

ÉOLIENNES, AVIFAUNE ET INTÉRÊT À AGIR DES ASSOCIATIONS : VERS UNE PLUS GRANDE EFFECTIVITÉ DES DISPOSITIONS DE PROTECTION DES ESPÈCES EN AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE ?

Commentaire de l'arrêt du Conseil d'État n° 219.398
du 16 mai 2012, *Gatot c. a.*

par

Charles-Hubert BORN
Professeur à l'U.C.L.¹
Avocat

– ARRÊT N° 219.398 (XIII^E CHAMBRE) DU 16 MAI 2012

S. Guffens, président f.f. (art. 93 du règlement de procédure)

Aud. : Mme Michiels

Pl. : J. Sambon ; E. Orban de Xivry et J.-F. Cartuyvels ; D. Brusselmans

e.c. : Gatot et crts c/ Région wallonne/S.A. Air Energy

Urbanisme et aménagement du territoire
– Permis unique – Éoliennes – Intérêt à agir des riverains – Intérêt à agir des associations de protection de l'environnement – Intérêt des associations régionales à agir contre un projet local

Environnement – Permis unique – Éoliennes
– Intérêt à agir des riverains – Intérêt à agir des associations de protection de l'environnement – Intérêt des associations régionales à agir contre un projet local

Conseil d'État – Procédure en annulation – Intérêt – Personnes morales

Les riverains justifient d'un intérêt direct et personnel à contester l'acte attaqué dans la mesure où, les éoliennes étant visibles de leur habitation, elles vont donc modifier leur environnement. L'in-

térêt de deux associations régionales de protection de la nature à agir en annulation d'un permis unique pour un projet local de parc d'éoliennes est établi dès lors qu'il n'est pas contesté que l'acte attaqué porte atteinte à l'objet social des deux associations requérantes – à savoir respectivement « la protection et la conservation de la faune, de la flore et des habitats » et « la protection de l'avifaune » –, que leur objet social est suffisamment distinct et individualisé et que le projet met en cause la survie d'espèces protégées.

Environnement – Loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature – Protection des oiseaux – Interdiction de perturbation significative – Mesures compensatoires et mesures d'atténuation – Motivation du permis

Environnement – Police administrative – Concours de polices administratives spéciales – Effet de l'interdiction décréte de perturbation sur la décision d'accorder le permis unique

Il y a lieu d'apprécier la conformité des mesures visant à « compenser » l'impact des éoliennes sur les oiseaux, proposées par l'étude d'incidences et reprises au titre de conditions dans le permis, avec le respect de l'interdiction de perturbation significative des oiseaux prescrite par l'article 2, § 2, 2°, de la loi sur la conservation de la nature. A cet effet, il y a lieu d'examiner si la motivation relative à ces mesures de « compensation » est complète et adéquate. Ce n'est pas le cas d'une motivation ne répondant pas aux critiques du Département de la Nature et des Forêts (DNF),

¹ L'auteur est membre du Séminaire de droit de l'urbanisme et de l'environnement (SERES) et affilié au Centre de recherche sur la biodiversité (BDIV) à l'U.C.L. La matière est arrêtée au 1^{er} mars 2013. L'auteur remercie B. Reuliaux pour ses commentaires avisés. Toute erreur n'est imputable qu'à l'auteur.

qui juge les pertes « significatives et non compensables » pour plusieurs espèces d'oiseaux.

Urbanisme et aménagement du territoire – Permis – Conditions assortissant le permis – Référence à un événement futur ou incertain qui dépend d'un tiers – Mesures compensatoires soumises à « l'accord » du DNF – Violation de l'article 123, al. 1^{er}, du CWATUPE

Si, selon l'article 123, al. 1^{er}, du CWATUPE, un permis d'urbanisme peut être assorti de conditions, celles-ci doivent être précises et limitées quant à leur objet et ne porter que sur des éléments secondaires et accessoires. En aucun cas, elles ne peuvent laisser place à une appréciation dans son exécution ni quant à l'opportunité de s'y conformer ni dans la manière dont elles doivent être exécutées. Ainsi elles ne peuvent pas se référer à un événement futur ou incertain ou dont la réalisation dépend d'un tiers ou d'une autre autorité. Ces diverses limites à l'admissibilité des conditions assortissant la délivrance d'un permis sont cumulatives de sorte que si une condition ne satisfait pas à l'une ou à l'autre d'entre elles, elle ne peut être admise. La condition qui soumet la localisation, le contenu et le protocole des mesures compensatoires à l'accord des services du DNF et qui ne spécifie pas les superficies minimales à respecter se réfère à un événement incertain et est insuffisamment précise, ce qui est contraire à l'article 123, alinéa 1^{er}, du CWATUPE.

Environnement – Enquête publique – Obligation de prendre en compte les solutions alternatives soulevées lors de l'enquête publique – Effet utile de l'enquête publique

L'administration active ne doit, en règle, pas répondre à toutes les objections qui ont été émises au cours de la procédure qui a conduit à l'adoption d'un permis d'urbanisme. Toutefois, lorsqu'au cours de l'enquête publique, des observations précises ont été formulées, dont l'exactitude et la pertinence sont corroborées par le dossier, le permis délivré ne peut être considéré comme adéquatement motivé dès lors qu'il ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles l'autorité passe outre, au moins partiellement, à ces observations. À cet égard, la partie adverse n'a pas l'obligation de répondre à chacune des objections soulevées lors de l'enquête publique : il suffit que la décision indique clairement les motifs liés au bon aménagement

des lieux sur lesquels elle se fonde et que le réclamant y trouve, fût-ce implicitement, les raisons du rejet de sa réclamation. Le permis qui ne prend pas en compte les réclamations relatives aux « alternatives en terme de conservation de la nature » ou encore à la « typologie géométrique du parc éolien » par rapport aux axes migratoires n'est pas adéquatement motivé et viole le principe de l'effet utile de l'enquête publique.

Urbanisme et aménagement du territoire – Permis unique – Permis dérogatoire au plan de secteur – Conditions de l'écart par rapport au plan de secteur – Caractère nécessaire de l'écart – Solutions alternatives de localisation

L'interprétation restrictive de l'article 127, § 3, du CWATUPE qui habilite à « s'écarter » du plan de secteur s'impose, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 87/2007 du 20 juin 2007. Si cette disposition n'exige pas que la dérogation soit accordée à titre exceptionnel, il n'en demeure pas moins que la motivation de l'arrêté doit porter sur la nécessité de « s'écarter » du plan de secteur et sur la condition requise que les actes et travaux « soit respectent, soit structurent, soit recomposent les lignes de force du paysage ».

La motivation par laquelle l'administration a montré que la dérogation n'était pas accordée par facilité, mais avec modération, après avoir examiné la possibilité d'appliquer la règle dans son principe et après avoir conclu qu'en raison d'impératifs techniques et juridiques, la dérogation était nécessaire pour la réalisation optimale du projet d'implantation de douze éoliennes sur un site dont le potentiel venteux est bon, et qui présente une capacité d'absorption favorisant une implantation cohérente des éoliennes, est suffisante. Le fait que le site retenu ne serait pas le seul à disposer des impératifs techniques énumérés ne suffit pas davantage à rendre inadéquante la motivation de la nécessité de s'écarter in casu du plan de secteur.

Urbanisme et aménagement du territoire – Plan de secteur – Permis dérogatoire – Conditions – Respect, structure ou recomposition des lignes de force du paysage

Une application correcte de l'article 127, § 3, du CWATUPE requiert que l'autorité ait d'abord une perception exacte des lignes de force du paysage et qu'elle établisse ensuite la manière selon laquelle, à son sens, le projet respecte les lignes

de force du paysage ou les structures ou encore les recompose. La motivation qui indique très précisément en quoi le projet aboutira à la reconstitution du paysage, c'est-à-dire à la création d'un paysage dont les lignes de force seront modifiées, et en quoi cette reconstitution est acceptable dans le cas d'espèce et qui indique précisément les raisons de s'écarter de l'avis de la CRMSF sur ce point précis est suffisante, aucune erreur manifeste d'appréciation n'étant démontrée sur ce point.

*
* *

EXTRAITS DE L'ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT

« Vu la requête unique introduite le 23 novembre 2011 par Stéphane Gatot, Charlotte de Ghellinck, Nicolas, Johan Lontie, Vincent Raquet, Marie Van Innis, Fabienne Nicolas, Bruno d'Huart, Marie-Louise Vanderperren, l'association sans but lucratif Natagora, et l'association sans but lucratif Société d'Études Ornithologiques "Aves", qui demandent l'annulation et la suspension de l'exécution du permis unique délivré par le Ministre wallon de l'Environnement, de l'Aménagement du territoire et de la Mobilité le 29 août 2011 à la S.A. Air Energy en vue de l'implantation et l'exploitation d'un parc de 12 éoliennes, d'une puissance unitaire maximale de 3,3 MW, ainsi qu'une cabine de tête, dans un établissement situé aux lieux dits Grandes Terres, la Tombale, Bois l'Abbé à Eghezée (Plaine de Boneffe) ;

Vu la requête introduite le 14 décembre 2012 par laquelle la S.A. Air Energy demande à être reçue en qualité de partie intervenante ;

(...)

Considérant que les éléments de la cause se présentent comme suit :

1. Le 14 septembre 2010, la S.A. Air Energy introduit une demande de permis unique en vue d'implanter et exploiter un parc de 12 éoliennes, d'une puissance unitaire maximale de 3,3 MW, ainsi qu'une cabine de tête, dans un établissement situé aux lieux dits Grandes Terres, la Tombale, Bois l'Abbé à Eghezée.

(...)

Une étude d'incidences, réalisée par le bureau agréé C.S.D., est jointe à la demande.

(...)

7. Le 24 novembre 2010, la Commission royale des monuments, sites et fouilles (CRMSF) émet un avis défavorable.

(...)

12. Le même jour, le département de la nature et des forêts (DNF) de la DGO3 émet un avis défavorable sur le projet et suggère différentes conditions pour le cas où le permis serait octroyé.

(...)

15. Le 25 mars 2011, les fonctionnaires technique et délégué refusent le permis sollicité. Le refus est essentiellement fondé sur l'avis défavorable du S.P.F. Défense, l'avis défavorable de la direction du Brabant wallon de la DGO4 et de la CRMSF, relevant le caractère de très haute valeur historique et paysagère du site concerné.

16. Le 18 avril 2011, la S.A. Air Energy introduit un recours contre ce refus auprès du gouvernement wallon.

(...)

18. Le 14 juin 2011, le DNF émet un nouvel avis défavorable ainsi qu'un avis complémentaire qui expose "les conditions que [le DNF souhaiterait] voir imposées si le permis devait être accordé à l'encontre de l'avis de [ses] services".

19. Le 27 juillet 2011, les fonctionnaires technique et délégué adressent au ministre leur rapport de synthèse, favorable au projet. Ils proposent d'infirmer la décision de première instance et d'accorder le permis sollicité.

20. Le 29 août 2011, le Ministre de l'Environnement, de l'Aménagement du territoire et de la Mobilité délivre le permis sollicité, sous conditions. Il s'agit de l'acte attaqué ;

(...)

Considérant que la partie adverse conteste l'intérêt à agir des neuf premiers requérants ; que, selon elle, en effet, le simple fait d'avoir une vue sur les éoliennes n'est pas suffisant pour justifier d'un intérêt à agir ;

(...)

Considérant qu'à l'appui de leur requête, les neuf premiers requérants, personnes physiques, fournissent une carte localisant leur habitation par rapport au parc éolien en projet ; (...) qu'ils fournissent également des photomontages simulant pour chacun de ces requérants les vues (de jour et de nuit) qu'ils ont du projet depuis leur habitation ; que la réalité de ces vues n'est contestée ni par la partie adverse ni l'intervenante et n'est pas non plus démentie par les photomontages résultant du dossier cartographique de l'étude d'incidences ; que les éoliennes litigieuses seront donc bien visibles de l'habitation des neuf premiers requérants ; qu'elles vont donc modifier leur environnement, justifiant de ce fait leur intérêt direct et personnel à contester l'acte attaqué ; que l'exception d'irrecevabilité doit être rejetée ;

Considérant que la partie adverse soutient qu'au regard du champ d'action étendu de leurs

objets sociaux, les deux a.s.b.l. requérantes ne justifient pas d'un intérêt suffisant à contester le projet individuel et local visé par l'acte attaqué ; (...)

