N° 440734, Ministre de la transition écologique c/ SAS Maillard

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies,

Séance du 9 avril 2021

Lecture du 28 avril 2021

CONCLUSIONS

M. Olivier FUCHS, rapporteur public

La société Maillard souhaite exploiter une carrière à ciel ouvert de matériaux calcaires sur un site de 8 hectares sur le territoire de la commune de Semondans dans le Doubs. Le projet qu'elle porte se déroule en trois phases quinquennales. Par trois arrêtés de février 2010, novembre 2014 et octobre 2015, le préfet a successivement délivré à cette société une autorisation de défrichement, une autorisation de dérogation au régime de protection des espèces et l'autorisation d'exploiter cette carrière.

La société a alors entamé la réalisation de la première phase de son projet, concernant le sud du site. Elle a notamment procédé au défrichement sur environ 4,5 hectares ainsi qu'au décapage du terrain jusqu'au toit du gisement. Sur environ 4 hectares, le terrain est donc désormais soit entièrement nu, soit déjà en phase d'extraction.

Il n'est pas impossible que, ce faisant, la société ait manqué de prudence, puisque des recours juridictionnels étaient pendants lorsqu'elle a entamé l'exploitation du site. Ceux-ci ont conduit à l'annulation de la première dérogation au régime de protection des espèces, celle délivrée en 2014, puis d'une seconde autorisation délivrée en décembre 2017 à la suite de l'annulation de la première. La seconde annulation laissait peu d'espoir quant à la réalisation du projet puisque que le tribunal administratif de Besançon a retenu, par un jugement dont il n'a pas été fait appel, que le projet ne répondait pas à une raison impérative d'intérêt public majeur au sens de l'article L. 411-2 du code de l'environnement.

Prenant acte de cette annulation, le préfet du Doubs a, par un arrêté du 4 octobre 2019, mis en demeure la société de régulariser sa situation administrative et a suspendu le fonctionnement de la carrière jusqu'à cette régularisation. L'exécution de cet arrêté a toutefois été suspendu par le juge des référés du tribunal administratif de Besançon à la demande de la société Maillard. La ministre de la transition écologique se pourvoit en cassation contre cette ordonnance du 31 octobre 2019.

1. Vous pourrez statuer sur la demande qui nous semble régulièrement introduite. Il vous faudra pour cela d'abord écarter l'exception de non-lieu opposée en défense, puisqu'il apparaît que le tribunal n'a pas encore jugé le dossier de fond¹.

Vous devrez ensuite également écarter la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de la requête. Certes, alors que l'ordonnance de référé a été notifiée au préfet du Doubs le 31 octobre 2019, le pourvoi n'a été introduit par la ministre que le 20 mai 2020, soit bien au-delà du délai de quinze jours imparti par l'article R. 523-1 du code de justice administrative. Mais précisément l'ordonnance aurait dû être notifiée à la ministre et non au préfet. Votre jurisprudence, dans cette hypothèse précise², est aussi constante que bienveillante et conduit à considérer que le délai de recours n'a pas couru (voyez CE, 28 octobre 2010, *Ministre de l'immigration c/ M. et Mme Y...*, n° 343893, aux Tables)³. Par ailleurs, les éléments apportés par la société, qui se limitent à un article de journal et un issu d'un blog, ne permettent en tout état de cause pas d'établir à quelle date la ministre aurait eu connaissance de cette ordonnance. Le pourvoi n'est donc pas tardif.

3. L'annulation de l'ordonnance attaquée nous apparaît alors certaine. En effet, alors que le préfet a produit un mémoire concluant au rejet de la demande, l'ordonnance n'en porte trace ni dans ses visas, ni dans ses motifs, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 742-2 du code de justice administrative qui impose que les ordonnances procèdent à l'analyse des conclusions (pour une configuration similaire voyez par exemple CE, 22 juillet 2016, *Ministre de l'intérieur c/ M. R...*, n° 397345, aux Tables sur un autre point). Vous jugez également que l'ordonnance n'est pas tenue de viser les mémoires ne comportant pas de conclusions nouvelles⁴ mais tel ne peut être le cas s'agissant d'un premier mémoire en défense. Vous pourrez, par suite, annuler l'ordonnance attaquée sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens du pourvoi.

