

N° 363638, 365025, 368142
Syndicat mixte du Piémont des
Vosges et autres

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 23 mars 2016
Lecture du 15 avril 2016

CONCLUSIONS

M Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. Le hamster commun (*Cricetus cricetus*), ou encore grand hamster d'Alsace, longtemps considéré comme espèce nuisible, est devenu une espèce en danger, bénéficiant d'une protection au titre de la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, et de la législation d'origine française sur la biodiversité issue de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

La France a cependant été visée par une procédure en manquement aux obligations qui lui incombent au titre de l'article 12 de la directive en n'instaurant pas un programme de mesures permettant une protection plus stricte du grand hamster, manquement constaté par un arrêt de la CJUE du 9 juin 2011 (n° C-383/09).

Le gouvernement a alors entrepris de renforcer le dispositif de protection de l'espèce, qui se trouve désormais plus que dans l'est de la France, en Alsace.

Les ministres chargés de l'écologie et de l'agriculture ont pris deux arrêtés : l'un du 6 août 2012 définissant les conditions d'une protection dite « dynamique », organisée autour des terriers connus ; l'autre du 31 octobre 2012, le complétant par une protection dite « statique », reposant sur un zonage assorti d'interdictions.

Ces deux arrêtés font l'objet de trois recours d'un grand nombre de communes ou intercommunalités, qui estiment que les mesures prises sont excessives. Vous pourrez les joindre et donner acte du désistement de la commune de Dingsheim.

II. Le ministre chargé de l'écologie soulève une fin de non recevoir tirée de l'absence d'intérêt leur donnant qualité pour agir. Les mesures de protection en cause consistent notamment à interdire la destruction, l'altération ou la dégradation des zones couvertes par les deux arrêtés. Le ministre soutient que les arrêtés affectent éventuellement les intérêts des propriétaires, mais pas les compétences des requérants.

Vous exigez à ce titre que la collectivité publique puisse se prévaloir d'une incidence de l'acte attaqué sur sa propre situation ou sur les intérêts dont elle a la charge : voyez 22 mai 2012, SNC MSE Le Haut des Epinettes (n° 326367, aux T.).

En l'espèce, ce sont leurs compétences d'urbanisme que mettent en avant les communes et intercommunalités. Il est vrai, pour aller dans le sens de l'argumentation du ministre, que vous avez à plusieurs reprises affirmé l'indépendance de la législation de protection de la nature, à l'égard de la déclaration d'utilité publique : voyez 9 mai 2001, Mme D... (n° 218263, inédit) ; 13 juillet 2011, Chambre d'agriculture du Rhône, 333718, inédit ; ou encore de la législation des carrières : 21 janvier 1998, Consorts S... (n° 114587, aux T.).

Mais la même solution peut difficilement être retenue pour la législation de l'urbanisme, du fait de son lien avec celle de l'environnement.

Les arrêtés affectent ainsi directement la compétence règlementaire des collectivités requérantes : il est en effet certain que les protections qu'ils comportent doivent être prises en compte dans leurs documents d'urbanisme. C'est le cas par exemple du PLU, dont l'élaboration est soumise aux dispositions désormais codifiées à l'article L. 101-2 qui énumère les objectifs que doit atteindre l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme, et notamment « la protection des milieux naturels et (...) la biodiversité ».

Ils affectent également la délivrance des autorisations d'urbanisme, l'article R. 111-15 du code de l'urbanisme permettant de n'accepter le projet que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est de nature à avoir des conséquences dommageables pour l'environnement.

Les requêtes sont donc recevables. Vous pourrez admettre les interventions croisées de certains requérants à l'appui des autres requêtes.

