



HAL
open science

Biotopes et habitats naturels, les faux-jumeaux de la protection de la nature

Simon Jolivet

► **To cite this version:**

Simon Jolivet. Biotopes et habitats naturels, les faux-jumeaux de la protection de la nature. *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, 09, pp.519. hal-03139278

HAL Id: hal-03139278

<https://hal.science/hal-03139278v1>

Submitted on 11 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Biotopes et habitats naturels, les faux-jumeaux de la protection de la nature.

Simon Jolivet

Maître de conférences en droit public à l'Université de Poitiers

Institut de droit public (IDP) – EA 2623

Plus de huit ans après la loi dite « Grenelle II » du 12 juillet 2010 dont il devait constituer une application, le décret relatif à la protection des biotopes et des habitats naturels est enfin adopté (décret n° 2018-1180 du 19 décembre 2018). C'est en effet l'article 124 de la loi Grenelle II qui a, pour la première fois en droit français, élargi les objectifs de protection du patrimoine naturel pour y inclure celle des habitats naturels en tant que tels, c'est-à-dire indépendamment de la présence ou non d'espèces protégées en leur sein. Jusqu'alors, seule la protection des habitats d'espèces protégées était assurée, notamment par le biais des arrêtés de protection de biotope des articles R. 411-15 et suivants du code de l'environnement (voir infra pour plus de détails sur cette procédure).

L'extension de la protection au bénéfice des habitats naturels a, semble-t-il, été souhaitée par le législateur afin de renforcer la protection de certains sites Natura 2000 (v., en ce sens, C. Cans, La protection de la nature dans la loi portant engagement national pour l'environnement ou comment picorer dans une loi pour reconstruire une génétique des normes, RJE n° spécial 2010. 107). En effet, la préoccupation pour les habitats naturels provient d'abord du droit de l'Union européenne, et en particulier de la directive 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. Après avoir défini les habitats naturels comme « des zones terrestres ou aquatiques se distinguant par leurs caractéristiques géographiques, abiotiques et biotiques, qu'elles soient entièrement naturelles ou semi-naturelles » (art. 1 c°), l'annexe I de la directive énumère ainsi les types d'habitats naturels dont la conservation nécessite la désignation de zones spéciales de conservation.

Toujours est-il que dans sa version issue de la loi du 12 juillet 2010, l'article L. 411-2 du code de l'environnement prévoit qu'un « décret en Conseil d'Etat détermine les conditions dans lesquelles sont fixées (...) la liste limitative des habitats naturels, des espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées ainsi que des sites d'intérêt géologique, y compris des types de cavités souterraines, ainsi protégés ». La nouveauté ne concerne pas les espèces protégées, mais les habitats naturels et les sites d'intérêt géologique. Un premier projet de décret d'application de cette disposition a effectivement été soumis à la consultation publique sur le site internet du ministère de l'écologie du 9 novembre au 4 décembre 2011. Quatre ans plus tard, le 28 décembre 2015, un décret (n° 2015-1787) est publié mais qui vise seulement la protection des sites d'intérêt géologique, et toujours pas celle des habitats naturels.

L'élément déclencheur dans l'adoption d'un décret sur la protection des habitats naturels fut finalement un arrêt du Conseil d'Etat (CE, 9 mai 2018, n° 407695, *Ligue pour la protection des oiseaux*, Dr. Envir. 2018. 338, note C. Goupillier). Faisant droit à l'association requérante, le juge annule la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé de prendre le décret d'application du 1° de l'article L. 411-2 du code de l'environnement, en tant qu'il concerne la liste limitative des habitats naturels à protéger. Surtout, il enjoint au Gouvernement d'édicter ce décret dans un délai de six mois, sous astreinte de 500 euros par jour de retard.

Le décret commenté ne se limite cependant pas à mettre en œuvre un nouveau dispositif de protection des habitats naturels. Il réforme également le dispositif plus ancien qui l'inspire, celui des arrêtés de protection de biotope.

