

L'EXAMEN DES «SOLUTIONS ALTERNATIVES» EN URBANISME : VERS L'ÉMERGENCE D'UN PRINCIPE DE SUBSTITUTION EN DROIT DU CADRE DE VIE? (*)

PAR

CHARLES-HUBERT BORN

CHARGÉ DE COURS À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN,
AVOCAT

INTRODUCTION

Les relations que nouent les politiques d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement se révèlent complexes et délicates à démêler (1). Les instruments normatifs de la politique de l'aménagement du territoire – schémas, plans, règlements et permis –, en ce qu'ils assurent le contrôle d'une série d'usages du sol potentiellement dommageables pour l'environnement, s'avèrent, de ce point de vue, être des armes à double tranchant. En fonction de la décision prise par l'autorité, ils peuvent assurer une protection des éléments de l'environnement – par exemple si le plan d'affectation du sol affecte en «zone verte» un site de grand intérêt biologique ou tend à densifier l'habitat autour de noyaux existants – comme ils peuvent constituer le vecteur de leur dégradation – par exemple si ledit plan voue ledit site d'intérêt biologique à l'urbanisation ou s'il favorise le mitage de l'espace rural –.

Tout l'enjeu, pour l'environnement, est donc de faire en sorte que les décisions visant à favoriser le développement territorial – par exemple la création d'un «zoning» d'activités économiques – soient compatibles

(*) La matière est arrêtée au 1^{er} mai 2009. L'auteur remercie B. REULIAUX, avocat, pour ses remarques sur le manuscrit.

(1) M. PÂQUES, «Cadre de vie, révision et identité du droit de l'aménagement du territoire», in COLL. *Actualité du cadre de vie en Région wallonne. Aménagement du territoire et urbanisme, évaluation des incidences sur l'environnement, Natura 2000*, Actes du colloque interuniversitaire organisé à Namur les 17 et 18 octobre 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 5-14; notre thèse de doctorat, à paraître.

avec les objectifs et les normes de protection relevant de la politique environnementale. Dans ce contexte, il s'avère crucial, pour l'autorité, non seulement d'évaluer les incidences possibles du plan ou du projet envisagé, mais aussi d'identifier les «solutions alternatives» audit plan ou projet et d'analyser les incidences sur l'environnement de ces alternatives, de manière à pouvoir prendre une décision qui, tout en répondant aux besoins identifiés, minimise son impact environnemental. Ainsi conçu, l'aménagement du territoire peut devenir un outil puissant au service de la politique de l'environnement (2).

Cette logique de recherche et de sélection des solutions alternatives de développement les moins perturbantes du point de vue écologique n'est pas propre à l'aménagement du territoire. L'examen du droit international et du droit communautaire, ainsi que des règles du droit interne, de même que l'analyse de la jurisprudence de notre Conseil d'Etat, révèlent, nous semble-t-il, l'émergence progressive d'un véritable *principe de substitution* (3) en droit de l'urbanisme. Prolongement du principe d'intégration, ce principe peut être entendu comme le principe en vertu duquel, au terme d'une recherche des solutions alternatives raisonnables pour atteindre un objectif déterminé, il y a lieu d'accorder la préférence à celle qui présente le moins de risque pour l'environnement. Il implique donc non seulement une recherche formelle et une évaluation des incidences environnementales des solutions alternatives par l'autorité compétente mais aussi une prise de décision en faveur de la solution la moins dommageable pour l'environnement. Ainsi défini, le principe de substitution présente une portée à la fois procédurale et matérielle (4).

(2) La Cour de cassation ne l'a-t-elle pas reconnu en considérant que l'aménagement du territoire entre dans la notion de «dispositions relatives à la protection de l'environnement» au sens de la loi du 13 janvier 1993 (Cass., 8 novembre 1996, Amén., 1997, p. 136)?

(3) Ainsi qu'il fut qualifié dans les débats au Parlement européen relatifs à la réglementation sur l'évaluation et l'autorisation des substances dangereuses (REACH). En vertu de ce principe, un Etat peut, voire doit refuser l'autorisation de mise sur le marché d'une substance dangereuse si une substance moins dangereuse peut lui être substituée à des coûts raisonnables. Il est consacré partiellement à l'art. 60.4 du règlement (CE) n° 1907/2006 «REACH» (*J.O.U.E.*, L 396, 30 déc. 2006). La Cour de justice a également reconnu ce principe dans son arrêt *Toolex* (CJCE, 11 juillet 2000, *Kemikalieinspektionen et Toolex*, aff. C-473/98, para. 47, *Amén.-Env.*, 2001/2, obs. O. SEGANA). Sur ce sujet, voy. aussi M. PÂQUES, *Fondements et principes du droit de l'environnement de l'Union européenne*, Liège, Université de Liège, 2003, pp. 79-80; D. JANS, *Droit de l'environnement et nuisances industrielles*, Bruges, La Charte, 2007, pp. 124-126; GREENPEACE, *Des substances chimiques plus sûres avec REACH. Du principe de substitution comme moteur de la chimie verte*, février 2005, 44 p.

(4) Etendu à toute décision touchant au développement durable, le principe de substitution est en mesure de conférer à ce concept une véritable substance juridique. Il se présente comme la règle en vertu de laquelle une autorité, lorsqu'elle prend une décision visant un des objectifs du développement durable, doit opter, en présence de solutions alternatives raisonnables, pour celle qui affecte le moins la réalisation des autres objectifs du développement durable.

Défini de la sorte, ce principe s'apparente d'assez près, on le constate, à une application particulière du principe de proportionnalité au processus de décision en matière de développement territorial. Il n'en présente pas moins certaines spécificités qui pourraient lui donner une portée plus contraignante.

Sans prétendre épuiser la question, nous limiterons notre propos à un rapide examen de l'application de la logique de substitution aux plans et projets relevant de la législation wallonne sur l'urbanisme, mais nos constats semblent pouvoir s'appliquer également dans les deux autres régions. Dans un premier temps, l'on examinera les obligations procédurales de recherche et d'évaluation des alternatives imposées aux autorités compétentes pour élaborer des plans et délivrer des permis (Section 1) ainsi que leur portée (Section 2). Nous examinerons enfin le contrôle qu'exerce le juge sur le respect de cette formalité et sur ses effets sur la décision (Section 3). Ceci nous permettra d'émettre quelques observations, en guise de conclusion, sur la possible émergence du principe de substitution en droit du cadre de vie.

SECTION 1. – LES SOURCES DE LA LOGIQUE DE SUBSTITUTION EN URBANISME

L'examen du droit positif permet d'observer une généralisation de l'obligation d'identifier et d'évaluer les solutions alternatives dans le cadre du processus décisionnel en urbanisme. Dans un premier temps, l'examen des alternatives – s'il n'était pas effectué d'initiative par l'autorité, dans le cadre de la phase préparatoire d'élaboration des plans (5) – n'était pas formellement requis. Il ne

(5) On pourrait trouver une première esquisse de la logique de substitution en urbanisme dans les obligations de décrire et/ou d'analyser la situation existante de droit et de fait prévues depuis l'origine dans le cadre de l'élaboration et la révision des plans d'aménagement (voy. la loi du 29 mars 1962 organique de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire). En effet, une telle phase correspond à une sorte d'inventaire des données physiques et juridiques et à leur analyse sous l'angle de l'aménagement du territoire, le cas échéant sous forme de cartes thématiques. Pareil inventaire, qui constitue la base factuelle sur laquelle l'autorité définit provisoirement ses choix d'aménagement, constitue donc une étape essentielle dans l'examen des alternatives puisqu'il offre à l'autorité la possibilité de mener une première évaluation des potentialités et, surtout, des contraintes environnementales du territoire concerné – en indiquant par exemple la répartition des sites de grand intérêt biologique ou des zones inondables ou karstiques présent(e)s dans l'aire du plan.

devenait obligatoire que lorsque ces alternatives étaient suggérées par le public dans le cadre de l'enquête publique ou par une instance consultée au cours du processus décisionnel (§2). Aujourd'hui, cette obligation s'est imposée de manière quasi systématique par le biais de l'instauration des procédures d'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et projets (§1). À côté de ces procédures, l'examen des alternatives est également imposé au titre de condition à l'octroi de dérogations à la réglementation des usages du sol, que celle-ci relève ou non du droit de l'urbanisme (§3).

*§1. – L'examen des solutions alternatives
dans le cadre de l'évaluation des incidences*

L'obligation d'examiner les solutions de substitution à un plan ou un projet s'impose désormais chaque fois qu'un tel plan ou projet s'avère susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Cet examen diffère selon le type de décision concerné.

A. Au stade de l'élaboration des plans et programmes

Dans un système hiérarchisé de planification et de réglementation tel que celui qui est mis en place dans le cadre des législations régionales sur l'urbanisme, l'examen et la prise en compte des différentes options qui s'offrent à une autorité dans le cadre de l'élaboration des plans présente une importance cruciale. En effet, d'une part, cette étape intervient tout en amont du processus décisionnel et, d'autre part, c'est à ce stade que l'éventail des alternatives, notamment de localisation, est le plus large (6). L'évaluation des alternatives au stade de l'élaboration des plans d'aménagement du territoire est d'autant plus importante que, comme l'a relevé Madame l'avocat général J. Kokott, lorsqu'un plan est mis en œuvre, il réduit d'autant les alternatives de localisation pour des projets futurs (7).

(6) En effet, d'une part, l'étendue géographique des plans supérieurs (SDER, plan de secteur) permet à l'autorité régionale – et à l'auteur de l'évaluation des incidences – de disposer d'une vision d'ensemble sur un territoire étendu. D'autre part, c'est l'autorité qui prend l'initiative « d'aménager » son territoire dans l'intérêt général. Elle n'est donc, en théorie, pas contrainte par des considérations foncières irréductibles comme peut l'être un investisseur public ou privé.

(7) Conclusions déposées le 9 juin 2005 dans l'affaire C-6/04, *Commission c. Royaume Uni*, point 45. Le haut magistrat prenait pour exemple la mise en œuvre d'une zone résidentielle prévue dans un plan qui rendrait impossible le choix d'alternatives pour l'implantation ultérieure d'un tracé de route (point 46).

Même si elle était déjà prévue en droit wallon dans certaines hypothèses avant 2002 (8), l'obligation formelle d'identifier et d'évaluer les solutions alternatives dans le cadre du processus de planification spatiale s'est, sauf exception, généralisée suite à l'entrée en vigueur de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 du Parlement et du Conseil relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (9) (10). Pour rappel, celle-ci soumet à rapport sur les incidences environnementales l'adoption de tout plan ou programme susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, y compris les plans d'aménagement du territoire (11). La directive prévoit, plus précisément, que, dans le rapport sur les incidences environnementales, *«les incidences notables probables de la mise en œuvre du plan ou du programme, ainsi que les solutions de substitution raisonnables tenant compte des objectifs et du champ d'application géographique du plan ou du programme»* doivent être *«identifiées, décrites et évaluées»* (12) (nous soulignons). L'annexe I ajoute que l'évaluation doit inclure *«une déclaration résumant les raisons pour lesquelles les autres solutions envisagées ont été sélectionnées»*, ce qui est une obligation distincte. Les deux exigences doivent être respectées cumulativement (13).

(8) Principalement dans le cadre de l'étude d'incidences prévue pour l'élaboration et la révision des plans de secteur (art. 42, al. 2, 5°, du CWATUP 2000).

(9) JOCE, n° L 197, 21 juillet 2001.

(10) Nous n'examinerons pas ici les dispositions analogues du Protocole à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, relatif à l'évaluation stratégique environnementale (Kiev, 21-23 mai 2003), que la Belgique a signé en 2003 mais pas encore ratifié. Ce traité, approuvé par la Communauté européenne depuis le 12 novembre 2008, n'est toujours pas entré en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications (10 au 1^{er} juillet 2009, au lieu des 16 nécessaires). Soulignons que, par rapport à la directive 2001/42/CE dont il s'inspire fortement, le Protocole comporte certaines spécificités qui le rendent complémentaire de celle-ci et devra donc faire l'objet d'une transposition en droit communautaire et en droit interne (pour une analyse comparative de ces deux textes, voy. G. STOEGLENER et G. WEGENER, «The SEA-Directive and the SEA-Protocol adopted to spatial planning – Similarities and differences», *Env. Impact Assessment Rev.*, 2006, vol. 26, pp. 586-599).

(11) Sont soumis à évaluation, entre autres et sous réserve d'une éventuelle dispense, les plans et programmes *«qui sont élaborés pour les secteurs de (...) de l'aménagement du territoire urbain et rural ou de l'affectation des sols et qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 85/337/CEE pourra être autorisée à l'avenir»* (art. 2.3, a, de la directive). Sur le champ d'application de la directive en matière d'urbanisme, voy. F. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 105 et s.

(12) Art. 5, § 1, de la directive 2001/42/CE.

(13) J.-P. LEBRETON, «Le contenu juridique du rapport sur les incidences environnementales», in CRIDEAU et CIDCE, *L'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement (directive 2001/42 du 27 juin 2001)*, Journée d'étude du 24 janvier 2002, avec la collaboration du GRIDAUH, éd. CRIDEAU, Limoges, 2002.

En droit wallon, l'obligation d'examiner les alternatives dans le cadre des plans d'orientation – soit le Schéma de développement de l'espace régional (SDER), le schéma de structure communal (SSC) et le rapport urbanistique et environnemental (RUE) – n'est pas clairement établie, alors que ces documents sont tous soumis à évaluation des incidences, laquelle est intégrée directement dans le contenu du plan (14). En effet, sans justification, le décret RESA (2005) a supprimé, pour le SDER et le SSC, l'obligation de présenter les «alternatives possibles» (15). Il n'est en outre pas possible pour l'autorité de l'exiger au cas par cas, dès lors qu'aucune procédure de fixation du contenu précis des schémas n'est prévue en droit wallon (*infra*). Il n'est dès lors pas exclu que cette régression puisse être sanctionnée par la Cour constitutionnelle pour violation à la fois du principe de *standstill* et du principe d'égalité et de non-discrimination, lus en combinaison avec la directive 2001/42/CE, sur question préjudicielle du Conseil d'Etat (16). Le contenu du RUE, complété en 2007, a suivi une évolution légèrement différente, qui pourrait le mettre à l'abri d'une telle critique (17).

