



Actualités jurisprudence « Espèces protégées » : quelles conséquences pratiques et immédiates pour les projets ENR ?

Plusieurs décisions de jurisprudence récentes se sont prononcées sur le régime des dérogations à l'interdiction de destruction des espèces protégées (DDEP), à la fois sur les critères justifiant de solliciter une telle DDEP et sur les conditions permettant son obtention. Quelles en sont les conséquences pratiques et immédiates pour les porteurs de projets et les exploitants EnR ?

1. Les critères renouvelés imposant d'obtenir une DDEP

Le juge administratif a récemment considéré que, dans certains cas, **un impact résiduel faible l'égard d'espèces protégées n'exempte pas nécessairement le porteur de projet de solliciter une demande de dérogation** (s'agissant des chiroptères, voir CAA Bordeaux, 9 mars 2021, 19BX03522 ; CAA Nancy, 26 janvier 2021, 20NCO0876 ; CAA Nancy, 26 janvier 2021, 20NCO0316).

On relèvera notamment le fait qu'une DDEP est nécessaire lorsque :

- « l'étude sur les milieux naturels qualifie l'impact résiduel du projet comme nul après mise en œuvre de ces mesures d'évitement et de réduction » alors « que les mesures de bridage envisagées permettront de « limiter à 90 % les risques de mortalité par collision » (CAA Nancy, 26 janvier 2021, 20NCO0876)

- « Après mise en place de mesures d'évitement et de réduction, l'étude d'impact conclut que les " impacts résiduels [sont] négligeables à faibles pour l'ensemble des groupes d'espèces présents sur l'aire d'étude rapprochée ", sans que l'existence d'un impact résiduel ne puisse être exclu, s'agissant notamment des risques de collision accidentels, notamment pour la Pipistrelle commune fréquemment observée sur le site (...) » (CAA Nancy, 26 janvier 2021, 20NCO0316)
- Les mesures prévues « ne sont pas de nature à éviter tout risque pour ces espèces » (CAA Bordeaux, 9 mars 2021, 19BXO3522)

Une jurisprudence plus équilibrée doit toutefois être soulignée. Il a été jugé qu'un projet ne nécessitait pas de solliciter une DDEP dès lors « qu'un seul Milan Royal et une seule Grue cendrée ont été observés sur l'aire d'étude rapprochée, qui ne présente ainsi aucune sensibilité particulière pour ces deux espèces » en tenant compte de « l'implantation retenue pour les éoliennes, perpendiculairement au principal couloir de migration des rapaces et en dehors de celui-ci dans un site sans sensibilité particulière pour cette espèce » (CAA Nancy, 26 janvier 2021, 20NCO0876).

Enfin, dans le cadre d'une question préjudicielle posée par une juridiction suédoise, la CJUE a considéré que dans le cas d'activités d'exploitation forestière ou d'occupation des sols, **l'interdiction de détruire ou déranger des espèces protégées ne s'appliquerait pas seulement lorsqu'il existe un risque d'incidence négative sur l'état de conservation des espèces** (CJUE, 4 mars 2021, C-473/19 et C-474/19). Pour autant, la Cour ne précise pas les critères permettant de caractériser le seuil à partir duquel une dérogation devrait, dans ces conditions, être sollicitée.

2. Les 3 conditions que le projet doit vérifier pour obtenir une DDEP

L'obtention d'une DDEP suppose que le projet vérifie trois critères cumulatifs.

- **Sur la raison impérative d'intérêt public majeur**

Pour vérifier si un projet répond à une raison impérative d'intérêt public majeur, la jurisprudence s'attache en particulier à la contribution du projet, qui doit être significative, aux politiques publiques en matière d'environnement et de promotion des énergies renouvelables, tout en tenant compte des circonstances locales particulières notamment en termes de production d'électricité ou de diversification des sources de production d'énergie.

Le Conseil d'Etat vient de juger **qu'un projet éolien situé dans la forêt de Lanouée en Bretagne répondait à cette condition** eu égard aux objectifs nationaux et communautaires de promotion de production des énergies renouvelables et au regard du « caractère fragile de l'approvisionnement électrique de la Bretagne, résultant d'une faible production locale ne couvrant que 8 % des besoins de la région, et retenu que le projet s'inscrit dans l'objectif du "pacte électrique", signé le 14 décembre 2010 entre l'Etat, la région Bretagne, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), le réseau de transport de l'électricité (RTE) et l'agence nationale de l'habitat (ANAH), prévoyant d'accroître la production d'électricité renouvelable dans cette région. » (CE, 15 avril 2021, n° 430500).