I La modernisation des mesures de protection de biotopes

Les arrêtés préfectoraux dits de protection de biotope, codifiés aux articles R. 411-15 à R. 411-17 du code de l'environnement, sont un outil de protection des habitats d'espèces protégées issu d'un décret d'application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (décret n° 77-1295 du 25 novembre 1977). Ce dispositif complète la législation propre à la protection des espèces elles-mêmes, dont les principes sont déterminés aux articles L. 411-1 et L. 411-2 du code de l'environnement. Après quarante ans d'existence, l'arrêté de protection de biotope a plutôt fait ses preuves (v., notamment, S. Bélier, *L'arrêté de protection de biotope a-t-il fait ses preuves ?*, in M.-P. Camproux-Duffrène et M. Dourousseau (dir.), *La protection de la nature, 30 ans après la loi du 10 juillet 1976*, PUS, 2007, p. 135). Au 12 décembre 2018, l'Inventaire

national du patrimoine naturel comptabilisait 925 arrêtés de protection de biotope, couvrant 218097 hectares d'espaces terrestres (soit 0,34 % du territoire) et 181482 hectares d'espaces maritimes. La clé de son succès réside à la fois dans son caractère déconcentré et « simplifié » (par rapport aux réserves naturelles par exemple), qui permet une réaction rapide en cas d'urgence face à la menace de dégradation d'un habitat d'espèces protégées. Des pouvoirs de police administrative spéciale sont ainsi conférés aux préfets pour interdire ou réglementer les activités humaines susceptibles de compromettre la conservation des habitats de l'espèce protégée ayant justifié l'édiction de l'arrêté de biotope.

Dans la mesure où la légitimité de l'arrêté de protection de biotope n'est pas véritablement discutée, le décret du 19 décembre 2018 modernise prudemment, et sans le dénaturer, ce dispositif.

D'abord, le décret clarifie en l'explicitant la définition donnée à l'article R. 411-15 I du code de l'environnement : on entend par biotope « l'habitat nécessaire à l'alimentation, la reproduction, le repos ou la survie de spécimens d'une espèce figurant sur l'une des listes prévues à l'article R. 411-1 » (autrement dit une des listes d'espèces protégées). Mais cette modification est surtout rédactionnelle.

Sur le fond, l'apport principal du décret concernant les mesures de protection des biotopes est l'extension de leur champ d'application à de nouveaux milieux. Jusqu'à présent, les arrêtés de biotope ne pouvaient être édictés que sur des « formations naturelles, peu exploitées par l'homme ». La liste (non exhaustive) de ces formations naturelles est d'ailleurs complétée pour accueillir, outre les « mares, marécages, marais, haies, bosquets, landes, dunes, pelouses », deux milieux propres aux outre-mer : les récifs coralliens et les mangroves. L'objectif est d'améliorer l'adaptation de l'outil au contexte écologique de ces territoires.

Surtout, pourront être protégés en tant que biotope des « bâtiments, ouvrages, mines et carrières (...), ou tous autres sites bâtis ou artificiels, à l'exception des habitations et des bâtiments à usage professionnel » (article R. 411-15 II 2°). Cette extension était attendue pour la protection de certaines espèces, notamment les chiroptères (chauves-souris), qui utilisent des constructions humaines (par exemple les combles d'églises) comme habitats. Au-delà des sites bâtis, les sites « artificiels » sont plus largement visés, et on peut notamment penser aux exploitations agricoles. Or, en cas de contestation devant le juge administratif, de nombreux débats portent

classiquement sur la consistance du milieu protégé, et en particulier sur le point de savoir si les lieux concernés par l'arrêté de biotope conservent leur caractère naturel bien qu'ils soient partiellement le résultat du travail de l'Homme (v., par exemple, CAA Bordeaux, 21 novembre 2002, n° 98BX02219, *FDSEA*, RJE 2004. 103, note Ph. Billet). Cette modification devrait permettre de faire l'économie de tels débats. Le droit semble ainsi prendre acte de la forte anthropisation des milieux naturels et de la nécessité, dorénavant, de protéger la nature partout où elle se réfugie.

