

N° 463563

Association Sud Artois pour la protection de l'environnement

Section du Contentieux

Séance du 18 novembre 2022

Lecture du 9 décembre 2022

CONCLUSIONS

M. Nicolas AGNOUX, rapporteur public

Nouvel avatar du mythe de David contre Goliath, le régime de protection des espèces protégées permet – parfois – à de « *petites bêtes* » d'avoir raison de « *grands chantiers* »¹. En attestent divers contentieux très médiatisés concernant d'importants projets d'infrastructures routières ou d'équipements de grande envergure², en dernier lieu au sujet des sites accueillant les prochains Jeux olympiques³, mais également, et de façon croissante, des projets plus modestes d'activités économiques ou de loisirs, dont l'avancement est freiné, voire stoppé par la découverte fortuite sur le terrain d'emprise d'un muscardin des noisetiers ou d'un lézard D..., mettant alors en branle le mécanisme de « dérogation espèces protégées », synonyme pour le pétitionnaire de nouvelles contraintes, de retards et d'incertitudes. Car la France compte au total plus de 7.200 espèces protégées, réparties pour moitié entre animaux et végétaux, parmi lesquelles 1.488 espèces d'oiseaux, 358 de reptiles, 157 d'amphibiens ou 93 de papillons.

Le contentieux lié à l'application de ce régime, jusqu'alors assez discret⁴, s'est notablement accru durant ces dernières années⁵. Sans doute faut-il y voir le signe d'une

¹ Boëdec, M. : « *Biodiversité : petites bêtes contre grands chantiers* », Environnement magazine, n° 1735, mars 2015, p. 22-26.

² Voir par exemple, le projet de centre commercial et de loisirs « Val Tolosa » à proximité de Toulouse prévoyant la construction de 90 000 m² de surfaces bâties (CE, 24 juillet 2019, *Société PCE*, n° 414353, T. pp. 854-958-961), le projet de base de loisirs « Center Parcs » de Roybon en Isère (CAA Lyon, 16 décembre 2016, n° 15LY03097), ou encore le projet de contournement routier de Charleville-Mézières (CAA Nancy, 15 juin 2022, n° 19NC02857). Et, a contrario, le projet « Charles De Gaulle Express » : CAA Paris, 28 avril 2022, n° 20PA03994.

³ CAA Paris (JR), 3 mai 2021, n° 21PA02060.

⁴ Voire inexistant à l'origine, lorsque les textes de droit interne ne prévoyaient pourtant aucun régime de dérogation pour des motifs tirés de considérations économiques et sociales. Il semble ainsi que des exceptions aient été en pratique longtemps admises sans base légale (Benech, F. et Rolland C. : *Grands projets et raison impérieuse d'intérêt public majeur*, AJ Collectivités territoriales 2021, p. 305).

⁵ Voir notamment : Descubes, L., Bourrel, A. : « *La dérogation « espèces et habitats protégés » en matière d'installations de production d'énergie renouvelable : entre incertitudes et tentatives de clarification* » : Energie,

attention plus vive aux enjeux de biodiversité, alors que l'état de conservation de nombre d'espèces, sous l'effet de l'artificialisation des sols, de l'utilisation des pesticides ou des changements climatiques connaît une évolution préoccupante voire alarmante : en France, la population des dix principaux oiseaux migrateurs a diminué d'un quart depuis 2009, celles des pipistrelles (les chauves-souris les plus communes) d'un tiers depuis 2006⁶.

Un autre élément y contribue, qui dépasse la classique opposition entre enjeux socio-économiques et impératifs de protection de la nature puisque c'est au sein même des objectifs environnementaux qu'il s'agit désormais d'arbitrer : nécessaires pour atteindre la cible de 40 % d'énergie renouvelable dans la production d'électricité à l'horizon 2030, les parcs éoliens et photovoltaïques qui se multiplient sur le territoire sont autant de nouveaux facteurs d'atteinte à la préservation de nombreuses espèces. La conciliation entre les différents intérêts publics en présence devient ainsi toujours plus délicate, comme le montre la position d'équilibriste de l'administration qui se place, au fil des contentieux liés à la délivrance des autorisations environnementales, tour à tour du côté des porteurs de projets éoliens ou des associations de défense de la nature.

Dans ce contexte, la demande d'avis dont vous a saisi la cour administrative d'appel de Douai au sujet du seuil de déclenchement du régime de protection des espèces a suscité un certain intérêt, qui s'est traduit par la production de mémoires présentés comme des « interventions » et émanant, respectivement, des associations France nature environnement et de la Ligue de protection des oiseaux, de l'association France énergie éoliennes, ainsi que de la société Ferme éolienne de Saint-Fraigne, non présents au litige initial.

1. C'est le sort à réserver à ces productions qui a justifié le renvoi devant votre formation et dont nous entretiendrons dans un premier temps, avant d'en venir à l'examen de la demande d'avis.

Est irrecevable l'intervention présentée devant le Conseil d'Etat saisi d'une demande d'avis. Tels sont les termes, laconiques, du fichage de votre avis de section *Société L&P Publicité* (CE, Section, 22 novembre 2000, n° 223645, aux conclusions de S. Austray, p. 526).

Fichée comme « solution implicite », cette règle n'est pas davantage éclairée par les conclusions de votre commissaire du Gouvernement, muettes sur la question. Elle contraste avec la position plus souple retenue cinq ans auparavant par l'avis de section *KK...* (CE, Section, 28 juillet 1995, *KK...*, n° 168438, p. 315) : saisis, à l'occasion de l'examen d'une question relative au recouvrement des frais d'hospitalisation par les hôpitaux, d'un « mémoire en intervention » présenté par l'AP-HP, vous aviez alors choisi non de l'ignorer mais de le viser en tant qu'« observations »⁷. Elle n'en a pas moins été appliquée avec rigueur depuis

environnement, infrastructures, n° 12, décembre 2020.

⁶ « *La biodiversité en France - 100 chiffres expliqués sur les espèces* », Inventaire national du patrimoine naturel, Observatoire national de la biodiversité, Office français de la biodiversité et CNRS (éditions 2020 et 2021).

⁷ La présidente C. Maugué prenant position, dans ses conclusions, en faveur de la possibilité d'une intervention

lors – soulevant régulièrement les interrogations, fréquemment les critiques, de nos prédécesseurs à ce pupitre.

Il paraît temps d'en reconsidérer les termes.

Ne seront évoquées ici que les interventions « pures », celles des tiers apparaissant devant le Conseil d'Etat pour la première fois, la faculté reconnue aux intervenants au litige initial de déposer des observations par assimilation aux parties au litige étant implicitement admise par l'avis de plénière *B...* de 1989 qui nous semble toujours valide (CE, 21 juillet 1989, *B...*, n° 106638, T. p. 593 et aux conclusions de N. Chahid-Nourai⁸).

1.1. A titre de prémisse, nous prendrons paradoxalement appui sur l'autre élément du fichage de l'avis *Société L&P* dont l'assise nous semble plus sûre : le cadre particulier des demandes d'avis transmises en application de l'article L.113-1 du code de justice administrative fait assurément obstacle à la « *possibilité de présenter une intervention* » entendue dans son sens habituel, consacré par la jurisprudence et la doctrine à défaut de définition par le code de justice administrative, et à ses implications procédurales.

