

Affaire C-131/24

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

16 février 2024

Juridiction de renvoi :

Bundesverwaltungsgericht (Autriche)

Date de la décision de renvoi :

15 février 2024

Parties requérantes :

Umweltorganisation VIRUS – Verein Projektwerkstatt für Umwelt und Soziales

Umweltorganisation Verein Lebenswertes Traisental

Bürgerinitiative „Nein zur Spange Wörth“

Umweltorganisation FG LANIUS

A. H. e.a.

Partie défenderesse :

Land Niederösterreich, représenté par l’Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Landesstraßenplanung – ST3

Autorité ayant adopté la décision attaquée :

Land Niederösterreich, représenté par l’Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Gruppe Wirtschaft, Sport und Tourismus, Abteilung Anlagenrecht – WST1

Autres parties à la procédure :

Stadt St. Pölten (en tant que commune sur le territoire de laquelle il est prévu de réaliser le projet)

Marktgemeinde Ober-Grafendorf (en tant que commune sur le territoire de laquelle il est prévu de réaliser le projet)

Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft
(ASFINAG), représentée par ASFINAG Bau Management GmbH

Bundesverwaltungsgericht
(tribunal administratif fédéral)
République d’Autriche

[OMISSIS – coordonnées]

Références :
W104 2227635-1/149Z
[OMISSIS]

ORDONNANCE

Le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) [OMISSIS – composition], saisi par

- l’organisation de défense de l’environnement VIRUS – Verein Projektwerkstatt für Umwelt und Soziales (VIRUS – Association Atelier de projets pour l’environnement et sociaux),
- l’initiative citoyenne « Nein zur Spange Wörth » (« Non au raccordement de Wörth ») et l’organisation de défense de l’environnement Verein Lebenswertes Traisental (Association Une vallée de la Traisen où il fait bon vivre),
- l’organisation de défense de l’environnement FG LANIUS – Forschungsgemeinschaft für regionale Faunistik und angewandten Naturschutz (FG LANIUS – communauté de recherche en faunistique régionale et protection de l’environnement appliquée),
- A. H., J. K., A. et M. H., L. S., K. S., M. L., F. J., W. G., L. M., M. F., A. et T. R., E. et K. S., J. S., B. K., G. K., A. H., R. W., M.K., F. L., J. H., A. G., E. B., J. A., L. et B. S., W. H., A. G., C. H., F. S., A. P., F. P., J. H., F. et K. W.,

de recours contre la décision WST1-LJ-663/045-2019 de la Niederösterreichische Landesregierung (gouvernement du Land de Basse-Autriche) du 12 novembre 2019, autorisant, sur demande du gouvernement du Land de Basse-Autriche, représenté par l’Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Abteilung Landesstraßenplanung (ST3) [Services du gouvernement du Land de Basse-Autriche, service « Planification des routes relevant de la compétence du Land » (ST3)], le projet « Landesstraße L 5181, Spange Wörth » (route L 5181, raccordement de Wörth) en application de l’Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (loi fédérale de 2000 relative à l’évaluation des incidences sur l’environnement), ordonne :

Conformément à l'article 267 TFUE, les questions ci-après sont déférées à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne :

1) Convient-il d'interpréter l'article 5 de la directive 2009/147/CE en ce sens qu'il n'y a pas de perturbation intentionnelle, au sens de la disposition sous d) de cet article, lorsqu'il est certes possible qu'une perturbation de spécimens isolés de certaines espèces se produise, mais que des mesures qui sont mises en œuvre en temps utile et de façon appropriée et effective permettent de prévenir tout effet eu égard aux objectifs de l'article 2 de cette directive ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question : Pour que tout doute scientifique quant à l'efficacité des mesures soit exclu, l'évaluation technique, dûment motivée, d'un expert judiciaire suffit-elle ou faut-il, au contraire, disposer d'une documentation scientifique objective attestant d'expériences pratiques positives concernant ces mesures ?

Motifs :

I. L'habilitation à saisir la Cour à titre préjudiciel et l'objet du litige au principal

1. La présente demande de décision préjudicielle est introduite par le Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral) de la République d'Autriche, qui est une juridiction au sens de l'article 267 TFUE.

