

Dérogation à la protection des espèces protégées : vers un raidissement de la jurisprudence ?

Marie CLEMENDOT
et Arnaud VERMERSCH
Avocats à la cour, DS Avocats

- Protection des espèces – Dérogations – Raison impérative d'intérêt public majeur
- Directive *Habitats*

CE, 24 juillet 2019, n° 414353, SAS PCE et a. : Lebon, T.

Le Conseil d'État s'est prononcé pour la première fois au fond sur la légalité d'une décision accordant une dérogation au principe de protection des espèces protégées • Dans cet arrêt attendu par les professionnels de l'immobilier, la Haute Juridiction administrative confirme le caractère cumulatif des trois conditions posées par l'article L. 411-2 du code de l'environnement mais semble instaurer un ordre d'examen en commençant par l'analyse de la raison impérative d'intérêt public majeur • Toutefois, le juge français ne saisit pas l'occasion offerte de définir plus précisément cette notion centrale du dispositif, issue du droit de l'Union européenne, et privilégie une approche casuistique • Cette décision ne permet donc pas de lever toutes les incertitudes actuelles des porteurs de projets et pourrait favoriser un raidissement de la jurisprudence au regard de l'importance accrue accordée aux enjeux de biodiversité et de limitation de l'artificialisation des sols.

COMMENTAIRE

Par un arrêt du 24 juillet 2019, le Conseil d'État a rendu sa première décision au fond sur l'application des dispositions de l'article L. 411-2 du code de l'environnement qui fixent les conditions d'octroi d'une dérogation au principe de protection des espèces protégées.

Cette décision semble mettre fin à la bataille judiciaire qui se déroulait depuis plusieurs années autour du projet de centre commercial de l'ouest toulousain, *Val Tolosa*. Pour mémoire, un permis de construire avait été délivré le 10 septembre 2009 à un promoteur privé pour l'édification d'un centre commercial sur le territoire de la commune de Plaisance-du-Touch. Par arrêté préfectoral du 29 août 2013, une autorisation de destruction de certaines espèces protégées et de leurs habitats était accordée pour la réalisation des travaux. Cet arrêté a été attaqué avec succès par plusieurs associations de défense de l'environnement devant le tribunal administratif de Toulouse, jugement confirmé en appel par la cour administrative de Bordeaux par un arrêt du 13 juillet 2017. Saisi en cassation dans l'arrêt ici commenté, le Conseil d'État rejette le pourvoi en considérant que les juges d'appel n'ont commis aucune erreur de qualification des faits en retenant l'absence de raison impérative d'intérêt public majeur.

Il faut préciser que le Conseil d'État s'était déjà prononcé, en référé concernant la même opération, par un arrêt du 25 mai 2018 qui avait suspendu pour le même motif l'exécution d'un second arrêté portant dérogation à la protection des espèces protégées et délivré postérieurement au bénéfice des mêmes sociétés.

Le pourvoi au fond sur le premier arrêté de dérogation était donc l'occasion pour le Conseil d'État de confirmer la méthode de contrôle à suivre par le juge français pour l'appréciation des conditions d'octroi des dérogations à la protection des espèces protégées et notamment, de se prononcer sur la notion de « raison impérative d'intérêt public majeur ». Le Conseil d'État s'abstient cependant de définir plus clairement cette notion (I) et adopte une approche casuistique qui pourrait constituer un précédent sévère (II).

I. CONDITIONS D'OCTROI DES DÉROGATIONS FAUNE-FLORE : UNE OCCASION MANQUÉE DE CLARIFIER LE RÉGIME

A. Jusqu'à présent, le Conseil d'État n'avait eu à se prononcer sur l'application de l'article L. 411-2 du code de l'environnement que dans le cadre de procédures de référé¹. Saisi pour la première fois au fond, il réaffirme dans l'arrêt commenté les conditions d'octroi d'une dérogation faune-flore en indiquant « qu'un projet d'aménagement ou de construction d'une personne publique ou privée susceptible d'affecter la conservation d'espèces animales

1. CE, 9 oct. 2013, n° 366803, SEM Nièvre Aménagement – CE, 25 mai 2018, n° 413267, SAS PCE et a. : Lebon, T. ; Dr. Env. 2018, p. 290

ou végétales protégées et de leurs habitats ne peut être autorisée, à titre dérogatoire, que s'il répond, par sa nature et compte tenu notamment du projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une raison impérative d'intérêt public majeur. En présence d'un tel intérêt, 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, d'une part, il n'existe pas d'autre solution satisfaisante et, d'autre part, cette dérogation ne nuit pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle ».

