

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

Cette affaire illustre la place que prend le contentieux des dérogations aux espèces protégées pour des projets nécessitant de nombreuses décisions publiques.

1. La commune de Besançon a décidé d'aménager le secteur dit des Vaîtes, d'une superficie d'une trentaine d'hectares, pour en faire un éco-quartier. Le projet a été déclaré d'utilité publique au profit de la commune en 2011. La concession de l'aménagement a ensuite été confiée à la société publique locale (SPL) Territoire 25. Des arrêtés de cessibilité ont été pris, à l'occasion desquels la légalité de la DUP a été contestée. Vous aviez annulé un premier arrêt de la CAA de Nancy par une décision du 5 décembre 2018 (SPL Territoire 25 n°412632 aux T.), mais celle-ci a rendu un second arrêt le 27 décembre 2019 qui a rejeté les demandes dont il était saisi et confirmé la DUP, arrêt qui n'a pas été frappé de pourvoi.

Parallèlement s'est engagé un contentieux sur l'arrêté préfectoral accordant une dérogation au titre des espèces protégées.

La directive Habitats à l'origine de cette réglementation indique que « *le but principal de la présente directive étant de favoriser le maintien de la biodiversité, tout en tenant compte des exigences économiques, sociales, culturelles et régionales, elle contribue à l'objectif général, d'un développement durable; que le maintien de cette biodiversité peut, dans certains cas, requérir le maintien, voire l'encouragement, d'activités humaines; »*.

Elle présente deux volets, l'un de protection des **habitats**, qui conduit aux protections du réseau Natura 2000, l'autre de protection des **espèces** qui implique une protection stricte des espèces animales et végétales concernées, sous réserve d'un régime de dérogation qui passe par une autorisation administrative. La conservation de certaines espèces animales et végétales nécessite la désignation de zones spéciales de conservation, ce qui fait le pont entre les deux régimes de la directive, d'autres espèces font seulement l'objet du régime de

protection sans bénéficier d'un zonage protecteur a priori, mais l'interdiction de destruction inclut celle de leur habitat et de leurs aires de repos.

Comme vous le savez, l'octroi d'une telle dérogation est soumise à trois conditions que votre jurisprudence définit comme cumulatives. L'article L411-2 prévoit tout d'abord 5 raisons alternatives d'intérêt public, comme les dommages à l'agriculture qui justifie en France un régime de destruction du loup, mais aussi l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur (RIIPM). Les deux autres conditions sont l'absence d'autre solution satisfaisante et le maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle.

Les espèces protégées ne présentent pas toutes le même degré de vulnérabilité, et à travers l'objectif de maintien de la biodiversité on trouve à la fois une préoccupation de prévenir l'extinction de certaines espèces et un souci de ne pas mettre en cause des équilibres naturels sans prise d'une décision raisonnée et proportionnée. Pour autant, en l'état de votre jurisprudence, l'appréciation de la RIIPM est autonome, elle ne peut pas dépendre du caractère plus ou moins menacé des espèces concernées, dès lors qu'elles figurent sur les listes de protection. Si il fallait voir une mise en balance, c'est seulement dans un second temps : en effet, alors même qu'un projet répond à une RIIPM, le projet ne peut cependant être autorisé, eu égard aux atteintes portées aux espèces protégées appréciées en tenant compte des mesures de réduction et de compensation prévues, que si il répond aux deux autres conditions.

Une certaine crispation sur cette première condition de RIIPM semble se dessiner au-delà du dossier qui nous intéresse. Deux chiffres : la Commission européenne, qui est conduite à apprécier l'existence d'une RIIPM dans le cas où un projet porte atteinte à un site Natura 2000, publie sur son site internet 23 décisions à ce sujet, dont une seule estime¹ qu'il n'y a pas RIIPM. Devant la juridiction administrative, nous avons dénombré 16 arrêts de CAA prenant position sur cette notion, dont 9 considèrent que la dérogation accordée doit être annulée faute d'une telle raison. Ces remarques liminaires ne sont en rien un plaidoyer pour desserrer l'exigence du juge sur l'appréciation de cette raison impérative, mais le constat que le bon positionnement du curseur n'est semble-t-il pas encore parfaitement trouvé.