S'agissant des *plans d'affectation du sol à valeur réglementaire*, le législateur wallon a explicitement rendu obligatoire la «présentation des alternatives possibles (18)» dans le contenu de l'étude d'inci-

(14) Ce qui a pour conséquence qu'elle est réalisée nécessairement par l'auteur du projet. Celui-ci doit être agréé dans le cas du SSC mais non des RUE.

(15) En ce qui concerne le SDER et les SSC, cette obligation était traduite, dans le CWATUP de 2002, par une obligation de «présentation des alternatives possibles et de leur justification» dans le rapport sur les incidences qui devait accompagner le projet de schéma (art. 14, §1^{er}, al. 2, 10^o et art. 17, §1^{er}, al. 2, 10^o CW 2002).

(16) Les schémas n'étant pas susceptibles de recours, une telle question ne pourrait être posée qu'à l'occasion d'un recours contre une décision prise sur la base desdits schémas (plan inférieur, permis).

(17) Le décret du 20 septembre 2007 a complété le contenu obligatoire des RUE de manière à contenir les éléments visés à l'annexe I de cette directive. Cependant, l'obligation de présenter les alternatives et leur justification, prévue dans la version de l'article 33, §2, b, CW antérieure au décret précité, a été supprimée du contenu de l'évaluation elle-même. Il semble cependant pas que l'auteur du RUE peut s'affranchir de l'examen des alternatives dès lors que, contrairement à ce qui est le cas pour le SDER et les SSC, le législateur wallon a prévu désormais l'obligation pour l'autorité communale qui adopte un RUE d'indiquer dans la déclaration environnementale les raisons des choix effectués «compte tenu des autres solutions raisonnables envisagées» (art. 33, §4, al. 1^{er}, CW). Il paraît donc obligatoire, pour l'autorité d'examiner les alternatives possibles, d'une part, quant au principe même de la mise en œuvre de la ZACC en question (notamment lorsque d'autres ZACC écologiquement moins sensibles existent) et, d'autre part, si aucune alternative de localisation n'est envisageable, quant à l'affectation de la ZACC. Cette exigence pourrait au demeurant être imposée lors de la fixation du contenu précis du RUE par le collège ou, le cas échéant, par le Gouvernement (art. 33, §2, al. 1^{er}, CW), ce qui n'est pas le cas avec les schémas.

(18) On notera que le texte n'emploie pas les termes «solutions de substitution raisonnables» employé dans la directive mais bien les termes «alternatives possibles». Il nous semble cependant que, en vertu du principe d'interprétation conforme, le terme «possibles» devrait être entendu au sens de «raisonnables».

dences requise, sauf dispense, pour l'élaboration et la révision des plans de secteur (19) et dans le contenu du rapport sur les incidences environnementales requis, sauf dispense, pour l'élaboration et la révision des plans communaux d'aménagement (PCA) (20). En outre, pour l'évaluation des incidences des plans de secteur, des PCA et des RUE, il est prévu que l'autorité compétente (21) «*fixe l'ampleur et le degré de précision*» de l'étude ou du rapport (22). Cette phase dite de «cadrage» (scoping), extrêmement importante pour garantir la qualité de l'évaluation, permet à ladite autorité d'imposer à l'auteur de l'évaluation la charge d'évaluer telle ou telle solution alternative qu'elle juge pertinente et raisonnable, ce qui suppose un travail préalable d'investigation de sa part quant à l'existence de possibles alternatives à l'avant-projet de plan déposé.

Enfin, l'adoption des «*périmètres des sites à réaménager*», instrument d'aménagement opérationnel propre au CWATUP, est également soumise à rapport sur les incidences environnementales, dans lequel la présentation des «alternatives possibles» est explicitement requise (23). On notera que l'élaboration et la révision des *règlements régionaux et communaux d'urbanisme* – qui semblent pourtant pouvoir entrer dans les catégories visées à l'article 3 de la directive 2001/42/CE – ne sont pas soumis à l'obligation d'évaluation des incidences.

B. Au stade de la délivrance des permis

C'est évidemment au stade de la délivrance des permis que les décisions prises dans le cadre des plans d'urbanisme déploient leurs effets sur le terrain, puisque c'est à cette occasion que l'autorité ouvre le droit pour le demandeur d'utiliser le sol et de réaliser concrètement les travaux qu'il envisage. A nouveau, une obligation d'examen systématique des solutions alternatives est imposée dans le cadre de l'évaluation générale des incidences des projets. Même si les textes ne diffèrent guère, formellement, de ce qui est exigé dans

(19) Art. 42, al. 2, 11°, CW.

(20) En principe, c'est le conseil communal qui «réalise» le rapport (art. 50, §2, CW). En pratique, c'est généralement l'auteur de projet agréé retenu pour réaliser le projet de PCA qui réalise en même temps le rapport sur les incidences environnementales.

(21) A savoir respectivement le Gouvernement (plan de secteur), le conseil communal (PCA) et le collège ou, éventuellement, le Gouvernement (RUE).

(22) Art. 33, §2, al. 1^{er}; 42, al. 2, et 50, §2, CW.

(23) Art. 168 CW.

le cadre de l'élaboration ou de la révision des plans et programmes, soulignons que ces décisions se prennent à une toute autre échelle et que, partant, l'examen des « alternatives » au projet devra nettement être plus détaillé et porter sur des aspects qui ne sont pas évalués à l'échelle du plan, comme par exemple des variantes quant au type de mesures anti-pollution ou anti-bruit à prendre par l'entreprise.

La directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement impose, on le sait, aux Etats membres de prendre *« les dispositions nécessaires pour que, avant l'octroi de l'autorisation, les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, notamment en raison de leur nature, de leurs dimensions ou de leur localisation, soient soumis à une procédure de demande d'autorisation et à une évaluation en ce qui concerne leurs incidences »* (art. 2). Les projets entrant dans les catégories visées à l'annexe I sont soumis d'office à cette procédure, tandis que les projets qui entrent dans les catégories visées à l'annexe II n'y sont soumis que si les Etats membres considèrent, au terme d'une décision au cas par cas ou sur la base de seuils ou de critères fixés par eux, qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, compte tenu des critères de sélection visés à l'annexe III de la même directive.

L'article 5.3 précise que, parmi les informations que doit communiquer le maître d'ouvrage dans le cadre de l'évaluation, doit figurer *« une esquisse des principales solutions de substitution qui ont été examinées par le maître d'ouvrage et une indication des principales raisons de son choix, eu égard aux effets sur l'environnement »* (24). Le texte vise seulement les « principales » solutions de substitutions, sans toutefois utiliser le qualificatif « raisonnables » utilisé dans la directive 2001/42/CE. La directive laisse cependant une large marge d'appréciation aux Etats membres quant au degré de précision des informations à communiquer dans le cadre de l'évaluation – y compris sur les alternatives – (25).

(24) Voy. dans le même sens l'annexe IV, point 2, de la directive.

(25) L'article 5.1 prévoyant que *« les Etats membres adoptent les mesures nécessaires pour s'assurer que le maître d'ouvrage fournit, sous une forme appropriée, les informations spécifiées à l'annexe IV, dans la mesure où :*

a) les Etats membres considèrent que ces informations sont appropriées à un stade donné de la procédure d'autorisation, par rapport aux caractéristiques spécifiques d'un projet donné ou d'un type de projet et par rapport aux éléments environnementaux susceptibles d'être affectés ;

En droit wallon de l'évaluation des incidences des projets – contenu dans le Livre I^{er} du Code de l'environnement –, les exigences de la directive 85/337/CEE sur ce point ont été transposées de manière globalement satisfaisante mais tout aussi littérale qu'en matière de plans et programmes. L'on rappellera qu'aujourd'hui, sont soumis à étude d'incidences tous les projets soumis à permis qui soit relèvent de la liste des projets soumis d'office à étude d'incidences soit lorsque l'autorité compétente décide, au regard de critères de sélection spécifiés dans le Code, si ledit projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement (26). Pour cette dernière catégorie de projets, la demande de permis doit être accompagnée d'une notice d'évaluation des incidences – ou d'un formulaire de demande valant notice –, visant à permettre à l'autorité d'apprécier dans quelle mesure le projet doit soumis à étude d'incidences (27).

L'étude d'incidences et la notice doivent toutes deux indiquer «une esquisse des principales solutions de substitution qui ont été examinées par l'auteur d'étude d'incidences ou par le demandeur et une indication des principales raisons du choix de ce dernier, eu égard aux effets sur l'environnement» (28). Il existe cependant d'importantes différences entre l'étude et la notice (29) : la première est une étude scientifique (30) réalisée par un auteur agréé devant présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité (31), tandis que la seconde est constituée par le demandeur lui-même (sans exigence méthodologique particulière). Il s'ensuit que seul l'examen des alternatives, réalisé dans le cadre de l'étude d'incidences, donnera à l'autorité des informations objectives sur la question, tandis que la notice sera plutôt un moyen pour le demandeur de tenter de justifier l'absence d'alternatives à son projet (32). Contrairement à ce

b) les Etats membres considèrent que l'on peut raisonnablement exiger d'un maître d'ouvrage qu'il rassemble ces données compte tenu, entre autres, des connaissances et des méthodes d'évaluation existantes» (nous soulignons).

(26) Art. D.66 et D.68 du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(27) Art. D.65.

(28) Art. D.67, §3, 4^o.

(29) Voy. C.C., n° 11/2005 du 19 janvier 2005 et n° 83/2005 du 27 avril 2005.

(30) Art. D.49.

(31) C.E., n° 44.022, 15 septembre 1993, *a.s.b.l. Sos Pays Mosan et Humblet, Amén.*, 1993, p. 253 et obs. B. JADOT, «A propos du cahier des charges de l'étude d'incidences et de l'indépendance de l'auteur de l'étude en Région wallonne».

(32) En pratique, compte tenu du rapport contractuel qui lie l'auteur de l'étude et le maître d'ouvrage et de la concurrence qui existe entre les bureaux d'étude, force est de constater que, bien souvent, l'étude d'incidences se présente aussi comme une justification du projet souhaité par le maître d'ouvrage, quand bien même elle recourt à une méthodologie «scientifique». Sur le contrôle du juge quant à cette méthodologie, voy., *infra*, section 3.

qui est le cas en matière de plans d'aménagement, le législateur a prévu une phase de «cadrage» (scoping) purement facultative, permettant au seul demandeur de consulter l'autorité compétente sur les «informations à fournir» dans l'étude d'incidences (33). Dans ce cas, ladite autorité doit consulter sans délai «l'administration compétente», le CWEDD, la C.C.A.T.M. ou, à défaut, la C.R.A.T. (34). Cette faculté est très importante dans la mesure où le demandeur peut, à cette occasion, demander à l'autorité – aidée par les instances consultatives précitées – qu'elle lui indique à ce stade les alternatives qu'il devra faire étudier par l'auteur de l'étude et ainsi réduire le risque de critique pour incomplétude de l'évaluation au stade de l'enquête publique. Il est cependant regrettable que l'autorité ne puisse pas, d'initiative, procéder à ce cadrage – et donc à l'identification des alternatives à étudier – lorsque le demandeur ne le sollicite pas. Ce mécanisme n'est pas non plus prévu pour l'établissement de la notice d'évaluation des incidences, pourtant parfois aussi détaillée, en pratique, qu'une petite étude d'incidences.

On rappellera qu'aujourd'hui, la réalisation d'une évaluation des incidences au stade de la planification spatiale ne dispense plus l'autorité d'imposer une étude d'incidences si le projet s'avère lui-même susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Tout au plus, est-il prévu que les résultats d'une évaluation environnementale effectuée précédemment *«peuvent être intégrés dans l'étude d'incidences»*, pour autant qu'ils soient identifiés comme tels dans l'étude et qu'ils soient *«pertinents et actuels»* (35). Il s'ensuit que si l'auteur d'étude doit tenir compte de l'évolution des connaissances scientifiques et du contexte écologique pour évaluer la mesure dans laquelle il peut fonder sa recherche des alternatives sur des données récoltées dans le cadre d'évaluations antérieures. On reviendra sur cette question ci-après.

(33) Art. D.67, §3, et R.57 du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(34) Les instances consultées rendent leur avis à l'autorité compétente dans un délai de 30 jours à dater de la réception de la demande et en transmettent copie au demandeur. L'autorité compétente rend son avis au demandeur dans un délai de 45 jours à dater de la réception de la demande d'informations. À défaut pour l'autorité compétente d'avoir rendu son avis dans le délai imparti, le demandeur réalise l'étude d'incidences sur base des avis transmis par les instances consultées et à défaut sur base du contenu minimum visé à l'annexe VII (art. R.57 précité).

(35) Art. D.66, §3; art. 124 CW.

§2. — *L'examen des solutions alternatives
dans le cadre de la phase de participation
et de consultation*

L'obligation pour l'autorité d'examiner les solutions alternatives à un plan ou un projet susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement peut également découler, indirectement, des procédures de participation et de consultation organisées au cours de l'instruction de la décision, qu'il s'agisse d'un plan ou d'un permis. Dans cette hypothèse, ce n'est plus l'autorité elle-même ou l'auteur de l'évaluation des incidences qui propose telle ou telle alternative, c'est un riverain, une association ou une instance consultée dans le cadre de la procédure. De telles procédures n'ont cependant d'intérêt que si elles interviennent suffisamment tôt dans la procédure d'instruction. C'est ce qu'exige désormais la Convention d'Aarhus, lorsqu'elle dispose que *«Chaque Partie prend des dispositions pour que la participation du public commence au début de la procédure, c'est-à-dire lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle influence»* (art. 6.4) (36).

A. Au stade de l'élaboration du cahier de charges de l'évaluation des incidences

A cet égard, l'organisation de consultations au stade de l'élaboration du cahier de charges de l'évaluation des incidences (soit au stade de la phase de «cadrage» ou «scoping») est évidemment un grand avantage, dans la mesure où elle permettra à des riverains, à des associations ou à des experts d'indiquer, tout en amont de la procédure, les alternatives qu'ils jugent pertinentes à examiner dans le cadre de l'évaluation, améliorant ainsi la qualité de l'information mise à disposition du public et de l'autorité par la suite. En outre, si l'auteur de l'étude d'incidences propose de suivre une de ces alternatives dans ses recommandations, le projet pourra être modifié sans devoir procéder à un complément d'étude si la modification se fonde sur ces recommandations (37).