Considérant que les statuts de l'a.s.b.l. Natagora lui assignent, notamment, un but de protection et de conservation de la faune, de la flore et des habitats ; que l'objet social de l'a.s.b.l. Société d'Études Ornithologiques Aves est, quant à lui, plus particulièrement circonscrit à la protection de l'avifaune ; qu'il n'est pas contesté que l'acte attaqué porte atteinte à l'objet social des deux associations requérantes ; que leur objet social est suffisamment distinct et individualisé ; que le projet met en cause la survie d'espèces protégées, notamment du busard cendré dont seuls 1 ou 2 couples ont été vus en Wallonie, précisément à l'endroit choisi pour l'implantation des éoliennes ; que l'exception d'irrecevabilité ne peut dès lors être retenue ;

Considérant que l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire estime que celle-ci n'appelle que des débats succincts ; qu'en son rapport, rédigé sur la base de l'article 93 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, il conclut que les premier et deuxième moyens de la requête sont partiellement fondés ;

Considérant que le premier moyen est pris de la violation des articles 2, 6 et 7 de la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe et de ses annexes II, III et IV, faites à Berne le 19 septembre 1979, approuvées par la loi du 20 avril 1989, des articles 1^{er} à 3 et 5 et de l'annexe I de la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages, des articles 1^{er} bis, 2 et des annexes II et XI de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature (LCN, des articles D.1, D.2, D.3, D.6, D.29-1, § 4, b, 10, D.50, D.64, D.66, D.67 et D.74 du Livre 1^{er} du Code de l'environnement, des articles 1^{er}, 2, 46, 56, 90, 93, 95 et 97 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, des articles 86, § 1^{er}, 123, alinéa 1^{er} et 127 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie (CWATUPE), des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, et de la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité et de l'excès de pouvoir ; que les requérants soulignent la qualité exceptionnelle du site pour l'avifaune et les impacts du projet sur celle-ci ; (...) qu'ils observent que, "dans la motivation de l'acte atta-

qué, la partie adverse, tout en relevant que l'aspect avifaune se révèle le plus problématique, estime que le permis unique peut être délivré :

– dans la mesure où l'impact sur l'avifaune peut être relativisé compte tenu de l'importance de la plaine et que le busard cendré semble pouvoir s'adapter à un environnement comportant des éléments pouvant sembler être perturbants ;

– et que les mesures de compensation sont en l'espèce garanties" ;

que, selon eux, cette analyse est toutefois inadéquate puisqu'elle procède à une dénégation non justifiée de l'impact sur l'avifaune (les populations d'oiseaux, notamment le busard cendré, ont été recensées dans le périmètre d'implantation du site), qu'elle n'effectue pas un examen concret de l'impact du projet sur l'avifaune protégée malgré l'avis du CWEDD, qu'elle prescrit des mesures de compensation inadéquates qui constituent des conditions irrégulières assortissant le permis, qu'elle repose sur une motivation inadéquate au regard des observations et avis (...) émis lors de l'instruction de la demande de permis ;

(...)

Considérant qu'il ressort de cette motivation, que l'auteur de l'acte attaqué a pris en considération l'attrait de la Plaine de Boneffe (nord) pour un certain nombre d'espèces d'oiseaux, dont le busard cendré et d'autres espèces "rares, menacées et protégées" ; qu'il admet même que "l'on ne peut négliger l'importance des nuisances et dérangements induits sur l'avifaune de la plaine" ; que, quant à cet impact du projet sur l'avifaune protégée, l'auteur de l'acte attaqué relativise, d'une part, l'importance du projet au vu de la superficie totale de l'ensemble de la Plaine de Boneffe (il estime que la surface concernée par le projet, "en considérant une distance de 500 m dans tous les sens autour des éoliennes périphériques du parc représente moins de 20 % de la surface totale de la plaine") – ce qui n'est pas contesté –, et prévoit, d'autre part, l'aménagement de terres agricoles afin de compenser l'impact du parc éolien sur le busard cendré, les vanneaux huppés et les pluviers ;

Considérant que le busard cendré (*circus pygargus*) figure à l'annexe I de la directive 2009/147/CE concernant la conservation des oiseaux sauvages, à l'annexe II de la Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe du 19 septembre 1979 qui prévoit la protection stricte de toutes les espèces falconiformes ; que le pluvier guignard (*charadrius morinellus*), le pluvier doré (*pluvialis apricaria*), également observés sur le site, figurent à l'annexe I de la directive 2009/147/CE

concernant la conservation des oiseaux sauvages ; que le bruant proyer (*milvina calandra*) est à la limite d'être menacé selon la liste rouge 2010 de Wallonie et inscrite à l'annexe III de la Convention de Berne précitée ; que le râle des genêts (*crex crex*) est inscrit à l'annexe I de la directive 2009/147/CE et sur la liste rouge 2010 de Wallonie comme espèce en danger d'extinction ;

(...)

Considérant que l'article 2 de la LCN du 12 juillet 1973, tel qu'il a été modifié pour la Région wallonne par le décret du 6 décembre 2001, dispose notamment comme suit :

"Art. 2. § 1^{er}. Sous réserve du paragraphe 3, sont intégralement protégés tous les oiseaux, normaux ou mutants, vivants, morts ou naturalisés, appartenant à une des espèces vivant naturellement à l'état sauvage sur le territoire européen, notamment celles visées à l'annexe I [La dite annexe reprend une liste d'oiseaux européens protégés en vertu de l'annexe I de la directive 2009/147/CE], y compris leurs sous-espèces, races ou variétés, quelle que soit leur origine géographique, ainsi que les oiseaux hybridés avec un individu de ces espèces.

§ 2. Cette protection implique l'interdiction :

[...]

2^o de perturber intentionnellement les oiseaux, notamment durant la période de reproduction et de dépendance, pour autant que la perturbation ait un effet eu égard aux objectifs de la présente sous-section ;

[...] "

(...)

Que l'auteur de l'étude d'incidences conclut que seule la population de busards cendrés est susceptible de connaître un impact significatif en raison du projet litigieux ["excepté pour le busard cendré, les impacts induits par le projet seront non significatifs pour les espèces présentes" (p. 243)] et préconise la création de "tournières" enherbées et de bandes aménagées "afin de ramener l'impact du projet de Boneffe sur le busard cendré à un niveau non significatif" (p. 117) ; qu'en ce qui concerne le rôle des genêts, l'auteur de l'étude d'incidences évalue que l'impact du projet sera "important" en terme de "dérangement" pour quelques individus locaux mais estime que cet impact ne sera pas significatif pour "la conservation de l'espèce au sens de la directive Natura 2000" ; qu'il précise ensuite que "tout comme pour le busard cendré, les incidences du projet sur cette espèce pourront être atténuées par la mise en place d'un plan de gestion des milieux agricoles générant des habitats plus attractifs pour l'espèce (création de tournières enherbées dans des zones non inondables)

mais ces mesures ne permettront pas de garantir le maintien du rôle des genêts dans la zone" (p. 122) ; que dans ses conclusions, l'auteur de l'étude d'incidences précise aussi que les mesures de compensation envisagées, si elles "visent le soutien de la population du busard cendré" en Wallonie, "seront également bénéfiques pour le rôle des genêts et l'ensemble de la faune agricole présente à Boneffe (alouettes, bruants, cailles)" (p. 243) ;

(...)

Que le 14 juin 2011, le DNF motive son second avis défavorable de la manière suivante :

"[...]

L'avis du Département de la Nature et des Forêts sur le projet reste défavorable.

En effet, nous considérons que la Plaine de Boneffe doit être préservée, vu l'intérêt ornithologique qu'elle présente et en particulier le risque de dérangement significatif avéré sur les populations d'espèces d'intérêt communautaire (busard cendré, busard des roseaux, pluvier doré, pluvier guignard), appartenant à la liste rouge 2010 des oiseaux menacés en Wallonie (busards cendré et des roseaux) ou faisant l'objet d'un plan d'action et de conservation à l'échelle européenne (vanneau huppé). De plus, les mesures compensatoires proposées par le demandeur ne concernent que le busard, négligeant l'impact sur les nombreuses autres espèces occupant la plaine.

Nous nous en remettons donc à l'avis des experts du DEMNA qui considèrent que l'implantation d'un parc éolien au cœur de la Plaine de Boneffe engendrerait des pertes significatives et non compensables en terme de biodiversité.

Pour les motifs repris ci-dessus, le Département de la Nature et des Forêts maintient son avis défavorable vu l'intérêt ornithologique que présente la plaine agricole et en particulier le risque de dérangement significatif et non compensable sur les populations d'espèces d'intérêt communautaire (pluvier doré, pluvier guignard, busard Saint-Martin et busard des roseaux) ou faisant l'objet d'un plan d'action et de conservation à l'échelle européenne (vanneau huppé) ;

Considérant que pour apprécier la conformité des mesures de compensation avec le respect de l'interdiction prescrite de l'article 2, § 2, 2^o, de la LCN, il y a lieu d'examiner si la motivation relative à ces mesures de compensation est complète et adéquate ;

Considérant qu'en ce qui concerne les mesures de compensation dédiées au busard cendré, l'acte attaqué se contente de reprendre les recommandations de l'étude d'incidences ; que le DNF dans son avis du 9 décembre 2010 critiquaient pourtant ces mesures de compensation de la manière suivante :

“Vu la grande fragilité de la population de busard cendré dans la Plaine de Boneffe (contrairement à des expériences étrangères dans de grandes plaines agricoles de milliers ou dizaines de milliers d’ha avec de nombreux couples nicheurs pouvant donner lieu à un ‘effet-groupe’), il est probable que l’impact du projet éolien soit fatal à son maintien, malgré les mesures d’atténuation/compensation avancées dans l’EIE” ;

Que l’acte attaqué ne répond pas à l’avis du DNF sur ce point ; que la motivation qui n’expose pas en quoi les seules mesures de compensation imposées par le permis litigieux, ayant été jugées insuffisantes par le DNF, permettent de garantir le maintien du busard cendré dans la zone de Boneffe est insuffisante ;

Considérant que, contrairement à l’étude d’incidences qui estime que les impacts du projet sur des espèces telles que les pluviers, le vanneau huppé ou encore le râle des genêts ne sont pas significatifs et ne nécessitent donc pas l’élaboration de mesures de compensation, le DNF, dans son avis du 14 juin 2011, affirme que le risque de dérangement sur les populations d’espèces d’intérêt communautaire (pluvier doré, pluvier guignard, busard Saint-Martin et busard des roseaux) ou faisant l’objet d’un plan d’action et de conservation à l’échelle européenne (vanneau huppé) est significatif et non compensable ; que s’il ressort des motifs de l’acte attaqué, que celui-ci prévoit des mesures supplémentaires (c’est-à-dire en plus des 28 ha dédiées aux mesures de compensation pour le busard cendré), à savoir des aménagements sur plus ou moins 13 ha destinés à compenser la perte d’habitat pour les vanneaux huppés et les pluviers, l’acte attaqué ne décrit pas lesdites mesures de sorte que la motivation est insuffisante puisqu’il est impossible de comprendre à la lecture de celle-ci en quoi ces mesures permettraient de compenser spécifiquement la perte induite par le projet pour ces espèces protégées alors même que le DNF évoque une perte “non compensable” ; que le premier moyen dans cette mesure est fondé ;

(...)

Considérant que, si, selon l’article 123, alinéa 1^{er}, du CWATUPE, un permis d’urbanisme peut être assorti de conditions, celles-ci doivent être précises et limitées quant à leur objet et ne porter que sur des éléments secondaires et accessoires ; qu’en aucun cas, elles ne peuvent laisser place à une appréciation dans son exécution ni quant à l’opportunité de s’y conformer ni dans la manière dont elles doivent être exécutées ; qu’ainsi elles ne peuvent pas se référer à un événement futur ou incertain ou dont la réalisation dépend d’un tiers ou d’une autre autorité ; que ces diverses limites à

l’admissibilité des conditions assortissant la délivrance d’un permis sont cumulatives de sorte que si une condition ne satisfait pas à l’une ou à l’autre d’entre elles, elle ne peut être admise ;

Considérant qu’aux termes de l’article 4, point 2, a), “la localisation, le contenu et le protocole des mesures compensatoires sont soumis à l’accord des services du DNF qui gèrent la problématique des mesures de compensations en milieu agricole” ; que le contenu de ces mesures, s’il est détaillé, n’en reste pas moins imprécis quant à la surface minimale à respecter, il s’agit de couvrir “idéalement 5 % de la surface agricole” ; qu’aucune précision n’est apportée quant aux éventuelles distinction à opérer entre les 28 ha dédiés à la protection du busard cendré et les 13 ha dédiés à la protection des autres espèces ; que, de plus, la condition ainsi établie par le dispositif du permis attaqué oblige le bénéficiaire du permis à se conformer aux instructions du DNF, encore inexistantes au moment de la délivrance du permis ; que l’accord du DNF sur “la localisation, le contenu et le protocole” qui lui seront soumis est lui-même incertain ; que, sans qu’il soit nécessaire de se prononcer quant à la localisation exacte des parcelles compensatoires dont l’acte attaqué exige qu’elle forme “un réseau assez dense” ou sur l’effectivité de la gestion des mesures de compensation, la condition prescrite par l’article 4, point 2, a), se référant “à un événement futur ou incertain dont la réalisation dépend d’un tiers ou d’une autre autorité” est contraire à l’article 123, alinéa 1^{er}, du CWATUPE ; que, contrairement à ce que soutient la société intervenante, il n’est nullement établi que les mesures de compensation, telles que proposées par le demandeur de permis “sont efficaces et prêtes à être mises en œuvre sans l’autorisation d’une tierce personne”, dans la mesure où il n’est pas établi que les services du DNF vont se limiter à entériner les mesures proposées plutôt que d’imposer un choix de parcelles dont la localisation correspond aux recommandations de l’étude d’incidences ;

(...)