L'irruption d'un tiers au cours de la procédure d'avis s'accorde mal, en effet, à la définition de l'intervention qu'en donne le président Odent – « *le fait d'une personne physique ou morale qui se joint spontanément à une instance qu'elle n'a pas introduite et dans laquelle elle n'a pas été mise en cause* »⁹ – dès lors que l'instance est provisoirement suspendue par la juridiction du fond qui, en renvoyant une question de droit au Conseil d'Etat, ouvre une parenthèse contentieuse qui interrompt le règlement du litige.

En outre, le propre de l'intervenant est de lier étroitement son sort à celui d'une des parties au litige. Comme le résume le professeur Chapus, il « *ne se propose rien d'autre que d'appuyer la prétention de l'une des parties* » – raison pour laquelle doivent être regardées comme irrecevables l'intervention présentée à l'appui d'une requête elle-même irrecevable (CE, Assemblée, 7 juillet 1950, *Secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil*, n° 3171, p. 427)¹⁰ ou celle qui se borne à s'en remettre à la sagesse de la juridiction (CE, 14 juin 1968, *Syndicat national des médecins des hôpitaux privés à but lucratif*, n° 60870, p. 362), et comme devenue sans objet celle présentée au soutien d'un requérant s'étant

dans le cadre d'une demande d'avis contentieux.

⁸ A cette occasion, le commissaire du Gouvernement s'était en revanche prononcé en défaveur de la possibilité d'une intervention émanant de tiers qui ne seraient pas intervenus dans le litige initial.

⁹ Contentieux administratif, Tome 1, p. 812. Etant rappelé en effet que les mémoires produits par des tiers en réponse à la communication de la procédure que leur a faite la juridiction sont regardés comme des observations et non des interventions, alors même que les intéressés auraient eu intérêt à intervenir (CE, Section, 20 juin 1958, *G...*, n° 21750, p. 372).

¹⁰ Sous réserve de configurations particulières où il a été admis que l'intervenant puisse faire valoir des prétentions propres, dès lors qu'il ne présente pas au juge des questions différentes de celles que lui ont soumises les parties (CE, Section, 6 novembre 1959, *Dame P...*, n° 32813, p.583 ; CE, 4 mars 2003, *M. M... et Mme L...*, n° 228214, p. 125).

lui-même désisté (CE, 20 avril 2005, n° 264348 et suivant, *Syndicat national des entreprises artistiques et autres*, T. pp. 790-1045-1047-1127)¹¹.

Or, examinant une demande d'avis, vous n'êtes pas saisis de conclusions présentées par des parties mais invités à répondre à une question de droit posée par la juridiction du fond : dans cette saisine de juge à juge, il n'existe pas de parties devant le Conseil d'Etat. Quant aux parties au litige initial, elles sont provisoirement reléguées à l'arrière-plan, n'étant autorisées, en vertu de l'article R. 113-2 du Code de justice administrative (CJA), qu'à produire de simples « *observations* », au même titre que le ministre compétent. Les incidences procédurales d'une intervention, à commencer par l'obligation de répondre aux moyens présentés par l'intervenant (CE, 5 novembre 1990, *P...*, n° 79657, T. pp. 927-928-945) ne sauraient trouver d'application dans un tel cadre.

1.2. Pour autant, la position consistant à maintenir obstinément fermés la porte – ou plus exactement les yeux – à l'égard de toute contribution extérieure « spontanée » n'apparaît ni en phase avec une orientation générale tendant à favoriser l'ouverture du prétoire, ni commandé par les textes, ni opportun au regard de la finalité de la procédure d'avis contentieux.

En premier lieu, la jurisprudence *Société L&P* apparaît en rupture avec le libéralisme dont vous faites preuve à l'égard des interventions, comme avec les pratiques observées chez la plupart des autres juridictions dans des configurations comparables¹².

En principe, l'intervention est recevable devant toute juridiction administrative statuant en audience publique (CE, 27 janvier 1933, *Compagnie des conseils juridiques défenseurs devant les tribunaux*, n° 4362, p. 128) et elle est admise en toutes matières. Comme l'on sait, l'intéressé doit seulement justifier à cette fin d'un « *intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige* », que son intervention soit présentée devant le juge du fond comme devant le juge de cassation (CE, 12 mai 1961, *Société « La Huta »*, n° 40674, p. 313), en excès de pouvoir comme en plein contentieux (CE, 25 juillet 2013, *Office français de protection des réfugiés et apatrides c/ Mme E F...*, n° 350661, p. 224)¹³.

En outre, le caractère « abstrait », car déconnecté du litige, des questions à trancher par la juridiction n'apparaît pas comme un obstacle pour admettre la venue d'un tiers, devant votre prétoire comme devant celui d'autres juridictions saisies au titre de semblables parenthèses contentieuses.

¹¹ C'est pourquoi encore l'intervenant ne saurait présenter de moyens différents de ceux invoqués par les parties qu'à la condition qu'ils ne soient pas fondés sur une cause juridique distincte (CE, Assemblée, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires des forêts des forêts de chênes-lièges en Algérie*, n° 39269 p. 74).

¹² On relèvera l'exemption notable que constitue le refus des interventions dans le cadre des questions préjudicielles soulevées devant la CJUE (voir l'article 23 du statut de la Cour et l'interprétation qui en est donnée au §38 des instructions pratiques aux parties relatives aux affaires portées devant la cour du 10 décembre 2019).

¹³ Voir, au sujet de l'assouplissement résultant de cette décision, la chronique : X. Domino – A. Bretonneau : *L'essentiel sur l'accessoire : nouveaux critères de recevabilité des interventions volontaires*, AJDA 2013. 1969.

Ainsi vous admettez, dans le cadre d'un recours en appréciation de légalité, la recevabilité d'une intervention d'une personne étrangère au litige qui l'a suscité (CE, Section, 22 décembre 1967, *Ministre des finances c/ A...*, n^{os} 67656,67704,67732, p. 529)¹⁴.

C'est également de longue date que le Tribunal des conflits a choisi d'accueillir, bien avant sa consécration réglementaire¹⁵, l'intervention des personnes qui justifient d'un intérêt de nature à les y autoriser, donc pour la seule discussion de l'ordre de juridiction compétent pour connaître du litige principal (TC, 20 novembre 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Marquis*, n^o 1752, p. 879)¹⁶.

Les avis contentieux rendus par la Cour de cassation en vertu de la loi du 15 mai 1991, qui transpose à l'ordre judiciaire les dispositions applicables à l'ordre administratif depuis la loi du 31 décembre 1987¹⁷, laissent une place aux intervenants, nonobstant l'absence de base textuelle dans le code de procédure civile¹⁸, la Cour accueillant ainsi les « *observations* » produites par des syndicats et des associations intervenants, lorsque l'avis à rendre est susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble de leurs adhérents¹⁹.

Dans le cadre des **instances de QPC**, le Conseil constitutionnel lui-même admet l'intervention des personnes physiques ou morales justifiant d'un « *intérêt spécial* », dont les productions sont alors qualifiées d'« *observations en intervention* »²⁰.

