

La protection européenne des espèces sauvages mise à mal par le Conseil d'État

Julien Bétaille
Maître de conférences en droit public,
Université Toulouse Capitole (IEJUC UR 1919)
Membre de l'*Institut universitaire de France*

Résumé

La Cour de justice de l'Union européenne veille à l'application stricte du régime juridique de la protection des espèces issu des directives « Oiseaux » et « Habitats ». En particulier, elle interprète de manière large la notion d'atteinte intentionnelle aux espèces, ce qui oblige de nombreuses activités à passer par une procédure de dérogation pour pouvoir être exercées. Le Conseil d'État a quant à lui récemment subordonné l'application du régime de la dérogation à la protection des espèces à la condition que l'activité en question représente un « risque caractérisé » pour les espèces, alors même que la Cour de justice s'oppose explicitement à ce que l'applicabilité de la procédure de dérogation soit subordonnée à l'existence d'un risque d'incidence négative sur l'état de conservation. Compte tenu de la prise en compte du principe de précaution par la Cour dans l'interprétation du champ de ce régime, il est possible, à l'inverse de la position adoptée par le Conseil d'État, de défendre qu'à partir du moment où il ne peut pas être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que tel ou tel type d'activité est susceptible d'engendrer une atteinte aux espèces, la simple présence d'espèces protégées dans la zone suffit à considérer ces activités comme des atteintes intentionnelles et donc de les soumettre à la procédure de dérogation.

Mots clés

Espèces, Directive Oiseaux, Directive Habitats, Interprétation, Dérogation, CJUE, Conseil d'État

Le droit de l'Union européenne prend la nature au sérieux. Les espèces de faune et de flore sont protégées juridiquement par la combinaison des dispositions de la directive « Oiseaux » adoptée en 1979¹ et de la directive « Habitats » adoptée en 1992². Alors que l'article 5 de la directive « Oiseaux » prévoit en substance, s'agissant de « toutes » les espèces d'oiseaux, l'interdiction de les tuer, de les capturer, de les perturber et de détruire leurs nids ou leurs œufs « intentionnellement », l'article 12 de la directive « Habitats » dispose, pour certaines espèces animales figurant dans son annexe IV, de l'interdiction de les capturer, de les mettre à mort, de les perturber et de détruire ou ramasser leurs œufs intentionnellement³. Dans la plupart des cas, les atteintes intentionnelles aux espèces sont ainsi purement et simplement interdites⁴. Ces interdictions font néanmoins l'objet d'un régime de dérogation, que ce soit au titre de l'article 9 de la directive « Oiseaux » ou au titre de l'article 16 de la directive « Habitats ».

Le droit européen de la protection de la nature a fait ses preuves, même s'il reste insuffisant pour enrayer le déclin de la biodiversité⁵. C'est entre autres ce qui explique la montée en puissance d'un droit de la restauration de la nature⁶, domaine dans lequel le droit de l'Union européenne est une fois encore avant-gardiste⁷.

Quoi qu'il en soit, dans ce domaine comme dans d'autres, la Cour de justice de l'Union européenne a de longue date pris très au sérieux les dispositions des directives sur la protection de la nature⁸. Elle procède à une interprétation téléologique de leurs dispositions, cherchant inlassablement à concrétiser l'objectif des directives et à leur conférer tout leur effet utile⁹. En l'occurrence, il s'agit de

¹ Directive n° 2009/147/CE du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages (codifiant la directive éponyme n° 79/409/CEE du 2 avril 1979).

² Directive n° 92/43/CEE du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

³ L'article 13 de la directive « Habitats » prévoit un régime comparable s'agissant des espèces végétales.

⁴ Au titre de l'article 12 de la directive « Habitats », la détérioration ou la destruction des sites de reproduction ou des aires de repos des espèces animales est interdite sans que la directive ne mentionne le caractère intentionnel de telles atteintes (article 12, c)). Au titre de l'article 5 de la directive « Oiseaux », le ramassage et la détention des œufs, tout comme la détention d'oiseaux des espèces dont la chasse et la capture ne sont pas permises, font l'objet d'une interdiction sans que la directive ne mentionne le caractère intentionnel de telles atteintes (article 5, c) et e)).

⁵ V. S. Jolivet, « De la survie des espèces menacées d'extinction à la lutte contre le déclin des populations – Réflexions sur l'efficacité du statut d'espèce protégée à partir du cas de la faune sauvage », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2020, p. 101 ; J. Bétaïlle, « La directive Oiseaux quarante ans après : des résultats encourageants et des espoirs à concrétiser », *Revue semestrielle de droit animalier*, 2020, n° 2, p. 305.

⁶ V. A. Telesetsky, A. Cliquet et A. Akhtar-Khavari, *Ecological Restoration in International Environmental Law*, Routledge, 2016.

⁷ V. la proposition de règlement sur la restauration de la nature du 22 juin 2022 (COM(2022) 304 final).

⁸ V. M. Clément, *Droit européen de l'environnement*, Bruylant, 2021, p. 465 et s..

⁹ V. C.-H. Born, A. Cliquet, H. Schoukens, D. Misonne et G. Van Hoorick, *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context – European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015 ; A. Trouwborst, « The EU Habitats Directive and Wolf Conservation and Management on the Iberian Peninsula: A Legal Perspective », July 2014, 26 *Galemys: Spanish Journal of Mammalogy* ; A. Trouwborst, L. Boitani et J.D.C. Linnell, « Interpreting 'favourable conservation status' for large carnivores in Europe: how many are needed and how many are wanted? », *Biodivers Conserv* 26, 37–61 (2017) ; Y.

maintenir ou de rétablir les espèces dans un état de conservation favorable¹⁰. Dès lors, la Cour a depuis longtemps et à de multiples reprises averti les États-membres comme les juridictions internes : ces directives mettent en place un régime de protection « stricte » des espèces et les dérogations à ce régime doivent être interprétées de manière « stricte »¹¹.

C'est dans ce contexte qu'intervient l'avis contentieux rendu par le Conseil d'État le 9 décembre 2022¹². Saisi par la Cour administrative d'appel de Douai, il se prononce sur plusieurs éléments importants du régime de protection des espèces, notamment sur le champ d'application de la procédure de dérogation. Même s'il s'agissait en l'espèce d'une affaire portant sur la construction d'éoliennes, il va de soi que la portée de cet avis est beaucoup plus large. Son contenu concerne potentiellement tout type de projet susceptible de porter atteinte aux espèces. Il porte par ailleurs tout aussi bien sur la protection juridique des oiseaux au titre de la directive « Oiseaux » que celle d'autres espèces au titre de la directive « Habitats ». Néanmoins, sa portée n'est pas affectée par l'adoption du récent règlement « RePowerEU »¹³.

L'objet de cette contribution n'est pas d'analyser cet avis sous tous les angles mais d'en proposer un examen à l'aune de l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, les positions adoptées par le Conseil d'État posent un certain nombre de problèmes au regard du droit de l'Union européenne, du moins méritent d'être questionnées dans le détail.

