

Le droit mou alourdit le développement éolien



— Depuis quelques années, le secteur éolien a vu se multiplier la publication de guides, recommandations ou circulaires. Ces documents n'ont pas de portée juridique ferme, mais les juges peuvent s'y référer. Cela risque de freiner les projets.

Avec **Fabrice Cassin**, avocat associé chez LPA - CGR.

Q Qu'est-ce que le droit mou en général, et plus précisément dans l'éolien ?

F.C. : Ce ne sont pas les lois ou décrets, mais des chartes, guides, notes... Ce droit mou – ou droit souple – est constitué, selon le Conseil d'État, d'instruments répondant à trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion ; ils ne créent pas de droits pour leurs destinataires et ils présentent un degré de formalisation qui les apparente aux règles de droit. Par l'arrêt « Gisti » du 12/06/20, le Conseil d'État a jugé recevable les recours en annulation contre ces « documents de portée générale ». L'éolien n'échappe pas à ce foisonnement, et depuis 2020, on peut parler de systématisation du recours au droit mou.

Q Quels sont les exemples notables de droit mou dans le secteur de l'éolien ?

F.C. : Concernant les radars militaires, l'instruction du 18 juin 2021 crée un critère d'intervisibilité dans un rayon de 70 km, au-delà des distances posées par l'arrêté ICPE de 2011. Ce sont des lignes directrices d'instruction des dossiers par les services. Les conséquences sont cependant équivalentes à un moratoire en raison

des avis défavorables qui se multiplient. Le 26 mai 2021 a été publiée une circulaire demandant aux préfets d'élaborer des cartographies de zones favorables à l'éolien. Elle précise qu'elle n'est pas opposable mais les services préfectoraux les prendront en compte... On peut encore citer la charte de bonne conduite des développeurs en discussion ou le guide d'élaboration de l'étude d'impact révisé en octobre 2020.

Q Ces documents peuvent-ils freiner le développement éolien ?

F.C. : C'est un frein indiscutable et insidieux. La loi ou le règlement ne sont adoptés qu'après consultations institutionnalisées. Ici, on publie des documents avec plus ou moins de concertation et de clarté car ils ne sont pas censés être contraignants. Mais finalement, ils le sont, et nourrissent les recours contre les projets. Ces derniers sont déjà très longs à mettre en œuvre, avec donc un risque de complexification important. Il faut à chaque fois regarder de quelle manière sont rédigés ces documents – à l'impératif ou à l'indicatif, avec les verbes « pouvoir » ou « devoir » – pour essayer de comprendre ce que les services instructeurs peuvent ou non imposer aux développeurs. On peut pour autant s'en écarter en expliquant pourquoi. C'est l'ambiguïté la plus grande.