Enfin, nous ne pensons pas qu'une ouverture en matière d'avis contentieux remettrait en cause les dernières exceptions réservées par votre jurisprudence, qui disposent de justifications propres. Si vous n'admettez pas d'intervention devant le tribunal administratif saisi par la Commission nationale des comptes de campagne, c'est d'abord pour empêcher les protestataires de contourner par ce biais les conditions, notamment de délais, dans lesquelles sont enserrées les voies de recours contre les opérations électorales (CE, 6 décembre 1993, *Epoux C... et Z...*, n^o 138696, T. pp. 799-960). Nous comprenons également votre refus

¹⁴ Et pour une intervention dans le cadre d'un recours en interprétation : CE, 28 mars 2018, *Société Solar Electric Holding*, n^o 414986.

¹⁵ Article 6 du décret n^o 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles

¹⁶ Et pour prendre des exemples plus récents : TC, 8 juin 2020, n^o 4189, s'agissant de syndicats de salariés parties à un litige similaire pendant devant le juge judiciaire ; TC, 6 juillet 2015, n^o 4013, s'agissant de la Caisse nationale des allocations familiales ; TC, 4 novembre 1996, *Préfet de la Guadeloupe c/Mme Robert*, n^o 03035, p. 554, s'agissant d'une association, eu égard à son objet social ayant pour objet de défendre les droits des étrangers et des travailleurs immigrés.

¹⁷ Lois n^o 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et n^o 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation

¹⁸ Voir les articles 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile.

¹⁹ Cass., ass. plén., 17 juill. 2019, n^o 19-70.010 et n^o 19-70.011, D. 2019. 1916.

²⁰ Article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Entre janvier 2010 et septembre 2014, le Conseil constitutionnel a ainsi été saisi de 389 demandes d'interventions dont 330, soit 85 %, ont été jugées recevables (voir l'article « *Les interventions en QPC de 2010 au 31 août 2014* » publié sur le site du Conseil constitutionnel).

d'admettre les interventions produites au soutien ou en opposition à une demande de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (CE, 17 février 2011, *M. D...*, n° 344445, T. p. 1086 et aux conclusions contraires de la présidente M. Vialettes) par l'office particulier du juge du filtre appelé à se prononcer seulement sur le sérieux des griefs invoqués – une intervention devant le Conseil constitutionnel restant du reste, on l'a dit, possible²¹. Ce même motif peut également justifier l'irrecevabilité que vous opposez aux interventions « pures » dans le cadre des procédures de référé-suspension (JRCE, 10 avril 2013, *Fédération Réseau Sortir du Nucléaire et autres*, n° 367014, T. pp. 763-775).

Or, et **en deuxième lieu**, les textes régissant la procédure de demande d'avis, même peu diserts, ne s'opposent pas, au contraire, à la reconnaissance d'une forme d'intervention.

Si l'article R. 113-2 CJA autorise « *les parties* » à produire des observations « *dans le délai d'un mois à partir de la notification qui leur a été faite de la décision de renvoi* », ce n'est pas à titre exclusif. En élargissant cette possibilité à des tiers au litige, vous n'assimileriez pas ces derniers à des parties au sens et pour l'application de ces dispositions, ce qui paraît hors de portée, mais vous borneriez à tirer les conséquences de ce qu'aucune disposition n'y fait obstacle. Ce raisonnement a déjà été emprunté pour juger, alors que l'article R. 732-1 CJA confère « *aux parties* » le droit de présenter des observations orales, que ses dispositions ne font pas obstacle à ce que le président de la formation de jugement autorise une autre personne intéressée au litige à prendre la parole au cours de l'audience (CE, 24 septembre 2018, *Mme K...*, n° 408825, T. p. 842)²².

L'économie même des textes organisant la procédure d'avis contentieux nous paraît aller au soutien de cette ouverture. Si l'avis rendu par le Conseil d'Etat n'est pas une décision juridictionnelle²³, il n'en demeure pas moins que la question doit être examinée, aux termes de l'article R. 113-2, « *conformément aux dispositions régissant la procédure devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux* » et, par conséquent, au terme d'une procédure contradictoire. Alors que le débat juridique opposera souvent, au-delà des contingences tenant aux parties présentes au litige initial, des camps et des lignes de fracture bien identifiées, il apparaît délicat de refuser à des tiers de faire valoir leurs arguments au soutien, non des prétentions des parties, mais des différentes thèses mises en débat devant vous²⁴.

²¹ Une intervention étant toutefois recevable lorsque que son auteur est intervenu dans le cadre de l'action principale (CE, 6 mars 2015, *Comité Harkis et Vérité*, n° 373400, T. pp. 815, 846, 848) ou lorsque l'intervenant a présenté la même QPC dans une autre instance au titre de laquelle a été appliqué le mécanisme prévu par l'article R. 771-6 CJA de « mise en attente » (CE, 4 avril 2011, *Mme W...*, n° 345661, p. 152).

²² Enfin et pour mémoire, la référence faite au dernier alinéa de l'article R. 632-1 CJA au « *jugement de l'affaire principale* » que l'intervention ne saurait retarder, ne paraît pas constituer un obstacle de texte infranchissable, la disposition pouvant être regardée soit comme sans objet dans l'hypothèse d'une demande d'avis, soit comme pouvant se prêter à une lecture adaptée à cette hypothèse (cf. *infra*).

²³ Il n'est ainsi, comme on sait, pas rendu « au nom du Peuple français ».

²⁴ Voir pour un regard critique sur les garanties procédurales associées à la demande d'avis contentieux, concernant un autre aspect : Calandri, L. : « *L'avis juridictionnel du Conseil d'Etat et le principe d'impartialité : chronique d'une incompatibilité annoncée* » : JCP La semaine juridique, n° 8-9, 21 février 2007, p. 13.

Enfin, la circonstance que l'avis contentieux n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée et ne lie donc pas, formellement, les juridictions subordonnées apparaît dans ce débat sans réelle incidence. Elle n'empêche pas que soit identifié, chez un tiers, un « *intérêt suffisant* » au regard de la question de droit posée. En pratique, l'avis s'impose en effet avec la même force qu'une décision contentieuse du Conseil d'Etat puisqu'il est, pour reprendre les termes du président Chabanol, « *l'annonce de la position qu'adoptera le juge suprême s'il est saisi au contentieux de la question* »²⁵. Il y a donc un certain paradoxe à disqualifier ici radicalement un mémoire qui aurait été pris en considération s'il avait été produit par le même tiers pour faire valoir des arguments au sujet d'une question de droit posée dans les mêmes termes à l'occasion d'un pourvoi en cassation.

En troisième et dernier lieu, nous pensons que, moyennant un régime adapté, la prise en compte de contributions extérieures peut participer de la qualité du débat et, partant, de l'objectif de bonne administration de la justice.

Cette ouverture paraît cohérente avec l'objet de la procédure d'avis contentieux, conçue en 1987, en parallèle à la création des cours administratives d'appel, pour unifier le plus tôt possible l'interprétation des règles de droit nouvelles que la multiplication des recours contentieux et l'éventualité des pourvois en cassation risquaient de retarder²⁶. Pour l'élaboration de ces « *jurisprudences TGV* »²⁷ qu'il vous appartient de dégager sans toujours disposer d'un abondant corpus juridictionnel ou doctrinal préétabli, il serait dommage de vous priver de l'apport de personnes susceptibles d'éclairer, par leur savoir et leur expérience, le contexte ou les implications qui entourent les questions de droit à résoudre – on pense par exemple aux organisations syndicales en matière de contentieux de la fonction publique ou aux fédérations professionnelles dans les contentieux économiques. Dans certains cas, les contributions des tiers pourraient s'avérer plus utiles que les observations produites par les parties au litige initial qui, n'étant pas à l'initiative de la saisine, ne sont pas toujours les mieux armées, ni d'ailleurs les mieux disposées à alimenter le débat juridique.