En revanche, il a confirmé que l'implantation d'une centrale hydroélectrique ne répondait pas à cette condition dès lors que dans ce dossier, « *il n'était pas établi que ce projet de centrale hydroélectrique serait de nature à modifier sensiblement en faveur des énergies renouvelables l'équilibre entre les différentes sources d'énergie pour la région Occitanie et pour le territoire national et que le projet ne pouvait être regardé comme contribuant à la réalisation des engagements de l'Etat dans le développement des énergies renouvelables. En statuant ainsi, alors qu'il n'était pas établi devant elle que le projet, quoique de petite taille, s'inscrivait dans un plan plus large de développement de l'énergie renouvelable et notamment de l'hydroélectricité à laquelle il apporterait une contribution utile bien que modeste, la cour administrative d'appel n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce en refusant de reconnaître, en l'état de l'instruction devant elle, que le projet répondait à une raison impérative d'intérêt public majeur au sens de l'article L. 411-2 du code de l'environnement* » (CE, 15 avril 2021, n° 432158).

- **Sur l'existence d'une autre solution satisfaisante**

On relèvera à cet égard que la jurisprudence récente s'attache à la réalisation de plusieurs études à l'échelle notamment régionale et locale. Le juge s'assure également de la qualité de l'analyse par le pétitionnaire des différentes variantes aboutissant à un projet de moindre impact environnemental, qu'il s'agisse du choix de la zone ou des caractéristiques mêmes du projet (Voir notamment CAA Bordeaux, 17 novembre 2020, n° 19BX02284 ; CAA Nantes, 5 mars 2019, n° 17NT02794).

S'agissant de l'affaire portant sur l'implantation d'un parc éolien dans la forêt de Lanouée, le Conseil d'Etat a confirmé l'appréciation des juges d'appel en considérant que :

« Pour juger, ensuite, qu'il n'existait pas d'autre solution satisfaisante, la cour a relevé que la société porteuse du projet litigieux, après avoir envisagé plusieurs types d'énergies renouvelables, a retenu la forêt de Lanouée parce qu'elle permet l'implantation d'un parc éolien à plus d'un kilomètre des habitations, situation particulièrement rare en Bretagne où l'on observe un étalement de l'urbanisation et un habitat dispersé, qu'elle ne comporte ni zone Natura 2000, ni espace boisé classé, ni zones humides et qu'elle dispose d'un réseau important de voies forestières et de capacités de raccordement. La cour a également relevé qu'il n'était pas sérieusement contesté que la société avait étudié plusieurs implantations possibles pour le parc éolien avant de retenir comme emplacement du projet la zone sud-est de la forêt de Lanouée, qui présente une moindre sensibilité sur le plan paysager et fait partie de la zone de développement éolien de la communauté de communes de Josselin Communauté approuvée par un arrêté préfectoral du 12 mars 2012, et estimé qu'il n'était pas possible d'implanter le parc éolien en lisière de la forêt. La cour a, enfin, relevé qu'aucune pièce du dossier ne mettait en évidence une solution alternative qui aurait été ignorée. » (CE, 15 avril 2021, n° 430500).

- **Sur l'absence d'atteinte à l'état de conservation de l'espèce**

Cette condition suppose que les études naturalistes aboutissent à une telle conclusion. Elle ne pose pas de difficultés particulières sur le plan juridique.

3. Recommandations

Dans ce contexte juridique renouvelé, le *Guide sur l'application de la réglementation relative aux espèces protégées pour les parcs éoliens terrestres* devra être actualisé, et, dans l'immédiat, nous recommandons :

- **Pour les projets EnR en développement (dossiers non déposés ou en cours d'instruction) :**

Reprendre l'étude d'impact et, si nécessaire, requalifier les impacts du projet sur les espèces protégées en s'assurant que, selon les cas, la justification de l'absence de DDEP est correctement rédigée au regard des derniers critères de la jurisprudence.

- **Pour les projets EnR autorisés mais non mis en service :**

Examiner le dossier et le risque qu'une demande de DDEP soit exigée par le Préfet à la mise en service (notamment en raison d'une action d'un tiers). Faut-il anticiper ce risque et démarrer de nouvelles études au regard des caractéristiques propres à chaque dossier ?

- **Pour les projets EnR dont l'autorisation est sous recours (si elle ne comporte pas de DDEP) :**

Selon les caractéristiques propres à chaque dossier, anticiper une décision négative et un sursis à statuer (ou une suspension d'exécution de l'autorisation du projet) en préparant un dossier de DDEP au regard des conditions confirmées par le CE dans sa décision Lanouée.

- **Pour les projets ENR en exploitation :**

Examiner le dossier et le risque qu'une demande de DDEP soit exigée par le Préfet (notamment en raison d'une action d'un tiers).

L'équipe Droit Public – Energies est à votre disposition pour toute précision.

Paul ELFASSI / Nelsie BERGES

Avocats