

## I. Présentation du contexte juridique

### 1. Etat de la procédure.

Décision du Gouvernement en conseil du 29 juillet 2016 intervenant dans le cadre de la procédure prévue par la loi **bien spécifique prévue par la loi du 29 mai 2009 et qui a pour objet d'imposer une évaluation des incidences des projets sur l'environnement naturel et humain.**<sup>1</sup>

Cette décision fixe la variante (écarte la variante 0) et l'envergure des mesures compensatoires (article 8).

Il s'agit d'une décision intermédiaire qui doit être suivie de l'élaboration de l'avant-projet détaillé (article 9) lequel a pour objet de préciser les mesures compensatoires et doit encore faire l'objet d'une publication pendant 30 jours dans les communes concernées.

C'est contre cette décision intermédiaire que la commune de Sanem a introduit un recours devant le tribunal administratif le 28 octobre 2016.

A l'issue du procès, le Tribunal administratif a déclaré le recours irrecevable pour être prématuré, décidant **qu'il n'était pas possible d'attaquer cette décision indépendamment de la décision finale (l'avant-projet détaillé), dans le cadre du recours institué par l'article 15 de la loi du 29 mai 2009.**

**Ce jugement a le mérite de fixer avec certitude les modalités d'exercice des voies de recours contre le projet alors que la loi laissait planer quelques doutes.**

**A ce jour l'avant-projet détaillé n'a toujours pas été publié.**

**Aucun des arguments de fond présentés par la Commune à l'appui de sa première action n'a donc été examiné pour l'heure par le tribunal** et tous ces arguments pourront lui être à nouveau présentés dans le cadre du recours prévu à l'article 15 de la loi du 29 mai 2009.

Lorsqu'un **recours** sera possible, il pourrait être intenté **contre les deux décisions**, ce qui permettrait d'actualiser l'argumentation développée à l'occasion de la première action et de se baser sur les faits, très favorables, intervenus depuis.

---

<sup>1</sup> Loi portant 1. transposition en droit luxembourgeois en matière d'infrastructures de transport de la directive 97/11/CE du Conseil du 3 mars 1997 modifiant la directive 85/337/CEE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, 2. modification de la loi du 22 mai 2008 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, 3. modification de la loi du 19 janvier 2004 sur la protection de la nature et des ressources naturelles, (ci-après « la loi du 29 mai 2009 »)

2. Adoption de la loi du 21 août 2018 relative à l'aménagement du contournement routier de Bascharage et portant modification de la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes.

Cette **loi ne constitue en rien un obstacle juridique pour intenter ce recours** ; elle a seulement pour objet

- d'autoriser le Gouvernement à faire procéder à la réalisation du contournement (art 1<sup>er</sup>) **et non pas de l'y obliger, en tout cas pas si le juge compétent décide qu'il ne doit pas être réalisé**
- d'arrêter le budget pour la réalisation

Si elle est nécessaire dans le processus de réalisation du projet, elle ne constitue pas un blanc-seing pour cette réalisation et ne peut pas plus interdire le recours prévu à l'article 15 de la loi du 29 mai 2009 ni influencer par son contenu l'issue du recours envisagé.

### 3. Effet du recours sur la réalisation du projet

A moins que la loi n'en dispose autrement, et ce n'est pas le cas pour la loi du 29 mai 2009, **le dépôt du recours n'aura pas d'effet suspensif**. En d'autres termes, il ne pourra pas stopper les travaux si le gouvernement décide de les entreprendre après l'adoption de l'avant-projet définitif.

Il sera néanmoins possible dans cette hypothèse, de saisir le Président du Tribunal administratif d'un **référé administratif** afin que celui-ci ordonne le sursis à exécution (stoppe les travaux) en attendant l'issue du recours (article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives), s'il estime que

- l'exécution de la décision attaquée risque de causer **au requérant** un préjudice grave et définitif
- les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux.

**NB** la recevabilité du recours en référé est conditionnée par le dépôt préalable du recours au fond de telle sorte qu'en cas d'urgence, deux recours devront être déposés.

#### 4. Application du droit européen

Pour rappel, les problématiques sont régies par le droit européen, en particulier par les **deux directives « oiseaux » et « habitat »**. Si les dispositions de ces directives ont été transposées dans l'ordre juridique national, c'est toujours le droit européen qui aura vocation à s'appliquer en cas de discordance avec les textes nationaux.