III. Il nous faut, à ce stade, préciser les dispositifs de protection de la faune et de la flore.

L'article 3 de **la loi du 19 juillet 1976** a institué un régime d'interdiction lorsque les nécessités de la préservation du patrimoine biologique justifient la conservation d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées. Une première disposition comporte une série d'interdictions à l'égard des espèces animales, comme la destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement... Une deuxième disposition comporte une série d'interdictions ciblées relatives aux espèces naturelles. Une troisième porte sur les « habitats d'espèce » : elle interdit la destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier à ces espèces animales ou végétales.

Le décret n° 77-1295 du 25 novembre 1977 pris pour l'application de ces dispositions a renvoyé à un arrêté interministériel l'établissement de la liste des espèces protégées et pour chacune d'elle, la nature des interdictions qui sont applicables, leur durée ainsi que les parties du territoire et les périodes de l'année où elles s'appliquent. Dans un but de prévention de la disparition de ces espèces, l'article 4 du décret a par ailleurs permis au préfet de fixer les mesures tendant à favoriser la conservation des biotopes, dans la mesure où ils sont nécessaires à l'alimentation, à la reproduction, au repos ou à la survie de ces espèces.

Ce sont les mêmes préoccupations qui inspirent la **directive Habitat du 21 mai 1992**. Elle impose une double obligation :

- il s'agit d'abord de la mise en place du réseau écologique européen de zones spéciales de conservation dénommé "Natura 2000", constitué de sites d'importance communautaire où sont appliquées les mesures de conservation nécessaires au maintien ou au rétablissement, dans un état de conservation favorable, des habitats naturels et/ou des populations des espèces.
- La directive prévoit par ailleurs un dispositif complémentaire de protection des espèces, défini à ses articles 12 à 16. Il impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour instaurer un système de protection stricte des espèces animales figurant à l'annexe IV de la directive, dans leur aire de répartition naturelle, comportant diverses interdictions de même nature que celles de la loi de 1976 et notamment, s'agissant des habitats d'espèce, « la détérioration ou la destruction des sites de reproduction ou des aires de repos (cf. le d) du 1. de l'article 12). L'article 16 prévoit une possibilité de dérogation aux interdictions ainsi énoncées, aux conditions et pour des motifs strictement précisés.

Ce sont ces dernières dispositions qui sont en cause dans les présentes affaires, le grand hamster étant au nombre des espèces d'intérêt communautaire énumérées à l'annexe IV.

Le dispositif complémentaire de la directive n'a d'abord pas fait l'objet de mesures particulières de transposition. Les articles 3 et 4 de la loi de 1976 ont été codifiés aux articles L. 211-1 et 2 du code rural et de la pêche maritime, puis aux articles L. 411-1 et 2 du code de l'environnement.

La Commission européenne a cependant estimé, dans une mise en demeure adressée en juillet 2004 à l'Etat français, que l'interdiction posée au 3°) de l'article L. 411-1 ne suffisait pas à transposer la directive Habitat, s'agissant de la protection des habitats d'espèce qu'elle prévoit à son article 12.

Les ministres chargés de l'écologie et de l'agriculture ont alors pris des arrêtés en date du 16 décembre 2004 qui, modifiant les arrêtés pris pour l'application des articles 3 et 4 de la loi de 1976, et notamment l'arrêté du 17 avril 1981 relatif aux mammifères protégés, se sont contentés d'inclure dans les mesures qu'ils prévoyaient déjà l'interdiction de la destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier des espèces protégés. Ils ont par ailleurs introduit en droit français le dispositif de dérogation prévu par l'article 16 de la directive.

Ces arrêtés ont été annulés par votre décision Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs du 13 juillet 2006 (n° 281812, aux T.), au motif qu'ils ne pouvaient légalement consister en une interdiction générale et absolue de modifier le milieu où vivent les espèces protégées mais devaient au contraire être adaptées aux nécessités que la protection de certaines espèces imposait en certains lieux.

La loi du 5 janvier 2006 d'orientation agricole est venue compléter l'article L. 411-2 pour y inclure le dispositif de dérogation résultant de l'article 16 de la directive, ses dispositions étant précisées par les articles R. 411-6 à 14 issus d'un décret n°2007-15 du 4 janvier 2007.

