

# FLASH INFO

## La soumission à dérogation Espèces protégées : le Conseil d'Etat se prononce enfin

Paris, le 9 décembre 2022



**HÉLÈNE GELAS**

Associée

T. +33 (0)1 45 05 80 76

M. +33 (0)6 73 21 99 44

Mail. hgelas@jeantet.fr

**TATIANA  
BOUDROT**

Avocate



Mail. tboudrot@jeantet.fr

Par un [avis n°463563](#) émis le 9 décembre 2022 le Conseil d'Etat est, enfin, venu apporter une réponse aux questions posées par la Cour administrative d'appel de Douai dans son arrêt n°20DA01392 du 27 avril 2022.

### A la première question de la Cour :

*« 1°) Lorsque l'autorité administrative est saisie d'une demande d'autorisation environnementale sur le fondement du 2° de l'article L. 181-1 du code de l'environnement, suffit-il, pour qu'elle soit tenue d'exiger du pétitionnaire qu'il sollicite l'octroi de la dérogation prévue par le 4° du I de l'article L. 411-2 de ce code, que le projet soit susceptible d'entraîner la mutilation, la destruction ou la perturbation intentionnelle d'un seul spécimen d'une des espèces mentionnées dans les arrêtés ministériels du 23 avril 2007 et du 29 octobre 2009 visés ci-dessus ou la destruction, l'altération ou la dégradation d'un seul de leur habitat, ou faut-il que le projet soit susceptible d'entraîner ces atteintes sur une part significative de ces spécimens ou habitats, en tenant compte notamment de leur nombre et du régime de protection applicable aux espèces concernées ? »*

### Le Conseil d'Etat a répondu :

*« 4. Le système de protection des espèces résultant des dispositions citées ci-dessus, qui concerne les espèces de mammifères terrestres et d'oiseaux figurant sur les listes fixées par les arrêtés du 23 avril 2007 et du 29 octobre 2009, 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 ».*

En d'autres termes, pour déterminer si une demande de dérogation espèces protégées peut avoir à être déposée, il importe de vérifier si un spécimen d'une espèce figurant sur les listes fixées par les arrêtés du 23 avril 2007 et du 29 octobre 2009 est présent *« dans la zone du projet »*, sachant que cet examen ne doit porter, ni sur le *« nombre de ces spécimens »*, ni sur leur *« état de conservation »*.

Il suffit donc qu'un spécimen d'une espèce protégée soit présent sur la « zone du projet », notion qui aurait méritée d'être plus précisément définie et qu'il faudra manier avec précaution, pour que la nécessité de déposer une demande de dérogation ait à être étudiée.

Il ne s'agit toutefois pour le Conseil d'Etat pas de considérer, comme certains requérants le font, que dès qu'un individu d'une espèce protégée est concerné par un projet, la demande de dérogation est nécessaire. Il s'agit « *simplement* » de déclencher une analyse et non le dépôt de la demande.

### A la seconde question de la Cour :

« 2°) Dans chacune de ces hypothèses, l'autorité administrative doit-elle tenir compte de la probabilité de réalisation du risque d'atteinte à ces espèces ou des effets prévisibles des mesures proposées par le pétitionnaire tendant à éviter, réduire ou compenser les incidences du projet ? »

### Le Conseil d'Etat a répondu :

« 5. 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 » ».

En d'autres termes, s'il a été répondu à la première question que s'il existe un spécimen d'une espèce protégée sur la « zone du projet », une demande de dérogation peut être nécessaire, le Conseil d'Etat précise, dans cette seconde réponse, qu'il importe ensuite de vérifier l'existence d'un « *risque suffisamment caractérisé* », lequel doit être apprécié au regard des mesures d'évitement **et** de réduction proposées. Ce n'est qu'alors qu'une demande de dérogation peut s'avérer nécessaire.

Le premier apport de cette seconde réponse est ainsi de confirmer sans ambiguïté que ce sont bien les mesures d'évitement et de réduction qui doivent être prises en compte. La jurisprudence des juges du fond n'était pas stabilisée sur ce point. Cet avis permet donc de mettre un terme au courant jurisprudentiel, principalement suivi par la Cour administrative de Bordeaux, qui refusait de tenir compte des mesures de réduction<sup>1</sup>.

Le Conseil d'Etat a précisé que ces mesures doivent apporter « *des garanties d'effectivité telles qu'elles permettent de diminuer le risque pour les espèces* ». En pratique, l'effectivité des mesures est déjà vérifiée par les services instructeurs des demandes d'autorisation.

