

confirmé l'estimation du territoire faite dans le rapport d'expertise Kaule/Wahl (p. 49) au cours de la réunion controversée. Les déclarations de l'expert-témoin M. Sturm incitent également à considérer comme acquises les conditions de fait d'un territoire particulier à protéger, au sens des annexes I à III de la directive FFH.

cc) Même en présumant qu'il s'agit d'un territoire potentiel FFH, le tracé sud ne comporte aucun obstacle insurmontable. L'article 6, alinéa 4, ss alinéa 1 de la directive FFH permet que le projet soit réalisé, s'il n'y a pas d'alternatives, pour des raisons impératives d'intérêt public incluant des raisons d'ordre social ou économique. Cela implique que le régime protectionniste de l'article 6, alinéa 4, ss alinéa 1 de la directive FFH est moins fort que le régime de l'article 4, alinéa 4 de la directive « oiseaux ». Si déjà l'application directe de la directive « oiseaux » ne comporte aucun obstacle insurmontable, cela s'applique *a fortiori* aussi en cas de présomption d'un territoire potentiel de la directive FFH.

NOTE

Cet arrêt de la Cour fédérale administrative allemande aura un impact important sur la doctrine et la pratique des relations entre deux directives, ainsi que sur l'effet direct de la directive sur la protection des oiseaux et de la directive relative à la protection des habitats naturels². De plus, l'arrêt pose la question de l'action en justice des associations et celle du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge. Ces questions, même si elles sont ici envisagées par le droit allemand, sont peut-être intéressantes dans une perspective de droit comparé.

L'arrêt concerne l'action d'une association de protection de la nature contre l'autorisation de la construction d'une première tranche de l'autoroute A 20 au nord de l'Allemagne. Si cette tranche n'est pas nuisible en elle-même, elle fixe les termes pour la tranche suivante qui ne pourra pas éviter de traverser une zone humide riche appelée Wakenitz-Niederung.

Les points suivants doivent être soulignés :

1. La Cour détermine dans quelle mesure l'action de l'association (dont la recevabilité est en principe prévue par la loi du Land) conditionne l'étendue du pouvoir de contrôle du juge. La Cour souligne que la loi ne donne aux associations que le droit de faire valoir des intérêts liés à la protection de la nature. Elle conçoit cette limitation comme excluant que l'association invoque l'absence de besoins de transport, le bruit et les émissions polluantes qui seront engendrés par le tracé de l'autoroute.

Cette interprétation restrictive pourrait être applaudie si le droit de la planification des autoroutes définissait précisément les biens environnementaux à protéger et fixait dans des termes clairs le degré de leur protection. Dans ce cas, on pourrait considérer le bien naturel comme indépendant des autres. En réalité, le programme législatif de planification des autoroutes est plus complexe. Il prévoit que tous les intérêts touchés par le projet doivent être identifiés et appréciés par rapport à leurs valeurs propres. Cela implique deux possibilités de violation du programme : un intérêt peut être mal apprécié parce que sa valeur propre a été sous-estimée ou parce que la contrepartie a été surestimée par rapport au premier intérêt. L'exemple le plus fréquent en pratique est le besoin d'une nouvelle autoroute par rapport aux infrastructures de transport déjà existantes. Ce besoin peut être surestimé par rapport aux intérêts de protection de la nature mais la

2. Directive n° 79/409, JOCE n° L 103/1 ; directive n° 92/43, JOCE n° L 206/7.

Cour ne permet pas aux associations de soulever un tel argument. Cette position a plusieurs fois été critiquée comme étant peu logique. D'ailleurs cette position, envisagée dans le contexte du droit français, signifie qu'une association ne saurait soulever l'évaluation propre de l'avantage du projet comme erreur dans l'appréciation du bilan coût-avantage.

2. Un deuxième problème méritant d'être mentionné est la recherche d'alternatives dans la décision administrative. Voilà une question moderne de la théorie du droit administratif qui n'est pas encore suffisamment étudiée ni en Allemagne, ni dans les autres pays européens³. En pratique, tout gestionnaire qui élabore des mesures a coutume d'imaginer des alternatives d'action. Quelquefois, il ne le fait pas avec le soin nécessaire. Le juge devrait-il disposer du pouvoir d'annuler une décision pour défaut de prise en considération d'une certaine option ? Ou devrait-il accepter le choix principal du décideur et se borner à veiller à ce que l'alternative choisie corresponde au cadre du droit positif ? La doctrine pertinente que la Cour allemande a déjà développée plus clairement dans d'autres arrêts est la suivante : en principe le juge ne contrôle que la légalité de l'alternative choisie. Mais dans le champ du droit de la planification – où le programme législatif est plutôt orienté vers la procédure que vers des critères de fond – l'appréciation requise est conçue comme incluant aussi la considération d'alternatives. En conséquence, la non-consideration vaut violation de la loi. Mais combien et quel type d'alternatives faut-il prendre en considération ? Quel est le critère de délimitation du spectre d'alternatives en cause ? La directive européenne concernant l'étude d'impact propose un critère subjectif : sont à prendre en compte les alternatives que le décideur avait déjà lui-même recherchées. Cette solution n'est pas très convaincante, parce que la partie privée pourrait abuser de son privilège de définition. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour allemande avait proposé un critère plus objectif : les alternatives devant être prises en considération sont celles qui « s'imposent vue la nature du cas ».

