

DREAL Occitanie	Note de synthèse sur la jurisprudence concernant le « risque suffisamment caractérisé »	Service	DE
		Rédigé par	Loïc LAURENT
		Version	V1
		Vérifié par	Frédéric DENTAND
		Approuvé et transmis par	
		Date	01/09/24

Introduction :

Selon le Conseil d'État dans son avis en date du 09 décembre 2022 « *le pétitionnaire doit obtenir une dérogation « espèces protégées » si le risque que le projet comporte pour les espèces protégées est suffisamment caractérisé*¹ ».

Cette affirmation, essentielle, a permis d'unifier les précédentes décisions des différentes juridictions administratives qui abordaient diverses caractérisations du risque afin de justifier le déclenchement de l'obligation d'obtention d'une DEP. À titre d'exemple, un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 29 septembre 2020 faisait référence à un « *risque significatif de destruction d'habitats ou d'individus d'espèces protégées*² ». Encore récemment, dans une décision en date du 06 décembre 2023, le Conseil d'État a considéré qu'une cour administrative d'appel avait commis une erreur de droit en jugeant illégale une autorisation qui ne comportait pas de DEP. Celle-ci avait affirmé « *qu'il ne résultait pas de l'instruction que les mesures prévues par le pétitionnaire ou imposées par le préfet auraient été de nature à réduire à un niveau négligeable le risque que présentait le projet pour certaines espèces protégées*³ ». Or, elle était censée « *apprécier si ce risque était suffisamment caractérisé*⁴ ».

Toutefois, le Conseil d'État dans l'avis précédemment cité, ne définit pas ce que représente un risque suffisamment caractérisé. En effet, celui-ci précise seulement que « *les mesures d'évitement et de réduction des atteintes portées aux espèces protégées [...] doivent être prises en compte*⁵ » et affirme « *qu'il n'est pas nécessaire de solliciter une dérogation*⁶ » dans l'hypothèse où ces dernières « *présentent [...] des garanties d'effectivité telles qu'elles permettent de diminuer le risque pour les espèces au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé*⁷ ». Il ressort d'ailleurs d'une autre décision du Conseil d'État en date du 27 mars 2023 que des mesures de réduction, seules, peuvent présenter de telles garanties d'effectivité et donc justifier l'absence de nécessité d'une dérogation espèces protégées⁸.

Ainsi, l'objet de cette note est d'analyser la jurisprudence ultérieure à cet avis afin d'obtenir plus de précisions sur ce que représente un risque suffisamment caractérisé. À ce stade, il est néanmoins nécessaire de préciser que la plupart du contentieux portant sur le déclenchement de la procédure relative à cette dérogation concerne des projets éoliens. En effet, sur 44 décisions étudiées, 33 portent sur ce type de projet. Il conviendra donc d'étudier dans une partie principale la notion de risque suffisamment caractérisé dans le cadre des projets éoliens (I), puis dans une seconde partie plus succincte, cette même notion dans le cadre de projets différents et notamment le cas des carrières (II).

1 Conseil d'État, Section, 09/12/2022, 463563

2 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, 29/09/2020, 18BX00665

3 Conseil d'État, 6ème chambre, 06/12/2023, 466696

4 Idem

5 Conseil d'État, Section, 09/12/2022, 463563

6 Idem

7 Idem

8 Conseil d'État, 6ème chambre, 27/03/2023, 452445

I. La notion de risque suffisamment caractérisé dans le cadre des projets éoliens

Sur les 33 décisions dont il est fait mention ci-dessus, 8 aboutissent à la conclusion selon laquelle il y a un risque suffisamment caractérisé (A), 19 abordent une solution inverse (B) et 6 ne se prononcent pas sur la présence ou l'absence d'un tel risque.

A. Les décisions témoignant de la présence d'un risque suffisamment caractérisé

Ces décisions, bien que minoritaires, restent tout de même intéressantes. La question qui se pose ici consiste à savoir quels sont les éléments ayant conduit les différentes juridictions à aboutir à une telle conclusion. Ces éléments sont variables selon les espèces concernées, il est donc possible de les distinguer selon deux grandes parties : ceux relatifs à l'avifaune et ceux se rapportant aux chiroptères.

