

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Ours dans les Pyrénées :
la carence fautive de l'Etat dans la mise en œuvre de la directive Habitats

Julien Bétaille
Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Référence : Julien Bétaille, « Ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'Etat dans la mise en œuvre de la directive Habitats », AJDA, 2018, pp. 2344-2352.

Ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'Etat dans la mise en œuvre de la directive Habitats

Commentaire sur TA Toulouse, 6 mars 2018, *Association Pays de l'Ours – ADET et Association FERUS*, n° 1501887, 1502320 ; AJDA, 2018, p. 540, obs. Emmanuelle Maupin

Julien Bétaille

Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (IEJUC EA 1919)

Dans un jugement du 6 mars 2018, le tribunal administratif de Toulouse reconnaît la responsabilité de l'État pour carence fautive en raison de l'absence de maintien de la population d'ours dans un « état de conservation favorable » dans les Pyrénées comme l'exige la directive Habitats de 1992¹. Il est admis que l'État, notamment en s'abstenant de réintroduire de nouveaux spécimens, a commis une faute qui engage sa responsabilité².

La mauvaise santé de la population d'ours brun (*ursus arctos*) dans les Pyrénées est à l'origine de ce jugement du tribunal administratif de Toulouse. Même si la population a tendance à augmenter depuis le milieu des années 1990, celle-ci ne dépasse pas le seuil d'une quarantaine d'ours³. Elle est scindée en deux noyaux : celui des Pyrénées occidentales d'une part et celui des Pyrénées centrales d'autre part. A la date du jugement, le premier ne comptait plus que deux ours mâles et le second est affecté par un niveau élevé de consanguinité. Ce constat repose sur une surveillance de la population d'ours par l'Office national de la chasse et de la faune sauvage et sur un ensemble de connaissances scientifiques sur la viabilité de la population⁴. Pour autant, l'État n'avait plus procédé à l'introduction d'individus exogènes depuis 2006⁵ alors qu'il s'agit là de la principale mesure à même de rétablir l'espèce dans un état de conservation favorable.

¹ Directive n° 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.

² Nous remercions Monsieur le rapporteur public Alain Daguerre de Hureaux qui a gentiment accepté de nous transmettre ses conclusions.

³ V. Equipe Ours ONCFS, *Suivi de l'ours brun dans les Pyrénées françaises*, Rapport annuel 2017, avril 2018.

⁴ V. Muséum national d'Histoire naturelle, « Expertise collective scientifique – L'ours brun dans les Pyrénées », 26 septembre 2013.

⁵ Plusieurs introductions d'individus exogènes ont eu lieu depuis le milieu des années 1990 : 3 spécimens en 1996 et 5 en 2006 dans les Pyrénées centrales, 1 en 2016 du côté espagnol du massif à l'initiative de la Generalitat de Catalogne et enfin 2 femelles en Béarn les 4 et 5 octobre 2018, c'est-à-dire postérieurement au jugement commenté.

Probablement dans le but de déclencher une réaction de la part de l'État, par ailleurs soumis à la pression régulière des éleveurs, deux associations de protection de la nature – Pays de l'ours ADET et FERUS – ont déposé un recours en responsabilité pour faute devant le tribunal administratif de Toulouse à l'encontre de l'État. Les associations ont développé principalement deux moyens. Le premier est relatif aux illégalités fautives commises par l'État. L'annulation antérieure par le juge administratif de plusieurs décisions prises dans ce domaine a ainsi permis au tribunal d'admettre facilement ce moyen⁶. Moins évident était en revanche le second moyen consistant à mettre en avant la carence fautive de l'État du fait de l'absence de maintien de la population d'ours dans un état de conservation favorable tel que l'exige la directive Habitats.

C'est ce second moyen qui renferme les deux principaux problèmes soulevés par cette affaire, tous deux afférant à la démonstration de la faute. S'agissant d'un « manquement à une obligation préexistante » selon la formule de Planiol, il s'agit d'une part de mettre en évidence l'obligation à la charge de l'État et, d'autre part, de caractériser le manquement, c'est-à-dire la carence de l'État dans l'accomplissement de cette obligation.

Après avoir résolu ces deux problèmes, le tribunal n'a pas eu de difficulté à retenir la responsabilité de l'État, l'existence du préjudice moral des associations étant établie. N'ayant pas fait l'objet d'un appel, ce jugement est devenu définitif.

De manière générale, la décision met une nouvelle fois en évidence la dimension morale et sanctionnatrice de la responsabilité administrative pour faute⁷ et plus largement son utilisation pour stimuler l'effectivité de la norme⁸, en l'occurrence les dispositions de la directive Habitats. Bien sûr, cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence, bien connue, sur la responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'Union européenne⁹. Mais,

⁶ Les deux hypothèses citées dans le jugement concernent d'une part l'annulation d'un arrêté préfectoral autorisant des battues au sanglier dans les zones à ours (CAA Bordeaux, 9 avril 2014, *Ministre de l'écologie*, n° 12BX00391 ; AJDA, 2014, p. 1924 ; *Environnement*, juillet 2014, comm. 57, note Pascal Trouilly) et, d'autre part, l'annulation de mesures d'effarouchement des ours prises par le préfet des Pyrénées atlantiques (TA Pau, 28 janvier 2014, *Association France Nature Environnement*, n° 1201756 et n° 1301522). Plus récemment, l'annulation de l'arrêté du 7 juin 2012 du préfet de l'Ariège visant à assurer la compatibilité de l'activité cynégétique et la préservation de l'ours brun a été confirmée en appel, cet arrêté ne prévoyant pas de mesure particulière aux cas de présence avérée de femelles accompagnées d'ours (CAA Bordeaux, 5 juillet 2018, *Associations Ferus et Comité écologique ariégeois*, n° 16BX01183).

