

Le risque d'atteinte significative à une espèce protégée ou à un site Natura 2000 est constitutif d'un risque d'incidence notable sur l'environnement : conséquences et perspectives

Réflexions à partir de l'arrêt Poli et d'autres arrêts récents du Conseil d'État

Charles-Hubert BORN¹
Professeur à l'UCL (SERES)
Avocat

.....

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction 19

II. Présentation de l'arrêt *Poli* 20

II.1. Les faits de la cause 20

II.2. Le moyen pris de la violation des articles D.64 et D.68 du livre I^{er} du Code de l'environnement... 20

II.3. ... en raison de la non-prise en compte d'un risque d'atteinte à une espèce protégée 20

II.4. La position du Conseil d'État 21

III. L'assimilation du risque d'atteinte significative à une espèce protégée à un risque d'incidences notables sur l'environnement 21

III.1. L'assimilation des concepts 21

III.2. L'articulation qui en découle entre protection des espèces, délivrance des permis et évaluation des incidences 22

III.3. Les risques déclenchant l'obligation de réaliser une étude d'incidences en présence d'une espèce protégée 23

IV. Les exigences de la procédure de « screening » en présence d'une espèce protégée 24

IV.1. L'obligation de fonder toute dispense d'étude d'incidences sur une analyse scientifique des risques 24

IV.2. La charge de la preuve de l'absence de risque 24

IV.3. L'obligation d'inventaire préalable 25

V. Perspectives pour Natura 2000 et les « petits projets » soumis à permis 26

V.1. L'articulation entre l'évaluation appropriée « Natura 2000 » et le régime de l'étude d'incidences 26

V.2. Le caractère inadapté de l'étude d'incidences pour les petits projets à risque 28

VI. Conclusion 29

.....

I. Introduction

Les directives 2009/147/CE « Oiseaux » et 92/43/CEE « Habitats » comportent, on le sait, un volet relatif à la protection des espèces dont l'importance pour l'aménagement du territoire va croissant². On en trouve l'illustration, en Belgique, dans le contentieux relatif aux éoliennes sur la plaine de Bonneffe³ et, en France, en constatant les difficultés rencontrées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes⁴. La présence possible d'espèces protégées sur l'ensemble du territoire y compris, parfois, en milieu urbain⁵, rend l'interaction entre ces dispositions et les procédures de planification et d'autorisation inévitables et souvent conflictuelles, même pour des projets de très faible envergure⁶. Les directives précitées prévoient en effet des règles substantielles de protection, à savoir l'interdiction de porter atteinte aux espèces qu'elles protègent ainsi qu'un mécanisme de dérogation, qui s'imposent aux maîtres d'ouvrage et, comme l'a reconnu le Conseil d'État dans l'arrêt *Gatot* précité, aux autorités compétentes. Elles n'instaurent cependant pas de garanties procédurales – en particulier une évaluation appropriée des incidences, comme le prévoit le régime de protection des sites Natura 2000 (art. 6, § 3, de la directive Habitats) – visant à assurer l'effectivité de ces règles.

Il s'ensuit que le régime de protection des espèces s'avère fréquemment négligé dans les procédures de

1. Charles-hubert.born@uclouvain.be. L'auteur remercie vivement Jacques SAMBON pour sa relecture et ses conseils avisés, Sandrine LIEGEOIS (DNF) pour ses suggestions ainsi qu'Alain LEBRUN pour la documentation qu'il lui a communiquée sur le dossier. Toute erreur n'est imputable qu'à l'auteur.

2. Voir p. ex. H. SCHOUKENS et P. DE SMEDT, « Soortenbeschermingsrecht. Toepassing bij ruimtelijke projecten », *N.j.W.*, janvier 2014, n° 295, pp. 50 à 71.

3. C.E., 16 mai 2012, *Gatot* et crts, n° 219.398, obs. C.-H. BORN, *A.P.T.*, 2013, pp. 287 et s.

4. C. CHARLY, « NDDL : 5 nouvelles espèces pour protéger le bocage nantais ? », *J.D.L.E.*, 7 janvier 2016, en ligne sur www.journaldelenvironnement.net/article/nddl-5-nouvelles-especes-pour-protger-le-bocage-nantais, 65685.

5. Comme par exemple un gîte estival de chauve-souris dans un grenier ou les cas de nidification du Faucon pèlerin sur des infrastructures urbaines élevées comme la cathédrale Ste Gudule à Bruxelles.

6. Par exemple la rénovation d'une toiture ou l'abattage d'un arbre qui abrite des chauves-souris ou encore le labour d'une prairie où vit une espèce de papillon protégée.

planification et d'autorisation de projets, ce qui peut avoir des conséquences désastreuses pour certaines espèces très menacées. Ces difficultés pourraient toutefois trouver une solution par une meilleure articulation entre ces dispositions et les procédures d'évaluation générale des incidences sur l'environnement des plans et des projets⁷. À défaut d'être prévue explicitement dans les textes, les rares décisions de jurisprudence sur la question n'en sont que plus importantes. Par ailleurs, se pose de plus en plus souvent la question de savoir quelle forme à donner à l'évaluation appropriée des incidences « Natura 2000 » des plans et projets, requise par l'article 6, § 3, de la directive Habitats, qui reste très peu prolixe à ce sujet. Doit-elle être réalisée, en Région wallonne, sous la forme d'une étude d'incidences ?

À cet égard, l'arrêt *Poli* rendu par le Conseil d'État le 18 février 2015⁸ mérite doublement l'attention (II). D'une part, il répond – par l'affirmative – à la question, non tranchée en droit européen, de savoir si un risque d'effet significatif pour la biodiversité protégée doit être considéré d'office comme un risque d'incidence notable sur l'environnement au sens de la législation générale sur l'évaluation des incidences (III). D'autre part, il clarifie les obligations de l'autorité compétente lorsqu'elle entend dispenser un projet de l'obligation de réaliser une étude d'incidences en présence d'une espèce protégée (IV). Les conséquences pour les maîtres d'ouvrage comme pour l'effectivité des dispositions sur la protection des espèces et des sites Natura 2000 ne sont pas négligeables (V).

II. Présentation de l'arrêt *Poli*

II.1. Les faits de la cause

Les faits sont les suivants. La société Hottlet-Matthys entend transformer un ancien manoir surplombant la vallée de la Meuse à Profondeville, en vue de l'exploitation d'une salle de réception et d'un parking, sur un bien situé pour partie en zone d'habitat et pour partie en zone forestière d'intérêt paysager. Élément important pour notre propos, les eaux usées du manoir sont traitées par une unité d'épuration individuelle consistant en un système de drains dispersants. Après avoir essuyé un refus de permis unique, puis d'un permis d'urbanisme, la société revoit son projet à la baisse et sollicite un permis d'urbanisme pour un changement

de destination de l'habitation et l'aménagement d'un parking dans le parc arboré adjacent. Contrairement aux précédentes demandes (qui impliquaient une dérogation à la zone forestière), cette demande n'est pas soumise à enquête publique. Le permis d'urbanisme, délivré le 2 février 2012, est attaqué devant le Conseil d'État, retiré puis redélivré par le Collège communal de Profondeville le 13 septembre de la même année. La requérante, riveraine de la route d'accès menant au manoir, invoque notamment, pour justifier son intérêt, les nuisances liées au charroi lors des réceptions.

II.2. Le moyen pris de la violation des articles D.64 et D.68 du livre I^{er} du Code de l'environnement...

Ladite requérante invoque une série de moyens, chacun divisé en plusieurs branches, que le Conseil d'État prend le temps d'examiner un à un⁹. Si la plupart des branches soulevées sont écartées, sur un point important cependant, la requérante obtient gain de cause¹⁰. Elle invoquait, dans son troisième moyen, la violation, notamment, des articles D.64 et D.68 du livre I^{er} du Code de l'environnement. Cette dernière disposition organise la procédure de détermination (ou « vérification préliminaire » ou « *screening* »)¹¹ des projets requérant un permis mais non soumis d'office à étude d'incidences. On sait qu'en vertu de l'article D.68, lorsqu'une autorité est saisie d'une demande de permis relative à un projet non soumis d'office à étude d'incidences, celle-ci doit vérifier au cas par cas, au stade de la décision sur le caractère complet ou recevable de la demande, si ledit projet n'est pas susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, au vu notamment de la notice et en tenant compte des critères de sélection pertinents repris à l'article D.66, § 2, du même Code. Dans sa décision, qu'elle doit motiver formellement, elle peut soit redemander un complément d'information pour prendre sa décision, soit, en cas de risque, imposer une étude d'incidences, soit au contraire, en l'absence de risque, en dispenser le projet¹².