Des conditions particulières sont cependant imposées pour l'édiction d'arrêtés de protection de biotope sur des sites bâtis ou artificiels, au-delà même de l'impossibilité de le faire dans les habitations et les bâtiments à usage professionnel. Pour les mines et les carrières, il faut que l'activité ait cessé pour qu'un arrêté de protection de biotope puisse être institué (soit que la déclaration de l'arrêt des travaux miniers soit intervenue, soit que la mise à l'arrêt définitif de la carrière ait été notifiée au préfet).

Dans tous les cas, l'arrêté doit explicitement tenir compte « de l'intérêt du maintien des activités existantes dans la mesure où elles sont compatibles avec les objectifs de protection du biotope concerné ». La recherche d'équilibre entre protection de l'espace et maintien des activités traditionnelles est classique en droit des espaces protégés (notamment pour les réserves naturelles), et, de toute façon, elle fait indirectement référence à la nécessaire proportionnalité des mesures de police administrative. A ce propos, l'illimitation dans le temps des mesures d'interdiction prévues par certains arrêtés de biotope a pu donner lieu à des divergences jurisprudentielles au regard du principe selon lequel les mesures restrictives de liberté de caractère général et absolu sont normalement illégales (dans le sens de l'illégalité, v. TA Versailles, 5 juillet 1994, RJE 1996. 185, note Ph. Billet ; *a contrario*, CAA Bordeaux, 29 novembre 2007, n° 05BX00528, *Envir.* 2008, n° 78, note J.-M. Février). Le décret clarifie la situation en exigeant de l'arrêté de biotope qu'il « précise le caractère temporaire ou permanent des mesures qu'il édicte et, le cas échéant, les périodes de l'année où elles sont applicables ».

Enfin, le décret modernise les règles de compétence et la procédure traditionnellement très souple d'adoption des arrêtés de protection de biotope, en renforçant l'information et la consultation. La compétence de principe dans l'édiction de l'arrêté appartient toujours au préfet de département pour les espaces terrestres. Pour les espaces maritimes, y compris le domaine public maritime, les mesures relèvent non plus du ministre chargé des pêches maritimes, mais

du représentant de l'Etat en mer. Les organismes consultés pour avis sont plus nombreux, notamment pour s'ouvrir aux porteurs d'intérêt socio-professionnels en fonction du milieu concerné : délégation régionale du centre national de la propriété forestière, comité régional des pêches et des élevages marins, comité régional de la conchyliculture (article R. 411-16. I). On notera que la commission départementale de la nature, des paysages et des sites doit toujours être consultée, et qu'il en va de même du conseil scientifique régional du patrimoine naturel et surtout des communes, ce qui n'était pas le cas auparavant (v., en ce sens, TA Strasbourg, 11 avril 1989, n° 861177, *Cne de Meistratzheim*, RJE 1990. 131). Les conditions d'émission de l'avis des organismes consultés sont précisées : au bout de trois mois, leur silence vaut avis favorable. La participation du public au sens large du terme n'est pas évoquée. C'est en effet au législateur, et non au pouvoir réglementaire, de définir les « conditions et les limites » de la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement (article 7 de la Charte de l'environnement). En l'absence d'un régime législatif spécifique de participation du public, les arrêtés de biotope sont soumis au « droit commun » de la participation, maintenant fixé à l'article L. 123-19-1 du code de l'environnement (v., en ce sens, TA Fort-de-France, 30 décembre 2014, n° 1300504, *GFA Tiber et SCI Faber*, AJDA 2015. 1164, note J.-C. Hélin).

