



HAL
open science

**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**

Simon Jolivet

► **To cite this version:**

Simon 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, 45 (1), pp.101-121. hal-03154399

HAL Id: hal-03154399

<https://hal.science/hal-03154399>

Submitted on 28 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.

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

Simon JOLIVET¹

Maître de conférences en droit public

Université de Poitiers (Institut de droit public – EA 2623)

« Il n'est pas de notion plus emblématique en [droit de l'environnement] que celle d'espèce protégée »². Au niveau national, c'est la loi fondatrice du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature³ qui a mis au point cette innovation « durable »⁴, susceptible de s'appliquer aussi bien aux espèces animales « non domestiques » qu'aux espèces végétales « non cultivées ». Les actuels articles L. 411-1 et suivants du Code de l'environnement sont une codification de son chapitre 1^{er}, certes modifié à de nombreuses reprises (notamment pour s'adapter à la directive européenne du 21 mai 1992, dite « Habitats »⁵). Le recul historique paraît ainsi suffisant pour que l'efficacité du statut d'espèce protégée, et celle de la police administrative spéciale qui le sous-tend, soit un objet d'étude.

L'évolution du contexte écologique depuis 1976 peut également justifier, aujourd'hui, une réflexion sur le sujet. Ce contexte n'est pas propre à la France : le rapport mondial de l'IPBES⁶, rendu en mai 2019, évalue à environ un million le nombre d'espèces qui sont déjà menacées d'extinction⁷. Mais au-delà même des extinctions totales de certaines espèces, une étude scientifique parue en 2017 documente à l'échelle globale un phénomène tout aussi inquiétant, à propos spécifiquement de la faune sauvage : le déclin accéléré, voire la disparition de certaines populations d'espèces de vertébrés⁸. Sur les 27 600 espèces étudiées (environ la moitié des vertébrés connus), 32 % voient leurs effectifs décliner, parmi lesquelles des espèces rares ou déjà menacées d'extinction, mais pas seulement : près de 30 % des espèces dont l'abondance diminue – telle l'hirondelle rustique – sont encore suffisamment communes pour être classées par l'UICN⁹ comme « préoccupation mineure ». S'appuyant sur ces résultats, les auteurs de l'étude critiquent la focalisation des discours sur les extinctions d'espèces : elle a « conduit à négliger deux aspects cruciaux de l'épisode actuel d'extinction : (i) la disparition de populations, qui précède toujours l'extinction d'espèces, et (ii) la diminution rapide du nombre d'individus dans certaines des populations restantes. Une analyse détaillée de la perte des

¹ Ce texte est adapté d'une communication orale présentée par l'auteur à la table ronde « Quel statut juridique pour une protection efficace de l'animal ? », organisée par l'association Hémisphère Droit à la faculté de droit de l'Université de Tours le 4 avril 2019.

² É. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis, 3^{ème} éd., 2019, p. 234.

³ Loi n° 76-629, *JO* du 13 juillet 1976.

⁴ J. Untermaier, « Une innovation durable : la protection de la faune et de la flore dans la loi du 10 juillet 1976 », *RJE* 2016, p. 647.

⁵ Directive 92/43/CEE du Conseil européen du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, *JOUE* du 22 juillet 1992.

⁶ Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services.

⁷ Le résumé à l'intention des décideurs est téléchargeable à l'adresse suivante : <https://www.ipbes.net/>

⁸ G. Ceballos et al., « Biological annihilation via the ongoing sixth mass extinction signaled by vertebrate population losses and decline », *PNAS* 114(30) : E6089-E6096, 2017, www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1704949114.

⁹ Union Internationale pour la Conservation de la Nature.

individus et des populations rend le problème à la fois plus clair et plus inquiétant »¹⁰. Pour permettre l'appréhension de cette nouvelle réalité qui serait caractéristique de l'anthropocène, le terme éloquent de « défaunation » a été proposé¹¹. Il s'agit littéralement de la privation de faune (qu'elle s'accompagne ou non d'une intention destructrice délibérée). Derrière l'aspect quantitatif, les « signatures de la défaunation »¹² sont également qualitatives : perte de diversité génétique (intraspécifique), et érosion des réseaux d'interactions biotiques entre animaux, plantes et microorganismes.

Outre l'évolution du contexte écologique, on ne peut négliger non plus le développement, depuis 1976, des réflexions éthiques sur l'animal et sa condition¹³. Elles aussi pourraient aider à éclairer d'un jour nouveau le statut d'espèce protégée, dont on rappelle qu'il ne protège pas l'animal-individu en tant que tel, mais « l'individualité en sa qualité de partie d'un ensemble »¹⁴, espèce ou population¹⁵. Ces différentes considérations nous conduiront à illustrer notre questionnement sur l'efficacité du statut d'espèce protégée à partir du cas de la faune sauvage¹⁶.

Toutefois, s'interroger sur l'efficacité d'une norme, notamment environnementale, n'est pas chose aisée : « l'efficacité conduit à réfléchir en terme de gestion, alors que l'effectivité, qui s'éloigne moins des normes, est plus familière aux juristes »¹⁷. Selon Julien Bétaille, l'efficacité pourrait être définie comme « la qualité d'une norme dont les effets atteignent son objectif »¹⁸. Elle se distingue de l'effectivité, « degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité »¹⁹. Cette distinction « implique que l'efficacité correspond au degré d'effectivité qui correspond à l'objectif de la norme »²⁰.

Dès lors, évaluer l'efficacité de la norme suppose d'abord d'identifier son objectif. Ceci résonne presque comme une interrogation philosophique²¹ : qu'est-ce que le droit (de l'environnement) protège lorsqu'il protège une espèce sauvage ? Il s'agit surtout, nous semble-t-il, d'un premier

¹⁰ G. Ceballos et *al.*, « Biological annihilation via the ongoing sixth mass extinction signaled by vertebrate population losses and decline », *loc.cit.* Notre traduction de « Specifically, this approach has led to the neglect of two critical aspects of the present extinction episode: (i) the disappearance of populations, which essentially always precedes species extinctions, and (ii) the rapid decrease in numbers of individuals within some of the remaining populations. A detailed analysis of the loss of individuals and populations makes the problem much clearer and more worrisome ».

¹¹ R. Dirzo et *al.*, « Defaunation in the Anthropocene », *Science*, vol. 345, n° 6195, 2014, p. 401.

¹² N. Perez-Mendez et *al.*, « The signatures of Anthropocene defaunation: cascading effects of the seed dispersal collapse », *Sci. Rep.* 6, 24820; doi: 10.1038/srep24820, 2016.

¹³ Ce qui, dans la sphère juridique, a par exemple amené à la création de la *Revue semestrielle de droit animalier* (RSDA) en 2009.

¹⁴ É. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement, op.cit.*, p. 236. L'italique n'est pas de nous.

¹⁵ En écologie, la population désigne l'« ensemble des individus appartenant à une même espèce et occupant une même fraction de biotope qui échangent librement entre eux leurs gènes dans la reproduction sexuée » : F. Ramade, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, Dunod, 2008, p. 488.

¹⁶ V. Lévy-Bruhl, *La protection de la faune sauvage en droit français*, Thèse droit, Lyon III, 1992.

¹⁷ J. Morand-Deville, « Avant-propos », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, p. 8.

¹⁸ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse droit, Limoges, 2012, p. 22, note n° 140.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Ibid.*, p. 18.

²¹ Nous paraphasons ici la philosophe Virginie Maris, qui met au centre de son dernier essai cette question aux « allures tautologiques : qu'est-ce que la nature que l'on protège lorsque l'on protège la nature ? » : *La part sauvage du monde. Penser la nature dans l'Anthropocène*, Seuil, coll. Anthropocène, 2018, p. 10.

écueil : la législation sur les espèces protégées n'indique pas clairement son objectif. Un effort d'interprétation téléologique doit alors être fourni²².

