l'enregistrement,*

de l'agrément, de l'homologation, de la certification ou de la déclaration requis en application du présent code, ou sans avoir tenu compte d'une opposition à déclaration, l'autorité administrative compétente met l'intéressé en demeure de régulariser sa situation dans un délai qu'elle détermine, et qui ne peut excéder une durée d'un an. Elle peut, par le même acte ou par un acte distinct, suspendre le fonctionnement des installations ou ouvrages, l'utilisation des objets et dispositifs ou la poursuite des travaux, opérations, activités ou aménagements jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la déclaration ou sur la demande d'autorisation, d'enregistrement, d'agrément, d'homologation ou de certification, à moins que des motifs d'intérêt général et en particulier la préservation des intérêts protégés par le présent code ne s'y opposent. L'autorité administrative peut, en toute hypothèse, édicter des mesures conservatoires aux frais de la personne mise en demeure. (...) ».

4. Par ailleurs, aux termes de l'article L. 181-2 du code de l'environnement :
« I. -L'autorisation environnementale tient lieu, y compris pour l'application des autres législations, des autorisations, enregistrements, déclarations, absences d'opposition, approbations et agréments suivants, lorsque le projet d'activités, installations, ouvrages et travaux relevant de l'article L. 181-1 y est soumis ou les nécessite : (...) 5° Dérogation aux interdictions édictées pour la conservation de sites d'intérêt géologique, d'habitats naturels, d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et de leurs habitats en application du 4° de l'article L. 411-2 ; (...) ». L'article L. 181-3 de ce code prévoit que : « (...) II.- 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 aux interdictions édictées pour la conservation de sites d'intérêt géologique, d'habitats naturels, des espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et de leurs habitats, lorsque l'autorisation environnementale tient lieu de cette dérogation ; (...) ».

5. Enfin, aux termes de l'article L. 411-1 du code de l'environnement :
« I. - Lorsqu'un intérêt scientifique particulier, le rôle essentiel dans l'écosystème ou les nécessités de la préservation du patrimoine naturel justifient la conservation de sites d'intérêt géologique, d'habitats naturels, d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et de leurs habitats, sont interdits : 1° La destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la perturbation intentionnelle, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur détention, leur mise en vente, leur vente ou leur achat ; (...) / 3° La destruction, l'altération ou la dégradation de ces habitats naturels ou de ces habitats d'espèces (...) ». Le I de l'article L. 411-2 du même code renvoie à un décret en Conseil d'État la détermination des conditions dans lesquelles sont fixées, notamment « 4° La délivrance de dérogations aux interdictions mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 411-1, à condition qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante, pouvant être évaluée par une tierce expertise menée, à la demande de l'autorité compétente, par un organisme extérieur choisi en accord avec elle, aux frais du pétitionnaire, et 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 : (...) c) Dans l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, et pour des motifs qui comporteraient des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement ; (...) ».

6. Il apparaît, en l'espèce, que l'autorisation d'exploitation du 23 décembre 2016, qui s'analyse aujourd'hui comme une autorisation environnementale, n'a jamais donné lieu à une dérogation « espèces protégées » au titre de l'article L. 411-2 du code de l'environnement sans laquelle, lorsqu'elle s'impose, une activité autorisée ne peut normalement se poursuivre. L'étude d'impact initiale avait relevé, sur le site d'implantation du parc, plusieurs espèces d'oiseaux, notamment de rapaces (par exemple milan noir) et de passereaux (par exemple roitelet à triple bandeau), et de chiroptères, avec un statut de conservation et une vulnérabilité variables. Pour en tenir compte, l'arrêté d'autorisation, en ses articles 6-1 et 7 en particulier, a mis en place des mesures d'évitement et de réduction, destinées à éloigner les animaux vulnérables (sol en gravier, bouchage des cavités, balisage nocturne non permanent, aucun balisage nocturne à l'exception du balisage aéronautique réglementaire), avec un plan de bridage pour les chiroptères et des modalités d'exécution particulières du chantier ainsi qu'un suivi environnemental. Plus spécialement, l'article 6-1 renvoie au suivi post-implantation visé à l'article 12 de l'arrêté du 26 août 2011 qui précise, notamment, que « *l'exploitant met en place un suivi environnemental permettant notamment d'estimer la mortalité de l'avifaune et des chiroptères* » et que ce suivi est conforme au protocole de suivi environnemental tel qu'il a été reconnu le 5 avril 2018 dans sa dernière version par le ministre de la transition écologique et solidaire. Ce protocole indique, s'agissant de la « *surface échantillon à prospecter* », « *un carré de 100 mètres de côté (ou deux fois la longueur des pales pour les éoliennes présentant des pales de longueur supérieure à 50 mètres) ou un cercle de rayon égal à la longueur des pales avec un minimum de 50 mètres* » et préconise d'utiliser, pour estimer la mortalité et permettre des comparaisons objectives, « *au moins 3 formules de calcul des estimateurs standardisés à l'échelle internationale pour faciliter les comparaisons : - la formule de Huso (2010) ; - deux formules aux choix parmi : Erickson, 2000 ; Jones, 2009 ; Korner-Nievergelt, 2015 ; Limpens et al, 2013 ; Bastos et al, 2013, Dalthorp et Al 2017, etc.* », de « *Préciser l'incertitude de l'estimation de la mortalité* » et de « *Comparer lorsque c'est possible avec des notions de populations (effets cumulés) et dynamiques de populations en fonction des connaissances disponibles.* ». Dans le cadre du suivi du fonctionnement de cette installation, a été constatée la destruction, en 2020, d'un milan noir, de deux « roitelets à triple bandeau » et de quatre chauves-souris, dont trois pipistrelles communes, et en 2021, d'un « roitelet à triple bandeau » et de trois chauve-souris dont deux pipistrelles, d'un grand cormoran, d'une buse variable et d'une alouette lulu mais d'aucun milan noir. L'association estime que la mortalité d'oiseaux ou de chiroptères protégés serait significativement sous-évaluée, compte tenu, en particulier, de phénomènes de prédation des cadavres et de la surface limitée des zones de prospection utilisées pour leur recherche, ainsi que du choix de la formule statistique retenue pour l'estimation du taux de mortalité de la faune volante, et spécialement de la formule de Huso qui serait moins pertinente, notamment, que celle de Jones. Cependant, outre que rien ne permet d'affirmer que la méthodologie mise en œuvre par l'exploitant ne respecterait pas les préconisations du protocole évoqué ci-dessus, l'insuffisance du carré de 100 mètres retenu pour les prospections n'étant à cet égard pas sérieusement justifiée, il résulte de l'instruction que, quelles que soient les estimations et projections statistiques versées au dossier, qui varient et demeurent incertaines, les cas réels de mortalité de spécimens protégés relevés en 2020 et 2021, compte tenu de la faune sous protection fréquentant le site éolien et des mesures d'évitement comme de réduction mises en œuvre par l'exploitant, restent limités. Aucune des circonstances dont se prévalent les associations requérantes, à défaut d'éléments précis, concrets et actualisés remettant effectivement en cause ces constatations, ne saurait, en l'état, suffire à révéler l'existence de risques suffisamment caractérisés pour des espèces