Dans le même ordre d'idées d'un renforcement de l'information et de la prise en compte des intérêts privés, la notification individuelle de l'arrêté aux propriétaires concernés est imposée alors que, dans le silence antérieur des textes, le juge administratif ne la considérait pas comme une condition de légalité (CE, 21 janvier 1998, n° 114587, *Cts de Sinety*, JCP G 1998. V. 2180). De façon certes plus anecdotique, l'obligation de mise en ligne des arrêtés sur le site internet de la préfecture devrait également améliorer l'accessibilité de l'information concernant ces mesures de protection.

En revanche, les arrêtés de protection de biotope n'ont toujours pas à figurer en annexe des plans locaux d'urbanisme. En vertu du principe d'indépendance des législations, ils ne sont donc pas opposables aux autorisations d'urbanisme (v., en ce sens, TA Strasbourg, 21 décembre 1992, *AFRPN*, AJDA 1993. 318, note H. Jacquot), ce qui continue de constituer l'une de leurs principales limites. La situation est d'autant plus insatisfaisante que, par ailleurs, la prohibition de toutes constructions par un arrêté de biotope afin d'empêcher l'altération du milieu protégé n'est pas nécessairement illégale (TA Melun, 21 juin 2002, *Joineau et a.*, Dr. Envir. 2002. 235, note O. Cizel).

Précisons que les dispositions du décret relatives aux mesures de protection des biotopes (article 1) n'entreront en vigueur que le 1^{er} juin 2019. Ce n'est pas le cas de celles visant les habitats naturels, qui sont applicables depuis le 22 décembre 2018.

II La mise en œuvre de la nouvelle protection des habitats naturels

Le décret commenté crée, au sein de la section « Préservation du patrimoine naturel » de la partie réglementaire du code de l'environnement, une nouvelle sous-section distincte de celle sur les mesures de protection de biotopes, intitulée « Mesures de protection des habitats naturels » (articles R. 411-17-7 et R. 411-17-8 du code de l'environnement). La notice du décret présente ces nouvelles mesures comme un simple « prolongement » de celles en faveur des biotopes, « pour donner la possibilité aux préfets de prendre des arrêtés de protection pour des habitats naturels en tant que tels, sans qu'il soit besoin d'établir qu'ils constituent par ailleurs un habitat d'espèces protégées ».

Les similitudes sont en effet frappantes. Dans un souci de cohérence bienvenu, les règles de compétence et de procédure d'adoption des arrêtés de protection des habitats naturels sont alignées, dans une large mesure, sur celles des arrêtés de biotope de « nouvelle génération ». C'est ainsi le préfet de département qui est compétent lorsque la protection concerne des espaces terrestres, et le représentant de l'Etat en mer lorsqu'elle concerne les espaces maritimes. Les mêmes formalités procédurales de consultations, publication et notification que celles applicables aux arrêtés de biotope sont transposées aux arrêtés de protection des habitats naturels qui devront, eux aussi, tenir compte du maintien des activités existantes. Sans que l'on sache véritablement pourquoi, le décret est plus prescriptif sur ce point en indiquant que, « le cas échéant », l'arrêté de protection d'un habitat naturel prévoit « des mesures permettant de rendre ces activités compatibles avec les objectifs de protection du ou des habitats naturels concernés ».

Toujours dans cette idée de prolongement du dispositif des arrêtés de biotope, les sanctions pénales encourues en cas de contravention aux dispositions des arrêtés de biotope sont étendues aux mesures de protection des habitats naturels, par une modification de l'article R. 415-1 du code de l'environnement (article 3 du décret). Cette extension est cependant discutable du point de vue de la sécurité juridique : une contravention de quatrième classe est fixée par l'article R.

415-1, mais l'article L. 415-3 prévoit, depuis la loi Grenelle II, que l'atteinte à la conservation d'habitats naturels est de toute façon punie d'un délit de deux ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende. Or, entre les deux, c'est l'article L. 415-3 que la Cour de cassation applique en matière d'espèces protégées (Cass. crim., 27 juin 2006, n° 05-84.090 P : Dr. Pén. 2006, comm. 139, note J.-H. Robert). Il devrait en être de même pour les habitats naturels.