⁷ V. Danièle Lochak, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in Jacques Chevallier et al., *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 286.

⁸ V. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse, droit public, dactyl. Limoges, 2012, n° 382 s..

⁹ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, n° 6/60 ; CJCE, 19 novembre 1991, *Francoovich et Bonifaci*, C-6/90 et C-9/90, rec. I, p. 5357 ; RTDE, 1993, p. 81, chron. Enrico Traversa ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, rec., p. I-1029 ; JDI, 1997, p. 488, note Denys Simon ; CE, Ass., 28 février 1992, *Rothmans et Philip Morris* ; AJDA, 1992, p. 329, chron. Christine Maugeü et Rémy Schwartz ; RFDA, 1992, p. 425, note Louis Dubouis ; CE, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco*, rec., p. 78 ; AJDA, 1992, p. 210, concl. Martine Laroque ; RFDA 1992, p. 425, note Louis Dubouis.

au-delà, elle est aussi à mettre en perspective avec d'autres décisions intervenues ces dernières années dans le domaine de l'environnement et ayant pour effet de stigmatiser l'inaction de l'Etat dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne¹⁰. Il ne suffit plus pour l'Etat de transposer les directives, bien sûr, mais il s'agit de les appliquer pleinement, d'en tirer tout l'effet, y compris lorsque cela implique davantage de contrôles comme dans l'affaire des algues vertes ou l'adoption de mesures positives allant à l'encontre de l'intérêt de l'élevage agricole comme dans la présente affaire.

L'admission de la carence fautive de l'État est l'élément le plus remarquable du jugement du tribunal administratif. Pour y parvenir, il a fallu que le juge reconnaisse, dans un premier temps, l'existence d'une obligation à la charge de l'État de rétablir l'espèce dans un état de conservation favorable (I) avant, dans un second temps, d'appréhender l'étendue de la carence de l'État (II).

I. L'obligation européenne de rétablir l'espèce dans un état de conservation favorable

La reconnaissance de la faute commise par l'Etat est fondée sur l'absence de mise en œuvre de l'obligation de rétablir l'espèce *ursus arctos* dans un état de conservation favorable. L'existence même de cette obligation n'était pourtant pas complètement évidente, surtout au regard du droit interne. Néanmoins, même si la motivation du jugement du tribunal est relativement faible (A), cette obligation repose sur des fondements européens solides qu'il convient d'explicitier (B) avant de montrer en quoi cette obligation n'est en l'espèce pas respectée (C).

A. La faible motivation de l'obligation

Le tribunal administratif de Toulouse admet explicitement l'existence de l'obligation juridique de rétablissement. Ainsi le jugement expose-t-il clairement que les associations requérantes sont « fondées à soutenir que la France ne satisfait pas à son obligation de rétablissement de l'ours brun dans un état de conservation favorable, telle qu'elle résulte de l'article 2 de la directive du 21 mai 1992 ».

Rappel des principaux textes

Pour en arriver là, le tribunal se borne à rappeler un certain nombre de textes et de données factuelles. Il expose ainsi le classement de l'ours brun au titre de l'annexe IV de la directive Habitats en tant qu'espèce d'intérêt communautaire, ce qui a pour conséquence sa

¹⁰ Par exemple CAA Nantes, 1^{er} décembre 2009, *MEEDDM c/ Association Halte aux marées vertes et a.*, n° 07NT03775 ; AJDA, 2010, p. 900, note Agathe Van Lang. ; CAA Nantes, 22 mars 2013, *Commune de Trédrez-Locquemeau*, n° 12NT00343 ; CAA Nantes, 23 décembre 2014, *Département des Côtes d'Armor*, n° 13NT01737 ; CE, 12 juillet 2017, *Association Les Amis de la Terre France*, n° 394254 ; RFDA, 2017, p. 1135, note Agathe Van Lang.

protection stricte au titre de l'article 12 de cette directive et l'assignation aux Etats-membres d'un objectif de maintien ou de rétablissement dans un état de conservation favorable au titre de ses articles 1^{er} et 2. Est également rappelé le régime juridique de l'ours brun en droit interne, à savoir son classement en tant qu'espèce protégée au titre des articles L. 411-1 et suivants du code de l'environnement depuis 1981¹¹.

D'un objectif à une obligation

Néanmoins, à ce stade, seul un objectif de rétablissement de l'espèce peut être décelé dans les textes, l'article 2 de la directive Habitats disposant seulement que les mesures prises dans le cadre de sa mise en œuvre « visent à assurer » le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable. Ainsi, le tribunal passe directement d'un objectif à une véritable obligation juridique. Le résultat est cependant parfaitement valide mais il est seulement possible de regretter l'absence d'argumentation spécifique mettant en évidence l'obligation européenne de rétablir l'ours brun dans un état de conservation favorable. Pourtant, le droit de l'Union européenne fournit l'ensemble des éléments nécessaires à une telle argumentation.

B. La réalité de l'obligation

L'obligation de rétablir la population d'ours brun dans un état de conservation favorable existe bel et bien en droit de l'Union européenne. Néanmoins, dans la mesure où une telle exigence n'apparaît explicitement que sous la forme d'un objectif, la mise en lumière de l'obligation nécessite la mise en œuvre d'une approche systémique et téléologique, basée tant sur le texte de la directive Habitats que sur la logique propre du droit de l'Union européenne¹².