II.3. ... en raison de la non-prise en compte d'un risque d'atteinte à une espèce protégée

En l'espèce, l'autorité compétente avait considéré que le projet ne requerrait pas d'étude d'incidences, ce que contestait la requérante, pour les motifs suivants.

7. En ce sens, voir Ch. SOBOTTA, « The impact of species protection on land use planning via the environmental assessment. Towards a more proactive approach ? », in C.-H. BORN, A. CLIQUET, H. SCHOUKENS, D. MISONNE et G. VAN HOORICK (dir.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context : European Nature's Best Hope ?*, London, Routledge, 2015, pp. 147 et ss.
8. C.E., 18 février 2015, *Poli*, n° 230.237. L'arrêt a été rendu par une chambre à un juge unique.
9. L'arrêt rendu, assez long, contient quelques enseignements et rappels utiles – que nous ne développerons pas ici – sur l'applicabilité du principe d'impartialité à l'administration active, sur la possibilité d'apporter une modification non fondamentale au projet sans recommencer l'instruction de la demande, sur la motivation à donner à un permis de régularisation ou encore sur les éléments du bien à prendre en considération dans la notion de modification de destination. Nous renvoyons le lecteur respectivement aux pages 7, 18, 24, 25 et 32 de l'arrêt.
10. Un autre moyen est considéré comme fondé pour erreur de fait. Il ne sera pas discuté ici.
11. La procédure est qualifiée de « détermination » des projets de l'annexe II par l'article 4, §§ 3 à 6, de la directive 2011/92/UE tels que modifiés et ajoutés par la directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *J.O.U.E.*, L124, 25 avril 2014.
12. Pour un arrêt récapitulant la jurisprudence sur la portée de cette disposition, voir C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267.

Trois inventaires, réalisés successivement en 2010, 2011 et 2014, mettaient en évidence la présence d'une espèce de plante protégée observée à proximité du site, à savoir l'Androsème officinal (*Hypericum androsaemum*), fleur jaune de la famille des Millepertuis très rare en Belgique¹³. Cette espèce figure à l'annexe VIb de la loi du 12 juillet 1973, qui liste les espèces végétales menacées en Wallonie jouissant d'une protection intégrale. La requérante craignait que les eaux usées déversées par le manoir dans son système d'épuration individuelle – des drains dispersants – ne portent atteinte à cette espèce très sensible à la pollution, compte tenu du contexte géologique local, propre aux infiltrations. Sur ce point, l'acte attaqué, se fondant sur le rapport de 2011, indiquait qu'« il apparaît peu probable, si pas impossible, que les eaux résiduaires épurées rejetées par le manoir de Fraichau, puissent exercer un effet défavorable au maintien de la station d'androsème ».

La localisation et le risque d'atteinte pour l'espèce étaient sujets à contestation. Dans la cinquième branche de son troisième moyen, la requérante estimait que l'acte querellé était « (...) motivé de manière insuffisante quant à la dispense d'évaluation des incidences », soutenant « que l'autorité aurait dû imposer une étude d'incidences pour que soit localisée avec précision la station d'androsème et que soit déterminée à suffisance la situation hydrique de cette station », eu égard notamment aux conclusions du dernier rapport établi en 2014. La première partie adverse soutenait que, contrairement à ce qu'affirmait la requérante, l'espèce protégée était bien localisée – comme en attestait le rapport de 2011 – et que le collègue avait pu valablement décider de ne pas imposer une étude d'incidences.

II.4. La position du Conseil d'État

Le Conseil d'État, contre l'avis de l'auditeur, accueille cette branche du moyen. Après avoir rappelé la teneur de l'article D.68, il part du postulat de principe que « le risque d'atteinte à une espèce reprise à l'annexe VI, b, précitée, est un risque d'incidences notables sur l'environnement au sens de l'article D.68 ». Il en déduit, ensuite, « que lorsque l'autorité admet, comme en l'espèce, la présence d'androsème à 150 mètres du projet, elle doit vérifier au stade de la recevabilité ou de la décision que le projet est susceptible d'avoir ou non des incidences notables sur l'espèce ; que, en cas de doute quant à l'absence d'effets significatifs, il y a lieu de procéder à une étude d'incidences ».

Le Conseil d'État vérifie ensuite la motivation de l'acte

attaqué sur ce point, et constate, en effet, « que l'accusé de réception de la demande ne contient aucune analyse des risques d'incidences du projet sur l'environnement ; que l'acte attaqué contient les motifs rapportés ci-dessus ». Il indique alors en quoi consiste l'obligation de l'autorité : « (...) que pour exclure le risque d'effets significatifs, l'autorité doit se fonder sur des données scientifiques à la fois quant à la présence de l'espèce et aux risques que le projet présente pour celle-ci ». Or, constate le Conseil d'État, « en ce qui concerne la localisation exacte des plants, l'auteur de l'acte attaqué ne révèle pas dans la motivation qu'il a procédé à un examen de terrain ou qu'il se réfère à un tel examen ; que le dossier administratif ne donne pas davantage de précision ; que en ce qui concerne les effets du projet sur la station d'androsème dont la présence est admise à 150 mètres, l'auteur de l'acte attaqué se borne à une affirmation sur le peu de vraisemblance ou l'impossibilité de ces effets sans aucune analyse scientifique qui puisse la fonder, alors qu'il ressort des documents scientifiques produits par la requérante qu'une telle incidence n'est pas exclue ». Il en conclut que « le défaut de vérification du risque d'incidences notables sur l'environnement est établi » – autrement dit que l'article D.68, § 2, est violé – et juge la cinquième branche du moyen fondée.

Deux enseignements nous paraissent découler de ce premier arrêt sur la question – si du moins la jurisprudence ultérieure se fixe en ce sens¹⁴.

III. L'assimilation du risque d'atteinte significative à une espèce protégée à un risque d'incidences notables sur l'environnement

III.1. L'assimilation des concepts

Le premier enseignement de l'arrêt *Poli* est remarquable, même s'il paraît relever de l'évidence. Le Conseil d'État considère, sans toutefois étayer juridiquement sa position, qu'un risque d'atteinte significative à une espèce protégée par la législation sur la conservation de la nature doit être considéré, *in abstracto*, comme un risque d'incidence notable sur l'environnement au sens de la législation générale sur l'évaluation des incidences. Tout projet soumis à permis¹⁵, non soumis d'office à étude d'incidences¹⁶ et qui, au terme de la procédure de détermination prévue par l'article D.68, s'avère susceptible de porter atteinte de façon significative à une espèce strictement

13. J. LAMBINON et al., *Nouvelle Flore de la Belgique, du Grand Duché du Luxembourg, du Nord de la France et des Régions voisines*, 4^e éd., Meise, Éd. du Jardin Botanique, 1999, p. 187.

14. Un arrêt postérieur n° 230.267 du 23 février 2015 de Limburg Stirum et crts (reflet dans ce numéro) va dans le même sens, tandis qu'un autre arrêt n° 231.660 (réf.) du 18 juin 2015 de Hulst et de Goyet (reflet dans ce numéro) semble revenir en partie, mais à tort selon nous, sur l'arrêt *Poli* (*infra*).

15. Il est à noter que certaines activités susceptibles de porter atteinte à une espèce protégée ne sont pas pour autant constitutives de projets soumis à « permis » au sens du livre I^{er} du Code de l'environnement, quand bien même elles requièrent une dérogation au sens de la loi sur la conservation de la nature. Il en est ainsi par exemple d'un labour ou de l'abattage d'arbres dans le cadre d'activités sylvicoles en zone forestière. De tels actes et travaux ne sauraient donc être soumis à étude d'incidences en l'état actuel du droit wallon, ce qui n'est toutefois pas une garantie de conformité au droit européen.

16. En vertu de l'A.G.W. du 4 juillet 2002 arrétant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées.

protégée doit donc être soumise à étude d'incidences. C'est la première fois, à notre connaissance, qu'un tel lien est clairement établi entre les deux notions¹⁷. Dans un autre arrêt *de Limburg Stirum et crts*, postérieur de quelques jours, le Conseil d'État confirme ce lien, à propos d'activités de location de kayaks menaçant des espèces protégées sur la Lesse¹⁸. Le Conseil d'État relève que l'évaluation appropriée « Natura 2000 » qui accompagnait la demande n'était pas scientifiquement fiable et que ni les avis et informations scientifiques à la disposition de l'autorité compétente « *ne lui permettaient de se prononcer en connaissance de cause quant à l'impact du projet sur certaines espèces d'intérêt communautaire ou protégées par la loi sur la conservation de la nature* [à savoir une espèce d'oiseau et une libellule] ; qu'en conséquence, les éléments d'information dont disposait l'autorité ne lui permettaient pas d'exclure, en l'espèce, l'existence d'un risque d'incidences notables du projet sur l'environnement et de conclure qu'une étude d'incidences sur l'environnement n'était pas requise » (nous soulignons). Le Conseil d'État assimile ainsi le risque d'atteinte significative à une espèce ou à un site protégé à un risque d'incidence notable sur l'environnement, comme dans l'arrêt *Poli*.

