

LA DÉROGATION À L'INTERDICTION DE PORTER ATTEINTE AUX ESPÈCES PROTÉGÉES

MÉMO JURIDIQUE

- **Connaître les textes applicables**
- **Analyser la légalité d'une dérogation**
- **Savoir dans quels cas il faut déposer une demande**



Sommaire

I. Qu'est-ce qu'une espèce protégée ?.....p1

II. Qu'est-ce que la dérogation à l'interdiction de détruire une ou des espèces protégées ?.....p2

III. 1ère condition: L'absence de solution alternative satisfaisante.....p7

VI. 2ème condition: Le maintien dans un état de conservation favorable des populations de l'espèce dans son aire de répartition naturelle.....p11

V. 3ème condition: Répondre à l'un des 5 cas de dérogation exhaustivement prévus par le texte.....p13

VI. Comment apprécier la nécessité de déposer une demande de dérogation ?.....p16

Conclusion.....p20



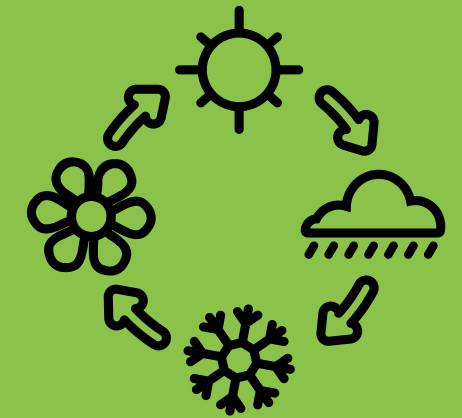
I. Qu'est-ce qu'une espèce protégée ?



Une espèce protégée est une espèce que l'on ne peut pas détruire, quelque soit la forme qu'elle peut avoir (oeuf /larve ; jeune/ adulte), et quelque soit la période de l'année.

Néanmoins, il existe certaines particularités :

- Certaines espèces peuvent être prélevées dans le cadre de la consommation familiale (grenouille verte comestible, grenouille rousse...);
- D'autres espèces ne sont protégées qu'en période de reproduction, pouvant ainsi être chassées (merle noir, perdrix grise...).



Attention: Les milieux de vies permettant aux espèces protégées d'assurer leur maintien (zones de repos et d'hivernage, habitat de reproduction...) sont également protégés.

II. Qu'est-ce que la dérogation à l'interdiction de détruire une ou des espèces protégées ?

La **directive 94/43/CEE du 21 mai 1992** concernant la conservation des habitats naturels ainsi que des espèces de la faune et de la flore sauvages, dite directive Habitats, et la **directive 2009/147/CE du 30 novembre** concernant la conservation des oiseaux sauvages, dite **directive Oiseaux**, imposent aux Etats membres de mettre en place un régime général de protection stricte des espèces protégées.

Ces espèces protégées sont, en droit français, des espèces animales et végétales mentionnées sur des listes fixées par arrêtés ministériels [1].

Il est ainsi prévu un régime ayant pour principe l'interdiction de toutes destructions des espèces protégées ou de leur habitat, mais il est possible d'obtenir une dérogation à ce principe.

[1] En application des articles L.411-1 et 2 et R.411-1 à 5 du code de l'environnement



Article L.411-1 du code de l'environnement

Cet article liste les interdictions de porter atteinte aux espèces protégées ou de leur habitat :

La destruction ou l'enlèvement des œufs ou des nids, la mutilation, la destruction, la capture ou l'enlèvement, la perturbation intentionnelle, la naturalisation d'animaux de ces espèces ou, qu'ils soient vivants ou morts, leur transport, colportage, utilisation, détention, mise en vente, vente ou achat ;

La destruction, la coupe, la mutilation, l'arrachage, la cueillette ou l'enlèvement de végétaux de ces espèces, de leurs fructifications ou de toute autre forme prise par ces espèces au cours de leur cycle biologique, leur transport, leur colportage, leur utilisation, leur mise en vente, leur vente ou leur achat, la détention de spécimens prélevés dans le milieu naturel ;