Une lecture littérale de la directive Habitats ne fait pas apparaître explicitement l'obligation de rétablir l'espèce dans un état de conservation favorable. En particulier, l'article 22 de la directive, qui concerne la réintroduction d'espèces de l'annexe IV tel que l'ours n'en fait qu'une simple faculté pour les Etats-membres. Pourtant, la réalité d'une telle obligation peut être établie tant sur le fondement de l'article 12 de la directive que sur celui de son article 2.

Le fondement de l'article 12 de la directive Habitats

En premier lieu, l'article 12 de la directive impose un régime de protection stricte qui se limite en apparence à une interdiction des atteintes aux espèces protégées. Néanmoins, la

¹¹ V. l'arrêté du 17 avril 1981 fixant la liste des mammifères protégés sur l'ensemble du territoire remplacé par l'arrêté du 23 avril 2007 sur les mammifères terrestres (NOR : DEVN0752752A : JO, 10 mai 2007).

¹² Pour une appréhension plus complète de cette question, v. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations – A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, Projet Claws & Laws, novembre 2017, 92 p..

Cour de justice de l'Union européenne en fait une interprétation très large en imposant aux États-membres de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des espèces. Ainsi Juliane Kokott affirme-t-elle que les mesures prises au titre de l'article 12 « ne sont pas limitées aux interdictions au sens propre du terme, mais incluent également la mise en œuvre de mesures de protection ou d'une surveillance de l'espèce »¹³. La jurisprudence de la Cour montre d'ailleurs que l'article 12 fonde une véritable obligation d'agir à la charge des États-membres¹⁴. Par exemple, dans l'affaire du grand hamster d'Alsace, c'est bien l'absence d'adoption de mesures positives tendant au rétablissement de l'espèce dans un état de conservation favorable qui a conduit à la condamnation en manquement de la France¹⁵. Dans ses conclusions, Juliane Kokott explique sans ambiguïté que « si l'espèce en cause se trouve dans un état de conservation défavorable, les États membres ont des obligations d'une portée plus large, puisque le système de protection est censé contribuer au rétablissement de l'état de conservation favorable »¹⁶. Elle ajoute même que dans le cas où « les populations sont si peu importantes qu'elles peuvent disparaître en raison de la fluctuation naturelle de la population, un système de protection efficace doit viser à une augmentation suffisante des chiffres de population »¹⁷.

Dès lors, dans certaines circonstances comme celles dans lesquelles se trouve l'ours brun dans les Pyrénées, l'application de l'article 12 de la directive Habitat peut obliger les États-membres à prendre des mesures positives pour rétablir l'espèce dans un état de conservation favorable. Il peut d'ailleurs s'agir de mesures directes tendant à l'augmentation de la population. Cette analyse fondée sur l'article 12 peut être confirmée par une analyse prenant comme point de départ l'article 2 de la directive Habitats.

Le fondement de l'article 2 de la directive Habitats

En second lieu, l'article 2 de la directive Habitats dispose que « les mesures prises en vertu de la présente directive visent à assurer le maintien ou le rétablissement, dans un état de conservation favorable, des habitats naturels et des espèces de faune et de flore sauvages d'intérêt communautaire ». On retrouve ici l'objectif préalablement identifié. Dès lors, se pose la question de savoir si ce dernier implique une obligation de résultat. Deux arguments permettent d'y répondre positivement.

¹³ Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott dans l'affaire C-383/09, 20 janvier 2011, § 42.

¹⁴ CJCE, 30 janvier 2002, *Commission c. Grèce*, C-103/00, § 39 ; CJCE, 16 mars 2006, *Commission c. Grèce*, C-518/04, § 16 ; CJCE, 11 janvier 2007, *Commission c. Irlande*, C-183/05, § 29 ; *Environnement*, 2007, n° 3, p. 29, note Pascal Trouilly ; CJUE, 9 juin 2011, *Commission c. France*, C-383/09, § 21 ; *Revue juridique de l'environnement*, 2011, p. 655, chron. Simon Jolivet ; *Europe*, 2011, n° 8, p. 43, note Denys Simon.

¹⁵ CJUE, 9 juin 2011, *Commission c. France*, C-383/09, § 40.

¹⁶ Conclusions de l'avocat général Juliane Kokott dans l'affaire C-383/09, 20 janvier 2011, § 37.

¹⁷ *Ibidem*, § 83.

Sans doute faut-il d'une part considérer qu'il ne s'agit pas ici d'un simple objectif relevant du droit « à l'état gazeux »¹⁸, d'un objectif parmi tant d'autres. L'article 2 fixe au contraire l'objectif général de la directive, son but. Il désigne le point auquel il convient de parvenir. Or, l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose bien que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Au surplus, que cette question soit examinée dans le contexte du droit de l'Union européenne ou non, elle donne lieu à une réponse concordante de la doctrine : la protection des espèces est une obligation de résultat pour les autorités publiques¹⁹.

Il faut, d'autre part, rappeler que les États-membres ont l'obligation de coopérer de façon loyale au titre de l'article 4, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne et que cela engendre l'obligation d'assurer l'effet utile des directives européennes²⁰. Cela implique qu'ils mettent en œuvre les mesures positives nécessaires à l'application effective des normes européennes dans des situations concrètes²¹. De plus, l'effet utile doit être poursuivi par toutes les autorités publiques, y compris les juridictions internes²². C'est d'ailleurs ce que fait ici le tribunal administratif de Toulouse en suivant l'argumentation des associations et en tirant de l'article 2 de la directive Habitats une véritable obligation de rétablir l'ours brun dans un état de conservation favorable.