Que le premier moyen est aussi fondé à cet égard ;

Considérant ensuite que l’administration active ne doit, en règle, pas répondre à toutes les objections qui ont été émises au cours de la procédure qui a conduit à l’adoption d’un permis d’urbanisme ; que, toutefois, lorsqu’au cours de l’enquête publique, des observations précises ont été formulées, dont l’exactitude et la pertinence sont corroborées par le dossier, le permis délivré ne peut être considéré comme adéquatement motivé dès lors qu’il ne permet pas de comprendre les

raisons pour lesquelles l'autorité passe outre, au moins partiellement, à ces observations ; que, à cet égard, la partie adverse n'a pas l'obligation de répondre à chacune des objections soulevées lors de l'enquête publique ; qu'il suffit que la décision indique clairement les motifs liés au bon aménagement des lieux sur lesquels elle se fonde et que le réclamant y trouve, fût-ce implicitement, les raisons du rejet de sa réclamation ;

Considérant que les requérants reprochent à la partie adverse de n'avoir pas motivé suffisamment l'acte attaqué au vu des observations émises lors de l'enquête publique et des avis donnés au cours de la procédure d'instruction en ce qui concerne l'évaluation "des alternatives en terme de conservation de la nature" ;

(...)

Considérant que les requérants reprochent encore à la partie adverse de n'avoir pas motivé suffisamment l'acte attaqué au vu de la réclamation du collectif citoyen "Plaine de vie" relative à la typologie géométrique du parc éolien ;

(...)

Considérant que l'acte attaqué reste en défaut d'exposer, en réponse à la réclamation du collectif citoyen "Plaine de vie" et au regard de l'étude d'incidences en quoi la configuration géométrique du parc est acceptable au regard de l'axe de migration de la Plaine de Boneffe ; que les seuls motifs retenus justifient plus spécialement l'impact visuel des éoliennes et s'ils permettent de comprendre pourquoi les éoliennes ne doivent pas être disposées en grappe ou pourquoi l'ensemble est cohérent et lisible, ce n'est qu'à l'aune de ce seul impact sur le paysage ; que ladite motivation ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles l'autorité passe outre à cette observation particulière ; que sur ce point, le principe d'utilité de l'enquête publique n'a pas été respecté ; qu'en cela, le premier moyen est fondé ;

Considérant que les requérants prennent un deuxième moyen de la violation des articles 1^{er}, 3, 5 et 6 de la Convention européenne du paysage faite à Florence le 20 octobre 2000 (décret du 20 décembre 2001 portant assentiment à la Convention européenne du paysage), des articles 1^{er}, 35, 127, § 3 et 452/22 du CWATUPE, des articles D.1 à D.3 et D.64 du Livre I du Code de l'environnement, des articles 24, 25, 26 et 90 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des prescriptions littérales et graphiques du plan de secteur de Huy-Waremme, du cadre de référence pour l'implantation des éoliennes en Région wallonne

approuvé par le gouvernement le 18 juillet 2002, du principe d'utilité de l'enquête publique, de l'erreur dans les motifs et de l'excès de pouvoir ; qu'ils estiment que la motivation de l'acte attaqué est critiquable pour les raisons suivantes :

– il n'y a pas de motivation adéquate du caractère exceptionnel de la dérogation ; la motivation de l'acte attaqué est stéréotypée ; l'acte attaqué n'établit pas que les "impératifs techniques" énumérés ne pourraient être réunis que sur le seul site de Boneffe ou que leur réalisation serait optimale sur ce site ;

– la motivation méconnaît les critères de la Convention sur le paysage et de l'article 127, § 3, du CWATUPE ; ils reprochent à l'acte attaqué de ne pas avoir identifié ni qualifié le paysage conformément aux prescrits de la Convention sur le paysage ;

– il n'y a pas de justification adéquate de ce que les actes et travaux "soit respectent, soit structurent, soit recomposent les lignes de force du paysage" ;

– la motivation fait une référence inadéquate à l'avis de la CRAT – qui souligne l'impact paysager du projet – et à l'avis du département de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme sur recours – qui ne prend pas en considération l'avis de la CRMSF ni les critères de la Convention de Florence sur le paysage ;

(...)

Considérant que l'article 127, § 3, précité est une disposition qui habilite à "s'écarter" notamment du plan de secteur ; que, dès lors, sans méconnaître la volonté du législateur de permettre l'accueil des éoliennes, l'interprétation restrictive s'impose, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 87/2007 du 20 juin 2007 ; que si l'article 127, § 3, du CWATUPE n'exige pas, à la différence de l'article 114 du même code, que la dérogation soit accordée à titre exceptionnel, ceci devant être spécialement motivé, et même s'il emploie une autre expression, à savoir celle de "s'écarter" du plan de secteur, il n'en demeure pas moins que la motivation de l'arrêté doit porter aussi sur la nécessité de "s'écarter" du plan de secteur et sur la condition requise que les actes et travaux "soit respectent, soit structurent, soit recomposent les lignes de force du paysage" ;

Considérant qu'en l'espèce, l'acte attaqué motive la nécessité de s'écarter du plan de secteur de la manière suivante (p. 33) :

(...)

Considérant qu'à travers ces motifs, l'administration a montré que la dérogation n'était pas accordée par facilité, mais avec modération, après avoir examiné la possibilité d'appliquer la règle

dans son principe et après avoir conclu qu'en raison d'impératifs techniques et juridiques, la dérogation était nécessaire pour la réalisation optimale du projet d'implantation de douze éoliennes sur un site dont le potentiel venteux est bon, et qui présente une capacité d'absorption favorisant une implantation cohérente des éoliennes ;

Considérant que la circonstance que ces impératifs techniques et juridiques (bon potentiel éolien, zone compatible avec les servitudes aériennes, l'éloignement des zones d'habitats et l'absence de zones pressenties pour accueillir l'implantation d'éoliennes), fondés sur l'étude d'incidences, peuvent exister dans d'autres projets de parcs éoliens ne suffit pas à considérer que la motivation est inadéquate ou stéréotypée ; que, par ailleurs, le fait que le site retenu ne serait pas le seul à disposer des impératifs techniques énumérés ne suffit pas davantage à rendre inadéquate la motivation de la nécessité de s'écarter in casu du plan de secteur ; que, dès lors, la première branche du moyen n'est pas fondée ;

Considérant qu'une application correcte de l'article 127, § 3, du CWATUPE requiert donc que l'autorité ait d'abord une perception exacte des lignes de force du paysage et qu'elle établisse ensuite la manière selon laquelle, à son sens, le projet respecte les lignes de force du paysage ou les structure ou encore les recompose ;

Considérant que l'étude d'incidences décrit les lignes de force du paysage ;

(...)

Considérant que, dans son avis du 24 novembre 2010, la CRMSF expose, ce qui suit :

"[...]"

Qu'elle rappelle ensuite la classification de la Convention européenne du paysage qui 'permet de situer [les] paysages ruraux sur une échelle qualitative comportant trois sensibilités vis-à-vis de l'implantation de parcs éoliens' : 'les paysages à préserver', 'les paysages à gérer', 'les paysages à réaménager' ;

(...)

Qu'elle précise aussi que, selon une 'méthodologie' d'application de la Convention européenne du paysage à la problématique de l'implantation de parcs éoliens, en raison du paysage emblématique que constitue la Plaine d'openfield de Boneffe, le site litigieux devait être qualifié de 'paysage à préserver' et est, dès lors, strictement incompatible avec un projet éolien ; que la CRMSF conclut son avis défavorable de la manière suivante :

(...)

Compte tenu des éléments majeurs d'appréciation relevés ci-avant, le caractère de paysage

à préserver selon la Convention européenne des paysages ratifiée par la Région wallonne doit être ici observé au sens strict" ;

Considérant que l'acte attaqué est notamment motivé comme suit :

(...)

Considérant qu'il ressort de cette motivation qu'avant de se prononcer sur l'impact du projet sur le paysage, l'acte attaqué a identifié spécifiquement les caractéristiques (lignes de force) essentielles du paysage de la Plaine de Boneffe ; que l'acte attaqué ne nie pas non plus l'impact paysager important du projet sur le paysage ("le paysage existant sera indéniablement 'différent' et très sensiblement modifié voire recomposé pour ses riverains") ; qu'en cela, il ne contredit pas les différents avis et réclamations invoqués par les requérants à l'appui de ce moyen ; que l'acte attaqué n'a pas non plus méconnu la critique de la CRMSF, selon laquelle "il sera impossible de fournir un élément tant juridique qu'administratif justifiant une dérogation à l'article 35 (zone agricole) via l'article 127, § 3, de ce même code qui pour utilité publique s'écarterait du plan de secteur pour ce projet qui ne respecte pas les structures ni ne recompose les lignes de force du paysage" ; qu'au contraire, il reprend à son compte la motivation très détaillée de l'avis du fonctionnaire délégué dans le rapport de synthèse sur recours ; que cette motivation indique très précisément en quoi le projet aboutira à la recomposition du paysage, c'est-à-dire à la création d'un paysage dont les lignes de force seront modifiées, et en quoi cette recomposition est acceptable dans le cas d'espèce (...) ; qu'ainsi, l'autorité délivrante a exposé précisément les raisons pour lesquelles elle estimait pouvoir s'écarter de l'avis de la CRMSF sur le point précis de l'impact du projet sur l'openfield de la Plaine de Boneffe ; qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative compétente, son contrôle devant se limiter, en la matière, à la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation, ce que les requérants ne démontrent pas en l'espèce ; que, sur ce point, la conclusion de l'auditeur-rapporteur ne peut être suivie ;

Considérant qu'il ressort des débats succincts que, compte tenu du bien fondé du premier moyen, le Conseil d'État peut partager les conclusions du rapport proposant l'annulation et trancher définitivement l'affaire ;

Considérant qu'en raison de son annulation, il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué,

DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.A. Energy est accueillie.

Article 2.

Est annulé le permis unique
(...) ».

*
* *

NOTE

INTRODUCTION

Pour souhaitable qu'elle soit dans le cadre de la lutte contre le réchauffement climatique, l'implantation d'éoliennes en Wallonie n'est pas pour autant dépourvue de tout impact écologique, y compris sur la nature. Un nombre croissant d'arrêts du Conseil d'État illustre la difficulté de concilier deux politiques environnementales d'égale importance, à savoir d'une part, le développement des énergies renouvelables en vue d'atteindre les objectifs contraignants fixés par l'Union européenne et, d'autre part, la conservation de la biodiversité². Contrairement à ce que d'aucuns pourraient faire croire, cette conciliation est possible, comme l'a démontré un rapport récent de l'organisation BirdLife Europe³. Elle nécessite cependant une meilleure intégration des exigences de protection de la nature dans les procédures de planification et d'instruction des demandes de permis, tant sur la forme que sur le fond. Le cas des éoliennes est par ailleurs révélateur de la difficulté pour les associations de protection de la nature de se voir reconnaître un intérêt à agir en justice pour faire valoir les intérêts de la conservation de la biodiversité, en l'absence de dommage personnel.

L'arrêt *Gatot et crts* du Conseil d'État du 16 mai 2012⁴, rendu sur la base de l'article 93 du règlement de procédure, nous paraît constituer un progrès important à ce double égard. Tout d'abord,

² Voy. not. C.E., 27 juillet 2006, n° 161.470, *a.s.b.l. A.S.R.E.P.H.* ; C.E., 1^{er} septembre 2009, n° 195.691, *Prevost* ; C.E., 25 janvier 2011, n° 210.676, *s.p.r.l. Mobilae* (in *Amén.*, 2011/3, pp. 195 et s.) ; C.E., 20 septembre 2011, n° 215.210, *Van Laer* ; C.E., 16 mai 2012, n° 219.398, *Gatot et crts* ; C.E., 5 juillet 2012, n° 220.204, *Gillet et crts* ; C.E., 14 janvier 2013, n° 222.046, *Doudelet et crts*.

³ BirdLife Europe (I. SCRASE et B. GOVE, eds.), *Meeting Europe's Renewable Energy Targets in Harmony with Nature – Summary Report*, The RSPBS andy, UK, 2011 en ligne sur <http://www.birdlife.org/eu/pdfs/RenewableSummaryreportfinal.pdf>.