Les motifs justifiant la conservation d'une espèce sont mentionnés à l'article L. 411-1, ce qui est un peu différent des objectifs. Ce fondement « strictement scientifique » de la protection, décliné en deux puis trois motifs alternatifs, est connu²³ : les nécessités de la préservation du patrimoine naturel renvoient à l'espèce rare, menacée ou à statut précaire à l'échelle nationale ou régionale ; l'intérêt scientifique particulier, plus difficile à cerner, pourrait se décliner en intérêt écologique, éthologique, ou pharmacologique ; enfin, le rôle essentiel dans l'écosystème, nouveauté de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016²⁴, vise à protéger les espèces dites « parapluie » ou « clé de voûte », « dont l'étendue du territoire ou la niche écologique assurerait, par ricochet, la protection d'un grand nombre d'autres espèces »²⁵.

Jean Untermaier a très tôt mis en lumière, à partir de l'exemple des oiseaux, sur quels présupposés idéologiques le statut d'espèce protégée de la loi de 1976 est construit : « quelle que soit la raison invoquée par la loi, celle-ci confirme parfaitement les analyses de l'économie libérale classique et notamment la théorie de Ricardo sur la valeur. La protection des oiseaux se justifie par leur valeur. Valeur en soi, appréhendée par le concept de rareté – tout ce qui est rare est cher – ou valeur dérivée, définie elle-même en fonction d'autres valeurs : scientifique, agricole, cynégétique ou gastronomique »²⁶.

De là à dire qu'en 1976, l'objectif était urgemment de « sauver les espèces les plus menacées »²⁷, en empêchant leur disparition totale du territoire national, il y a un pas que cet auteur n'hésite pas à franchir. Certaines déclarations d'André Fosset, ministre de la qualité de la vie, lors de la discussion du projet de loi, inclinent effectivement à penser qu'il s'agissait de protéger les espèces « naturellement rares » ou menacées de disparition « par les effets de notre civilisation »²⁸.

Par rapport à cet objectif, l'efficacité du statut d'espèce protégée a été réelle : les espèces ne disparaissent pas ou peu en France, et certaines d'entre elles autrefois au bord de l'extinction ont été sauvées. S'agissant par exemple des oiseaux, qui constituent probablement un bon indicateur²⁹ de l'état de la faune sauvage compte tenu de leur variété et de leur centralité dans les écosystèmes, la Ligue pour la protection des oiseaux indique que seules deux espèces sont aujourd'hui considérées comme disparues en France depuis 1976 (le Traquet rieur et le Pluvier guignard). Au contraire les populations de rapaces nicheurs, tombées à des niveaux très bas

²² C'est une technique classique à laquelle on a recours lorsque l'on souhaite mesurer l'efficacité d'une norme n'énonçant pas expressément son objectif : Ph. Billet, « L'efficacité du droit de l'environnement : de la relativité des choses. Rapport de synthèse », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, *op.cit.*, p. 128.

²³ V., not., J. Untermaier, « Une innovation durable : la protection de la faune et de la flore dans la loi du 10 juillet 1976 », *loc.cit.*, spéc. p. 651 et s.

²⁴ Loi n° 2016-1087, *JO* du 9 août 2016.

²⁵ C. Cans et O. Cizel (dir.), *Loi biodiversité : ce qui change en pratique*, Éd. Législatives, 2017, p. 284.

²⁶ J. Untermaier, « Les mécanismes juridiques de gestion de l'avifaune en France », *Écologie (Terre-Vie)*, n° 4, 1987, p. 294.

²⁷ *Ibid.*, p. 295.

²⁸ Discussion en première lecture, Assemblée nationale, Débats parlementaires, 1^{ère} séance du 22 avril 1976, *JO* du 23 avril 1976, p. 2035.

²⁹ Au-delà d'indicateurs scientifiques, une réflexion doit être menée sur la conception d'indicateurs juridiques par rapport auxquels évaluer les politiques environnementales, et notamment celle de protection des espèces : M. Prieur, *Les indicateurs juridiques. Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, IFDD, 2018, 159 p.

dans les années 1970, ont progressivement recouvré une partie de leurs effectifs. Des oiseaux hivernants qui survivaient difficilement en France, tels que les hérons cendrés, grues cendrées, cigognes blanches et spatules blanches, ont également vu leurs effectifs progresser depuis leur protection³⁰.

Toutefois, de nombreuses autres espèces autrefois plus communes ont vu leurs effectifs décliner de manière inquiétante, sans que la protection juridique dont certaines font l'objet ne permette d'enrayer le phénomène. Il en va ainsi des espèces dépendantes des milieux agricoles et bâtis, dont le râle des genêts, l'outarde canepetière, les différentes espèces d'alouettes, ou même l'hirondelle de fenêtre, qui sont pourtant toutes des espèces protégées³¹. Plus largement, dans son dernier bilan annuel, l'Observatoire national de la biodiversité³² met en exergue la diminution spectaculaire de l'abondance de deux groupes d'espèces : celle des oiseaux communs spécialistes (moins 22 % entre 1989 et 2017 en métropole), et celle des chauves-souris (moins 38 % entre 2006 et 2016, alors qu'une trentaine d'espèces de chiroptères sont protégées³³). En d'autres termes, le phénomène mondial de déclin des populations d'espèces animales n'épargne nullement la France.

Dès lors, on ne peut se contenter d'expliquer les raisons du succès du statut d'espèce protégée à réaliser son objectif initial, la survie des espèces les plus menacées (I). Il faudra également illustrer de quelle manière les progrès sont contrebalancés par la multiplication des sources d'affaiblissement de la protection des espèces (II). Une meilleure contribution à la lutte contre le déclin des populations pourrait résulter de la reconsidération de l'objectif de garantie de l'état de conservation favorable des espèces protégées, central dans la directive Habitats, et que le droit interne semble désormais poursuivre sans l'assumer totalement (III).

I. ASSURER LA SURVIE DES ESPÈCES LES PLUS MENACÉES : LES RAISONS DU SUCCÈS

Le succès est à mettre au crédit des nombreux effets produits et induits par le statut d'espèce protégée, qui se sont déployés progressivement et continuent de le faire. Ils tissent ensemble une toile assez cohérente et complète, un « système »³⁴.

Conditionnant tous les autres, le premier effet a été l'adoption, par arrêtés interministériels, des listes limitatives d'espèces animales protégées, puis leur allongement grâce à une interprétation relativement extensive des motifs de protection. Les chiffres de l'Inventaire national du patrimoine naturel (INPN)³⁵ attestent que les vertébrés sont largement protégés. Il en va ainsi de 92 % des amphibiens, 82 % des oiseaux, 76 % des reptiles, et 67 % des mammifères. En revanche, seuls 3 % des poissons sont protégés : signe supplémentaire de l'indifférence qu'ils inspirent le plus souvent³⁶, la sous-représentation des espèces marines serait aussi liée à l'impossibilité, avant la loi Biodiversité, d'appliquer les interdictions attachées au statut

³⁰ *40 ans de protection de la nature, 1976-2016. Oiseaux et milieux*, Suppl. à *L'Oiseau Mag*, n° 123, 2016, 32 p.

³¹ Arrêté du 29 octobre 2009 fixant la liste des oiseaux protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection, *JO* du 5 décembre 2009.

³² *Biodiversité – Les chiffres clés – édition 2018*, décembre 2018, CGDD, 91 p.

³³ Arrêté du 23 avril 2007 fixant la liste des mammifères terrestres protégés sur l'ensemble du territoire et les modalités de leur protection, *JO* du 10 mai 2007.

³⁴ J. Untermaier, « Une innovation durable : la protection de la faune et de la flore dans la loi du 10 juillet 1976 », *loc.cit.*, p. 651.

³⁵ *La biodiversité en France. 100 chiffres expliqués sur les espèces*, juin 2018, 39 p. Les données semblent inclure des protections d'origine internationale et européenne, sans que l'INPN n'en donne le détail.