C. La violation de l'obligation

La violation de l'obligation résulte du mauvais état de conservation dans lequel se trouve l'ours brun dans le massif des Pyrénées. Même si la définition de la notion d'« état de conservation favorable » est susceptible de donner lieu à d'importantes discussions juridico-scientifiques²³, le cas de l'ours brun dans les Pyrénées est relativement simple. Non seulement son état de conservation n'est pas favorable, mais encore de nombreuses études scientifiques et rapports officiels en attestent. Dès lors, le tribunal administratif n'a pu que facilement constater cet état de fait et admettre implicitement la violation de l'obligation.

¹⁸ Expression issue du rapport public du Conseil d'Etat de 1991 (*De la sécurité juridique*, rapport public du Conseil d'Etat, 1991) et reprise par Agathe Van Lang, « Protection de la qualité de l'air : de la transformation d'un droit gazeux en droit solide », RFDA, 2017, p. 1135.

¹⁹ En ce sens, v. Marc Clément, *Droit européen de l'environnement – Jurisprudence commentée*, 3^{ème} éd., Larcier, 2016, p. 505 ; Odile Delfour, *La conservation des espèces menacées d'extinction. Étude de droit comparé*, thèse, droit, Paris I, dactyl., 1998, p. 302 ; Cyrille De Klemm, « Les législations de protection de la nature : les enseignements du droit comparé », in SFDE, *20 ans de protection de la nature – Hommage au Professeur Michel Despax*, PULIM, 1996, p. 231.

²⁰ S'agissant des directives, v. CJCE, 8 avril 1976, *Jean Noël Royer*, n° 48/75, § 75.

²¹ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, n° 68/88, § 23.

²² CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, n°14/83.

²³ V. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations – A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, Projet Claws & Laws, novembre 2017, pp. 56-59 ; Yaffa Epstein, « Favourable Conservation Status for Species: Examining the Habitats Directive's Key Concept through a Case Study of the Swedish Wolf », *Journal of Environmental Law*, 2016, 28, p. 232.

Absence d'état de conservation favorable de l'espèce

Après avoir rappelé l'historique du déclin de la population ursine depuis la fin du 19^e siècle ainsi que les différentes opérations de réintroduction ayant eu lieu en 1996 et 2006, le tribunal affirme que l'espèce n'est pas dans un état de conservation favorable en se basant sur les études de l'office national de la chasse et de la faune sauvage²⁴ et, surtout, sur l'étude du Muséum national d'histoire naturelle qui, à la demande du ministère de l'écologie, avait établi en 2013 une synthèse des connaissances scientifiques sur l'état de la population d'ours²⁵. La solidité de ces expertises aurait pu suffire mais s'agissant de cette dimension factuelle et technique le tribunal préfère s'appuyer sur deux éléments complémentaires, à savoir la mise en demeure dont la France fait actuellement l'objet de la part de la Commission européenne dans ce dossier ainsi que le classement de l'ours brun comme espèce en « danger critique d'extinction » au titre de la liste rouge de l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), même si cette dernière liste n'a rien de juridique²⁶. En complément, le tribunal aurait également pu mentionner que le statut de conservation de l'espèce est officiellement considéré comme « défavorable – inadéquat » au titre du système d'évaluation mis en place dans le cadre de l'article 12 de la directive Habitats²⁷ et qu'au plan interne, l'ours brun appartient officiellement à la catégorie des espèces menacées d'extinction²⁸.

Risque démographique et risque génétique

Il a cependant suffi au tribunal de reprendre l'analyse du Muséum national d'histoire naturelle pour affirmer que « malgré l'évolution positive des effectifs et de l'aire de répartition et malgré la stabilité de l'habitat de l'espèce, les perspectives futures restent défavorables, dès lors notamment que les effectifs et l'aire de répartition demeurent inférieurs aux valeurs de référence ». Surtout, les deux risques auxquels est soumise la population d'ours sont bien identifiés par le jugement. Ainsi, elle apparaît « soumise à un risque démographique significatif, au regard de son effectif global insuffisant pour garantir

²⁴ Chaque année, l'ONCFS établit un bilan de l'état de la population d'ours dans le massif des Pyrénées, en collaboration avec ses homologues andorrans et espagnols. V. par exemple le document précité intitulé *Suivi de l'ours brun dans les Pyrénées françaises*.

²⁵ V. Muséum national d'Histoire naturelle, « Expertise collective scientifique – L'ours brun dans les Pyrénées », 26 septembre 2013.

²⁶ Il s'agit d'un classement établi par des scientifiques et dont la vocation est de constituer un indicateur de suivi de la biodiversité. L'UICN est une organisation unissant des gouvernements et des organisations de la société civile dans le monde entier et œuvrant en faveur de la protection de la nature. Ses expertises sur l'état de nature font autorité au plan international.

²⁷ Voir la base de données européenne Eionet (European Topic Centre on Biological Diversity).

²⁸ Voir l'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 (JORF du 28 août 1999 p. 12856 ; NOR: ATEN9980224A).

la viabilité de l'espèce à long terme, mais aussi à un risque génétique très élevé, compte tenu de la fréquence des reproductions entre consanguins ».

Ce sont bien ici les deux principales raisons qui expliquent le mauvais état de conservation de l'espèce au titre de la directive Habitats²⁹ et ainsi la violation concomitante de l'obligation européenne puisque le résultat prescrit n'est pas atteint. Il reste cependant à envisager dans quelle mesure cette violation est le résultat d'une carence de l'Etat.