La destruction, l'altération ou la dégradation de ces habitats naturels ou de ces habitats d'espèces ;

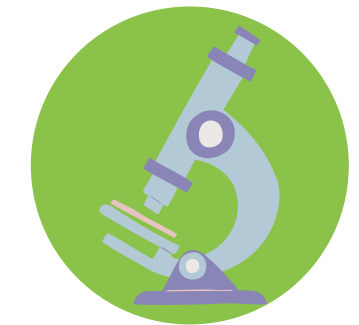
La destruction, l'altération ou la dégradation des sites d'intérêt géologique, notamment les cavités souterraines naturelles ou artificielles, ainsi que le prélèvement, la destruction ou la dégradation de fossiles, minéraux et concrétions présents sur ces sites ;

La pose de poteaux téléphoniques et de poteaux de filets paravalanches et anti-éboulement creux et non bouchés.

En pratique :

Il existe essentiellement 2 situations pour lesquelles une dérogation à ces interdictions est demandée :

- Demande de dérogation à des fins scientifiques,



- Demande de dérogation pour un projet d'aménagement [3] ou d'activité [4].



Il sera ici question de s'intéresser aux demandes de dérogation dans le cadre d'un projet d'aménagement ou d'activité.

NB: Tous les projets sont concernés, quelques soient les procédures (même en l'absence d'étude d'impacts, ZAC, ICPE...), les surfaces concernées, leurs localisations, le classement au PLU(i) ou la nature du maître d'ouvrage.

[3] Projets de lotissement, ZAC, infrastructures, centres commerciaux etc...

[4] Activités agricoles, forestières, aquacoles (ours, loups, cormorans etc...)

Avis du CNPN / CSRPN

Généralement, cette dérogation est accordée par le préfet de département [5], après avis du **Conseil National de Protection de la Nature (CNPN)**, ou du **Conseil Scientifique Régional du Patrimoine Naturel (CSRPN)** si les espèces concernées sont d'enjeux régionaux [6].

Les demandes sont souvent instruites par les DDT(M), qui les transmettent ensuite aux DREAL afin de solliciter l'avis des experts (CNPN ou CSRPN).

NB : le ministre chargé de la protection de la nature et de l'agriculture et/ou le ministre chargé des pêches maritimes peuvent également accorder cette dérogation [7].

Autorisation environnementale

La demande de dérogation dans ce cadre peut faire partie intégrante d'une demande d'autorisation environnementale, lorsqu'une telle procédure est requise.

[5] Article R411-6 du C.env

[6] Depuis le 1er janv. 2020, il a été mis en œuvre la déconcentration des avis du CNPN au profit des CSRPN, avec un possible basculement vers le CNPN si par exemple la «complexité et l'importance des enjeux du dossier soulèvent une difficulté exceptionnelle» (Article R181-28, al 1, 4° du C.env)

[7] Articles R411-8 et 9 du C.env

Article L411-2 du code de l'environnement

Pour qu'une dérogation soit légale, la loi prévoit 3 conditions de fond, **distinctes et cumulatives** [8] :

1

L'absence de solution alternative satisfaisante;

+

2

Le maintien dans un état de conservation favorable des populations de l'espèce dans son aire de répartition naturelle;

+

3

Répondre à l'un des 5 cas de dérogation exhaustivement prévus par le texte.

A défaut de remplir une de ces conditions, la dérogation sera entachée d'illégalité.

[8] CE, 9 octobre 2013, SEM Nièvre Aménagement, n°366803; CAA Lyon, 21 mars 2017, SARL Carrière de Cusy-Mathieu et fils, n°14LY03096; CE, 25 mai 2018, n° 413267

III. 1ère condition : L'absence de solution alternative satisfaisante

L'absence de solution alternative satisfaisante est évaluée par une tierce expertise menée, à la demande de l'autorité compétente, par un organisme extérieur choisi en accord avec elle, aux frais du pétitionnaire.

Cette condition n'est remplie uniquement que s'il est établi que l'objectif poursuivi par le projet ne peut pas être satisfait par des solutions alternatives permettant de limiter l'atteinte en cause [9].