Les questions posées au Conseil d'État par la Cour administrative d'appel de Douai ont été présentées de la manière suivante par le rapporteur public : « à partir de quel seuil de destruction la dérogation doit-elle être regardée comme obligatoire ? Dans quelle mesure faut-il tenir compte, à cet égard, des actions proposées par le pétitionnaire pour éviter, réduire ou compenser les atteintes portées aux espèces ? »¹⁴.

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*, vol. 28, n° 2, 2016, p. 221.

¹⁰ Article 2 de la directive « Habitats » et article 2 de la directive « Oiseaux ».

¹¹ V. parmi de multiples exemples s'agissant de la directive « Oiseaux », v. CJCE 10 sept. 2009, *Commission c. Malte*, C-76/08, point 48 et, s'agissant de la directive « Habitats », v. CJUE 15 mars 2012, *Commission c. Pologne*, C-46/11, point 29.

¹² CE, avis, 9 décembre 2022, *Association Sud Artois pour la protection de l'environnement*, n° 463563.

¹³ Les directives « Oiseaux » et « Habitats » ne sont pas modifiées par le règlement n° 2022/2577 du 22 décembre 2022 établissant un cadre en vue d'accélérer le déploiement des énergies renouvelables. Seules les notions de « raison impérative d'intérêt public majeur » en ce qui concerne la directive « Habitats », et celle d'« intérêt de la santé et de la sécurité publique » en ce qui concerne la directive « Oiseaux », qui conditionnent partiellement la délivrance des dérogations, sont affectées. Au titre de son article 3, la production d'énergies renouvelables est présumée répondre à ces deux motifs de dérogation. Il s'agit cependant d'une présomption simple qui ne dispense pas l'administration d'un examen au cas par cas s'agissant de la présence de telles justifications (v. considérant n° 4 du règlement n° 2022/2577). Par ailleurs, les conditions liées à l'état de conservation favorable et à l'absence de solution alternative restent pleinement applicables.

¹⁴ Conclusions du rapporteur public N. Agnoux sur CE, 9 décembre 2022, *Association Sud Artois pour la protection de l'environnement*, n° 463563, p. 10.

En somme, il s'agit de déterminer le champ d'application de la procédure de dérogation en matière d'espèces protégées et, accessoirement, de déterminer de quelle manière la séquence « Éviter, Réduire, Compenser » (ERC) interfère à cet égard.

La réponse du Conseil d'État est proposée en deux temps¹⁵. En premier lieu, il affirme que « le système de protection des espèces (...) impose d'examiner si l'obtention d'une dérogation est nécessaire dès lors que des spécimens de l'espèce concernée sont présents dans la zone du projet, sans que l'applicabilité du régime de protection dépende, à ce stade, ni du nombre de ces spécimens, ni de l'état de conservation des espèces protégées présentes ». Une telle réponse eut été satisfaisante au regard de la jurisprudence de la Cour de justice si le Conseil d'État s'en était tenu là. Au lieu de cela, il procède, dans un second temps, à une véritable redéfinition du champ d'application de la procédure de dérogation. Ainsi, « 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" ». Au terme de cette interprétation du Conseil d'État, tous les projets qui, compte tenu des mesures d'évitement et de réduction qu'ils prévoient¹⁶, impliquent un risque d'atteinte aux espèces qui n'est pas « caractérisé », échappent à l'obligation de solliciter une dérogation auprès de l'administration. Cela revient à considérer qu'en pareil cas, il ne s'agit pas d'une atteinte tombant sous le coup de l'article 5 de la directive « Oiseaux » ou de l'article 12 de la directive « Habitats ».

¹⁵ CE, avis, 9 décembre 2022, *Association Sud Artois pour la protection de l'environnement*, n° 463563, points 4 et 5.

¹⁶ La Cour de justice ne s'est jamais prononcée sur la prise en considération des mesures d'évitement et de réduction dans la détermination du champ d'application de la protection des espèces. Néanmoins, dans le cadre de l'application de l'article 6 de la directive « Habitats », la Cour a jugé qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte les mesures d'évitement et de réduction des effets d'un projet sur un site Natura 2000 lors de la phase de préévaluation du projet dont le but est de déterminer si le projet doit faire ou non l'objet d'une évaluation d'incidence. (CJUE, 12 avril 2018, *People Over Wind, Peter Sweetman*, C-323/17, point 27). Elle considère que « la circonstance que (...) des mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables d'un plan ou d'un projet sur le site concerné soient prises en considération, lors de l'appréciation de la nécessité de réaliser une évaluation appropriée, présuppose qu'il est vraisemblable que le site est affecté de manière significative et que, par conséquent, il convient de procéder à une telle évaluation » (*ibidem*, point 35). La Cour ajoute que « la prise en compte de telles mesures dès la phase de préévaluation serait susceptible de porter atteinte à l'effet utile de la directive « habitats », en général, ainsi qu'à la phase d'évaluation, en particulier, dès lors que cette dernière phase perdrait son objet et qu'il existerait un risque de contournement de cette phase d'évaluation, qui constitue pourtant une garantie essentielle prévue par cette directive » (*ibidem*, point 37).

Avant de revenir en détail sur ce point, il faut mentionner que, dans le même avis, le Conseil d'État se prononce également sur un autre sujet à propos duquel il n'était pas interrogé par la Cour administrative d'appel, celui de l'appréciation des conditions de dérogation elles-mêmes. Il considère ici que l'administration, lorsqu'elle se prononce sur les conditions de dérogation, doit prendre en compte les « mesures d'évitement, réduction et compensation proposées par le pétitionnaire » pour apprécier « les atteintes que le projet est susceptible de porter aux espèces protégées »¹⁷.

Cette position du Conseil d'État manque assez largement de clarté, même si elle a d'ores et déjà été confirmée¹⁸. En effet, lorsqu'on examine les trois conditions de dérogation, c'est surtout la condition tenant au fait de ne pas nuire au maintien des espèces dans un état de conservation favorable qui est concernée. A l'évidence, il s'agit bien ici pour l'administration d'examiner « les atteintes que le projet est susceptible de porter aux espèces protégées », mais pour évaluer si le projet nuit au maintien des espèces dans un état de conservation favorable, faut-il prendre en compte l'atteinte « brut », sans retrancher l'effet des mesures de compensation proposées, ou faut-il prendre en compte l'atteinte « nette », c'est-à-dire celle qui demeure une fois que l'on a pris en compte les effets positifs supposés des mesures de compensation ? L'avis du Conseil d'État tranche semble-t-il en faveur de la seconde solution¹⁹.

Cette position a de quoi laisser dubitatif en ce qu'elle détourne le caractère préventif du régime de protection des espèces. Plus largement, la compensation est toujours envisagée, en droit de l'environnement, comme un ultime recours, dont l'objet est de contrebalancer les impacts résiduels du projet²⁰. Or, la position du Conseil d'État pourrait permettre à des projets d'obtenir une dérogation à la protection des espèces grâce à la promesse de mettre en place des mesures de compensation dont les effets bénéfiques n'ont, à ce stade, rien de certain. Le régime de protection des espèces, comme toutes les autres polices administratives utilisées en droit de l'environnement, a un but essentiellement préventif. Il s'agit d'« éviter » les atteintes au moyen d'un

¹⁷ CE, avis, 9 décembre 2022, *Association Sud Artois pour la protection de l'environnement*, n° 463563, point 6.