En soi, du point de vue de la conservation de la nature, on ne peut que s'en féliciter, dans la mesure où les garanties procédurales prévues par la législation générale sur l'évaluation des incidences devront être respectées chaque fois qu'un projet visé à l'annexe II de la directive 2011/92/UE risque de porter atteinte de façon significative à une espèce protégée. L'articulation dégagée par le Conseil d'État permet de donner une effectivité accrue aux dispositions de protection des espèces, qui ne bénéficient pas, contrairement, on l'a dit, aux sites Natura 2000, d'un mécanisme spécifique et intégré d'évaluation appropriée des incidences. Le progrès est réel, compte tenu du caractère contraignant des interdictions de porter atteinte aux espèces protégées pour les autorités compétentes pour délivrer des permis¹⁹. L'étude d'incidences permet d'évaluer scientifiquement si les normes substantielles de protection des espèces sont respectées par le projet ou, à défaut, si une dérogation est nécessaire et

à quelles conditions, notamment de compensation²⁰. Ses conclusions peuvent ainsi avoir un effet indirect substantiel sur la décision finale, alors qu'en règle, elles n'ont qu'une portée procédurale (la « prise en compte »). Nul doute qu'une telle exigence oblige les autorités compétentes comme les maîtres d'ouvrage à prendre la protection des espèces plus au sérieux que cela n'a souvent été le cas en aménagement du territoire.

Qu'en penser sur le plan juridique ? L'affirmation du Conseil d'État paraît relever du bon sens. Elle trouve un fondement, bien que l'arrêt n'y fasse pas référence explicitement, en droit européen. L'inclusion formelle de la faune et de la flore (*a fortiori* protégées) dans la notion d'environnement²¹, la similitude des termes « effets significatifs » et « incidences notables » utilisés dans les deux directives²² et, depuis 2014, la référence explicite aux espèces protégées dans les incidences notables à étudier²³, justifient de ne pas faire de différence entre un « risque d'effet significatif » d'un projet pour une espèce protégée et un « risque d'incidence notable sur l'environnement ». Le droit international lui-même suggère cette solution²⁴. Le principe d'égalité et de non-discrimination et le droit à la protection d'un environnement sain peuvent également être invoqués à l'appui de cette thèse. Plusieurs auteurs ont tiré cette conclusion en droit européen à propos de la notion de risque d'effet significatif pour les sites Natura 2000²⁵ (*infra*), plus rarement à propos du risque d'atteinte significative aux espèces²⁶.

III.2. L'articulation qui en découle entre protection des espèces, délivrance des permis et évaluation des incidences

Il découle de cette assimilation une articulation obligatoire entre les dispositions de protection des espèces, les procédures de délivrance de permis et le régime général d'évaluation des incidences, même si celle-ci n'est pas exigée formellement ni par les directives Oiseaux et Habitats, ni par la directive 2011/92/

17. Dans son arrêt asbl ARETA et De Cock, le Conseil d'État avait ainsi refusé de considérer comme inadéquatement motivée, au regard de l'article D.68, la décision d'un collège communal de dispenser d'étude d'incidences un projet de porcherie, tout en accueillant le moyen pris de la violation de l'obligation de réaliser une évaluation appropriée 'Natura 2000' (compte tenu des possibles incidences de l'épandage du lisier dans un site Natura 2000 proche) (C.E., 7 novembre 2014, asbl ARETA et De Cock, n° 229.097). Dans un autre arrêt, le Conseil d'État, sur le moyen pris de la violation de l'article D.68 précité et de l'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature à propos d'un projet de bergerie et d'un hangar agricole à proximité d'un site Natura 2000, examine séparément les deux dispositions pour conclure à l'absence de violation de celles-ci, indépendamment l'une de l'autre (C.E., 13 juillet 2012, asbl Comité de vigilance pour la sauvegarde de Chaumont-Gistoux, n° 220.334).

18. C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267, précité.

19. C.E., 16 mai 2012, Gatot et crts, n° 219.398, précité.

20. Voir Ch. SOBOTTA, *op. cit.*, pp. 147 et s.

21. Art. 3, a, et annexe IV, point 3, de la directive 2011/92/UE.

22. Qui sont identiques dans la version anglaise des deux directives (« significant effects »).

23. Art. 3, § 1^{er}, b, de la directive 2011/92/UE, tel que modifié par la directive 2014/52/UE.

24. L'article 1^{er}, a, de la Convention sur la diversité biologique exige que « Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : a) Adopte des procédures permettant d'exiger l'évaluation des impacts sur l'environnement des projets qu'elle a proposés et qui sont susceptibles de nuire sensiblement à la diversité biologique en vue d'éviter et de réduire au minimum de tels effets, et, s'il y a lieu, permet au public de participer à ces procédures ; (...) ». Voir aussi l'art. 3.2 de la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe (19 septembre 1979).

25. F. HAUMONT, *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, p. 336 ; J. SAMBON, « La cohérence des procédures d'évaluation des incidences dans le droit de l'Union au regard de l'article 1^{er}, 2), A), de la directive 2014/52/UE », in C.-H. BORN et F. JONGEN (coord.), *D'urbanisme et d'environnement, Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 798.

26. Ch. SOBOTTA, *op. cit.*, p. 154.

UE, ni par la Cour de justice elle-même²⁷. Seule la directive 2001/42/CE prévoit que, si un plan ou programme – au sens de cette directive – est soumis à l'évaluation appropriée « Natura 2000 », il est requis de procéder à l'évaluation sur les incidences prévue par cette directive²⁸, assurant ainsi une « *intégration matérielle* » des deux évaluations – et non une simple coordination des procédures²⁹. L'on reviendra sur cette question dans le point V de cette contribution.

III.3. Les risques déclenchant l'obligation de réaliser une étude d'incidences en présence d'une espèce protégée

Il convient de déterminer, juridiquement, à la fois le seuil de *gravité* et le niveau de *probabilité* de l'impact à prendre en considération pour exiger une étude d'incidences en présence d'une espèce protégée. Sur le premier point, le Conseil d'État considère, dans l'arrêt commenté, que « l'atteinte » à une espèce protégée constitue, en soi, une incidence notable. Plus loin, il précise opportunément que l'étude d'incidences doit être exigée en cas de doute « quant à l'absence d'effets *significatifs* » sur l'espèce concernée. Il confirme donc que seul un risque d'effets significatifs justifie l'imposition d'une étude d'incidences, sans définir toutefois ce qu'il faut entendre par de tels effets. L'arrêt ne dit notamment pas explicitement s'il faut considérer d'office comme significative toute atteinte interdite par les dispositions de protection des espèces (art. 2, 2*bis* et 3, de la loi), à savoir principalement la destruction d'un ou plusieurs individus ou spécimens, la « perturbation » (significative) de l'espèce³⁰, la destruction ou l'endommagement d'un nid³¹ ou des œufs et, pour les espèces protégées autres que les oiseaux, la destruction ou la détérioration des sites de reproduction, des aires de repos et de « tout habitat naturel » de l'espèce. Les notions mêmes de perturbation et de détérioration des habitats supposent d'établir une certaine gravité dans l'atteinte causée à l'espèce³². L'arrêt ne donne pas non plus d'indication sur la possibilité de prendre en compte, pour établir le

caractère significatif de l'impact (et donc l'obligation de réaliser une étude d'incidences), des mesures d'évitement, d'atténuation et de compensation proposées par le demandeur de permis³³.

Sans entrer dans le détail de cette question³⁴, il convient de garder à l'esprit l'objectif poursuivi par les directives Oiseaux et Habitats, à savoir, en substance, maintenir ou rétablir les espèces menacées à l'échelle européenne dans un état de conservation favorable ou équivalent. L'appréciation devrait par conséquent être différente selon l'état de conservation de l'espèce et l'ampleur possible de l'impact. Ainsi, l'impact d'un projet sur les espèces d'oiseaux menacées à l'échelle européenne et reprises à ce titre à l'annexe I de la directive Oiseaux n'est pas à évaluer de la même façon que l'impact sur les espèces plus communes qui n'y sont pas reprises. Le fait par exemple de devoir détruire un nid de merle noir – ce qui suppose une dérogation en principe – pour réaliser un projet de construction ne devrait pas entraîner l'imposition d'une étude d'incidences, alors que la perturbation de la nidification d'un couple de Butor étoilé le justifierait amplement, eu égard à son état de conservation critique en Wallonie. En l'espèce, la rareté de l'androsème impliquait certainement de considérer toute perte potentielle comme significative.