2. La présente procédure de recours porte, entre autres, sur la question de savoir si une route d'une longueur de 1,69 km et sur laquelle circuleront, selon les estimations, en moyenne environ 12 000 véhicules par jour causera une perturbation du pic mar (*Leipicus medius*) et éventuellement d'autres espèces d'oiseaux forestiers qui aura un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 novembre 2009, concernant la conservation des oiseaux sauvages (JO 2010, L 20, p. 7).

3. Dans le cadre de ce litige se pose une question relative à l'interprétation de la directive 2009/147, sur laquelle la Cour ne s'est pas encore prononcée et dont la réponse ne découle pas clairement de la jurisprudence de la Cour, laissant, au contraire, place au doute raisonnable.

II. Les parties à la procédure au principal

4. Les parties à la procédure au principal sont :

a) le gouvernement du Land de Basse-Autriche, en qualité d'autorité ayant adopté la décision attaquée devant la juridiction de céans,

b) le Land Niederösterreich (Land de Basse-Autriche), service « Planification des routes relevant de la compétence du Land » (ST3), en qualité de maître d'ouvrage, ainsi que

c) l'organisation de défense de l'environnement « VIRUS – Verein Projektwerkstatt für Umwelt und Soziales », l'initiative citoyenne « Nein zur Spange Wörth », l'organisation de défense de l'environnement « Verein Lebenswertes Traisental » et l'organisation de défense de l'environnement « FG LANIUS – Forschungsgemeinschaft für regionale Faunistik und angewandten Naturschutz », ainsi que A. H., J. K., A. et M. H., L. S., K. S., M. L., F. J., W. G., L. M., M. F., A. et T. R., E. et K. S., J. S., B. K., G. K., A. H., R. W., M.K., F. L., J. H., A. G., E. B., J. A., L. et B. S., W. H., A. G., C. H., F. S., A. P., F. P., J. H., F. et K. W., en qualité de parties requérantes contestant devant la juridiction de céans la décision du gouvernement du Land de Basse-Autriche.

III. Les faits et la procédure

5. Par courrier du 23 décembre 2014, le Land de Basse-Autriche, représenté par le service « Planification des routes relevant de la compétence du Land » (ST3) des Services du gouvernement du Land de Basse-Autriche, a sollicité l'autorisation du projet « Landesstraße L 5181, Spange Wörth », conformément à l'article 5 de l'Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (loi fédérale de 2000 relative à l'évaluation des incidences sur l'environnement). L'autorité était tenue de procéder à une évaluation des incidences du projet sur l'environnement.

6. À l'issue de cette évaluation, l'autorité défenderesse a adopté la décision datée du 12 novembre 2019, autorisant la construction et l'exploitation de l'ouvrage (ci-après la « décision attaquée »).

7. Des recours ont été introduits, dans les délais, contre cette décision, par, entre autres, l'organisation de défense de l'environnement VIRUS, recours dans le cadre desquels étaient notamment invoqués des aspects liés à la protection des espèces en vertu de la directive 2009/147 et de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JO 1992, L 206, p. 7).

8. Au regard des recours dont elle a été saisie, la juridiction de céans doit examiner, entre autres, s'il y a effectivement lieu de s'attendre à ce que les effets préjudiciables du projet sur les oiseaux qui sont invoqués par les parties requérantes se produisent et quelle en est l'incidence sur l'aptitude du projet à être autorisé.

9. De possibles territoires de couvée de l'alouette des champs, de la perdrix grise et de la caille des blés, qui sont des oiseaux nichant au sol, dans des champs découverts se trouvent dans le périmètre à l'intérieur duquel il est à prévoir que, du fait du terrain occupé par l'ouvrage et du bruit, le projet ait une incidence. Il y a également lieu de s'attendre à ce que le bruit ait une incidence sur des espèces

très répandues d'oiseaux forestiers. Cela concerne le merle noir, la mésange bleue, le pinson des arbres, le pic épeiche, éventuellement l'hypolaïs icterine, le serin cini, le bruant jaune, le gobemouche gris, le verdier d'Europe, le pic vert, le gobemouche à collier, l'accenteur mouchet, éventuellement le pigeon colombin, le gros-bec casse-noyaux, la sittelle torchepot, la mésange charbonnière, le coucou gris, la grive draine, le pic mar, la fauvette à tête noire, le loriot d'Europe, le rouge-gorge familier, la mésange à longue queue, le pic noir, la grive musicienne, le roitelet triple-bandeau, l'étourneau sansonnet, le chardonneret élégant, la mésange noire, le grimpereau des bois, le pouillot siffleur, le roitelet huppé, le troglodyte mignon et le pouillot véloce.