⁴ Suite à l'annulation du permis litigieux par le Conseil d'État dans l'arrêt commenté, le Ministre compétent a délivré un nouveau permis unique pour le projet. Ce permis a été suspendu par un nouvel arrêt (CE, n° 222.894, 18 mars 2013, *Gatot et crts*), sur la base d'autres moyens (violation des normes en matière de bruit).

il reconnaît l'intérêt à agir de deux associations régionales de protection de la nature qui d'ordinaire ne sont pas admises à contester la légalité de permis pour des projets localisés qui menacent la biodiversité (I). Ensuite, il interprète la portée des dispositions de protection des espèces prévues par la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature sur la délivrance des permis en leur conférant un véritable effet utile en aménagement du territoire (II). Nous n'examinerons pas ici les autres apports de l'arrêt, pourtant non négligeables⁵.

Les faits peuvent être résumés comme suit. La société Air Energy a introduit une demande de permis unique pour l'implantation d'un parc de douze éoliennes dans la « Plaine de Bonneffe », étendue ininterrompue de grandes cultures s'étendant sur le territoire de la commune d'Eghezée. Cette plaine agricole est bien connue des ornithologues, qui y observent pas moins de 56 espèces d'oiseaux rares, menacées ou vulnérables, en période de nidification – dont le busard cendré, le râle des genêts, le hibou des marais et le vanneau huppé – ou de migration – comme le pluvier doré et le rare pluvier guignard. Le permis est délivré sur recours par le ministre compétent, sur avis défavorables, entre autres, de la Commission royale des monuments, sites et fouilles (CRMSF) et du Département de la Nature et des Forêts (DNF) en raison respectivement de l'intérêt paysager et historique de la plaine et de l'impact du projet sur l'avifaune.

I. L'INTÉRÊT À AGIR DES ASSOCIATIONS RÉGIONALES DE PROTECTION DE LA NATURE CONTRE UN PROJET LOCALISÉ

Neuf habitants des environs, invoquant un préjudice visuel, et deux associations régionales de protection de la nature, l'a.s.b.l. Natagora et l'a.s.b.l. Aves, invoquant des dommages pour l'avifaune, ont introduit un recours en annulation et en suspension contre le permis. La partie adverse invoquait, pour démontrer leur défaut d'intérêt, le « champ d'action étendu de l'objet social » des deux associations requérantes⁶ au regard du caractère local et individuel du projet litigieux. Après avoir rappelé la position classique du Conseil d'État sur la ques-

⁵ L'arrêt interprète notamment l'article 127, § 3, du CWATUPE et en particulier l'obligation de motivation de la nécessité de s'écarter du plan de secteur. Il donne également des indications intéressantes sur la condition relative au respect, à la structuration et à la recomposition des lignes de force du paysage. Nous renvoyons à la synthèse de l'arrêt que nous avons publiée dans la revue *Amén.* 2013/1.

⁶ L'objet social de Natagora est la « protection, la conservation, la restauration et le développement de la nature dans toute sa diversité (...) dans une perspective de développement durable (...) particulièrement dans les Régions wallonne et de Bruxelles-capitale (...) ». Celui d'Aves s'étend à « l'étude, la conservation et la protection de la faune sauvage, particulièrement de l'avifaune ainsi que des mammifères, reptiles et batraciens » dans la même zone géographique.

tion (1.1), nous verrons comment la Haute juridiction administrative s'est départie de celle-ci dans son arrêt *Gatot et crts* (1.2) et discuterons brièvement des perspectives qu'ouvre cet arrêt (1.3).

1.1. La position classique du Conseil d'État

Une jurisprudence majoritaire du Conseil d'État considère, on le sait, qu'une association ne démontre son intérêt⁷ à agir que lorsque son objet social ne s'identifie pas à l'intérêt général, c'est-à-dire lorsqu'il est suffisamment spécifique, à la fois sur le plan matériel et spatial⁸. Un critère de « proportionnalité »⁹ doit être respecté entre le champ géographique d'action de l'association et la portée de la décision attaquée. Ainsi, les associations régionales ne seraient admises à attaquer que les décisions de portée régionale, sauf lorsque leur objet social est spécialisé¹⁰ ou si l'intérêt affecté dépasse la sphère locale¹¹. Hormis ces deux exceptions, seules les associations locales seraient ainsi admises à attaquer les permis relatifs à des projets localisés, à tout le moins lorsque leur objet social n'est pas rédigé en termes trop généraux¹². Le Conseil d'État l'a rappelé dans un arrêt antérieur de quelques jours à la décision commentée¹³.

⁷ Nous n'aborderons pas ici la délicate question de savoir s'il s'agit d'une question d'intérêt ou de qualité à agir.

⁸ Le Conseil d'État affirme généralement « que les associations de défense de l'environnement peuvent agir devant le Conseil d'État à condition de satisfaire aux conditions exigées de toutes les autres personnes physiques ou morales, à savoir justifier d'un intérêt direct, personnel et légitime, ainsi que de la qualité requise ; qu'elles témoignent de cette dernière condition lorsqu'elles agissent dans le but qu'elles se sont fixé dans leurs statuts et que ce but ne coïncide pas avec la défense de l'intérêt général ni avec l'intérêt personnel de leurs membres ; que pour apprécier le caractère général du but statutaire poursuivi par une association, deux critères doivent être pris en compte : un critère social et un critère géographique ; que sur le plan social, est irrecevable le recours en annulation introduit par une association dont l'objet est à ce point large que l'intérêt collectif qu'elle poursuit ne serait guère distinct ; que, sur le plan géographique, lorsque l'acte attaqué a une portée géographique bien délimitée, il ne peut être attaqué par une association dont l'action n'est pas limitée territorialement ou couvre une large étendue territoriale sauf si cette association a un objet social spécialisé ; que, par ailleurs, une association dont l'objet social s'étend à une vaste étendue territoriale n'est recevable à attaquer un acte administratif que si celui-ci a une incidence sur tout ou une grande partie du territoire visé par les statuts de cette association » (C.E., 13 juin 2002, n° 107.820, *Brysse et crts* ; voy. les autres références citées dans la revue exhaustive de jurisprudence de P. LEFRANC, « Over de ontvangst van milieuverenigingen in de Raad van State (overzicht van rechtspraak 1948-2010) », *T.M.R.*, 2010/4, pp. 426-467, spéc. p. 446, note 163).

⁹ Pour utiliser le terme (« evenredigheid ») repris par la jurisprudence des chambres flamandes du Conseil d'État (voy. les références citées par P. LEFRANC, *op cit.*, pp. 460 et s.).

¹⁰ C'est le cas de la *Ligue royale belge de protection des oiseaux* (L.R.B.P.O.) : C.E., 11 août 1989, n° 32.953, *Wellens et crts*.

¹¹ Par ex. C.E., 1^{er} juin 2001, n° 96.094, *a.s.b.l. Pétitions Patrimoine* (à propos d'un bien classé menacé par un projet : « à partir du moment où un immeuble est classé ou en voie de l'être, sa protection dépasse la sphère des préoccupations simplement locales »).

¹² Comme ce fut le cas dans l'arrêt C.E., 24 septembre 2004, n° 135.408, *a.s.b.l. Grez Doiceau, Urbanisme et Environnement*.

¹³ Dans cette affaire, le Conseil d'État (XIII^e ch.) rappelle sa jurisprudence classique. Il déclare ensuite irrecevable le recours de l'*a.s.b.l. La Florentine* contre un permis d'urbanisme pour l'implantation d'une station-relais de télécommunication à Chiny, au motif que son objet social – à savoir « défendre les paysages en Région wallonne » – « est à ce point étendu et couvre une si

Cette interprétation restrictive de l'intérêt à agir des associations a pour conséquence paradoxale, comme le souligne J.-F. Neuray, qu'« en l'absence d'action populaire et de recours dans l'intérêt de la loi, un acte autorisant une activité polluante dans une zone non bâtie [comme c'est souvent le cas pour les éoliennes, ndlr] serait, à défaut de riverain ou d'association locale, à l'abri de l'annulation. À la limite du raisonnement, une nature encore vierge ne trouverait aucun défenseur habilité »¹⁴. La possibilité d'agir en justice pour éviter ou obtenir la réparation de dommages écologiques purs s'en trouve significativement réduite et avec elle l'effectivité des dispositions sur la protection des espèces.

1.2. L'apport de l'arrêt Gatot et crts sur la question de l'intérêt à agir des associations

L'arrêt commenté semble se départir de cette position, tant en ce qui concerne le critère social que spatial. En l'espèce, le Conseil d'État écarte l'exception d'irrecevabilité, au motif que « les statuts de l'*a.s.b.l. Natagora* lui assignent, notamment, un but de protection et de conservation de la faune, de la flore et des habitats ; que l'objet social de l'*a.s.b.l. Société d'Études Ornithologiques Aves* est, quant à lui, plus particulièrement circonscrit à la protection de l'avifaune ; qu'il n'est pas contesté que l'acte attaqué porte atteinte à l'objet social des deux associations requérantes ; que leur objet social est suffisamment distinct et individualisé ; que le projet met en cause la survie d'espèces protégées, notamment du busard cendré dont seuls 1 ou 2 couples ont été vus en Wallonie, précisément à l'endroit choisi pour l'implantation des éoliennes ».

Le Conseil d'État reconnaît donc que l'objet social de *Natagora* est « suffisamment distinct et individualisé », fût-il aussi large que « la protection, la conservation, la restauration et le développement de la nature ». Le Conseil d'État revient ainsi sur sa jurisprudence *a.s.b.l. Réserves Naturelles et crts* (l'une des deux associations qui forment aujourd'hui, avec *Aves*, l'*a.s.b.l. Natagora*), selon laquelle l'objet social de cette association, en tant qu'il visait « la conservation de la nature dans le sens le plus large », « se confond avec la défense de l'intérêt général, ce qui ne peut justi-

grande étendue territoriale qu'il coïncide très largement avec la défense de l'intérêt général, tant au regard du critère social que du critère géographique », qu'elle ne démontre pas d'atteinte à cet objet social et qu'en conséquence son intérêt « n'est pas suffisamment individualisé » (C.E., 9 mai 2012, n° 219.285, *Cifani et a.s.b.l. La Florentine*).

¹⁴ J.-F. NEURAY, « L'amélioration de l'accès à la justice dans une perspective de défense de l'environnement », in M. PÂQUES et M. FAURE (dir.), *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 428. Dans le même sens, B. JADOT, *op. cit.*, p. 121.

fier d'un intérêt personnel à agir »¹⁵. Il rencontre ainsi la critique d'auteurs qui ne comprenaient pas « que la défense d'un aspect déterminé de l'intérêt général – fût-elle formulée en des termes relativement larges, tels, par exemple, “la protection de l'environnement” ou “la conservation de la nature” – soit considérée comme coïncidant purement et simplement avec l'intérêt général »¹⁶.

Bien que cela ne soit pas parfaitement clair, le critère retenu par le Conseil d'État pour juger que l'intérêt affecté par la décision dépasse la sphère locale – et puisse ainsi être défendu par des associations régionales comme Natagora et Aves – est moins restrictif que celui retenu dans son arrêt *a.s.b.l. Réserves naturelles et crts*¹⁷. Le raisonnement est ici tenu par référence au danger que représente le projet d'éoliennes « pour la survie d'espèces protégées », et « notamment » – mais pas uniquement – pour la population nicheuse du busard cendré, extrêmement réduite en Wallonie (1 ou 2 couples) et localisée sur le site litigieux. Les populations des autres espèces protégées menacées par le projet, qui ne sont ni au bord de l'extinction ni présentes uniquement sur le site concerné, voire sont encore relativement communes¹⁸, sont néanmoins prises en considération. Il semble donc que le recours de ces associations régionales peut être accueilli dès qu'un projet menace une population d'espèce protégée sur un site donné et plus uniquement lorsque le projet menace de faire disparaître la dernière population de l'espèce présente sur le territoire régional.

Le statut légal de protection des espèces semble cependant encore constituer un élément important de l'appréciation¹⁹. La reconnaissance par le législateur de la nécessité de les protéger justifie leur défense par des associations régionales et plus uniquement locales²⁰. Ceci ne nous semble en tout état de cause pas indispensable, la conservation de la nature – si l'on considère, comme semble l'indiquer l'arrêt, que cet intérêt ne se confond pas avec l'intérêt général – requérant des mesures à l'égard de toutes les espèces et de tous les habitats rares ou menacés et non uniquement à l'égard de ceux qui font l'objet d'une protection. Le Conseil d'État l'avait déjà reconnu dans son arrêt *Wellens et crts*²¹. À notre estime, toute décision susceptible d'affecter la biodiversité, même non protégée et à l'échelle d'un site localisé, devrait être considérée comme portant atteinte à l'objet social des associations poursuivant un but de protection de la nature au sens large.