Dans le cas de l'autoroute A 20, deux alternatives fondamentales se posaient : contourner la cité de Lübeck par le nord ou par le sud. La dernière a été choisie. La Cour fédérale administrative aurait pu appliquer le critère précité et se demander si l'administration, en élaborant le tracé du sud, avait sérieusement considéré les coûts et avantages comparatifs du tracé du nord. Mais la Cour refuse de procéder ainsi. Ceci introduit un nouvel élément dans la doctrine de la recherche d'alternatives : la notion de conception du projet (Planungskonzept). L'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire plus ou moins illimité de détermination du concept général du projet. Des alternatives qui ne correspondent pas à un tel concept sont éliminées dès le départ et ne peuvent plus être mises en cause à l'occasion d'un recours contre la décision finale. On pourrait parler d'une construction à deux échelons : au premier niveau le but et la dimension du projet sont déterminés d'une manière générale. A un second niveau, des alternatives plus précises sont évaluées. Seul le deuxième niveau est accessible s'agissant du recours en justice.

Nous pensons que, en principe, la Cour a raison de faire une telle distinction. En conséquence, par exemple, le plaignant ne pourrait pas attaquer la décision fondamentale de l'Etat d'améliorer les infrastructures de transport au nord de l'Allemagne. Il s'agit là d'une question générale qui n'a pas à faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. On pourrait aussi défendre (même si déjà à ce stade on

3. Voir l'essai de Gerd Winter, « Alternativenprüfung im Prozess administrativer Entscheidungsbildung », Düsseldorf (Werner Verlag), 1998.

peut en douter) que la décision de construire une autoroute et non pas, par exemple, un chemin de fer, ressort du premier niveau. Mais le choix des tracés au nord ou au sud semble être une question typique du niveau concret qui devrait être susceptible de recours juridictionnel. En résumé, même s'il convient de distinguer entre le choix d'une fermeture ou d'une ouverture au contrôle juridictionnel, on peut se demander si le critère utilisé par la Cour allemande, soit la notion de conception du projet, est approprié pour bien caractériser le premier des deux niveaux de choix. Mais comment trouver des critères plus précis ? En droit anglais, on distingue entre des questions de politique et des questions de fait⁴. Mais que recouvre le terme « politique » ? La pratique a bien des difficultés à préciser cette notion⁵.

3. La Cour renforce sa jurisprudence concernant l'autorisation des projets en tranches. En principe, pour des raisons pratiques, elle accepte la réalisation de grands projets par étapes. Mais elle demande que la tranche en question soit fondée sur une conception générale du projet (qui, dans le cas des autoroutes, est d'abord conclue lors de la « détermination des grandes lignes » [Linienbestimmung] par le ministère fédéral des Transports). Ce fondement peut avoir deux conséquences pour la tranche en construction : si elle cause des dégâts, cet effet peut être apprécié et compensé par les bénéfices généraux du projet entier. En revanche, si une tranche qui doit être réalisée ultérieurement ne peut pas être autorisée, la première tranche ne peut pas non plus l'être ou doit, alternativement, poursuivre un but autonome pour qu'il ne reste pas un « morceau de planification » au cas où le projet entier ne serait pas réalisé. Il semble que cette solution mérite notre approbation.

Dans l'affaire qui nous occupe, nous sommes dans la situation d'un danger de fragmentation de planification parce que la première tranche préjugera du passage de la tranche postérieure à travers la zone humide de Wakenitz. Donc, la Cour se penche sur la question de savoir si la destruction des habitats est inévitable. En conclusion, elle répond par la négative : elle imagine que la route pourrait être conduite à travers un tunnel. Elle aurait pu conclure l'arrêt par ce résultat. Mais elle prend le soin de clarifier les étapes qui conduisent à ce résultat. En particulier, elle explique si et dans quelle mesure la zone de Wakenitz mérite une protection, au titre des directives européennes.