II. L'étendue de la carence fautive de l'Etat

La carence recouvre l'hypothèse bien connue où « le service n'a pas fonctionné », selon les termes de Paul Duez³⁰. Il s'agit d'une *culpa in omittendo* : la faute est constituée par l'inaction de l'administration, alors même que celle-ci aurait dû agir. Sa mise en évidence implique donc d'avoir une idée de ce qu'aurait dû être le comportement normal de l'administration. La carence réside ici dans le fait que, alors que des mesures positives auraient dû être prises afin d'atteindre le résultat fixé par la directive (A), celles-ci ne l'ont pas été (B). Néanmoins, l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de cette carence semble avoir contribué à le réanimer, preuve que le mécanisme de responsabilité a correctement joué son rôle (C).

A. La nécessité de mesures positives

La mise en évidence d'une carence n'a de sens que si l'on est en mesure d'explicitier la manière dont le service aurait dû fonctionner, de décrire les actions positives qu'il aurait dû entreprendre. Cela revient ainsi à se poser la question de savoir ce que l'Etat aurait dû faire pour assurer le rétablissement de l'espèce dans un état de conservation favorable.

Protection négative de l'espèce

Il va de soi qu'une protection « négative » de l'espèce, c'est-à-dire passant essentiellement par des interdictions, était nécessaire. C'est ce qu'a fait l'Etat en mettant progressivement en place une interdiction générale de lui porter atteinte. Ainsi, après avoir cessé de récompenser les destructions d'ours en 1947, sa chasse a été interdite en 1962. C'est finalement toutes les formes d'atteinte à l'espèce qui ont été interdites et assorties de sanctions à partir de 1981. S'il est bien sûr indispensable, ce cadre là n'est déjà pas bien respecté en pratique : outre la quasi absence de sanctions pénales³¹, le juge administratif est

²⁹ Pour une analyse plus complète, v. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations – A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, Projet Claws & Laws, novembre 2017, pp. 59-64.

³⁰ Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, 2^{ème} éd., 1938, rééd. Dalloz, Préf. Fabrice Melleray, 2012 p. 29.

³¹ Pour une analyse de la politique pénale menée en la matière depuis 1981, v. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations – A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, Projet Claws & Laws, novembre 2017, pp. 40-43.

régulièrement contraint d'annuler des décisions administratives impliquant la perturbation de l'espèce³².

Indispensable protection positive

Néanmoins, même si la protection négative fonctionnait parfaitement, elle resterait à elle-seule insuffisante pour assurer le rétablissement de l'espèce³³. En effet, même si elle permet tant bien que mal à la population d'ours de continuer à augmenter sur un plan quantitatif, elle reste totalement impuissante face au problème qualitatif qui affecte la population. En effet, son degré élevé de consanguinité ne peut être combattu que par l'introduction d'individus exogènes, permettant ainsi une diversification du patrimoine génétique. En 2005, Yann Aguila expliquait déjà que « la lecture de la littérature générale et scientifique dans ce domaine montre que la protection des espèces passe non seulement par des mesures négatives, des interdictions, telles que l'interdiction de tuer, qui sont clairement prévues par les textes, mais aussi par des mesures positives telles que la réintroduction d'individus »³⁴.

Ainsi est-il aujourd'hui possible d'établir que le comportement normal de l'administration aurait dû être l'adoption de mesures positives consistant en l'introduction d'individus exogènes, par exemple en s'appuyant sur les scénarios établis par le Muséum national d'histoire naturelle, lesquels sont d'ailleurs rappelés dans les motifs du jugement. Ce dernier suggère ainsi implicitement l'existence, dans certaines circonstances, d'une obligation d'introduire des individus exogènes dans la population pyrénéenne d'ours bruns. Dans le mesure où l'Etat s'en est tenu à des mesures négatives depuis plus de 10 ans, sans concrétiser de projet de réintroduction, la carence fautive est caractérisée.

B. La caractérisation de la carence : l'Etat inanimé

Pour établir la carence fautive de l'Etat, le juge administratif procède ici en deux temps. Il met en évidence l'inaction de l'Etat avant de rejeter les faits justificatifs invoqués par ce dernier.

Deux manifestations de l'inaction de l'Etat

Il caractérise en premier lieu la carence de l'Etat en s'appuyant sur deux éléments. Le jugement rappelle d'une part que le ministère de l'écologie a refusé, en 2011, d'exécuter une décision de réintroduction, ce qui constitue un élément tangible démontrant la carence.

³² La dernière en date étant postérieure au jugement commenté : v. CAA Bordeaux, 5 juillet 2018, *Associations Ferus et Comité écologique ariégeois*, n° 16BX01183.

³³ V. Julien Betaille, « Le droit de l'environnement, instrument de transformation : tentative d'approche dialectique », in *A quoi sert le droit de l'environnement ? Réalité et spécificité de son apport au droit et à la société*, dir. Delphine Misonne, Bruylant, 2018.

³⁴ Yann Aguila, « Les incertitudes du cadre juridique de la politique de réintroduction de spécimens », conclusions sur CE, 20 avril 2005, *Association pour le développement durable de l'identité des Pyrénées et a.*, n° 261564, *Droit de l'environnement*, n° 129, 2005, p. 124.

Néanmoins, le juge aurait également pu s'appuyer sur les différents refus de réintroduction opposés entre temps aux demandes d'autorisation déposées par les associations ainsi que sur les positions publiques des ministres successifs, par exemple celle de Madame Ségolène Royal³⁵ dont on connaît par ailleurs le peu d'appétence pour le droit de la protection des espèces³⁶.