4. Nous vous proposons de statuer sur la demande de suspension et vous pourrez d'abord admettre l'intervention de l'association des opposants à la carrière de Semondans, qui justifie d'un intérêt suffisant au maintien de l'arrêté litigieux. Si vous nous suivez, il ne sera ensuite pas nécessaire de vous pencher sur la condition d'urgence, puisque nous croyons qu'aucun des moyens n'est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

4.1. Prise abstraitement, l'espèce pose une question classique relative aux effets d'une annulation contentieuse lorsque les faits ont évolué du fait même de l'acte en cause avant son annulation⁵. En 1961, le président Braibant indiquait que, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, la jurisprudence est condamnée à osciller constamment entre la logique de la

¹ Dans le cas contraire, il y a non-lieu à statuer, y compris lorsque le jugement est frappé d'appel (CE, Sect., 23 novembre 2001, *M. A...*, n° 233104, au Recueil).

² Il n'en va pas toujours ainsi : voir par exemple CE, 19 novembre 2003, *Ministre de l'agriculture*, n° 256454, aux Tables en ce qui concerne la notification à un ministre non intéressé au litige et non au ministre intéressé.

³ La société Maillard invoque en défense une décision CE, 19 mars 2008, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, n° 301797, aux Tables, mais celle-ci est relative au cas particulier du déféré préfectoral.

⁴ CE, 21 octobre 2008, *W...*, n° 320320, B.

⁵ En excès de pouvoir, voir par exemple de celle d'un arrêté d'expulsion lorsque l'étranger a été éloigné sur son fondement CE, 26 mars 2004, *M. T...*, n° 242238, aux Tables ou l'annulation d'une décision de préemption ou de remembrement ayant reçu exécution avant leur annulation (voyez en ce sens respectivement CE, 20 septembre 2020, *Ville de Paris*, n° 436978, au Recueil et CE, 5 janvier 2005, *M. et Mme P...*, n° 256360, aux Tables).

fiction, qui implique que l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé, et les exigences de la réalité, qui conduit à tenir compte des effets produits par cet acte.

La question se pose également assez fréquemment en plein contentieux objectif et vous l'avez par exemple rencontrée à de multiples reprises en contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement. La logique prévalant dans ce champ est assez simple : si l'exploitation continue malgré l'annulation de la déclaration ou de l'autorisation ICPE, la situation est assimilée à celle d'un fonctionnement sans la déclaration ou l'autorisation requise. Vous en avez par exemple jugé ainsi à la suite de l'annulation de l'arrêté délivré en 1981 par le préfet du Haut-Rhin autorisant la Société des mines de potasse d'Alsace à procéder à des rejets d'effluents dans le Rhin et le Grand canal d'Alsace (voyez 15 octobre 1990, *Province de la Hollande Septentrionale et autres*, n° 80523, au Recueil). Or, l'article 24 de la loi du 19 juillet 1976 relative aux ICPE, codifié à l'article L. 514-2 du code de l'environnement, devenu depuis lors l'article L. 171-7 du même code⁶, fixe le régime applicable dans cette hypothèse de fonctionnement sans déclaration ou autorisation. Ces dispositions prévoient que le préfet met alors l'exploitant en demeure de régulariser sa situation dans un délai déterminé en déposant un nouveau dossier : il s'agit d'une compétence liée, ainsi que vous l'avez jugé par votre décision *Hardy* du 1^{er} juillet 1987⁷. Le préfet peut, par ailleurs, suspendre l'exploitation de l'installation jusqu'à la décision relative à la demande d'autorisation, mais il ne s'agit là que d'une possibilité⁸, qui n'exclut pas par exemple que le préfet fasse au contraire le choix de délivrer, à titre provisoire, l'autorisation de poursuivre l'exploitation pour des motifs d'intérêt général⁹.