4. En ce qui concerne la directive sur la protection des oiseaux, il faut noter que dans la région se trouve l'habitat d'un oiseau nommé râle des genêts qui figure comme oiseau protégé dans l'annexe I de la directive. La Cour allemande suit la jurisprudence de la CJCE qui a plusieurs fois constaté que le régime protectionniste de l'article 4 (IV) de cette directive avait un effet direct. Elle examine si ce régime est remplacé par les exigences de l'article 6 (IV) de la directive « habitats ». Ce régime est moins strict que le régime issu de la directive « oiseaux » : ce dernier ne permet des projets néfastes qu'au profit des besoins de la santé humaine, de la sécurité publique ou de la nature, tandis que le premier intègre aussi les besoins contraignants de l'intérêt public.

Sans s'exprimer définitivement la Cour fédérale met en doute l'applicabilité du régime moins strict quand l'Etat membre n'a pas encore transposé la directive « habitats » dans son droit national. Le privilège d'appliquer le régime moins strict ne devrait pas s'appliquer à l'Etat qui n'a pas encore rempli ses devoirs

4. Voir le célèbre jugement *Bushell v. Secretary of State for the Environment* (1980) 2 All ER 608.

5. Voir M. Purdue, E. Young, J. Rowan-Robinson, « *Planning Law and Procedure* », London (Butterworths) 1989, 545.

de transposition. En conséquence, la Cour considère que le régime strict de la directive « oiseaux » est applicable. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné, même avec cette supposition, il n'y a pas de préjudice parce que la construction d'un tunnel permettrait d'éviter toute destruction de la nature en première instance sans qu'il soit nécessaire d'invoquer l'une des raisons de justification de destruction.

En tous les cas, il faut retenir de l'arrêt le fait que le régime plus strict de la directive « oiseaux » ne sera pas supplanté par le régime moins strict de la directive « habitats » tant que cette dernière n'est pas transposée en droit national.

5. La partie concernant la directive « habitats » est la partie la plus créative de l'arrêt. La directive, on l'a noté, n'avait pas été transposée en droit allemand. Les autorités n'avaient pas non plus entrepris les actions requises par la directive, c'est-à-dire la sélection et la notification à la Commission des sites qu'elles estimaient appropriés pour faire partie du réseau Natura 2000. En l'occurrence, les autorités du Land n'avaient pas notifié la région de Wakenitz, parce qu'elles ne l'estimaient pas suffisamment valable, c'est ce qu'elles alléguaient, ou parce qu'elles ne voulaient pas gêner la procédure de planification de l'autoroute, comme le plaignant le soutenait. La Cour, après avoir écouté les experts, a estimé que la région de Wakenitz contient en fait l'un des habitats protégés (en l'espèce la forêt de marais).

Nous sommes donc dans la situation présumée d'un habitat non protégé par le droit national mais à protéger et pas encore notifié d'après le régime de la directive européenne. Comment résoudre ce conflit de droits ? La Cour fédérale envisage deux possibilités :

L'une des variantes consiste à élargir la doctrine de l'effet direct également à la directive « habitats », donc à considérer la région de Wakenitz comme habitat protégé « de fait ». La Cour se déclare « inclinée » à accepter une telle solution. Elle surpasse légèrement le contre-argument qui est que la directive « habitats », contrairement à la directive « oiseaux », n'est peut-être pas précise et inconditionnelle – critères requis pour l'effet direct. La Cour pense que les conditions de l'effet direct peuvent être remplies dans des cas individuels si (1) les critères scientifiques d'habitats sont réunis, (2) la cohésion avec le réseau Natura 2000 s'impose, (3) la directive n'a pas été transposée, et (4) la liste des sites susceptibles d'être protégés n'a pas été notifiée.

Cette tentative de positionnement se situe bien dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de protection de la nature, qui a toujours été stricte, considérant la nécessité d'invoquer l'effet utile pour compenser la position souvent faible de la nature. Par ailleurs, on notera que la position prise par la Cour fédérale n'a pas une grande portée. Ce sont les conditions (3) et (4) qui garantissent que l'effet direct est transitoire : il y est mis fin en effet par (3) la transposition du texte de la directive et (4) la notification du réseau des régions à protéger. Si plus tard on découvre qu'une région digne de protection a été oubliée, cela ne déclenche pas l'effet direct. Mais il n'est pas exclu que d'autres cours s'engagent dans un élargissement de la conception, en abandonnant les conditions (3) et (4). A l'avenir, il est aussi possible qu'il faille envisager un effet direct dans les cas où une région a été soumise à un régime de protection propre mais où la protection n'a pas été observée en pratique.

Reste encore une question plutôt théorique de la doctrine de l'effet direct : les cas où une personne privée (par ex. un agriculteur) subit les inconvénients du régime de protection doivent-ils être exclus de cet effet ? Est-ce que dans de tels cas la jurisprudence *Kolpinghuis and Marshall* de la Cour de justice des Communautés européennes s'applique, jurisprudence qui rejette l'effet direct s'il inflige des préjudices à une partie privée ? La réponse n'a pas encore été donnée. Dans notre affaire, où la construction de l'autoroute était un projet de l'Etat, le problème de l'effet dommageable pour une partie privée ne se posait pas.