¹⁸ CE, 28 décembre 2022, *FRENE 66*, n° 449658.

¹⁹ Le guide d'interprétation de la directive Habitats publié par la Commission européenne tranche également dans le même sens mais cette position de la Commission européenne ne s'appuie sur aucune décision de la Cour de justice de l'Union européenne, comme c'est en général le cas dans le reste de ce document. Selon la Commission, « l'article 16 ne mentionne pas de mesures compensatoires. Par conséquent, elles ne sont pas obligatoires. Elles ne peuvent pas non plus justifier ou compenser une violation de l'article 12, mais peuvent être un élément permettant de garantir le respect de l'exigence de l'article 16, paragraphe 1, selon laquelle il ne doit exister aucune incidence négative sur l'état de conservation de l'espèce concernée » (Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive « Habitats », Communication de la Commission, 12 octobre 2021, C(2021) 7301 final, p. 78).

²⁰ Article L. 163-1 du code de l'environnement.

contrôle administratif préalable, le cas échéant en refusant d'accorder la dérogation au terme de l'instruction de la demande. Dans la mesure où la position du Conseil d'État permet à des projets de porter atteinte aux espèces au motif que des mesures de compensation sont prévues, la séquence « ERC » est en quelque sorte détournée et redéfinie en séquence « CER ». La compensation autorise à détruire. Ce sont les fondements mêmes du droit de l'environnement qui sont mis en cause, à commencer par ses fondements constitutionnels, l'article 3 de la Charte de l'environnement prévoyant le devoir de toute personne de prévenir les atteintes à l'environnement.

Plusieurs raisons conduisent également à penser qu'un tel renversement pourrait ne pas être du goût de la Cour de justice de l'Union européenne. En premier lieu, l'article 16 de la directive « Habitats », comme l'article 9 de la directive « Oiseaux », ne prévoit aucune prise en compte des mesures de compensation dans l'appréciation des conditions de dérogation. Pourtant, ce n'est pas faute pour la Commission européenne d'avoir soumis les deux directives à un « Fitness Check », examen au terme duquel il n'a pas été jugé nécessaire de réviser les directives²¹. Ce n'est pas non plus un simple oubli du législateur européen puisqu'un autre article de la directive « Habitats », l'article 6 qui porte sur la protection des zones spéciales de conservation, prévoit bien un régime de compensation. Dès lors, le Conseil d'État semble ici outrepasser son rôle de juge pour prendre les habits du législateur. Que cela soit habituel en droit administratif français, du fait de son histoire, est une chose, mais il s'agit ici d'ajouter une disposition à une directive européenne, qui plus est une disposition qui affaiblit la réalisation du but de la directive, et non une disposition plus stricte que celles qui figurent dans l'acquis de l'Union européenne.

En deuxième lieu, la Cour a, à plusieurs reprises, affirmé que le système de protection stricte mis en place par l'article 12 de la directive « Habitats » a un « caractère préventif » et qu'il doit « permettre d'éviter effectivement la capture ou la mise à mort intentionnelle dans la nature »²², ce qui est tout à fait contradictoire avec l'idée de compensation.

En dernier lieu, l'article 6, paragraphe 4, de la directive « Habitats » prévoit que si en dépit de conclusions négatives de l'évaluation des incidences sur un site Natura 2000 et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, l'État membre prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée. En matière de protection de l'habitat des espèces, il est donc possible d'avoir recours à des mesures de compensation. Cependant, ce n'est ici qu'en

²¹ *Evaluation study to support the Fitness Check of the Birds and Habitats Directives*, Final report, March 2016.

²² CJUE, 10 octobre 2019, *Tapiola*, C-674/17, point 27 ; 4 mars 2021, *Skjdda Skogen*, C-473/19 et C-474/19, point 75.

ultime recours que de telles mesures sont possibles, après que l'on ait soigneusement veillé à l'évitement et à la réduction des atteintes. Or, la Cour de justice est particulièrement attachée à faire respecter cette logique. Par exemple, dans une affaire de 2014, elle a jugé que « des mesures de protection prévues par un projet qui visent à compenser les effets négatifs de celui-ci sur un site Natura 2000 ne sauraient être prises en compte dans le cadre de l'évaluation des incidences dudit projet »²³. Les mesures compensatoires ne doivent intervenir qu'en dernier recours²⁴. La Cour ajoute que « ces mesures ne visent ni à éviter ni à réduire les effets significatifs négatifs directement causés sur ce type d'habitat par le projet de tracé de l'autoroute A2, mais tendent à compenser par la suite ces effets. Dans ce contexte, elles ne sauraient garantir que le projet ne portera pas atteinte à l'intégrité dudit site »²⁵. Ce raisonnement pourrait tout à fait être transposé par la Cour en matière d'espèces protégées : des mesures de compensation ne garantissent pas que le projet ne nuira pas à l'état de conservation de l'espèce et elles ne doivent pas permettre un contournement de la protection²⁶. La Cour prend en considération l'atteinte brute à la nature, et non l'atteinte nette. Elle met également le doigt sur le caractère incertain de l'effet bénéfique de la compensation : « les éventuels effets positifs du développement futur d'un nouvel habitat, qui vise à compenser la perte de surface et de qualité de ce même type d'habitat sur un site protégé, quand bien même d'une superficie plus grande et de meilleure qualité, ne sont que difficilement prévisibles et, en tout état de cause, ne seront visibles que dans quelques années, (...). Par conséquent, ils ne peuvent être pris en compte »²⁷. Enfin, la Cour relève qu'il s'agit d'« éviter que, par des mesures (...) compensatoires, l'autorité nationale compétente contourne les procédures spécifiques énoncées à (l'article 6) en autorisant (...) des projets qui portent atteinte à l'intégrité du site »²⁸. C'est pourtant, en somme, ce que l'avis du Conseil d'État invite l'administration à faire en matière d'espèces.

Revenons désormais à la question principale à laquelle le Conseil a répondu à l'occasion de cet avis, c'est-à-dire celle qui lui était posée par la Cour administrative d'appel de Douai concernant le champ d'application de la procédure de dérogation.

Le rapporteur public Nicolas Agnoux a justement relevé, dans ses conclusions, que la question « du seuil de déclenchement de l'obligation, qui ne fait l'objet d'aucune

²³ CJUE, 15 mai 2014, *T.C. Briels*, C-521/12, point 29.

²⁴ V. CJUE, 21 juillet 2016, *Orleans*, C-387/15 et C-388/15, point 62.

²⁵ CJUE, 15 mai 2014, *T.C. Briels*, C-521/12, point 31.

²⁶ CJUE, 21 juillet 2016, *Orleans*, C-387/15 et C-388/15, point 58.

²⁷ CJUE, 15 mai 2014, *T.C. Briels*, C-521/12, point 32. V. aussi CJUE, 21 juillet 2016, *Orleans*, C-387/15 et C-388/15, point 56.