³⁶ « Les poissons », Dossier thématique, *RSDA* n° 1/2017, p. 213.

d'espèce protégée dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental³⁷. Le tropisme des acteurs de la conservation envers les espèces qui nous sont plus directement « sympathiques » semble également jouer, et de façon générale, contre les invertébrés³⁸. Ainsi, la protection couvre 4 % des libellules, 1 % des mollusques, 0,6 % des papillons, 0,4 % des coléoptères, 0,2 % des crustacés, et 0,04 % des araignées. En fait, une seule espèce d'araignée est protégée : la Matoutou falaise, une mygale présente en Martinique³⁹.

Une fois que les espèces ont été inscrites sur les listes de protection, les autres effets à l'origine du succès du statut d'espèce protégée concernent la diversification des techniques préventives (A) et le renforcement, au moins théorique, des sanctions de la norme protectrice (B).

A. LA DIVERSIFICATION DES TECHNIQUES PRÉVENTIVES

La loi de 1976 avait prévu que les espèces listées seraient protégées par l'édiction d'une série d'interdictions, aujourd'hui reprises à l'article L. 411-1 C. env. : interdictions notamment de mutilation, de destruction, de capture, de perturbation intentionnelle, de naturalisation, de transport, de détention, ou de commercialisation d'animaux de ces espèces. Nombre d'entre elles, autrefois chassées voire pourchassées, ont grandement et immédiatement bénéficié de ce seul changement de statut. Il en va ainsi des rapaces, diurnes et nocturnes, classés nuisibles avant 1972⁴⁰, et protégés après 1976 !

Puis, une première diversification est rapidement intervenue, avec un décret d'application du 25 novembre 1977⁴¹. Celui-ci complète la protection directe des espèces contre les activités de prédation, au sens large du terme, par un outil spécifique⁴² de protection de leurs habitats : les arrêtés préfectoraux dits « de protection de biotope » (APB), prévus par les articles R. 411-15 à R. 411-17 du Code de l'environnement. Au 15 mars 2019, l'INPN comptabilisait 929 APB, couvrant 217 524 hectares d'espaces terrestres (soit 0,34 % du territoire) et 182 224 hectares d'espaces maritimes. La clé de son succès (qu'il conviendra de nuancer, *cf. infra*, II) réside dans son caractère à la fois 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'APB.

La récente modernisation des APB est d'ailleurs une preuve de la vitalité de cet outil et, plus largement, du modèle de la protection des espèces issu de la loi de 1976. Le principal apport du décret du 19 décembre 2018⁴³ est l'extension du champ d'application des APB à de nouveaux milieux. Jusqu'à présent, les APB ne pouvaient être édictés que sur des « formations naturelles,

³⁷ En ce sens, v. C. Cans et O. Cizel (dir.), *Loi biodiversité : ce qui change en pratique, op.cit.*, p. 283.

³⁸ Le plus grand nombre d'espèces connues dans certains groupes peut introduire un biais dans la comparaison, mais il reste qu'en valeur absolue, 1 441 espèces d'oiseaux sont protégées, contre 86 espèces de papillons ou de coléoptères.

³⁹ Arrêté du 3 août 2017 fixant la liste des arachnides représentés sur le territoire de la Martinique protégés sur l'ensemble du territoire national et les modalités de leur protection, *JO* du 23 septembre 2017.

⁴⁰ L'arrêté du 24 janvier 1972 modifiant la liste des espèces dont la chasse est prohibée a fait sortir tous les rapaces, diurnes et nocturnes, de la catégorie des espèces nuisibles (*JO* du 15 février 1972).

⁴¹ Décret n° 77-1295, *JO* du 27 novembre 1977.

⁴² La loi du 10 juillet 1976 interdisait déjà la destruction du « milieu particulier » des espèces protégées, notion remplacée depuis par celle d'habitats d'espèces.

⁴³ Décret n° 2018-1180 du 19 décembre 2018 relatif à la protection des biotopes et des habitats naturels (*JO* du 21 décembre) : S. Jolivet, « Biotopes et habitats naturels, les faux-jumeaux de la protection de la nature », *AJDA* 2019, p. 519.

peu exploitées par l'homme ». Désormais, pourront être protégés en tant que biotope des milieux d'origine artificielle : « bâtiments, ouvrages, mines et carrières [...], ou tous autres sites bâtis ou artificiels, à l'exception des habitations et des bâtiments à usage professionnel » (art. R. 411-15 II, 2°). Cette extension était attendue pour la protection de certaines espèces, telles les chiroptères, qui utilisent des constructions humaines (par exemple, les combles d'églises) comme habitats.

Le début de rapprochement entre protections des espèces et des espaces⁴⁴, qu'a marqué l'institution des APB, a été poursuivi par la loi Biodiversité, avec la création des zones prioritaires pour la biodiversité (ZPB)⁴⁵. Ces dernières ont pour but de restaurer l'habitat dégradé d'espèces protégées : leur institution par un arrêté préfectoral ne pourra intervenir que lorsque l'évolution des habitats d'une espèce protégée est « de nature à compromettre le maintien dans un état de conservation favorable d'une population de cette espèce ». Un décret adopté le 13 février 2017⁴⁶ est venu préciser le mécanisme, confirmant qu'il s'adresse prioritairement aux espèces dépendantes des milieux agricoles⁴⁷. En outre, par rapport aux APB, dont le champ d'intervention est proche, les ZPB s'orientent davantage vers des obligations positives de gestion que vers de simples interdictions⁴⁸. Il est trop tôt pour parler de succès ou d'échec de ce nouvel instrument. Créé sur mesure pour le grand Hamster d'Alsace, comme une réponse à la condamnation de la France par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour insuffisance des mesures prises contre l'inquiétant déclin de ses effectifs⁴⁹, il n'a encore jamais été mis en œuvre.

Toujours dans cette idée de diversification des techniques préventives, des plans nationaux d'actions pour la conservation ou le rétablissement d'espèces protégées font leur apparition en 1996. Leur reconnaissance législative est opérée par la loi « Grenelle 2 » du 12 juillet 2010⁵⁰ : ils sont mis en œuvre « lorsque la situation biologique [des] espèces le justifie » (article L. 411-3 du Code de l'environnement). Peuvent bénéficier de plans nationaux d'actions les espèces protégées, ainsi que les insectes pollinisateurs sauvages. Les oiseaux et les mammifères sont encore les groupes d'espèces animales qui bénéficient le plus de tels plans, même si une ouverture a été conduite vers les reptiles, amphibiens et insectes⁵¹. Plus de 70 plans nationaux d'actions avaient été adoptés début 2017, au bénéfice de 200 espèces parmi les plus menacées (grand Hamster, Cistude d'Europe, Outarde canepetière, etc)⁵². Ils amorcent une mutation de la protection vers l'adoption de mesures positives, au-delà de la technique classique des interdictions utilisées par la loi de 1976. En parallèle de cette diversification des formes de prévention, la répression a également été renforcée.

⁴⁴ Sur ces aspects, v. plus largement S. Jolivet, « Espaces naturels : les nouvelles frontières de la protection », *RJE* 2016, p. 629.

⁴⁵ Art. L. 411-2 II. C. env.

⁴⁶ Décret n° 2017-176, *JO* du 15 février 2017, Art. R. 411-17-3 et s. C. env.

⁴⁷ Le nouvel article R. 411-17-5 C. env. liste ainsi les pratiques agricoles favorables que le préfet pourra inciter, avant d'éventuellement les imposer en cas de résultats insuffisants du programme d'actions, à l'expiration d'un certain délai.

⁴⁸ Th. Dubreuil, « Les zones prioritaires pour la biodiversité », in C. Cans et O. Cizel (dir.), *Loi biodiversité : ce qui change en pratique*, *op.cit.*, p. 369.

⁴⁹ CJUE, 9 juin 2011, *Commission c/ France*, aff. C-383/09, *Rec.* p. I-4869.

⁵⁰ Loi n° 2010-788, *JO* du 13 juillet 2010.

⁵¹ M. Challéat et P. Lavarde, *Les plans nationaux d'actions en faveur des espèces menacées. Une politique à refonder*, CGDD, 2014, 119 p., spéc. p. 19-20.

⁵² Note du 9 mai 2017 relative à la mise en œuvre des plans nationaux d'actions prévus à l'article L. 411-3 du code de l'environnement (NOR : DEVL1710847N, *BOME* n° 2017/9 du 25 mai 2017), p. 5.