Mais la portée de cette ouverture ne doit pas être surestimée. Dans l'examen des questions soumises au Conseil d'Etat, qui restent des questions de droit, ces observations supplémentaires n'auront nécessairement qu'une incidence modeste. Il ne s'agit en aucun cas d'inscrire la procédure d'avis contentieux dans une démarche participative en sollicitant les contributions de l'ensemble des parties prenantes et des personnes intéressées – raison pour laquelle il semble inutile de donner aux demandes d'avis une publicité supérieure à celle que leur confère la publication des jugements de renvois, déjà bien identifiés par les principaux acteurs concernés. En somme, il ne s'agirait ni de décourager, ni d'encourager de telles productions. Le risque d'un encombrement du prétoire semble, dès lors, assez réduit.

²⁵ Chabanol, D., Code de justice administrative commenté, 4^e éd., p. 49.

²⁶ Labetoulle, D. : « *Ni montre, ni appendice : le « renvoi » de l'article 12* » : RFDA 1988, p. 213.

²⁷ Pacteau, B. : « *La jurisprudence, une chance du droit administratif ?* », Rev. adm. 1999, n^o spécial, « Les juridictions administratives dans le monde », p. 70.

1.3. Nous vous invitons donc à accorder une place raisonnée et maîtrisée à l'intervention des tiers, en l'adaptant au cadre particulier de la demande d'avis et à ses exigences.

Une telle plasticité apparaît permise par le caractère « *hybride* »²⁸ de la procédure d'avis, « *mécanisme original, rebelle à l'application pure et simple de la distinction traditionnelle entre la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat et sa fonction consultative* »²⁹.

D'abord, et pour couper court à toute ambiguïté, les mémoires produits ne sauraient, au même titre que les productions des parties au litige initial, avoir valeur que de simples « *observations* ». Elles devraient donc être visées sans être analysées et sans, bien entendu, qu'il y ait lieu de répondre dans le corps de l'avis aux arguments qu'elles développent. Pour plus de clarté, nous vous proposons de reprendre à votre profit la formule retenue par le Conseil constitutionnel d'« *observation en intervention* »³⁰

Au même titre que pour les interventions de droit commun, c'est au Conseil d'Etat qu'il appartiendra d'apprécier l'opportunité que les pièces de la procédure soient communiquées aux intéressés³¹ et que la parole leur soit accordée au cours de l'audience³². Le délai d'un mois pour produire qui s'applique aux parties au litige initial « *à compter de la notification de la décision de renvoi* » ne saurait leur être opposé mais en tout état de cause leurs productions ne sauraient avoir pour effet, pour transposer la règle générale de procédure rappelée par votre décision *OFPRA* de 2013, de retarder l'édiction de l'avis contentieux, qui reste enserré en principe dans un délai de trois mois (article L. 113-1 CJA).

Bien que la question ne se pose pas en l'espèce, le ministère d'un avocat aux conseils, garantie opportune de qualité des productions, nous semble requis à peine d'irrecevabilité par l'effet combiné des dispositions du code de justice administrative^{33,34}.

²⁸ Ashworth, A., *Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987* : RDFP 1990, p. 1439.

²⁹ Labetoulle, D., *Les premières applications de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987* : RDFP 1989, p. 894.

³⁰ Ainsi que le suggérait déjà la présidente M. Vialettes dans ses conclusions sur l'affaire *D...* précitée. Une autre formule équivalente consisterait à les désigner comme des « interventions à fins d'observation ».

³¹ CE 25 juillet 2013, *OFPRA c/ Mme E F...*, n° 350661, p. 224. De même, le Conseil d'Etat pourra librement apprécier l'opportunité de communiquer l'intervention aux parties au litige initial (Cf. article R. 632-1, al. 2 CJA), cette communication n'étant requise pour les interventions de droit commun que dans l'hypothèse où la solution du litige dépend d'un moyen invoqué uniquement par les intervenants (CE, 1^{er} mars 1995, *Association « Groupe information asile »*, n° 124550, T. p. 977).

³² CE, 24 septembre 2018, *Mme Krumreich*, n° 408825, T. p. 842.

³³ Ne paraissent, en effet, pas applicables au cas d'espèce les dispositions du second alinéa de l'article R. 113-2 CJA qui prévoient la dispense du ministère d'avocat aux conseils dans le seul cas où la requête dont est saisie la juridiction qui a décidé le renvoi est dispensée du ministère d'avocat devant cette juridiction. Cette dispense nous paraît devoir être interprétée comme s'appliquant aux seules observations mentionnées au premier alinéa, c'est-à-dire celles produites par les parties au litige principal. La solution inverse serait peu cohérente puisqu'elle ferait dépendre l'obligation de la nature du litige principal, et non de l'objet de la question soumise au Conseil d'Etat qui justifie l'intervention.

³⁴ Par ailleurs, l'intervenant ne pourra en tout état de cause invoquer à son profit l'application des dispositions de l'article L. 761-1, lesquelles ne trouvent pas à s'appliquer lorsque le Conseil d'Etat statue en vertu de l'article L. 113-1, faute de partie perdante (CE 26 juill. 2006, *O...*, n° 292750, p. 377).

S'agissant des autres critères de recevabilité, une approche souple et peu formaliste s'impose afin de ne pas perturber inutilement l'examen des questions de droit. Adaptant le principe rappelé par votre décision *OFPRA* de 2013, vous pourrez prendre en considération les mémoires suffisamment motivés³⁵ émanant des personnes qui justifient d'un intérêt suffisant au regard de la question de droit posée. Seules les interventions satisfaisant ces critères seraient donc visées³⁶.

En revanche, nous ne pensons pas qu'il soit opportun de vous prononcer dans le corps de l'avis sur la recevabilité, ou l'irrecevabilité, des mémoires dont vous seriez saisis. Une motivation aussi luxueuse brouillerait inutilement une réponse destinée aux juridictions, susceptible d'être publiée au Journal officiel (article R. 113-4 CJA) et dont la concision est l'une des vertus³⁷. Elle tendrait à accorder ou à suggérer une importance démesurée à des productions qui demeureront, on l'a dit, des observations. Vous satisferiez de manière plus économe aux exigences de transparence en vous bornant à viser les mémoires que vous estimerez recevables. Et le fichage accompagnant vos avis suffirait à expliciter, si besoin, les critères de recevabilité.

Si vous nous suivez, vous viserez comme des « *observations en intervention* » les mémoires produits par les associations France nature environnement et la Ligue de protection des oiseaux, ainsi que l'association France Energie Eolienne, compte tenu des intérêts collectifs qu'ils se donnent pour objet de défendre. En revanche, la société Ferme éolienne de Saint-Fraigne, en sa qualité d'exploitant individuel d'un parc éolien, ne nous paraît pas justifier d'un intérêt suffisant, du seul fait de l'existence du pourvoi qu'elle a formé contre un arrêt de cour annulant partiellement son autorisation d'exploiter et qui soulève une question de droit similaire : admettre ce critère de recevabilité vous exposerait en effet à un afflux de productions à l'occasion des demandes d'avis mettant en jeu de nombreux litiges pendants.