La carence de l'Etat est, d'autre part, caractérisée par l'absence de plan de gestion de l'ours depuis 2009, soit pendant près d'une décennie, alors même que ce type de plan constitue selon l'avocat général Philippe Léger « un moyen efficace de répondre à l'exigence de protection stricte visée à l'article 12, paragraphe 1, de la directive Habitats »³⁷. Sans entrer dans la question de savoir si cette absence constitue en elle-même une violation de la directive Habitats, le tribunal critique en creux le projet de plan de gestion de l'espèce³⁸ en relevant justement que ce projet « n'envisage de procéder à de nouvelles introductions que "dans la mesure où elles sont nécessaires au maintien d'une dynamique favorable de la population" », ce qui laisse d'ailleurs dans l'ombre la question de la consanguinité.

Plus largement, il faut rappeler que le programme de réintroduction initié au milieu des années 1990 était à l'origine beaucoup plus ambitieux et que, face aux oppositions locales, il n'a pas été totalement exécuté. C'est d'ailleurs en partie ce qui explique la forte consanguinité de la population actuelle d'ours, et donc la nécessité écologique de procéder aujourd'hui à l'introduction d'individus exogènes.

Absence de faits justificatifs de l'inaction

En second lieu, le juge rejette un à un tous les faits justificatifs invoqués par l'Etat. Tout d'abord, l'Etat a mis en avant la croissance des effectifs d'ours dans les Pyrénées, ce dont atteste effectivement les données issues du suivi de l'espèce. La réponse du juge à cet argument nous paraît relativement faible lorsqu'il avance qu'« il n'est cependant pas contesté que l'effectif actuel reste insuffisant pour assurer la pérennité de l'espèce et que l'existence même du noyau occidental est menacée à court terme ». D'une part, même si les scientifiques s'accordent sur le fait que l'effectif est actuellement insuffisant, cet argument reste faible car il leur est très difficile de déterminer un seuil quantitatif d'individus au-delà duquel la population peut être considérée comme étant viable à long terme. D'autre part, si la disparition à court terme du noyau occidental de la population était effectivement certaine en l'absence d'introduction de femelles exogènes, il eut été plus simple d'avancer l'argument

³⁵ « Ségolène Royal à la chasse aux animaux protégés », *Le Monde*, 22 septembre 2014.

³⁶ Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il été contraint d'annuler l'instruction de Ségolène Royal ordonnant aux agents de l'office national de la chasse et de la faune sauvage de ne pas verbaliser les personnes pratiquant la chasse aux oies cendrées (CE, 29 janvier 2018, *Ligue pour la Protection des Oiseaux*, n° 407350 ; AJDA, 2018, p. 196).

³⁷ Conclusions de l'avocat général Philippe Léger dans l'affaire C-183/05, 21 septembre 2006, § 39.

³⁸ Le plan a finalement été adopté quelques semaines après ce jugement : v. *Plan d'actions Ours brun 2018-2028* ; DREAL Occitanie, Mai 2018.

de la nécessaire diversification du patrimoine génétique de la population. Il nous semble d'ailleurs que ce problème est, au regard de l'exigence de viabilité à long terme de la population posée par l'article 1^{er} de la directive Habitats, au moins aussi important si ce n'est plus que l'éventuelle disparition du noyau occidental³⁹.

L'Etat faisait ensuite valoir, pour justifier son inaction, « l'importance des oppositions locales à la réintroduction d'ours », cela en raison des difficultés de coexistence avec la pratique du pastoralisme. Le tribunal rejette là aussi l'argument en considérant que « les dégâts imputés aux ours sur les troupeaux et les ruches restent relativement mesurés et que l'Etat a pris des mesures adaptées en faveur du pastoralisme, parmi lesquelles figure notamment l'indemnisation systématique des pertes d'animaux ». Même s'ils sont contestés par les éleveurs, les chiffres concernant les dégâts imputés à l'ours sont restés stables pendant longtemps alors même que la population d'ours augmentait de manière significative. L'année 2017 a cependant connu une forte hausse en raison d'un dérochement de plus de 200 brebis prises de panique par une attaque d'ours⁴⁰. Il reste que les pertes peuvent être relativisées lorsqu'on les rapporte au nombre d'ovins dans les Pyrénées mais également aux effets des autres causes de mortalité ovine. De plus, l'Etat indemnise les dégâts causés par l'ours⁴¹, même si là aussi le fonctionnement du système d'indemnisation est dénoncé par les éleveurs, probablement à juste titre, comme ne prenant pas en considération l'ensemble des pertes occasionnées. Il reste que le tribunal n'avait d'autre choix que celui de rejeter l'argumentation de l'Etat, sauf à mettre celui-ci sur la voie d'un manquement. En effet, l'argument tiré de la nécessité de préserver l'ordre public, menacé par des oppositions locales à l'application pleine et entière du droit de l'Union européenne, est rejeté par la Cour de justice, notamment en matière agricole⁴².

Enfin, l'Etat faisait valoir que des réintroductions nécessiteraient une procédure de concertation transfrontalière au titre de l'article 22 de la directive Habitats. Néanmoins, le tribunal considère que cela ne justifie pas « en l'espèce, les huit années de retard constatées dans la définition du nouveau plan d'actions relatif à la conservation de l'ours ».

Ayant caractérisé la carence puis rejeté l'ensemble des faits justificatifs invoqués par l'Etat, le tribunal peut alors conclure que « les actions mises en œuvre par l'Etat ne peuvent pas être regardées comme suffisantes au regard des enjeux identifiés pour le maintien durable de l'espèce ursine dans le massif pyrénéen ; que les associations requérantes sont, par suite,

³⁹ Les dernières données issues du suivi de la population montrent cependant qu'il existe de nouveau une communication entre les deux noyaux.

⁴⁰ Les chiffres pour l'année 2018 ne sont pas encore connus.

⁴¹ Arrêté préfectoral du 21 juin 2018 portant approbation du barème pour l'indemnisation des dommages occasionnés par l'ours dans le massif pyrénéen pour l'année 2018.