10. Selon le rapport d'un expert de la protection de la nature mandaté par le tribunal, il y a lieu de s'attendre à ce que, s'agissant des espèces d'oiseaux concernées, la limitation des périodes de construction de l'ouvrage à des mois bien déterminés prévue dans le projet ainsi que des mesures d'amélioration des habitats sur des surfaces situées hors de la zone d'immission, qui pourront être imposées à titre de condition, soient efficaces.

11. Les parties s'opposent dans le cadre de la présente procédure plus particulièrement au sujet de l'efficacité des mesures d'amélioration forestière et de sauvegarde des vieux arbres, à une distance d'au moins 300 m de la route, sur une surface totale de 6,6 ha dans le cadre d'un espace régional de mesures en faveur du pic mar et d'autres espèces d'oiseaux forestiers, que propose le maître d'ouvrage.

12. Selon le rapport des deux experts mandatés dans le cadre de la procédure, si les mesures proposées sont réalisées, aucun effet perturbateur sur les espèces concernées susceptible d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive 2009/147 ne se produira. Il n'est cependant pas possible de réduire, par des mesures, l'effet perturbateur sur les spécimens individuels dans la forêt concrètement concernée par le projet, ne serait-ce que parce que durée de la vie de la plupart des oiseaux forestiers concernés est insuffisante pour qu'il soit même possible de réduire effectivement la perturbation de ces spécimens. Selon l'appréciation portée par les experts, les mesures proposées assurent toutefois la sauvegarde de l'habitat de ces espèces et les conditions requises pour qu'elles y nichent.

13. Les parties requérantes contestent cette analyse des experts judiciaires.

14. Une audience, s'étendant sur plusieurs jours, a eu lieu devant la juridiction de renvoi, au cours de laquelle celle-ci a débattu avec les parties des faits et les parties ont fait valoir leur point de vue.

IV. L'argumentation des parties

15. L'argumentation du maître d'ouvrage :

16. Le maître d'ouvrage fait valoir que la mise en œuvre du projet n'entraînera aucune occupation directe de surfaces comprises dans des territoires du pic mar et, dès lors, aucune perte d'habitat. En raison de la faible distance entre le tracé projeté et les territoires, il convient de considérer que des effets perturbateurs sur l'habitat principal à l'intérieur des forêts se produiront temporairement, avec un certain décalage, réduisant l'aptitude des zones concernées à servir d'habitat.

17. Le maître d'ouvrage expose que la mise hors exploitation des vieux arbres sera immédiatement efficace : les arbres concernés ne pourront plus être abattus. Ils resteront donc disponibles comme site de reproduction, existant ou potentiel, tout comme pour la recherche de nourriture, et pourront être durablement utilisés par le pic mar. Cela aura pour effet d'assurer à long terme des ressources de reproduction et alimentaires. En raison de l'âge élevé d'une forêt pleinement fonctionnelle, il est nécessaire de développer et sauvegarder des peuplements existants de haute qualité pour qu'une efficacité à court terme et, partant, autorisation à titre de mesure assurant la permanence de la fonctionnalité écologique (ci-après « mesure CEF ») soient possibles. Renoncer à exploiter des peuplements ayant atteint la maturité nécessaire pour être abattus et de vieux arbres (souvent en combinaison avec des aides artificielles et temporaires à la nidification) sert notamment à mettre à disposition, à bref délai, des abris et des nichoirs. Renoncer à l'exploitation n'a d'efficacité à court terme, et ne peut donc être envisagé à titre de mesure CEF, que si, en raison de leur niveau de maturité, les peuplements de forêt ou les arbres isolés pourraient être exploités à des fins sylvicoles au cours des 3 à 5 prochaines années, mais ne le sont pas, en raison de la mesure CEF. Sur les surfaces sur lesquelles il est prévu de mettre la mesure en œuvre, le peuplement de vieux arbres pourrait être abattu à tout moment, étant donné que les surfaces forestières concernées ont atteint leur durée de rotation (80 à 120 ans). Le prélèvement de fûts isolés est possible à tout moment, sans qu'une autorisation des autorités compétentes en matière forestière ne soit requise.