Par ailleurs, la charge de la preuve de la satisfaction de cette condition incombe au demandeur de la dérogation, qui doit "s'assurer de l'absence d'autres solutions satisfaisantes" [10].

[9] CE, 15 avril 2021, n° 430500 ; CE, ord., 3 juillet 2020, SPL 25, n°430585

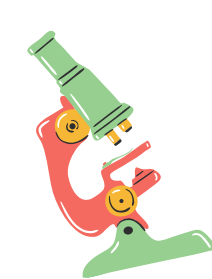
[10] CAA de Nancy, 8 février 2022, n° 18NC02361





Concrètement :

- Les hypothèses alternatives ne doivent pas se fonder sur d'anciennes études d'impact et doivent réellement envisager des scénarios différents (par exemple implantations différentes du projet) [11];
- Les différentes alternatives doivent être examinées sur la base de critères scientifiques et économiques comparables en ce qui concerne leurs impacts [12];
- Le dossier de demande doit indiquer avec suffisamment d'éléments pourquoi les hypothèses alternatives ont été écartées au profit du projet retenu [13].



[11] CAA Bordeaux, 13 juillet 2017, n°16BX0136

[12] TA Marseille, 8 août 2018, n°1602355

[13] TA Lyon, 15 novembre 2018, n°1707908

Séquence Eviter - Réduire - Compenser (ERC) :

- En cas d'impacts sur les espèces protégées, le pétitionnaire doit tenter d'**éviter** l'ensemble de ces impacts sur la biodiversité (destruction physique, altération, fragmentation...).
- Si l'évitement s'avère impossible, le pétitionnaire doit **réduire** son impact en adaptant son projet (emprise au sol pendant le chantier et dans le projet ; localisation dans la parcelle...).
- En cas de maintien d'impacts, le pétitionnaire doit proposer une série de mesures **compensatoires** afin de compenser l'ensemble des impacts (absence de perte de biodiversité voire création d'un gain de biodiversité).

NB: Le pétitionnaire a une obligation de résultats et non de moyens, et il reste le responsable même s'il est accompagné par des tiers.

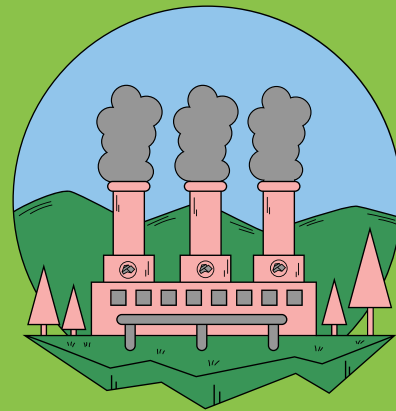
Exemples jurisprudentiels:

- Il a été considéré concernant la création et l'exploitation du **projet de liaison ferroviaire direct**, qu'« *il ne résulte pas de l'instruction qu'il existerait une solution alternative satisfaisante constituée par des simples perspectives d'une amélioration notable des infrastructures existantes* », pour des équipements « *ni équivalents, ni interchangeables* » [14].
- Concernant l'autorisation environnementale délivrée par l'Etat pour la construction de la **Centrale thermique du Larivot**, il a été jugé que la dérogation était illégale faute pour les services de l'Etat de démontrer l'absence de solution alternative satisfaisante permettant de réduire les atteintes portées aux espèces protégées [15].
- S'agissant de la création d'un **parc éolien**, il a été jugé que d'une part, l'arrêté délivrant l'autorisation d'exploiter ces éoliennes ne comportait aucune mention quant à l'absence de solutions alternatives satisfaisantes ; d'autre part, que cette condition impose de justifier le choix de la localisation d'un projet au regard des alternatives possibles identifiées dans un périmètre pertinent [16].

[14] CAA de PARIS, 28 avril 2022, n°20PA03994

[15] TA de la Guyane, 28 avril 2022, n°2100237

[16] CAA Nancy, 14 mars 2023, n° 20NC00316



IV. 2ème condition : Le maintien dans un état de conservation favorable des populations de l'espèce dans son aire de répartition naturelle

Cette condition doit être interprétée comme faisant obstacle à un prélèvement d'espèces dont l'importance serait susceptible de menacer le maintien des effectifs de la population concernée [17].