protégées ou leurs habitats, qu'ils aient été sous-estimés au stade de l'instruction de la demande d'autorisation ou qu'ils soient nouvellement apparus en phase d'exploitation. Dans ces conditions, en refusant d'ordonner à la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans, en application de l'article L. 171-7 du code de l'environnement, de déposer une demande de dérogation « espèces protégées » conformément aux prescriptions combinées des articles L. 411-1 et L. 411-2 du même code, le préfet de Saône-et-Loire n'a ici commis aucune illégalité.

7. En second lieu, aux termes de l'article L. 110-1 du code de l'environnement : *« I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. (...) II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants : (...) 2° Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées (...) ».*

8. Les associations requérantes soutiennent que, compte tenu de la destruction probable d'une vingtaine de chauves-souris et d'une soixantaine d'oiseaux et des destructions à venir, le préfet aurait dû exiger de l'exploitant qu'il compense ces destructions. Outre les mesures de réduction, en particulier, qu'il a prescrites, l'arrêté d'autorisation a imposé à l'exploitant, en son titre 8, des mesures de compensation comprenant notamment la mise en place de cinq gîtes artificiels sur des secteurs éloignés des éoliennes, sous la surveillance d'un écologue pendant quatre ans et, en compensation du linéaire de haies qui ne serait pas replanté en totalité, d'une opération paysagère et écologique en collaboration avec la commune de La Chapelle-au-Mans, et sous le contrôle préalable de l'inspection des installations classées. Rien dans les développements que les associations requérantes consacrent à ce point, alors que les atteintes réellement constatées à la faune protégée sont demeurées limitées et qu'aucune mesure de bridage complémentaire pour les chiroptères mais également pour les oiseaux, en particulier le milan noir, n'est apparue à ce jour indispensable, ne permet de justifier du caractère notoirement insuffisant des mesures de compensation ainsi prévues. Par suite, le moyen doit être écarté.

9. Par suite, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de leur requête, l'association sauvegarde Sud Morvan et autres ne sont pas fondées à demander l'annulation du refus que le préfet de Saône-et-Loire a opposé à leur demande le 14 avril 2022. Leur requête doit, dans l'ensemble de ses conclusions, être rejetée.

10. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge des associations requérantes la somme demandée par la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DÉCIDE :

Article 1^{er} : La requête de l'association sauvegarde Sud Morvan et autres est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à l'association sauvegarde Sud Morvan, représentante unique des requérantes en application des dispositions du deuxième alinéa de l'article R. 751-3 du code de justice, au ministre de la transition écologique et de la cohésion de territoires et à la société Éoliennes de La Chapelle-au-Mans.

Copie en sera adressée au préfet de Saône-et-Loire et à la ministre de la transition énergétique.

Délibéré après l'audience du 8 juin 2023 à laquelle siégeaient :

M. Picard, président de chambre ;

M. Seillet, président assesseur ;

Mme Djebiri, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 22 juin 2023.

La rapporteure,

Le président,

C. Djebiri

V.-M. Picard

La greffière,

A. Le Colleter

La République mande et ordonne au ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires, en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,

La greffière,