Tout risque d'atteinte n'entraîne donc pas, *de facto*, l'obligation d'imposer une étude d'incidences. Mais il est évident que seule une telle étude serait en mesure d'apporter une réponse définitive à cette question sur le plan scientifique : il se conçoit donc que la simple possibilité que l'impact du projet soit significatif suffit pour que soit requise cette étude. À ce stade de la procédure, il s'agit seulement d'établir une *probabilité non négligeable* de risque significatif : quelle que soit l'envergure du projet – ici un simple changement de destination d'une habitation et un système d'épuration individuelle –, en cas de simple « doute » quant à l'absence d'effet significatif, un complément d'information demandé pour statuer en connaissance de cause sur la nécessité de l'imposer (*infra*). Cet enseignement, qui fait application, implicitement, du prin-

27. Voir sur cette question J. SAMBON, « La cohérence des procédures d'évaluation des incidences dans le droit de l'Union au regard de l'article 1^{er}, 2), A), de la directive 2014/52/UE », *op. cit.*, pp. 791 et s.

28. Art. 3, § 2, b, de la directive 2001/42/CE.

29. J. SAMBON, « La directive 2014/52/UE modifiant la directive 2011/92/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement », *Amén.*, 2015/3, p. 192. En soi, on pourrait se demander si cette intégration est réellement exigée par cette disposition, dans la mesure où la disposition n'interdit pas formellement de réaliser en parallèle les deux évaluations sans pour autant les intégrer en une évaluation unique. L'évaluation générale requise par la directive 2001/42/CE prévoit cependant, à son annexe I, que doivent être évalués dans le rapport sur les incidences environnementales « les problèmes environnementaux liés au plan ou au programme, en particulier ceux qui concernent les zones revêtant une importance particulière pour l'environnement telles que celles désignées conformément aux directives 79/409/CEE et 92/43/CEE » (point d). On ne comprendrait pas que ce point de l'évaluation générale n'inclue pas l'évaluation appropriée requise par ailleurs par l'article 6, § 3, de la directive Habitats.

30. On notera la différence de rédaction de l'article 2, § 2, de la loi (et de l'article 5 correspondant de la directive « Oiseaux »), qui interdit de perturber intentionnellement les oiseaux « pour autant que la perturbation ait un effet significatif eu égard aux objectifs de la [directive] », et de l'article 2*bis*, § 2, de la même loi (et de l'article 12 correspondant de la directive Habitats), qui interdit de « perturber intentionnellement » ces espèces.

31. Cette interdiction ne concerne formellement que les oiseaux.

32. Voir en ce sens le commentaire de la Commission européenne sur l'article 12 de la directive Habitats (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, §§ 39 et 70). Nous n'examinerons pas ici plus avant cette question délicate, sur laquelle le Conseil d'État ne s'est pas prononcé. Voir, sur cette question, Ch. SOBOTTA, « The impact of species protection on land use planning via the environmental assessment. Towards a more proactive approach ? », *op. cit.*, pp. 153 et s. ; C.-H. BORN, « Éoliennes, avifaune et intérêt à agir des associations : vers une plus grande effectivité des dispositions de protection des espèces en aménagement du territoire ? », *A.P.T.*, 2013/2, pp. 283 à 297, obs. sous C.E., 16 mai 2012, Gatot et crts, n° 219.398.

33. La nouvelle directive 2014/52/UE permet de dispenser d'évaluation un projet s'il intègre des mesures de prévention – et non de compensation – à même d'écarter le risque d'incidences notables (art. 4.4). Sur cette question, voir J. SAMBON, « La directive 2014/52/UE modifiant la directive 2011/92/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement », *op. cit.*, p. 186.

34. Art. 2 de la directive Oiseaux et art. 2.2 de la directive Habitats.

cipe de précaution, rappelle celui de la Cour de justice dans l'affaire « mer de Wadden », dans laquelle elle s'était prononcée sur le fait générateur de l'obligation de réaliser une évaluation appropriée « Natura 2000 »³⁵. Il ne peut subsister, selon la Cour, aucun doute « scientifique raisonnable » quant à l'absence d'effet significatif³⁶.

Il revient donc à l'autorité d'apprécier au cas par cas si le projet est susceptible de causer de tels effets. C'était le cas en l'espèce, un des rapports scientifiques soulignant la sensibilité de l'androsème à la pollution et l'impossibilité d'exclure une percolation des eaux usées jusqu'à la station de la plante protégée.

IV. Les exigences de la procédure de « screening » en présence d'une espèce protégée

IV.1. L'obligation de fonder toute dispense d'étude d'incidences sur une analyse scientifique des risques

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État précise sa jurisprudence déjà abondante sur les obligations de l'autorité compétente dans le cadre de la procédure de vérification préalable (« screening ») visée à l'article D.68 du livre I^{er} du Code de l'environnement³⁷, lorsque le projet s'implante en présence d'une espèce intégralement protégée. Il déduit de cette disposition que, lorsque l'autorité « admet la présence » d'une telle espèce à proximité du projet, elle doit vérifier si celui-ci est susceptible d'avoir ou non des incidences notables³⁸ sur l'espèce. Pour rappel, le Conseil d'État juge, de façon générale, que pour pouvoir dispenser d'étude un projet, « cet examen doit être fondé sur les critères 'pertinents' en l'espèce et ne peut consister en une clause de style comme le serait une motivation qui ne dépasserait pas l'énumération des critères et n'en révélerait pas l'application concrète aux caractéristiques du projet, même si l'étendue de la motivation peut varier en fonction de la nature du projet et de l'environnement dans lequel il est appelé à s'insérer »³⁹.

Un doute raisonnable quant à l'absence de tels risques ne peut être exclu par l'autorité, et donc la dispense d'étude ne peut éventuellement être accordée, selon l'arrêt commenté, qu'au terme d'une « analyse de

risques d'incidences » fondée sur des « données scientifiques ». L'autorité ne peut « [se borner] à une affirmation sur le peu de vraisemblance ou l'impossibilité de ces effets sans aucune analyse scientifique qui puisse la fonder, alors qu'il ressort des documents scientifiques produits par la requérante qu'une telle incidence n'est pas exclue ». Pour justifier adéquatement la dispense, cette analyse scientifique appropriée doit démontrer soit l'absence de l'espèce protégée – ce qui suppose un inventaire préalable récent sur le terrain (*infra*) – soit, si l'espèce est potentiellement présente, l'absence de tout risque significatif pour l'espèce – ce qui suppose une connaissance minimale des exigences écologiques de l'espèce en question et une bonne appréhension des caractéristiques du projet susceptibles d'affecter ces exigences.

Il est à noter que ce n'est pas parce que l'autorité s'estime bien informée par la notice et les informations dont elle dispose (avis, *etc.*) sur les incidences notables probables du projet pour une espèce protégée qu'elle peut le dispenser de l'étude d'incidences : seule l'absence de risque d'incidences notables – et non le degré élevé d'information à la disposition de l'autorité – peut justifier une telle dispense⁴⁰.

IV.2. La charge de la preuve de l'absence de risque

La question de la charge de la preuve de l'absence de risque d'effet significatif dans le cadre de la procédure de « screening » est clairement tranchée dans l'arrêt : c'est à l'autorité compétente pour statuer sur le caractère complet de la demande qu'il revient d'apporter cette démonstration – dans une motivation adéquate – si elle veut dispenser le projet d'une étude d'incidences. Il est évidemment dans l'intérêt du demandeur de permis d'apporter lui-même des éléments techniques à l'appui de cette affirmation dans sa notice d'évaluation des incidences, puisque ce document doit précisément servir à guider l'autorité dans sa décision d'imposer ou non une étude d'incidences⁴¹. L'autorité reste cependant responsable, comme c'était le cas en l'espèce, de s'assurer de la complétude et de la qualité des informations transmises. En cas de doute raisonnable quant à l'absence d'effet significatif, elle doit, pour rappel, déclarer la demande incomplète et exiger des compléments d'information au demandeur⁴². Elle ne pourrait en revanche pas d'office exiger une étude d'incidences, une

35. C.J.C.E., 7 septembre 2004, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels c. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (grande chambre), C-127/02, (« mer de Wadden »), points 43 à 44 : la Cour juge que l'article 6, § 3, de la directive Habitats « subordonne l'exigence d'une évaluation appropriée des incidences d'un plan ou d'un projet à la condition qu'il y ait une probabilité ou un risque que ce dernier affecte le site concerné de manière significative. (...) Or, compte tenu, en particulier, du principe de précaution (...) à la lumière duquel doit être interprétée la directive habitats, un tel risque existe dès lors qu'il ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que ledit plan ou projet affecte le site concerné de manière significative ».