4.2. En l'espèce, ce n'est toutefois pas l'autorisation d'exploiter qui a fait l'objet d'une annulation, mais la dérogation au régime de protection des espèces prise sur le fondement de l'article L. 411-2 du code de l'environnement. Nous pensons toutefois que le cadre décrit ci-dessus trouve également à s'appliquer, compte tenu de la réforme de l'autorisation environnementale.

Vous savez que là où des polices administratives distinctes conduisaient auparavant à autant d'autorisations que nécessaires pour la réalisation d'un projet, l'autorisation environnementale comprend désormais non seulement une autorisation pilote, en l'espèce celle relative aux ICPE, mais qu'elle tient également lieu des diverses autorisations, enregistrements, déclarations et autres énumérés au I de l'article L. 181-2 du code de l'environnement, dont la dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces animales non domestiques et de leurs habitats prévue à l'article L. 411-2 du code de l'environnement. Les autorisations ne peuvent donc plus être délivrées de façon autonomes mais sont fondues dans le même acte et, par

⁶ Les articles L. 514-1 et L. 514-2 du code de l'environnement ont été abrogés à compter du 1^{er} juillet 2013 par l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, leurs dispositions étant reprises aux nouveaux articles L. 171-7 et L. 171-8 du code de l'environnement qui définissent un régime commun aux différentes polices de l'environnement.

⁷ CE, 1^{er} juillet 1987, *Hardy*, n° 69948, au Recueil.

⁸ CE, 13 février 2012, *Société Terreaux Service Varonne*, n°324829, aux Tables.

⁹ Voir le 2^{ème} alinéa de l'article L. 171-7 du code de l'environnement. Pour une application voir CE, 20 juin 1997, *Association de sauvegarde des vallées et de prévention des pollutions*, n° 172761, inédit.

ailleurs, ces différentes parties de l'autorisation sont entre elles divisibles et peuvent faire l'objet d'une annulation ciblée (voyez notamment votre avis contentieux *Association Novissen* du 22 mars 2018, n°415852, au Recueil).

Vous êtes aujourd'hui saisis d'autorisations mutantes, puisque celles-ci ont été initialement délivrées distinctement et qu'elles sont devenues, par la force de la fiction juridique, une autorisation unique. Cette circonstance est toutefois sans incidence réelle : vous avez en effet jugé, dans votre décision *M. B...* du 22 juillet 2020 (n° 429610, aux Tables), qu'il résulte des dispositions transitoires de l'ordonnance du 26 janvier 2017 que l'autorisation ICPE est considérée, à compter du 1^{er} mars 2017, comme une autorisation environnementale. Vous avez dit qu'elle peut dès lors être contestée en tant qu'elle n'incorpore pas, à la date à laquelle le juge statue, la dérogation à la protection des espèces dont il est soutenu qu'elle serait requise pour les travaux en cause. Et s'il est exact qu'une telle dérogation était nécessaire, alors l'autorisation environnementale est annulée en tant uniquement qu'elle ne comporte pas cette dérogation.

Une même logique doit prévaloir lorsque l'autorité administrative compétente se prononce. Celle-ci doit considérer que l'autorisation ICPE est devenue autorisation environnementale et qu'en l'absence des autorisations suiveuses nécessaires, ici en raison de l'annulation de la dérogation à la protection des espèces, l'autorisation est donc incomplète et, par conséquent, ne peut recevoir application. Dès lors, la situation dans laquelle l'autorisation environnementale est dépourvue d'une de ses autorisations suiveuses doit nous sembler-il être assimilée à celle dans laquelle l'exploitation fonctionne sans avoir fait l'objet de l'autorisation environnementale requise, c'est-à-dire à la situation donnant lieu au régime prévu à l'article L. 171-7 du code de l'environnement. Cette solution s'impose en vertu des textes qui, d'une part, font prévaloir l'unité de l'autorisation et, d'autre part, renvoient expressément (voyez l'article L. 181-16 du code de l'environnement) aux dispositions relatives aux contrôles administratifs et sanctions administratives prévues aux articles L. 171-1 et suivants du même code.