18. Selon le maître d'ouvrage, les vieux arbres offrent la possibilité de creuser des cavités, du bois mort ainsi que des branches mortes, ce qui permettra, à court et moyen terme, également la matérialisation d'autres paramètres de l'habitat du pic mar. Les conditions auxquelles doit répondre le site sur lequel il est prévu de mettre les mesures en œuvre (éloignement suffisant de sources potentielles de perturbations et de dangers, emplacement des mesures à proximité de territoires existants du pic mar, emplacement des mesures dans des peuplements dont le potentiel à servir d'habitat au pic mar est actuellement élevé, exigences quant à la qualité des vieux arbres et à leur nombre) sont remplies et leur efficacité dans le temps établie. Envisagé sous l'angle de l'autécologie, la mesure est plausible et les besoins de l'espèce pertinents s'agissant de ce type de mesures sont bien connus ; à l'appui, le maître d'ouvrage renvoie à des publications scientifiques. Les structures nécessaires sont disponibles à bref délai. Les surfaces forestières disponibles sont suffisantes et il existe une continuité avec des populations existantes. Dans l'ensemble, l'aptitude à servir d'habitat s'est accrue, en comparaison avec l'état sans le projet.

19. Le maître d'ouvrage déclare enfin que, en ce qui concerne d'autres espèces moins sensibles d'oiseaux forestiers, les mesures permettent également d'exclure que ces espèces soient affectées.

20. L'argumentation des parties requérantes :

21. Les parties requérantes contestent la qualité d'habitat des surfaces sur lesquelles il est prévu de mettre la mesure en œuvre, tant en ce qui concerne le nombre de vieux arbres qui s'y trouvent qu'en ce qui concerne la quantité de bois mort nécessaire. En première ligne, cependant, elles contestent que la mesure consistant à cesser l'exploitation et à assurer l'existence de bois mort ait une efficacité immédiate. Renvoyant à des publications scientifiques, elles font valoir que les mesures ne pourront produire un effet qu'à moyen terme, dans un délai de 5 à 10 ans, et donc bien après que la route aura été mise en service.

22. L'expert mandaté en dernier lieu par le tribunal estime que, à condition que les mesures respectent certains paramètres, elles seront pleinement efficaces pour ce qui est d'éviter des perturbations. Il s'appuie à cet égard en substance sur sa propre expérience et sur des lignes directrices d'autorités allemandes, dont il déclare qu'elles tiennent compte des publications invoquées par les parties requérantes.

23. Les parties requérantes y opposent que ces lignes directrices établies à la demande d'autorités en charge de l'aménagement routier sont de simples avis d'experts, auxquels elles opposent d'autres avis d'experts ou leur interprétation de ces avis.

24. Interrogé par la juridiction de céans, l'expert a indiqué que, d'après lui, il n'y avait pas de travaux contredisant le caractère approprié des mesures en ce qui concerne le pic mar et que, par ailleurs, l'[autécologie] du pic mar ne fournissait aucun indice faisant apparaître l'efficacité des mesures comme n'étant pas plausible. Il n'existait dès lors aucun doute suffisamment justifié quant à l'efficacité de ces mesures. Seul faisait encore défaut un suivi complet et scientifiquement fondé qui, non seulement, éliminerait tout doute, mais pourrait même apporter la preuve de l'efficacité des mesures. En réponse à la question de la juridiction de céans, de savoir s'il existait un seul cas, documenté de façon fiable, dans lequel les mesures de mise hors exploitation projetées avaient eu pour effet d'empêcher une perturbation du pic mar par un projet, voire conduit à une amélioration de l'état de conservation de l'espèce aux alentours du projet, l'expert a déclaré n'avoir, en dépit d'intensives recherches et des échanges d'expériences avec des collègues, pas trouvé d'étude aussi univoque.

V. Le cadre juridique

Le droit de l'Union

25. La directive 2009/147 :

« Article 2

Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour maintenir ou adapter la population de toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1^{er} à un niveau qui corresponde notamment aux exigences écologiques, scientifiques et culturelles, compte tenu des exigences économiques et récréationnelles. »

« Article 5

Sans préjudice des articles 7 et 9, les États membres prennent les mesures nécessaires pour instaurer un régime général de protection de toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1^{er} et comportant notamment l'interdiction :

[OMISSIS – texte de la disposition sous a)]

b) de détruire ou d'endommager intentionnellement leurs nids et leurs œufs et d'enlever leurs nids ;

[OMISSIS – texte de la disposition sous c)]

d) de les perturber intentionnellement, notamment durant la période de reproduction et de dépendance, pour autant que la perturbation ait un effet significatif eu égard aux objectifs de la présente directive ;