36. C.J.U.E., 24 novembre 2011 (Commission c. Espagne), C-404/09, point 100.

37. Récemment, voir C.E., 24 février 2015, crts Mariage, n° 230.306 ; C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267.

38. Le Conseil d'État utilise indistinctement les expressions « effets significatifs » et « incidences notables ».

39. C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267.

40. C.E., 17 février 2011, Dethier et Dethier, n° 211.342 : jugé « qu'en se fondant à titre principal sur sa connaissance des nuisances plutôt que sur leur importance, l'autorité a donné à sa décision de dispenser le projet d'une étude d'incidences des motifs inadmissibles en droit ». Dans le même sens, C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267.

41. Art. D.68, § 1^{er}.

42. Art. D.68, § 2, 1^o.

telle mesure étant disproportionnée⁴³.

IV.3. L'obligation d'inventaire préalable

L'arrêt *Poli* semble donc imposer la réalisation d'un inventaire de terrain préalable (l'arrêt parle d'un « *examen de terrain* »), spécifique au projet ou non, par un expert et aux époques où l'espèce est visible, pour permettre à l'autorité de se prononcer sur la nécessité ou non d'imposer une étude d'incidences. Le Conseil d'État, chambre flamande, a déjà estimé, à propos d'une procédure de « *screening* » précédant l'adoption d'un plan d'exécution spatiale prévoyant l'extension d'une zone de loisirs dans un site abritant une colonie de fourmis rouge (*rode bosmier*), qu'un tel inventaire s'imposait au regard du principe de précaution⁴⁴.

Le droit wallon ne donne cependant que des indications vagues sur les informations que doit contenir la notice en ce qui concerne la biodiversité⁴⁵ et ne prévoit aucun volet spécifique sur les espèces protégées. La nouvelle directive 2014/52/UE modifiant la directive 2011/92/UE prévoit sur ce point que la « biodiversité » doit être prise en compte dans la procédure de détermination des projets visés à l'annexe II et dans le contenu des informations à joindre à la demande de permis⁴⁶, mais ne vise spécifiquement les espèces protégées que dans le contenu obligatoire de l'évaluation elle-même⁴⁷. Cette dernière exigence se répercute cependant nécessairement sur la phase de *screening*, qui devra y avoir égard. En droit wallon, il serait donc souhaitable *de lege ferenda*, d'exiger du demandeur qu'il vérifie systématiquement le risque d'effet significatif sur les espèces protégées directement dans la notice, par exemple en modifiant le contenu minimal de ce document. Quoi qu'il en soit, le maître d'ouvrage aura tout intérêt, lorsque la présence d'une espèce protégée n'est pas à exclure, à faire appel à un expert spécialisé en biodiversité pour intégrer un volet « espèces » dans la notice, plutôt que d'attendre une demande de complément d'information par l'autorité, qui retardera d'autant l'instruction de la demande de permis.

Qu'en est-il lorsque l'espèce n'a pas été détectée au stade de la demande, mais bien plus tard dans l'instruction, par exemple à l'occasion de l'enquête publique, voire après l'adoption de la décision ? Dans

l'arrêt commenté, le Conseil d'État indique que le préexamen précité est requis lorsque l'autorité « admet la présence » de l'espèce à proximité du projet. Il ne dit rien du cas où l'autorité n'en est pas avertie. À notre estime, l'obligation reste applicable si les connaissances disponibles peuvent laisser penser qu'une telle espèce est présente – par exemple un inventaire même ancien ou peu précis ou encore la seule présence d'un habitat caractéristique de l'espèce⁴⁸. En effet, l'autorité est, on l'a dit, habilitée à exiger un complément d'information en cas de doute⁴⁹. Si aucun élément ne suggère la présence d'une telle espèce mais que celle-ci est évoquée durant la phase d'instruction de la demande – par exemple par une instance d'avis ou un réclamant –, il revient à l'autorité de statuer explicitement sur la nécessité qu'il y avait ou non de réaliser une étude d'incidences et, dans l'affirmative, de refuser le permis demandé⁵⁰.

L'on rapprochera, à cet égard, l'arrêt *Poli* d'un autre arrêt, postérieur, du Conseil d'État, rendu en référé sur le réaménagement de la gare de Ciney⁵¹. Dans cette affaire, les requérants demandaient la suspension de l'exécution d'un permis d'urbanisme accordé à Infra-bel pour le réaménagement de la gare de Ciney et de ses abords. Les requérants critiquaient notamment le fait que l'autorité n'avait pas apprécié correctement ou avait sous-évalué l'impact sur une espèce strictement protégée, le lézard des murailles et, partant, mal motivé sa décision de ne pas exiger d'étude d'incidences. La notice était muette sur cette dernière question, de même que les avis successifs du DNF rendus sur le projet.

Le Conseil d'État rappelle d'abord sa jurisprudence sur le rôle de la notice et l'effet d'une notice lacunaire⁵², rappelant notamment le fait que « *la notice doit contenir des renseignements complets, précis et exacts* ». Il constate ensuite que la présence du lézard des murailles n'était pas mentionnée dans la notice et qu'elle n'a été portée à la connaissance de l'autorité qu'*après* l'adoption du permis attaqué, par un courriel adressé par un biologiste mandaté par les requérants – ce, en dépit d'un mémoire d'étudiant renseignant l'espèce dès 2012 et dont l'expert avait eu connaissance. La Haute juridiction juge « *qu'au vu de ces différents éléments, il ne peut être fait grief, sur cette seule base, à la partie adverse de ne pas s'être prononcée en toute connaissance de cause quant à*

43. C.E., 26 mars 1998, Compère, n° 72.809.

44. C.E., 18 février 2013, Hermans et Weygers ('rode bosmier'), n° 222.543. Sur cette affaire, voir H. SCHOUKENS et H. WOLDENDORP, « De impact van soortenbescherming op ruimtelijke ontwikkelingen anno 2013 : open deur in Vlaanderen, Nederland op slot ? », *T.O.O.*, pp. 14 à 36, spéc. pp. 24 et s. et les références citées, y compris l'abondante jurisprudence néerlandaise.

45. L'annexe VI du livre I^{er} du Code de l'environnement prévoit que la notice inclut notamment une « *évaluation sommaire de la qualité biologique du site* » et qu'elle évalue « *l'impact sur la nature* » du projet. Le formulaire de demande de permis d'environnement ou unique doit comporter, en substance, les mêmes informations (voir l'annexe I de l'A.G.W. du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement (rubrique IV.3)).

46. Art. 4.4 et annexe II, A, 3, b, de la directive 2011/92/UE, telle que modifiée par la directive 2014/52/UE.

47. Art. 3.1, b.

48. Dans l'affaire commentée, la présence de l'androsème avait déjà été relevée sporadiquement dans la vallée par plusieurs inventaires.

49. Art. D.68, § 2, al. 1^{er}, 1°.

50. C'est ce que prévoit, par analogie, l'article D.68, § 2, al. 6, lorsque la décision sur la nécessité de réaliser une étude d'incidences n'a pas été envoyée dans le délai imparti et que le demandeur n'a pas introduit de demande de reconsidération conformément à son § 3.

51. C.E. (réf.), 18 juin 2015, de Hulst et de Ville de Goyet, n° 231.660 (reflet dans ce numéro).

52. Voir par ex. C.E., 9 mars 2006, Deckers et Billen, n° 156.158.

l'impact du projet sur la faune présente sur le site, au moment où elle a pris l'acte attaqué ». Cette interprétation nous paraît problématique. Elle tend, contrairement à ce que suggère l'arrêt *Poli*, à faire peser sur les opposants au projet la charge de la preuve de la présence de l'espèce protégée et non sur l'autorité compétente. Le juge administratif considère que la décision a été prise « en toute connaissance de cause », alors que ce n'est manifestement pas le cas puisqu'il s'est avéré après coup qu'elle n'avait pas connaissance de la présence de cette espèce protégée et que des éléments permettaient de soupçonner la présence de l'espèce en question⁵³. C'était, selon nous, à Infrabel – et non aux requérants – de vérifier l'absence d'espèces protégées sur le tronçon concerné – le cas échéant en faisant appel à un expert – et d'apporter des éléments probants démontrant l'absence de doute à cet égard. En l'absence de ces éléments, l'autorité aurait dû selon nous, conformément à ce qu'exige le principe de précaution, exiger des renseignements supplémentaires à Infrabel (sous la forme d'un inventaire localisé) et, à défaut de les recevoir, exiger une étude d'incidences à même de faire la lumière sur ce risque d'incidences notable. À notre estime, l'accusé de réception de la demande complète était donc mal motivé sur la question de la nécessité de réaliser une étude d'incidences et l'exécution du permis aurait pu être suspendue.