Au cas d'espèce, la lecture de l'arrêté préfectoral accordant cette dérogation est instructive. Celui-ci fait 16 pages, dont 6 pages de cartes en annexe, 1 page de visas et un page et demi de motivation. Le reste, ce sont 7,5 pages, correspondant aux 13 articles de la décision préfectorale, qui encadrent de façon précise l'autorisation de dérogation, en l'assortissant de nombreuses prescriptions, concernant l'évitement, la réduction et la compensation de la

¹ Avis de la Commission européenne du 24 avril 2003 au sujet de la création d'une nouvelle zone industrielle et commerciale dénommée "Siegerland", au sein de l'ancienne zone d'entraînement militaire de Trupbach près de Siegen/Freudenberg.

destruction des espèces et de leurs habitats. Comme il est fréquent pour ce type d'arrêtés préfectoraux lorsqu'ils sont bien réalisés, certaines des mesures prescrivent d'adapter le calendrier des travaux à la période d'hibernation ou de reproduction des espèces protégées. Le comblement de certaines mares n'est ainsi autorisé qu'en l'absence des amphibiens, une mare temporaire en phase de chantier doit être réalisée. Des nichoirs à chiroptères, des abris pour hérisson, reptiles et oiseaux sont également prescrit selon des caractéristiques et des protocoles précis.

C'est une véritable police environnementale qui se met en place, avec des prescriptions précises pour assurer la protection des intérêts dont elle a la charge. Mais, dans notre affaire, le juge des référés a estimé qu'il y avait un doute sérieux sur l'existence d'une RIIPM et a suspendu l'arrêté litigieux.

2.1 Nous allons examiner les moyens dirigés contre les motifs ayant retenu l'existence d'une condition d'urgence tout d'abord. Pour reconnaître l'urgence à suspendre, le juge des référés s'est essentiellement fondé sur le « caractère irréversible, pour les nombreuses espèces protégées présentes sur le site, des effets attachés à la poursuite de l'exécution des travaux dans le secteur des Vaîtes » .

Votre exigence de motivation des ordonnances de référé n'est assurément pas très grande, même lorsque la suspension est accordée. Tout repose ici sur l'appréciation du « caractère irréversible » des effets de l'exécution des travaux, qui est une appréciation tout à fait factuelle.

L'ordonnance aurait sans doute pu davantage se prononcer sur l'ineffectivité des mesures ERC (Eviter réduire compenser) que tant le préfet que la SPL mettaient en avant et dont nous vous avons très rapidement donné quelques exemples. Votre jurisprudence estime que le juge des référés a, pour apprécier l'urgence à suspendre une dérogation espèces protégées, la faculté de prendre en compte en complément du risque induit pour les espèces protégées, le risque de méconnaissance des mesures d'évitement, de réduction et de compensation prévues par la dérogation litigieuse (CE société PCE 25 mai 2018 n°413267 aux T.). Il n'est pas déraisonnable d'estimer qu'il puisse également s'appuyer sur la mise en œuvre de ces mesures pour, le cas échéant dénier l'urgence. Malgré l'hésitation que nous conservons sur ce point, nous ne vous proposons pas d'accueillir les différents moyens soulevés par les requêtes contre cette appréciation de l'urgence à suspendre, car en définitive il s'agit d'un élément d'appréciation souveraine pour lequel aucune dénaturaison ne saute aux yeux.

2.2 Il n'en va pas de même selon nous s'agissant du doute sérieux que le juge des référés a cru pouvoir retenir pour suspendre la décision préfectorale.

Pour retenir le doute sérieux, le JRTA a relevé que l'aménagement de ce « quartier durable » est desservi par deux arrêts de tramway, et qu'il est prévu, dans un premier temps, de

construire plus de mille logements comportant des caractéristiques visant à favoriser la mixité sociale ainsi que des infrastructures et des équipements publics. Mais il a jugé qu' « *il ne ressort pas des pièces du dossier, compte tenu notamment de l'évolution démographique que la commune de Besançon a connu ces quinze dernières années, des perspectives économiques et démographiques pour les années à venir, de l'offre de logements déjà disponible, du nombre de logements vacants et des constructions de logements en cours de réalisation ou programmées, que les besoins en logements de la commune de Besançon, à court ou à moyen terme, soient tels que l'aménagement du quartier des Vaîtes réponde actuellement à une raison impérative d'intérêt public majeur.* ».

Le cœur du raisonnement de l'ordonnance est donc qu'un besoin de construction de logements est de nature à constituer une RIIPM mais que le besoin de logement à Besançon n'est pas tel que ce critère soit rempli en l'espèce.

La critique sur ce point est double : tout d'abord, le ministre en particulier insiste sur le fait que la lecture faite par le juge des référés sur le besoin de logement est erronée.