[OMISSIS – texte de la disposition sous e)] »

Le droit national

26. Niederösterreichisches Naturschutzgesetz 2000 (loi du Land de Basse-Autriche de 2000 sur la protection de la nature) (LGBI. 8500-0) :

« Article 18

Protection des espèces

1. Les règles en matière de protection des espèces ont pour objet la protection et l'entretien des espèces de la faune et de la flore sauvages dans leur diversité naturelle et historique. La protection des espèces comprend :

1) la protection des animaux, des plantes et de leurs biocénoses contre les atteintes dues à l'homme, en particulier à sa mainmise,

2) la protection, l'entretien, le développement et le rétablissement des habitats d'espèces de la faune et de la flore sauvages ainsi que la sauvegarde de leurs autres conditions de vie et

[OMISSIS – texte du point 3]

2. Le gouvernement du Land, par voie de règlement, déclare espèces protégées, complètement ou, lorsque cela suffit à conserver l'espèce, partiellement ou à titre temporaire, les plantes sauvages ou les animaux sauvages qui ne sont pas du gibier au sens du Niederösterreichisches Jagdgesetz 1974 [(loi du Land de Basse-Autriche de 1974 sur la chasse)] (LGBl. 6500), dont il est nécessaire de protéger ou d'entretenir la population

- 1) en raison de leur caractère rare ou de la menace pesant sur leur population,
- 2) pour des raisons scientifiques ou culturelles,
- 3) en raison de leur utilité ou de leur importance pour l'écosystème, ou
- 4) en vue de conserver la diversité ou la spécificité de la nature et des paysages.

Le règlement peut désigner les espèces animales ou végétales dont la population sur le territoire du Land est menacée d'extinction.

[OMISSIS – texte du paragraphe 3]

4. En ce qui concerne les espèces spécialement protégées en application des paragraphes 2 et 3, il est interdit :

[OMISSIS – texte des points 1 et 2]

- 3) d'endommager, de détruire ou d'enlever des œufs, des larves, des chrysalides ou des nids de ces animaux ou leurs sites de nidification, de reproduction, de frai ou de refuge, ainsi que
- 4) de perturber les biotopes, les sites de reproduction et d'habitat des espèces menacées d'extinction et visées dans le règlement, en particulier en prenant des photographies ou en filmant. »

VI. La jurisprudence de la Cour relative aux questions préjudicielles

27. Relative à la première question préjudicielle :

28. Renvoyant à sa jurisprudence, la Cour a dit pour droit, dans l'arrêt du 12 avril 2018, *People Over Wind et Sweetman* (C-323/17, EU:C:2018:244), portant sur la protection des sites en vertu de la directive 92/43, que l'article 6, paragraphe 3, de cette directive doit être interprété en ce sens que, afin de déterminer s'il est nécessaire de procéder, ultérieurement, à une évaluation appropriée des incidences d'un plan ou d'un projet sur un site concerné, il n'y a pas lieu, lors de la phase de préévaluation, de prendre en compte les mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables de ce plan ou de ce projet sur ce site.

29. Dans cet arrêt, la Cour a expressément souligné que l'article 6, paragraphe 3, de la directive 92/43 prévoit différentes phases et que les interrogations de la juridiction de renvoi concernent uniquement la phase de préévaluation, qui a pour objet de déterminer s'il est nécessaire de procéder à une évaluation des incidences (points 29 et suivants). L'exigence d'une évaluation des incidences d'un plan ou d'un projet est subordonnée à la condition qu'il y ait une probabilité ou un risque qu'il affecte le site concerné de manière significative ; un tel risque existe dès lors qu'il ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que ce plan ou ce projet affecte le site concerné de manière significative (point 34). Une analyse complète et précise des mesures de nature à éviter ou à réduire d'éventuels effets significatifs sur le site concerné doit être effectuée au stade de la phase de l'évaluation appropriée – et non à celui de la préévaluation (point 36). La prise en compte de telles mesures (visant à éviter des effets préjudiciables) dès la phase de préévaluation serait susceptible de porter atteinte à l'effet utile de la directive ainsi qu'à la phase d'évaluation et il existerait un risque de contournement de cette phase d'évaluation (point 37).