L'absence, en Région wallonne, d'un inventaire systématique et cartographié à une échelle suffisamment grande des espèces protégées sur le territoire ne facilite pas, il est vrai, la tâche des maîtres d'ouvrage, d'autant qu'il est parfois très difficile de repérer des espèces protégées, qu'elles soient rares, nocturnes et/ou de petite taille. Cette situation oblige les autorités compétentes, selon nous, à être très prudentes dans leur décision de dispenser des projets soumis à permis d'étude d'incidences, en exigeant des demandeurs des compléments d'information – sous forme d'inventaire localisé – susceptibles de lever tout doute à cet égard. L'exiger dans le contenu obligatoire de la notice (*supra*) serait cependant plus simple.

L'on peut, à cet égard, se demander dans quelle mesure la Région n'engage pas sa responsabilité en ne faisant pas procéder à un tel inventaire systématique, alors que la Cour de justice a déjà reconnu qu'il s'agit d'une obligation dans le chef des États membres⁵⁴. Bien qu'il ne soit pas complet, l'inventaire des Sites de grand intérêt biologique (SGIB) établi par la Région wallonne, accessible en ligne⁵⁵, constitue cependant

une base de données très utile, puisque nombre de ces sites sont inventoriés précisément en raison de la présence d'une ou plusieurs espèces protégées. Sa consultation à l'occasion de l'élaboration de la notice d'évaluation des incidences constitue donc un préalable plus que conseillé.

V. Perspectives pour Natura 2000 et les « petits projets » soumis à permis

L'arrêt *Poli* nous inspire deux réflexions. La première porte sur l'articulation entre l'évaluation appropriée Natura 2000 et l'étude d'incidences ; la seconde concerne l'inadaptation du régime actuel de l'étude d'incidences en Région wallonne aux projets de faible envergure présentant néanmoins un risque d'incidences notables sur l'environnement dans un secteur déterminé, comme la protection des espèces ou Natura 2000.

V.1. L'articulation entre l'évaluation appropriée « Natura 2000 » et le régime de l'étude d'incidences

La position du Conseil d'État dans l'arrêt *Poli* pourrait avoir une portée qui dépasse la seule protection des espèces puisqu'elle devrait s'appliquer aussi, logiquement, lorsqu'un projet non soumis d'office à étude d'incidences risque d'avoir un « effet significatif » sur un site candidat ou un site désigné comme site Natura 2000. On ne voit pas pourquoi les espèces protégées bénéficieraient de ces garanties et pas les sites Natura 2000, qui font tout autant partie du patrimoine commun de l'Union⁵⁶. C'est ce qu'a confirmé le Conseil d'État dans son arrêt, postérieur de quelques jours, *de Limburg Stirum et crts*, déjà cité, dans lequel il annule un permis d'environnement accordé pour des activités de location de kayaks menaçant un site candidat au réseau Natura 2000 sur la Lesse (*supra*, III)⁵⁷.

Si cette jurisprudence se confirme, cela signifie qu'une étude d'incidences devra être imposée chaque fois qu'un projet de l'annexe II de la directive 2011/92/UE – soit, en Région wallonne, tout nouveau projet, tout renouvellement et toute extension de projet soumis(e) à permis (art. R.56), non soumis(e) d'office à étude d'incidences⁵⁸ – doit être soumis à évaluation appropriée au sens de l'article 6, § 3, de la directive Habitats

53. Sans même prendre en considération le travail d'étudiant susmentionné (antérieur au permis), il est connu, dans la littérature scientifique et même dans une brochure de l'administration régionale elle-même, qu'en Région wallonne les dernières populations de reptiles trouvent un refuge le long des voies ferrées (voir J.-P. JACOB et al., *Amphibiens et Reptiles de Wallonie*, Série Faune – Flore – Habitats, n° 2, Namur, Aves – Rainne et DGRNE, MRW, 2007 ; E. GRAITSON, *Les voies ferrées, un milieu important pour les lézards et les serpents*, DEMNA, 2014, en ligne sur <http://biodiversite.wallonie.be/fr/reptiles.html?IDC=793>). Infrabel est par ailleurs bien informée de cette présence puisqu'elle sollicite régulièrement des dérogations à la protection des reptiles lors des travaux aux voies de chemin de fer...

54. Selon la Cour de justice, le système de protection stricte des espèces visées à l'annexe IV de la directive Habitats « suppose l'adoption de mesures cohérentes et coordonnées, à caractère préventif », y compris des mesures de surveillance et des inventaires nationaux (C.J.C.E., 11 janvier 2007 (Commission c. Irlande), *Rec. C.J.C.E.*, p. I-137, points 31 et 32). Cette exigence ne concerne toutefois que les espèces de l'annexe IV de la directive et non les espèces « menacées en Wallonie » ne figurant pas dans cette annexe (dont l'androsème). On ne voit cependant pas comment il en serait autrement alors que, en droit wallon, les dispositions relatives à la protection sont identiques pour les deux catégories d'espèces.

55. <http://biodiversite.wallonie.be/fr/sgib-sites-de-grand-interet-biologique.html?IDC=824>.

56. Quatrième considérant du préambule de la directive Habitats.

57. C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267, précité.

58. Art. D.62 du livre I^{er} du Code de l'environnement.

et de l'article 29, § 2, de la loi du 12 juillet 1973⁵⁹.

L'exigence d'une évaluation intégrée répondant à la fois aux exigences procédurales de la directive 2011/92/UE et à celle de la directive Habitats – prévue par la directive 2001/42/CE dans son champ d'application –, n'a, il est vrai, pas été explicitement imposée aux États membres par la nouvelle directive 2014/52/UE modifiant la directive 2011/92/UE. Le texte prévoit en effet qu'« *En ce qui concerne les projets pour lesquels l'obligation d'effectuer une évaluation des incidences sur l'environnement découle simultanément de la présente directive et de la directive 92/43/CEE du Conseil (...) et/ou de la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil (...), les États membres veillent, s'il y a lieu*⁶⁰, à ce que des procédures coordonnées et/ou communes respectant les prescriptions des actes législatifs de l'Union soient prévues »⁶¹, ceci « *[a]fin d'accroître l'efficacité des évaluations, de réduire la complexité administrative et d'améliorer l'efficacité économique (...)* »⁶² (nous soulignons). Il découle de cette disposition que lorsqu'un projet relevant de l'annexe I ou II de la directive 2011/92/UE est soumis à une évaluation appropriée des incidences « Natura 2000 », les procédures peuvent être soit coordonnées (parallèles), soit communes (intégrées), soit même, « s'il y a lieu », tout à fait séparées⁶³.

À juste titre selon nous, la doctrine suggère que l'intégration matérielle des deux évaluations paraît en réalité obligatoire en droit européen pour les projets visés à l'annexe I ou II de la directive 2011/92/UE⁶⁴. Comme le relève Jacques SAMBON, non seulement, selon la Commission (et, implicitement, l'arrêt *Poli*, en ce qui concerne les espèces), « *le critère pour déclencher une évaluation en vertu de la directive 85/337/CEE est quasiment le même que celui qui déclenche une procédure d'évaluation en vertu de la directive 92/43/CEE, à savoir, essentiellement, la probabilité d'effets significatifs* »⁶⁵. Mais en outre, « *dans la mesure où*

l'évaluation des incidences requise par la directive 2011/92/UE doit être globale et qu'elle doit 'évalue[r] de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier, les incidences notables directes et indirectes d'un projet sur... la biodiversité, en accordant une attention particulière aux espèces et aux habitats protégés au titre de la directive 92/43/CEE et de la directive 2009/147/CE' (...), l'évaluation des incidences requise par la directive 2011/92/UE doit intégrer l'évaluation appropriée requise par l'article 6, § 3, de la directive 92/43/CEE »⁶⁶.