(36) Cette disposition s'applique tant dans le cadre de la participation aux procédures de délivrance d'autorisation que d'élaboration de plans et programmes (voy. l'art. 7).

(37) Art. D.73.

On regrettera donc que cette procédure n'ait pas été prévue, on l'a dit, dans le cadre de l'élaboration et la révision des schémas (SDER et SSC), d'autant que ces plans sont situés tout en amont du processus décisionnel, là où l'examen des alternatives se justifie sans doute le plus. Ce n'est pas le cas non plus en ce qui concerne les périmètres de sites à réaménager (38).

Pour l'évaluation des incidences des plans de secteur, des PCA et des RUE, il est par contre prévu, on l'a dit, que l'autorité compétente (39) «*fixe l'ampleur et le degré de précision*» de l'étude ou du rapport (40). A cette occasion, le projet de contenu doit être soumis à diverses instances consultatives et administrations dont les organes consultatifs d'aménagement du territoire, le CWEDD (41) et dans certains cas l'administration de l'environnement. Composées d'experts, ces instances consultatives ou administratives ont évidemment un rôle important à jouer dans l'identification des alternatives à prendre en considération.

Aucune enquête publique n'est par contre organisée à ce stade. Toutefois, lorsque la révision de plan de secteur est demandée par une personne autre que le Gouvernement (art. 42*bis* CW), une «*réunion d'information préalable*», au sens du Livre I^{er} du Code de l'environnement (42), doit être annoncée et organisée préalablement à l'introduction de la demande de révision par le demandeur (43). L'objet de cette réunion est, notamment, de permettre au public «*de présenter des alternatives techniques (44) pouvant raisonnablement être envisagées par le demandeur et afin qu'il en soit tenu compte lors de la réalisation de l'étude d'incidences*» (45), ce qui suppose qu'elle ait lieu avant l'étude. Il s'agit certainement d'un grand progrès mais le fait qu'elle ne soit pas organisée dans le cadre des révisions lancées

(38) Art. 168 CW.

(39) A savoir respectivement le Gouvernement (plan de secteur), le conseil communal (PCA) et le collège ou, éventuellement le Gouvernement (RUE).

(40) Art. 33, §2, al. 1^{er}; 42, al. 2, et 50, §2, CW.

(41) Outre le CWEDD, l'autorité compétente doit soumettre le projet de contenu à la CRAT (ou, dans le cas du PCA, à la CCATM si elle existe), aux personnes et instances qu'elle juge nécessaire de consulter ainsi qu'à la Direction générale de l'agriculture, des ressources naturelles et de l'environnement (DGARNE) dans certaines circonstances (voy. les art. 42, al. 4, 42*bis*, al. 8, et 50, §2, al. 2, CW).

(42) Art. D.29-5 et D.29-6.

(43) Les modalités d'organisation de cette réunion sont précisées à l'art. R.41-1 du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(44) Ce terme n'est pas défini. L'on présume qu'il s'agit pour la personne qui propose l'alternative de justifier son fondement sur des arguments techniques.

(45) Art. D.29-5, 3^o.

à l'initiative du Gouvernement s'explique difficilement au regard du principe d'égalité. En outre, on notera que la présentation peut se limiter aux seules alternatives techniques «*pouvant raisonnablement être envisagées par le demandeur*», ce qui est plus restrictif que ce qui est exigé dans le cadre de l'étude elle-même, où ce critère de sélection n'est pas prévu.

Au stade de la délivrance des permis, lorsqu'une étude d'incidences est requise, une «réunion d'information préalable» au sens précité doit également être organisée avant la réalisation de l'étude (46). Enfin, on a vu que le Livre I^{er} du Code de l'environnement permet au demandeur de solliciter des informations supplémentaires sur le cahier de charges de l'étude (47). La réunion d'information préalable précitée peut inciter le demandeur à recourir à cette option.

B. Au stade de l'enquête publique

Au stade de l'enquête publique, organisée de façon systématique tant dans le cadre de la planification que de la délivrance des permis (48), le public a l'occasion, d'une part, de proposer de nouvelles alternatives et, d'autre part, de critiquer ou au contraire plébisciter les alternatives analysées par l'étude (49).

Dans le premier cas, l'autorité sera tenue d'examiner et d'apprécier les alternatives nouvelles proposées. On sait en effet que, de jurisprudence constante, le droit de toute personne de déposer des réclamations dans le cadre d'une enquête publique «*entraîne pour l'autorité l'obligation d'examiner la régularité et le bien fondé des réclamations introduites*» (50). Il est cependant évident que l'intérêt de l'enquête publique risque d'être limité dans la mesure où, à ce stade de la procédure, il n'est pas possible de remanier significati-

(46) Art. D.29-5 précité.

(47) Art. D.67, §3, et R.57 du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(48) Pour un relevé des décisions soumises à enquête publique en droit de l'urbanisme, voy. B. JADOT, «Les cas dans lesquels une enquête publique doit être organisée en matière d'urbanisme et d'environnement : inexorable évolution», in B. JADOT (dir.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Acte du colloque organisé le 27 mai 2004 par le CEDRE, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 81-158.

(49) On appréciera à cet égard qu'une copie des observations et suggestions émises dans le cadre de la réunion d'information doit être versée au dossier soumis à enquête publique (art. D.29-14, §1^{er}, 5°), ce qui permettra au public d'examiner dans quelle mesure les alternatives qu'il avait proposées ont été effectivement étudiées par l'auteur de l'étude.

(50) CE, n° 17.248, 28 octobre 1975, *Vaes, R.W.*, 1975-1976, col. 2981, note L.-P. S. Pour une liste d'arrêts, voy. B. JADOT, 1984, p. 686, note 10.

vement le projet sans devoir procéder à un complément d'étude d'incidences sur la nouvelle alternative proposée, puisque, dans cette hypothèse, ladite alternative n'a pas déjà été proposée par l'auteur d'étude (51).

Dans le second cas en revanche, l'enquête présente plus d'intérêt, dans la mesure où des informations supplémentaires pourront être données sur les alternatives examinées dans l'étude, notamment quant à leur caractère «raisonnable» ou à la qualité de leur évaluation. Le projet peut alors être modifié significativement sans devoir établir un complément d'étude ni recommencer l'enquête, pour autant que la modification proposée trouve, techniquement, son «*fondement dans des suggestions faites par l'auteur de cette étude*» (52) et qu'elle soit soutenue par au moins une réclamation déposée dans le cadre de l'enquête publique (53). D'où l'intérêt de bien identifier les alternatives à prendre en considération dès le stade de l'adoption du cahier de charges de l'étude d'incidences (*supra*).

Si cette phase consultative permet au public, qui connaît mieux «le terrain» que l'auteur de l'évaluation des incidences, de proposer des alternatives réellement pertinentes, il arrive aussi que les réclamations soulèvent d'innombrables alternatives, parfois farfelues, dans le seul but de ralentir le processus décisionnel. Il revient alors à l'autorité compétente de ne retenir que les alternatives pertinentes et raisonnables, comme on le verra plus loin, tout en justifiant sa décision sur ce point (*infra*).

Enfin, l'on soulignera que les procédures prévues pour permettre la participation des Etats et régions susceptibles d'être touchées par un plan ou un projet au-delà des frontières de la Région wallonne sont également le lieu pour proposer des solutions alternatives.

C. *Au stade de la consultation des instances d'avis*

Enfin, la consultation systématique d'instances d'avis et d'administrations spécialisées (54) est évidemment l'occasion pour ces

(51) Art. D.73 *a contrario*.

(52) Art. D.73.

(53) Voy., par ex., CE, n° 38.349, 17 décembre 1991, *Creppe*; n° 41.209, 27 novembre 1992, *crt*s *Duray*; n° 78.708, 11 février 1999, *crt*s *Delstanche*; n° 149.576, 28 septembre 2005, *Dethier et crt*s.

(54) Sur la consultation de tels organes, voy. la thèse de M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007.

organes de poser un regard critique sur les alternatives étudiées, de compléter l'information récoltée dans l'étude ou encore de proposer de nouvelles alternatives. Les propos tenus sur l'intérêt de l'enquête publique au point précédent s'appliquent également ici, avec la nuance suivante. Lorsque l'une de ces instances propose une modification au plan ou au projet mais que cette modification n'est pas soutenue par une réclamation déposée dans le cadre de l'enquête publique, celle-ci doit être recommencée (55). Ceci atténue, en pratique, le poids des avis précités, l'autorité préférant étoffer sa motivation de ne pas retenir l'alternative que d'organiser une nouvelle enquête.

*§3. – L'examen des solutions alternatives
dans le cadre de l'octroi d'une dérogation*

L'obligation d'examiner les solutions alternatives à un plan ou un projet d'aménagement peut également découler de dispositions relatives à l'octroi de dérogations, qui relèvent soit du droit de l'urbanisme (A), soit de législations en conservation de la nature (B). Dans ces hypothèses, l'octroi de la dérogation est subordonné à la démonstration qu'il n'existe pas d'alternatives au plan ou au projet envisagé.

A. La justification du caractère exceptionnel de certains permis d'urbanisme dérogatoires

L'on sait que l'octroi d'une dérogation à un plan d'aménagement, à un règlement régional ou communal d'urbanisme ou encore aux dispositions contraignantes d'un permis de lotir ou d'un permis d'urbanisation (56) oblige l'autorité compétente à justifier le caractère exceptionnel de sa dérogation (57). Le Conseil d'Etat a considéré, dans son arrêt

(55) Voy. l'avis 42.503/4, donné le 25 avril 2007 sur l'avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 20 septembre 2007 modifiant les articles 1^{er}, 4, 25, 33, 34, 42, 43, 44, 46, 49, 51, 52, 58, 61, 62, 127, 175 et 181 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et y insérant l'article 42bis, et modifiant les articles 1^{er}, 4 et 10 du décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques et y insérant les articles 1^{er}bis, 1^{er}ter, 2bis et 9bis (Doc. parl. wall., sess. 2006-2007, n° 611/1, p. 65) et les références jurisprudentielles citées.

(56) Ces hypothèses sont visées aux articles 110 à 113 CW et à l'article 127, §3, CW.

(57) Art. 114 CW. L'on ne s'étendra pas ici sur la suppression, par le décret du 27 octobre 2005, de la condition du caractère exceptionnel pour l'octroi des «permis publics» dérogatoires (art. 127, §3, CW). Sur cette question, voy. C.-H. BORN, «L'évolution récente des règles relatives à la révision du plan de secteur et à ses dérogations», in *Actualités du droit de l'aménagement du*

Defrenne et crts, que le respect de cette condition implique pour l'autorité qu'elle motive sa décision au regard des éventuelles alternatives existantes pour atteindre l'objectif fixé sans déroger à la règle, de manière à démontrer la nécessité du recours à la dérogation (58). Certes, dans nombre de cas, l'obligation ne fera que renforcer celle qui découle explicitement des dispositions sur l'évaluation des incidences déjà citées. Mais dans les cas où aucune étude d'incidences n'est requise et que personne, lors de l'enquête publique, n'a proposé d'alternatives, l'autorité restera tenue de démontrer l'absence d'alternatives pour se conformer à cette jurisprudence.

B. *La décision de déroger dans le cadre de l'évaluation appropriée des incidences « Natura 2000 »*

En vertu de l'article 6, §3, de la directive Habitats (59), les Etats membres sont tenus, on le sait, de soumettre à «évaluation appropriée des incidences» les plans et projet susceptibles d'affecter de manière significative un site Natura 2000. La même disposition prévoit en outre que l'autorité compétente ne peut approuver un plan ainsi soumis à évaluation appropriée que si elle s'est «assurée» que ce plan ne portera pas atteinte à l'intégrité du site concerné (60). Toutefois, selon l'article 6.4 de la directive, *«Si, en dépit de conclusions négatives de l'évaluation des incidences sur le site et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de*

territoire et de l'environnement – Plans et permis, Actes du colloque de l'ABeFDATU du 22 octobre 2008, Liège, Anthemis, 2009, pp. 41-95.

(58) Selon le Conseil d'Etat, *«le recours au mécanisme exceptionnel de la dérogation prévue par l'article 110 du CWATUP sera justifié adéquatement en démontrant la nécessité, pour réaliser le but de service public poursuivi par le projet, de choisir un site qui se trouve dans une autre zone que celle de services publics et d'équipements communautaires prévue par le CWATUP à cet effet; que cette motivation doit être énoncée dans l'acte même et s'appuyer sur le dossier administratif; (...)»*. Ailleurs, il énonce encore plus clairement cette exigence, considérant en l'espèce que les motifs de la décision querellée étaient *«des affirmations, qui ne démontrent pas que le site retenu est nécessaire, voire indispensable pour réaliser le but de service public poursuivi par le projet, (...)»* (nous soulignons) (CE, n° 161.715, 7 août 2006, *Defrenne et crts*). Voy. aussi CE, n° 151.554, 22 novembre 2005, *Van Beekout et crts*; CE, n° 165.319, 30 novembre 2006, *a.s.b.l. ADESA, Amén.*, 2007/3, p. 134, reflet D. PAULET.

(59) 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 sauvage (*JOCE*, L 206, 22 juill. 1992).

(60) Plus exactement lorsqu'elle ne peut s'assurer que le projet de plan ne portera pas atteinte à l'intégrité d'un site classé comme zone de protection spéciale (ZPS) ou comme zone spéciale de conservation (ZSC) dans le cadre du réseau Natura 2000 (art. 6.3 de la directive) ou d'un site proposé et retenu comme site d'importance communautaire (SIC) par la Commission en vue de sa désignation comme ZSC (art. 4.5 de la directive).

nature sociale ou économique, l'Etat membre prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée» (nous soulignons). Selon la Cour de justice, il ressort de cette disposition que «*la réalisation d'un plan ou d'un projet au titre de l'article 6, paragraphe 4, de la directive habitats est (...) subordonnée à la condition que soit démontrée l'absence de solutions alternatives*» (61). La charge de la preuve incombe à l'autorité compétente (62).