Le second apport de cette réponse est donc de qualifier le risque résiduel, après prise en compte des mesures d'évitement et de réduction. Si le risque pour les espèces protégées n'est pas « *suffisamment caractérisé* », il n'est alors pas nécessaire de solliciter une dérogation espèces protégées.

[1] Voir par exemple : CAA Bordeaux, 14 décembre 2021, n°19BX00681 ; CAA Bordeaux, 19 avril 2022, n°21BX03190 ; CAA Bordeaux, 22 mars 2022, n°21BX01297 ; voir aussi : CAA Toulouse, 12 mai 2022, n°20TL03798

Cet avis entérine l'idée qu'un simple risque ne permet pas de déclencher la nécessité d'une dérogation espèces protégées.

Il n'apporte, cependant, pas totalement les clarifications attendues, et pourrait être vu comme ajoutant même à l'incertitude en créant une nouvelle notion de risque « *suffisamment caractérisé* » dont les contours sont à définir et sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Peut-être que les Cours tiendront compte, sur cet aspect, des conclusions du Rapporteur public, Monsieur Nicolas Agnoux, énoncées lors de l'audience du 18 novembre 2022. Le Rapporteur public avait, alors, considéré que le pétitionnaire est dispensé de solliciter la dérogation lorsque le risque est ramené à « un niveau négligeable », ce qui recouvrait, selon lui, le risque « entre faible et infinitésimal ».

Néanmoins, dans la mesure où le Conseil d'Etat lui-même n'a pas suivi les conclusions de son Rapporteur public et a décidé de s'en remettre pleinement à l'appréciation souveraine des juges du fond, rien ne permet de le garantir.

On peut relever, également, que le Conseil d'Etat n'a pas, non plus, suivi la proposition de son Rapporteur public de distinguer, comme le fait le droit de l'Union européenne, entre les projets dont la finalité est l'atteinte à la conservation d'une espèce protégée et pour lesquels une demande de dérogation doit toujours être déposée, et les projets dont la finalité n'est pas l'atteinte et pour lesquels une demande de dérogation n'a pas à être déposée si les mesures d'évitement et de réduction proposées par le pétitionnaire permettent de ramener le risque à un « *niveau négligeable* ».

On peut néanmoins voir, dans cette notion de risque « suffisamment caractérisé », la prise en compte d'un éventuel caractère accidentel de l'impact puisque le risque accidentel ne pourrait être considéré par essence comme « suffisamment caractérisé ». Cette notion demeure à appréhender et les décisions à venir très prochainement des Cours administratives d'appel fourniront sans nul doute d'utiles éléments de caractérisation.

Cet avis complète une séquence juridictionnelle intéressante sur le sujet des dérogations espèces protégées. En effet, préalablement à l'avis du Conseil d'Etat, la Cour de cassation, s'est elle aussi prononcée, à deux reprises, sur le sujet de la dérogation espèces protégées.

Par une [décision du 30 novembre 2022](#), la Cour de cassation a jugé que l'absence de dérogation espèces protégées peut constituer un fait justificatif de responsabilité et a estimé que le juge judiciaire, saisi par une association de protection de l'environnement d'une action en responsabilité civile fondée sur la destruction de spécimens d'une espèce protégée, est compétent pour constater la violation des dispositions de l'article L. 411-1 du code de l'environnement.

Il importe donc aux porteurs de projet d'être particulièrement vigilants car, si l'autorité administrative compétente ne juge pas nécessaire de requérir une dérogation espèces protégées, en cas de destruction de spécimens protégés, la responsabilité civile du porteur de projet pourrait être engagée par un tiers, notamment une association, devant le juge judiciaire.

Dans [une décision du 18 octobre 2022](#), la chambre criminelle de la Cour de cassation a, en outre et de manière attendue, considéré que l'infraction prévue à l'article L.415-3 du code de l'environnement pouvait être constituée par la simple abstention de satisfaire aux prescriptions prévues par l'autorisation.

S'ajoutent ainsi aux atteintes commises en l'absence de toute dérogation, les atteintes résultant du non-respect des prescriptions de l'arrêté de dérogation, lorsque celui-ci existe.

Reste désormais à attendre l'issue des discussions parlementaires pour savoir si les projets d'installation d'énergie renouvelable bénéficieront ou non d'une présomption d'intérêt public majeur et rempliront donc, par principe, la première des conditions nécessaires à l'obtention des dérogations.