B. LE RENFORCEMENT, THÉORIQUE, DES SANCTIONS DE LA NORME PROTECTRICE

Condition classique d'effectivité d'une norme⁵³, la sanction a toujours été présente dans la loi de 1976, du moins dans sa dimension pénale, vis-à-vis du non-respect des interdictions attachées au statut d'espèce protégée⁵⁴. La faiblesse des peines initialement encourues pour ces délits a été renforcée en plusieurs étapes, notamment par la loi Grenelle 2 (passage de 9 000 à 15 000 euros d'amende, et de six mois à un an d'emprisonnement), et dernièrement par la loi Biodiversité et la loi du 24 juillet 2019 créant l'Office français de la biodiversité⁵⁵. Leur action conjuguée conduit à aggraver sensiblement les peines encourues (150 000 euros d'amende, deux puis trois ans d'emprisonnement) pour le fait de « porter atteinte à la conservation d'espèces animales non domestiques » protégées en violation des interdictions prévues par les textes. La tentative de ce délit est punie des mêmes peines (article L. 415-3 1° a) du Code de l'environnement). La commission de l'infraction en bande organisée est, en outre, un délit aggravé désormais passible de sept ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende (article L. 415-6)⁵⁶.

Il est commun de pointer les lacunes dans l'application du droit pénal de l'environnement⁵⁷, et ceci vaut aussi en matière d'espèces protégées. Face à la rareté et la faiblesse des peines mises en œuvre, le magistrat Thierry Fossier voit un motif d'espoir dans les signaux de fermeté envoyés par le législateur de 2016, mais aussi par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dont il dresse un tableau de jurisprudence « positive »⁵⁸. Y figure celle qui conduit, dans une logique d'efficacité de la caractérisation de l'infraction, à se départir de l'exigence de faute intentionnelle pour faire de la destruction d'espèce animale protégée un délit non-intentionnel⁵⁹.

Quoi qu'il en soit, la diversification des effets induits par le statut d'espèce protégée se confirme et se prolonge en matière répressive. Alors que la loi de 1976 « ignorait la répression administrative »⁶⁰, l'ordonnance du 11 janvier 2012 sur les polices environnementales⁶¹ généralise le principe des sanctions administratives et les rend notamment applicables en matière d'espèces protégées (articles L. 171-7 et suivants du Code de l'environnement). L'utilisation des sanctions administratives pourrait être intéressante pour garantir un meilleur respect des formalités relatives aux dérogations à l'interdiction de destruction d'espèces protégées, lesquelles doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation (article L. 411-2 I 4°

⁵³ J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, *op.cit.*, spéc. p. 167 et s.

⁵⁴ Ainsi, l'article 32 de la loi du 10 juillet 1976 prévoyait une amende de 2 000 à 40 000 francs, pouvant être portée à 80 000 francs en cas de récidive. Pour les débuts (timides) de l'application de ce texte, v. M.-J. Littmann-Martin, « Droit pénal de l'environnement : la protection pénale des oiseaux sauvages », *RJE* 1984, p. 128.

⁵⁵ Loi n° 2019-773 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement, *JO* du 26 juillet 2019.

⁵⁶ La peine de prison encourue était déjà de sept ans d'emprisonnement, mais l'amende « seulement » de 150 000 euros, en vertu de la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013 (*JO* du 17 juillet) qui a introduit la circonstance aggravante de bande organisée.

⁵⁷ D. Chilstein, « L'efficacité du droit pénal de l'environnement », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, *op.cit.*, p. 67.

⁵⁸ Th. Fossier, « Espèces protégées : quelle place pour de justes sanctions ? », in C. Cans et O. Cizel (dir.), *Loi biodiversité : ce qui change en pratique*, *op.cit.*, p. 155, p. 161.

⁵⁹ Selon la formule retenue dans l'arrêt sur l'ourse Canelle, « une faute d'imprudence suffit à caractériser l'élément moral du délit d'atteinte à la conservation d'espèces animales non domestiques protégées » : Cass. Crim. 1^{er} juin 2010, n° 09-87.159, Bull. crim. n° 96 : *Environnement* n° 1, janvier 2011, comm. 2, note L. Neyret ; *RJE* 2012, p. 188, chron. V. Jaworski.

⁶⁰ Th. Fossier, « Espèces protégées : quelle place pour de justes sanctions ? », *loc.cit.*, p. 156.

⁶¹ Ordonnance n° 2012-34, *JO* du 12 janvier 2012.

du Code de l'environnement ; sur ces dérogations, *cf. infra*). Elles pourraient être prononcées du seul fait qu'un porteur de projet n'a pas sollicité l'autorisation de déroger aux interdictions de destruction, ou ne respecte pas les prescriptions dont l'autorisation est assortie, sans avoir à démontrer, comme c'est le cas en matière pénale, l'atteinte ou la tentative d'atteinte à l'espèce protégée. Plus largement, la présence d'une « coercition potentielle » et la faculté, pour l'autorité administrative, « d'assortir ses commandements de menaces de sanctions »⁶², ne peuvent pas nuire à l'efficacité de la police des espèces protégées.

Encore faudrait-il que ces différents types de sanctions soient effectivement utilisés pour que la dissuasion joue pleinement son rôle. Le cas échéant, il n'est pas certain que cela suffise à contrebalancer les tendances lourdes de la destruction.

II. LA MULTIPLICATION DES SOURCES D'AFFAIBLISSEMENT DE LA PROTECTION DES ESPÈCES

Deux phénomènes sont particulièrement préoccupants en France métropolitaine : l'artificialisation des sols et l'altération du fonctionnement des milieux naturels, en particulier due à l'intensification des pratiques agricoles⁶³. On admettra volontiers que « *certaines menaces ne pouvaient être abordées par une loi de protection, capable certes d'encadrer et au besoin d'interdire des agissements directement attentatoires à la vie d'une espèce, mais pas de traiter l'impact de l'aménagement du territoire, de l'urbanisation ou des activités économiques* »⁶⁴. De fait, des mesures sérieuses d'encadrement de l'usage des pesticides ou de lutte contre l'étalement urbain sont susceptibles d'avoir des effets bénéfiques sur la faune sauvage de plus grande ampleur que la modification du Code de l'environnement pour rénover le statut d'espèce protégée.

Mais dans ce contexte, précisément, la multiplication des sources d'affaiblissement de la protection des espèces apparaît de moins en moins tenable, que celles-ci proviennent d'incohérences de l'ordre juridique en général et de l'indépendance des législations (A), ou, peut-être pire, d'une conciliation des intérêts défavorable aux espèces au sein même du droit censé les protéger (B). Seules quelques illustrations seront fournies.

A. L'EFFICACITÉ DE LA POLITIQUE DE PROTECTION MINÉE PAR L'INDÉPENDANCE DES LÉGISLATIONS

La protection des espèces fait partie de la législation environnementale et, en tant que telle, il lui est parfois difficile d'imposer ses objectifs à des activités régies par d'autres législations. On se contentera de donner deux exemples, car les « rigidités paralysantes »⁶⁵ engendrées par le principe d'indépendance des législations sont identifiées de longue date comme une source d'inefficacité des polices environnementales⁶⁶.

⁶² L. Fonbaustier, « (L'efficacité de) la police administrative en matière environnementale », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, *op.cit.*, p. 109, p. 115.

⁶³ Cf. CGDD, *Rapport intermédiaire de l'évaluation française des écosystèmes et des services écosystémiques*, décembre 2016, 161 p.

⁶⁴ J. Untermaier, « Une innovation durable : la protection de la faune et de la flore dans la loi du 10 juillet 1976 », *loc.cit.*, spéc. p. 658-659. L'italique n'est pas de nous.

⁶⁵ J. Morand-Deville, « Avant-propos », in O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement – Mise en œuvre et sanctions*, *op.cit.*, p. 5.

⁶⁶ L. Fonbaustier, « (L'efficacité de) la police administrative en matière environnementale », *loc.cit.*, spéc. p. 118.