Ainsi, si le juge national est amené à appliquer le droit européen, il n'est cependant pas habilité à l'interpréter et doit se tourner vers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne lorsque le texte ne se suffit pas à lui-même pour être appliqué à une situation particulière. Si la réponse ne s'y trouve pas, il peut /doit adresser une question préjudicielle à la CJUE et attendre la réponse de celle-ci qu'il sera tenu d'appliquer lorsqu'il prononcera son jugement.

## II. Les moyens à envisager dans l'hypothèse d'un recours

### 1. La problématique des valeurs en NO2

#### Les valeurs de base

Le contrôle par le juge administratif de la légalité de la décision s'effectue notamment compte tenu des **motifs de droit et des motifs de fait sur lesquels elle s'appuie**.

Ainsi, afin de ne pas encourir la sanction, **la décision administrative doit avant tout se baser sur des faits ayant matériellement existé au moment où elle a été prise**.

Ici, la décision se base objectivement et incontestablement sur **des faits qui n'existaient pas au moment où elle a été prise**.

En effet, chacun s'accorde aujourd'hui à dire que **la valeur « actuelle » en NO2 retenue par l'EIE**, n'était pas celle qui existait au moment de la décision. L'EIE, se basant sur des valeurs relevées en **2012 à 57 µg/m3** tandis que des mesurages réalisés par l'administration de l'environnement en **2015**, soit un an avant l'EIE et la décision du Gouvernement en conseil, révèle « *la moyenne trouvée était de 48 µg/m3* » et se situait donc à 8 µg/m3 de la valeur limite autorisée (et non pas à plus du double comme pourtant retenu à la base de la décision).

**! Document de l'administration de l'environnement « rapport annuel NO2 2018 » Bascharage, moyenne 2016 : 40 µg/m3 ! année de la décision, mais mesurages postérieurs à celle-ci. Au jour de la décision, la valeur moyenne ne dépassait très vraisemblablement pas la limite.**

**L'intégralité des études qui ont été menées dans le cadre de l'élaboration du projet est donc faussée.**

**Ce seul constat**, et sans qu'il ne puisse ici être exigé de prouver l'existence d'une quelconque erreur manifeste d'appréciation et sans qu'il soit même nécessaire de se pencher sur l'évolution de ces valeurs jusqu'au jour où cette décision serait attaquée, **expose à lui seul la décision à l'annulation du juge, les faits gisant à la base celle-ci n'ayant pas existé au jour où elle a été prise**.

Ce n'est qu'au cas où le juge ne suivrait pas ce raisonnement qu'il devient pertinent de se pencher sur l'évolution de ces valeurs.

#### L'évolution des valeurs

D'abord, les valeurs actuelles et leur évolution (très favorables) pourront en toute hypothèse être examinées par le juge administratif dans le cadre **du recours dirigé contre la décision finale** (l'avant-projet détaillé)

Ensuite, cette évolution démontre qu'à l'époque de la décision de juillet 2016, il n'y avait pas de risque sur la santé humaine justifiant l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur qui permettait la réalisation du projet.

Pour rappel, l'article 6 4ème paragraphe 1er alinéa 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 (ci-

après, « la directive habitats ») prévoit que « **4. si, en dépit de conclusions négatives de l'évaluation des incidences sur le site et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet doit néanmoins être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, y compris de nature sociale ou économique, l'État membre prend toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Nature 2000 est protégée. L'État membre informe la Commission des mesures compensatoires adoptées** »

Lorsque le juge examine si les conditions de cette disposition sont remplies au regard de l'existence matérielle des faits (les valeurs de base et leur évolution), il exerce un contrôle de la légalité et non un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

## L'absence de raisons impératives d'intérêt public majeur

### **La santé humaine**

Cet argument a été soutenu par la commune de Sanem dans le cadre de son premier recours et se révèle aujourd'hui d'autant plus fort au regard des dernières valeurs relevées.

Cette inexactitude dans les faits retenus à la base de la décision, vicie logiquement les conclusions qui en ont été tirés et en particulier celles ayant retenu que « *le risque pour la santé humaine peut être considéré comme raison impérative d'intérêt public majeur pour réaliser le projet de contournement* ».

S'il risque d'être opposé que les valeurs effectives, mesurées en 2015, dépassaient toujours la valeur limite, de sorte que le danger pour la santé humaine était toujours réel, il n'en reste pas moins que c'est sur base de ces fausses valeurs que l'EIE évalue leur évolution jusqu'à à l'horizon 2020 et justifie la raison impérative d'intérêt public majeur **dans cette perspective** à court terme.