S'agissant en revanche de l'adaptation des mesures générales de protection des habitats d'espèce, permises donc par le 3°) de l'article L. 411-1, les ministres se sont contentés de reprendre un

arrêté conjoint, du 23 avril 2007 s'agissant des mammifères terrestres protégés, qui, en plus des interdictions de destruction, mutilation, capture ou enlèvement, et perturbation intentionnelle des animaux dans le milieu naturel figurant au I. de son article 1^{er}, prévoit au II. l'interdiction « sur les parties du territoire métropolitain où l'espèce est présente, ainsi que dans l'aire de déplacement naturel des noyaux de populations existants, la destruction, l'altération ou la dégradation des sites de reproduction et des aires de repos des animaux ».

IV. C'est ici que naît une première difficulté.

On constate en effet que la protection des habitats d'espèce prévue par la loi de 1976 est plus large que celle imposée par la directive de 1992. La première porte sur la destruction, l'altération ou la dégradation du milieu particulier aux espèces protégées, tandis que la seconde ne vise que la détérioration ou la destruction des sites de reproduction ou des aires de repos.

Les États membres peuvent bien entendu mettre en place ou conserver des dispositifs de protection allant au-delà des objectifs de la directive. Mais tel n'a pas été le choix de la France puisque, par l'arrêté du 23 avril 2007, les ministres signataires ont finalement décidé de restreindre le champ de la loi aux interdictions imposées par la directive.

Le premier arrêté attaqué, s'il se présente comme « relatif aux conditions dans lesquelles sont accordées les dérogations aux mesures de protection du hamster commun », commence par définir le champ des interdictions : son article 2 comporte en effet, pour l'application de l'arrêté du 23 avril 2007, une définition des « sites de reproduction et aires de repos » dans le cas particuliers du hamster.

Le second arrêté relatif à la protection de l'habitat du hamster commun rend applicable les mesures d'interdiction dans des territoires définis par référence à la notion de surfaces favorables au hamster commun définie à l'article 2 du premier arrêté attaqué superposées avec un zonage défini en annexe. Celui-ci, couvrant près de 9.300 ha, a été déterminé au regard de la présence historique de l'espèce.

Chaque arrêté attaqué traduit donc une conception particulière de la protection des habitats d'espèce prévues par la loi, précisément le 3^o de l'article L. 411-1. Se pose d'emblée la question de savoir si les ministres étaient compétents pour cela.

V. L'article R. 411-3 du code de l'environnement organise une large délégation aux ministres. Il dispose en effet que « Pour chaque espèce, les arrêtés interministériels prévus à l'article R. 411-1 précisent : / 1^o La nature des interdictions mentionnées aux articles L. 411-1 (...) qui sont applicables ; (...) ». Si l'arrêté du 19 février 2007 nous paraît déborder quelque peu ce cadre, du fait de sa généralité, tel n'est pas le cas des deux arrêtés attaqués.

Mais il faut alors se demander si l'auteur de l'article R. 411-3 pouvait légalement procéder à un renvoi aussi large. La subdélégation illégale d'un décret à un arrêté se soulève d'office, y compris à l'occasion d'un recours contre l'arrêté (voyez Ass., 13 juil. 1968, Moreau, n^o 71651, au Rec. ; ou 14 janv. 1987, Mme G..., 59145, aux T. sur ce point). Vous avez fait connaître aux parties que la décision que vous allez rendre est susceptible d'être fondée sur ce point.

L'article L. 411-2, dans sa rédaction issue de la loi Grenelle II du 12 juillet 2010 renvoie au décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les conditions dans lesquelles sont fixées la durée et les modalités de mise en œuvre des interdictions prises en application du I. de l'article L. 411-1.