En vertu dudit principe, les APB ne sont classiquement pas opposables aux autorisations d'urbanisme. Ainsi, un tribunal administratif a pu refuser d'annuler un permis de construire pour violation d'un APB au motif que ledit arrêté relève d'une législation distincte de celle de l'urbanisme⁶⁷. La situation est d'autant plus insatisfaisante que, par ailleurs, la prohibition de toutes constructions par un APB afin d'empêcher l'altération de l'habitat d'une espèce protégée n'est pas nécessairement illégale⁶⁸. À défaut de remise en cause plus large du principe d'indépendance des législations, dont la logique est contradictoire avec celle de l'intégration⁶⁹, la solution technique la plus simple consisterait à faire figurer les APB en annexe des plans locaux d'urbanisme. Hélas, le décret du 19 décembre 2018 qui modernise la procédure des APB n'a pas saisi l'occasion pour remédier à l'une de ses principales limites⁷⁰.

Après le droit de l'urbanisme, on a découvert plus récemment que le droit civil, et la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage, pouvaient aussi faire échec à la protection des espèces animales. Dans un arrêt du 14 décembre 2017, la Cour de cassation a confirmé un arrêt condamnant un propriétaire à combler la mare abritant des batraciens dont le coassement cause un trouble anormal du voisinage aux plaignants⁷¹. Pourtant, parmi les espèces de grenouilles identifiées sur le terrain, plusieurs étaient inscrites sur des listes d'espèces protégées, ce que nul ne pouvait ignorer car le ministère de l'Environnement, consulté en cours de procédure, l'avait confirmé. Autrement dit, le juge enjoint au propriétaire de la mare de détruire l'habitat d'une espèce protégée, délit pénal en vertu de l'article L. 415-3 du Code de l'environnement. Grégoire Leray observe que si la solution est classique au regard du droit civil, « les conséquences de l'arrêt conduisent à une incohérence, voire une menace potentielle pour la rigueur du raisonnement juridique »⁷². Il précise : « on savait le succès de l'action en cessation d'un trouble anormal du voisinage affranchi de la condition de respect de conditions imposées par le droit public. (...) Désormais, on sait que la mesure de cessation du trouble est ordonnée sans égard pour le droit pénal et spécifiquement celui de l'environnement »⁷³.

On pourrait penser qu'au sein du droit des espèces protégées, au moins, l'intérêt de la protection prime. Mais avec l'extension du régime des dérogations, ceci n'est pas tout à fait certain.

B. AU SEIN MÊME DE LA LÉGISLATION PROTECTRICE, UNE BALANCE DES INTÉRÊTS DÉFAVORABLE AUX ESPÈCES ?

Philippe Billet affirmait, en 2006 : « trente ans après la promulgation de la loi de 1976, il faut rester attentif au statut des espèces protégées, qui connaît de plus en plus d'atteintes »⁷⁴.

⁶⁷ V. TA Strasbourg, 21 décembre 1992, *Association fédérative régionale pour la protection de la nature c/ Ville de Wissembourg*, *AJDA* 1993, p. 318, note H. Jacquot.

⁶⁸ TA Melun, 21 juin 2002, *Joinéau et autres*, *Droit de l'environnement* 2002, p. 235, note O. Cizel.

⁶⁹ V. déjà M. Prieur, « Urbanisme et environnement », *AJDA* 1993, p. 80.

⁷⁰ Le nouveau décret n'a pas, non plus, mis fin à une autre incohérence du droit de la protection des espèces : une contravention de quatrième classe est fixée par l'article R. 415-1 du Code en cas de non-respect des dispositions d'un APB, alors que l'article L. 415-3 sanctionne d'un délit l'atteinte à l'habitat d'une espèce protégée (qu'est par hypothèse un APB). Sur ces aspects, v. S. Jolivet, « Biotopes et habitats naturels, les faux-jumeaux de la protection de la nature », *loc.cit.*

⁷¹ Cass. 2^{ème} civ., 14 décembre 2017, n° 16-22.509, *D.* 2018, p. 995, note G. Leray ; *Droit de l'environnement* 2018, p. 187, note Th. Guilbaud.

⁷² G. Leray, « Grenouilles et *jurisdictio* : quand la cessation du trouble anormal du voisinage expose à une condamnation pénale », note précitée.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Ph. Billet, « Variations autour de la notion d'espèce protégée », 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. 80.

Cet auteur pointait deux éléments. Le premier est bien connu : c'est celui de la différenciation au sein des espèces protégées. Alors que le législateur de 1976 paraît ne concevoir de protection qu'intégrale (soit l'application cumulative à chaque espèce protégée de toutes les interdictions prévues par la loi), le pouvoir réglementaire instituera des formes de protection partielle à l'occasion de la fixation des listes d'espèces protégées. La différenciation est poussée à l'extrême avec le loup (et dans une moindre mesure d'autres espèces telles que les grands cormorans) : les textes adoptés depuis quelques années⁷⁵ pour stabiliser la population témoignent d'une double rupture : d'une part, le plafond annuel de destruction est perçu comme un objectif et non un maximum, d'autre part, l'atteinte portée à l'espèce est déconnectée des dommages causés aux troupeaux⁷⁶.

Plus insidieux, le second élément pourrait davantage faire régresser le niveau de protection accordé aux espèces protégées. Après la création de régimes au cas par cas, la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006⁷⁷ a généralisé les dispositifs dérogatoires à l'ensemble des espèces protégées, principalement au bénéfice des opérations d'aménagement⁷⁸. Lorsque l'une d'elles aurait pour conséquence la destruction d'une espèce protégée ou de son habitat, le porteur de projet doit solliciter une dérogation sur le fondement de l'article L. 411-2 4° du Code de l'environnement, lequel transpose fidèlement l'article 16, §1, de la directive Habitats. Toutefois, la dérogation ne sera délivrée que si trois conditions cumulatives sont réunies : l'absence « d'autre solution satisfaisante », l'absence de nuisance de la dérogation au maintien des espèces concernées dans un état de conservation favorable (*cf. infra*), enfin l'existence soit⁷⁹ d'un intérêt pour la santé et la sécurité publiques, soit « d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique ». L'encadrement a l'air strict mais au-delà des apparences, l'administration refuse apparemment très rarement les autorisations de destruction sollicitées par les aménageurs⁸⁰. Nous n'avons, en tout cas, pas connaissance de contentieux né suite à un tel refus. De plus, le contrôle du juge administratif n'est pas toujours aussi rigoureux qu'on pourrait l'attendre, s'agissant de dérogations à des interdictions strictes. C'est le cas même pour l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur, motif le plus fréquemment invoqué. Face à cette notion très difficile à interpréter⁸¹, le juge administratif est encore hésitant. Un courant jurisprudentiel accommodant avec les porteurs de projets et l'administration se satisfait, dans le meilleur des cas, que l'intérêt public majeur d'un projet prime sur ses inconvénients au regard des espèces protégées, à l'issue d'une mise en balance. Il a semblé gagner du terrain à partir notamment d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 15 octobre 2015, qui a eu le mérite d'essayer de systématiser le contrôle de la

⁷⁵ Les derniers en date étant : l'arrêté du 19 février 2018 fixant les conditions et limites dans lesquelles des dérogations aux interdictions de destruction peuvent être accordées par les préfets concernant le loup, et l'arrêté du 19 février 2018 fixant le nombre maximum de spécimens de loups (*Canis lupus*) dont la destruction pourra être autorisée chaque année (*JO* du 20 février 2018).

⁷⁶ G. Audrain-Demey, « Le loup : de la protection des troupeaux à la régulation de l'espèce », *RJE* 2016, p. 234.

⁷⁷ Loi n° 2006-11, *JO* du 6 janvier 2006.

⁷⁸ X. Braud, « Opérations d'aménagement : le contrôle du juge sur les dérogations à la protection des espèces », *Droit de l'environnement* 2015, p. 334.