1.3. Perspectives

Les espèces et les écosystèmes auraient-ils enfin la possibilité de faire entendre leur voix devant le Conseil d'État ? Une évolution en ce sens semble en cours²². L'arrêt commenté s'inscrit ainsi dans la lignée de l'arrêt *Coomans et crts* pris en assemblée générale le 17 novembre 2008²³ et de plusieurs arrêts pris par des chambres flamandes, qui abandonnent l'exigence de « proportionnalité » entre l'objet social poursuivi et les intérêts affectés par la décision²⁴. Bien qu'il n'en soit pas fait mention

¹⁵ C.E., 13 juillet 2004, n° 133.834, *a.s.b.l. Réserves naturelles et crts*, obs. B. JADOT, « Les associations de protection de l'environnement devant le Conseil d'État : une espèce en voie de disparition ? », *J.T.*, 2005, pp. 120 à 122. Voy. aussi, à propos de l'a.s.b.l. Aves, l'arrêt en référé dans la même affaire : C.E., 7 juillet 2000, n° 88.687, *a.s.b.l. Réserves naturelles et crts, Amén.*, 2001, p. 86, obs. B. JADOT : le Conseil d'État avait écarté son recours au motif que « la conservation de la faune ou l'idéal originel de la protection de la nature [indiqués dans les statuts d'Aves, ndlr] ne peuvent être considérés comme constituant un intérêt suffisamment spécifique ; que cet objet social ne peut dès lors justifier d'un intérêt au recours, même si Aves a témoigné d'un intérêt pour les crapauds ; que, par ailleurs, son intérêt plus spécifique de protection de l'avifaune, qui est la raison d'être première de l'a.s.b.l., laquelle s'appelle elle-même “Société d'Études ornithologiques”, ne couvre pas la protection du crapaud calamite qui est l'enjeu essentiel du présent recours ».

¹⁶ B. JADOT, *op. cit.*, p. 121. Dans le même sens, J. SAMBON, « L'accès au juge administratif : quelle place pour l'intérêt collectif de la protection de l'environnement ? », in Ch. LARSEN et M. PALLEMAERTS (éd.), *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 101-145, spéc. n° 26 ; Th. HAUZEUR, « L'intérêt à agir des associations de défense de l'environnement devant le Conseil d'État : quelle liberté pour le juge et quel rapport à la nature ? », *Amén.*, 2006, pp. 105-114, spéc. p. 113.

¹⁷ Dans cette affaire, le Conseil d'État avait jugé irrecevable le recours introduit, entre autres, par l'a.s.b.l. *WWF* contre un arrêté du gouvernement wallon modifiant le plan de secteur de Liège pour l'implantation d'un CET au motif que « son objet couvre ainsi la protection de l'environnement en général sur tout le territoire ; que, dès lors, sauf à établir que le crapaud calamite est une espèce en voie de disparition – ce qui n'est plus le cas même si le crapaud calamite reste une espèce vulnérable – et, surtout, que le seul site les accueillant encore est celui visé par l'acte attaqué – ce qui n'est pas non plus le cas –, elle ne dispose pas d'un intérêt suffisant au présent recours qui n'a d'intérêt que local ».

¹⁸ C'est le cas du vanneau huppé notamment.

¹⁹ Dans le même sens, suite à un recours introduit, entre autres, par v.z.w. *Natuurreservaat* (devenu v.z.w. *Natuurpunt*, équivalent flamand de Natagora) contre un permis délivré pour la construction d'une abbaye et de ses dépendances à Opgirimbie, le Conseil d'État a jugé que les associations requérantes pouvaient agir compte tenu du statut de site Natura 2000 dont faisait l'objet le terrain (C.E., 31 mars 2009, n° 192.085, v.z.w. *Natuurreservaat et crts*).

²⁰ La défense desdites espèces ne s'apparente pas pour autant à l'intérêt général dans la mesure où ce statut résulte d'une loi de police spéciale, dont l'objet est de préserver un aspect de l'ordre public.

²¹ Dans cet arrêt (C.E., 11 août 1989, n° 32.953, *Wellens et crts*, précité), le Conseil d'État avait admis le recours de l'association L.R.B.P.O. au motif que les espèces menacées par le projet (pic noir) « offrent un intérêt national parce qu'elles sont devenues rares ». Mais ces espèces étaient protégées.

²² Voy. L. LAVRYSEN, *Study on factual aspects of access to justice in relation to EU Environmental law. Belgium*, Université de Gand, 2012, 44 pp., en ligne sur http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm (visité le 5 janvier 2012). Adde P. LEFRANC, « Het collectief belang voor de Raad van State », in M. VAN DAMME (éd.), « Het belang in het publiekrechtelijk procesrecht », *Actuala Publiekrecht*, n° 3, 2011, Brugge, Die Keure, pp. 1-50.

²³ Dans cet arrêt, qui portait sur la légalité du plan de dispersion des vols de l'aéroport de Bruxelles-National, l'assemblée générale de la Section du contentieux administratif du Conseil d'État a jugé « que lorsqu'une association sans but lucratif qui n'invoque pas son intérêt personnel agit devant le Conseil d'État, il est requis que son objet social soit d'une nature particulière et, dès lors, distinct de l'intérêt général ; qu'elle défende un intérêt collectif ; que la norme attaquée soit susceptible d'affecter son objet social ; qu'il n'apparaisse pas, enfin, que cet objet social n'est pas ou n'est plus réellement poursuivi » (C.E., 17 novembre 2008, n° 187.998, *Coomans et crts*, § 28.2.3.2).

²⁴ C.E., 28 mai 2009, n° 193.593, v.z.w. *Milieufront Omer Wattez* ; C.E., 10 septembre 2012, n° 220.537, v.z.w. *Regionale Actiegroep Leefmilieu Dendre en Shelde (RALDES)* : « Wanneer een v.z.w., die niet haar persoonlijk belang

dans l'arrêt, l'influence de l'article 9.2 et 9.3 de la Convention d'Aarhus, tel qu'interprété par la Cour de justice dans ses arrêts du 8 mars 2011 et du 12 mai 2011²⁵, et la position critique du Comité d'examen du respect des dispositions de cette convention²⁶ ne sont sans doute pas étrangères à cette ouverture de la part de notre juridiction administrative suprême²⁷.

Cette tendance pourrait, si elle se confirme, offrir un accès plus aisé au Conseil d'État aux associations à vaste rayon d'action et dont l'objet social est défini de façon large – comme, outre Natagora et Aves, les Amis de la Terre, le WWF Belgique ou Greenpeace Belgium²⁸ – pour critiquer des projets localisés portant atteinte à la biodiversité, à tout le moins lorsqu'elle est protégée. Par les moyens dont elles disposent et le support important du public dont elles jouissent, les « grandes » associations ont plus de latitude pour agir que les petites associations locales, moins bien armées et peinant à prouver leur représentativité, lorsque ce critère est retenu²⁹. On peut donc espérer qu'à l'avenir, les dispositions sur l'accès à la justice de la Convention d'Aarhus et le droit européen qui

les transpose s'en trouveront mieux appliqués et, partant, la biodiversité mieux défendue.

Une hirondelle, ou même deux³⁰, ne font cependant pas le printemps. Rien ne dit que, dans d'autres circonstances et avec d'autres enjeux en présence, l'une ou l'autre chambre du Conseil d'État n'écartera pas le recours d'une association régionale de protection de la nature contre un projet dommageable pour la biodiversité. Ni l'article 9.3 de la Convention d'Aarhus, qui n'a pas effet direct selon la Cour de justice et le Conseil d'État³¹, ni le droit fondamental à la protection d'un environnement sain, garanti constitutionnellement, ne semblent offrir une garantie contre cette instabilité de la jurisprudence. Plusieurs arrêts considèrent en effet qu'une interprétation étroite de l'intérêt à agir des associations reste compatible avec cette disposition et avec l'article 23 de la Constitution³². En outre, en référé, l'obligation, difficile à remplir pour les associations, de démontrer un « préjudice grave et difficilement réparable » a déjà été l'occasion pour le Conseil d'État de refuser de suspendre un acte pourtant irrégulier, au terme d'une balance des intérêts quelque peu subjective³³, et de reprendre ainsi d'une main ce qu'il a accordé de l'autre en considérant le recours comme recevable... Cette faculté, il est vrai aujourd'hui délaissée par le Conseil d'État³⁴, s'accorde mal avec l'obligation pour les parties à la Convention d'Aarhus d'établir un « cadre précis, transparent et cohérent » pour mettre en œuvre la convention (article 3.1) et d'organiser des procédures de recours « objectives » (article 9.4).

aanvoert, voor de Raad van State optreedt, is vereist dat haar maatschappelijk doel van bijzondere aard is en derhalve onderscheiden van het algemeen belang, dat zij optreedt ter verdediging van een collectief belang, dat haar maatschappelijk doel door de bestreden handeling kan worden geraakt, en dat niet blijkt dat dit maatschappelijk doel niet of niet meer werkelijk wordt nagestreefd ».

²⁵ C.J.U.E., 8 mars 2011, aff. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* ; C.J.U.E., 12 mai 2011, aff. C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein – Westfalen eV c. Bezirksregierung Arnsberg*, obs. M. DELNOY, « Cour de justice de l'Union européenne – Élargissement de l'accès à la justice des associations de défense de l'environnement, par référence à la Convention d'Aarhus et à la directive E.I.E. », *Amén.*, 2011/4, pp. 268-272.

²⁶ Saisi par le *Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen v.z.w.*, le Comité d'examen du respect des dispositions de la convention (conclusions et recommandations du 16 juin 2006) a critiqué l'attitude du Conseil d'État belge face aux recours des associations de défense de l'environnement contre les permis de construire et les décisions d'urbanisme et a considéré que le maintien de sa jurisprudence serait contraire à l'article 9.2. à 9.4. de la convention (ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, communication ACCC/C/2005/11 émanant de *Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen v.z.w.* (Belgique)).

²⁷ Dans un arrêt d'une chambre flamande, rendu sur recours d'une a.s.b.l. couvrant le territoire de 21 communes et à l'objet social fort large contre un permis d'environnement relatif à un aéroport, le Conseil d'État a jugé « qu'une interprétation trop restrictive de l'intérêt de la partie requérante est incompatible avec l'article 9.2 de la Convention d'Aarhus [lu en combinaison avec l'article 2.5] (...) ; que la lecture combinée de ces dispositions montre que les organisations non gouvernementales, dont la requérante, doivent pouvoir avoir accès à la justice ; qu'il est évident qu'il doit s'agir d'un accès effectif, et non pas purement formel ; qu'à la lumière de la Convention d'Aarhus, les associations environnementales doivent pouvoir avoir accès au Conseil d'État ; que la requérante ne défend pas les intérêts de ses membres individuels et ne défend pas non plus l'intérêt public, mais entend protéger les valeurs spécifiques qui se situent dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'environnement et de la conservation de la nature, que le recours de l'intéressé est recevable » (notre traduction) (C.E., 28 mai 2009, n° 193.593, v.z.w. *Milieufront Omer Wattez*).

²⁸ Nous n'examinons pas ici la question de l'intérêt à agir d'une fédération d'associations de protection de l'environnement, comme Inter-Environnement Wallonie (IEW).

²⁹ En ce sens, L. LAVRYSEN, *op. cit.*, p. 20. Adde Ch.-H. BORN, « Vers un statut pour les associations de protection de l'environnement ? », in CEDRE (dir.), *Acteurs et outils du droit de l'environnement, Développements récents, développements (peut-être) à venir*, Actes du colloque de Bruxelles du 9 septembre 2009, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 279-350.

³⁰ Pour paraphraser l'expression de P. Lefranc à propos de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette même question (P. LEFRANC, « Ook twee zwaluwen maken nog geen lente » (obs. sous Cass., 28 juin 2008), *T.M.R.*, 2009, pp. 191-193).

³¹ C.J.U.E., 8 mars 2011, aff. C-240/09, précité ; à propos de l'art. 9.3 et 9.4, C.E., 10 mai 2007, n° 171.018, *S.A. Golfinger*.

³² Comme il l'a encore rappelé dans son arrêt *Cifani et a.s.b.l. La Florentine* précité du 9 mai 2012, le Conseil d'État a considéré à plusieurs reprises que la Convention d'Aarhus, dans ses articles 9.2, 9.3 et 2.5, « se réfère aux "dispositions du droit interne" de l'État et aux "conditions pouvant être requises en droit interne", outre les conditions qu'elle fixe elle-même ; qu'à cet égard, elle ne se prononce pas sur la définition de l'objet social d'une association sans but lucratif et la circonstance que si celui-ci s'apparente à l'intérêt général, le recours en justice serait une action populaire (...) » (C.E., 24 septembre 2004, n° 135.408, *a.s.b.l. Grez Doiceau, Urbanisme et Environnement*, obs. B. JADOT, « Les associations de protection de l'environnement devant le Conseil d'État... », *op. cit.*, pp. 120-122). Voy. aussi C.E., 8 août 2006, n° 161.727, *a.s.b.l. Ardennes Liégeoises*. Sur la jurisprudence des chambres flamandes, voy. les références citées par P. LEFRANC, « Over de ontvangst van milieuvriendelijke... », *op. cit.*, p. 446. Concernant l'influence du droit à l'environnement, le Conseil d'État a indiqué dans son arrêt *a.s.b.l. Grez Doiceau* précité que « pas d'avantage l'article 23 de la Constitution ne règle le droit d'action en justice d'une association sans but lucratif eu égard à son objet social tel qu'il est mentionné dans ses statuts ».