Cette projection étant faussée dès le départ, il n'est que normal que les valeurs réelles évoluent différemment.

Si les bonnes valeurs avaient été retenues, le risque pour la santé humaine n'aurait pu être invoqué.

Il reste par ailleurs que d'après l'administration de l'environnement (page 7 power point BIGS), **les valeurs effectives mesurées en 2016 étaient de 40 µg/m<sup>3</sup> et qu'elles ne dépassaient donc pas la limite autorisée et ne représentaient donc pas un danger pour la santé humaine !**

## Les autres raisons impératives d'intérêt public majeur

Dans l'hypothèse d'un recours, l'Etat opposera ici très certainement que la santé humaine n'est pas la seule raison impérative d'intérêt public majeur justifiant l'atteinte aux zones Natura 2000 concerné.

Cette affirmation semble cependant pouvoir être aisément combattue ;

Il semble qu'il ne peut être que difficilement défendu qu'il existerait d'autres raisons impératives d'intérêt public majeur sur lesquelles se baserait la décision, autre qu'un risque pour la santé humaine dû à la pollution de NO2.

En effet, la seule décision qui existe aujourd'hui semble ne pas pouvoir se justifier sous cet angle au vu de sa **formulation** :

D'abord à la lecture de ses considérants :

- Vu les conclusions de l'évaluation des incidences sur l'environnement **quant à la nécessité de délester le centre de Bascharage du trafic routier à cause des valeurs de NO2 situées au-delà des valeurs limites et des risques pour la santé publique y liée**  
(...)
- Vu que **le risque pour la santé humaine peut être considéré comme raison impérative d'intérêt public majeur pour réaliser le projet de contournement**  
(...)
- Vu que les études ont démontré (...) que **la variante 0 ne permet une réduction de la circulation au centre de Bascharage**
- Vu que **la variante 0 ne permet pas de réduire les immiscions de NO2 en dessous des valeurs limites**

Ensuite dans son dispositif, lorsqu'il est décidé, dans une formulation pour le moins très approximative, de

*« arrêter la pollution de l'air dans le centre de Bascharage, ainsi que l'amélioration substantielle de la qualité de vie des habitants et le développement urbain de la localité comme raison impérative d'intérêt publique majeure (sic) »*

On relèvera encore que la variante 0 a été écartée au motif qu'elle ne permettait pas de réduire la pollution de l'air et que l'EIE conclut seulement, **sans se référer à la qualité de vie des habitants ni au développement urbain de la localité** *« la situation actuelle concernant la pollution de l'air au centre Bascharage, situation qui ne respecte pas les dispositions de la directive européenne 2008/50/CE peut être considérée comme une telle raison d'intérêt public majeur vu le risque pour la santé humaine »*

On relèvera qu'en ce qui concerne le bruit, l'EIE précise que *« de manière générale, la zone d'étude est marquée dans son ensemble par **une pollution sonore de niveau modéré**, lié aux transports routiers **et** ferroviaires **et** à la présence de zones industrielles à Bascharage »*

Sauf erreur, il n'existe par ailleurs dans le dossier, aucune étude ou conclusion relative au développement urbain.

**Pour autant que le juge administratif estime cependant que la décision reposerait sur d'autres motifs, encore faudrait-il que les raisons qui seraient invoquées répondent effectivement à la notion de raison impérative d'intérêt public majeur tel que défini par la CJUE.**

En effet, en dehors du risque **avéré** pour la santé humaine, qui constitue en soi d'après la directive une raison impérative d'intérêt public majeur, la jurisprudence de la CJUE précise que « *l'intérêt de nature à justifier la réalisation d'un plan ou d'un projet doit être à la fois « **public** » et « **majeur** », ce qui implique **qu'il soit d'une importance telle qu'il puisse être mis en balance avec l'objectif de conservation des habitats naturels, de la faune, y compris l'avifaune, et de la flore sauvages poursuivi par cette directive** [habitats] » (CJUE 11 septembre 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e.a., C-43/10, EU:C:2012:560, point 121)*

**Dans un arrêt récent**, la CJUE vient de décider que « *l'objectif d'assurer, en tout temps, la sécurité de l'approvisionnement en électricité d'un État membre constitue une raison impérative d'intérêt public majeur, au sens de cette disposition. L'article 6, paragraphe 4, second alinéa, de cette directive doit être interprété en ce sens que, dans le cas où le site protégé susceptible d'être affecté par un projet abrite un type d'habitat naturel ou une espèce prioritaires, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier, seule la nécessité d'écartier une menace réelle et grave de rupture de l'approvisionnement en électricité de l'État membre concerné est de nature à constituer, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, une raison de sécurité publique, au sens de cette disposition.* » (CJUE Grande chambre 29 juillet 2019, C-411/17 Inter-Environnement Wallonie ASBL, Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL contre Conseil des ministres, § 159)

## Les alternatives

La variante 0 n'a objectivement pas été sérieusement envisagée.