6. La Cour fédérale – on le sait – ne s'est pas prononcée définitivement sur l'effet direct. Au lieu de le faire, elle développe toute une nouvelle doctrine : l'obligation d'attendre. La Cour se fonde sur l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Inter-Environnement*. Dans cette affaire, une autorité belge avait autorisé une installation de traitement de déchets en appliquant les critères du droit belge en vigueur, critères moins stricts que ceux requis par une directive européenne. Même si la période de transposition ne s'était pas encore écoulée, la Cour de justice avait demandé de refuser l'autorisation, au motif que l'installation une fois construite aurait empêché l'application ultérieure de la directive. La Cour fédérale étend cette jurisprudence à la directive « habitats ». Dans cette affaire, il convient aussi d'établir une obligation d'attente pour ne pas laisser s'accomplir des faits qui pourraient empêcher la sélection même des sites et la notification des habitats à protéger. La Cour considère que ce principe s'applique *a fortiori* aussi à la situation où le délai de transposition est déjà écoulé. Voilà une nouvelle doctrine qui, me semble-t-il, mérite d'être soutenue.

La conséquence de cette construction est en substance la même qu'en cas d'effet direct de la directive : tout projet est soumis au régime protectionniste de la directive. Mais l'obligation d'attente n'est que transitoire. Quand l'Etat remplit les obligations fixées par la directive, notamment celles de l'article 4, l'obligation d'attente cesse d'exister tandis que, en cas d'effet direct, l'obligation de protéger persiste sans limites de temps. Néanmoins, la question du terme du délai en cas d'obligation d'attente reste à préciser. Est-ce que l'attente s'épuise à la date de la notification des sites sélectionnés, ou est-ce que la date en cause correspond à la décision de la Commission européenne concernant l'incorporation du site dans le réseau Natura 2000 (décision de l'art. 4 II et III de la directive) ? Je crois qu'il serait logique d'étendre le devoir d'attente jusqu'à la décision de la Commission. Les Etats membres doivent être tenus pour responsables de ne pas avoir respecté les termes fixés par l'article 4 de la directive. Sans cette omission, la Commission aurait pu prendre cette décision déjà depuis le 1^{er} juin 1998, date après laquelle l'obligation de l'article 4 V (application du régime de protection au site choisi) se serait matérialisé. Il ne sert à rien de sanctionner le retard qui a contribué au ralentissement de la procédure Natura 2000 par l'obligation d'attente.

7. Le dernier point qui mérite d'être souligné concerne la question du pouvoir discrétionnaire et des critères de sélection des sites par les Etats membres. La Cour fédérale suit la jurisprudence de la CJCE dans les affaires *Santona* et *Lappel Bank*, où la Cour a jugé que seuls des critères scientifiques (qui se trouvent dans les annexes I et III de la directive) peuvent être appliqués, et que c'est seulement dans le cadre de tels critères qu'une certaine marge de manœuvre est possible. La Cour ajoute que les Länder (qui, en Allemagne, sont en premier lieu responsables du choix des sites) ne peuvent pas se prévaloir d'une marge de discrétion politique pendant ce choix initial. Il faut concéder que tout ceci est un peu héroïque ou idéaliste, si l'on considère que pour beaucoup d'habitats et

d'espèces, il y a très souvent plusieurs sites méritant protection et que le choix est nécessairement lié à des considérations d'ordre économique et social. Mais il s'agit là d'une question à adresser à la CJCE plutôt qu'à la Cour allemande. Peut-être la Cour Allemande aurait-elle dû s'exprimer de façon un peu plus réaliste et décider que, en principe, seuls des critères purement scientifiques doivent guider la sélection et que, dans les cas où les sites sont particulièrement riches, il convient d'appliquer également d'autres critères. D'un autre côté, la CJCE sait probablement mieux que les auteurs de critiques qu'il faut être le plus objectif et le plus strict possible pour avancer, ne serait-ce que pas à pas, dans un domaine où les conflits sont aussi graves que celui de la protection des habitats. Il faut aussi mentionner – comme l'a fait la Cour allemande – que l'article 4-II de la directive permet une certaine flexibilité.

Ainsi, l'obligation d'attendre et la délimitation du pouvoir discrétionnaire de choix n'ont pas conduit la Cour à stopper le projet. Tout en supposant que le site de Wakenitz est soumis au régime protectionniste de la directive, la Cour continue à demander plus précisément si ce régime nécessite en fait l'abandon du projet. La réponse correspond à celle donnée dans le contexte de la directive « oiseaux » : si le régime de protection n'est pas un obstacle (parce qu'il n'y a pas d'impact négatif), le même principe doit s'appliquer dans le contexte de la directive « habitats ».

Gerd Winter,
Professeur à l'Université de Brême. |