Le droit positif wallon permet cette solution, sans l'imposer de façon tout à fait claire. L'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature prévoit qu'un plan ou un projet présentant un risque d'effet significatif « *est soumis à l'évaluation des incidences prévue par la législation organisant l'évaluation des incidences sur l'environnement dans la Région wallonne, eu égard aux objectifs de conservation du site et selon les modalités fixées par le Gouvernement* »⁶⁷. Autrement dit, c'est la législation sur l'évaluation générale des incidences des plans et des projets qui constitue le cadre de l'évaluation appropriée. L'obligation de réaliser une étude d'incidences n'est cependant pas explicitement prévue chaque fois qu'une évaluation appropriée est requise pour un projet soumis à permis – à défaut d'arrêté d'exécution en ce sens –, même si le législateur a clairement eu à l'esprit l'intégration des procédures. Dans la pratique, ceci conduit les autorités compétentes à ne pas exiger d'étude d'incidences même si la demande est accompagnée d'une évaluation appropriée⁶⁸. D'aucuns considèrent qu'il n'y a pas d'obligation, en droit wallon, de réaliser une étude d'incidences en cas d'obligation de réaliser une évaluation appropriée, la notice pouvant jouer ce rôle si elle respecte les exigences de l'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature⁶⁹. Nous avons nous-mêmes écrit que l'évaluation appropriée devait simplement être intégrée dans le document d'évaluation

59. Alors qu'en droit européen, le champ d'application de la directive Habitats (qui vise « tout projet ») est *a priori* plus large que celui de la directive 2011/92/UE, qui ne vise que les projets repris dans ses annexes I et II (voir J. SAMBON, « La cohérence des procédures d'évaluation des incidences dans le droit de l'Union au regard de l'article 1^{er}, 2), A), de la directive 2014/52/UE », *op. cit.*, p. 796, n° 6), on notera qu'en droit wallon, en revanche, les champs d'application respectivement de l'obligation de réaliser une évaluation des incidences de projet en vertu respectivement des articles D.62 et suivants du livre I^{er} du Code de l'environnement et de l'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature (évaluation appropriée) convergent très largement, dans la mesure où dans les deux cas, sauf exception, ce sont tous les actes et travaux soumis à permis (d'environnement, d'urbanisme, uniques, Natura 2000, etc.) qui sont visés (voir respectivement l'art. D.62 du livre I^{er} du Code de l'environnement et l'art. 29, § 2, première phrase de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature).

60. « *Where appropriate* » dans la version anglaise.

61. Art. 4, § 3, al. 1^{er}, de la directive 2011/92/UE, tel que modifié par la directive 2014/52/UE.

62. Considérant 37 du préambule.

63. Le considérant 37 indique que les États veillent à la coordination ou l'intégration des procédures « *lorsqu'il y a lieu et compte tenu de leurs caractéristiques organisationnelles propres* », ce qui confirme la marge de manœuvre laissée par les termes « s'il y a lieu » dans le texte.

64. *Supra*, note 22.

65. COMMISSION EUROPÉENNE, *Gérer les sites Natura 2000, Les dispositions de l'article 6 de la Directive Habitats (92/43/CEE)*, Luxembourg, 2000, p. 36, cité par l'auteur, *op. cit.*, p. 798.

66. J. SAMBON, « La cohérence des procédures d'évaluation des incidences dans le droit de l'Union au regard de l'article 1^{er}, 2), A), de la directive 2014/52/UE », *op. cit.*, pp. 798 et 799.

67. À Bruxelles, la nouvelle ordonnance « nature » exige que l'évaluation appropriée « Natura 2000 » soit intégrée dans l'évaluation générale des incidences (étude ou rapport d'incidences) si celle-ci est requise ; à défaut, une évaluation appropriée *sui generis* est organisée (art. 59 à 62 de l'ordonnance du 16 mars 2012 relative à la conservation de la nature, *M.B.*, 16 mars 2012).

68. Voir l'exposé des faits et les arguments des parties dans l'arrêt du C.E., 23 février 2015, de Limburg Stirum et crts, n° 230.267.

69. F. HAUMONT, « Le point sur l'évaluation appropriée des incidences et le lien avec le régime de la responsabilité environnementale », in C.-H. BORN et F. HAUMONT (dir.), *Actualités du droit rural. Vers une gestion plus durable des espaces ruraux ?*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 69 et 70.

requis, fût-ce une notice⁷⁰. Il nous semble que cette position ne peut plus être tenue aujourd'hui.

Il ressort en effet de ce qui précède que toute évaluation appropriée des incidences requise pour un projet entrant dans le champ d'application de la directive 2011/92/UE – soit, en Région wallonne, tout projet soumis à permis – doit être intégrée dans une évaluation générale et, partant, bénéficier des garanties procédurales prescrites par la directive 2011/92/UE (consultation des autorités environnementales, consultation du public, information sur la décision prise, accès à la justice, etc.), ce qui, en droit wallon et en l'état actuel du livre I^{er} du Code de l'environnement, ne peut s'envisager que si une étude d'incidences est réalisée⁷¹. Une notice même très fouillée et de bonne qualité scientifique ne peut suffire à cet effet. Les conséquences sont lourdes pour les maîtres d'ouvrage, publics et privés. Il ne s'agit pas de simplement faire en parallèle une évaluation appropriée et une étude d'incidences distincte. L'évaluation appropriée doit être conduite comme une étude d'incidences au sens de l'article D.6, 8°, du Code – soit une « étude scientifique » respectant le contenu obligatoire prévu par celui-ci⁷² et en joignant un résumé non technique⁷³ –, par un auteur agréé conformément au même Code⁷⁴. La réalisation de l'étude doit être précédée d'une réunion d'information préalable⁷⁵ et la demande accompagnée de l'étude/évaluation appropriée doit être soumise à une enquête publique de 30 jours⁷⁶ ainsi qu'à l'avis du CWEDD et de la CCATM, ou à défaut de la CRAT⁷⁷. Les autorités d'une autre Région ou d'un autre État doivent être consultées également si le projet peut avoir des incidences notables transrégionales ou transfrontières⁷⁸. Enfin, des mesures de publicité post-décisoires (affichage) doivent être respectées⁷⁹.

V.2. Le caractère inadapté de l'étude d'incidences pour les petits projets à risque

Une telle conclusion met en évidence le caractère inadapté du régime « tout ou rien » d'évaluation générale des incidences tel qu'il est pratiqué en Région wallonne pour les « petits projets » soumis à permis⁸⁰, soumis soit à une notice sommaire rédigée par le maître d'ouvrage, sans autre garantie procédurale, soit à une étude approfondie établie par un auteur agréé et à des procédures lourdes de consultation et de publicité⁸¹. Or, lorsqu'un projet de faible envergure s'avère susceptible d'affecter significativement un secteur limité de l'environnement⁸² – ici une espèce protégée –, il peut paraître disproportionné d'exiger, pour de tels projets, une étude d'incidences « complète », dont le coût et la lourdeur administrative seraient sans commune mesure avec les enjeux du projet. Le risque est que cette situation incite les demandeurs à délibérément omettre de renseigner la présence possible d'espèces protégées à proximité du projet, voire à détruire celles-ci avant que leur présence ne soit rendue publique. L'administration compétente pour la nature pourrait, sous pression des demandeurs, remettre des avis assurant que l'impact potentiel sur les espèces protégées éventuellement présentes ou sur un site Natura 2000 n'est pas significatif. Le législateur wallon sera lui plus enclin à exonérer de permis un plus grand nombre de « petits projets » et, partant, du système d'évaluation des incidences. Les discussions en cours sur la partie réglementaire du CoDT semblent confirmer cette tendance⁸³. Certes, l'inversion de la charge de la preuve incitera le juge à un contrôle plus sévère, mais dans la pratique, le contentieux sur les espèces et sur Natura 2000 reste limité, faute d'infor-

70. C.-H. BORN, « Natura 2000. Région wallonne », *Guide de droit immobilier*, Kluwer, VII.4.2.8, 2005 : « L'évaluation appropriée de l'impact sur les sites Natura 2000 doit donc être intégrée, le cas échéant, au document d'évaluation requis par cette législation (formulaire de demande de permis d'environnement ou unique, notice d'évaluation des incidences, étude d'incidences, rapport sur les incidences environnementales, ...) et donc être soumise aux formalités de procédure requises selon les cas. » Au moment où nous avons écrit ces lignes (mai 2005), le régime d'évaluation des incidences venait d'être sanctionné par la Cour d'arbitrage parce qu'il prévoyait la possibilité de recourir à la notice pour réaliser l'évaluation prévue par la directive EIE, moyennant le respect des formalités allégées (*infra*, V, note 87).

71. Certes, dans certains cas, un projet soumis à permis mais pas à étude d'incidences peut être soumis à des formalités comme l'enquête publique, mais ceci ne suffit pas pour assurer le respect de l'ensemble des garanties procédurales prévues par la directive 2011/92/UE.

72. Art. D.6, 8°, D.66, § 1^{er}, D.67, § 3, et annexe VII (partie réglementaire).

73. Art. D.67, § 3, 5°.

74. Art. D.6, 8°, D.70 et R.58 et s.

75. Art. D.29-5, D.29-6 et R.41-1 à R.41-5.

76. Art. D.29-7 et s. et art. D.74.

77. Art. R.81.

78. Art. D.29-11 et R.41-7 à R.41-9. C'est notamment le cas si le projet présente un risque pour un site Natura 2000 ou une espèce protégée localisé(e) de l'autre côté de la frontière (en ce sens, voy. C.E., 27 juillet 2006, asbl ASREPH, n° 161.470, à propos d'un projet d'éoliennes situé en Wallonie menaçant un site Natura 2000 situé en Région flamande).