⁴² CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, C-265/95 ; RFDA, 1998, p. 120, note Louis Dubouis ; CJCE, 17 février 2009, *Commune de Sausheim c. Azelvandre*, C-552/07, *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2009, p. 297, note Julien Bétaille.

fondées à soutenir que la France ne satisfait pas à son obligation de rétablissement de l'ours brun dans un état de conservation favorable, telle qu'elle résulte de l'article 2 de la directive du 21 mai 1992 ; que la carence des autorités nationales face à cette obligation constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'État ».

C. La portée de la carence fautive : l'Etat réanimé

A en juger par les actions entreprises à la suite du jugement commenté, il semble que la constatation de la carence fautive de l'Etat ait produit quelques effets. Cela appelle deux types de remarques à la lumière des différentes fonctions de la responsabilité administrative.

La fonction réparatrice : le préjudice moral sans le préjudice écologique

En premier lieu, le jugement apparaît satisfaisant au regard du cadre classique de la fonction réparatrice de la responsabilité. Néanmoins, la portée de cette fonction pourrait être encore plus grande moyennant une évolution de ce cadre vers l'admission de la réparabilité du préjudice écologique. Ainsi faut-il d'abord constater la réparation par le juge du préjudice moral subi par les associations agréées de protection de l'environnement. La réparation de ce type de préjudice en droit administratif a récemment fait l'objet d'une clarification par le Conseil d'Etat. Ce dernier admet clairement la réparabilité du préjudice moral de ces associations, sous réserve pour elles d'en démontrer le caractère personnel, c'est-à-dire l'atteinte à leur objet statutaire résultant des effets de la décision illégale⁴³. Pour autant, dans les deux espèces, il a rejeté les demandes des associations et juge, dans un arrêt du 26 février 2016, que l'association n'a pas démontré le caractère personnel du préjudice. Selon lui, « la circonstance que des animaux ont été détruits en application des arrêtés annulés ne saurait suffire à l'établir ». L'arrêt reste difficile à interpréter dans la mesure où il a été rendu sur conclusions contraires du rapporteur public. Néanmoins, il semble que le juge exige une argumentation plus précise et circonstanciée de la part des requérantes, consistant par exemple à démontrer en quoi les effets de la décision administrative ont compromis l'accomplissement de leur objet statutaire et anéanti les efforts effectués par elle pour le réaliser⁴⁴. Comme l'exprime Xavier de Lesquen, « les destructions effectuées sur le fondement de l'arrêté illégal affectent les intérêts moraux de l'association, du fait des efforts consentis pour éviter les destructions inconsidérées des espèces. (...). Les associations s'investissent localement pour une gestion équilibrée des espèces, et c'est bien l'atteinte portée à leurs efforts qui les affectent "personnellement", au sens des intérêts statutaires »⁴⁵.

⁴³ CE, 30 mars 2015, *ASPAS*, n° 375144, concl. Xavier de Lesquen (inédit) ; CE, 26 février 2016, *ASPAS*, n° 390081, concl. Xavier de Lesquen (inédit). Nous remercions le service de diffusion de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour la communication de ces conclusions ainsi que Monsieur le rapporteur public Xavier de Lesquen.

⁴⁴ V. en ce sens les conclusions de Xavier de Lesquen sur la décision du 30 mars 2015 (inédit), p. 7.

⁴⁵ Xavier de Lesquen, conclusions sur CE, 26 février 2016, *ASPAS*, n° 390081, p. 3 (inédit).

Reste bien sûr aux requérantes de soumettre au juge l'ensemble des éléments nécessaires à son appréciation.

C'est ce que semblent avoir fait convenablement les associations dans l'affaire qui nous occupe. En effet, pour admettre leur préjudice moral, le tribunal relève que les deux associations « respectivement créées en 1991 et 1993, sont investies de longue date et de manière très active dans la préservation de la population ursine pyrénéenne ; que leurs rapports d'activité annuels établissent l'importance des actions menées, consistant notamment dans l'organisation de colloques, expositions ou autres manifestations, l'édition de supports d'information et de communication ou la conduite d'actions de terrain, notamment pour favoriser la coexistence entre l'espèce ursine et les activités humaines ; que les deux associations se sont impliquées dans les opérations de réintroduction des ours en 1996 et 2006 et ont présenté, à plusieurs reprises depuis lors, de nouvelles demandes d'autorisation à cette même fin ». Fort de tels éléments, le juge admet que les fautes commises par l'Etat ont porté atteinte aux intérêts collectifs défendus par les deux associations et leur attribue un montant d'indemnisation qui, sans être exorbitant, est significatif puisqu'il s'élève à 8 000 euros pour chacune d'entre elles.

Pour autant, la portée du jugement aurait pu être plus grande encore s'il n'avait pas laissé dans l'ombre, comme persiste à le faire le juge administratif, la question de la réparation du préjudice écologique pur⁴⁶. Alors que le juge civil⁴⁷, puis le législateur⁴⁸, ont admis la réparation du préjudice écologique, montrant ainsi qu'il n'est nullement indispensable de reconnaître la personnalité juridique de la nature pour prendre en compte sa valeur intrinsèque, le juge administratif reste en retrait en continuant de refuser son indemnisation⁴⁹. Le cas d'espèce n'était nous semble-t-il pas inintéressant de ce point de vue. Même si cela relève de la spéculation dans la mesure où le juge n'était pas ici saisi de conclusions en ce sens, l'affaire a le mérite d'illustrer en quoi l'action ou l'inaction de l'Etat peut impliquer un dommage écologique pur. En effet, il n'est pas besoin d'être un grand scientifique pour comprendre qu'en l'absence de femelle dans le noyau béarnais de la population d'ours, ce dernier était quasiment voué à la disparition. Surtout, les phénomènes de consanguinité sont aujourd'hui suffisamment bien connus pour que l'on puisse être

⁴⁶ Sur cette question v. Olivier Fuchs, *Responsabilité administrative extracontractuelle et atteintes environnementales*, thèse, droit, dact., Nantes, 2007 ; Marthe Lucas, « Préjudice écologique et responsabilité : Pour l'introduction légale du préjudice écologique en droit de la responsabilité administrative », *Environnement*, 2014, étude 6.