⁷⁹ Il existe encore d'autres alternatives dans le cadre de la troisième condition cumulative, notamment l'intérêt de la protection de la faune et de la flore ou la prévention des dommages causés à l'agriculture.

⁸⁰ X. Braud, « Opérations d'aménagement : le contrôle du juge sur les dérogations à la protection des espèces », *loc.cit.*, p. 334.

⁸¹ R. Noguellou et N. Foulquier (dir.), *Les dérogations dans la directive Habitats et l'interprétation de l'article L. 411-2 du Code de l'environnement*, SERDEAUT, novembre 2014 ; G. Audrain-Demey, « Aménagement et dérogation au statut des espèces protégées : la « raison impérative d'intérêt public majeur » au cœur du contentieux », *Droit de l'environnement* 2019, p. 13.

condition litigieuse⁸². Néanmoins, il est évident que cette logique de transposition du contrôle du bilan dans le contentieux des dérogations « espèces protégées » est peu favorable à la protection. La création d'emplois face à quelques mesures compensatoires : le résultat de la « somme algébrique »⁸³ ne fait guère de doute dans la plupart des cas⁸⁴. De plus, cette interprétation paraît faire fi de l'exigence d'impérativité inhérente à la notion de raison *impérative* d'intérêt public majeur.

La position du Conseil d'État sur le sujet s'est faite attendre. Il a rendu, en 2018, deux ordonnances de référé⁸⁵ suggérant une approche plus stricte dans l'appréciation des qualités intrinsèques du projet d'aménagement, et du besoin qu'il permettrait de satisfaire. On ne trouve ainsi nulle trace de mise en balance dans le considérant de principe retenu par l'ordonnance du 25 mai 2018, confirmée au fond le 24 juillet 2019⁸⁶ : « un projet d'aménagement ou de construction d'une personne publique ou privée susceptible d'affecter la conservation d'espèces animales ou végétales protégées et de leurs habitats ne peut être autorisé, à titre dérogatoire, que s'il répond, par sa nature et compte tenu notamment du projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une raison impérative d'intérêt public majeur ». Depuis lors, plusieurs juridictions ont repris ce considérant de principe, avec un résultat souvent analogue⁸⁷, c'est-à-dire une annulation de la dérogation. On peut en ce sens citer des arrêts des cours administratives d'appel de Marseille⁸⁸, de Nantes⁸⁹, de Lyon⁹⁰ ou de Bordeaux⁹¹.

Le tribunal administratif de Strasbourg a, lui aussi, repris le considérant de principe concernant la notion de raison impérative d'intérêt public majeur dans des ordonnances de référé concernant le grand contournement ouest (GCO) de Strasbourg⁹², dont la réalisation affecte notamment l'habitat du grand Hamster d'Alsace. Mais malgré l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de l'arrêté autorisant la destruction d'espèces protégées, le juge rejette « à titre exceptionnel » la requête du fait de l'existence de troubles à l'ordre public pendant l'exécution des travaux préparatoires. Il applique ici la très discutée jurisprudence *Conflans-*

⁸² CAA Douai, 15 octobre 2015, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie contre Association « Écologie pour le Havre »*, *RJE* 2016, p. 382, note S. Jolivet ; puis, dans la même logique, CAA Lyon, 16 décembre 2016, *Union régionale Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature et a.*, n° 15LY03097 et 15LY03110, *RJE* 2017, p. 581, note R. Radiguet ; ou encore TA Montpellier, 28 novembre 2017, *Fédération pour les espaces naturels et l'environnement des Pyrénées-Orientales*, n° 1601676.

⁸³ M. Waline, note sous CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *RDP* 1972, p. 454.

⁸⁴ À noter, cependant, une annulation de dérogation après mise en balance : CAA Bordeaux, 13 juillet 2017, *SAS PCE et la SNC Foncières Toulouse Ouest*, n° 16BX01364, 16BX01365, *Droit de l'environnement* 2017, p. 297, concl. D. De Paz.

⁸⁵ CE, ord., 25 mai 2018, n° 413267, *Gaz. Pal.* n° 34, 9 octobre 2018, p. 34, note B. Seiller ; *JCP A* n° 23, 11 juin 2018, Act. 502, note F. T. ; CE, ord., 28 décembre 2018, n° 419918.

⁸⁶ CE, 24 juill. 2019, n° 414353, *SAS PCE et SNC TFO : AJDA* 2019, p. 1605, note J.-M. Pastor ; *Droit de l'environnement* 2019, p. 338, concl. S. Hoynck, et p. 343, note M. Clemendot et A. Vermersch.

⁸⁷ *A contrario*, v. CAA Douai, 28 février 2019, n° 16DA01163 : *Décideurs juridiques et financiers* n° 22, 2019, p. 64, note M.-Y. Benjamin et P. Lucien-Baugas ; CAA Nantes, 5 mars 2019, n° 17NT02791 et 17NT02794 : *Gaz. Pal.* n° 28, 2019, p. 31, note C. Feulié ; *Droit de l'environnement* n° 280, 2019, p. 293, note G. Audrain-Demey.

⁸⁸ CAA Marseille, 1^{er} juin 2018, n° 17MA02799 (en l'espèce, la dérogation n'est pas annulée du fait de l'absence de raison impérative d'intérêt public majeur, que l'économie de moyens dispense le juge de vérifier, mais de l'absence de solution alternative satisfaisante) ; CAA Marseille, 14 septembre 2018, n° 16MA02625 et 16MA02626, *BDEI* n° 1/2019, p. 45, note J.-R. Mauzy.

⁸⁹ CAA Nantes, 13 juillet 2018, n° 15NT00013.

⁹⁰ CAA Lyon, 23 octobre 2018, n° 17LY04341, 17LY04344, 18LY01223, 18LY01873, *Droit de l'environnement* 2019, p. 25, concl. S. Deliancourt.

⁹¹ CAA Bordeaux, 10 décembre 2019, N° 19BX02327, 19BX02367, 19BX02369, 19BX02378, 19BX02421, 19BX02422, 19BX02423, 19BX02424.

⁹² TA Strasbourg, ord., 25 septembre 2018, n° 1805542, *Alsace nature* ; TA Strasbourg, ord., 23 novembre 2018, n° 1806575, *Alsace nature*.

*Sainte-Honorine*⁹³, qui permet au juge administratif de ne pas accorder la suspension d'un acte administratif qui mériterait de l'être au regard des conditions légales, « lorsque la suspension de l'exécution de cette décision porterait à l'intérêt général une atteinte d'une particulière gravité ».

Par ailleurs une décision du tribunal administratif de Besançon, reprenant à son tour le considérant de principe, en tire une autre conséquence tout à fait intéressante quant à la distinction à opérer entre le contentieux de la dérogation « espèces protégées », et celui de la déclaration d'utilité publique où s'épanouit traditionnellement le contrôle du bilan. Il affirme qu'un projet d'aménagement ou de construction « ne répond pas à une raison impérative d'intérêt public majeur au seul motif qu'il a préalablement fait l'objet, sur le fondement du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, d'une déclaration d'utilité publique, même devenue définitive »⁹⁴.

Bref, il semble que l'absence de recours à la technique du bilan coûts/avantages entre les intérêts économiques et l'atteinte aux espèces permette de rééquilibrer, un peu, les termes de la confrontation. Mais ce « retour à l'orthodoxie juridique »⁹⁵ devrait s'inscrire dans une reconsidération plus large de l'objectif d'assurer l'état de conservation favorable des espèces protégées.

III. GARANTIR L'ÉTAT DE CONSERVATION FAVORABLE DES ESPÈCES PROTÉGÉES : UN OBJECTIF À (RE)CONSIDÉRER

L'article 2 de la directive Habitats énonce son objectif général : « assurer le maintien ou le rétablissement, dans un état de conservation favorable, des habitats naturels et des espèces de faune et de flore sauvages d'intérêt communautaire ». Selon l'article 1, l'état de conservation d'une espèce est favorable lorsqu'au moins trois conditions sont remplies : la dynamique des populations maintient la viabilité de l'espèce ; son aire de répartition naturelle ne diminue ni ne risque de diminuer dans un avenir prévisible ; il existe et il continuera probablement d'exister un habitat suffisamment étendu pour que ses populations se maintiennent à long terme. Comme le résume Charles-Hubert Born, « il ne s'agit donc pas seulement d'éviter l'extinction de l'espèce : il faut que l'espèce ou l'habitat considéré soit maintenu « en bonne santé » dans l'aire géographique considérée »⁹⁶, même si cela ne signifie pas obligatoirement qu'elle approche un niveau historique de référence⁹⁷.