Concernant l'avifaune :

La localisation du projet joue un rôle important dans la caractérisation d'un tel risque, ainsi un arrêt de la cour administrative d'appel de Toulouse, en date du 21 mars 2024 précise que l'un d'eux se situe « *dans les périmètres de plans nationaux d'actions du Milan royal, de la Pie-grièche grise et proche des zonages d'hivernage du Milan royal et du domaine vital du Vautour fauve...⁹* ».

La vulnérabilité à l'éolien des espèces impactées par le projet n'est pas non plus à négliger. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille en date du 20 janvier 2023¹⁰ fait ainsi référence à un rapport du CEREMA insistant sur le caractère vulnérable du Milan royal face aux parcs éoliens.

De manière peu surprenante, les impacts résiduels et notamment les risques de mortalité d'individus sont pris en compte. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille en date du 20 janvier 2023 énonce ainsi que le « *tableau des impacts résiduels relève que le risque de mortalité d'individus par collision après application des mesures MR1 et MR4, reste « faible à moyen » pour l'Aigle royal [...], faible pour le Milan royal et moyen pour l'Autour des Palombes¹¹* ».

La mesure MR4 dont il est fait référence et correspondant au dispositif « Safewind » nécessite d'ailleurs quelques développements. Il ressort en effet de plusieurs décisions que ce dispositif ne permet pas d'exclure tout risque pour les espèces protégées. L'arrêt précédemment cité de la cour administrative d'appel de Marseille précise ainsi qu'« *une étude du CNRS réalisée en juin 2021 estime que malgré leur mise en place sur certains parcs, des mortalités par collision sont toujours constatées¹²* ».

Des facteurs plus indirects sont également pris en compte. Ainsi, la « *destruction de 0,7 ha de zones de repos¹³* » d'une espèce protégée, ici l'outarde canepetière, a été jugée comme n'étant pas une superficie négligeable. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes en date du 27 juin 2023 fait lui référence aux conséquences d'un défrichement sur l'habitat de reproduction de plusieurs couples d'oiseaux ou encore à la « *possibilité d'un dérangement des zones de halte en période pré-nuptiale¹⁴* ».

Concernant les chiroptères :

De la même manière que pour l'avifaune, la sensibilité de certaines espèces à l'éolien a déjà été soulignée à plusieurs reprises par le juge administratif. Un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 16 mai 2023 énonce même qu'un risque de destruction d'individus, « *qualifié*

9 Cour administrative d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 21/03/2024, 22TL00221

10 Cour administrative d'appel de Marseille, 7ème chambre, 20/01/2023, 20MA04635

11 Cour administrative d'appel de Marseille, 7ème chambre, 20/01/2023 20MA02299

12 Cour administrative d'appel de Marseille, 7ème chambre, 20/01/2023, 20MA04635

13 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, 16/05/2023, 20BX01611

14 Cour administrative d'appel de Nantes, 5ème chambre, 27/06/2023, 22NT01802

de faible à non significatif par l'étude d'impact, est toutefois suffisamment caractérisé du fait de la proximité des éoliennes avec les haies et lisières [...] et de la sensibilité à l'éolien de plusieurs des espèces protégées présentes ¹⁵».

De plus, l'évaluation du risque de mortalité lié à des collisions et des barotraumatismes est parfois reprise dans les différentes décisions. À titre d'exemple, un arrêt de la cour administrative d'appel de Toulouse en date du 21 mars 2024 rappelle que « l'étude d'impact souligne que le risque de mortalité lié à des collisions et des barotraumatismes est qualifié de « fort » pour les chiroptères de haut vol ¹⁶ ».

La destruction de gîtes et d'habitats de chasse peut également influencer les juges. Par exemple, l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 16 mai 2023, cité précédemment, énonce que « le projet crée un risque résiduel de destruction de gîtes et d'habitats de chasse de chiroptères qui peut être qualifié de modéré à faible, sans qu'il puisse être tenu compte de la compensation ¹⁷ ».