30. Dans son arrêt du 17 avril 2018, *Commission/Pologne (Forêt de Białowieża)* (C-441/17, EU:C:2018:255, points 262 et 263), la Cour a, renvoyant à sa jurisprudence, constaté, au sujet des interdictions énoncées à l'article 5 de la directive 2009/147, que les obligations de protection existent avant même qu'une diminution du nombre d'oiseaux ne soit constatée ou que le risque d'extinction d'une espèce d'oiseaux protégée ne se soit concrétisé et que ces considérations, qui concernent le régime général de protection des oiseaux prévue à l'article 4, paragraphe 4, de cette directive, s'appliquent, à plus forte raison encore, dans le cadre de la protection spécifique prévue à l'article 5, sous b) et d), de ladite directive. Dans cette affaire, la transposition à la protection des espèces des considérations relatives à la protection des sites concernait donc l'existence d'obligations de protection avant même que le nombre de d'oiseaux diminue, en d'autres termes l'absence de pertinence de l'argument tiré de la stabilité de la population. Il ne saurait être déduit de cet arrêt que la jurisprudence de la Cour interdisant de prendre en compte des mesures visant à éviter ou réduire les effets préjudiciables au stade de la phase de préévaluation (concernant la protection des sites) fait obstacle à la prise en compte de ce type de mesures lors de l'évaluation du point de savoir si les éléments constitutifs d'une situation visée par l'interdiction au titre de la protection des espèces sont réunis.

31. Dans son arrêt du 4 mars 2021, *Föreningen Skydda Skogen* (C-473/19 et C-474/19, EU:C:2021:166, point 86), la Cour a fait référence à la « permanence de la fonctionnalité écologique » qui, dans un habitat naturel de l'espèce concernée dans une zone particulière est, malgré les précautions prises, perdue par détérioration, destruction ou dégradation, que ce soit directement ou indirectement, par l'effet de l'activité en cause considérée isolément ou cumulativement avec d'autres, et a expressément rejeté la thèse selon laquelle l'interdiction prévue à l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive 92/43 n'opère qu'à partir du moment où l'état de conservation de l'espèce concernée risque de se dégrader.

32. Il ne semble pas exister d'autres arrêts de la Cour concernant la possibilité de prendre en compte des mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables lors de l'appréciation du point de savoir si les éléments constitutifs d'une situation visée par une interdiction au titre de la protection des espèces énoncée par la directive 2009/147 sont réunis.

33. Relative à la deuxième question préjudicielle :

34. Concernant l'approbation de plans ou projets au titre de l'article 6, paragraphe 3, deuxième phrase, de la directive 92/43, la Cour applique le critère selon lequel tout doute scientifique raisonnable ou tout doute raisonnable d'un point de vue scientifique doit être exclu. Conformément à la jurisprudence, cette évaluation ne saurait comporter de lacunes et doit contenir des constatations ainsi que des conclusions complètes, précises et définitives, de nature à dissiper tout doute scientifique raisonnable concernant les effets des travaux envisagés sur le site considéré (arrêt du 15 juin 2023, Eco Advocacy, C-721/21, EU:C:2023:477, points 38 et 39 ainsi que jurisprudence citée).

35. Dans ses conclusions dans l'affaire qui vient d'être citée, l'avocate générale expose que, à cet égard, il n'y a pas lieu d'examiner des doutes qui ne sont pas raisonnables d'un point de vue scientifique (et uniquement ces doutes-là), citant à titre d'exemple des doutes dépourvus de tout fondement scientifique, telle l'objection selon laquelle un projet irrite les esprits des ancêtres (conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Eco Advocacy, C-721/21, EU:C:2023:39, point 92).

36. Il ne semble pas exister de jurisprudence sur la qualification nécessaire de mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables aux fins de maintenir la permanence de la fonctionnalité écologique dans le cadre de la protection des espèces.

VII. Considérations de la juridiction de céans concernant les questions préjudicielles

37. Concernant la première question préjudicielle :

38. Selon la juridiction de renvoi, il n'existe aucun élément permettant de penser que les développements de la Cour concernant l'interdiction de prendre en compte les mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables puissent être transposés au domaine de la protection des espèces. En effet, il existe une différence décisive entre les deux réglementations, dans la mesure où, dans le domaine de la protection des sites, l'approbation (article 6, paragraphe 3, deuxième phrase, de la directive 92/43) est précédée d'une évaluation des incidences sur le site concerné ou à tout le moins d'une phase de préévaluation (de la nécessité de procéder à cette évaluation des incidences) (article 6, paragraphe 3, première phrase, de la directive 92/43). Dans le domaine de la protection des espèces, en revanche, la réglementation énonce un certain nombre d'interdictions

en ce qui concerne les conséquences qu'un projet ne saurait avoir, à moins que les conditions d'octroi d'une autorisation dérogatoire ne soient réunies. Dans ce domaine, il n'existe pas de phase de préévaluation comparable à celle prévue à l'article 6, paragraphe 3, première phrase, de la directive 92/43.