Le porteur de projet doit démontrer que les habitats des espèces au sein de leurs aires de répartition demeureront stables ou en extension ou que l'aire de répartition naturelle de chaque espèce ne diminuerait pas [18].



En cas de litige, les juges du fond apprécient cette condition de manière souveraine [19].



[17] CE, 20 avril 2005, ASPAS, n°271216

[18] CAA Marseille, 17 décembre 2020, n°20MA01978

[19] CE, 29 juillet 2022, n°443420

Exemples jurisprudentiels:

- Les juges du fond ont pu considérer que "*la proximité du **parc éolien** projeté avec le site de nidification du milan royal était bien de nature à porter atteinte au maintien de cette espèce protégée dans un bon état de conservation*" [20].
- Il a également été jugé que la condition tenant au maintien dans un état de conservation favorable des populations de l'espèce dans son aire de répartition naturelle n'a pas été respectée concernant un arrêté qui prévoyait à titre expérimental des **mesures d'effarouchement renforcé de l'ours brun dans les Pyrénées** pour prévenir les dommages aux troupeaux [21].



[20] CAA de Nancy, 8 avril 2020, n° 18NC02309

[21] CE, 25 avril 2022, n°442676, 442769

Focus sur la raison impérative d'intérêt public majeur (RIIPM)

S'agissant de la légalité de la dérogation fondée sur une RIIPM, le Conseil d'Etat a pour formule de principe qu' : « *un projet de travaux, d'aménagement ou de construction d'une personne publique ou privée susceptible d'affecter la conservation d'espèces animales ou végétales protégées et de leur habitat ne peut être autorisé, à titre dérogatoire, que **s'il répond, par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, tels que notamment le projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une raison impérative d'intérêt public majeur.*** » [22].

En ce sens, le Conseil d'Etat opère une balance entre la raison présidant au projet et l'objectif de conservation des espèces : « (...) *l'intérêt de nature à justifier (...) la réalisation d'un projet doit être d'une importance telle qu'il puisse être **mis en balance** avec l'objectif de conservation des habitats naturels, de la faune et de la flore sauvage poursuivi par la législation (...)* » [23].

[22] CE, 24 juillet 2019, n° 414353 ; CE, 3 juin 2020, Ministre de la Transition écologique et solidaire, n° 435395

[23] CE, 3 juin 2020, Ministre de la Transition écologique et solidaire, n° 435395

V. 3ème condition : Répondre à l'un des 5 cas de dérogation exhaustivement prévus par le texte

Les 5 cas de dérogation prévus à l'article L411-2 4° du code de l'environnement ne sont pas cumulatifs. Il suffit que la demande de dérogation réponde à un seul cas pour que cette 3ème condition soit remplie :

- L'intérêt de la protection de la faune et de la flore sauvages, et de la conservation des habitats naturels;
- La prévention des dommages importants notamment aux cultures, à l'élevage, aux forêts, aux pêcheries, aux eaux et à d'autres formes de propriété;
- L'intérêt de la santé et de la sécurité publiques ou pour d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur (RIIPM), y compris de nature sociale ou économique, et pour des motifs qui comporteraient des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement;
- Des fins de recherche et d'éducation, de repeuplement et de réintroduction des espèces et pour des opérations de reproduction nécessaires à ces fins, y compris la propagation artificielle des plantes;
- Permettre, dans des conditions strictement contrôlées, d'une manière sélective et dans une mesure limitée, la prise ou la détention d'un nombre limité et spécifié de certains spécimens.