³³ En ce sens, voy. C.E., n° 48.823, *De L'Arbre et crts, J.L.M.B.*, 1994, pp. 1205 et s. et la note critique de J.-F. NEURAY.

³⁴ B. JADOT et Ch. LARSEN, « Le contentieux : quelques questions-clés relatives à l'accès à la justice pour assurer la protection de l'environnement », in F. HAUMONT, B. JADOT et Ch. THIEBAUT (dir.), *R.P.D.B.*, vol. X, v° *Urbanisme et environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1389, n° 2396 et la jurisprudence citée.

L'on ne peut donc que saluer les propositions actuellement déposées à la Chambre et au Sénat pour reconnaître définitivement aux associations le droit de défendre des intérêts collectifs devant notre Haute juridiction administrative³⁵. La réforme en cours du Conseil d'État³⁶ nous paraît constituer une occasion idoine pour régler une fois pour toute la question de l'intérêt à agir des associations de protection de l'environnement dans le respect de la Convention d'Aarhus, même si d'autres mesures plus structurelles – comme le financement des associations – devraient également être prises pour assurer un accès à la justice réellement effectif à ces acteurs majeurs de la protection de la biodiversité. Nous ne pouvons cependant commenter ici ces propositions.

II. LA PORTÉE DES DISPOSITIONS EN MATIÈRE DE PROTECTION DES ESPÈCES POUR LA DÉLIVRANCE DES PERMIS

L'autre intérêt de l'arrêt *Gatot* concerne la question des relations entre, d'une part, les polices des établissements classés et de l'aménagement du territoire et, d'autre part, celle de la protection des espèces animales sauvages³⁷. En l'espèce, les enjeux environnementaux et socio-économiques de l'implantation des éoliennes rendent le débat très conflictuel, jusqu'au sein même de l'administration. La question est d'autant plus difficile à régler sur le plan juridique que les relations entre

ces polices n'ont fait l'objet d'aucune articulation par le législateur, contrairement à ce qui est le cas en Région flamande³⁸.

Le débat s'est posé en ces termes dans l'affaire commentée. Le premier moyen invoqué par les requérants était pris de la violation, notamment, de l'article 6 de la Convention de Berne de 1979 relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, de l'article 5, d, de la directive 2009/147/CE « Oiseaux » et de l'article 2, § 2, 2°, de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature. Ces dispositions interdisent de « perturber intentionnellement les oiseaux, notamment durant la période de reproduction et de dépendance, pour autant que la perturbation ait un effet significatif eu égard aux objectifs de la [sous-section concernée de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature] ». Une dérogation à cette interdiction peut toutefois être accordée pour certains motifs et moyennant le respect de conditions strictes³⁹. En l'espèce, l'autorité avait jugé, en se fondant sur l'étude d'incidences, que le projet n'entraînerait pas de perturbation significative des espèces concernées, compte tenu des mesures de compensation mises en œuvre. Les requérants reprochaient à ladite autorité de procéder « à une dénégation non justifiée de l'impact sur l'avifaune », de ne pas avoir effectué un examen concret de l'impact du projet sur l'avifaune malgré un avis défavorable du CWEDD, d'avoir prescrit des mesures de compensation sous forme de conditions irrégulières et de n'avoir pas motivé sa décision adéquatement au regard, notamment, de l'évaluation des alternatives de localisation du projet.

Sans aborder tous les moyens, nous focalisons notre attention sur la question de l'applicabilité des dispositions de protection des espèces au processus de délivrance des permis (2.1), sur l'interprétation à donner à la notion de perturbation « significative » (2.2) et sur les perspectives que cet arrêt ouvre pour la prise en compte des espèces protégées en aménagement du territoire (2.3).

2.1. L'obligation de respecter les dispositions de protection des espèces dans le cadre de la délivrance des permis

2.1.1. L'applicabilité des dispositions de protection des espèces à la délivrance des permis

Le Conseil d'État accueille le premier moyen en considérant que « pour apprécier la conformité

³⁵ Proposition de loi modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif, déposée par M^{me} Muriel Gerkens et consorts, 19 juillet 2011, Chambre des Représentants de Belgique, *Doc. parl.*, 2011-2012, n° 53-1693/001 ; proposition de loi modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif, déposée par M^{mes} Z. Khattabi and Freya Pirys, 16 novembre 2011, Sénat de Belgique, *Doc. parl.*, 2011-2012, n° 5-1330/1 ; proposition de loi modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État en vue d'accorder aux associations le droit d'introduire une action d'intérêt collectif, déposée par M. Ludo Sanens, 12 octobre 2011, Sénat de Belgique, *Doc. parl.*, 2011-2012, n° 5-1264/1.

³⁶ Proposition de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, déposée par M^{me} Carina Van Cauter et M. Patrick Dewael, 19 décembre 2012, Chambre des Représentants, *Doc. parl.*, 2011-2012, n° 53-2583/001.

³⁷ Voy. sur ces questions C.H. BORN et A.-S. RENSON, « Les rapports du droit de l'urbanisme avec les autres polices administratives : de la guerre des polices à la police intégrée ? », in Ch.-H. BORN, M. DELNOY et N. VAN DAMME (éd.), *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme 50 ans après la loi organique*, Actes du colloque de LLN des 13 et 14 septembre 2012, Louvain-La-Neuve, Anthemis, à paraître. Sur la protection des espèces et ses conséquences pour les permis ; Ch.-H. BORN, « La protection des espèces contre les destructions, perturbations et détériorations d'habitat », Actes du colloque de Mons du 19 novembre 2010, à paraître. *Adde* Ch.-H. BORN, « L'arrêt *Caretta caretta* : un nouveau souffle pour la protection des espèces d'intérêt communautaire ? », obs. sous C.J.C.E., 30 janvier 2002, aff. C-103/00, *Commission c. Grèce*, *Rec.*, p. I-1147, *Amén.*, 2002/3, pp. 216-224 ; H. SCHOUKENS, « 'Mr President, The awful beast is back' ! Een nadere analyse van de ruimtelijke weerslag van het Europese soortenbeschermingsrecht », *T.M.R.*, 2008, pp. 208-220, obs. sous C.E., 28 juin 2007, n° 172.856, v.z.w. *Milieuwerkgroep "Ons streven"* ; G. VAN HOORICK, *Juridische aspecten van het natuurbehoud en de landschapszorg*, Anvers et Groningue, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, spéc. pp. 281 et s. ; H. SCHOUKENS, K. DE ROO et P. DE SMEDT, *Handboek natuurbehoudsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, spéc. pp. 378 et s.

³⁸ Voy. l'arrêté du gouvernement flamand du 15 mai 2009 relatif à la protection et à la gestion des espèces (*M.B.*, 13 août 2009, éd. 1). Pour un commentaire, voy. H. SCHOUKENS, « Het soortenbesluit van 15 mei 2009 : waait er een nieuwe wind door het natuurbehoudsrecht ? », *T.M.R.*, 2010, pp. 556-610.

³⁹ Voy. l'art. 9 de la directive « Oiseaux » et les art. 5 et s. de la loi sur la conservation de la nature.

des mesures de compensation avec le respect de l'interdiction prescrite de l'article 2, § 2, 2°, de la LCN, il y a lieu d'examiner si la motivation relative à ces mesures de compensation est complète et adéquate » (nous soulignons). Il examine ensuite les mesures compensatoires fixées dans la décision attaquée, constate que la motivation de l'acte ne répond pas aux critiques du DNF (*infra*, 2.2) et juge le moyen fondé.

Même si la motivation de l'arrêt aurait pu être plus explicite, le Conseil d'État reconnaît ainsi, pour la première fois, l'applicabilité directe des interdictions prévues à l'article 2, § 2, de la loi sur la conservation de la nature aux autorités compétentes pour délivrer des permis d'environnement ou uniques. Il s'ensuit que, sauf à respecter les conditions d'octroi d'une dérogation (*infra*), il est interdit, en vertu de l'article 2 de la loi sur la conservation de la nature, à une autorité compétente de délivrer un permis unique si elle ne peut démontrer, au regard de l'évaluation des incidences et des avis des experts consultés, que le projet concerné n'entraînera pas une perturbation significative pour une espèce protégée. Les dispositions de protection des espèces constituent donc, à l'estime du Conseil d'État, un cadre normatif contraignant pour les autorités compétentes pour délivrer des permis relatifs à des projets potentiellement dommageables pour la faune et la flore protégées. L'étude d'incidences et les consultations d'instances d'avis deviennent ainsi des mécanismes procéduraux susceptibles d'aider l'autorité compétente à vérifier le respect de normes extérieures à la police dont relève le permis concerné⁴⁰.

Incontestablement, l'effectivité du dispositif de protection des espèces s'en trouve renforcée en aménagement du territoire. Certes, la législation sur le permis d'environnement et le CWATUPE, combinés avec les dispositions sur l'évaluation générale des incidences, requièrent déjà, de la part de l'autorité compétente pour délivrer un permis unique pour l'implantation d'éoliennes, qu'elle *prenne en compte* l'impact du projet sur la biodiversité, y compris sur les espèces protégées⁴¹. Le problème

est que l'obligation n'est que de moyen et non de résultat. Aucune règle de fond contraignante ne découle de ces législations pour obliger une autorité à refuser un projet s'il menace une espèce protégée. Ainsi, malgré l'obligation qui lui est faite par le décret du 11 mars 1999⁴², le gouvernement n'a pas établi, à ce jour et sauf exception, de conditions générales ou sectorielles obligatoires visant spécifiquement à préserver la biodiversité et en particulier les espèces protégées, notamment dans le cadre de l'implantation d'éoliennes. Ni l'ancien ni, par analogie, le nouveau « cadre de référence éolien », dépourvus de toute valeur réglementaire, ne peuvent faire office de telles conditions sectorielles⁴³. Par ailleurs, les résultats de l'évaluation générale des incidences, mécanisme de nature procédurale, ne lient pas la compétence des autorités compétentes⁴⁴, contrairement à ce qui est le cas du mécanisme d'évaluation appropriée « Natura 2000 »⁴⁵. Il manque donc d'un cadre légal assurant l'intégration *substantielle* des dispositions de protection des espèces en aménagement du territoire⁴⁶. L'arrêt *Gatot et crts* comble cette lacune en considérant les dispositions sur la protection des espèces figurant dans la loi du 12 juillet 1973 comme un cadre contraignant à la délivrance des permis.

Juridiquement, cette interprétation ne coule pourtant pas de source. Elle nous semble cependant devoir être approuvée, tant au regard du droit européen qu'au regard du principe de hiérarchie des normes.

2.1.2. Les exigences du droit européen : de l'indépendance à l'intégration des polices

Force est de constater que ni les articles 5 et 9 de la directive « Oiseaux », ni les articles 12, 13 et 16 de la directive « Habitats », qui fixent respectivement les mesures de protection des espèces et les dérogations à ces mesures, n'exigent formellement l'intégration des polices dans l'ordre interne. Contrairement à l'article 6, § 3, de la directive « Habitats » en ce qui concerne Natura 2000, ils ne comportent aucune exigence explicite

⁴⁰ Voy. en ce sens l'intervention de Ch. SOBOTTA, *The impact of species protection on land use planning : towards a more proactive approach ?*, Conférence « 20 years of Habitats Directive : European Wildlife's Best Hope ? », Anvers, 12-13 déc. 2012, en ligne sur <http://www.omgevingsrecht.be/event/international-conference-antwerp-12-13-december-2012>.

⁴¹ L'article 1^{er}, § 1^{er}, du CWATUPE inclut dans les objectifs de l'aménagement du territoire « la conservation et le développement du patrimoine (...) naturel ». L'art. 2 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement prévoit que « Le présent décret vise à assurer, dans une optique d'approche intégrée de prévention et de réduction de la pollution, la protection de l'homme ou de l'environnement contre les dangers, nuisances ou inconvénients qu'un établissement est susceptible de causer, directement ou indirectement, pendant ou après l'exploitation. (...) Le présent décret vise notamment à contribuer à la poursuite des objectifs de préservation des équilibres climatiques, de la qualité de l'eau, de l'air, des sols, du sous-sol, de la biodiversité et de l'environnement sonore, et à contribuer à la gestion rationnelle de l'eau, du sol, du sous-sol, de

l'énergie et des déchets ». Le Livre I^{er} du Code de l'environnement prévoit pour sa part que doivent être évalués les « effets directs et indirects, à court, à moyen et à long terme, de l'implantation et de la mise en œuvre du projet sur : (...) la faune et la flore (...) » (art. D.66, 1^{er}) et que « Le permis et le refus de permis doivent être motivés en regard notamment des incidences sur l'environnement et des objectifs précisés à l'article 50 » (art. D. 64).