39. Si la Cour prévoit pour la phase d'évaluation une analyse complète – prenant donc en compte les mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables – (et ne renvoie pas à la dérogation également prévue dans le domaine de la protection des sites, à l'article 6, paragraphe 4, de la directive 92/43), alors rien ne permet de penser que, dans le domaine de la protection des espèces, ce type de mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables ne pourraient pas être prises en compte au stade de la phase d'évaluation (à savoir lors de l'examen du point de savoir si les éléments constitutifs de la situation visée par l'interdiction sont réunies) et ne pourraient l'être que lors de l'examen des conditions de dérogation.

40. Dans son document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive « Habitats » [C(2021 7301 final)], publié au cours de l'année 2021, la Commission européenne propose (aux points 2.67 à 2.73 de ce document) que des mesures qui garantissent la permanence de la fonctionnalité écologique (dites « mesures CEF ») d'un site ou d'une aire répondent aux exigences de l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive 92/43. Il convient d'entendre par là des mesures visant à minimiser, voire à éliminer, l'incidence négative d'une activité sur les sites de reproduction ou les aires de repos des espèces protégées. Toutefois, elles peuvent également aller au-delà et inclure des actions qui améliorent activement un site de reproduction ou une aire de repos spécifique afin que ce site ou cette aire ne subisse – à aucun moment – une réduction ou une perte de sa fonction écologique. À titre d'exemples, la Commission cite l'agrandissement du site ou la création de nouveaux habitats au sein d'un site de reproduction ou d'une aire de repos ou en liaison directe avec ce site ou cette aire, afin d'en maintenir les fonctions. Les mesures CEF peuvent être une option lorsqu'une activité est susceptible de n'avoir une incidence que sur certaines parties d'un site de reproduction ou d'une aire de repos. Si, à la suite des mesures CEF, le site de reproduction ou l'aire de repos conserve au moins la même taille (ou que sa taille est supérieure) et la même qualité (ou que sa qualité s'améliore) pour l'espèce en question, il n'existera pas de détérioration de la fonction, de la qualité ou de l'intégrité du site. Le point crucial est que la fonction écologique permanente du site soit maintenue ou améliorée.

41. La juridiction de céans ne voit aucune raison pour ne pas étendre ce principe également à l'interdiction énoncée à l'article 5, sous d), de la directive 2009/147.

42. Plaide également en faveur d'une extension le texte même de cette disposition, qui interdit uniquement des perturbations qui ont un effet significatif eu égard aux objectifs de ladite directive. Il est donc inhérent à cette interdiction que cette condition soit vérifiée. Des perturbations qui sont sans effet eu égard aux

objectifs de la directive ne sauraient nécessiter une dérogation au titre de l'article 9 de la directive 2009/147.

43. L'objectif de la directive 2009/147 est défini à l'article 2 de celle-ci : la population de toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1^{er} doit être maintenue ou adaptée à un niveau qui correspond notamment aux exigences écologiques, scientifiques et culturelles, compte tenu des exigences économiques et récréationnelles. Des perturbations n'importent que dans la mesure où elles ont un effet sur la réalisation de cet objectif. Selon la juridiction de céans, rien ne plaide contre une prise en compte des mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables dès l'examen des éléments constitutifs de la situation visée par l'interdiction.

43. * Concernant la deuxième question préjudicielle :

44. Dans le document d'orientation de la Commission précité, il est indiqué qu'il est bien entendu nécessaire de « démontrer clairement » le maintien ou l'amélioration de la fonction écologique liée à ces mesures pour l'espèce concernée. Le recours à ces mesures n'est possible que lorsqu'il existe un régime d'autorisation ou de planification assorti de procédures formelles et que les autorités compétentes sont en mesure d'évaluer si les mesures prises pour préserver la fonction de « reproduction » ou de « repos » d'un site ou d'une aire sont suffisantes. Pour que l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive 92/43 soit respecté, il doit exister un niveau élevé de certitude que les mesures sont suffisantes pour éviter toute détérioration ou destruction et les mesures doivent effectivement être en place au moment et sous la forme appropriés afin d'éviter toute détérioration ou destruction. L'évaluation des chances de réussite doit se fonder sur des informations objectives, en tenant compte des caractéristiques et des conditions environnementales spécifiques du site concerné.