D'un point de vue procédural, le texte ne dit pas comment doit s'effectuer cet examen. L'on aurait pu considérer, comme l'a fait la Commission européenne (63), que celui-ci devrait être effectué dans le cadre de l'évaluation appropriée précitée à partir du moment où celle-ci met en évidence un risque pour le site. La Cour a jugé qu'il n'en était pas ainsi sans pour autant en donner une justification convaincante (64). Rien n'interdit cependant l'Etat membre de prendre des dispositions en ce sens. Ceci se justifie d'autant plus que si l'évaluation appropriée est réalisée dans le cadre défini par les directives 85/337/CEE ou 2001/42/CE, cas le plus fréquent, une esquisse des principales solutions alternatives et une motivation du choix effectué sont de toute façon exigées par ces directives (respectivement art. 5, §3 et annexe I, h).

En droit wallon, l'article 6 de la directive Habitats ayant été transposé de façon quasi littérale et aucune mesure d'exécution

(61) CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-239/04, *Commission c. Portugal (Castro Verde)*, point 36.

(62) *Ibid.*, points 39 et 40.

(63) COMMISSION EUROPÉENNE, *Gérer les sites Natura 2000 – Les dispositions de l'article 6 de la directive «Habitats» 92/43/CEE*, Luxembourg, OPOCE, 2000, p. 43.

(64) C.J.C.E., 14 avril 2005, aff. C-441/03, *Commission c. Pays-Bas*, points 27 et 28 : «*27. Quant à l'examen qui doit être conduit dans le cadre dudit paragraphe 4, il convient de souligner que les éléments complexes sur lesquels il porte, tels que l'absence de solutions alternatives et l'existence de raisons impératives d'intérêt public majeur, sont destinés à permettre à l'Etat membre de prendre toute mesure compensatoire pour assurer que la cohérence globale de Natura 2000 est préservée. En outre, lorsque le site concerné abrite un type d'habitat naturel et/ou une espèce prioritaires, seul un nombre limité de telles raisons impératives peut être invoqué pour justifier qu'un plan ou un projet soit néanmoins réalisé.*

28. Dans ces conditions, eu égard aux caractéristiques particulières de chacune des phases visées à l'article 6 de la directive 92/43, il y a lieu de constater que les différentes exigences énoncées au paragraphe 4 de celui-ci ne sauraient constituer des éléments que les autorités nationales compétentes sont tenues de prendre en compte lorsqu'elles effectuent l'évaluation appropriée prévue au paragraphe 3 dudit article». Voy. également CJCE, 20 septembre 2007, aff. C-304/05, *Commission c. Italie* (point 83). On ne s'explique pas en quoi les deux conditions de fond imposées à l'octroi de la dérogation (y compris la preuve de l'absence de solutions alternatives) auraient pour objet de permettre à l'Etat membre de prendre des mesures compensatoires dans la mesure où précisément ce n'est que si elles ne sont pas remplies que ladite compensation doit avoir lieu. Dans le cas contraire, le plan ou projet doit être refusé.

n'ayant été adoptée à ce jour (65), il n'est pas explicitement exigé de l'auteur de l'évaluation appropriée qu'il étudie les solutions alternatives au projet de plan en cas de conclusions négatives. L'autorité aura cependant intérêt à se reposer sur des considérations scientifiques pour pouvoir écarter les alternatives éventuellement suggérées lors de l'enquête publique, et donc à exiger de l'auteur de l'évaluation (lorsqu'il est extérieur à l'administration) qu'il se penche sur la question. En outre, rappelons que l'évaluation appropriée doit être intégrée, en droit wallon, dans l'évaluation générale des incidences, laquelle doit inclure, on l'a vu, une évaluation des «alternatives possibles» au projet de plan ou de programme.

C. L'octroi des dérogations aux dispositions de protection des espèces

Enfin, il est fréquent que des projets d'urbanisation menacent de détériorer l'habitat d'une espèce protégée ou risquent de la perturber. L'article 5 de la directive Oiseaux, qui s'applique à toutes les espèces d'oiseaux vivant à l'état sauvage, les articles 12 et 13 de la directive Habitats, qui s'appliquent aux espèces animales et végétales d'intérêt communautaire visée à l'annexe IV de la directive, et les articles 2 et suivants de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature qui les transposent – en élargissant leur champ d'application à d'autres espèces menacées à l'échelle wallonne – opposent à ces projets l'interdiction de détériorer l'habitat naturel de ces espèces et de perturber celles-ci de manière significative (66).

Dans cette hypothèse, le maître d'ouvrage ne peut lancer les travaux que s'il a obtenu au préalable une dérogation aux dispositions de protection des espèces concernées auprès de l'Inspecteur général du Département de la nature et des forêts (DNF) (67). L'octroi de cette dérogation n'est admis qu'«à défaut de solutions alternatives». A nouveau, il s'agit d'une condition de fond qui implique un examen préalable des options susceptibles de ne pas entraîner la perturbation incriminée. Ces dispositions ont donné lieu à une abondante jurisprudence (notamment sur les oiseaux) tant à la Cour de justice qu'au Conseil d'Etat (*infra*).

(65) Voy. l'article 29, §2, de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature.

(66) Voy. les art. 2, 2bis, 2ter, 3 et 3bis de la loi du 12 juillet 1973.

(67) Art. 5 et s. de la loi du 12 juillet 1973.

SECTION 2. – LA PORTÉE DE LA LOGIQUE DE SUBSTITUTION EN URBANISME

Si l'obligation d'examiner les solutions alternatives semble s'être définitivement imposée en matière d'urbanisme lorsqu'un plan ou un projet menace l'environnement ou déroge à une règle urbanistique ou environnementale, force est de constater que les dispositions qui la consacrent manquent cruellement de précision, ce qui rend délicate l'évaluation de leur portée (68). Il est ainsi difficile de savoir quelles alternatives doivent être prises en considération (§1) de même que de déterminer le contenu de l'analyse à effectuer sur ces alternatives et les obligations de motivation qui en découlent (§2). En revanche, la portée matérielle de l'examen des alternatives paraît plus claire (§3). Nous examinerons ici l'ensemble des dispositions évoquées dans le paragraphe précédent, en faisant les distinctions lorsque cela s'avère nécessaire.

§1. – *Les alternatives à prendre en considération*

Seules les «solutions de substitution raisonnables» ou les «alternatives possibles» doivent être retenues et évaluées dans le cadre de l'évaluation générale des incidences tant des plans que des projets (*supra*) (69). Ne doivent être prises en considération que les options qui passent avec succès deux tests, à savoir, d'une part, le test de la pertinence de l'option pour atteindre l'objectif poursuivi (A) et, d'autre part, le test du caractère «raisonnable» de celle-ci (B).

(68) L'on regrettera à cet égard que les *Guides méthodologiques pour l'évaluation des incidences sur l'environnement*, publiés par la DGRNE sur son site internet (<http://environnement.wallonie.be/aerw/dgrne/index.htm>) pour une série de projets précis (parcs éoliens, lignes à haute tension, industrie agro-alimentaire, etc.), ne contiennent quasiment aucune indication sur la question des alternatives à étudier. La seule référence qui y est parfois faite (parc éolien, lignes aérienne à haute tension par ex.) concerne les alternatives au mode d'accès au réseau de voirie public.

(69) Dans le cadre de la législation sur la conservation de la nature, la référence au caractère «raisonnable» ou «possible» n'est en revanche pas faite. Quoi qu'il en soit, ces notions ne sont pas définies dans les textes.

A. Le test de la pertinence de l'alternative

1. Généralités

La première étape consiste à sélectionner les solutions susceptibles d'être considérées comme «alternatives» et qui doivent, à ce titre, faire l'objet d'une évaluation plus approfondie en termes de proportionnalité (*infra*) (70). Par définition, une «solution de substitution» ou «alternative» est une solution de remplacement (71). Plus précisément, ne constitue une «alternative» à un plan ou à un projet que l'option qui est apte, techniquement, à réaliser l'objectif poursuivi par le plan ou le projet initial (72). En d'autres termes, une solution ne peut être qualifiée d'alternative que si elle passe le test de la *pertinence*, au sens de la jurisprudence de notre Cour constitutionnelle sur la proportionnalité.

Ce qui est certain, c'est que toutes les options techniquement pertinentes doivent être envisagées, sous réserve de leur caractère raisonnable (*infra*). Dans l'affaire *Castro Verde*, relative à un tracé d'autoroute qui traversait une zone de protection spéciale en Algarve, la Cour de justice a ainsi condamné le Portugal pour avoir écarté d'emblée des tracés alternatifs pourtant *a priori* pertinents (73). Les conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott

(70) Voy. en ce sens, COMMISSION EUROPÉENNE, *Evaluation des plans et projets ayant des incidences significatives sur des sites Natura 2000. Guide de conseils méthodologiques de l'article 6, §§3 et 4, de la directive «habitat» 92/43/CEE*, Luxembourg, OPOCE, 2001, p. 33.

(71) *Dictionnaire Larousse* sélection, vol. 1, pour le terme «alternative». *Le Petit Robert* (éd. 1976) considère ce terme comme un anglicisme et le définit également comme une «solution unique de remplacement».

(72) Selon la Commission européenne, «*Alternatives are essentially, different ways in which the developer can feasibly meet the project's objectives, for example by carrying out a different type of action, choosing an alternative location or adopting a different technology or design for the project*» (COMMISSION EUROPÉENNE, *Guidance on EIA. Scoping*, Luxembourg, OPOCE, 2001, point B.6.2). En ce sens, à propos du mécanisme d'évaluation appropriée, voy. également les conclusions de l'Avocat général J. Kokott, dans l'affaire *Castro Verde* déjà citée : «*Cette condition préalable à l'autorisation d'un projet vise à éviter qu'il ne soit porté atteinte à des zones protégées alors que les objectifs du projet peuvent également être atteints d'une manière qui affecte moins ou pas du tout la zone protégée*» (conclusions déposées le 27 avril 2006, aff. C-239/04, point 42).

(73) A son estime, les autorités n'avaient pas examiné des tracés alternatifs situés à l'ouest des localités voisines et à l'extérieur de la ZPS, «*alors que (...) il ne saurait être exclu a priori que l'adoption de telles solutions pouvait correspondre à des solutions alternatives au sens de l'article 6, paragraphe 4, de la directive habitats, et ce même si elles étaient, ainsi que le soutient la République portugaise, susceptibles de présenter certaines difficultés*» (CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-239/04, *Commission c. République Portugaise (ZPS de Castro Verde)*, point 38). Ces difficultés étaient, selon le Gouvernement portugais, d'ordre social, économique et environnemental, ce tracé affectant «*les populations de Conceição, d'Aiavados et d'Estação de Ourique ainsi que le bassin hydrographique du barrage de Monte da Rocha*».

abondaient en ce sens (74). Partant, il va de soi que l'autorité ne pourrait se limiter à étudier les alternatives plus dommageables pour l'environnement de manière à mieux justifier son projet (75).

2. Les niveaux d'alternatives à prendre en considération

L'interprétation large que la rédaction des textes et la jurisprudence commandent de donner au concept d'alternative implique d'envisager toutes les options possibles à plusieurs niveaux pour un même plan ou projet. Ainsi, on peut concevoir une alternative au projet dans sa globalité, comme on peut concevoir une alternative à un aspect plus accessoire dudit plan ou projet, sans remettre en question celui-ci. Dans cette dernière hypothèse, les alternatives peuvent s'apparenter à des mesures d'atténuation des impacts du plan ou du projet (76). Ainsi par exemple, le choix entre deux techniques visant à limiter la pollution engendrées par une industrie offre deux «alternatives» sans remettre en cause le projet lui-même.

Au stade de la planification, le *Guide de mise en œuvre de la directive 2001/42/CE* indique qu'il faut prendre en considération, à ce stade, tous les moyens susceptibles d'atteindre l'objectif poursuivi par le plan ou le programme, qu'il s'agisse de «plans et programmes de substitution» ou des modes possibles de mise en œuvre du plan ou du programme (77). Dans les plans d'affectation du sol, l'examen des alternatives devrait ainsi porter tant sur la localisation que sur la taille, la forme et, bien entendu, la destination des zones du projet de plan dont la mise en œuvre est susceptible d'affecter de façon notable l'environnement. La plus cruciale est sans conteste l'analyse des solutions alternatives de localisation (78), généralement les plus efficaces pour préserver l'environnement.

(74) Madame l'Avocat général Kokott était plus précise dans ses conclusions. Selon elle, «l'absence d'alternatives ne peut pas être constatée lorsque seules quelques alternatives ont été examinées, mais uniquement après que toutes les alternatives (souligné par elle) ont été exclues. Les exigences relatives à l'exclusion des alternatives augmentent parallèlement à l'aptitude de celles-ci à réaliser les objectifs du projet sans conduire – en l'absence de doutes raisonnables – à des atteintes disproportionnées manifestes» (conclusions déposées le 27 avril 2006, point 43).

(75) En ce sens, voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *Guide de mise en œuvre de la directive 2001/42/CE*, op. cit., §5.14.

(76) En ce sens, voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *Guidance on EIA. Scoping*, op. cit., point B.6.2.

(77) *Ibid.*, §5.13.

(78) En ce sens, voy. le GUIDE précité : «En ce qui concerne les POS ou les plans d'aménagement du territoire, les alternatives évidentes sont les diverses utilisations des zones désignées pour des activités ou à des fins spécifiques et les autres zones possibles pour ces activités» (§5.13).

Au stade de la délivrance des permis, les recommandations de la Commission sur l'évaluation des incidences des projets indiquent qu'un vaste spectre «d'alternatives» doit être pris en considération à tous les niveaux, depuis le plus général jusqu'aux détails du projet. Ainsi, devraient être pris en considération, depuis l'alternative zéro (*infra*) et les alternatives de localisation ou d'accès, jusqu'aux matériaux de construction de l'établissement, aux matières premières utilisées dans le processus de production ou encore aux énergies utilisées (79).

3. *L'examen de l'alternative zéro*

L'examen des alternatives devrait inclure, au niveau le plus global, celui de l'alternative «zéro», si des moyens différents du plan ou programme envisagé existent pour atteindre l'objectif poursuivi par celui-ci (80). Ainsi, l'objectif de l'inscription dans un plan d'affectation du sol du tracé d'une liaison autoroutière peut être d'améliorer la fluidité du trafic, de réduire les risques d'accidents de la circulation ou de permettre le contournement d'une ville. L'option «zéro» consistant à ne pas construire l'autoroute (et donc ne pas en inscrire le tracé au plan) tout en développant d'autres moyens de transport ou en améliorant les flux de circulation par d'autres techniques représente bien une alternative à évaluer. Il peut s'avérer cependant difficile d'envisager une alternative zéro dans bon nombre de cas, notamment dans l'hypothèse de projets privés de développement économique, où il est *a priori* difficile pour le demandeur de repenser complètement son investissement, quand bien même son but final – valoriser son capital – pourrait être atteint d'autres façons plus «durables». Toute la question est en réalité de savoir dans le chef de qui, de l'autorité ou du demandeur, il faut apprécier

(79) Voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *Guidance on EIA. Scoping*, op. cit., point B.6.2. Pour plus de recommandations techniques sur ce sujet, voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *Scoping Checklist*, Document non daté en ligne sur http://ec.europa.eu/environment/eia/eia-guidelines/scoping_checklist.pdf (visité le 31 juillet 2009).