79. Art. D.29-22 à D.29-24 et R.41-11.

80. La question se pose de savoir si l'exonération de permis – et donc d'évaluation des incidences – prévue par le CWATUPE pour les projets visés aux articles 262 et 263 mais requérant une dérogation au sens des dispositions de la loi sur la conservation de la nature est d'application. Avant 2009, le texte des articles 262 et 263 prévoyait que cette exonération ne s'appliquait que « pour autant qu'ils n'impliquent aucune dérogation à des dispositions légales, décrets ou réglementaires ». Autrement dit les petits projets restaient soumis à permis s'ils impliquaient une dérogation « nature ». Cette règle a été supprimée en 2009 dans l'article 262 (mais pas dans l'article 263), sans qu'il soit certain qu'elle cesse pour autant de s'appliquer. Le Conseil d'État a indiqué, dans un premier arrêt, que l'absence de dérogation ne conditionne plus l'exonération de permis (C.E., 17 décembre 2013, François, n° 225.865). Un arrêt ultérieur est cependant revenu sur cette interprétation (bien qu'il ne fasse pas mention de la modification apportée à l'art. 262) et considère que l'exonération est inapplicable en cas de dérogation (C.E., 14 octobre 2014, Fellahi et O' Kelly, n° 228.757). Sur cette question, voir Ch. THIEBAUT, « Des actes et travaux dérogatoires peuvent-ils être de 'minime importance' ? », in C.-H. BORN et F. JONGEN (coord.), *D'urbanisme et d'environnement, Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 365 à 379.

81. Pour rappel, ce régime dual, instauré en 1985, fut abandonné suite aux modifications apportées par les décrets du 11 mars 1999, du 4 juillet 2002 et du 15 mai 2003 au profit d'un système où un projet susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement, mais non soumis d'office à étude, devait faire l'objet d'une simple notice, tout en étant soumis aux consultations du public et des instances consultatives. On sait que la Cour d'arbitrage a sanctionné ce mécanisme pour non-respect du principe d'égalité par son arrêt n° 11/2005 du 11 janvier 2005. Le législateur a ensuite rétabli le régime initial, en exigeant qu'une étude d'incidences soit réalisée chaque fois qu'un projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

82. La Cour de justice a reconnu qu'« un projet de dimension même réduite peut avoir des incidences notables sur l'environnement » (C.J.U.E., 15 octobre 2009 (Commission c. Pays-Bas), C-255/08, point 30).

83. Il est trop tôt pour vérifier si ces exonérations seront compatibles avec les exigences de la directive 2011/92/UE, qui soumet les projets à évaluation et autorisation indépendamment de la question de savoir s'ils sont déjà soumis à permis.

mation sur les permis délivrés en milieu rural et de moyens d'action des associations. On ajoutera que l'agrément requis pour les auteurs d'étude d'incidences n'est pas suffisamment exigeant sur les compétences en écologie et en biologie pour garantir le caractère « approprié » de l'étude⁸⁴ – comme le montrent régulièrement les avis critiques du CWEDD sur les aspects relatifs à la biodiversité.

Or, le droit européen ne s'oppose pas, selon nous, à ce qu'une évaluation ciblée sur le risque d'incidence notable pressenti soit réalisée par un expert spécialisé, public ou privé – mais non nécessairement agréé comme auteur d'étude d'incidences⁸⁵, pourvu que ses compétences scientifiques dans le secteur concerné soient reconnues – et soumise à des formalités allégées tout en respectant les exigences procédurales de la directive 2011/92/UE⁸⁶. Le droit wallon ne nous paraît pas non plus exclure tout assouplissement de la pratique actuelle à cet égard⁸⁷, même si l'idéal serait d'adapter le droit existant pour assouplir le régime de l'étude d'incidences⁸⁸. Une idée serait par exemple de permettre à l'autorité compétente, comme le prévoyait le décret du 11 septembre 1985 initialement (art. 13), de fixer unilatéralement, le cas échéant sur avis d'instances spécialisées comme le DNF, le contenu de l'étude au cas par cas, en fonction des impacts notables et de l'ampleur du projet, en même temps qu'elle décide d'imposer cette évaluation⁸⁹. On pourrait également imaginer, en cas de présence potentielle d'espèces protégées ou de proximité d'une aire protégée, un mécanisme obligatoire de 'pré-évaluation' scientifique (incluant le cas échéant un inventaire local) dans le cadre de la notice, permettant à l'autorité, sur des bases objectives, de décider en connaissance de cause si le projet présente un risque d'incidences notables sur la biodiversité, sans devoir systé-

matiquement demander des informations complémentaires en raison du doute qui subsiste.

VI. Conclusion

L'arrêt *Poli* et, à sa suite, l'arrêt *de Limburg Stirum et cts*, nous laissent une impression favorable. Ils affirment clairement que les atteintes significatives à la biodiversité protégée doivent être considérées comme des incidences notables sur l'environnement à part entière. Elles doivent à ce titre faire l'objet d'une évaluation scientifique, bénéficiant de toutes les garanties procédurales prévues par le droit européen. Une vigilance accrue devra être accordée par les autorités et les maîtres d'ouvrage à la présence possible d'espèces protégées et donc à la nécessité d'obtenir, le cas échéant, une dérogation aux interdictions qui les protègent. On peut donc espérer une amélioration de l'effectivité des dispositions de protection des espèces dans les procédures de délivrance des permis. L'on ne peut que s'en féliciter, tant pour la nature que pour le public. Cette assimilation se traduit cependant, en Région wallonne, par l'obligation de réaliser une étude d'incidences, procédure lourde et coûteuse qui ne se justifie pas nécessairement pour les « petits projets ». Des ajustements d'ordre pratique ou juridique devraient donc être apportés au système wallon d'évaluation des incidences pour assouplir l'exigence tout en garantissant la qualité scientifique de l'évaluation et le respect du principe d'égalité. Gageons qu'à cette condition, il sera possible de mieux concilier le développement territorial avec la conservation de la nature, dont nous bénéficions tous, qu'on le veuille ou non.

84. Les compétences requises sont fonction des types de projet et de compétences organisationnelles, mais aucune exigence particulière n'est prévue en fonction des types de secteur de l'environnement, de milieux ou d'espèces susceptibles d'être impactés (art. R.58 et R.59).

85. Dans la pratique, les conditions requises pour obtenir l'agrément ne permettent pas à des personnes physiques de l'obtenir à titre individuel (F. HAUMONT, *Droit du développement durable*, notes de cours, 2014-15, p. 250).

86. S'il est vrai que l'article 3 de la directive 2011/92/UE prévoit que l'évaluation des incidences décrit et évalue « les incidences directes et indirectes » des projets, l'article 5 de la même directive prévoit que les demandeurs ne doivent fournir que les informations requises à l'annexe IV, laquelle n'exige qu'une « description des éléments de l'environnement susceptibles d'être affectés de manière notable par le projet proposé » (point 3, nous soulignons), et ce « dans la mesure où : a) les États 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 ; b) les États 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 » (art. 5, § 1^{er}). En outre, la directive 2014/52/UE a corrigé l'article 3, en indiquant que l'évaluation doit identifier, décrire et évaluer « les incidences notables directes et indirectes... » (art. 3, § 1^{er}, modifié). Il nous semble donc tout à fait possible de n'exiger de l'auteur de l'étude d'incidences qu'une analyse sur les seuls secteurs susceptibles d'être affectés significativement et non, comme c'est le cas souvent, sur tous les secteurs de l'environnement.

87. Si l'article D.66, § 1^{er}, exige une description des « effets directs et indirects » sur l'environnement, le point 6° de l'annexe VII de la partie réglementaire exige seulement de décrire les « effets importants directs et indirects ».

88. La difficulté sera toutefois de parvenir à justifier, notamment au regard du principe d'égalité et de l'article 23 de la Constitution, la distinction entre les projets soumis à une étude d'incidences et ceux qui requerraient un document et une procédure d'évaluation moins lourds. Pour rappel, le régime wallon d'évaluation des incidences a été sanctionné par la Cour d'arbitrage lorsqu'il prévoyait la possibilité de recourir à une notice pour réaliser l'évaluation des incidences requise pour les projets non soumis d'office à étude d'incidences mais susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement (C.A., 11 janvier 2005, n° 11/2005).

89. Actuellement, il est uniquement prévu que le demandeur peut consulter l'autorité compétente relativement aux informations à fournir dans le cadre de l'étude d'incidences (art. D.67, § 3, al. 3, et R.57, al. 2). On pourrait imaginer un mécanisme de prorogation (raisonnable) du délai, très court, imparti à l'autorité pour statuer sur le caractère complet ou recevable de la demande, sans pour autant allonger excessivement les procédures.