45. Cette proposition faite par la Commission dans son document d'orientation permettrait, d'après son libellé, d'évaluer l'efficacité de ce type de mesures en se fondant sur des évaluations d'experts mandatés par les autorités ou le juge pour autant que celles-ci soient scientifiquement défendables en l'état actuel des connaissances et motivées en détail. Dans le cas présent, deux experts judiciaires ont ainsi prédit qu'il était à prévoir que les mesures proposées par le maître d'ouvrage seraient appropriées (même si les parties requérantes le contestent, arguments scientifiques à l'appui).

46. La situation se présente toutefois différemment si l'on applique le critère développé par la Cour en ce qui concerne les mesures visant à éviter ou à réduire les effets préjudiciables aux fins de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 92/43, selon lequel tout doute scientifique raisonnable ou tout doute raisonnable d'un point de vue scientifique doit être exclu, cette évaluation ne saurait comporter de lacunes et doit contenir des constatations ainsi que des conclusions complètes,

* Ndt : la présente ordonnance comporte deux points portant le numéro 43.

précises et définitives, de nature à dissiper tout doute scientifique raisonnable concernant les effets des travaux envisagés sur le site considéré, et que l'on tient compte des développements l'avocate générale Kokott dans ses conclusions dans l'affaire Eco Advocacy (C-721/21, EU:C:2023:39), selon lesquels il n'y a pas lieu d'examiner des doutes qui ne sont pas raisonnables d'un point de vue scientifique (et uniquement ces doutes-là), tels que l'objection selon laquelle un projet irrite les esprits des ancêtres.

47. Selon la juridiction de céans, il n'y a pas de raison pour ne pas transposer cette exigence de la Cour également aux mesures CEF dans le cadre de la protection des espèces. Tant la protection des sites que celle des espèces sont régies par les mêmes directives, dans les deux cas il s'agit de dérogations possibles, d'interprétation stricte, à un système de protection stricte.

48. Les formulations utilisées par la Cour en ce qui concerne cette exigence laissent penser que de simples évaluations portées par des experts – seraient-elles motivées de façon concluante et intelligible – ne suffisent pas à éviter que l'interdiction s'applique. Il semble, au contraire, que les perspectives de succès de la mesure doivent en outre être si complètement attestées par la documentation scientifique concernant sa mise en œuvre pratique qu'il ne reste pas le moindre doute raisonnable quant à son efficacité. Ainsi compris, le critère selon lequel « tout doute scientifique raisonnable doit être exclu » semble se rapprocher, par exemple, des exigences auxquelles doivent répondre les « meilleures techniques disponibles » (MTD) définies à l'article 3, point 10, de la directive 2010/75 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) (JO 2010, L 334, p. 17), aux termes duquel ces techniques doivent être « disponibles », c'est-à-dire leur efficacité doit être éprouvée et avérée, ce qui est assuré par la procédure prévue à l'article 13 de cette directive qui aboutit aux conclusions sur les MTD.

49. Cela signifierait toutefois pour le cas présent que les mesures proposées en ce qui concerne le pic mar ne sauraient être considérées comme une « mesure assurant la permanence de la fonctionnalité écologique », faute de documentation scientifique attestant de leur efficacité.

VIII. Information à l'intention des parties

50. Lorsqu'il a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question à titre préjudiciel, le Verwaltungsgericht (tribunal administratif), jusqu'à la réception de la décision préjudicielle, est [OMISSIS – renvoi au droit national] uniquement autorisé à prendre des actes, décisions ou ordonnances sur lesquels la décision préjudicielle est sans influence ou qui ne statuent pas définitivement sur la question et ne peuvent être différés. Une suspension formelle de la procédure par un acte susceptible de recours autonome n'est pas prévue.

[OMISSIS – développements plus détaillés]

Bundesverwaltungsgericht (tribunal administratif fédéral)

[OMISSIS] 15 février 2024

[OMISSIS – nom du juge]

DOCUMENT DE TRAVAIL