**La variante 0 est la seule à n'avoir aucun impact sur les zones NATURA 2000 et aurait précisément dû, à ce titre, faire l'objet d'une étude particulièrement approfondie.**

**La CJUE retient que « les exigences relatives à l'exclusion des alternatives augmentent parallèlement à l'aptitude de celles-ci à réaliser les objectifs du projet sans conduire – en l'absence de doute raisonnable – à des atteintes disproportionnées manifestes »**

Ce n'est par ailleurs pas aux opposants au projet de démontrer qu'il existe des alternatives à celui-ci, mais il appartient bien aux autorités publiques de prouver qu'il n'y en a pas, même si l'on peut sérieusement soutenir qu'il a d'ores et déjà été prouvé par la commune de Sanem qu'il en existait.

Aucune des mesures qui auraient pu accompagner l'adoption de la variante 0 – à part la mise en place de feux rouges intelligents – n'a fait l'objet de projections sérieuses.

En n'examinant pas dans le cadre de l'EIE les mesures énumérées notamment par la commune de Sanem, on peut affirmer, d'après la jurisprudence de la CJUE, que **les autorités publiques luxembourgeoises n'ont pas démontré l'absence de solutions alternatives au contournement et ont donc manqué aux obligations qui leurs incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 4, de la directive habitats** ((commission contre Portugal ; CJCE 26 octobre.2006 aff. C-239/04 points 38, 39 et 40<sup>2</sup>).

On insistera encore sur la conclusion de l'EIE « *alors que la variante 0 a relativement peu d'effets négatifs sur l'environnement naturel, elle ne permet pas, **sans mesures supplémentaires**, de résoudre le problème du dépassement des valeurs limites de NO<sub>2</sub> dans le centre de Bascharage avec ses répercussions négatives sur l'environnement humain* »

---

<sup>2</sup> *il ne ressort pas du dossier que lesdites autorités ont examiné des solutions situées à l'extérieur de cette ZPS et à l'ouest des localités susmentionnées, alors que, sur la base des éléments d'information fournis par la Commission, il ne saurait être exclu a priori que l'adoption de telles solutions pouvait correspondre à des solutions alternatives au sens de l'article 6, paragraphe 4, de la directive habitats, et ce même si elles étaient, ainsi que le soutient la République portugaise, susceptibles de présenter certaines difficultés* » et conclue que « *dès lors, en n'examinant pas ce type de solutions, les autorités portugaises n'ont pas démontré l'absence de solutions alternatives au sens de ladite disposition* » et que « *dans ces conditions, il y a lieu de constater que, en mettant à exécution un projet d'autoroute dont le tracé traverse la ZPS de Castro Verde, malgré les conclusions négatives de l'évaluation de l'impact sur l'environnement et sans avoir démontré l'absence de solutions alternatives audit tracé, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 6, paragraphe 4, de la directive habitats.*

### En ce qui concerne le Bobësch

L'action en manquement comporte un aléa ; c'est la Commission qui décide et il n'existe aucun moyen juridique de la contraindre à agir.

En fonction des pièces (Bobësch à l'origine proposé, puis retiré), cela risque quand-même d'intéresser la Commission.

Dans le cadre du recours envisagé, cette situation justifierait qu'une question préjudicielle soit adressée à la CJUE en ce qui concerne une protection spéciale qu'il y aurait lieu dans ces circonstances très précises d'accorder à cette zone.

\*

Je ne conseillerai pas ni ne conseillerai d'agir le moment voulu, mais je vous confirme que si vous voulez encore arrêter ce projet, il existe des moyens juridiques sérieux pour le faire.

Bien évidemment, comme dans tout procès, c'est le juge qui décide, bien évidemment, comme dans tout procès, il existera toujours un aléa quant à son issue de par ce simple fait.

Hesperange, le 09.10.2019