Quoi qu'il en soit, il existe aussi des différences non négligeables entre les deux « faux-jumeaux » de la protection de la nature. Elles tiennent à la conception même du mécanisme : alors que les arrêtés de biotope sont, on le répète, une mesure complémentaire à la protection des espèces protégées, les arrêtés de protection des habitats naturels seront la seule véritable mesure de protection des habitats naturels. En effet, le nouvel article R. 411-17-7. I du code de l'environnement dispose que « la liste des habitats naturels pouvant faire l'objet des interdictions » de destruction, altération ou dégradation (définies au 3° du I de l'article L. 411-1) est « établie par arrêté du ministre chargé de la protection de la nature ». Ce que ledit arrêté, également daté du 19 décembre 2018, traduit par « liste des habitats naturels pouvant faire l'objet d'un arrêté préfectoral de protection des habitats naturels en France métropolitaine »¹ (et non par liste des habitats naturels protégés). Sur cette liste, figurent en réalité deux catégories d'habitats naturels : l'arrêté renvoie d'abord à la liste des types d'habitats naturels et des espèces de faune et de flore sauvages qui peuvent justifier la désignation de zones spéciales de conservation au titre du réseau écologique européen Natura 2000 (liste fixée par l'arrêté du 16 novembre 2001 modifié), puis détermine une autre liste propre au nouveau dispositif, qui comprend d'autres types d'habitats naturels (tels que les pelouses sèches ou les forêts de conifères²) que ceux visés pour la mise en œuvre de Natura 2000.

En tout état de cause, c'est seulement l'édiction des arrêtés préfectoraux qui rendra effective l'application des interdictions visées à l'article L. 411-1 3° du code de l'environnement. Au contraire, en matière d'espèces protégées, une fois qu'une espèce figure sur l'une des listes d'espèces protégées fixées par arrêté interministériel (article R. 411-1 du code de l'environnement), les interdictions de l'article L. 411-1 s'appliquent en principe à elle directement, ce qui lui confère un premier niveau de protection avant même l'édiction

¹ L'arrêté fixant la liste des habitats naturels pouvant être protégés outre-mer n'a pas été publié, ni même soumis à une consultation publique.

² Au total, une quarantaine d'habitats continentaux (terrestres et aquatiques) et une dizaine d'habitats marins sont ainsi listés.

éventuelle d'arrêtés de biotope. Autrement dit, le décret commenté ne crée pas un authentique statut national d'habitat naturel protégé, comme il existe un statut d'espèce protégée en droit français depuis la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. La logique de « territorialisation » (v., en particulier, C. Cans, *Du milieu à la zone protégée : la « territorialisation » de la protection des milieux naturels*, in M.-P. Camproux-Duffrène et M. Dourousseau (dir.), *La protection de la nature, 30 ans après la loi du 10 juillet 1976, op.cit.*, p. 116), semble poussée à son terme, la protection reposant dans une large mesure sur la compétence discrétionnaire des préfets. Ceux-ci pourront ainsi prendre, en faveur des habitats naturels faisant l'objet des arrêtés de protection, « toutes mesures de nature à empêcher leur destruction, leur altération ou leur dégradation ». Ces mesures pourront, elles aussi, être de caractère temporaire ou permanent.