⁴² Art. 4 du décret du 11 mars 1999.

⁴³ C.E., 21 février 2013, n° 222.592, *Dumont et crts*.

⁴⁴ Art. D.64 et D.66, 1^{er}, du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

⁴⁵ Voy. également le « natuurotoets » en Région flamande (art. 16, § 2, du décret du 21 octobre 1997 concernant la conservation de la nature et le milieu naturel).

⁴⁶ Sur cette question, voy. notre contribution, « Quel espace pour la nature en Wallonie ? L'intégration de la biodiversité dans les plans d'aménagement du territoire (II) », *Les cahiers nouveaux du développement durable*, août 2011, n° 18, pp. 32-42.

d'articulation entre, d'une part, les plans et permis relevant des législations urbanistiques et environnementales et, d'autre part, les mesures de protection des espèces prévues par ces dispositions.

La Cour de justice a reconnu cette marge de manœuvre des États membres pour appliquer les règles européennes de protection des espèces dans son arrêt *Commission c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, la Commission reprochait au gouvernement britannique de permettre l'octroi de permis de bâtir par les autorités locales dans des sites abritant le Triton crêté (espèce protégée par l'article 12 de la directive « Habitats ») sans devoir vérifier le respect strict des conditions d'octroi des dérogations, ces dernières n'étant délivrées par l'autorité centrale qu'après l'octroi dudit permis de construire. La Cour a jugé que la Commission n'apportait pas la preuve que l'autorité centrale ne respectait pas les conditions de dérogation visée à l'article 16 de la directive. À son estime, « le simple fait que deux autorités soient amenées à apprécier successivement les mêmes faits n'implique pas en soi que les évaluations effectuées par la seconde autorité s'alignent systématiquement sur celles de la première, d'autant plus que, dans le cas d'espèce, contrairement aux autorités locales qui sont simplement tenues de prendre en considération les principes de la directive, les autorités centrales sont, quant à elles, obligées d'appliquer les conditions strictes de [la disposition de droit national transposant l'article 16 de la directive "Habitats" fixant les conditions de la dérogation, ndlr] »⁴⁷. L'indépendance des polices paraît donc validée pour autant qu'au terme du processus décisionnel, les dispositions de protection des espèces soient respectées.

Cet arrêt, au demeurant isolé, doit cependant être lu à la lumière des autres dispositions du régime de protection des espèces, qui requièrent implicitement une intégration, ainsi que la Cour l'a reconnu dans un arrêt ultérieur. L'article 5.1. de la directive « Oiseaux » prescrit aux États membres de prendre « *les mesures nécessaires pour instaurer un régime général de protection* [*"general system of protection"*, dans la version anglaise, ndlr] *de toutes les espèces d'oiseaux* » visées par la directive, « *comportant notamment l'interdiction* » précitée de perturber intentionnellement et de manière significative lesdites espèces d'oiseaux (nous soulignons). Dans une rédaction assez similaire, les articles 12.1 et 13.1 de la directive « Habitats » exigent des États membres qu'ils « *prennent les mesures nécessaires pour instaurer un système de protection stricte des espèces* [animales et végétales figurant respectivement

à l'annexe IV, points a) et b)] *dans leur aire de répartition naturelle* », « *interdisant* » la perturbation intentionnelle, « *notamment durant la période de reproduction, de dépendance, d'hibernation et de migration* » (nous soulignons).

Selon la jurisprudence de la Cour de justice sur l'article 12.1 de la directive « Habitats » – qui nous semble transposable à l'article 5.1 de la directive « Oiseaux » –, l'exigence d'établir un « système de protection stricte » impose aux États membres « non seulement l'adoption d'un cadre législatif complet, mais également la mise en œuvre de mesures concrètes et spécifiques de protection »⁴⁸. En outre, le système de protection stricte « suppose l'adoption de mesures cohérentes et coordonnées, à caractère préventif »⁴⁹ et doit « donc permettre d'éviter effectivement [les perturbations des espèces : la Cour visait ici les détériorations d'habitats, mais le considérant peut parfaitement être appliqué aux perturbations] »⁵⁰. Elle a déduit de cette exigence, à propos de projets soumis à permis menaçant des espèces protégées de chauves-souris et de cétacés en Irlande, que « *l'autorisation d'un projet, avant que n'intervienne l'évaluation des incidences sur l'environnement concluant à des conséquences négatives de ce projet sur l'environnement (...), ou l'autorisation sans dérogation d'autres projets, alors que l'évaluation préalable a conclu également à des conséquences négatives dudit projet sur l'environnement (...), sont de nature à démontrer que les espèces figurant à l'annexe IV, sous a), de la directive 92/43, ainsi que leurs aires de reproduction et de repos, sont sujettes à des perturbations et à des menaces que la réglementation irlandaise ne permet pas d'éviter* » (nous soulignons)⁵¹. Autrement dit, si l'évaluation des incidences a conclu ou aurait dû conclure à un risque de perturbation, l'autorisation ne peut être licitement délivrée sans dérogation préalable. Les conclusions de l'avocat général Ph. Leger, auxquelles renvoie la Cour, étaient claires sur ce point⁵².

⁴⁸ C.J.C.E., 11 janvier 2007, aff. C-183/05, *Commission c. Irlande*, Rec., p. I-137, point 29.

⁴⁹ C.J.C.E., 16 mars 2006, aff. C-518/04, *Commission c. Grèce*, C-518/04, point 16, et *Commission c. Irlande*, précité, point 30.

⁵⁰ C.J.C.E., 30 janvier 2002, aff. C-103/00, *Commission c. Grèce*, Rec., p. I-1147, point 39, obs. Ch.-H. BORN, « L'arrêt *Caretta caretta* : ... », *op. cit.*, *Amén.*, 2002/3, pp. 216-224.

⁵¹ C.J.C.E., 11 janvier 2005, aff. C-183/05, *Commission c. Irlande*, points 34 à 37.

⁵² L'avocat général indiquait ceci : « Conformément à l'article 12, paragraphe 1, sous d), de la directive "habitats", nous pensons que le projet immobilier du domaine de Lough Rynn ne pouvait pas être autorisé par les autorités irlandaises, du moins sans dérogation valable. Il est constant, en l'espèce, que ledit projet n'a pas bénéficié des dérogations prévues à l'article 16 de cette directive (...). [S]'agissant du contournement d'Ennis, il ressort des pièces du dossier (24) que ce projet a fait l'objet d'une EIE qui indiquait que ce contournement aurait pour effet la destruction des perchoirs du petit rhinolophe. Or, au regard des éléments présentés par la Commission, et non contestés par l'Irlande, il apparaît que les autorités irlandaises ont délivré la dérogation seulement le 7 juillet 2004, bien après l'autorisa-

Cette jurisprudence de la Cour plaide donc clairement en faveur d'une articulation effective des autorisations d'urbanisme et d'environnement avec les dispositions de protection des espèces – en particulier la dérogation. Il en découle que, indépendamment des exigences découlant de la législation sur l'évaluation générale des incidences, l'autorité qui doit se prononcer sur une demande de permis pour un projet susceptible d'affecter une espèce protégée doit au moins vérifier la présence de cette espèce sur le terrain et analyser de façon appropriée l'impact du projet sur celle-ci. L'arrêt *Gatot et crts* du Conseil d'État confirme cette interprétation, mais ne s'arrête pas là.

2.1.3. Principes de hiérarchie des normes et de légalité vs. indépendance des polices

Sur le plan interne, en l'absence de toute articulation entre les deux législations, les parties adverses et intervenantes auraient pu soutenir, au nom du vénérable principe d'indépendance des polices⁵³, que le permis pouvait être régulièrement délivré, quand bien même l'exécution de son projet fût susceptible, au regard de l'évaluation des incidences ou d'avis d'experts, de perturber significativement une espèce⁵⁴. Il revenait simplement au titulaire du permis de solliciter, le cas échéant, avant de commencer les travaux, la dérogation prévue par les articles 5 et suivants de la loi, conformément au principe du cumul des polices administratives. Tout au plus le permis serait-il devenu sans objet en cas de refus de ladite dérogation, faute de pouvoir être exécuté.

En l'espèce, le Conseil d'État prend une position nettement plus favorable à l'intégration des polices : il accepte de contrôler *directement*, on l'a dit, la régularité du permis au regard d'une disposition ne relevant pas du décret relatif au permis d'environnement, à savoir l'interdiction de perturber les espèces protégées prévue par la législation sur la conservation de la nature⁵⁵. Ce faisant, il exerce un contrôle « entier », complet, du respect des dis-

positions sur la protection des espèces, même s'il dépend à cet effet des expertises techniques établies lors de l'instruction de la demande. C'est certainement là un avantage important de cette solution.

En effet, le Conseil d'État aurait pu, dans ce type de situation, se limiter à vérifier l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de l'autorité qui délivre un permis alors que l'évaluation des incidences met en évidence un risque de perturbations ou de détériorations d'habitats d'espèces protégées présentes sur le site⁵⁶. Mais un tel contrôle, certes toujours possible, reste nécessairement marginal et rend la sanction dépendante de considérations subjectives. Ainsi, en l'espèce, l'étude d'incidences soutenait qu'il n'y avait pas de risque d'effet significatif sur le busard, en raison des mesures compensatoires envisagées, ce que contestait le DNF, qui se fondait sur d'autres données scientifiques. L'erreur, si erreur il y a eu, aurait difficilement pu être qualifiée de manifeste en présence de données scientifiques contradictoires.

De même, le Conseil d'État aurait pu se limiter à vérifier l'existence et le caractère adéquat de la motivation du permis au regard des résultats de l'étude d'incidences et des avis des instances consultées. Le principe de bonne administration l'exige en tout état de cause⁵⁷. Cependant, dans ce cas, il ne s'agit plus d'appliquer une interdiction décrétable de détruire ou de perturber, relevant de la légalité interne, mais simplement d'une formalité relevant de la légalité externe du permis, nettement plus aisée à respecter. Ainsi, il serait simple dans cette hypothèse de délivrer un nouveau permis mieux motivé, alors que sur le terrain, son impact sur l'avifaune resterait identique.

L'interprétation du Conseil d'État dans l'arrêt commenté va plus loin, en faisant une application ferme mais justifiée, selon nous, des principes de hiérarchie des normes et de légalité. Le fondement constitutionnel de ces principes (article 159 de la Constitution) leur confère une incontestable prééminence sur le principe d'indépendance des législations, d'origine purement jurisprudentielle⁵⁸. Selon

tion donnée au projet de construction. Rien n'indique que, à l'époque de la délivrance de l'autorisation, les autorités irlandaises aient jugé utile de demander une dérogation valable » (points 57 et 59 de ses conclusions, nous soulignons).

⁵³ Pour rappel, en vertu de ce principe, une autorité chargée d'adopter une décision dans le cadre d'une police administrative ne peut pas justifier celle-ci sur la base de considérations qui relèveraient d'une autre police administrative : voy. récemment C.E., 26 octobre 2004, n° 136.694, *Arnould* ; C.E., 6 avril 2011, n° 212.497, *s.p.r.l. Hupperts et fils*. Voy. sur ces questions C.H. BORN et A.-S. RENSON, « Les rapports du droit de l'urbanisme avec les autres polices administratives : de la guerre des polices à la police intégrée ? », *op. cit.*, à paraître.

⁵⁴ En ce sens en France, C.E. fr., 14 avril 1999, *Commune de la Petite - Marche, R.J.E.*, 2000/2, p. 278, cité par X. BRAUD, « Le juge interne et la protection nationale des espèces », in coll., *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, p. 826.

⁵⁵ Il est vrai que ni la partie adverse, ni la partie intervenante n'ont invoqué ici l'indépendance des polices.

⁵⁶ En ce sens en France, voy. TA Lille, 12 janvier 1995, *Ass. Hardelot Opale Environnement et Nord Nature*, n° 93-1966 ; CAA Lyon, 31 décembre 1996, *AIDE, L.P.A.*, 11 juin 1997, n° 70, p. 22 ; CAA Bordeaux, 5 juin 2003, *Sté CDMR, R.J.E.*, 2004/3, p. 336, cités par X. BRAUD, *op. cit.*, p. 827.

⁵⁷ Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'« il est de bonne administration que l'autorité qui, saisie d'une demande de permis d'environnement, doit examiner si l'exploitation projetée est susceptible de causer, directement ou indirectement, des dangers, des nuisances ou des inconvénients pour l'environnement, prenne en considération la circonstance que le site est classé pour son intérêt dans le domaine de la flore et de la faune et donc que cet intérêt est juridiquement consacré ; que même si ce classement relève d'une autre police, il s'agit d'un élément important que l'autorité chargée de se prononcer sur la demande de permis d'environnement doit prendre en considération pour procéder à un examen complet des circonstances de la cause » (C.E., 2 juillet 2008, n° 185.114, *Le poumon vert de La Hulpe*). Dans le même sens, voyez C.E., 8 mai 2008, n° 182.769, *Le Hodey*. Sur ce principe, voy. Ch.-H. BORN et A.-S. RENSON, *op. cit.*, à paraître.