Les requérants produisaient différents éléments, essentiellement pour montrer que Besançon et le grand Besançon connaissent une évolution démographique défavorable et que l'offre de logement était suffisante. Le juge des référés a suivi pleinement cette argumentation. Mais la SPL en défense montrait que le besoin de logement doit tenir compte de nombreux autres facteurs comme l'évolution des modes de vie (par exemple le desserrement des ménages, c'est-à-dire la diminution de leur taille), la nécessité de renouveler le parc et de la nécessité de susciter l'implantation de nouveaux arrivants. Selon la méthode dite du « point mort », c'est-à-dire le besoin de logement sans croissance démographique, une étude au dossier établit le besoin à 500 logements/an et aboutit à un besoin global de 10.000 logement d'ici 2030, ceci sans discuter les données démographiques sur lesquels s'est fondé l'ordonnance attaquée. Les autres projets de construction en cours cités en première instance ne suffisent pas à couvrir ces besoins : parmi les 15 projets mentionnés, certains ne concernent que quelques maisons, et 4 seulement plus de 200 logements. Il nous semble donc que l'appréciation du juge des référés sur l'absence de besoin de logement est démentie par les pièces qui lui étaient soumises et que vous pourriez retenir la dénaturation sur ce point.

Les chiffres avancés qui démontreraient un taux de vacance important des logements, et qui viendraient appuyer un constat d'absence de besoin de construction de logements, étaient également contestés de façon étayée en défense : en particulier, les chiffres concernant le bailleur social Grand Besançon Habitat ne seraient pas représentatifs : ce bailleur social gère 5.800 logements sur les 17.400 de la ville... et affiche un taux de vacance élevé du fait des programmes de rénovation. Le taux commercial de vacance serait de l'ordre de 3,6%, qui ne permet pas d'identifier un excès d'offre de logement.

L'appréciation du juge des référés paraît donc s'être arrêté un peu vite aux arguments des demandeurs, sans tenir compte des éléments solides mis en avant pour démontrer le besoin de logement. Même si la dénaturation, particulièrement eu égard à l'office du juge des référés doit demeurer exceptionnelle, nous peinons à suivre l'ordonnance sur ce point. Rappelons simplement que s'agissant des jugements et arrêts au fond, vous exercez un contrôle de qualification juridique des faits sur l'appréciation de la RIIPM.

Mais le projet en cause présente un intérêt supplémentaire d'aménagement de l'espace public et une dimension sociale. C'est surtout ce second axe de la critique de l'appréciation du doute sérieux qui nous paraît pertinente dans votre office de juge de cassation. Il n'est pas inutile ici de revenir sur la façon dont est motivé l'arrêté litigieux pour estimer que la condition de RIIPM était remplie : *« l'urbanisation du quartier des Vaîtes est l'un des projets de la ville de Besançon, inscrit dans les documents d'urbanismes depuis près de 40 ans ; que ce projet urbain est destiné à accueillir à terme près de 1800 logements ; que ce projet contribue à enrayer le phénomène d'étalement urbain et de fuites vers la périphérie pour des manques d'offres de foncier sur la ville de Besançon ; les îlots constructibles seront aménagés avec une certaine compacité ; cette densité urbaine diminuera la surface globale de l'aménagement et l'imperméabilisation des sols ; le projet concourra à favoriser la mixité sociale au sein de la ville en réservant une partie des logements en loyer modéré, en accession primo-accédant, à des programmes adaptés à l'accueil des personnes âgées et à de l'autopromotion ; pour l'ensemble de ces raisons, ce projet répond donc à des raisons impératives d'intérêt public majeur de nature sociale et économique ; »*

Devant le juge des référés, les différents éléments ainsi mis en avant pour justifier de la RIIPM étaient défendus par le préfet et la SPL. L'ordonnance en a mentionné certains, notamment l'ancienneté du projet qui n'est pas en soi une raison impérative, elle a cité aussi l'aménagement d'équipements et d'infrastructure, l'accession à la propriété, mais n'en a tenu aucun compte au bénéfice de la lecture qu'elle a eu du besoin de logements à Besançon.

Ce faisant, le juge des référés omet de se prononcer sur des éléments qui nous paraissent assez exemplaires de ce qui pourrait être un intérêt public majeur : lutter contre l'étalement urbain et l'emprise sur des terres agricoles, limiter l'imperméabilisation des sols, favoriser un habitat à proximité des centres villes pour freiner l'usage de la voiture et éviter l'abandon des centres villes.... Tous ces points qui figurent dans l'arrêté et les argumentations en défense, l'ordonnance n'en dit mot pour apprécier ce critère.

De deux choses l'une, soit il a implicitement estimé qu'elles n'étaient pas de nature à caractériser une RIIPM et c'est une erreur de droit manifeste, soit il a simplement omis de se prononcer sur ces arguments déterminants pour savoir si le projet en cause était susceptible de répondre à une telle raison, et son ordonnance est insuffisamment motivée. Pour notre part, nous penchons pour cette dernière hypothèse, car les éléments que nous avons cités ne sont

pas de simples arguments auxquels l'ordonnance pouvait se dispenser de répondre, ils constituaient le cœur des motifs de l'arrêté sur ce point.