2. Nous pouvons à présent en venir à l'examen des questions.

Le litige à l'origine de la demande d'avis ne présente guère d'originalité parmi l'abondant contentieux éolien dont votre sixième chambre est désormais saisie, pour ne pas dire assaillie, en cassation.

Une autorisation environnementale a été délivrée par le préfet du Pas-de-Calais en vue de l'édification de quatre mats supplémentaires dans le parc éolien dit des pâquerettes. Au soutien de sa requête en annulation, l'association Sud Artois pour la protection de l'environnement faisait grief au pétitionnaire de n'avoir pas sollicité du préfet une dérogation au titre des espèces protégées – cette omission entraînant, si la dérogation était requise,

³⁵ CE, Section, 12 juin 1981, *GR...*, n° 13173, p. 257.

³⁶ En cas d'irrecevabilité, il n'y aura pas lieu de prévoir un avertissement préalable de l'intéressé ni des parties au litige initial, au même titre que les interventions dépourvues d'influence sur la décision (CE, 22 juin 1992, *Commune de Rothau*, n° 65142, T. pp. 1222, 1223, 1236).

³⁷ Belrhali, H. : *Les avis contentieux du Conseil d'Etat : remarques sur vingt années de pratique* : AJDA 2010.

l'annulation partielle de l'autorisation (CE, 22 juillet 2020, *Ministre de la transition écologique et solidaire c/ BO...*, n° 429610, T. pp. 758-857). Or l'étude d'impact faisait état d'un danger de collision affectant plusieurs espèces de chiroptères et d'oiseaux, protégées respectivement par les arrêtés du 23 avril 2007 et du 29 octobre 2009, tandis que les mesures prévues par le pétitionnaire pour y remédier ne permettaient pas, selon les constatations de la cour administrative d'appel de Douai, d'exclure tout risque de destruction de spécimens.

Mais à partir de quel seuil de destruction la dérogation doit-elle être regardée comme obligatoire ? Dans quelle mesure faut-il tenir compte, à cet égard, des actions proposées par le pétitionnaire pour éviter, réduire ou compenser les atteintes portées aux espèces ?

Telles sont, en substance, les deux questions soulevées par la cour, qui répondent aux critères de recevabilité définis à l'article L. 113-1 du code de justice administrative, s'agissant de questions de droit nouvelles, présentant une difficulté sérieuse et susceptibles de se poser dans de nombreux litiges, comme en témoignent plusieurs pourvois actuellement pendants.

Vous savez que l'article 12, § 1 de la directive « Habitats »³⁸ du 21 mai 1992, transposé à l'article L. 411-1 du code de l'environnement, interdit toute forme de mise à mort intentionnelle de spécimens des espèces protégées, la perturbation intentionnelle de ces espèces ainsi que la détérioration ou la destruction des sites de reproduction ou des aires de repos³⁹, l'article 13 interdisant pour sa part la destruction intentionnelle des espèces végétales protégées. Si l'article 16, § 1 de la directive, transposé à l'article L. 411-2, autorise les États membres à déroger à ces dispositions, c'est à la condition qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante, 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 et, enfin, que la dérogation trouve une justification parmi les cinq motifs énumérés par les textes, les considérations de nature sociale ou économique n'étant invocables que si elles participent d'une « *raison impérative d'intérêt public majeur* » (RIIPM) – la fameuse RIIPM convoitée par les pétitionnaires – les dérogations étant accordées en principe par le préfet (article R. 411-6) après avis, selon le cas, du Conseil national de protection de la nature ou du conseil scientifique régional du patrimoine naturel (article R. 411-13-2)⁴⁰.

Alors que l'appréciation de ces trois dernières conditions, cumulatives, d'octroi de la dérogation a été éclairée par plusieurs de vos décisions récentes⁴¹, la question d'amont, celle du seuil de déclenchement de l'obligation, qui ne fait l'objet d'aucune précision dans les textes, n'a guère été abordée en jurisprudence.

³⁸ 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.

³⁹ Ainsi que la destruction ou le ramassage intentionnels des œufs dans la nature.

⁴⁰ La procédure est définie par l'arrêté du 19 février 2007 fixant les conditions de demande et d'instruction des dérogations définies au 4° de l'article L. 411-2 du code de l'environnement portant sur des espèces de faune et de flore sauvages protégées.

⁴¹ Voir notamment : CE, 25 mai 2018, *Société PCE et autre*, n° 413267, T. pp. 790-831 ; CE, 24 juillet 2019, *Société PCE et autre*, n° 414353, T. pp. 854-958-961.

Il nous faut, pour y répondre, revenir d'abord aux termes de la directive « Habitats ».

Cette dernière garantit, à son article 12, une « *protection stricte* » des espèces protégées et de leur habitat (CJUE, 10 mai 2007 *Commission c/ Rép. Autriche*, aff. C-508/04, point 109)⁴². Néanmoins, comme la directive « Oiseaux » (article 5), la directive « Habitats » ne prohibe la destruction ou la perturbation des espèces protégées que dans la mesure où ces dernières présentent un caractère « *intentionnel* ». La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que cette condition est remplie lorsqu'il est établi que l'auteur de l'acte a voulu la capture ou la mise à mort d'un spécimen d'une espèce animale protégée ou, à tout le moins, a accepté la possibilité d'une telle destruction ou perturbation (CJUE, 18 mai 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-221/04, point 71).

La question de l'existence d'un seuil « *de minimis* » nous paraît donc se poser de manière différente selon que l'atteinte portée aux espèces s'inscrit, ou non, sous le prisme d'un aléa.

Lorsque cette atteinte constitue la finalité même du projet – on pense notamment aux mesures visant à assurer la protection des troupeaux ou des activités piscicoles par destruction ou effarouchement des prédateurs –, le caractère intentionnel de l'atteinte ne fait pas débat et la dérogation est requise au premier spécimen. Vos décisions récentes censurant le plafond annuel du nombre de loups pouvant être abattus⁴³ ou suspendant provisoirement toute chasse au grand tétras⁴⁴ illustrent, s'il en était besoin, la rigueur de ce principe. La Cour de cassation ne procède pas autrement pour l'application des sanctions pénales réprimant la violation des interdictions de destruction (article L. 415-3 du même code), même lorsqu'est en cause un seul spécimen protégé⁴⁵.

Nous pensons qu'il devrait en aller de même s'agissant des projets planifiant, alors même qu'il ne s'agit pas du but recherché mais d'un effet collatéral, soit la destruction d'habitats spécifiquement protégés au titre de l'article 12 de la directive (sites de reproduction ou aires de repos des espèces protégées)⁴⁶ laquelle ne limite pas le champ de l'interdiction aux actes intentionnels, le législateur de l'Union ayant ainsi manifesté, selon la Cour, « *sa volonté de conférer aux sites de reproduction ou aux aires de repos une protection accrue contre les*

⁴² Faisant, du reste, écho à l'article 191, §2 TFUE qui énonce que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé* » et « *est notamment fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ainsi que sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement* ».

⁴³ CE 18 décembre 2019, *ASPAS et a.*, n° 419897, 420024, 420098, T. pp. 853-855.