(80) A notre estime, la directive 2001/42/CE exige en effet que cette alternative «zéro» soit prise en compte. Il y est fait indirectement référence au point b de l'annexe I de la directive, qui exige d'inclure dans le rapport des informations sur «l'évolution probable» de la situation environnementale «si le plan ou le programme n'est pas mis en œuvre». En ce sens, W.R. SHEATE, «The EC Directive on Strategic Environmental Assessment: A Much Needed Boost for Environmental Integration», *EELR*, 2003, vol. 12, p. 340; *Guide de mise en œuvre de la directive 2001/42/CE*, §5.22.

les alternatives. L'on reviendra sur cette question délicate (*infra*, B, 1, *in fine*).

4. *L'influence des contraintes administratives*

Des obstacles de nature administrative ne sauraient autoriser une autorité à exclure d'office de son évaluation certaines alternatives pertinentes pour atteindre l'objectif fixé. Ainsi, le Conseil d'Etat belge a jugé que le fait, pour l'autorité compétente, d'écarter le tracé alternatif d'un contournement routier proposé par un comité de riverains au seul motif qu'il s'écarterait du tracé inscrit au plan de secteur violait l'article 12, §2, du décret du 11 septembre 1985 organisant l'évaluation des incidences sur l'environnement dans la Région Wallonne, qui prévoyait que les alternatives suscitées par la phase de consultation du public «*pourront viser la localisation (...) du projet*» (81). Il s'en déduit que le choix des alternatives à prendre en considération ne peut être influencé par des prescriptions réglementaires incompatibles d'un plan d'aménagement en vigueur (82). Toutefois, l'on peut parfaitement admettre que l'étude d'incidences accompagnant une demande de permis écarte une alternative de localisation déjà écartée antérieurement dans le cadre de l'évaluation des incidences d'un plan, pour autant que les données réutilisées soient toujours pertinentes et actuelles (83).

B. *Le caractère «raisonnable» des alternatives*

Inévitablement, la recherche d'alternatives pose la question de savoir jusqu'où aller dans cette recherche. En règle, seules les alternatives «raisonnables» doivent être prises en considération, ce qui implique une mise en balance des avantages et inconvénients de

(81) C.E., n° 79.736, 1^{er} avril 1999, *Salesse et Bonmassar*; C.E., n° 98.088, 31 juillet 2001, *Salesse et Bonmassar*. Dans ce cas d'espèce, le Conseil d'Etat a jugé que le fait, pour l'autorité compétente, d'écarter un tracé alternatif d'un contournement autoroutier proposé par un comité de riverains au seul motif qu'il s'écarterait du tracé inscrit au plan de secteur violait l'article 12, §2, du décret du 11 septembre 1985 (évaluation des incidences des projets) qui prévoyait que les alternatives suscitées par la phase de consultation du public «*pourront viser la localisation (...) du projet*».

(82) Dans le même sens, B. JADOT, «La réglementation de l'évaluation des incidences sur l'environnement, spécialement au regard du décret de la Région wallonne du 11 septembre 1985», in LAVRYSEN, L. (Ed.), *Droit de l'environnement – Développements récents*, vol. 2, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 335; J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 252, cités in *RPDB*, T. X, v° Urbanisme et Environnement, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 2144.

(83) Art. D.66, §3, du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

chaque option en lice. Ainsi, le Conseil d'Etat a indiqué que, lorsqu'elle statue sur une demande de permis, l'autorité doit, dans son appréciation, comparer «*les avantages et inconvénients des différentes options*» et motiver sa décision en conséquence (84). Les critères à prendre en considération diffèrent cependant d'un cas de figure à l'autre.

1. Dans le cadre de l'évaluation générale des incidences

Parmi toutes les options techniquement pertinentes pour atteindre l'objectif poursuivi, il est prévu dans les règles sur l'évaluation générale des incidences que seules celles qui sont «raisonnables» ou «possibles» doivent être prises en considération par l'auteur de l'évaluation générale des incidences et, partant, l'autorité compétente. Le préambule de la directive 2001/42/CE évoque lui la nécessité d'analyser les «*autres solutions réalistes*» (85). Incontestablement, il s'agit ici de vérifier le caractère *proportionné* des alternatives eu égard aux enjeux environnementaux et socio-économiques en présence (86) (87). C'est évidemment ici que le pouvoir discrétionnaire de l'autorité est le plus étendu (*infra*).

Certains critères d'appréciation sont néanmoins précisés dans les textes. Ainsi, la directive 2001/42/CE prévoit en outre qu'il doit être

(84) CE, n° 168.879, 13 mars 2007, Schils.

(85) Quatorzième considérant, précité.

(86) Voy. en ce sens, CJCE, aff. C-284/95, 14 juillet 1998, *Safety Hi-tech Srl et S & T Srl*, points 56 et s. (en matière de protection de la couche d'ozone). Voy. aussi dans le même sens, les conclusions de l'avocat général J. Kokott dans l'affaire *Commission c. Portugal (Castro Verde)* relative à un projet autoroutier en Algarve : à propos de l'obligation de démontrer l'absence de solution alternative pour pouvoir autoriser un projet qui risque de porter atteinte à une zone de protection spéciale, l'avocat général rappelle que «*L'absence de solutions alternatives correspond ainsi à une étape de l'examen de la proportionnalité en vertu duquel, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante*» (conclusions déposées le 27 avril 2006, aff. C-239/04, *Commission c. République portugaise*, point 42). Voy. également dans le même sens les conclusions du même avocat général dans l'affaire sur la chasse au loup en Finlande, sur la nature du mécanisme de dérogation aux dispositions de protection des espèces, dont une des conditions est l'absence d'autre solution satisfaisante (conclusions déposées le 30 novembre 2006, aff. C-345/02, *Commission c. Finlande*, points 24 et s.). Pour une synthèse sur la proportionnalité en droit de l'environnement, voy. N. DE SADEELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 1999, pp. 352 et s.

(87) On peut mettre cette exigence en perspective en rappelant l'application faite par la Cour de justice du principe de proportionnalité en matière de libre circulation des marchandises. Celle-ci exige, pour juger si une restriction à l'importation prise à des fins de protection de l'environnement est ou non admise au regard de l'article 30 CE, que l'Etat membre examine préalablement les solutions alternatives qui, tout en étant aussi efficaces, contraignent moins la circulation des marchandises. Voy. par ex. les considérations de la Cour et de son avocat général dans l'affaire *Tridon* (CJCE, 23 oct. 2001, aff. C-510/99, *Tridon*, *Rec.*, p. I-7777).

tenu compte à cet effet «des objectifs et du champ d'application territorial du plan ou du programme» (88). En outre, le caractère raisonnable de l'alternative doit également être pesé au regard de l'objectif de la directive elle-même, à savoir «assurer un niveau élevé de protection de l'environnement, et de contribuer à l'intégration de considérations environnementales dans l'élaboration et l'adoption de plans et de programmes en vue de promouvoir un développement durable» (89). Doit donc être considérée comme «raisonnable» l'option qui s'avère *proportionnée* à l'objectif poursuivi par le plan concerné, compte tenu des caractéristiques de ce plan (couverture géographique, objet, etc.) et du coût socio-économique et environnemental de ladite alternative en comparaison avec celui du projet de plan initial.

Le raisonnement peut être étendu, *mutatis mutandis*, à l'examen des alternatives dans le cadre de l'évaluation des incidences des projets. Se pose cependant la question, essentielle, de savoir si le caractère raisonnable doit s'apprécier dans le chef du demandeur ou de l'autorité. En effet, alors que pour le premier le spectre des alternatives de localisation est très limité pour des raisons foncières évidentes, il n'en est pas de même pour la seconde, tout particulièrement lorsque celle-ci peut recourir à l'expropriation.

Dans son arrêt *Schils* du 13 mars 2007 précité, le Conseil d'Etat semble indiquer que la «disponibilité» foncière du terrain reste un critère essentiel pour évaluer la pertinence d'une alternative au stade de la délivrance d'un permis. Il semble ainsi s'être placé du point de vue du maître d'ouvrage et non de l'autorité, ce qui nous paraît très critiquable dans un régime de police administrative visant à garantir un bon aménagement du territoire, mission incombant au premier chef aux pouvoirs publics (art. 1^{er}, §1^{er}, al. 2, CWATUP) et non aux particuliers (90).

(88) Quatorzième considérant et art. 5.1.

(89) C'est ce que semble indiquer la Commission dans son Guide de mise en œuvre de la directive 2001/42/CE, lorsqu'elle affirme que «L'étude de solutions alternatives est motivée en partie par le besoin de trouver des moyens de réduire ou d'éviter les effets nuisibles notables du plan ou programme proposé sur l'environnement. Idéalement, bien que la directive ne l'exige pas, le projet final de plan ou programme sera celui qui servira le mieux les objectifs définis à l'article premier» (§5.14).

(90) Aux requérants qui critiquaient un permis délivré par la commune pour un atelier de carrosserie sans motivation au regard des alternatives de localisation qu'ils avaient soulevées lors de l'enquête publique, le Conseil d'Etat a répondu que «Considérant qu'il n'appartenait pas à la commune de choisir l'endroit où implanter la carrosserie, mais seulement de se prononcer sur

Quand bien même devrait-on se placer dans le chef du demandeur pour évaluer les alternatives à un projet, l'on admettra que la disponibilité d'un site varie considérablement selon que le demandeur est une personne qui, directement ou indirectement (91), pourrait recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique ou un demandeur qui n'est pas en situation de bénéficier d'une telle opportunité. Or, en urbanisme, l'article 58 CW permet aux autorités compétentes d'exproprier pour cause d'utilité publique en vue de réaliser n'importe quelle destination fixée par un plan d'affectation du sol. Elle pourrait donc exproprier un bien en vue d'y autoriser un projet public susceptible, s'il était localisé ailleurs, d'affecter l'environnement. Si l'on se place du point de vue de l'autorité, la possibilité d'expropriation précitée rend d'autant moins recevable l'argument foncier. Une autorité compétente pour adopter ou réviser un plan ne pourrait donc s'affranchir de l'obligation d'examiner les alternatives de localisation pour pareils motifs fonciers.

2. Dans le cadre de l'évaluation appropriée «Natura 2000»

La démonstration de l'absence de solutions alternatives dans le cadre de l'évaluation appropriée des incidences implique également un examen de la proportionnalité des alternatives à prendre en considération (92). La condition doit cependant être interprétée restrictivement, dès lors qu'il s'agit d'un mécanisme dérogatoire (93).

Immédiatement se pose la question des termes de la balance des intérêts à effectuer. En particulier, l'on peut se demander si des critères socio-économiques, comme par exemple le surcoût financier important d'un tracé alternatif d'autoroute, ou d'autres considéra-

l'admissibilité du projet qui leur était présenté; qu'en délivrant un permis d'urbanisme, la commune exerce une mission de police administrative dont l'objet est d'encadrer les initiatives prises par les particuliers; qu'elle ne dispose, ce faisant, pas de la latitude d'appréciation qu'elle aurait dans l'hypothèse où elle agirait elle-même comme acteur économique; qu'en dépit des suggestions avancées au cours de l'enquête publique, les parties adverses ne devaient pas se prononcer sur une «alternative», mais sur le seul projet pour lequel l'autorisation était sollicitée; qu'il ne peut être reproché à la commune ou au fonctionnaire délégué de n'avoir pas justifié l'implantation en zone d'habitat à caractère rural plutôt que dans la zone artisanale existant à quelque 600 mètres de là; que pour le surplus, le moyen se confond avec le premier; que le moyen n'est pas sérieux» (CE, n° 85.379, 16 février 2000, Grévisse).

(91) Directement, si cette personne est un pouvoir expropriant; indirectement, si elle peut bénéficier de l'expropriation poursuivie par un pouvoir expropriant.

(92) En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général J. Kokott dans l'affaire *Castro Verde* (points 44 et s.).

(93) CJCE, aff. C-239/04 précitée, point 35.

tions par exemple d'ordre scientifique ou environnemental (94) peuvent être pris en considération à ce stade. En effet, si l'on fait abstraction de leur coût socio-économique ou environnemental, il est souvent possible de trouver des solutions «alternatives» à un plan ou un projet pour éviter un dommage à un site Natura 2000 (95).

La Commission soutient pour sa part que des critères socio-économiques ne peuvent entrer en ligne de compte dans son commentaire sur l'article 6.4 de la directive Habitats (96), même si elle tient une position plus nuancée dans les avis qu'elle a rendus dans le cadre du régime dérogatoire prévu par cette disposition (97).

La jurisprudence de la Cour de justice est limitée sur cette question cruciale. Dans l'affaire *Castro Verde*, elle s'est contentée de juger que l'autorité, dans l'examen des solutions alternatives qu'elle doit effectuer, ne peut exclure d'emblée les solutions qui «*présentent des difficultés*» d'ordre social, économique ou environnemental, pour peu qu'elles soient pertinentes pour atteindre l'objectif fixé (98). Ce considérant semble indiquer qu'il existe une hiérarchie des valeurs dans laquelle la protection des sites Natura 2000 est haut placée.

(94) Comme, par exemple, la présence de sites archéologiques menacés par le tracé alternatif ou la présence de zones résidentielles à proximité dudit tracé alternatif (voy. les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Castro Verde*, point 49).

(95) L. NORDBERG, «Recent Questions of Interpretation Concerning Art. 6 of the Habitats Directive», *Ympäristöjuridikka (Environmental Law)*, 4/2001, 10 pp., traduction anglaise aimablement communiquée par l'auteur, p. 5.