²⁸ CJUE, 15 mai 2014, *T.C. Briels*, C-521/12, point 33.

précision dans les textes, n'a guère été abordée en jurisprudence»²⁹. Cela vient probablement du fait que la réponse à cette question est évidente, ce qui implique qu'il ne s'agit probablement pas là de la bonne question. En effet, l'obligation de solliciter auprès de l'administration une dérogation à la protection des espèces se déclenche dès lors que nous sommes en présence d'une atteinte prohibée par l'article 9 de la directive « Oiseaux » ou par l'article 12 de la directive « Habitats ». Ainsi, la question ne porte pas sur le régime juridique de la dérogation³⁰, mais plutôt sur celui de la protection en tant que telle. Il s'agit de déterminer précisément à partir de quand une activité humaine constitue une atteinte prohibée au titre des deux directives. Si l'activité constitue une atteinte prohibée, alors elle ne peut être menée qu'après avoir donné lieu à une dérogation. A l'inverse, si elle ne l'est pas, elle peut être librement menée, sous réserve bien sûr de respecter les autres règles qui lui sont éventuellement applicables, notamment pour les captures ou mises à mort « accidentelles »³¹. La question posée par la Cour administrative d'appel de Douai revient par conséquent à s'interroger sur le point de savoir ce qui constitue une atteinte aux espèces protégées, singulièrement une atteinte « intentionnelle », peu importe qu'il s'agisse de capturer, tuer, mettre à mort, perturber ou détruire, les espèces en tant que telles, leurs œufs ou leurs nids. Les deux directives restent muettes sur ce point. Néanmoins, l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne fournie de précieux éclairages.

Sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice, il est possible de défendre la thèse selon laquelle, à partir du moment où il ne peut pas être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que tel ou tel type d'activité est susceptible d'engendrer une atteinte aux espèces, la simple présence d'espèces protégées dans la zone suffit à considérer ces activités comme des atteintes intentionnelles au titre de l'article 5 de

²⁹ Conclusions du rapporteur public N. Agnoux sur CE, 9 décembre 2022, *Association Sud Artois pour la protection de l'environnement*, n° 463563, p. 11.

³⁰ Article 9 de la directive « Oiseaux » et article 16 de la directive « Habitats ».

³¹ A cet égard, il faut noter que l'article 12, paragraphe 4, de la directive « Habitats » prévoit un « système de contrôle des captures et mises à mort accidentelles des espèces » dans le cadre duquel les États-membres doivent prendre « les mesures de conservation nécessaires pour faire en sorte que les captures ou mises à mort involontaires n'aient pas une incidence négative importante sur les espèces en question » (s'agissant de la transposition de ce dispositif en droit français, v. le décret n° 2022-1758 du 30 décembre 2022 déterminant les conditions et modalités selon lesquelles est instauré un système de recueil d'informations sur les captures et mises à mort accidentelles de spécimens des espèces énumérées à l'annexe IV, point a), de la directive 92/43/CEE). L'existence de ce régime dédié aux captures accidentelles n'a cependant pas empêché la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter de manière large la notion d'intentionnalité (cf. *infra*). Ce régime dédié aux captures « accidentelles » ne concerne dès lors que les atteintes fortuites ou imprévisibles aux espèces (l'accident est d'ailleurs défini par le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu comme un « évènement ou fait involontaire dommageable imprévu »). Par exemple, s'agissant d'une éolienne, les dommages résultants de la chute du mat ou du décrochage d'une pale peuvent être considérés comme accidentels. Ce n'est en revanche pas le cas des atteintes qu'elles portent aux oiseaux ou aux chiroptères du simple fait de leur fonctionnement puisque ce risque d'atteinte est connu par avance et tout aussi prévisible qu'attendu. Le fonctionnement d'une éolienne entre dès lors dans la catégorie des atteintes intentionnelles, telle que cette notion est interprétée par la Cour de justice (cf. *infra*).

la directive « Oiseaux » ou de l'article 12 de la directive « Habitats » et dès lors à les soumettre à l'obligation d'obtenir une dérogation préalablement à leur mise en œuvre.

Pour étayer cette thèse, il faut d'abord prendre la mesure de l'exigence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection des espèces (I) avant de montrer ensuite que la Cour interprète de manière large le champ d'application de la procédure de dérogation (II), ce qui laisse planer un doute sur la conventionalité de l'avis du Conseil d'État. Ce doute tend enfin à être confirmé par le fait que la Cour de justice s'oppose explicitement à ce que l'applicabilité de la procédure de dérogation soit subordonnée à l'existence d'un risque d'incidence négative sur l'état de conservation. Elle concrétise ainsi le principe de précaution, celui-ci faisant ainsi figure de garantie du régime juridique de la protection des espèces (III).

I. L'exigence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection des espèces

L'esprit dans lequel la Cour de justice se place en matière d'espèces protégées se caractérise par un haut niveau d'exigence. Il ne semble pas inutile de le rappeler, d'une part parce que cette ligne jurisprudentielle est peu connue en France, d'autre part parce qu'à la lecture de certaines décisions françaises, il est possible d'avoir le sentiment d'une forme d'arrangement avec le droit de l'Union européenne, voire de contournement. La recherche, dont on peine à comprendre la motivation, d'un haut degré de raffinement laisse place à une complexification du dispositif. Cette tentative semble veine, voire génératrice d'insécurité juridique, si on veut bien garder à l'esprit le fait que, décision après décision, la Cour de justice montre son intention de prendre la nature au sérieux et de donner aux directives « Oiseaux » et « Habitats » tout leur effet. C'est ainsi qu'au-delà même des interdictions posées par les deux directives, elle impose de véritables obligations positives aux États-membres, dans le but de les maintenir ou de les rétablir dans un état de conservation favorable (A). Elle place également ses interprétations sous l'égide du principe de prévention et, au besoin, sous celui du principe de précaution, ce qui conduit à un renforcement des exigences en faveur des espèces (B).

A. Au-delà des interdictions, des obligations positives

Le régime juridique de la protection des espèces mis en place par les articles 12 de la directive « Habitats » et 5 de la directive « Oiseaux » ne s'arrête pas aux diverses interdictions qu'ils prévoient. La Cour de justice l'interprète en effet au regard des

objectifs des directives, gardant à l'esprit qu'il s'agit là d'obligations de résultat qu'il convient de concrétiser : les États-membres doivent maintenir ou rétablir les espèces dans un état de conservation favorable.

La première décision marquante de ce point de vue intervient en 2002 avec l'affaire *Caretta caretta*, du nom de l'espèce de tortue concernée³². La Cour considère que la protection de l'article 12 va au-delà des interdictions de porter atteinte aux espèces et oblige les États-membres à mettre en place « toutes les mesures nécessaires pour instaurer et mettre en œuvre un système efficace de protection stricte » de l'espèce³³. Comme l'explique la Commission européenne dans son guide d'interprétation, « la transposition formelle de l'article 12 dans la législation nationale n'est pas suffisante en soi pour en garantir l'efficacité ». Elle doit être complétée par d'autres dispositions d'application afin d'assurer une protection stricte fondée sur les particularités, ainsi que sur les problèmes et menaces spécifiques auxquels sont confrontés les espèces »³⁴. Cela peut impliquer de mettre en place des mesures positives, de quelque nature que ce soit³⁵, pourvu que l'objectif de la directive soit atteint.