⁴⁴ CE 1^{er} juin 2022, *FNE Midi-Pyrénées*, n° 453232, à mentionner aux Tables du Recueil.

⁴⁵ Cour de cassation, 20 mars 2001, *Guillet*, n° 00-87439, au sujet de la destruction par un chasseur d'un seul spécimen de bouquetin ; C. Cass, crim, 18 septembre 1997, n° 96-85-939 au sujet de la destruction par un chasseur de trois spécimens de tadornes.

⁴⁶ Le périmètre exact de cette protection étant précisé en droit interne par les textes réglementaires et notamment les arrêtés propres à chaque catégorie d'espèces (voir par ex. le II de l'article 2 de l'arrêté du 23 avril 2007 fixant la liste des mammifères terrestres protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection).

actes causant leur détérioration ou leur destruction»⁴⁷, soit la destruction certaine de spécimens déterminés d'animaux présents sur une zone considérée.

En revanche, pour les cas, fréquents s'agissant d'opérations de travaux ou de l'exploitation d'installations soumises à autorisation environnementale faisant l'objet de la présente demande d'avis, dans lesquels la destruction ou la perturbation d'espèces animales⁴⁸ vivant ou circulant sur le site et alentour constitue un événement à la fois non voulu et soumis à un aléa, il importe d'en évaluer plus finement les déterminants et, *in fine*, le degré de probabilité, pour apprécier si l'atteinte portée aux espèces doit être qualifiée d'intentionnelle et entrer dans le champ de l'interdiction, ou si elle correspond à un risque si faible qu'elle puisse être reléguée, suivant les termes de l'article 12, §4 de la directive, au rang d'événement « *accidental* »⁴⁹ – au titre duquel les Etats membres sont seulement tenus d'instaurer un système de contrôle des espèces animales énumérées à l'annexe IV point a).

Nous n'ignorons pas qu'en droit interne, les dispositions des articles L. 411-1 et R. 411-1 à R. 411-5 du code de l'environnement ne subordonnent pas l'interdiction au caractère « intentionnel » des atteintes portées aux espèces^{50,51}. Mais cette absence ne traduit pas la volonté du législateur de viser un degré de protection plus élevé que celui de la directive⁵² : elle résulte seulement de la sédimentation des textes, le législateur français ayant consacré le principe d'interdiction dès 1976⁵³ et les compléments nécessaires à la transposition de la directive n'ayant fait l'objet d'ajouts particulièrement hâtifs (nous n'oserons dire de rapiécages) qu'en 1995 et, s'agissant du régime de dérogation, en 2006^{54,55}.

⁴⁷ CJUE, 10 janvier 2006, *Commission c./ Allemagne*, aff. C-98/03, point 55. La Cour souligne en outre, au sujet de ces sites et de ces aires, que la protection stricte prévue à l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive s'applique indépendamment du nombre de spécimens de l'espèce concernée présents dans la zone considérée (CJUE, 17 avril 2018, *Commission/Pologne (Forêt de Białowieża)*, aff. C-441/17, point 237).

⁴⁸ Sauf configuration particulière, cette hypothèse ne devrait pas trouver à s'appliquer aux espèces végétales pour lesquelles les atteintes portées aux espèces ne paraissent pas, en principe, se prêter à une logique d'aléa.

⁴⁹ La loi n° 2021-1308 du 8 octobre 2021 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des transports, de l'environnement, de l'économie et des finances a transposé cet article en modifiant le III de l'article L. 411-2 du code de l'environnement et en renvoyant à un décret en Conseil d'État la détermination des conditions et des modalités selon lesquelles est instauré ce système de contrôle des captures et des mises à mort accidentelles.

⁵⁰ Ce qualificatif ayant été accolé seulement à la composante que constitue, parmi les atteintes possibles portées aux espèces, leur « *perturbation* » (article L. 411-1, I, 1° – disposition issue de la loi du 2 février 1995 citée *infra*).

⁵¹ L'arrêté du 29 octobre 2009 fixant la liste des oiseaux protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection reprend pour sa part, en son article 3, le critère lié au caractère intentionnel des destructions.

⁵² En vertu de l'article 14 de la directive « oiseaux », les États membres peuvent prendre des mesures de protection plus strictes que celles prévues par cette directive (CJUE, 21 juillet 2011, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini et Eolica di Altamura*, aff. C-2/10, point 49).

⁵³ C'est l'article 3 de la loi du 19 juillet 1976 qui institue 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, le décret n° 77-1295 du 25 novembre 1977 renvoyant 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.

⁵⁴ Lois n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement et n° 2006-11

En tout état de cause, vous parviendrez à la même conclusion en empruntant le chemin mieux balisé de votre jurisprudence propre aux mesures de police, puisqu'il s'agit ici de délimiter le périmètre d'un régime d'interdiction, qui comme telles doivent demeurer adaptées, nécessaires et proportionnées aux fins poursuivies (CE, Assemblée, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, p. 506). C'est d'ailleurs pour ce motif qu'avaient été annulés, en 2006, les arrêtés ministériels pris pour la protection du milieu particulier des espèces protégées, en ce qu'ils ne pouvaient légalement consister en une interdiction générale et absolue de modifier le milieu où vivent ces différentes espèces mais devaient au contraire être adaptés aux nécessités que la protection de certaines espèces impose en certains lieux (CE, 13 juillet 2006, *Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs*, n° 281812, T. pp. 958-983)⁵⁶.

Cette exigence de proportionnalité, d'ailleurs rappelée par l'article 5 de la Charte de l'environnement, est également au nombre des principes généraux du droit de l'Union (CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes e.a.*, aff. C-189/01, point 81). Et si la Cour de Luxembourg ne s'est pas prononcée sur la question du degré d'aléa entraînant l'application du régime d'interdiction, nous relevons qu'elle a néanmoins, dans sa décision la plus topique à ce jour *Skydda S...*, du 4 mars 2001, admis que des activités d'exploitation forestière de nature à tuer ou perturber des spécimens d'espèces protégées puissent, à condition d'être « *fondées sur une approche préventive* », « *ne pas enfreindre les interdictions découlant de l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive « habitats », tout en prenant en considération, ainsi que cela ressort de l'article 2, paragraphe 3, de cette directive, les exigences économiques, sociales, culturelles, régionales et locales* » (CJUE, 4 mars 2021, *Skydda S...*, aff. C-473/19 et C-474/19, point 77).

A l'évidence, soumettre à la procédure de dérogation, et aux conditions de procédure et de fond afférentes, tout projet ne pouvant prétendre, dans la durée, à un « risque zéro » de destruction ou de perturbation d'un quelconque spécimen parmi les milliers d'espèces

du 5 janvier 2006 d'orientation agricole. Lors de la discussion du premier projet de loi, la disposition destinée à transposer le régime de dérogation n'avait pu être adoptée (article 36 *quater*, V adopté en première lecture au Sénat puis supprimé). Le dispositif de dérogation prévu par la directive « Habitats » a donc d'abord été introduit en droit interne par le biais des arrêtés interministériels du 16 décembre 2004 modifiant les arrêtés pris pour l'application des articles 3 et 4 de la loi de 1976, avant leur annulation contentieuse (CE, 13 juillet 2006, *Fédération nationale des syndicats de propriétaires forestiers sylviculteurs*, n° 281812, T. pp. 958, 983). Issu d'un amendement au Sénat, l'article 86 de la loi du 5 janvier 2006 est venu compléter l'article L. 411-2 pour y inclure le dispositif de dérogation ; le décret n° 2007-15 du 4 janvier 2007, codifié aux articles R. 411-6 à 14, a été pris pour son application.

