

N° 471372

Association pour la défense du patrimoine et du paysage de la vallée de la Vingeanne

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 30 septembre 2024

Lecture du 6 novembre 2024

CONCLUSIONS

M. Frédéric PUIGSERVER, Rapporteur public

1. L'affaire qui vient d'être appelée va vous permettre de fixer l'étendue du contrôle que vous exercez, comme juge de cassation, sur la notion de « risque suffisamment caractérisé », issue de votre avis de section *Association Sud-Artois pour la protection de l'environnement et autres* (CE Sect. 9 déc. 2022, n° 463563), en matière de dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées.

Cette affaire concerne un parc de neuf éoliennes, situé sur le territoire des communes de Sacquenay et Chazeuil, autorisé par un arrêté du 7 juin 2013 du préfet de la Côte-d'Or et qui a causé, lors de sa mise en service, la mort de trois milans royaux et de plusieurs spécimens de chiroptères, qui sont des espèces protégées¹, sans toutefois être menacées d'extinction².

A la suite cette mortalité, le préfet a, par deux arrêtés des 18 août 2020 et 6 septembre 2021, fixé des prescriptions complémentaires en vue d'assurer la protection du milan royal et des chiroptères. Ces prescriptions complémentaires consistent dans un dispositif de bridage dynamique, avec effarouchement sonore, et de régulation des machines jusqu'à l'arrêt complet.

L'association requérante se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel (CAA) de Lyon, compétente en premier et dernier ressort en vertu de l'article R. 311-5 du code de justice administrative (CJA), a rejeté ses demandes tendant à l'annulation de la décision implicite de rejet de la demande de mise en demeure de

¹ Respectivement, arrêté du 29 octobre 2009 fixant la liste des oiseaux protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection et arrêté du 23 avril 2007 fixant la liste des mammifères terrestres protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection.

² Arrêté du 9 juillet 1999 fixant la liste des espèces de vertébrés protégées menacées d'extinction en France et dont l'aire de répartition excède le territoire d'un département.

l'exploitant de solliciter une dérogation « espèces protégées » et de l'arrêté du 6 septembre 2021.

2. Par votre avis « *Sud-Artois* », vous avez rappelé qu'il résulte des directives dites « habitats »³ et « oiseaux »⁴, transposées aux articles L. 411-1 et L. 411-2, ainsi qu'aux dispositions réglementaires prises pour leur application : « que la destruction ou la perturbation des espèces animales concernées, ainsi que la destruction ou la dégradation de leurs habitats, sont interdites [mais que] l'autorité administrative peut déroger à ces interdictions dès lors que sont remplies trois conditions distinctes et cumulatives (...) ».

Vous avez alors précisé, d'une part, que : « [ce] système de protection des espèces (...) impose d'examiner si l'obtention d'une dérogation est nécessaire dès lors que des spécimens de l'espèce concernée sont présents dans la zone du projet, sans que l'applicabilité du régime de protection dépende, à ce stade, ni du nombre de ces spécimens, ni de l'état de conservation des espèces protégées présentes » et, d'autre part, que : « le pétitionnaire doit obtenir une dérogation "espèces protégées" si le risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé. A ce titre, les mesures d'évitement et de réduction des atteintes portées aux espèces protégées proposées par le pétitionnaire doivent être prises en compte. Dans l'hypothèse où les mesures d'évitement et de réduction proposées présentent, sous le contrôle de l'administration, des garanties d'effectivité telles qu'elles permettent de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé, il n'est pas nécessaire de solliciter une dérogation "espèces protégées" ».

La cour, qui a rendu son arrêt quelques jours après la lecture de votre avis, s'y est néanmoins conformée, par avance, en relevant que des sensibilités « fortes à modérées » de certaines espèces protégées avaient été identifiées, et qui se sont confirmées par la mortalité constatée, en énumérant les mesures d'évitement et de réduction édictées et en estimant que : « [ces] mesures (...) doivent permettre de réduire notablement, bien que pas complètement, le danger de collision et de destruction d'oiseaux ou de mammifères protégés présents dans le secteur d'implantation du site [et que] le risque que le projet comporte pour ces animaux protégés ne [pouvait] désormais plus être regardé comme suffisamment caractérisé ».