La Cour a ensuite réitéré la même position dans l'affaire du grand hamster, *cricketus cricketus*. La France a été condamnée en manquement pour ne pas avoir mis en œuvre, de manière suffisante, des mesures « concrètes et spécifiques de protection »³⁶ permettant « d'éviter effectivement la détérioration ou la destruction des sites de reproduction ou des aires de repos du grand hamster »³⁷, par exemple des mesures de protection de l'habitat de l'espèce impliquant la limitation ou l'interdiction de certaines activités agricoles.

Ce traitement n'est en outre pas réservé au régime de protection de la directive « Habitats ». Pour la Cour, « l'article 5 de la directive "oiseaux" exige ainsi que les États membres adoptent un cadre législatif complet et efficace (...), par la mise en œuvre, à l'instar de ce que prévoit l'article 12 de la directive "habitats", de mesures concrètes et spécifiques de protection qui doivent permettre d'assurer le respect effectif des interdictions susmentionnées »³⁸.

³² CJCE, 30 janvier 2002, *Commission c. Grèce*, C-103/00.

³³ CJCE, 30 janvier 2002, *Commission c. Grèce*, C-103/00, point 40.

³⁴ Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive « Habitats », Communication de la Commission, 12 octobre 2021, C(2021) 7301 final, p. 10.

³⁵ Par exemple l'introduction de spécimens exogènes (v. J. Bétaille, « L'ours dans les Pyrénées : la carence fautive de l'État dans la mise en œuvre de la directive Habitats », sur TA Toulouse, 6 mars 2018, *Association Pays de l'ours – ADET et Association FERUS*, n° 1501887, *AJDA*, 2018, p. 2346).

³⁶ CJUE 9 juin 2011, *Commission c. République française*, C-383/09, point 19.

³⁷ CJUE *ibidem*, point 37. Le même raisonnement a plus récemment été rappelé par la Cour dans l'affaire *Tapiola* (CJUE, 10 octobre 2019, *Tapiola*, C-674/17, point 27).

³⁸ CJUE, 17 avril 2018, *Commission c. Pologne*, C-441/17, point 252.

Au-delà, les deux régimes de protection sont mis en œuvre au prisme des principes de prévention et de précaution.

B. Un régime concrétisant les principes de prévention et de précaution

En premier lieu, la Cour a affirmé le « caractère préventif » du régime de protection des espèces³⁹. Il s'agit bien « d'éviter effectivement » les atteintes aux espèces⁴⁰, ce qui paraît à la fois logique et cohérent par rapport au régime de police administrative qu'implique les dispositions des directives. La Cour a récemment ajouté qu'il importe que « les autorités compétentes soient en mesure d'anticiper les activités qui seraient dommageables aux espèces protégées par cette directive, peu importe à cet égard que l'objet de l'activité en cause consiste ou non en la mise à mort ou en la perturbation de ces espèces »⁴¹. Cette dernière précision a son importance. Le caractère préventif ne concerne pas uniquement les atteintes directes aux espèces, mais l'ensemble des activités susceptibles de constituer une atteinte intentionnelle⁴².

En second lieu, la Cour de justice de l'Union européenne applique depuis longtemps le principe de précaution en matière de protection de la nature. D'abord cantonné à la protection des habitats au titre de l'article 6 de la directive « Habitats »⁴³, cette application concerne désormais pleinement la protection des espèces. Dans sa décision *Tapiola* du 10 octobre 2019, la Cour précise que « conformément au principe de précaution consacré à l'article 191, paragraphe 2, TFUE, si l'examen des meilleures données scientifiques disponibles laisse subsister une incertitude sur le point de savoir si une (...) dérogation nuira ou non au maintien ou au rétablissement des populations d'une espèce menacée d'extinction dans un état de conservation favorable, l'État membre doit s'abstenir de l'adopter ou de la mettre en œuvre »⁴⁴. En d'autres termes, une dérogation ne peut pas être délivrée lorsque les connaissances scientifiques disponibles laissent subsister un doute quant à son effet potentiellement négatif sur l'état de conservation de l'espèce en cause. Ce n'est qu'en cas d'absence de doute sur l'innocuité de la dérogation que celle-ci pourra légalement être délivrée. La décision *Tapiola* concerne les conditions de délivrance des dérogations, en l'espèce s'agissant de quotas de tirs de loups en Finlande, mais elle donne plus largement le ton concernant la manière dont la Cour interprète le régime de protection des espèces. Si la Cour refuse que l'incertitude ne joue en défaveur des espèces au stade

³⁹ CJUE 9 juin 2011, *Commission c. République française*, C-383/09, point 20.

⁴⁰ CJUE, 10 octobre 2019, *Tapiola*, C-674/17, point 27.

⁴¹ CJUE, 4 mars 2021, *Skydda Skögen*, C-473/19 et C-474/19, point 76.

⁴² V. *infra*.

⁴³ Notamment depuis l'affaire de la mer des Wadden (CJUE, 7 septembre 2004, *Waddenvereniging et Vogelbeschermingsvereniging*, C-127/02). La Cour utilise également le principe de précaution au soutien du prononcé d'une injonction en référé (v. 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, note J. Bétaille).

⁴⁴ CJUE, 10 octobre 2019, *Tapiola*, C-674/17, point 66.

de l'examen des conditions de dérogation, il est difficile de concevoir qu'elle l'accepte au stade de la définition du champ d'application de la procédure de dérogation. Or, c'est précisément la position inverse qui est adoptée par le Conseil d'État dans son avis du 9 décembre 2022 à travers l'utilisation de la notion de « risque caractérisé » : les projets qui ne font *a priori* pas peser un risque de cette nature aux espèces sont *de facto* soustraits à l'exigence de dérogation.

Dans ces conditions et compte tenu de son degré d'exigence, il n'est pas surprenant que la Cour de justice interprète de façon large le champ d'application de la procédure de dérogation.

II. L'interprétation large du champ d'application de la procédure de dérogation

La jurisprudence de la Cour s'oppose aux tentatives de réduction du champ d'application de la procédure de dérogation (A) alors qu'elle interprète de manière large la notion d'intentionnalité (B). Il en résulte que le champ d'application de la procédure de dérogation est particulièrement large.

A. L'opposition de la Cour de justice aux tentatives de réduction du champ d'application de la procédure de dérogation

Dans le cadre d'un recours en manquement dirigé contre la Pologne, la Cour a rejeté plusieurs dispositions du droit polonais qui avaient pour effet de réduire le champ des interdictions d'atteinte aux espèces fixées par l'article 12 de la directive « Habitats », c'est-à-dire qui avait le même résultat que celui de l'avis du Conseil d'État.

D'une part, le droit polonais prévoyait que, dans certains cas, les interdictions de porter atteinte aux espèces ne s'appliquaient pas lorsque les technologies utilisées en agriculture, sylviculture ou pisciculture ne permettaient pas le respect de ces interdictions⁴⁵. Ces dispositions aboutissaient ainsi à une diminution du champ d'application de la procédure de dérogation. En l'occurrence, la Cour de justice considère que « l'article 16 de la directive « habitats » n'autorise pas à déroger à de telles interdictions, instaurées par les articles 12 et 13 de cette directive, lorsque le respect de ces interdictions ne permettrait pas de recourir aux technologies utilisées habituellement dans le cadre d'activités liées à la pratique d'une agriculture, d'une sylviculture ou d'une pisciculture raisonnées »⁴⁶. Autrement dit, l'absence de technologies disponibles permettant d'éviter les atteintes aux espèces ne saurait

⁴⁵ CJUE, 15 mars 2012, *Commission c. Pologne*, C-46/11, point 30.