Comme le ministre chargé de l'écologie vous le fait remarquer, vous avez admis, par une décision Syndicat des naturalistes de France et autres du 14 novembre 1984 (n° 35419, au Rec.) que l'article 1er du décret n°77-1295 du 25 novembre 1977, dont est issu l'article R. 411-3, n'a pas méconnu l'habilitation consentie par le législateur au pouvoir réglementaire et n'a pas consenti de subdélégation illégale en disposant que les arrêtés interministériels prévoiraient dans chaque cas la nature des interdictions applicables, ainsi que les parties du territoire et les périodes de l'année où elles s'appliqueraient.

Mais comme le relevait le Pdt Denoix de Saint-Marc dans ses conclusions sur cette affaire, il s'agissait d'examiner si le décret en Conseil d'État pouvait légalement prévoir que les arrêtés pouvaient choisir, au sein de la palette des interdictions précisément établies par la loi aux 2ème et 3ème aliéna de l'article 3 de la loi de 1976 (devenus 1° et 2° du I. de l'article L. 411-1), celles qui seraient retenues, pour telle ou telle espèce.

L'exercice auquel appelle le 4ème aliéna (devenu 3° du I. de l'article L. 411-1) est bien différent, du fait que l'interdiction qu'il pose, de destruction, d'altération ou de dégradation du milieu particulier aux espèces, ensuite qualifié d'habitats d'espèces, est à la fois plus générale et plus imprécise.

VI. Il est vrai que la question ne s'est pas posée jusqu'à une période récente.

Il était généralement considéré que l'application de ces dernières dispositions passait par les arrêtés de biotope pris par le préfet sur le fondement de l'actuel article R. 411-5, permettant de protéger les espaces naturels nécessaires à l'alimentation, à la reproduction, au repos ou à la survie de ces espèces.

Ce n'est finalement que depuis les arrêtés du 16 décembre 2004 que nous avons déjà mentionnés (annulés par votre décision Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs de 2006) que les ministres ont entendu également régir ce type d'interdictions.

Mais il nous paraît assez net qu'ils ne pouvaient le faire en l'état des dispositions prises par décret en Conseil d'État. Il convenait en effet que ce dernier précise, tel que l'exige l'article L. 411-2, les modalités de mise en œuvre des interdictions, ce qui supposait, pour celles du 3° du I de l'article L. 411-1, de définir les modalités de la protection des habitats d'espèces. Et il est bien certain que tant la restriction des interdictions aux sites de reproduction et aires de repos des animaux que son extension aux zones de présence historique de l'espèce relèvent de telles modalités.

Nous vous proposons donc de juger que l'article R. 411-3 du code de l'environnement ne pouvait légalement renvoyer un arrêté interministériel le soin de définir, pour chaque espèce, « la nature des interdictions mentionnées aux articles L. 411-1 » sans avoir précisé, s'agissant de celles du 3°), les modalités de la protection qu'elle assure, que ce soit pour les habitats d'espèces que pour les habitats naturels ajoutés par la loi Grenelle II.

Sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens des requêtes, vous pourrez donc en déduire l'annulation des arrêtés des 6 août et 31 octobre 2012 ainsi que de la décision implicite refusant de retirer ce second arrêté.

VII. Nous vous précisons que, si vous passiez cette étape, un autre moyen conduit selon nous à l'annulation. Les modalités de protection prévues par chacun des deux arrêtés attaqués nous paraissent en effet méconnaître assez largement celles prévues par l'arrêté de 2007.

Le premier arrêté retient un rayon de 600 m autour des terriers, alors que le ministre concède que l'aire de déplacement de l'animal autour du terrier est de 300m. La multiplication par deux prend en compte « la capacité de déplacement sur deux années », l'objectif affiché étant de protéger « l'enveloppe maximale » susceptible d'être colonisée au terme de l'année suivante, alors même que les interdictions prévues par l'arrêté s'appliquent autour des terriers connus au cours des deux dernières années.