En ce qui concerne les mesures d'évitement et de réduction, et plus particulièrement la mise en place d'« une régulation du fonctionnement des éoliennes ¹⁸ », il résulte d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Toulouse, en date du 21 mars 2024, qu'il est nécessaire de justifier les différents choix retenus « par rapport aux espèces ou groupes d'espèces, et par rapport à leur activité en fonction du vent et des températures propices au vol ¹⁹ ».

Toujours concernant ces mesures, il est nécessaire d'aborder une nouvelle fois l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes en date du 27 juin 2023. Celui-ci est intéressant en ce qu'il énonce que les mesures prévues par le pétitionnaire, et notamment un plan de bridage, ne présentent pas « 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, dès lors que l'activité chiroptérologique a été qualifiée de constante sur la zone d'implantation ²⁰ » (« notamment au niveau d'un point d'écoute situé à proximité immédiate de l'éolienne 1, y compris lorsque les températures s'élèvent de 6 à 12° C et lorsque les vents sont faibles ²¹ »).

B. Les décisions témoignant de l'absence de risque suffisamment caractérisé

Par un arrêt en date du 17 février 2023, le Conseil d'État a eu à statuer sur la notion de risque suffisamment caractérisé. Celui-ci a considéré que la cour administrative d'appel de Nancy « n'a ni commis d'erreur de droit, ni donné aux faits de l'espèce une inexacte qualification juridique ²² » en affirmant que le projet « n'impliquait pas d'atteinte suffisamment caractérisée à la grue cendrée et au milan royal ²³ » et en déduisant donc « qu'un tel risque ne nécessitait pas de former ²⁴ » une DEP. Concernant plus spécifiquement la grue cendrée, cette même cour s'est appuyée sur plusieurs éléments afin de justifier sa décision qui nécessitent d'être détaillés. Cette dernière a notamment mis en avant une absence d'identification de « zone de nidification ²⁵ » (argument également avancé concernant le milan royal), le caractère non significatif du risque de collision (« au regard de l'altitude de vol de l'espèce et des conditions d'implantation des éoliennes ²⁶ ») et a précisé « que le risque de modification des trajectoires de migration lié au projet était faible à modéré ²⁷ ».

15 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, 16/05/2023, 20BX01611

16 Cour administrative d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 21/03/2024, 22TL00221

17 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, 16/05/2023, 20BX01611

18 Cour administrative d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 21/03/2024, 22TL00221

19 Idem

20 Cour administrative d'appel de Nantes, 5ème chambre, 27/06/2023, 22NT01802

21 Idem

22 Conseil d'Etat, 6ème chambre, 17/02/2023, n°460798

23 Idem

24 Idem

25 Idem

26 Idem

27 Idem

Ainsi, il faut tirer de cet arrêt deux principales conclusions qui n'ont pas été abordées auparavant. La première concerne l'absence d'identification de zone de nidification pouvant influencer de manière significative les juges dans leurs décisions. La seconde résulte au fait qu'un risque faible à modéré, ici, de modification des trajectoires de migration, peut valablement être considéré comme ne constituant pas un risque nécessitant une telle dérogation. Concernant ce second point, divers arrêts de différentes juridictions abordent une réflexion similaire. À titre d'exemple, un arrêt de la cour administrative d'appel de Toulouse, en date du 05 octobre 2023 énonce que « *les risques liés à ce projet ne sont pas non plus suffisamment caractérisés s'agissant des espèces protégées de chiroptères* ²⁸ ». Afin de justifier sa décision, cette dernière énonce notamment que « *compte tenu des mesures d'évitement et de réduction prévues par la société requérante, le projet éolien n'aurait que des impacts faibles à modérées sur les chiroptères, les impacts modérés ne concernant au demeurant que la destruction d'habitats provoquée par la suppression de haies, sans qu'il ne résulte de l'instruction [...] que la suppression de ces haies serait de nature à remettre en cause le bon accomplissement des cycles biologiques* ²⁹ ».