⁴⁶ CJUE, *ibidem*, point 31.

constituer un motif permettant d'échapper à l'interdiction de leur porter atteinte. Les activités concernées doivent dès lors passer par l'obtention d'une dérogation. Il est possible de faire ici un parallèle avec la question des éoliennes, à l'origine de l'avis du Conseil d'État : soit cette activité améliore ses technologies pour éliminer les risques d'atteinte, soit elle doit satisfaire les conditions de dérogation posées par l'article 16 de la directive « Habitats ».

D'autre part, dans le même arrêt, la Cour s'oppose à ce que la protection prévue par l'article 12 soit en quelque sorte suspendue dans certaines zones. Il s'agissait en l'occurrence d'étangs piscicoles concédés à des fins d'élevage. La Cour juge qu'« un tel traitement n'est justifié au regard d'aucune des hypothèses prévues à l'article 16, paragraphe 1, de cette directive. À cet égard, il convient de rappeler que seules des dispositions nationales qui soumettent l'octroi de dérogations aux interdictions établies à l'article 12 de la directive « habitats » à l'ensemble des critères et des conditions énoncés à l'article 16 de celle-ci peuvent constituer un régime conforme à ce dernier article »⁴⁷.

In fine, la Cour refuse ici les tentatives de diminution du champ d'application de la procédure de dérogation. Or, l'avis du Conseil d'État du 9 décembre 2022 aboutit bel et bien à un tel résultat : les projets qui restent en dessous du seuil de risque caractérisé échappent, sur le plan administratif, au champ des interdictions d'atteinte aux espèces. Cette position est d'autant plus problématique que la Cour de justice ne retient pas ce critère du « risque caractérisé » pour considérer que l'exercice d'une activité constitue une atteinte intentionnelle aux espèces.

B. L'interprétation large de la notion d'intentionnalité

Le simple fait d'accepter la possibilité d'une atteinte aux espèces suffit, selon la Cour de justice de l'Union européenne, à considérer une activité comme une atteinte intentionnelle et, dès lors, à la soumettre à la procédure de dérogation.

1. La simple possibilité d'une atteinte comme critère d'intentionnalité selon la Cour

Cette position de la Cour a d'abord été implicite. A partir de l'affaire *Carretta carretta* en 2002, il devient évident que la notion de perturbation intentionnelle ne se limite pas aux mises à mort ou captures directes. La Cour juge en effet que « la circulation de vélomoteurs sur la plage de sable de l'est de Laganas et la présence de pédalos et de petits bateaux dans la zone maritime de Gerakas et de Daphni constituent des actes de perturbation intentionnelle de l'espèce en cause »⁴⁸. Or, ce type d'activité n'a

⁴⁷ CJUE, *ibidem*, point 56.

⁴⁸ CJCE, 30 janvier 2002, *Commission c. Grèce*, C-103/00, point 36.

pas pour objet de porter atteinte aux espèces mais il s'agit de l'une de leurs conséquences connues. Comme l'a indiqué par la suite l'avocate générale Julianne Kokott, « l'arrêt relatif à la tortue marine *Caretta caretta* semble (...) interpréter (la notion de perturbation intentionnelle) dans le sens d'une acceptation consciente des conséquences des actes que l'on accomplit »⁴⁹. Le guide d'interprétation de la Commission européenne indique, à propos de cette affaire, que « le fait que, malgré les informations dont disposait le public concernant la nécessité de protéger ces zones, des personnes utilisaient des vélomoteurs sur la plage et des pédalos et des petits bateaux étaient présents dans la zone maritime environnante constituait une perturbation intentionnelle des tortues »⁵⁰. Là encore, il est aisé de faire un parallèle avec l'installation d'éoliennes. Les sociétés qui les installent ne peuvent pas ignorer leurs impacts sur les espèces, qu'il s'agisse des oiseaux, notamment des rapaces, ou des chiroptères migrateurs⁵¹. Dès lors, elles acceptent la possibilité d'une atteinte.

Or, c'est précisément la position prise par la Cour en 2006 dans l'affaire *Lutra Lutra*. Elle y affirme en effet que « pour que la condition relative au caractère intentionnel figurant à l'article 12, paragraphe 1, sous a), de la directive soit remplie, il doit être établi que l'auteur de l'acte a voulu la capture ou la mise à mort d'un spécimen d'une espèce animale protégée ou, à tout le moins, a accepté la possibilité d'une telle capture ou mise à mort »⁵². Cela implique, par ailleurs, que l'espèce protégée soit présente dans la zone⁵³. La Commission européenne en conclut qu'« il faut entendre par actions "intentionnelles" les actions d'une personne qui est consciente que ces actions donneront lieu à la capture ou à la mise à mort d'une espèce figurant à l'annexe IV ou qui accepte consciemment la possibilité d'une telle infraction. En d'autres termes, la disposition s'applique non seulement à une personne qui a pleinement l'intention de capturer ou de mettre à mort un spécimen d'une espèce protégée, mais aussi à une personne qui est suffisamment informée et consciente des conséquences que son action aura très probablement et qui, malgré tout, effectue l'action qui donne lieu à la capture ou à la mise à mort de spécimens (par exemple, comme un effet secondaire non désiré mais accepté) (intention subordonnée) »⁵⁴.

⁴⁹ Conclusion de l'avocat général J. Kokott dans l'affaire C-6/04, 9 juin 2005, point 118.

⁵⁰ Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive « Habitats », Communication de la Commission, 12 octobre 2021, C(2021) 7301 final, p. 26.

⁵¹ V. S. P. Gaultier, G. Marx et D. Roux, *Éoliennes et biodiversité – Synthèse des connaissances sur les impacts et les moyens de les atténuer*, LPO et ONCFS, 2019.

⁵² CJCE, 18 mai 2006, *Commission c. Espagne*, C-221/04, point 71.

⁵³ CJCE, *ibidem*, point 73.

⁵⁴ Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive « Habitats », Communication de la Commission, 12 octobre 2021, C(2021) 7301 final, p. 27.

Cette extension à l'intentionnalité « subordonnée » a par la suite été largement confirmée par la Cour. C'est ainsi que la construction d'un gazoduc dans une baie⁵⁵, le pompage excessif d'eau et l'organisation de courses de motocross⁵⁶ ou encore la construction de routes, de logements, le fonctionnement de bars sur les plages et le camping sauvage⁵⁷ constituent des perturbations intentionnelles des espèces. Quant à la possibilité d'étendre ce raisonnement à l'article 5 de la directive « Oiseaux », cela ne fait que peu de doute compte tenu de l'identité des termes utilisés entre les deux directives⁵⁸.