Suivant les conclusions du rapporteur public, ce considérant de principe reprend la formulation déjà adoptée en référé par le Conseil d'État dans l'arrêt précité, concernant la même opération².

La Haute Juridiction administrative entérine ainsi le caractère cumulatif des trois conditions prévues par l'article L. 411-2 4 du code de l'environnement tout en scindant leur examen en deux temps : d'abord, l'examen de la raison impérative d'intérêt public majeur et ensuite celui, d'une part, de l'absence de solution alternative et, d'autre part, du maintien de ou des espèce(s) concernée(s) dans un état de conservation favorable.

Dans ses conclusions sous l'arrêt, le rapporteur public refuse d'y voir un ordre d'examen des conditions, d'ailleurs non prévu par le texte, en considérant qu'il s'agit simplement de « deux éléments distincts » du raisonnement. Cependant, il admet plus loin que « la caractérisation de la raison impérieuse d'intérêt public majeur demeure en soi une marche élevée à franchir », ce qui justifie de commencer par son examen, au cas d'espèce à juger.

Il nous semble que la démonstration de la raison impérative d'intérêt public majeur d'un projet soit effectivement la première question à se poser, ainsi que le suggère également la rédaction du considérant de principe repris dans l'arrêt, qui indique que l'examen des deux autres conditions cumulatives intervient uniquement « en présence d'un tel intérêt ». Au cas d'espèce, il ne nous semble d'ailleurs pas anodin que le Conseil d'État ait choisi d'examiner cette condition en premier alors même qu'il aurait pu suivre l'ordre d'examen suivi par la cour administrative d'appel qui avait commencé par étudier la condition tenant au maintien dans un état de conservation favorable des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle. Ce faisant, la Haute Juridiction se prononce uniquement sur la question de l'intérêt public majeur et considère l'examen des deux autres conditions par les juges d'appel comme superfétatoire.

Cet ordre logique paraît conforme à l'esprit du texte puisque la condition tenant à la raison impérative d'intérêt public majeur renvoie finalement à la raison d'être du projet. Sans la démonstration d'une telle raison, le projet est voué à l'échec alors qu'il peut toujours être envisagé d'adapter le projet – par exemple son emprise ou les mesures compensatoires – pour remplir les

deux autres conditions. Dans cet esprit, le Conseil d'État avait déjà retenu la nécessité de démontrer le caractère « indispensable » du projet justifiant la dérogation³.

B. Si la raison impérative d'intérêt public majeur apparaît donc comme la première des conditions à examiner, encore faut-il en déterminer la consistance. Le Conseil d'État se refuse ici à toute définition objective de la raison impérative d'intérêt public majeur, malgré l'argumentation en ce sens des requérants. Et en se retranchant opportunément derrière les limites du contrôle de cassation, la Haute Juridiction se borne à exclure toute dénaturation des faits ou erreur de droit de la part des juges d'appel. Elle rappelle notamment que la cour n'a fait que répondre aux arguments soulevés par les pétitionnaires de la demande de dérogation et qu'il ne lui appartenait pas d'aller plus loin en étudiant l'intérêt public majeur selon sa propre grille d'évaluation.

En réalité, après que le législateur français se soit lui-même contenté de reprendre les termes de la directive dont est issu l'article L. 411-2 4° du code de l'environnement qui transpose directement l'article 16 de la directive *Habitats* adoptée le 21 mai 1992⁴, le Conseil d'État suit pour l'instant prudemment la jurisprudence européenne.