5. Ce cadre juridique posé, vous pourrez alors en venir au nœud du problème, qui est de déterminer si, en l'espèce, une dérogation au régime de protection des espèces était nécessaire. Il ne fait aucun doute qu'une telle dérogation était nécessaire *ab initio* : cela découle du jugement du tribunal administratif de Besançon annulant cette dérogation au motif de l'absence de raison impérieuse majeure d'intérêt public permettant de la justifier. Il est toutefois soutenu que le terrain étant désormais arasé et en partie exploité, une telle autorisation n'est plus requise pour la première phase de l'exploitation. Répondre à cette argumentation suppose de prendre parti sur la question de savoir à quelle date, dans l'hypothèse de l'espèce, il appartient au préfet de se placer pour déterminer si une dérogation au régime de protection des espèces était nécessaire.

Une première approche est celle du « retour à la case départ » : elle consiste à faire jouer à plein la fiction de l'annulation juridique et à considérer qu'il appartient au pétitionnaire d'obtenir à nouveau la dérogation en cause. Cette approche, séduisante par sa pureté et adaptée au contentieux de l'excès de pouvoir, ne nous paraît toutefois pas pertinente. L'argument principal est que l'autorisation environnementale, comme la dérogation espèces

protégées, est évolutive et doit prendre en compte les changements qui interviennent dans l'exploitation. L'article R. 411-10-1 du code de l'environnement énonce par exemple que toute modification substantielle d'une activité est subordonnée à la délivrance d'une nouvelle dérogation pour la protection des espèces, notamment si celle-ci est de nature à entraîner des dangers et inconvénients significatifs pour les intérêts en cause. Ajoutons que cette option est trop peu réaliste pour être satisfaisante, puisqu'elle fait fi des faits, c'est-à-dire de la réalité concrète post-annulation.

Une deuxième approche est celle du fait accompli et, plus précisément encore, du fait régulièrement accompli mais finalement illégal : elle consiste pour le préfet à examiner si, après l'annulation contentieuse, une dérogation au régime de protection des espèces est toujours nécessaire. En phase avec la logique du plein contentieux, cette approche a le désavantage majeur d'effacer toute trace de la séquence passée. Deux inconvénients en découlent. Le premier est d'ouvrir la porte à des contournements de la norme, avec néanmoins le spectre de la sanction pénale pour réprimer le comportement passé de l'exploitant (voyez notamment l'article L. 173-5 du code de l'environnement). Le second inconvénient est que cette approche conduit à dévitaliser le régime de protection des espèces que la Cour de justice de l'Union européenne qualifie de nécessairement strict et cela mettrait sans doute votre jurisprudence en délicatesse avec les exigences du droit de l'Union européenne dans l'application des directives Oiseaux et Habitats. Cette approche n'est donc pas plus satisfaisante et quarante années après son étude, il faut saluer la finesse et la clairvoyance du président Braibant lorsqu'il énonçait que l'annulation contentieuse conduit inmanquablement « à osciller constamment entre la logique de la fiction (...) et les exigences de la réalité (...) ».

Une approche médiane nous semble dès lors préférable, qui ne cache ni l'évolution de la situation de fait, ni les raisons de cette évolution. Cette approche nous semble devoir être guidée par l'objectif poursuivi par les directives Oiseaux et Habitats, qui est de garantir la protection des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle. Elle se traduit nécessairement par un nouvel acte complétant, au titre de la réglementation espèces protégées, l'autorisation environnementale, lequel comporte deux volets. Le premier est conditionnel : si la situation l'impose toujours, le nouvel acte doit édicter les mesures nécessaires à la protection des espèces encore impactées par l'activité. Le second volet doit en revanche exister même si à la date du nouvel acte plus aucune dérogation au régime des espèces protégées ne s'impose. Il convient, *a minima*, que soient reprises les mesures compensatoires présentes dans l'arrêté initial et, par ailleurs, il nous semble que le préfet devrait pouvoir renforcer ces mesures compensatoires, voire les conditions de remise en état du site, pour éventuellement tenir compte des atteintes illégalement portées à la faune et la flore, dans le but de parvenir à une situation de fait qui soit la moins dégradée par rapport à l'état initial à préserver.