Or, bien que cela ne soit pas affiché dans les textes officiels, la garantie de l'état de conservation favorable est également devenue le véritable objectif du droit interne des espèces protégées. Bien plus, il s'agit d'une véritable obligation de résultat (A) nécessitant des mesures efficaces de mise en œuvre (B).

⁹³ CE, 16 avril 2012, n° 355792.

⁹⁴ TA Besançon, ord., 6 mai 2019, n° 1900636. Nous admettons qu'en l'espèce le principe d'indépendance des législations (entre le droit de l'environnement et le droit de l'expropriation), invoqué par le tribunal, joue apparemment en faveur de la protection des espèces. Mais il s'agit d'une exception plutôt que d'une règle.

⁹⁵ S. Deliancourt, concl. précitées sous CAA Lyon, 23 octobre 2018, n° 17LY04341, 17LY04344, 18LY01223, 18LY01873.

⁹⁶ Ch.-H. Born, « Rapport général : droit communautaire », in M.-E. Mahy et Ch.-H. Born (dir.), *Corridors écologiques, paysages et Natura 2000*, Observatoire juridique Natura 2000, actes du colloque de Limoges des 13 et 14 septembre 2004 (non publié).

⁹⁷ Y. Epstein, J.-V. Lopez-Bao, G. Chapron, « A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe », *Conservation Letters*, March/April 2016, 9(2), p. 81, spéc. p. 85 et s.

A. D'UN OBJECTIF À UNE OBLIGATION DE RÉSULTAT

En vertu de la directive, c'est l'état de conservation favorable des espèces d'intérêt communautaire qui est visé, soit celles qui sont inscrites dans les annexes du texte communautaire. Or, la liste des espèces protégées en droit français est plus large que celle des espèces d'intérêt communautaire. Des espèces telles que le hérisson d'Europe ou l'écureuil roux ne sont, par exemple, pas visées par la directive. De plus, la directive n'est pas applicable dans les départements et régions d'outre-mer. Mais paradoxalement, alors que le droit français n'affiche pas clairement comme objectif l'état de conservation favorable, il étend implicitement aux espèces protégées qui ne sont pas d'intérêt communautaire le bénéfice de certaines des mesures conçues pour permettre sa réalisation. Ainsi, on rappellera que la délivrance d'une dérogation « espèces protégées », exigible pour la destruction de toute espèce protégée par le droit interne, est conditionnée à ce qu'elle « ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle » (article L. 411-2 I 4°). De même, alors que les plans nationaux d'actions sont censément conçus pour rétablir les espèces d'intérêt communautaire dans un état de conservation favorable, certaines des espèces protégées qui en bénéficient ne figurent pas dans les annexes de la directive Habitats. Il en va ainsi de l'escargot de Corse, ou du lézard ocellé⁹⁸. Au demeurant, la note ministérielle du 9 mai 2017 relative à la mise en œuvre de ces plans indique très naturellement que « l'objectif de la réglementation relative à la protection des espèces de faune et de flore menacées, prise en application des articles L. 411-1 et L. 411-2 du Code de l'environnement, est d'assurer le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable de ces espèces »⁹⁹.

Le Tribunal administratif de Toulouse a fait un pas supplémentaire, dans un jugement du 6 mars 2018 devenu définitif à défaut d'appel¹⁰⁰. À partir de l'objectif général de la directive, il reconnaît l'existence d'une véritable obligation de résultat : l'« obligation de rétablissement de l'ours brun dans un état de conservation favorable, telle qu'elle résulte de l'article 2 de la directive du 21 mai 1992 ». Aussi, les juges toulousains ont accepté d'engager la responsabilité de l'État pour carence fautive en raison de l'absence de maintien de la population d'ours des Pyrénées, qui appartient à une espèce d'intérêt communautaire, dans un état de conservation favorable.

Compte tenu de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité publique, l'éventualité même que celle-ci puisse être recherchée sur le fondement de la violation de l'obligation de résultat fixée par la directive Habitats est de nature à « stimuler l'effectivité de la norme »¹⁰¹ protectrice des espèces, au-delà du seul cas de l'ours brun.

B. DES MESURES EFFICACES À PRENDRE POUR ATTEINDRE L'ÉTAT DE CONSERVATION FAVORABLE

La question de l'efficacité des mesures à prendre pour garantir l'état de conservation favorable des espèces d'intérêt communautaire s'est posée devant la CJUE. Devant déterminer si, au-delà du régime formel de protection, elle pouvait examiner le niveau réel des mesures prises, la

⁹⁸ M. Challéat et P. Lavarde, *Les plans nationaux d'actions en faveur des espèces menacées. Une politique à refonder*, *op.cit.*, p. 21.

⁹⁹ Note précitée, p. 1.

¹⁰⁰ TA Toulouse, 6 mars 2018, n°1501887, 1502320, *Assoc. Pays de l'Ours – ADET et a.*, *AJDA* 2018, p. 2344, note J. Bétaille.

¹⁰¹ *Ibid.*

CJUE n'a pas hésité à choisir la deuxième option, dans l'affaire dite des « Tortues grecques »¹⁰² comme dans celle du grand Hamster d'Alsace. Comme le résume Marc Clément, « l'État membre ne peut se réfugier derrière une transposition formelle : il faut que les mesures prises soient efficaces »¹⁰³ pour atteindre l'état de conservation favorable. Le cas échéant, ces mesures pourraient devoir aller au-delà des seules interdictions d'agissements agressifs¹⁰⁴, autour desquelles le droit interne des espèces protégées continue de tourner. En effet, dans le cas du grand Hamster d'Alsace, seules des mesures positives sont susceptibles d'enrayer la chute des effectifs, qui est d'abord consécutive à la modification des pratiques agricoles et à l'urbanisation.

Peut-on imaginer d'aller plus loin, dans la reconsidération de l'objectif de garantie de l'état de conservation favorable des espèces protégées ? Oui, et on se contentera d'indiquer à cet égard deux directions.

La première concerne l'échelle géographique d'appréciation de l'état de conservation, locale, nationale ou européenne : plus celle-ci est restreinte, plus elle est favorable à la protection des espèces et susceptible de contribuer à la lutte contre le déclin de leurs populations. Or la jurisprudence administrative paraît fluctuante, en fonction des espèces concernées et/ou du contexte contentieux. S'agissant des dérogations à la protection du loup, le Conseil d'État apprécie leur impact sur l'état de conservation de cette espèce à l'échelle du territoire européen¹⁰⁵. Cette interprétation discutable peut conduire à faire supporter de façon disproportionnée la charge de l'effort de conservation sur d'autres États membres, en l'occurrence l'Italie, précisément parce que celle-ci a mieux su préserver le loup. De plus, elle apparaît en contradiction avec certaines jurisprudences de la CJUE¹⁰⁶. Dans le cadre du régime général des dérogations « espèces protégées », cependant, les juges du fond semblent raisonner de façon plus protectrice à l'échelle locale¹⁰⁷. Des expériences étrangères pourraient également inspirer le législateur et le juge français : l'ordonnance du 1^{er} mars 2012 relative à la conservation de la nature en Région bruxelloise se fixe pour objectif de parvenir à l'état de conservation favorable des habitats naturels et espèces d'intérêt « régional », en plus de ceux d'intérêt « communautaire » (article 2, §2)¹⁰⁸.

La deuxième direction dans laquelle le droit de la protection des espèces pourrait s'orienter concerne le régime de la preuve à apporter, soit pour établir l'absence de nuisance à l'état de

¹⁰² CJCE, 30 janvier 2002, *Commission c./ Grèce*, C-103/00, *Rec.* p. I-1147.