Il ne fait ainsi que rappeler que le caractère privé d'un projet n'exclut pas, par principe, l'existence d'un intérêt public majeur. Sur ce point, le Conseil d'État suit la position déjà établie par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans sa jurisprudence relative au régime de dérogation prévue dans les sites Natura 2000, issu de la même directive *Habitats* et empruntant le même concept de « raison impérative d'intérêt public majeur ». Dans son arrêt du 16 février 2012, la CJUE avait ainsi estimé qu'« un projet, bien que de nature privée, [pouvait présenter] réellement, à la fois par sa nature même et par le contexte économique et social dans lequel il s'insère, un intérêt public majeur »⁵.

En revanche, le juge français semble exclure aujourd'hui tout contrôle du bilan qui permettrait de mettre en balance l'ampleur des atteintes aux espèces avec les bienfaits économiques et sociaux du projet examiné⁶. La démonstration de la raison impérative d'intérêt public majeur semble donc devoir exister indépendamment des atteintes éventuelles aux espèces protégées. Ce choix d'un contrôle qu'on pourrait dire absolu est plus protecteur de l'environnement mais s'avère très rigoureux pour les porteurs de projets.

Pour le reste, et notamment l'appréciation de la notion de « raison impérative », et du caractère « majeur » de l'intérêt public, l'arrêt commenté ne donne pas davantage de précision. Il ne peut qu'être regretté que le Conseil d'État n'ait pas saisi l'occasion

2. CE, 25 mai 2018, n° 413267, SAS PCE et a : Lebon, T. ; Dr. Env. 2018, p. 290

3. CE, 9 oct. 2013, n° 366803, SEM Nièvre Aménagement

4. Dir. n° 92/43/CEE, 21 mai 1992

5. CJUE, 16 févr. 2012, n° C-182/10, Solvay c/ Région wallonne

6. Sur cette question : AUDRAIN-DEMEY G., Aménagement et dérogation au statut des espèces protégées : la « raison impérative d'intérêt public majeur » au cœur du contentieux : Dr. Env. 2019, p. 13 ; BARON E., Arrêté portant dérogation à l'interdiction de destruction d'espèces protégées : l'intérêt public majeur, un équilibre raisonnable : Dr. adm. janv. 2016

offerte par les conclusions des requérantes de saisir la CJUE d'une question préjudicielle afin d'obtenir une définition plus objective et sécurisante pour les acteurs de la construction et ce, alors même que le rapporteur public lui-même relevait l'absence de saisine de la Cour sur cette notion dans le cadre du régime spécifique de protection des espèces protégées.

II. CONDITIONS D'OCTROI DES DÉROGATIONS FAUNE-FLORE : UNE APPRÉCIATION IN CONCRETO DE LA RAISON IMPÉRATIVE D'INTÉRÊT PUBLIC MAJEUR

A. L'absence de définition objective de la raison impérative d'intérêt public majeur implique, en conséquence, que le juge procède à une analyse concrète des faits et des motifs invoqués par les pétitionnaires.

En l'espèce, les promoteurs faisaient valoir que leur projet participerait à l'animation urbaine et à la concurrence, tout en répondant à l'évolution démographique de l'agglomération toulousaine et en se prévalant de soutiens locaux et de la parfaite insertion dans la politique locale d'aménagement puisque situé au sein d'une zone d'aménagement concertée (ZAC).

Rejetant le pourvoi, le Conseil d'État confirme l'appréciation de la cour administrative d'appel qui avait estimé que la concurrence était suffisamment animée par l'offre commerciale existante dans l'ouest toulousain. Il estime également que l'insertion dans la politique locale d'aménagement était relative dans la mesure où la commune d'implantation, Plaisance-du-Touch, était identifiée comme un pôle secondaire, mal desservi par les transports en commun par le schéma de cohérence territoriale applicables.