Cultivant autant que possible la ressemblance avec le droit des espèces protégées, le décret du 19 décembre 2018 (nouvel article R. 411-17-8 du code de l'environnement) rend par ailleurs applicable aux habitats naturels le système de dérogation à la protection prévu à l'article L. 411-2 I 4° du code de l'environnement. Cette applicabilité est cependant supplétive : le décret réserve le cas (qui sera probablement fréquent en pratique) où d'autres réglementations s'appliqueraient, et cite en particulier la procédure d'autorisation propre aux sites Natura 2000 (articles L. 414-4 et R. 414-19 et suivants du code de l'environnement). Un deuxième arrêté du ministre chargé de l'environnement, en date du 19 décembre 2018, complète le décret en fixant les modalités de présentation et la procédure d'instruction des demandes de dérogations aux interdictions fixées par les arrêtés de protection des habitats naturels. Son contenu est très proche de l'arrêté du 19 février 2007 précisant les mêmes éléments pour les dérogations « espèces protégées ».

On rappellera que l'article L. 411-2 I 4° subordonne l'octroi de dérogations au respect de trois conditions cumulatives : l'absence « d'autre solution satisfaisante », l'absence de nuisance au maintien des espèces concernées dans un état de conservation favorable dans leur aire de répartition naturelle, enfin un motif légitime, incluant soit l'intérêt de la protection de la faune et de la flore, soit la prévention de dommages importants causés à l'agriculture, soit un intérêt pour la santé et la sécurité publiques ou pour « d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique ». Si la transposition de ce mécanisme conçu pour les espèces protégées aux habitats naturels ne paraît pas poser de grandes difficultés pour la première et la troisième condition, il n'en va pas de même pour la deuxième. Celle-ci

n'a guère de pertinence s'agissant du dispositif de protection des habitats naturels, précisément mis en place afin de dispenser l'autorité compétente de l'établissement de la preuve que l'habitat naturel dont la protection est envisagée constitue par ailleurs l'habitat d'une ou plusieurs espèces protégées.

Quant aux règles de compétence et de procédure, le nouvel article R. 411-17-8 dispose que les dérogations sont délivrées par le préfet ayant pris l'arrêté de protection des habitats naturels, après avis du conseil scientifique régional du patrimoine naturel (réputé favorable passé un délai de trois mois). Le silence du préfet vaut rejet de la demande au bout de quatre mois. Contrairement à l'article R. 411-6 du code de l'environnement, qui porte sur les dérogations « espèces protégées », le nouvel article R. 411-17-8 ne prévoit pas explicitement d'articulation entre la procédure d'octroi de la dérogation « habitats naturels » et l'autorisation environnementale issue de l'ordonnance du 26 janvier 2017. Pourtant, l'article L. 181-2 du code de l'environnement dispose que l'autorisation environnementale tient lieu, pour les projets qui entrent dans son champ d'application et qui y sont soumis, de la « dérogation aux interdictions édictées pour la conservation de sites d'intérêt géologique, d'habitats naturels, d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et de leurs habitats en application du 4^o de l'article L. 411-2 ».

L'arrêté ministériel du 19 décembre 2018 précise en outre (article 2) que les décisions d'octroi de dérogation doivent être motivées. Il ne le fait pas pour les décisions de refus, contrairement à l'arrêté du 19 février 2007 concernant les dérogations « espèces protégées ». Cependant, s'agissant d'une décision administrative individuelle défavorable, celle de refus d'une dérogation « habitats naturels » entre sans aucun doute dans le champ d'application de l'obligation de motivation déterminé à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. La dérogation accordée peut être retirée ou suspendue en cas de non-respect des conditions fixées par l'arrêté de dérogation « habitats naturels », mais seulement après que son bénéficiaire a été entendu.

En dépit des critiques qui ont pu être émises, on retiendra surtout que le décret du 19 décembre 2018 et les deux arrêtés qui l'accompagnent mettent heureusement fin à la « sous-transposition » de la directive « Habitats » de 1992 en matière de protection des habitats

naturels. Ce phénomène, bien que moins médiatisé, mérite autant d'attention que celui des « sur-transpositions » contre lequel le Gouvernement semble déterminé à lutter (v., sur cette question, J. Makowiak, A propos de la « sur-transposition » de directives européennes en droit français, RJE 2018. 667)³.

³ Un projet de loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français a été déposé au Sénat le 3 octobre 2018.