De plus, s'agissant des différents risques qu'est susceptible de causer un projet sur les chiroptères, il ressort de plusieurs décisions que le respect des recommandations de l'Accord relatif à la conservation des populations de chauves-souris en Europe (Eurobats) est pris en compte par le juge administratif dans son appréciation (exemple : arrêt de la cour administrative d'appel de Douai en date du 23 mars 2023)³⁰.

Concernant maintenant les mesures d'évitement et de réduction, il peut être intéressant de se demander quelles sont celles apparaissant le plus souvent dans les décisions affirmant l'absence de risque suffisamment caractérisé. Il est ainsi possible de citer « *la mise en place d'un système de détection, d'effarouchement et d'arrêt sur les éoliennes* ³¹ ». Il est également possible de mentionner les mesures de suivi. Par ailleurs, concernant la mise en place d'un bridage et « *de suivis post implantation* ³² », il résulte d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai en date du 06 avril 2023 qu'à l'appui de leurs allégations, les requérants doivent apporter des éléments probants afin de contester le caractère effectif des mesures choisies. Il ne faut pas oublier la suppression et le placement d'éoliennes (par exemple « *en dehors des micro-voies migratoires* ³³ »). Enfin, l'adaptation du calendrier des travaux semble aussi être une mesure efficace (exemple : arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles en date du 26 janvier 2024³⁴).

II. La notion de risque suffisamment caractérisé dans le cadre de projets autres qu'éoliens

Sur 11 décisions portant sur des projets autres que ceux étudiés auparavant, 10 ont abouti à la conclusion selon laquelle il n'y avait pas de risque suffisamment caractérisé. Du fait de la diversité des projets dont il est question, il peut être intéressant de se focaliser sur le cas d'un exemple, à savoir, les projets d'exploitation de carrières. Ainsi, que ressort-il des décisions portant sur ce type de projets ?

Comme vu précédemment, le lieu d'implantation du projet est une donnée importante, il faut toutefois prendre en compte les impacts causés par « *l'exploitation et le transport des matériaux* » comme l'indique un arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 16 mai 2023³⁵. Il ne faut pas non plus négliger l'importance des différents avis rendus tels que ceux de la MRAe ou encore de la DDTM (exemple : jugement du tribunal administratif de Pau en date du 17 mai 2023³⁶).

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 22 décembre 2022, portant sur un projet d'exploitation d'une carrière, est le seul qui parmi les 11 décisions mentionnées ci-dessus, a considéré qu'une dérogation espèces protégées était nécessaire. Celle-ci s'est notamment fondée sur la présence d'un « *risque de destruction d'espèces à enjeu par les engins de chantiers* ³⁷ »

28 Cour administrative d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 05/10/2023, 21TL23869

29 Idem

30 Cour administrative d'appel de Douai, 1ère chambre, 23/03/2023, 21DA02246

31 Cour administrative d'appel de Toulouse, 4ème chambre, 05/10/2023 21TL23869

32 Cour administrative d'appel de Douai, 1ère chambre, 06/04/2023, 21DA00012

33 Cour administrative d'appel de Lyon, 7ème chambre, 30/03/2023, 22LY00812

34 Cour administrative d'appel de Versailles, 2ème chambre, 26/01/2024, 21VE02981

35 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, 16/05/2023, 21BX01740

36 Tribunal administratif de Pau, 3ème chambre, 17/05/2023, 2000742

37 Cour administrative d'appel de Bordeaux, 5ème chambre, 22/12/2022, 20BX03058

(notamment des « espèces à mobilité lente³⁸ »). Elle s'est également appuyée sur le fait que « *le changement d'occupation du sol sera néfaste*³⁹ » pour certaines espèces. Enfin, elle a affirmé que la seule mesure consistant à réaliser « *les travaux de décapage, d'aménagement et de remblaiement [...] en période automnale ou hivernale*⁴⁰ » ne « *permet pas de diminuer le risque pour les espèces [...] au point qu'il apparaisse comme n'étant pas suffisamment caractérisé*⁴¹ ».

38 Idem

39 Idem

40 Idem

41 Idem