Exemples jurisprudentiels:

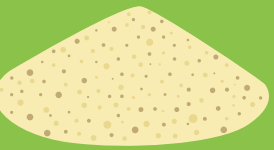
- Le juge a considéré que la "**nature**" de l'opération d'un projet privé (en l'espèce la réhabilitation d'une friche ferroviaire), et du "**contexte économique et social** dans lequel il s'insère"; sont des indices devant guider le juge lors de la **mise en balance**, et ainsi déterminer si ce projet présente un intérêt public majeur ou non [24].
- Il a été jugé, concernant l'exploitation d'une **carrière de sable**, qu'une autorisation de dérogation d'atteinte aux espèces protégées qui n'était justifiée par aucune RIIPM et portant atteinte à 39 espèces protégées, était illégale [25].

NB :

Par la **loi d'accélération des énergies renouvelables du 7 février 2023**, les projets d'énergies renouvelables sont considérés comme relevant de RIIPM, sous réserve que ces projets remplissent certaines conditions.

[24] CAA Douai, 15 octobre 2015, n° 14DA02064

[25] CE, 30 décembre 2021, Société Sablière de Millières, n° 439766



VI. Comment apprécier la nécessité de déposer une demande de dérogation ?

Par un **avis contentieux du 9 décembre 2022** [26], le Conseil d'Etat a précisé son interprétation des réglementations relatives aux conditions de déclenchement de l'obligation de dépôt d'une demande de dérogation à l'interdiction de destructions d'espèces protégées, à la demande de la Cour administrative d'appel de Douai [27].



[26] CE, avis, 9 décembre 2022, n°463563

[27] CAA Douai, 27 avril 2022, n°20DA01392

1

Vérification :

Il faut, dans un premier temps, vérifier si «des spécimens de l'espèce concernée sont présents dans la zone du projet».

Toutefois, cet examen ne doit porter, ni sur le «nombre de ces spécimens», ni sur leur «état de conservation».

NB: Les juges emploient parfois la notion de «présence» d'espèces protégées [28], tel que l'avis du Conseil d'Etat, et d'autres fois la notion d'«identification» d'espèces protégées [29].

La réalisation d'un inventaire naturaliste (faune-flore-habitat) paraît donc indispensable, et cela sur une période d'1 an afin de couvrir les 4 saisons. Néanmoins, cet inventaire n'est pas obligatoire.

[28] CAA Marseille, 20 janvier 2023, n° 20MA04635

[29] CAA Bordeaux, 30 janvier 2023, n°20BX00535

2

Identification :

Dans un second temps, il faut identifier un «risque suffisamment caractérisé» pour les espèces protégées. Par conséquent, il faut étudier ce risque, au regard de sa fréquence de réalisation ou, en cas de réalisation, de la gravité de ses conséquences.

NB: Au sujet de ce risque, certains arrêts font mention d'un risque «faible», «modéré», «fort» [30], d'autres d'un «risque négligeable ou non négligeable» [31], voire certains arrêts ne font pas mention de la notion de risque mais celle d'«impact» [32].

Par exemple, le juge après avoir constaté la présence de diverses espèces protégées, examine l'existence d'un risque suffisamment caractérisé pour ces espèces [33].

[30] CAA Bordeaux, 9 mars 2021, n°19BX03522

[31] CAA Bordeaux, 31 mai 2022, n°19BX01049

[32] CAA Nantes, 22 juillet 2022, n°21NT01768

[33] CAA Nantes, 27 janvier 2023, n°21NT03270

3

Prise en compte :

Dans un troisième temps, pour vérifier si un risque est, ou non, «suffisamment caractérisé», le Conseil d'Etat énonce clairement qu'il faut prendre en compte les mesures d'évitement et de réduction des atteintes à la biodiversité.

Par exemple, le Conseil d'Etat a annulé un arrêt dans lequel la cour administrative de Bordeaux avait uniquement pris en compte les mesures d'évitement, et non des mesures de réduction [34].

De plus, le Conseil d'Etat a dans cet avis précisé que si ces mesures d'évitement et de réduction proposées présentent «*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 ".*»

[34] CE, 28 avril 2023, n°460062

Conclusion

La jurisprudence administrative se montre particulièrement stricte sur le sujet.

Le juge est régulièrement amené à annuler des arrêtés portant dérogation à l'interdiction d'atteinte aux espèces protégées.