¹⁰³ M. Clément, *Droit européen de l'environnement : jurisprudence commentée*, Larcier, 3^{ème} éd., 2016, p. 475.

¹⁰⁴ Sur ce point, à propos de l'ours, v. J. Betaille, « Positive obligations to rescue small populations - A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France », *Projet Claws & Laws*, nov. 2017.

¹⁰⁵ CE, 26 avril 2006, n° 271670, *Assoc. Ferus, Environnement* n° 6, juin 2006, comm. 66, note P. Trouilly ; CAA Marseille, 14 septembre 2018, n° 16MA03058, *Ligue pour la protection des oiseaux*.

¹⁰⁶ Dans l'affaire des « loups finlandais », la Cour examine seulement la situation de la population à l'échelle nationale : CJCE, 14 juin 2007, *Commission c/ Finlande*, C-342/05, *Rec.* p. I-4713. Sur cette question, v. plus largement Y. Epstein, J.-V. Lopez-Bao, G. Chapron, « A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe », *loc.cit.*, spéc. p. 82-83.

¹⁰⁷ X. Braud, « Opérations d'aménagement : le contrôle du juge sur les dérogations à la protection des espèces », *loc.cit.*, p. 338. Pour une décision plus récente, v. CAA Bordeaux, 13 juillet 2017, *SAS PCE et la SNC Foncières Toulouse Ouest*, n° 16BX01364, 16BX01365.

¹⁰⁸ *M.B.* du 16 mars 2012 : Les habitats naturels et espèces d'intérêt régional sont définis comme ceux « pour la conservation desquelles la Région a une responsabilité particulière en raison de leur importance pour le patrimoine naturel régional et/ou de leur état de conservation défavorable » (art. 3. 10° et 13°). V. Dupont et Ch.-H. Born, « L'ordonnance du 1^{er} mars 2012 relative à la conservation de la nature : une avancée significative pour la préservation de la biodiversité urbaine et périurbaine à Bruxelles », *Aménagement-Environnement* n° 2/2014, p. 83 (partie I), spéc. p. 87.

conservation favorable d'une dérogation à la protection et/ou l'absence d'autre solution satisfaisante, soit pour établir que les mesures de protection sont (in)suffisantes à rétablir les populations. En effet, le contexte écologique actuel de déclin des populations, y compris d'espèces communes, devrait inciter à approfondir l'approche préventive de la protection des espèces dans le sens de l'anticipation : autrement dit, ne pas attendre qu'une espèce soit déjà menacée pour réagir. D'abord, il nous semble indispensable que la charge de la preuve incombe, dans le cadre d'un contentieux de dérogation « espèces protégées », au demandeur et à l'administration qui lui a octroyé la dérogation plutôt qu'au requérant qui la conteste¹⁰⁹. Or, certains tribunaux dispensent par exemple le demandeur de justifier les recherches qu'il aurait effectuées pour trouver une autre solution satisfaisante¹¹⁰. Ensuite, le principe de précaution, en tant que principe constitutionnel (article 5 de la Charte de l'environnement) et du droit de l'Union européenne (article 191 du TFUE), devrait pouvoir être appliqué en matière de protection des espèces afin « d'introduire un peu de souplesse dans la règle de la charge de la preuve »¹¹¹. Il permettrait que les incertitudes sur le niveau des mesures de protection requis « conduisent à exiger leur renforcement plutôt qu'à bénéficier aux promoteurs de projets ou à l'activité économique »¹¹². La CJUE vient d'ailleurs, dans l'arrêt « Tapiola » du 10 octobre 2019¹¹³, d'appliquer pour la première fois explicitement le principe de précaution dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 16 de la directive Habitats, relatif aux dérogations à la protection des espèces d'intérêt communautaire. En France, c'est le tribunal administratif de la Guadeloupe qui indique la voie : dans un jugement du 19 février 2019¹¹⁴, il a annulé des arrêtés autorisant la chasse du pigeon à couronne blanche en Guadeloupe et à Saint-Martin, en se fondant sur le principe de précaution. La faiblesse des connaissances scientifiques, dont l'absence d'étude sur la dynamique des populations après le passage des ouragans Irma et Maria en 2017, joue ici en faveur d'une espèce qui n'est au demeurant inscrite sur aucune liste de protection.

Tirer toutes les conséquences de l'objectif d'état de conservation favorable n'est qu'un moyen parmi d'autres de rendre plus efficace la protection des espèces animales. Cette proposition pourrait se combiner avec d'autres, qui sont dans l'air du temps : ajouter officiellement des considérations culturelles parmi les motifs de classement des espèces protégées, afin de mieux prendre en compte les espèces « ordinaires » qui sont en régression sans être directement menacées¹¹⁵, avec éventuellement pour conséquence de rendre plus difficile l'obtention d'une dérogation à leur protection ; ou encore, faire du risque d'atteinte à une espèce protégée un moyen d'ordre public devant le juge (judiciaire), afin de surmonter les incohérences entre législations préjudiciables à la faune sauvage¹¹⁶.

¹⁰⁹ X. Braud, « Opérations d'aménagement : le contrôle du juge sur les dérogations à la protection des espèces », *loc.cit.*, p. 338.

¹¹⁰ TA Montpellier, 28 novembre 2017, *Fédération pour les espaces naturels et l'environnement des Pyrénées-Orientales*, n° 1601676.

¹¹¹ M. Clément, *Droit européen de l'environnement : jurisprudence commentée, op.cit.*, p. 508.

¹¹² *Ibid.*, p. 509.

¹¹³ CJUE, 10 octobre 2019, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola Pohjois-Savo – Kainuu ry*, C-674/17, pt 66.

¹¹⁴ TA Guadeloupe, 19 février 2019, n° 1800780, *ASPAS et a.*

¹¹⁵ J. Untermaier, « Le hérisson d'Europe et sa prédation par les tsiganes. Biodiversité, patrimoine culturel et conservation des espèces animales », *RSDA* n° 2/2017, spéc. p. 526 et s.

¹¹⁶ G. Leray, « Grenouilles et *jurisdictio* : quand la cessation du trouble anormal du voisinage expose à une condamnation pénale », note précitée.

Mais l'on pourrait aussi songer à remettre en scène un absent de notre réflexion : l'animal-individu. Le droit de l'environnement est souvent présenté comme un droit d'espèces, ce qui est peut-être exagéré¹¹⁷. Toujours est-il que les réflexions actuelles sur le statut de l'animal, aussi bien que la stricte logique juridique, rendent inéluctable « l'animalisation du droit de l'environnement »¹¹⁸ sur un point en particulier. L'article 515-14 du Code civil, dans sa version issue de la loi du 16 février 2015¹¹⁹, reconnaît la sensibilité des animaux dans une formule générale qui embrasse aussi les animaux sauvages. Dès lors, la protection pénale contre les actes de cruauté doit être étendue à leur profit grâce à une modification de l'article 521-1 du Code pénal¹²⁰. Tous les animaux sauvages en liberté seraient concernés : pour une protection efficace de la sensibilité animale, et pour que la « part sauvage du monde »¹²¹ demeure.

¹¹⁷ En ce sens, M.-P. Camproux-Duffrène, « Droit de l'environnement et condition animale », in L. Boisseau-Sowinski et D. Tharaud (dir.), *Les liens entre éthique et droit : l'exemple de la question animale*, L'Harmattan, 2019.

¹¹⁸ J.-P. Marguénaud, « La modernisation des dispositions du code civil relatives aux animaux : l'échappée belle. Commentaire de l'article 2 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 », *RJE* 2015, p. 257, p. 263.

¹¹⁹ Loi n° 2015-177, *JO* du 17 février 2015.

¹²⁰ J.-P. Marguénaud, « La modernisation des dispositions du code civil relatives aux animaux : l'échappée belle. Commentaire de l'article 2 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 », *loc.cit.*, p. 263.

¹²¹ V. Maris, *La part sauvage du monde. Penser la nature dans l'Anthropocène*, *op.cit.*