⁴⁷ CA Paris, 30 mars 2010 ; *Dalloz*, 2010, p. 1008 et p. 2238, note Laurent Neyret ; Cass., crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938 ; *RTD Civ*, 2013, p. 119, note Patrice Jourdain.

⁴⁸ Articles 1246 et s. du Code civil.

⁴⁹ CE 12 juill. 1969, *Ville de Saint-Quentin et a.*, rec., p. 383 ; confirmé implicitement par CE, 30 mars 2015, *ASPAS*, n° 375144, concl. Xavier de Lesquen (inédit) ; CE, 26 février 2016, *ASPAS*, n° 390081, concl. Xavier de Lesquen (inédit)

certain de leurs effets négatifs sur une population. Dès lors, l'inaction de l'Etat a bien engendré un dommage écologique pur. Ce dernier était certes futur, mais pas moins certain.

Au-delà du cas d'espèce, on admet avoir du mal à concevoir les raisons qui poussent encore le juge administratif à refuser l'indemnisation du dommage écologique pur, dans la mesure où il suffirait de s'inspirer du code civil pour faire de ce dommage un préjudice. Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois que le juge administratif s'inspire du droit civil⁵⁰. En 2015, Xavier de Lesquen exposait qu'il était « urgent d'attendre que le législateur éclaire cette question »⁵¹. C'est désormais chose faite depuis la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité puisque son article 4 a intégré au code civil la réparation du préjudice écologique⁵². La balle est donc dans le camp du Conseil d'Etat.

La fonction sanctionnatrice, élément réanimateur de l'Etat

En second lieu, les événements qui ont suivi la décision commentée montrent que la fonction de sanction de la responsabilité administrative est peut-être encore bien vivante. En effet, l'action de l'Etat concernant la protection de l'ours a été véritablement réanimée. Même si le jugement n'est pas le seul facteur qui explique cette évolution, la stigmatisation de la faute de l'Etat a probablement été un élément important.

Hasard ou non, le ministre de l'écologie Nicolas Hulot a annoncé, quelques jours après ce jugement, son intention de réintroduire deux ours dans le Béarn⁵³. S'en est suivi au mois de mai l'adoption du fameux plan de gestion de l'ours⁵⁴ puis l'autorisation de procéder aux réintroductions annoncées⁵⁵ – dont les motifs précisent d'ailleurs que la réintroduction est « indispensable pour aller vers la restauration de l'ours brun dans un état de conservation favorable dans les Pyrénées » – et enfin, malgré le changement de ministre au début du mois de septembre, le lâché sur le terrain de deux femelles ours les 4 et 5 octobre 2018.

Il est certain que la volonté politique du ministre Nicolas Hulot a également été un facteur déterminant, de même qu'un contexte politique favorable dans lequel le gouvernement ne pouvait se permettre un nouveau recul, mais aussi en toile de fond l'ouverture d'une procédure d'infraction depuis 2012 et la menace d'un recours en manquement dont on sait

⁵⁰ Benoit Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, droit public, Pantheon-Assas Ed., 2003.

⁵¹ Xavier de Lesquen, conclusions sur CE, 30 mars 2015, *ASPAS*, n° 375144, p. 8 (inédit).

⁵² Article 4 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages

⁵³ V. « Nicolas Hulot veut réintroduire deux ours femelles dans les Pyrénées », *Le Monde*, 27 mars 2018.

⁵⁴ *Plan d'actions Ours brun 2018-2028*, DREAL Occitanie, Mai 2018.

⁵⁵ Arrêté ministériel du 29 août 2018 portant autorisation de procéder à l'introduction dans le milieu naturel de spécimens d'ours brun (*URSUS ARCTOS*) – Office national de la chasse et de la faune sauvage (BO MTEs – MCT no 2018/9 du 25 septembre 2018, pp. 1-4).

l'efficacité en la matière⁵⁶. Il faut en France la réunion de beaucoup de facteurs pour respecter la directive Habitats, mais l'essentiel est là, l'espoir que la population d'ours puisse atteindre à terme un état de conservation favorable et ainsi permettre à la France de s'acquitter pleinement de sa responsabilité au sein de l'Union européenne. L'Etat ne devrait cependant pas lever les bras au ciel trop tôt dans la mesure où rien ne garantit à ce jour le succès de ces réintroductions, d'autant que c'est le scénario le moins ambitieux qui a ici été retenu. Seul le suivi génétique effectué par l'office national de la chasse et de la faune sauvage pourra permettre de savoir à l'avenir si la stratégie de diversification génétique porte ses fruits et si la réintroduction de seulement deux ours était suffisante pour assurer la viabilité à long terme de la population.

⁵⁶ Julien Bétaille, « L'efficacité du référé européen et le principe de précaution au secours de la forêt de Bialowieza – Commentaire sur CJUE, ord. référé, 27 juillet 2017 et ord. référé, grande chambre, 20 novembre 2017, *Commission européenne c. République de Pologne*, C-441/17 R », *Droit de l'environnement*, n° 263, 2018, p. 14.