Ce faisant, elle n'a commis aucune erreur de droit, y compris en jugeant opérant le moyen tiré de la violation des articles L. 411-1 et L. 411-2 à l'encontre d'un arrêté fixant des prescriptions complémentaires (CE 8 juill. 2024, *Ligue de protection des oiseaux*, n° 471174).

3. Mais qu'en est-il de l'appréciation qu'elle a portée sur le niveau du risque « résiduel après la prise en compte des mesures [d'évitement et] de réduction » (décision *Ligue de protection*

³ 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, dite « habitats ».

⁴ Directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, dite « oiseaux ».

des oiseaux préc.) considéré comme n'étant « désormais plus (...) suffisamment caractérisé » ?

Votre sixième chambre jugeant seule a déjà, par trois fois, pris position sur le degré de contrôle que vous exercez en cassation sur ce point (CE 17 févr. 2023, *Association de défense de l'environnement à Tiercelet*, n° 460798 ; CE 27 mars 2023, *Société Parc éolien des Ecoulottes*, n° 451112 ; CE 21 juin 2024, *Région Auvergne-Rhône-Alpes et autres*, n° 474508) – en faveur d'un contrôle de l'erreur de qualification juridique des faits – mais votre formation de jugement n'a jamais tranché elle-même cette question.

De solides arguments plaident, cependant, pour que l'appréciation du risque « suffisamment caractérisé » relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En effet, parmi les critères qui vous guident, dans le départ entre ces deux degrés de contrôle, se trouve, pour citer les bons auteurs⁵, celui du « poids des appréciations factuelles ».

Or, mesurer un risque, même « net », c'est-à-dire une fois prises en comptes les mesures d'évitement et de réduction « repose essentiellement sur des considérations de fait, alors même qu'il s'agit de vérifier, à travers [cette appréciation] la nécessité de mesures de police » : c'est ce que relevait Nicolas Agnoux dans ses conclusions sur l'affaire *Ligue de protection des oiseaux*, à propos de l'absence de contrôle, sauf dénaturation, que vous exercez, en cassation, sur les « dangers ou (...) inconvénients » que peut présenter une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 de l'environnement (CE 22 mars 1996, *GAEC du Vieux Bougy*, n° 128923).

De même, dans d'autres domaines, relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond la question de savoir si le risque pour la sécurité publique que représente un projet de construction justifie un refus de permis de construire (CE 15 févr. 2016, *M. N...*, n° 389103) ou encore celle de savoir si les mesures destinées à prévenir les troubles à l'ordre public prises par le préfet et les mesures prises par le maire pour améliorer la salubrité publique sont appropriées (CE 9 nov. 2018, *Préfet de police et Ville de Paris*, n° 411626 et autre).

Les mêmes auteurs⁶ mettent également en avant la justification selon laquelle : « Le Conseil d'Etat a (...) tendance à laisser au pouvoir souverain des juges du fond les appréciations de bon sens sur des notions simples, souvent exprimées par un adjectif, dont l'issue est essentiellement déterminée par des constatations opérées par les juges du fond quant à la situation de fait du litige ».

⁵ *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, J. Massot, O. Fouquet, J.-H. Stahl, M. Guyomar, A. Bretonneau, Berger Levraut, 6^e éd.

⁶ *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, préc.

Ainsi, relèvent de ce pouvoir souverain le caractère « suffisant » de contreparties à la vente d'un bien d'une collectivité publique à vil prix (CE 14 oct. 2015, *Commune de Châtillon-sur-Seine*, n° 375577), de l'information d'une commission administrative paritaire (CE 1^{er} août 2013, *M. D...*, n° 357852) ou encore des garanties que présente un contribuable demandant un sursis de paiement (CE 1^{er} déc. 1999, *Société anonyme Lucas France*, n° 184304).