6. Il faut maintenant en venir aux deux parties de l'arrêté successivement critiquées comme créant un doute sérieux quant à la légalité de la décision qui en justifierait la suspension.

6.1. La première partie porte sur la mise en demeure adressée à l'exploitant de régulariser sa situation administrative. Comme nous l'avons dit, si celui-ci considère que plus aucune autorisation n'est requise au titre de la législation espèces protégées, nous pensons que tel

n'est juridiquement pas le cas. Ajoutons que nous sommes par ailleurs très réservés sur l'affirmation du requérant selon laquelle une telle autorisation ne serait plus nécessaire aujourd'hui en l'absence d'impact de l'exploitation sur les espèces. Certes, le terrain a été entièrement décapé et il est pour partie exploité. Cela exclut sans doute d'y trouver encore des habitats d'espèces protégées. Mais cela ne signifie pas que ce terrain ne soit pas un espace de passage de ces espèces ni, surtout, que l'exploitation de la carrière ne produise pas des nuisances (nuisances sonores d'exploitation, poussières, nuisances liées au passage des engins etc.) ayant une incidence sur les espèces protégées dont il est acquis dans le dossier qu'elles sont encore présentes sur le reste du site et alentours. Or l'étude produite par le pétitionnaire, d'une grande concision, n'aborde aucun de ces points. Retenir dans ce cas qu'une dérogation à la protection des espèces n'est plus nécessaire manifesterait une conception singulièrement étroite du régime en cause et, pour tout dire, en décalage avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui interprète largement le champ de ce dispositif (voir en dernier lieu son arrêt du 4 mars 2021 reconnaissant l'application de la protection en cause y compris en cas d'état de conservation favorable, c'est-à-dire notamment pour les espèces communes¹⁰) et qui ne limite pas la notion d'atteintes à un terrain, mais englobe toutes les atteintes, directes et indirectes, résultant de l'activité en cause. Nous croyons donc très improbable que l'exploitation n'ait aucune incidence sur des espèces protégées.

En l'absence d'une dérogation au régime de protection des espèces, le préfet était donc légalement tenu aux termes de l'article L. 171-7 du code de l'environnement - il s'agit nous vous l'avons dit d'une compétence liée-, de mettre en demeure l'exploitant de déposer un nouveau dossier d'autorisation. La formule de l'arrêté est certes abrupte et en partie inexacte, de même que ces motifs, en ce qu'elle mentionne le dépôt d'une nouvelle autorisation environnementale, mais nous croyons que vous pourrez sans difficulté la lire pour ce qu'elle doit être, à savoir le dépôt d'une demande de dérogation à la protection des espèces qui est requise afin de compléter l'autorisation environnementale. Vous préciserez ce point dans votre décision, afin de ne laisser aucune hésitation quant à la lecture qu'il convient de faire de l'arrêté en cause.

6.2. Le préfet pouvait alors, sur le fondement de ce même article, suspendre le fonctionnement de l'installation dans l'attente d'une décision sur la régularisation de l'exploitation par l'octroi d'un nouvel arrêté, dans les conditions que nous avons dites.

6.3. Ajoutons enfin qu'il nous semble qu'il aurait sans doute été possible de mobiliser, dans cette espèce, les dispositions relatives à la police de la prévention et de la réparation des dommages à l'environnement, telle qu'elle résulte des articles L. 161-1 et suivants du code de l'environnement. Nous croyons que ces dispositions auraient même pu conduire à des mesures encore plus strictes pour l'exploitant, mais c'est là une autre histoire qui va au-delà du point final qu'il convient maintenant de mettre à nos conclusions.

Et par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Besançon et, statuant en qualité de juge des référés, à l'admission de l'intervention de l'association des opposants à la carrière de Semondans, au rejet de la

¹⁰ CJUE, 4 mars 2021, *Föreningen Skydda Skogen*, aff. C-473/19 et C-474/19.

demande présentée par la société Maillard devant le juge des référés du tribunal administratif et, enfin, au rejet des conclusions présentées par cette société au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, tant en ce qui concerne l'instance devant le tribunal que celle de cassation.