⁵⁵ Et compte tenu du caractère commun du corpus législatif, cette interprétation doit également prévaloir en ce qui concerne les oiseaux. Voir par analogie le raisonnement suivi par la CJUE dans l'affaire *S...* au sujet de la réglementation suédoise, points 46 à 48.

⁵⁶ Voir dans le même sens, au sujet de l'arrêté organisant les mesures de protection du grand hamster d'Alsace, annulé au motif que ces mesures ne sauraient porter aux autres intérêts en présence, publics et privés, une atteinte disproportionnée (CE, 15 avril 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n° 363638, cons. 6).

présentes en France ferait peser une sujétion disproportionnée, en attrayant dans le champ de la dérogation une part exorbitante des activités humaines – jusqu’à inclure, en poussant la logique à son terme, la délivrance des permis de conduire compte tenu des risques pour le hérisson d’Europe dont deux millions de spécimen sont tués chaque année sur les routes françaises.

En revanche, nous conserverons nos distances avec la thèse consistant à agiter les contraintes associées à une entrée dans le régime d’interdiction, en aval, pour plaider une vision étroite de son champ d’application, en amont. Certes, la RIIPM fait de plus en plus figure de Graal pour les pétitionnaires, la jurisprudence de vos chambres réunies ayant fait prévaloir ces dernières années une acception particulièrement rigoureuse de ce critère qui tend à le positionner en surplomb des autres conditions de la directive, sans permettre une appréhension globale et circonstanciée des atteintes portées aux espèces et des intérêts propres à chaque situation⁵⁷. Certes, le dépôt puis l’instruction des dérogations implique des frais et des délais procéduraux. Certes enfin, les sujétions sont d’autant plus étendues que le pouvoir réglementaire a choisi de protéger un nombre important d’espèces, y compris lorsqu’elles ne sont pas ou peu menacées. Mais ces circonstances, qui résultent notamment de partis pris propres à la France, ne sauraient justifier une interprétation qui dévierait le sens de la directive. Du reste, des voies de passage peuvent être aménagées, comme l’illustrent l’article 4 du projet de loi relatif à l’accélération de la production d’énergies renouvelables en cours de discussion au Parlement, qui ferait bénéficier les projets en cause d’une présomption de RIIPM, tout comme, dans un autre registre, les mesures destinées à accélérer et simplifier le traitement des demandes, à commencer par le régime intégré des autorisations environnementales ou la déconcentration des avis jusqu’alors rendus par le seul Conseil national de la protection de la nature⁵⁸.

Nous vous proposons ainsi de répondre à la cour que le pétitionnaire ne saurait être dispensé de solliciter la dérogation que dans la mesure où le risque d’atteinte portée aux espèces protégées, évalué en fonction du degré de fréquentation du site par ces espèces, de leur comportement et de leur vulnérabilité aux techniques mises en œuvre⁵⁹, tombe à un niveau si réduit qu’il puisse être regardé comme accidentel – un niveau, situé quelque part entre « faible » et « infinitésimal », que l’on pourrait donc qualifier, comme le suggère le ministre dans ses observations, de « négligeable ».

Mais il ne s’agit pas ici de verser dans le nominalisme en accordant trop d’importance à des termes qui pourraient facilement servir de leurre dans les études d’impact : l’appréciation de ce seuil devrait nécessairement demeurer casuistique, ce qui exclut aussi que

⁵⁷ Ainsi, l’intérêt de nature à justifier la réalisation d’un projet doit être d’une importance telle qu’il puisse être mis en balance, *in abstracto*, avec l’objectif de conservation des espèces et des habitats et ce n’est qu’en présence d’un tel intérêt que la nature des atteintes portées par le projet en cause aux espèces protégées est prise en considération (CE, 3 juin 2020, *Société La Provençale*, n° 425395, T. p. 856).

⁵⁸ Voir le décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019 portant diverses dispositions de simplification de la procédure d’autorisation environnementale.

⁵⁹ Voir sur ce point par exemple CJUE 10 novembre 2016, aff. C-504/14, point 128.

puisse être défini un quota maximal de spécimens détruits ou perturbés identique pour tout chantier ou toute installation, en toutes circonstances et quelle que soit l'espèce considérée.

Dans cette approche au cas par cas, nous sommes d'avis que les données portant sur l'état de conservation de l'espèce au niveau local ou national⁶⁰ ne devraient pas être prises en considération. Dans l'arrêt précité *Skydda S...* (point 58), la Cour de justice, a dit pour droit que la directive s'oppose à une législation qui limiterait le champ des interdictions définies par la directive Habitats aux atteintes présentant un risque d'incidence négative sur l'état de conservation des espèces ou qui exclurait de ce champ les espèces ayant atteint un état de conservation favorable. Certes, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question, distincte, du degré d'aléa permettant de distinguer atteintes accidentelles et intentionnelles, pour l'analyse duquel ce critère pourrait théoriquement conserver une pertinence ; mais la frontière paraît bien fine et la logique de la directive conduit à réserver ce critère au stade aval de l'octroi de la dérogation, son appréciation pouvant alors être éclairée par l'avis des instances consultatives spécifiquement compétentes.

En revanche, nous pensons qu'il est possible de laisser une place dans l'analyse à une mise en perspective, qui tient du bon sens, quant aux ordres de grandeurs du nombre de spécimens que compte l'espèce⁶¹, à ses capacités autorégénératives et au caractère inhabituel du danger que constitue pour elle le projet considéré. A cette aune, l'aléa que constitue la destruction annuelle potentielle d'une demi-douzaine de spécimens qui pourrait être regardée comme accidentelle pour des scarabées ne le serait jamais s'agissant d'aigles royaux⁶².

Nous en arrivons à la seconde question soulevée par la demande d'avis et portant sur la prise en compte, dans l'appréciation du risque d'atteintes aux espèces susceptible de requérir une demande de dérogation, des mesures présentées par le pétitionnaire dans l'étude d'impact en application de l'article R. 122-5 du code de l'environnement et composant la séquence « ERC » (pour éviter – réduire – compenser)⁶³.

⁶⁰ Notamment au regard des critères définis par la nomenclature établie par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) qui classe les espèces « menacées » parmi celles relevant des trois catégories suivantes : CR : en danger critique ; EN : en danger ; VU : vulnérable.

⁶¹ Cette interprétation ne contredirait pas la règle, distincte par son champ d'application et sa portée, que la Cour a énoncée au sujet des aires de repos et des sites de reproduction protégés par l'article 12, §1, *d* de la directive : « la protection stricte prévue à l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive « habitats » s'applique indépendamment du nombre de spécimens de l'espèce concernée présents dans la zone concernée (CJUE, 17 avril 2018, *Commission/Pologne (Forêt de Białowieża)*, C-441/17, point 237 et affaire *S...* précitée, point 83).