On peut certes admettre une conception large des « sites de reproduction et aires de repos ». Le document d'orientation édité par la Commission européenne en février 2007 (p. 47) invite à ne pas s'en tenir strictement au terrier mais à intégrer un espace qui permet d'assurer « la permanence de la fonctionnalité du site dans son ensemble pour l'espèce considérée ».

Cela étant, le rayon de 600 m, qui correspond à une surface de 113 ha autour de chaque terrier connu, dépasse très largement cet objectif. Nous précisons, sans nous y attarder, que l'exécution de l'arrêt de la CJUE n'impose pas des mesures de cette ampleur.

On peut certes objecter que les ministres pouvaient prévoir un dispositif particulier pour l'espèce ici en cause, sans être liés par les mesures adoptées de façon générale pour les mammifères terrestres par l'arrêté de 2007, dès lors que les deux textes sont de même niveau normatif. Mais c'est oublier que l'article 2 de l'arrêté du 6 août 2012 précise expressément qu'il définit les sites de reproduction et aires de repos du hamster « pour l'application de l'article 2 de l'arrêté du 23 avril 2007 ». C'est reconnaître là la portée générale des règles de protection que fixe l'arrêté de 2007, dont nous pensons qu'elles seraient plus sûrement établies par le décret en Conseil d'État.

La critique vaut *a fortiori* pour le second arrêté, qui s'affranchit des règles fixées par l'arrêté de 2007, pour tracer une aire de restauration au bénéfice du hamster, sans référence à la présence constatée de l'espèce.

VIII. Un troisième moyen est fondé selon nous.

Comme le rappelait le Pdt Renaud Denoix de Saint-Marc dans ses conclusions déjà citées, « Les mesures de protection applicables à chacune des espèces protégées ne sont légales que si elles sont nécessaires : telle est la règle en matière de police ».

Vous avez de plus jugé, par votre décision Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne et autres du 23 février 2009 (292397, aux T.), s'agissant de la décision de réimplantation d'une espèce (il s'agissait alors d'introduire cinq ours slovènes dans les Pyrénées), que le juge doit vérifier que, eu égard aux conditions dans lesquelles elle a été prise et aux mesures d'accompagnement qui l'entourent, tout en satisfaisant à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à

la sauvegarde d'une espèce animale menacée d'extinction, cette décision ne porte pas une atteinte excessive aux autres intérêts en présence.

Or les deux arrêtés attaqués, dont l'objet comme les effets dépassent la seule protection stricte des sites de reproduction ou des aires de repos du hamster commun, ont pour conséquence d'interdire la réalisation de projets d'aménagements ou de construction sur les territoires couverts. Il est donc certain que cette interdiction porte atteinte à l'exercice du droit de propriété. Des dérogations à ces interdictions peuvent certes être accordées, mais dans les conditions strictes définies par l'article L. 411-2 du code de l'environnement, notamment 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. L'article 4 de l'arrêté du 6 août 2012 prévoit en outre d'assortir les dérogations de mesures de compensation d'amélioration de l'habitat de l'espèce d'une durée d'au moins vingt ans et portant sur une surface permettant une équivalence écologique avec la surface détruite, altérée ou dégradée.

Il nous semble dès lors que les décisions attaquées, du fait de la portée de la protection qu'elles organisent et des conséquences qu'elles entraînent pour l'usage des terrains concernés, portent une atteinte excessive aux autres intérêts en présence.

Et par ces motifs nous concluons :

- à ce qu'il soit donné acte du désistement et admis les interventions mentionnés ;
- à l'annulation des arrêtés attaqués et du refus de retirer le second ;
- à ce que l'Etat verse une somme globale de 3 000 € au syndicat mixte du Piémont-des-Vosges et aux autres requérants des requêtes n° 363638 et 365025, et une somme globale de 3 000 € au SCOTERS et aux autres requérants de la requête 368142, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.