(96) Selon la Commission, «*les paramètres de référence utilisés pour ces comparaisons ont trait aux aspects liés à la conservation et au maintien de l'intégrité du site et de ses fonctions écologiques. C'est pourquoi, dans cette phase, d'autres critères d'évaluation, comme les critères économiques, ne peuvent pas l'emporter sur les critères écologiques*» (COMMISSION EUROPÉENNE, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», janvier 2007, 31 p. 7. (en ligne sur http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_fr.pdf; visité le 29 juillet 2009)).

(97) Ainsi, dans un avis rendu conformément à l'article 6, §4, de la directive Habitats à propos d'un projet de création d'un zoning industriel dans le camp militaire de Truppbach, retenu comme site Natura 2000, la Commission européenne a considéré que des sites alternatifs existants n'avaient pas été pris en compte et que «*les inconvénients découlant de ces options, sur le plan des recettes fiscales, par exemple, ne justifient pas qu'on les ignore. Il incombe à l'Etat membre concerné de résoudre ce genre de difficultés*» (avis du 24 avril 2004 «zone industrielle et commerciale à Truppbach»). La Commission ne suit cependant pas toujours cette interprétation. Ainsi, bien qu'elle ait égard aux incidences sur Natura 2000 des solutions alternatives examinées, elle n'opère pas d'examen de proportionnalité en fonction de l'importance écologique du site pour le réseau Natura 2000 dans l'évaluation des alternatives. Ainsi, dans le dossier «Botniaban», qui portait sur la construction d'une voie de chemin de fer sur la côte suédoise, la Commission a pris en considération uniquement le caractère non rentable (à coût identique) et le temps de voyage plus long des tracés alternatifs pour estimer qu'ils pouvaient être écartés, sans considération pour la grande importance écologique du site comme site de repos pour les oiseaux migrateurs, qui aurait pu justifier les inconvénients économiques précités (Avis du 24 avril 2004 «Botniaban from Nordmaling to Umea»).

(98) CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-239/04, précité, point 38.

L'avocat général Kokott a été plus loin dans le raisonnement en faisant un lien avec les motifs pouvant justifier la dérogation, à savoir les «raisons impératives d'intérêt public majeur» (99). Elle semble indiquer, à juste titre selon nous, qu'une alternative ne peut être écartée dans le cadre de la balance des intérêts que pour des motifs relevant de «raisons impératives d'intérêt public majeur» au moins équivalentes à celles qui justifient le plan ou le projet initial (100) – comme par exemple un risque pour la sécurité, la santé ou pour un autre site Natura 2000 –. Cette solution est logique, dès lors que seuls pareils motifs peuvent être invoqués pour détériorer un site Natura 2000 (101).

Plus récemment, dans une affaire relative à l'extension d'une station de ski en Italie, la Cour de justice a indiqué plus clairement, les termes de la comparaison à effectuer. A son estime, *«L'examen d'éventuelles raisons impératives d'intérêt public majeur et celui de l'existence d'alternatives moins préjudiciables requièrent en effet une mise en balance par rapport aux atteintes portées au site par le plan ou projet considéré»* (102). Elle semble ainsi appuyer le raisonnement

(99) Art. 6.4 de la directive Habitats.

(100) Selon le haut magistrat, «(...) En ce qui concerne les alternatives ainsi sélectionnées, le choix ne doit pas obligatoirement se porter sur l'alternative qui affecte le moins l'intégrité de la zone concernée (...). Ce choix exige plutôt une mise en balance entre l'atteinte à l'intégrité de la ZPS et les raisons impératives d'intérêt public majeur pertinentes.

45. La nécessité d'une mise en balance résulte en particulier de la notion de «majeur», mais également du mot «impératives». Les raisons d'intérêt public ne peuvent être impératives par rapport à la protection du site que si elles présentent une plus grande importance. Ce principe se retrouve dans l'examen de la proportionnalité dans le cadre duquel les préjudices causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (...).

46. Par conséquent, c'est la question de savoir si des raisons impératives d'intérêt public majeur exigent précisément la réalisation de cette alternative ou si elles peuvent également être satisfaites par une autre alternative – plus respectueuse de l'intégrité de la ZPS – qui est décisive (...). Cette comparaison implique que les différentes alternatives de la sélection restreinte soient examinées sur la base de critères scientifiques comparables en ce qui concerne leur impact sur la zone concernée et les raisons d'intérêt public pertinentes respectives (...)» (points 44 et s.).

(101) Ainsi par exemple, un tracé alternatif d'autoroute qui causerait un dommage financier à une entreprise privée du fait d'une expropriation reste une solution alternative au sens de l'article 6, §4, dès lors qu'il n'affecte que des intérêts privés et non «publics majeurs». Il n'en serait pas de même si ladite entreprise était un élément clé de l'économie régionale et que son expropriation entraînait des licenciements massifs, auquel cas son maintien constituerait, potentiellement, un motif d'intérêt public majeur (propre à cette solution alternative). Dans ce cas, le caractère «impératif» de ce motif doit être vérifié en mettant en balance le coût socio-économique de l'alternative et l'impact causé au réseau Natura 2000, compte tenu du caractère facilement «compensable» du dommage. Si l'impact pour le réseau est irréparable et menace sa cohérence, alors que le dommage socio-économique reste localisé et qu'il peut lui-même être compensé par exemple par des indemnités financières, même élevées, l'autorité ne peut qualifier le motif d'intérêt public «d'impératif majeur». Elle doit, en conséquence, retenir l'alternative et refuser le projet initial.

(102) CJCE, 20 septembre 2007, aff. C-304/05, *Commission c. Italie*, point 83.

précité tenu par Mme Kokott dans l'affaire *Castro Verde*. On en déduit que seuls des critères socio-économiques relevant de raisons impératives d'intérêt public majeur peuvent être pris en considération pour écarter une alternative ne mettant pas en cause l'intégrité du site Natura 2000.

On ajoutera que, par conséquent, l'autorité devra tenir compte, dans son raisonnement, de la difficulté de compenser écologiquement l'atteinte au site Natura 2000 de façon effective. En effet, il y va de la cohérence globale du réseau : plus cette compensation est difficile, plus cette cohérence est susceptible d'être mise en péril et plus le coût des alternatives à prendre en considération devra dès lors être élevé (103). De même, une solution alternative ne peut être acceptée si elle risque elle-même de porter atteinte à l'intégrité d'un autre site Natura 2000, comme ce fut le cas dans l'affaire du contournement d'Augustow (Pologne) (104).

3. Dans le cadre des dérogations octroyées aux mesures de protection des espèces

La condition de l'absence d'autres solutions satisfaisantes a fait l'objet d'une abondante jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'Etat à propos de l'octroi de dérogations au régime de protection des oiseaux pour capturer ou chasser ces derniers «*en petites quantités*» (105). Quelques décisions interprètent cette condition dans le cadre du régime de dérogation aux mesures de protection des espèces autres que des oiseaux (106). Sans entrer dans le détail de cette jurisprudence, l'on se contentera de noter que la Cour de

(103) Ainsi, le coût considéré comme «raisonnable» des solutions alternatives doit être envisagé à la hausse lorsque le site endommagé a une importance majeure pour la survie d'une espèce ou d'un habitat d'intérêt communautaire ou si toute compensation écologique est difficile ou *a fortiori* impossible. Une perte irréversible pour la cohérence du réseau – par exemple la disparition d'une espèce endémique – devrait ainsi justifier le choix d'alternatives considérablement plus coûteuses que le plan ou le projet initial. A défaut, il nous semble que l'article 6, §4, ne serait pas respecté. En ce sens, A. NOLLEKAMPFER, «Habitat Protection in European Community Law: Evolving Conceptions of a Balance of Interests», *J. Env. L.*, vol. 9, n° 2, 1997, p. 280.

(104) CJCE, 18 avril 2007, aff. C-193/07R, *Commission c. Pologne*.

(105) Art. 9 de la directive Oiseaux. Voy. notamment CJCE, 8 juillet 1987, *Commission/Belgique*, 247/85, *Rec.*, p. 3029; 12 décembre 1996, aff. C-10/96, *Ligue royale belge pour la protection des oiseaux ASBL et Société d'études ornithologiques AVES ASBL*, *Rec.*, p. 6775; 16 octobre 2003, aff. C-182/02, *Ligue pour la protection des oiseaux*; 9 juin 2005, aff. C-135/04, *Commission c. Espagne*; 15 décembre 2005, aff. C-344/03, *Commission c. Finlande*.

(106) Voy. not. CJCE, 27 avril 2006, *Commission/Allemagne*, C-441/02, *Rec.*, p. I-3449; 8 juin 2006, *WWF Italia e.a.*, aff. C-60/05, *Rec.*, p. I-5083; 10 mai 2007, *Commission/Autriche*, aff. C-508/04; 14 juin 2007, aff. C-342/05, *Commission c. République de Finlande*.

justice et le Conseil d'Etat interprètent strictement cette condition – compte tenu de son caractère dérogoire (107) –, notamment en ce qui concerne la prise en compte des contraintes d'ordre technique, scientifique ou pratique à la mise en œuvre de l'alternative (108) et l'étendue de l'aire géographique dans laquelle les alternatives doivent être prises en considération (109).

Pour la Commission, «*En tout état de cause, une dérogation à l'article 16 ne doit intervenir qu'en dernier recours*» (110). La caractéristique commune essentielle de tout système de dérogation est qu'il est subordonné aux exigences prévues par la directive en faveur de la conservation» (111). Elle ajoute que «*Concernant les facteurs permettant d'évaluer l'existence d'une autre solution satisfaisante, il est reconnu que cette question relève des tribunaux nationaux. L'évaluation du caractère satisfaisant ou non d'une solution de substitution, dans une situation donnée, doit se fonder sur des facteurs objectivement vérifiables, comme des considérations scientifiques et techniques*» (112). En outre, la solution finalement choisie, même si elle implique une déro-

(107) Par ex. CJCE, 14 juin 2007, aff. C-342/05, *Commission c. République de Finlande*, point 25.

(108) A propos de savoir si l'élevage des oiseaux constitue une solution satisfaisante à la tendarie en Région wallonne, la Cour a jugé que «*il y a lieu de constater que, ainsi qu'il ressort du dossier, l'élevage et la reproduction en captivité des espèces visées au principal sont non seulement scientifiquement et techniquement réalisables, mais également mis en œuvre avec succès par certains éleveurs en Wallonie et, à plus grande échelle, par des éleveurs opérant en Flandre. (...) Dans ces conditions, l'élevage et la reproduction en captivité ne pourraient être considérés comme ne constituant pas une 'autre solution satisfaisante' que s'il était établi que, à défaut de prélèvements dans la nature, ils ne sauraient prospérer*» (CJCE, 8 juillet 1987, *Commission/Belgique*, aff. 247/85, *Rec.*, p. 3029, point 19). Dans le même sens, C.E. n° 44.400, 8 octobre 1993, *asbl Ligue royale belge pour la protection des oiseaux, J.L.M.B.*, 1993, p. 1357 et n° 44.536, 14 octobre 1993, *asbl Ligue royale belge pour la protection des oiseaux, J.L.M.B.*, 1993, p. 1360, obs. J.-Fr. NEURAY; n° 49.506, 7 octobre 1994, *LRBPO asbl*; n° 100.777, 13 novembre 2001, *LRBPO asbl et AVES asbl*.

(109) Dans l'affaire C-135/04, *Commission c. Espagne*, la Cour a ainsi considéré, à propos de l'ouverture de la chasse au pigeon ramier au printemps dans la province de Guipúzcoa, que les zones de cette province fréquentées par le pigeon ramier pendant la période de chasse ordinaire «*sont peu éloignées de celles qui ne sont fréquentées par cette espèce que pendant son trajet de retour vers son lieu de nidification. Aussi, les premières de ces zones sont facilement accessibles aux chasseurs résidant dans les secondes*». Pour la Cour, ces zones appartiennent à «*l'aire géographique constituée par la province de Guipúzcoa qui, compte tenu de ce qui précède, doit être regardée comme un territoire unique déjà fréquenté par l'espèce en cause pendant la période de chasse fixée conformément à l'article 7 de la directive*» (points 21 et 22). Dans le même sens, voy. CJCE, 15 décembre 2005, aff. C-344/03, *Commission c. Finlande*.

(110) Faisant référence aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-10/96 précitée (point 33).

(111) COMMISSION EUROPÉENNE, *Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive «Habitats» 92/43/CEE*, 2007, p. 61.

(112) Faisant référence aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-10/96 précitée (point 38).

gation, doit être objectivement limitée à ce qui est nécessaire pour résoudre le problème ou la situation spécifique (113)» (114).

§2. – Les modalités de l'examen des alternatives à effectuer

La détermination de la portée de l'obligation d'examiner les solutions alternatives nécessite aussi de se pencher sur son contenu et ses modalités formelles.

A. Le contenu et le degré de précision de l'examen des alternatives à effectuer

L'examen des solutions alternatives ne peut être superficiel (115). Certaines indications en ce sens découlent des textes et de la jurisprudence. Pour le surplus, toutes les garanties prévues pour assurer la qualité de l'évaluation des incidences, telles que l'exigence de qualité scientifique de l'étude d'incidences ou d'impartialité et d'objectivité de son auteur, devront être respectées dans l'analyse des alternatives (116). Nous renvoyons à cet égard aux commentateurs de doctrine sur l'évaluation des incidences en général.

1. Dans le cadre de l'évaluation des incidences des plans et programmes

Le texte de l'article 5.1 de la directive 2001/42/CE indique ainsi que, dans le rapport sur les incidences environnementales, «(...) les solutions de substitution raisonnables (...)» doivent être «*identifiées, décrites et évaluées*» (117). La Commission européenne l'a également confirmé dans son *Guide de mise en œuvre de la directive 2001/42/CE*, où elle indique que l'évaluation doit porter simultanément sur le projet de plan initial et sur toutes les alternatives raisonnables à

(113) Faisant référence aux points 21-22 et 26-27 de l'arrêt rendu dans l'affaire C-10/96 précitée.

(114) COMMISSION EUROPÉENNE, *Document d'orientation...*, *op. cit.*, §40.

(115) En ce sens à propos des conditions de dérogation aux mesures de protection des espèces, COMMISSION EUROPÉENNE, *Document d'orientation...*, *op. cit.*, §41.