A cette aune, nous serions tentés de vous proposer de juger que l'appréciation portée de l'existence d'un « risque suffisamment caractérisé » relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

4. Pour autant, toujours les mêmes auteurs⁷ expliquent que : « Pour une part, les choix effectués par le Conseil d'Etat quant à l'étendue de son contrôle de cassation portent aussi la marque d'orientations de politique jurisprudentielle. Il lui appartient d'assurer l'unité de la jurisprudence, de veiller à l'*unité de vue* de la juridiction administrative et de garantir ainsi l'égalité des justiciables, [ce qui peut le conduire] à exercer un contrôle de cassation sur les notions juridiques nouvelles, *a fortiori* lorsqu'elles ont donné lieu à des prises de position divergentes de différents juges du fond ». Et ils ajoutent, à ce titre, que : « Le souci d'assurer la sauvegarde des droits de l'individu, de veiller à la protection des droits et libertés (...) est une autre constante de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat, qui s'incarne dans certains choix quant à l'étendue du contrôle de cassation ».

C'est sans doute cette préoccupation d'« unité de la jurisprudence » rendue sur le critère du « risque suffisamment caractérisé », dégagé par votre avis « *Sud-Artois* », justifiant qu'une dérogation « espèces protégées » soit demandée, et compte tenu de l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) de protection de l'environnement (Cons. const. déc. n° 2019-823 QPC du 31 jan. 2020, *UIPP*), qui a inspiré votre 6^e chambre lorsqu'elle s'est prononcée, ainsi que nous l'avons dit, en faveur d'un contrôle de l'erreur de qualification juridique des faits.

Et on peut relever, à cet égard, que cette position, consistant à soumettre l'appréciation d'un risque à ce degré de contrôle, ne serait pas inédite dans votre jurisprudence (voir, pour le risque de trouble à l'ordre public en matière de police des étrangers : CE 3 mars 2003, *Ministre de l'intérieur c. R...*, n° 238662).

Aussi adhérons-nous à cette position, que nous vous recommandons finalement d'adopter – que l'association requérante, qui invoquait la dénaturation des faits de l'espèce, a elle-même requalifié dans son dernier mémoire.

Relevons, pour terminer, que la solution que nous vous proposons de retenir ne sera pas non plus totalement isolée au sein du régime considéré : en effet, le risque d'atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 du code de l'environnement, notamment la « *protection (...)*

⁷ Ibid.

de l'environnement », relève, nous l'avons dit, de l'appréciation souveraine des juges du fond, comme les conditions auxquelles est subordonnée la dérogation « espèces protégées », en vertu de l'article L. 411-2, tenant à l'absence « *d'autre solution satisfaisante* » (CE 15 avr. 2021, *Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France et autres*, n° 430500) et au « *maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle* » (CE 29 juill. 2022, *Association « Non aux éoliennes Noirmoutier et Yeu » et autre*, n° 443420) – mais pas celle tenant l'existence de « *raisons impératives d'intérêt public majeur* », qui relève d'un contrôle de qualification juridique des faits (CE 24 juill. 2019, *Société PCE et autres*, n° 414353).

5. En l'espèce, précisément, il nous semble que la cour a entaché son arrêt d'une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que les mesures d'évitement et de réduction permettaient de réduire le risque pour les espèces protégées un niveau qui n'était pas « suffisamment caractérisé ».

Alors que les CAA déniaient très majoritairement une efficacité suffisante aux dispositifs de bridage et d'effarouchement utilisés, la position inverse de la CAA de Lyon, en dépit de la baisse constatée de la mortalité, est davantage affirmée que démontrée.

Or il n'est pas concevable qu'une telle question – de nature scientifique – ne fasse pas l'objet d'une « unité de vue » au sein de la juridiction administrative – ce qui justifie que vous censuriez l'arrêt de la cour sur ce moyen.

6. Les autres moyens du pourvoi ne nous paraissent pas fondés.

En particulier, il nous semble que, le régime en cause étant, comme tout régime de police, « [fondé] sur une approche préventive » (CJUE 4 mars 2021, *Skydda Skogen*, aff. C-473/19 et C-474/19, point 77), il n'y avait pas lieu de déposer une demande de dérogations « espèces protégées » pour les spécimens déjà morts et que, le risque ayant été regardé comme n'étant pas « suffisamment caractérisé », il n'y avait pas de mesure de compensation à prévoir au titre du I de l'article L. 122-1-1 du code de l'environnement.

7. Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt de la cour, au renvoi de l'affaire devant cette cour, à ce que la société Parc éolien des Sources du Mistral verse à l'association requérante la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions de la société présentées à ce titre.