In fine, l'idée d'intégrer, dans la notion d'intentionnalité, les atteintes indirectes mais néanmoins commises en connaissance de cause est également cohérente sur le plan scientifique. En effet, il est largement admis que les exploitations directes de la biodiversité, par exemple la chasse, sont loin d'être la seule cause du déclin de la biodiversité. Dès lors, étendre l'intentionnalité au-delà de la volonté de porter atteinte aux espèces permet une fois de plus à la Cour de poursuivre l'objectif de la directive « Habitats », c'est-à-dire maintenir ou rétablir les espèces dans un état de conservation favorable.

2. L'exigence d'un risque « caractérisé » pour le Conseil d'État

A ce stade, il importe de revenir à l'avis du Conseil d'État et de comparer sa position avec celle de la Cour de justice. Cette dernière se réfère, pour admettre le caractère intentionnel de l'atteinte, à l'acceptation de la simple « possibilité » d'une atteinte. Or, ce qui est « possible », c'est ce « qui remplit les conditions nécessaires pour être, exister, se produire sans que cela implique une réalisation effective ou que l'on sache si cette réalisation a été, est ou sera effective »⁵⁹. La possibilité correspond ainsi à une situation d'incertitude excluant simplement les cas d'impossibilité. Autrement dit, il s'agit de l'existence d'une probabilité, d'une chance ou d'un risque. Une probabilité se mesurant sur une échelle de 0 (aucune chance de réalisation) à 1 (100% de chance de réalisation), l'existence d'une possibilité équivaut à une probabilité supérieure à 0 : entre 1 et 100 % de chance que l'évènement se réalise.

La position du rapporteur public Nicolas Agnoux est relativement proche de celle de la Cour de justice. Il admet d'abord facilement la soumission à la procédure de dérogation des activités dont la finalité est l'atteinte à une espèce (exploitations directes) et des projets dont la conséquence est « la destruction *certaine* de spécimens

⁵⁵ CJCE, 11 janvier 2007, *Commission c. Irlande*, C-183/05, point 36.

⁵⁶ CJUE, 15 mars 2012, *Commission c. Chypre*, C-340/10, points 63-64.

⁵⁷ CJUE, 10 novembre 2016, *Commission c. Grèce*, C-504/14, point 159.

⁵⁸ En ce sens, v. A. Trouwborst et H. Somsen, « Domestic Cats (*Felis catus*) and European Nature Conservation Law – Applying the EU Birds and Habitats Directives to a Significant but Neglected Threat to Wildlife », *Journal of Environmental Law*, 2020, 32, p. 407.

⁵⁹ Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRS-ATILF).

déterminés d'animaux présents sur une zone considérée »⁶⁰. Puis, s'agissant des cas où l'atteinte à une espèce « constitue un événement à la fois non voulu et soumis à un aléa », il considère qu'il faut *in fine* en évaluer « le degré de probabilité », pour apprécier si l'atteinte portée aux espèces doit être qualifiée d'intentionnelle et entrer dans le champ de l'interdiction »⁶¹. Après avoir développé une autre ligne d'argumentation fondée sur l'exigence classique de proportionnalité des mesures de police, il conclut que « le pétitionnaire ne saurait être dispensé de solliciter la dérogation que dans la mesure où le risque d'atteinte portée aux espèces protégées, évalué en fonction du degré de fréquentation du site par ces espèces, de leur comportement et de leur vulnérabilité aux techniques mises en œuvre, tombe à un niveau si réduit qu'il puisse être regardé comme accidentel – un niveau, situé quelque part entre "faible" et "infinitésimal", que l'on pourrait donc qualifier, comme le suggère le ministre dans ses observations, de "négligeable" »⁶².

Néanmoins, cette position du rapporteur public, qu'il est possible de considérer comme raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, n'est pas suivie par le Conseil d'État dans son avis du 9 décembre 2022. Celui-ci ne retient pas l'idée d'un risque « négligeable » mais fixe le seuil d'un risque « caractérisé » pour qu'un projet entre dans le champ des atteintes intentionnelles et donc de la dérogation, sans pour autant préciser ce qu'il faut entendre par là. Selon toute vraisemblance, un risque « caractérisé » est un risque dont la probabilité de réalisation est plus élevée que celle d'un risque « négligeable ». C'est en tout cas un risque dont il est possible de connaître les principales caractéristiques.

Pour autant, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, ces circonvolutions n'ont que peu d'importance. En effet, la Cour a récemment placé la question de l'interprétation du champ d'application des interdictions de l'article 12 de la directive « Habitats » sous l'égide du principe de précaution.

III. Le principe de précaution comme garantie du régime juridique de la protection des espèces

La Cour de justice de l'Union européenne a récemment eu l'occasion de préciser sa position sur l'applicabilité du régime de protection des espèces (A) et en a profité

⁶⁰ Conclusions du rapporteur public N. Agnoux sur CE, 9 décembre 2022, *Association Sud Artois pour la protection de l'environnement*, n° 463563, p. 12. Le rapporteur public évoque également le cas de la destruction d'habitats protégés par l'article 12, paragraphe 1, d). Ce cas ne pose pas de difficulté car la directive n'exige pas ici le caractère intentionnel de l'atteinte.

⁶¹ *Ibidem*, p. 12.

⁶² *Ibidem*, p. 15.

pour garantir l'effectivité de ce régime en le plaçant sous l'autorité du principe de précaution (B).

1. L'impossibilité de subordonner le régime des dérogations à un risque d'incidence négative sur l'état de conservation

L'avis du Conseil d'État du 9 décembre 2022 définit, à travers la notion de « risque caractérisé » pour les espèces protégées, un seuil en dessous duquel l'activité à l'origine de ce risque ne constitue pas une atteinte intentionnelle aux espèces et dès lors ne nécessite pas la délivrance d'une dérogation. Or, c'est précisément la position inverse qui a été adoptée par la Cour de justice le 4 mars 2021 dans l'affaire *Skýdda Skogen*.

En l'espèce, un tribunal suédois demandait à la Cour « si l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive « habitats » doit être interprété en ce sens (qu'il) s'oppose à une pratique nationale selon laquelle, lorsque l'objet d'une activité humaine, telle qu'une activité d'exploitation forestière ou d'occupation des sols, est manifestement autre que la mise à mort ou la perturbation d'espèces animales, les interdictions prévues à cette disposition ne s'appliquent qu'en cas de risque d'incidence négative sur l'état de conservation des espèces concernées »⁶³.

Pour y répondre, la Cour commence par affirmer clairement qu'une activité « dont l'objet est manifestement autre que la capture ou la mise à mort, la perturbation d'espèces animales ou la destruction ou le ramassage intentionnels des œufs » est susceptible de constituer une atteinte intentionnelle au titre de l'article 12 de la directive « Habitats »⁶⁴, confirmant ainsi de manière encore plus nette la position adoptée depuis l'affaire *Lutra Lutra*. Elle affirme ensuite que la mise en œuvre de la protection issue de l'article 12 de la directive « Habitats » « n'est pas subordonnée à la condition qu'une activité donnée risque d'avoir une incidence négative sur l'état de conservation de l'espèce animale concernée »⁶⁵. La position de la Cour ne saurait être plus claire. Le risque d'atteinte aux espèces ne doit pas être pris en compte à ce stade. Il ne doit pas servir à limiter le champ d'application de la notion d'atteinte intentionnelle et, par là même, de celui de la procédure de dérogation. La Cour affirme explicitement que c'est dans le cadre de l'examen des conditions de dérogation – ce qui suppose le dépôt préalable d'une demande de dérogation – que ce risque est examiné pour décider du sort qui doit être réservé à la demande⁶⁶. La Cour a ainsi parfaitement conscience du fait qu'une position telle que celle retenue

⁶³ CJUE, 4 mars 2021, *Skýdda Skogen*, C-473/19 et C-474/19, point 49.