⁶² Paraît en ligne avec cette logique la solution retenue par la cour d'appel de Versailles condamnant une société exploitant un parc éolien à indemniser une association environnementale en réparation de son préjudice moral résultant du délit défini à l'article L. 415-3 c. env., après avoir constaté qu'au moins 28 faucons crécerellettes avaient été tués par les pales en quelques années d'exploitation (CA Versailles, 2 mars 2021, n° 19/05299).

⁶³ Voir, au sujet de ces mesures, les décisions par lesquelles vous jugez qu'il appartient à l'autorité administrative d'assortir les autorisations délivrées au titre de la législation ICPE des prescriptions de nature à assurer la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du même code, en tenant compte des engagements pris par le pétitionnaire pour éviter, réduire et compenser les dangers ou inconvénients de son exploitation, le cas échéant au-delà des prescriptions résultant d'octroi de la dérogation espèces protégées (CE, 31 mai 2021, *Société Castorama et ministre de la transition écologique et solidaire*, n° 434542, 434603, T. pp. 786-787) ; ou encore que les autorisations soumises à étude d'impact environnementale telles que certains

Les textes européens et la jurisprudence de la Cour ne fournissent ici aucun repère utile, la séquence ERC étant d'ailleurs absente de la directive.

La question ne présente guère de difficulté aux deux extrémités du spectre⁶⁴.

Les mesures d'évitement ont pour objet de supprimer, à la racine, le risque d'atteinte aux espèces (la zone d'implantation des éoliennes a été déplacée en dehors d'un couloir de migration ; le périmètre du chantier a été recentré en utilisant les chemins préexistants). A l'évidence, le gain généré par ces mesures peut être engrangé d'emblée : il importe d'apprécier les risques à raison du projet définitif et non de scénarios initiaux auxquels il a été renoncé.

A l'inverse, les mesures de compensation ne permettent pas, par définition, d'empêcher la destruction des spécimens ou des aires de repos et sites de reproduction (les haies ou les mares détruites par le projet seront reconstituées sur une parcelle voisine ; après destruction des nids d'hirondelle lors de la réhabilitation de l'immeuble, des nids artificiels seront replacés sous les toits) : la lettre même de la directive comme de la loi qui en assure la transposition font obstacle à ce que le pétitionnaire puisse par ce biais se dispenser d'une dérogation, alors même que les atteintes seraient, à une échelle spatiale et temporelle plus ou moins éloignée, « *neutralisés* » du point de vue de l'espèce ; de telles mesures n'entreront en compte que pour apprécier les conditions d'octroi de la dérogation (CE, 25 mai 2018, *Société PCE et autre*, n° 413267, T. pp. 790-831).

La question est plus délicate en ce qui concerne les mesures de réduction, au sujet desquelles les cours administratives d'appel adoptent des réponses divergentes. Ces mesures (les pales des éoliennes seront arrêtées pendant les périodes de forte activité des chiroptères, l'éclairage nocturne du chantier sera diminué, des clapets anti-retour seront installés pour évacuer de la zone les petits mammifères) laissent persister un risque résiduel pour les espèces, propre à imposer une dérogation. Néanmoins, si vous nous avez suivi pour estimer qu'une dérogation n'est pas requise lorsque le risque d'atteinte est diminué au point d'être négligeable, vous en déduirez que l'ensemble des mesures propres à rapprocher le projet de ce seuil doivent être prises en compte. Aucun motif ne justifie que le projet soit évalué sur une base « brute » qui ne correspond pas à sa réalité, dès lors que les mesures de réduction, comme les mesures d'évitement, s'incorporent au projet initial. Au demeurant, la thèse inverse présenterait un effet pervers en dissuadant les pétitionnaires d'anticiper au maximum les mesures propres à diminuer l'impact du projet.

permis de construire doivent contenir des mesures ERC appropriées et suffisantes pour assurer le respect du principe de prévention, l'autorité administrative devant le cas échéant assortir l'autorisation des prescriptions supplémentaires par rapport à celles prévues par la demande (CE, 30 décembre 2020, *Association Koenigshoffen demain*, n° 432539, T. pp. 849-852-1063).

⁶⁴ Pour une typologie concrète des différentes mesures concernées, voir le « *Guide d'aide à la définition des mesures ERC* » (2018) mis en ligne sur le site du ministère de l'écologie.

Nous vous proposons donc de répondre à la seconde question qu'il y a lieu, pour apprécier si le projet entre dans le champ de l'interdiction, de tenir compte en somme, non du projet ERC-isé, mais seulement du projet « *ER-isé* ».

Cette lecture confère, on le comprend, une portée décisive à l'étude d'impact, qui devra évaluer avec précision les effets du projet sur les espèces et l'incidence des mesures de réduction – alors pourtant que sa réalisation incombe au maître d'ouvrage, lequel n'est pas tenu de recourir aux services d'un expert présentant des garanties d'indépendance⁶⁵. Or la Cour de justice juge que la transposition de l'article 12 de la directive impose aux États membres non seulement l'adoption d'un cadre législatif complet, mais également la mise en œuvre de mesures concrètes et spécifiques de protection à cet égard (CJUE, 15 mars 2012, *Commission/Chypre*, aff. C-340/10, point 60).

Plusieurs garanties apparaissent néanmoins de nature à satisfaire cette exigence.

En effet, il appartient à la mission régionale de l'autorité environnementale, chargée d'apprécier la qualité de l'étude d'impact, et disposant à ce titre d'une réelle autonomie, de vérifier la crédibilité des mesures de réduction envisagées, sous le contrôle du juge administratif. Et ces mesures constitueront, une fois l'autorisation délivrée, autant d'engagements au respect desquels le pétitionnaire sera tenu, même en l'absence de mention expresse dans la décision (CE, 31 mai 2021, *Société Castorama et ministre de la transition écologique et solidaire*, nos 434542, 434603, T. pp. 786-787).

Enfin, s'agissant des installations autorisées, l'effectivité des mesures de réduction doit pouvoir être contrôlée dans la durée, sur la base d'un suivi que l'étude d'impact aura programmé, la législation ICPE permettant à l'autorité administrative, au vu des constats réalisés, d'imposer des prescriptions complémentaires (article L. 181-14 c. env.) ou de modifier voire d'abroger l'autorisation environnementale dans l'hypothèse d'une menace majeure pour l'état de conservation des espèces et de leur habitat (article L. 181-22, 3°).

Dans le délicat équilibre qui se dessine au terme de notre examen, la capacité des services déconcentrés à assurer, malgré des moyens limités, ces missions de contre-expertise et de contrôle constitue donc un maillon essentiel.

C'est sans minimiser ce dernier enjeu que nous concluons à **ce qu'il soit répondu à la cour administrative d'appel de Douai dans le sens des observations qui précèdent.**

⁶⁵ CE, 20 janvier 2020, *Association Force 5 et autres*, n° 432819, inédit au recueil (au sujet de la conformité de l'article L. 122-1 c. env. à la Charte de l'environnement). Pour mémoire, l'article 5 de la directive 2011/92/UE impose seulement que « *Dans le cas des projets qui, en application de l'article 4, doivent être soumis à une évaluation des incidences sur l'environnement, conformément au présent article et aux articles 6 à 10, les États membres adoptent les mesures nécessaires pour s'assurer que le maître d'ouvrage fournit, sous une forme appropriée, les informations spécifiées à l'annexe IV* ».