Au total, cette appréciation peut paraître sévère en ce qu'elle fait fi de la localisation du projet dans une ZAC. Dans un tel contexte, il aurait pu être considéré que l'intérêt public majeur découlait de l'intérêt public de la ZAC elle-même. Cependant, le Conseil d'État refuse d'y voir une raison impérative automatique d'intérêt public majeur. À l'heure des grands projets urbains, la démonstration de l'intérêt public majeur pourrait néanmoins être facilitée par la nouvelle notion de « projet » à prendre en compte dans l'évaluation environnementale. En effet, le changement d'échelle que cette notion implique dans la réalisation des études préalables désormais exigées à un niveau macro pourrait parfois faciliter l'intégration des différentes composantes dans un projet global, plus à même de porter l'intérêt public majeur.

Par ailleurs, la circonstance que le centre commercial projeté créerait 1 500 emplois est jugée insuffisante, en l'espèce, pour permettre de répondre à la raison impérative d'intérêt public majeur. Il s'agit pourtant souvent du principal argument avancé par les promoteurs immobiliers pour justifier l'apport de leur projet à la collectivité.

Il en résulte que l'appréciation de la raison impérative d'intérêt public majeur doit s'effectuer de manière très concrète, au cas par cas, en tenant compte d'un large faisceau d'indices non

exhaustifs, prenant en compte la spécificité de chaque projet. C'est donc sur la base d'une analyse fine du dossier de demande de dérogation que s'apprécie la raison impérative d'intérêt public majeur.

B. L'approche casuistique adoptée par le Conseil d'État rend ainsi particulièrement sensible l'attention que doivent porter les promoteurs et les porteurs de projet à l'élaboration du dossier de demande de dérogation et à la justification de l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur justifiant une telle dérogation.

La nécessaire justification du projet, en cas d'atteinte à des espèces protégées, doit ainsi être prise en compte dès le stade de la conception du projet et s'effectuer sur la base de solides études étayées et actualisées. En l'espèce d'ailleurs, la cour administrative d'appel avait critiqué le caractère obsolète de certaines études. Ce faisant, les porteurs de projet peuvent affiner au mieux le déroulement de la séquence *Éviter-réduire-compenser* et être ainsi à même de justifier tant auprès de l'Administration compétente que du juge administratif – et même, du grand public – l'intérêt du projet pour le territoire où il s'inscrit.

Ce travail devrait être rendu d'autant plus nécessaire que les projets nécessitant une dérogation faune-flore font de plus en plus l'objet d'une forte mobilisation citoyenne – telle la mobilisation observée autour du *Center Parc* de Roybon par exemple – et vont à l'encontre de la volonté affichée par les pouvoirs publics de limiter l'artificialisation des sols. À ce titre, il faut noter qu'au lendemain de la publication de l'arrêt commenté, le 25 juillet 2019, un groupe de travail chargé d'identifier les « mesures opérationnelles » permettant d'atteindre l'objectif de « zéro artificialisation nette » des sols était installé par les ministres de la transition écologique, de l'agriculture et de la cohésion des territoires⁷. Dans ce contexte, les juges saisis de l'examen d'un arrêté portant dérogation faune-flore pourraient être plus enclins à se prononcer en faveur de l'annulation et ce, avec des conséquences pouvant s'avérer très importantes pour les pétitionnaires tant publics que privés, en particulier depuis l'instauration de l'autorisation environnementale unique.

Soulignons ainsi un récent jugement du 9 avril 2019⁸ par lequel le tribunal administratif de Bordeaux a prononcé l'annulation de l'arrêté préfectoral portant autorisation de dérogation Faune-Flore pour la réalisation du projet de contournement routier de Beynac, porté par le département de la Dordogne, à défaut de démonstration d'une raison impérieuse d'intérêt public majeur. En conséquence, le tribunal administratif annule l'autorisation environnementale unique dans son ensemble en considérant que la régularisation de l'illégalité pour un tel motif était impossible et a ordonné la remise en état du site emportant démolition des éléments de constructions déjà réalisés.

7. BOUGHRIET R., Zéro artificialisation nette des sols : le gouvernement prépare sa feuille de route : Actu Environnement, 26 juill. 2019
8. TA Bordeaux, 9 avr. 2019, n° 1800744 : Dr. Env. 2019, p. 173