⁶⁴ CJUE, *ibidem*, point 53.

⁶⁵ CJUE, *ibidem*, point 57.

⁶⁶ CJUE, *ibidem*, point 59.

par les autorités suédoises – similaire à celle du Conseil d'État français – pourrait conduire à réduire l'effectivité du régime de protection. Elle affirme ainsi que « subordonner l'applicabilité des interdictions visées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive « habitats » au risque d'une incidence négative de l'activité en cause sur l'état de conservation de l'espèce concernée serait susceptible d'aboutir à un contournement de l'examen prévu au titre de l'article 16 de cette directive et aurait, ainsi, pour effet de priver cet article, ainsi que les dispositions dérogatoires et les conditions restrictives qui en découlent, de leur effet utile »⁶⁷.

Il en résulte que les raisonnements fondés sur la notion de risque ou de probabilité d'atteinte ne sont d'aucune utilité pour déterminer le champ d'application de la notion d'atteinte intentionnelle et, partant, du régime de dérogation. Ainsi, dès lors qu'il ne peut pas être exclu que tel ou tel type d'activité est susceptible d'engendrer une atteinte, la simple présence d'espèces protégées dans la zone suffit à considérer ces activités comme des atteintes intentionnelles au titre du droit de l'Union européenne.

C'est ainsi que la question de l'intentionnalité et du champ d'application de la procédure de dérogation glisse sur le terrain du principe de précaution. Cette position est d'ailleurs parfaitement assumée par la Cour de justice qui y fait explicitement référence.

2. L'interprétation du champ des interdictions à l'aune du principe de précaution

Si la décision *Skydda Skogen* est citée par le rapporteur public Nicolas Agnoux dans ses conclusions, ce dernier ne se réfère absolument pas au principe de précaution, de même que l'avis du Conseil d'État en tant que tel. Pourtant, la Cour de justice précise explicitement que l'interprétation des autorités suédoises « ne saurait être considérée comme conforme aux principes de précaution et d'action préventive (...) ainsi qu'au niveau accru de protection des spécimens des espèces animales et des œufs visé à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de ladite directive »⁶⁸.

Il n'est ainsi plus question d'évaluer le niveau de risque que fait peser une activité sur les espèces. Néanmoins, le principe de précaution est d'un maniement difficile. « La question se déplace de l'appréciation de la probabilité du risque à celle de son existence »⁶⁹. Le principe de précaution s'applique en cas d'incertitude sur l'existence même d'un risque. En effet, le risque est une « incertitude probabilisable »⁷⁰ ou

⁶⁷ CJUE, *ibidem*, point 60.

⁶⁸ CJUE, *ibidem*, point 60.

⁶⁹ C. Larrère, « Le principe de précaution et ses critiques », *Innovations*, vol. 18, n° 2, 2003, p. 9.

⁷⁰ B. Alidor, *L'incertitude et le contrat en droit privé*, thèse, droit, Toulouse, dactyl., 2019, n° 50.

« mesurable »⁷¹, mais l'incertitude « pure » s'apparente à une « absence de probabilité »⁷².

La Cour de justice a cependant déjà été confrontée aux modalités d'application du principe de précaution. Ainsi, si un risque purement hypothétique n'est en principe pas suffisant pour déclencher l'application du principe⁷³, la Cour a montré qu'en matière de protection de la nature, un simple doute peut conduire à son application⁷⁴. En effet, dans l'affaire de la mer des Wadden, elle considère que le principe s'applique lorsque l'existence d'un risque d'atteinte « ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs »⁷⁵.

Par conséquent, compte tenu de ces éléments, peu importe le niveau de caractérisation des risques : la notion de « risque caractérisé » utilisée dans l'avis du Conseil d'État est inadaptée. Au titre de la jurisprudence de la Cour de justice, c'est seulement si des éléments objectifs permettent d'exclure l'existence d'un risque d'atteinte que l'activité pourra échapper à la qualification d'atteinte intentionnelle aux espèces et basculer, dans ce cas, dans le régime juridique des atteintes « accidentelles »⁷⁶.

En tout état de cause, le cas des éoliennes à l'origine de l'avis du Conseil d'État ne nous laisse aucun doute car leurs impacts sur les espèces sont bien documentés⁷⁷. Aucun élément objectif ne permet d'exclure l'existence d'un risque d'atteinte, bien au contraire puisque des atteintes effectives sont constatées. Ainsi, si l'utilisation de la notion de risque caractérisé par les juges du fond devaient conduire à exempter des projets éoliens de dérogation au titre de la protection des espèces⁷⁸, la France s'exposerait alors potentiellement à la constatation d'un manquement par la Cour de justice, sur la base de l'article 12 de la directive « Habitats » et de l'article 5 de la directive « Oiseaux », mais aussi au regard du principe de précaution de l'article 191 du TFUE.

En interprétant le champ d'application du régime de la protection des espèces au prisme du principe de précaution, la Cour de justice cherche tout simplement à garantir son effectivité. Elle refuse d'ouvrir une brèche autorisant le contournement de la protection.

⁷¹ *Ibidem*, n° 51.

⁷² *Ibidem*, n° 50.

⁷³ E. Truilhé-Marengo, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Larcier, 2015, n° 257.

⁷⁴ *Ibidem*, n° 258.

⁷⁵ CJUE, 7 septembre 2004, *Waddenervereniging et Vogelbeschermingsvereniging*, C-127/02, point 43.

⁷⁶ Article 12, paragraphe 4, de la directive « Habitats ».

⁷⁷ V. S. P. Gaultier, G. Marx et D. Roux, *Éoliennes et biodiversité – Synthèse des connaissances sur les impacts et les moyens de les atténuer*, LPO et ONCFS, 2019.

⁷⁸ En ce sens, v. CAA Lyon, 20 décembre 2022, n° 20LY00753.

En conclusion, alors que le Conseil d'État a retenu la notion de « risque caractérisé » d'atteinte aux espèces pour soumettre les activités ou projets à la procédure de dérogation à la protection des espèces, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne conduit à retenir une position beaucoup plus exigeante. A ce titre, dès lors qu'il ne peut pas être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que tel ou tel type d'activité est susceptible d'engendrer une atteinte aux espèces, la simple présence d'espèces protégées dans la zone suffit à considérer ces activités comme des atteintes intentionnelles. Par conséquent, celles-ci ne peuvent être mises en œuvre qu'après avoir obtenu une dérogation. L'avis du Conseil d'État, en créant une frange de projets non soumis à la procédure de dérogation sous couvert de ne pas présenter, *a priori*, de risque caractérisé pour les espèces, se place en marge de l'interprétation de la Cour de justice et génère ainsi une forme d'insécurité juridique pénalisant tout aussi bien la protection des espèces protégées que le développement des énergies renouvelables.