(116) Le droit flamand prévoit à cet égard que le coordinateur MER (auteur de l'évaluation des incidences) «ne peut avoir aucun intérêt au plan ou programme envisagé ni aux alternatives» (art. 4.2.9, §2, du décret du 5 avril 1995 contenant des dispositions générales concernant la politique de l'environnement).

(117) Art. 5, §1, de la directive 2001/42/CE. Cette interprétation est confirmée par le quatorzième considérant du préambule de la directive.

ce projet et inclure, pour chacune d'elles, toutes les informations visées à l'article 5, §1^{er}, et à l'annexe I de la directive (118). En droit wallon, il est prévu que l'évaluation doit comporter la «*présentation des alternatives possibles*» et surtout «*leur justification en fonction des points 1° à 10°*» (119), ce qui signifie que l'auteur de l'évaluation doit examiner chaque alternative et en évaluer les effets notables probables sur l'environnement, avec la même précision que pour le projet initial.

C'est donc à une véritable comparaison des alternatives et de leurs avantages et inconvénients d'un point de vue environnemental, mais aussi, *a priori*, du point de vue socio-économique (120) que l'auteur de l'évaluation devra se livrer pour que le public et l'autorité disposent de toute l'information requise, le premier pour participer de façon utile à l'enquête publique, la seconde pour prendre la décision. Ceci suppose des techniques d'analyse parfois très complexes à mettre en œuvre, dont dépend largement la qualité de l'évaluation.

Toutefois, la directive 2001/42/CE tempère toutefois cette exigence en limitant le degré de précision à atteindre dans le rapport à ce qui est «raisonnablement exigible» eu égard à différents critères qu'elle énonce, y compris l'état des connaissances ou encore le degré de précision du plan (121). Il est en effet évident que l'on ne peut exiger un même degré de précision dans le cadre de l'évaluation des incidences d'un plan d'orientation régional et d'un projet concret.

(118) Guide de mise en œuvre de la directive 2001/42/CE, §5.12 : «*L'essentiel est que les incidences notables probables sur l'environnement du plan ou programme et des solutions de substitution soient identifiées, décrites et évaluées d'une façon comparable*». Le Guide précise que «*(...) Les informations visées à l'annexe I devront donc être fournies pour les solutions de substitution choisies. Cela comprend par exemple les informations de l'annexe I, point b, concernant l'évolution probable de la situation environnementale si la solution de substitution n'est pas mise en œuvre. Cette évolution pourra être différente de celle liée au plan ou programme dans les cas où elle concerne des zones ou des aspects différents*» (§5.12).

(119) Art. 42, al. 2, 11° et 50, §2, al. 1^{er}, 11° CW.

(120) L'auteur de l'évaluation devant justifier le caractère «raisonnable» des options retenues.

(121) Art. 5, §2, de la directive 2001/42/CE. Selon cette disposition, «*Le rapport sur les incidences environnementales élaboré conformément au paragraphe 1 contient les informations qui peuvent être raisonnablement exigées, compte tenu des connaissances et des méthodes d'évaluation existantes, du contenu et du degré de précision du plan ou du programme, du stade atteint dans le processus de décision et du fait qu'il peut être préférable d'évaluer certains aspects à d'autres stades de ce processus afin d'éviter une répétition de l'évaluation*».

2. Dans le cadre de l'évaluation des incidences des projets

L'exigence de précision semble moins stricte au stade de l'évaluation des incidences des projets. Les textes ne requièrent en effet qu'une «*esquisse des principales solutions de substitution qui ont été examinées par le maître d'ouvrage et une indication des principales raisons de son choix, eu égard aux effets sur l'environnement*» (122) (nous soulignons). Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence sur la portée du mot «esquisse», mais il semble raisonnable de considérer que ce qualificatif autorise un examen moins approfondi des alternatives que celui effectué sur le projet initial. Les incidences sur l'environnement de ces alternatives semblent cependant devoir être analysées, fût-ce de façon sommaire.

3. Dans le cadre de l'évaluation appropriée des incidences

Dans l'affaire *Castro Verde*, la Cour de justice n'a pas donné d'indications précises sur le contenu à donner à l'examen des alternatives dans le cadre de l'autorisation d'un plan ou d'un projet à risque pour «raisons impératives d'intérêt public majeures». L'avocat général J. Kokott a cependant critiqué l'attitude des autorités portugaises, entre autres parce qu'elles n'avaient pas «*précisé si tous les tracés imaginables entrent effectivement en conflit avec les sites archéologiques, quelle est l'importance de ces sites et dans quelle mesure leur valeur scientifique aurait pu être préservée grâce à la réalisation de fouilles en temps utile*» ou encore parce que «*Les conflits avec les localités se trouvant le long de la route IC1 ne sont pas identifiables, car il existe un espace suffisant pour un tracé d'autoroute entre la limite ouest de la ZPS et ces localités*» (123). Ceci semble indiquer que l'examen des alternatives doit être tout aussi approfondi que l'évaluation du plan ou du projet initial. En outre, rappelons que les alternatives, si elles sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur un autre site Natura 2000, doivent faire

(122) Art. 5 de la directive 85/337/CEE; art. Art. D.67, §3, 4°, du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

(123) Point 49. Elle critique également fait que «une classification des dommages dans le contexte global de Nature 2000 fait également défaut, en particulier en ce qui concerne les incidences de ces dommages sur l'état de conservation des espèces concernées. Il n'est pas non plus clair que les perspectives de succès des mesures compensatoires visant à assurer la cohérence globale de Nature 2000 aient été étudiées à l'avance, ce qui aurait été d'importance pour la mise en balance avec les préjudices» (point 54). Tous ces aspects semblent donc devoir être examinés à l'occasion de l'analyse des solutions alternatives.

l'objet d'une évaluation appropriée spécifique (124). On ne voit dès lors pas, en dépit de la position contraire de la Cour sur ce point (*supra*), comment l'analyse des alternatives pourrait être effectuée autrement que dans l'évaluation appropriée.

B. L'obligation de motiver formellement la décision au regard des alternatives dégagées

En règle, les dispositions relatives à l'obligation formelle des actes administratifs et à l'obligation spéciale de motivation des décisions soumises à évaluation des incidences trouvent à s'appliquer à propos de l'examen des solutions alternatives. Le choix final de l'alternative doit donc être motivé formellement par l'autorité compétente au regard des critères d'appréciation indiqués ci-avant, y compris les incidences environnementales probables de chacune des alternatives étudiées.

Sans rappeler ces règles non spécifiques à la question des alternatives, l'on ajoutera seulement qu'au stade de la planification, cette motivation doit prendre la forme d'une «déclaration environnementale», dans laquelle l'autorité compétente est tenue d'expliquer «*les raisons du choix du plan tel qu'adopté, compte tenu des autres solutions raisonnables envisagées*» (125). Au stade de la délivrance des permis, il est prévu à ce sujet que l'étude d'incidences doit comporter, outre l'esquisse des principales solutions de substitution, «*une indication des principales raisons du choix de ce dernier, eu égard aux effets sur l'environnement*» (126). L'autorité ne pourra cependant faire sienne cette motivation dans sa décision d'octroi ou de refus de permis, que pour autant qu'elle exerce personnellement son pouvoir d'appréciation et qu'elle s'assure de son caractère pertinent et adéquat.

En matière de dérogation aux mesures de protection des espèces, la Cour a également confirmé que «*les Etats membres sont tenus de garantir que toute intervention touchant aux espèces protégées ne soit autorisée que sur la base de décisions comportant une motivation précise et adéquate se référant aux motifs, conditions et exigences prévus*

(124) Art. 6.3 de la directive Habitats.

(125) Art. 33, §4; 44, al. 2, et 51, §4, al. 2 CW.

(126) Art. D.67, §3, 4°.

à l'article 16, paragraphe 1, de la directive habitats» (127) (nous soulignons), ce qui inclut la condition relative à l'absence d'autres solutions satisfaisantes.

§3. – *La portée de l'examen des alternatives sur la décision finale*

Il reste à présent à prendre la mesure de la portée procédurale et matérielle de l'examen des alternatives réalisé au cours de l'instruction de la décision sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité. Ce point est évidemment crucial, dans la mesure où il conditionne le choix même de l'autorité d'approuver ou au contraire refuser le plan ou projet soumis à son appréciation.

A. *Un portée procédurale claire*

Les textes prévoient, en matière d'évaluation des incidences et de participation, que l'autorité est tenue de «prendre en considération» les conclusions de l'évaluation des incidences ainsi que les résultats des phases de consultation du public et des instances d'avis (128). Il en découle deux conséquences. D'une part, l'autorité est tenue de pouvoir justifier sa décision finale au regard du rapport et des avis collectés soit dans une motivation formelle (*supra*), soit dans le dossier administratif. D'autre part, l'obligation de prise en compte de l'évaluation est principalement de nature procédurale et ne lie pas la compétence de l'autorité (129). Elle se pose avant tout comme une information que l'autorité doit examiner et dont elle doit tenir compte dans sa décision mais qui ne lie pas *a priori* sa compétence,

(127) 15 décembre 2005, aff. C-344/03, *Commission c. Finlande*, point 25, rappelant son arrêt du 8 juin 2006, *WWF Italia e.a.*, C-60/05, *Rec.* p. I-5083, point 34.

(128) Voy., en ce qui concerne les plans et programmes, l'art. 8 de la directive 2001/42/CE; en ce qui concerne les projets, l'art. 8 de la directive 85/337/CEE et l'art. D.64 du Livre I^{er} du Code de l'environnement. On notera que la directive 2001/42/CE prévoit que l'autorité doit veiller à «[prendre] en considération» dans sa décision le rapport sur les incidences environnementales et les avis exprimés lors des consultations «pendant l'élaboration du plan ou du programme concerné» et avant son adoption.

(129) Par analogie avec la directive 85/337/CEE, voy. CE, n° 74.636, 25 juin 1998, *s.a. Soci-mex*. La doctrine est généralement de cet avis également (par ex. A. GÉRARD, «La directive européenne du 27 juin 1985 relative à l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement», in L. LAVRYSEN (éd.), *Droit de l'environnement – Développements récents*, *op. cit.*, p. 283; D. LAGASSE et P. NIHOUL, «Le contrôle juridictionnel et l'évaluation des incidences en Région wallonne, *A.P.T.*», 1991, pp. 72 et s.; de façon plus nuancée mais dans le même sens, B. JADOT, «La réglementation de l'évaluation des incidences sur l'environnement, spécialement au regard du décret de la Région wallonne du 11 septembre 1985», *op. cit.*, p. 343.

quand bien même l'évaluation mettrait en évidence des effets négatifs notables sur l'environnement (130).

B. Une portée matérielle plus hypothétique, sauf dans le cas des dérogations

L'on pourrait cependant se demander dans quelle mesure l'identification d'une alternative raisonnable et moins dommageable n'oblige pas l'autorité à la privilégier – autrement dit, si cette formalité peut avoir une portée matérielle sur la décision finale –, au regard de principes généraux en matière d'environnement et d'urbanisme.

Dans le cas d'une décision visant à déroger à des règles urbanistiques ou de protection de la nature, la situation est claire : l'absence de solution alternative est posée comme une condition matérielle à l'octroi de ladite dérogation, qui lie incontestablement la compétence de l'autorité sur le fond. Si la condition n'est pas remplie, un problème de légalité interne se pose si la dérogation est délivrée. La condamnation du Portugal dans l'affaire *Castro Verde* (131), au motif que les autorités n'avaient pas envisagé tous les tracés alternatifs possibles, se fonde sur le non-respect de cette condition à l'octroi de la dérogation (132).

En dehors des mécanismes dérogatoires précités, la question de la portée matérielle de l'analyse des alternatives reste posée. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir, l'on observe à cet égard l'émergence d'un « principe de substitution » en droit de l'urbanisme et, plus généralement, du cadre de vie. Il pourrait trouver son fondement dans différentes dispositions de portée générale. Ainsi, ne pourrait-on pas trouver à principe un fondement légal par exemple dans le principe de « l'utilisation parcimonieuse du sol et de ses ressources » (133) (134) ?

(130) *Contra* F. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 141.

(131) CJCE, aff. C-239/04 précité.

(132) Point 40 de l'arrêt.

(133) Art. 1^{er}, §1^{er}, al. 2, CW.

(134) Selon le SDER, « Ce principe signifie notamment que les révisions du plan de secteur doivent éviter la dispersion de l'habitat, viser à recycler des terrains actuellement à l'abandon (friches urbaines, sites d'activité économique désaffectés, etc.) et veiller à la protection des ressources naturelles du sol et du sous-sol. Gérer avec parcimonie le patrimoine territorial ne signifie cependant pas qu'il faut adopter une attitude statique et passiviste. Le projet wallon de développement que constitue le SDER propose au contraire d'aller de l'avant, d'accepter le changement et de s'y adapter tout en préservant les spécificités positives de la Wallonie. Ces principes doivent s'appliquer aussi en matière de révision des plans de secteur » (SDER, pp. 150-151).

Ce dernier concept ainsi interprété impliquerait alors pour l'autorité de n'autoriser un plan ou un projet présentant des risques notables pour l'environnement qu'à défaut d'autre solution alternative raisonnable, par exemple le recyclage de sites désaffectés. On pourrait également se demander si pareille obligation ne découle pas tout simplement du critère du bon aménagement de lieux, qui en est le prolongement (135). De façon, plus générale, le principe de proportionnalité, dont on admet la nature de principe général en droit administratif, ne pourrait-il pas induire cette solution (136)?

En dehors des dispositions précitées, il nous semble qu'un tel principe de substitution pourrait également trouver un fondement constitutionnel dans le droit à la protection d'un environnement sain (article 23, al. 3, 4^o, de la Constitution), dans la mesure où l'autorité est tenue d'appliquer le principe de proportionnalité, lorsqu'elle prend des mesures qui portent atteinte à un droit ou une liberté, en l'espèce le droit à la protection d'un environnement sain. Le nouvel article 7*bis* de la Constitution qui oblige les autorités à «poursuivre les objectifs d'un développement durable» ne postule-t-il pas de même une telle logique de substitution, dès lors que, comme on l'a dit, il implique le respect par les autorités d'un «équilibre» entre développement et protection de l'environnement? A défaut de jurisprudence, l'on est forcé d'en rester à des conjectures (137).