Vous casserez l'ordonnance attaquée et règlerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

3. Vous pourrez rejeter la demande de suspension pour absence de doute sérieux sur la légalité de l'arrêté.

Indiquons préalablement que les fins de non-recevoir soulevées en défense et tirées du défaut d'intérêt pour agir des demandeurs, pouvant être écartées s'agissant des deux associations requérantes, mais accueilli concernant les trois personnes physiques dont la qualité de voisin n'est pas suffisante pour leur donner intérêt à contester une telle dérogation.

S'agissant de l'insuffisance alléguée de concertation en méconnaissance de l'article L. 120-1-1 du code de l'environnement, il ressort des pièces du dossier qu'une consultation par voie électronique a été réalisée dans des délais satisfaisants.

S'agissant de la motivation de l'arrêté, nous vous avons déjà dit qu'il nous paraissait parfaitement suffisante.

S'agissant de sa légalité interne, les éléments dont nous avons déjà discuté nous font écarter tout doute sur l'existence d'une RIIPM.

S'agissant de la condition tenant à l'absence de solution alternative, il est certain que l'arrêté est peu disert. Mais il nous semble que nous sommes dans un cas de figure où la condition de RIIPM et celle de l'absence de solution alternative peuvent se rejoindre assez largement : c'est l'existence d'un foncier disponible à cet endroit qui présente un intérêt pour lutter contre l'étalement urbain et favoriser un habitat plus proche du centre-ville, disposant de moyens de transports en commun efficaces.

La situation aurait été différente, et le besoin de démontrer qu'aucune autre solution satisfaisante n'était disponible, si la raison impérative invoquée n'avait tenu qu'au besoin de construire des logements supplémentaires : il fallait alors démontrer qu'un besoin de 1000 logements par exemple ne pouvait se réaliser, pour des raisons objectives, que sur le site du projet. Ajoutons qu'il est suffisamment documenté que la zone en cause, qui ne fait l'objet d'aucun classement au titre de la protection de l'environnement, est largement « anthropisée », ce qui contribue à l'intérêt du choix de ce site plutôt qu'un autre espace disponible en centre-ville mais qui serait davantage préservé. Le dossier de demande note ainsi que « *Les boisements sont dégradés et servent souvent de dépotoirs, de campements. L'état de conservation de ces habitats est mauvais.* ». Au titre des mesures dites de compensation, l'arrêté prévoit ainsi de restaurer la roselière existante, c'est-à-dire un site où poussent des roseaux, qui souffre d'un déficit d'eau, d'un enrichissement et d'un dépôt fréquent de déchets.

Les photographies produites devant le juge des référés par la SPL semblent confirmer que la présence de végétation ne permet pas d'écarter que certaines zones relèvent de la friche, du squat voire du dépotoir sauvage.

Il est encore soutenu que l'atteinte à la faune et flore est particulièrement importante et que les mesures ERC sont insuffisantes.

Sur le premier point, on peut rappeler qu'il s'agit ici de protéger des espèces animales en zone urbaine ou semi-urbaine. 37 espèces protégées sont recensées, pour lesquels une dérogation à la destruction ou l'altération des sites de reproduction est accordée, mais avec un calendrier qui cherche à respecter le rythme biologique des espèces. La capture de 5 espèces sont autorisées, pour les relâcher immédiatement dans d'autres habitats. Le préfet fait valoir que dans la classification de l'Union internationale pour la conservation de la Nature (UICN) la plupart des espèces en cause sont classées dans la catégorie hors liste rouge : « quasi-menacées ». Seules 4 sont dans la catégorie supérieure, « vulnérables », une espèce de chauve-souris et 3 espèces d'oiseaux, dont aucune ne fait l'objet d'une autorisation de capture. Si les requérants développent une argumentation relative au Pic épeichette, au Bruant zizi et à la Mésange noire, dont le statut de raréfaction relève de la catégorie préoccupation mineure pour la Franche comté, leur présence n'est pas recensée.

Sur le dernier point, le caractère suffisant des mesures ERC, la critique dans la demande de référé suspension fait moins d'une page, là où l'arrêté dont la suspension est demandée déroule des mesures ERC sur près de 8 pages... la demande se concentre sur les mesures de compensation qui sont jugées insuffisantes. Le préfet a répondu en défense sur chacun des éléments, comme par exemple la nécessité de restaurer la roselière comme zone humide, ce qui est bien une mesure de compensation, sans que les associations demanderesse ne reviennent sur ces points autrement, pour certains, qu'au titre de l'urgence à suspendre.

Aucun des moyens ne nous parait ainsi de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté.

PCMNC à l'annulation de l'ordonnance attaquée, au rejet de la demande de suspension, et à ce que soit mis à la charge de l'association « les jardins des Vaites et autres » une somme de 3000 euros à verser à la SPL Territoire 25 sur le fondement de l'article L761-1 du CJA.