SECTION 3. – LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE LA LOGIQUE DE SUBSTITUTION EN URBANISME

L'on a déjà souligné l'importance, pour la prise en compte effective des alternatives dans le cadre de l'adoption d'un plan ou la délivrance d'un permis, de contrôler la qualité de l'évaluation des

(135) La violation de ce principe était un des moyens soulevés dans l'arrêt Grévisse précité en raison de l'absence de motivation sur l'existence d'alternatives de localisation. Ce moyen n'a cependant pas été examiné par le Conseil d'Etat.

(136) Sur la proportionnalité en droit administratif, voy. P. LEWALLE, «Le principe de proportionnalité XXX».

(137) Voy. Ch.-H. BORN, «Le développement durable : un objectif de politique générale à valeur constitutionnelle», *Rev. b. dr. const.*, 2007/3, pp. 193 et s.; Ch.-H. BORN, D. JANS, Ch. THIEBAUT, «Le développement durable entre dans la Constitution», in COLL., *Mélanges en l'honneur de Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 209 et s.

incidences ainsi que l'objectivité et l'indépendance de l'auteur de l'évaluation, du moins dans les cas où le législateur l'exige (*supra*). Qu'en est-il du contrôle spécifique par le juge du respect des obligations d'examen des solutions alternatives dans les différents cas de figure susceptibles de se présenter en urbanisme? Pareil contrôle diffère, selon qu'il porte sur le respect des obligations procédurales (§1) ou sur leur portée matérielle (§2). L'examen de la jurisprudence semble en tout cas indiquer un affermissement du contrôle du juge sur cette question.

§1. – *Un contrôle étroit de l'identification
des alternatives pertinentes*

Il ressort des textes évoqués ci-avant que l'obligation, de nature procédurale, d'évaluer et d'apprécier les alternatives raisonnables au plan ou au projet et de motiver sa décision en conséquence constitue des formalités substantielles dont le non-respect peut entraîner l'irrégularité de l'acte. Le juge peut exercer un contrôle étroit sur l'effectivité de l'examen par l'autorité des solutions alternatives et de la méthodologie qu'elle a utilisée à cet effet (138). A cet égard, les différentes décisions examinées opèrent généralement un contrôle strict.

Au-delà de ce contrôle du respect des formes, il est plus délicat de savoir si le juge peut s'aventurer à vérifier le bien-fondé de l'appréciation portée par l'autorité sur la pertinence des alternatives qui se présentent à elle et sur leur caractère proportionné eu égard à l'objectif de protection de l'environnement poursuivi. À notre estime, un contrôle étroit («normal») de la pertinence de l'alternative pour atteindre l'objectif fixé nous paraît possible, dès lors qu'il s'agit d'un problème de qualification des faits et non d'une appréciation subjective. Une mesure est ou n'est pas apte, techniquement, à atteindre un objectif déterminé. La Cour de justice n'hésite pas à opérer un tel contrôle dans sa jurisprudence précitée en matière de protection des oiseaux, suivi en cela par la Conseil d'Etat (139). La Cour fait de

(138) Nous renvoyons à cet égard à sa jurisprudence en matière d'évaluation des incidences et de participation : voy. *RPDB*, T. X, *op. cit.*, n°s 2144 et s.

(139) Voy. notamment CJCE, 12 décembre 1996, aff. C-10/96, *Ligue Royale Belge pour la Protection des Oiseaux c. Région wallonne* («LRBPO»), *Amén.*, 1997, p. 97, obs. J.-Fr. NEURAY, et CE, n° 100.777, 13 novembre 2001, *asbl LRBPO et asbl Société ornithologique Aves*, précités.

même dans sa jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises (140).

Certes, un tel contrôle n'est pas sans risque, compte tenu du manque de compétence technique du juge pour apprécier, le cas échéant, l'efficacité d'une alternative (141). Il arrive ainsi que le juge considère comme une «alternative» une mesure qui, en réalité, n'est pas aussi efficace que la mesure envisagée initialement, ce qui a pour effet de biaiser le jugement sur la proportionnalité de la mesure. Mais ceci est le propre au contrôle de toute norme technique. Au juge de recourir à l'expertise, le cas échéant, pour déterminer la mesure dans laquelle une option est à même d'atteindre l'objectif poursuivi. C'est précisément le rôle de l'évaluation des incidences qui doit, on le verra, évaluer les différentes alternatives possibles au projet ou au plan envisagé. Le Conseil d'Etat n'hésite pas, on l'a évoqué, à suspendre des arrêtés d'ouverture de la tenderie sur la base de rapports vétérinaires démontrant l'existence d'alternatives à la tanderie – en l'espèce l'élevage des oiseaux de cage – (142). En tout état de cause, lorsque l'absence de solution alternative est une condition matérielle d'octroi d'une dérogation, la charge de la preuve de l'inaptitude des alternatives potentielles à réaliser l'objectif initial poursuivi devrait revenir à l'autorité (*infra*), ce qui facilite le travail du juge (143).

(140) Voy. par exemple, CJCE, 13 juillet 1994, aff. C-131/93, *Commission c. RFA*, *Rec.*, I-3303 (affaire *Ecrevisses indigènes*).

(141) N. DE SADELEER, écrit, s'agissant de la jurisprudence de la Cour de justice, que «l'on pourrait reprocher au juge communautaire de ne pas disposer d'une compétence technique suffisante pour mettre en parallèle, dans un domaine aussi complexe que la défense de l'environnement, des méthodes pour le moins divergentes par rapport au résultat envisagé. La Cour est-elle vraiment apte à les comparer alors qu'elle ne dispose pas nécessairement de tous les éléments techniques?» Et l'auteur de critiquer la Cour, lorsque ses arrêts rendus à propos du caractère non indispensable des mesures nationales «reposent sur des affirmations au lieu de véritables démonstrations» (DE SADELEER, 1999, p. 383). À notre estime, ce n'est pas à la Cour de démontrer l'absence de solutions alternatives mais bien à l'Etat membre (*infra*, note suivante).

(142) Voy. not. C.E. n° 44.400, 8 octobre 1993, *asbl Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1357 et n° 44.536, 14 octobre 1993, *asbl Ligue royale belge pour la protection des oiseaux*, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1360, obs. J.-Fr. NEURAY.

(143) Ainsi, dans l'affaire *Ecrevisses indigènes* précitée, où la Commission reprochait au gouvernement allemand d'avoir interdit complètement l'importation d'écrevisses exotiques à des fins sanitaires, alors qu'il aurait pu, par exemple, exiger la désinfection de l'eau dans laquelle les écrevisses étaient transportées, la Cour a sanctionné la République fédérale d'Allemagne au motif que «le gouvernement fédéral n'a pas établi de façon convaincante que de telles mesures, impliquant des restrictions moins graves aux échanges intracommunautaires, n'étaient pas aptes à protéger effectivement les intérêts invoqués» (point 26) (nous soulignons). Elle renverse ainsi la charge de la preuve sur l'Etat membre.

§2. – *Un contrôle marginal
de la proportionnalité
des alternatives pertinentes identifiées*

Par contre, le contrôle devrait rester marginal lorsqu'il s'agit de vérifier la proportionnalité au sens strict de l'alternative par rapport, d'une part, à son coût socio-économique et environnemental et, d'autre part, à l'ampleur du dommage à l'environnement qu'elle permet d'éviter. Dans cette hypothèse, en l'absence de critères plus précis fixés par le législateur, le juge ne saurait sanctionner qu'une erreur manifeste d'appréciation, sauf à substituer son appréciation à celle de l'autorité. Le contrôle de la motivation du choix de l'alternative la moins dommageable pourrait toutefois devenir plus étroit, si le législateur donne lui-même des précisions sur les critères à prendre en considération pour évaluer les alternatives et/ou sur le niveau de qualité de l'environnement à préserver, comme c'est le cas en matière de dérogation en conservation de la nature (*supra*). On a vu par ailleurs que le juge s'est fixé lui-même certains critères (144).

§3. – *La charge de la preuve*

La charge de la preuve est une question qui n'a de sens que s'il faut prouver un élément de fait. En l'état actuel de la législation, pareille exigence de preuve n'est prévue que dans le cadre des mécanismes visant à déroger aux règles urbanistiques ou de protection de la nature.

Dans ces hypothèses, le contrôle du juge sera facilité par un renversement de la charge de la preuve dans le chef de l'autorité qui délivre la dérogation. Il revient ainsi à l'autorité qui souhaite déroger à un plan d'aménagement ou aux mesures de protection des espèces ou des sites Natura 2000 de prouver l'absence de solution alternative raisonnable à la dérogation (145). A défaut d'avoir pu procéder à cette démonstration, la décision qui aura passé outre cette exigence devra être considérée comme irrégulière et écartée ou annulée. Le degré de certitude quant à l'absence de solutions alter-

(144) CE, n° 98.088, 31 juillet 2001, *Salesse et Bonmassar*.

(145) En ce sens, en matière d'urbanisme, voy. l'arrêt C.E., n° 161.715, 7 août 2006, *Defrenne et crts*, précité. En ce sens, dans la jurisprudence de la Cour de justice sur l'article 6, §4, de la directive Habitats, CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-239/04, *Commission c. République Portugaise*, point 39.

natives doit être élevé, s'agissant d'un mécanisme d'interprétation stricte (*supra*). C'est ce qu'a considéré l'avocat général J. Kokott, à propos de l'article 6.4 de la directive Habitats : à son estime, cette preuve n'est pas apportée s'il subsiste un «doute raisonnable» quant à l'existence d'une solution alternative, c'est-à-dire «*s'il n'est pas exclu que l'une de ces alternatives avait dû être privilégiée par rapport au tracé qui a été réalisé*» (146).

L'on pourrait imaginer d'imposer de façon plus ferme l'obligation de démontrer l'absence de solutions alternatives – et donc le renversement de la charge de la preuve précité – à toutes les décisions susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. C'est, on le verra, ce que vient de décider le législateur français (*infra*).

CONCLUSION :
VERS L'ÉMERGENCE D'UN PRINCIPE
DE SUBSTITUTION EN DROIT DU CADRE
DE VIE ?

La logique de substitution dans le domaine du cadre de vie commande, lorsqu'un plan ou un projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, d'examiner les différentes solutions alternatives raisonnables pour atteindre l'objectif poursuivi et de n'autoriser ce plan ou ce projet que s'il est démontré que de telles solutions n'existent pas. Il s'agit d'une application particulière du principe de proportionnalité au processus décisionnel en aménagement du cadre de vie.

L'examen des dispositions de droit communautaire et du droit wallon qui encadrent le processus décisionnel en urbanisme démontre que cette logique progresse à grand pas.

Sur le plan procédural, l'obligation d'examiner formellement des solutions de substitution s'est imposée de façon systématique au travers des règles sur l'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et des projets, ainsi que dans le cadre des procédures d'octroi de dérogations individuelles, qu'elles relèvent du droit de l'urbanisme ou du droit de la conservation de la nature.

(146) Points 41 et 48.

Aujourd'hui, toutes les autorités compétentes en urbanisme pour adopter un plan ou délivrer un permis susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou de déroger à certaines règles d'urbanisme ou de protection de la nature sont tenues de motiver leur décision au regard des alternatives qu'elles auront préalablement dégagées le cas échéant. Certes, le critère de proportionnalité qui doit guider l'autorité dans le choix des alternatives lui laisse une large marge d'appréciation, qui, en pratique, affaiblit la règle. Mais l'examen de la jurisprudence indique que le contrôle du juge peut être très strict lorsqu'il s'agit de vérifier le respect d'une condition à l'octroi d'une dérogation.

Sur le plan matériel, force est de constater que la logique de substitution est moins avancée en droit wallon. Ce n'est que dans le cadre des mécanismes dérogatoires précités que l'absence de solution alternative est posée comme une condition matérielle à l'octroi de la dérogation, donnant ainsi une portée substantielle au travail d'analyse des solutions de substitution. Dans le cadre de l'évaluation générale des incidences, une telle portée reste à démontrer.

Les fondements légaux et constitutionnels ne manquent pourtant pas au législateur et au juge pour faire application de la logique de substitution, voire pour reconnaître un véritable «principe de substitution» applicable à toute décision d'urbanisme. L'on pense notamment au principe d'utilisation parcimonieuse du sol, au concept de bon aménagement des lieux, au droit à la protection d'un environnement sain ou encore à l'obligation constitutionnelle de poursuivre les objectifs d'un développement durable. L'on ne pourrait qu'inviter le législateur wallon à prendre exemple sur son homologue français, qui vient de consacrer un véritable principe de substitution dans la loi «Grenelle I» du 23 juillet 2009. Celle-ci dispose que *«Pour les décisions publiques susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'environnement, les procédures de décision seront révisées pour privilégier les solutions respectueuses de l'environnement, en apportant la preuve qu'une décision alternative plus favorable à l'environnement est impossible à un coût raisonnable»* (art. 1^{er}, al. 2) (147). En dépit des difficultés que suscitera immanquablement

(147) En droit flamand, voy. dans le même sens, mais dans un contexte plus étroit, l'article 91/12 du décret du 18 mai 1999 relatif à l'aménagement du territoire, tel qu'inséré par le décret du 27 mars 2009 (*M.B.*, 15 mai 2009), qui prévoit que «§1. Le législateur décretaal peut déclarer, à la demande du Gouvernement flamand, qu'un projet d'aménagement est d'intérêt régional et stra-

sa mise en œuvre concrète, cette disposition annonce, à n'en pas douter, une véritable révolution dans le mode de prise de décision en matière d'urbanisme et d'environnement. L'on y voit la clé d'un développement territorial plus durable.

tégique. Cette demande ne peut pas être introduite pour des projets faisant usage du régime de délégation mentionné dans l'article 37, §2.

Dans sa demande, le Gouvernement flamand démontre que les exigences suivantes ont été satisfaites : (...)

4° l'objectif du projet d'aménagement ne peut pas être réalisé d'une autre manière, ou alors uniquement par le biais de solutions alternatives impliquant une surcharge sociale, économique, financière, spatiale ou environnementale manifeste; (...)» (nous soulignons).

Voy. également l'art. 16, §1, du décret flamand du 21 octobre 1997 concernant la conservation de la nature et le milieu naturel, qui prévoit que «Dans le cas d'une activité soumise à autorisation, l'autorité compétente assure que la nature ne subit aucun préjudice évitable par le refus d'autorisation (...)» («natuurtoets»). Voy. également, dans le même sens, le mécanisme du «watertoets» prévu par le décret du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau (art. 8).