⁵⁸ Voyez not. C.E., 2 juillet 2008, n° 185.114, *Le poumon vert de La Hulpe*.

le Conseil d'État, « en vertu du principe de légalité, une autorité qui est appelée à délivrer une autorisation individuelle en application d'une réglementation déterminée doit se conformer à toutes les prescriptions de valeur législative ou réglementaire, fussent-elles relatives à une autre police administrative »⁵⁹. Plusieurs auteurs soutiennent également cette interprétation⁶⁰, même si d'autres semblent rester favorables à l'indépendance des polices⁶¹.

2.1.4. La difficulté d'établir une incompatibilité entre le permis et l'interdiction de perturber les espèces en raison de la possibilité d'accorder des dérogations

S'il est difficile de contester l'obligation de respecter la légalité entre polices distinctes, la question reste de savoir s'il existe une véritable incompatibilité entre l'interdiction de perturber des espèces protégées et l'autorisation d'implanter des éoliennes⁶². Ceci suppose que l'objet des polices concernées se recoupe et qu'il y ait réellement contradiction. En l'espèce, on pourrait objecter que l'interdiction décrétable précitée ne vise que l'acte matériel consistant à perturber intentionnellement les espèces – lequel ne survient qu'à l'exécution concrète des travaux autorisés – et non l'octroi du permis les autorisant, comme le prévoit, à l'inverse, le mécanisme d'évaluation appropriée « Natura 2000 » prévu par l'article 6, § 3, de la directive « Habitats ».

Un tel argument, quelque peu fallacieux, ne peut convaincre. Dans la mesure où le permis unique ouvre directement le droit d'exécuter des travaux susceptibles d'entraîner ces perturbations, le lien nous paraît immédiat et l'incompatibilité évidente⁶³. Le Conseil d'État a déjà rendu des arrêts en ce sens à propos de l'articulation entre la police de l'urbanisme et celle du patrimoine. Dans son arrêt *Commune de Watermael-Boitsfort*, il a ainsi jugé, à propos de l'effet du PRAS sur l'arrêté de classement préexistant du château Charles-Albert, qu'un zonage de ce plan à valeur réglementaire ne pouvait

pas compromettre, « par ses caractéristiques et son implantation », la protection découlant, *via* l'acte-condition que constitue l'arrêté de classement du château, de l'ordonnance du 4 mars 1993 relative à la conservation du patrimoine immobilier, à valeur législative⁶⁴. La solution nous semble applicable, *a fortiori*, dans le cas des dispositions sur la protection des espèces, dans la mesure où aucun acte-condition de nature individuelle ne doit déclencher l'application de l'interdiction décrétable, laquelle s'impose dès que la présence d'une espèce protégée sur le site concerné a été mise en évidence. C'était incontestablement le cas dans l'affaire ici analysée.

2.1.5. La possibilité d'accorder des dérogations aux mesures de protection des espèces

Bien qu'il n'en soit pas fait mention dans l'arrêt commenté, il faut également, pour établir l'incompatibilité, prendre en considération la faculté que prévoit la législation d'octroyer des *dérogations* à l'interdiction précitée, pour certains motifs limitativement énumérés et moyennant le respect de conditions strictes⁶⁵. L'octroi d'un permis pour un projet susceptible de perturber une espèce protégée est-il réellement incompatible avec l'interdiction de perturbation s'il est encore possible pour le titulaire du permis de solliciter utilement une dérogation à cette interdiction, avant l'exécution de son permis ? Curieusement, ni les parties requérantes, ni les parties adverses et intervenantes n'ont débattu de l'éventuelle conformité du permis aux dispositions de la loi sur la conservation de la nature relative aux dérogations. Il est vrai que l'étude d'incidences concluait à l'absence de perturbation significative et donc à la compatibilité du projet avec l'interdiction légale et que le permis avait été délivré sur cette base.

⁵⁹ C.E., 9 août 2007, n° 173.946, *Hagon*. Voy. pour d'autres références, celles citées dans notre contribution, à paraître. En sens contraire, récemment, voy. C.E., 24 septembre 2008, n° 186.461, *S.A. Tricour*.

⁶⁰ B. JADOT, « La diversité des systèmes législatifs affectant l'environnement permet-elle que les autorités publiques mènent des politiques et prennent des décisions contradictoires ? », *Amén.*, 1989/3, pp. 95-96 ; M. QUINTIN, *La protection du patrimoine culturel, Région de langue française et Région de Bruxelles-Capitale, Essai d'approche en droit administratif*, Brugge, Vanden Broele, 2009, pp. 102 et s. ; Ch.-H. BORN et A.-S. RENSON, *op. cit.*, à paraître.

⁶¹ M. PÂQUES, « L'inscription des protections environnementales dans les procédures d'urbanisme », in coll., « L'environnement dans le droit de l'urbanisme en Europe », *Les Cahiers du GRIDAUH*, n° 18, 2008, pp. 138-139.

⁶² Sur les difficultés d'établir une incompatibilité entre un arrêté de classement et le plan de secteur, voy. par ex. C.E., 10 août 2001, n° 98.261, *Ville de Durbuy*.

⁶³ En ce sens, à propos de la question de savoir si un plan peut être susceptible d'avoir des effets significatifs, C.J.C.E., 20 octobre 2005, aff. C-6/04, *Commission c. Royaume-Uni*, point 55.

⁶⁴ Le Conseil d'État a jugé « qu'en vertu du principe de la légalité que consacre l'article 159 de la Constitution, un arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, tel celui qui à la date du 3 mai 2001 a adopté le plan régional d'affectation du sol, doit être conforme à toutes les normes de nature législative qui sont applicables ; qu'il en découle qu'en cas de contradiction entre des normes de valeur hiérarchique inégale, le principe de l'indépendance des polices administratives spéciales doit être combiné avec le principe de la légalité qui exclut qu'une autorité de police administrative puisse arrêter des prescriptions urbanistiques se révélant totalement incompatibles avec celles qui, même adoptées dans l'exercice d'une autre police administrative spéciale, appartiennent à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes et qui sont susceptibles de s'appliquer en dehors du cadre restreint de cette police ; qu'autrement dit, le principe de la légalité s'oppose à ce qu'un plan régional d'affectation du sol, à valeur réglementaire, contienne des prescriptions ou définisse des affectations qui se révéleraient totalement incompatibles avec une disposition de l'ordonnance du 4 mars 1993, dont le moyen à l'examen dénonce la violation, par exemple en réduisant à néant l'un des intérêts ayant justifié le classement du bien, ou en portant atteinte de manière substantielle à la protection due au bien en vertu des règles relatives à la conservation du patrimoine, ou encore en autorisant ce que cette ordonnance interdit de manière inconditionnelle » (C.E., n° 188.117, 20 novembre 2008, *commune de Watermael-Boitsfort*).

⁶⁵ Art. 9 de la directive « Oiseaux », art. 16 de la directive « Habitats » et art. 5 et s. de la loi du 12 juillet 1973.

À notre estime, cette possibilité de déroger ne permet pas à l'autorité compétente de délivrer un permis si elle ne s'assure pas que le projet respecte ces motifs et conditions, sans pour autant empiéter sur les compétences du DNF pour délivrer ces dérogations⁶⁶. Ainsi, la délivrance d'un permis pour un projet ne pouvant pas être justifié pour un des motifs admissibles de dérogation devrait être considérée comme une violation des dispositions sur la protection des espèces. L'arrêt *Commission c. Irlande* précité de la Cour de justice semble indiquer qu'un permis ne peut être délivré que si la dérogation peut l'être elle-même. En outre, la loi du 12 juillet 1973 dispose qu'il est « interdit » de perturber significativement les espèces d'oiseaux sans dérogation préalable, sans aucune restriction quant à ses destinataires, lesquels incluent aussi bien les particuliers que les pouvoirs publics.

2.2. La notion de « perturbation intentionnelle »

2.2.1. La notion de perturbation

L'arrêt *Gatot et crts* donne également quelques indications sur la portée de l'interdiction de perturber les espèces d'oiseaux visées à l'article 2 de la loi, dont la violation a justifié l'annulation. En soi, l'acte même de « perturber » n'est défini ni dans l'article 5, d, de la directive « Oiseaux », ni dans les dispositions le transposant en droit interne⁶⁷. Ceci se conçoit, eu égard à la diversité considérable des exigences écologiques des espèces concernées : un acte peut s'avérer très perturbant pour une espèce et pas pour une autre, en fonction de la sensibilité de celle-ci aux dérangements⁶⁸. Une approche au cas par cas s'impose donc, comme le suggère la Commission dans son commentaire de l'article 12 de la directive « Habitats », libellé en termes assez similaires.

En l'espèce, l'effet potentiellement « perturbant » des éoliennes n'était pas contesté, mais plutôt son caractère significatif, discuté ci-après. Le Conseil d'État semble en tout cas admettre, à juste titre, une conception large de la notion de « perturbation », incluant les risques de « dérangement » mis en évidence par l'étude d'incidences et

les avis du DNF, mais aussi, semble-t-il, les pertes d'habitats des espèces concernées (en l'espèce le vanneau et les pluviers)⁶⁹. Ce dernier point est particulièrement important concernant les oiseaux, car juridiquement, la « détérioration » de leurs habitats n'est pas interdite *stricto sensu*⁷⁰. On peut en déduire que les pertes d'habitats seraient donc également interdites implicitement au titre de l'article 2, § 2, 2°, de la loi lorsqu'elles perturbent significativement l'espèce. Le critère retenu tient en réalité dans l'impact de l'activité sur l'état de conservation de l'espèce concernée⁷¹, ce qui se justifie pleinement au regard des objectifs de la directive. Autrement dit, peut être considérée comme « perturbante » toute activité humaine susceptible d'avoir un effet négatif sur la dynamique de population de l'espèce concernée – y compris une perte d'habitat –, la question étant de savoir si la perturbation est « intentionnelle » et si cet effet négatif est « significatif ».

2.2.2. Le caractère intentionnel de la perturbation

L'article 5, d, de la directive « Oiseaux » interdit uniquement de perturber « intentionnellement » les espèces d'oiseaux, ce qui pose la question de savoir si l'intention spéciale de perturber les oiseaux doit être démontrée ou si le simple fait pour son auteur d'être conscient des conséquences de son acte suffit pour qualifier d'intentionnelle la perturbation. La Cour de justice a confirmé la seconde interprétation, de façon implicite dans un premier temps⁷², puis

⁶⁹ En ce sens, à propos de la notion de « perturbation » dans l'article 6, § 2, de la directive « Habitats », Commission européenne, *Gérer les sites Natura 2000. Les dispositions de l'article 6 de la directive « habitats »* (92/43/CEE), Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 29.

⁷⁰ Aucune interdiction de détériorer les habitats des oiseaux n'est prévue par l'article 5 de la directive « Oiseaux » et par l'article 2, § 2, de la loi, contrairement à ce qui est le cas pour les autres espèces animales strictement protégées (voy. l'art. 12, § 1^{er}, d, de la directive « Habitat » s et l'art. 2bis, § 2, 4°, de la loi). En revanche, l'interdiction de détériorer les sites de reproduction et les aires de repos est prévue par l'article 6, b, de la Convention de Berne à l'égard de toutes les espèces d'oiseaux listées à son annexe II. Cette disposition de la Convention de Berne n'est toutefois pas considérée comme directement applicable par le Conseil d'État (ch. flamande) (C.E., 8 novembre 1999, n° 83.340, v.z.w. *het Koninklijk Belgisch Verbond voor Bescherming van Vogels* ; C.E., 11 mars 2009, n° 191.265, v.z.w. *Werkgroep Natuurreservaten Linkeroever-Waasland* ; C.E., 2 décembre 2002, n° 113.102 et 113.103, v.z.w. *het Koninklijk Belgisch Verbond voor Bescherming van Vogels* ; C.E., 29 juin 2010, n° 206.069, *Creve*).

⁷¹ En ce sens, à propos de l'article 6, § 2, de la directive « Habitats », Commission européenne, *Gérer les sites Natura 2000...*, op. cit., p. 29 ; à propos de l'article 12 de la même directive, 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 : « (...) Par exemple, toute activité perturbante qui affecte les chances de survie, le succès de reproduction ou la capacité de reproduction d'une espèce protégée ou qui conduit à la réduction de l'espace occupé, doit être considérée comme une « perturbation » au sens de l'article 12. (...) ».

⁷² Dans l'affaire *Caretta caretta*, la Cour qualifie de perturbation des activités (à savoir la circulation de cyclomoteurs et le passage de bateaux) officiellement interdites et signalées comme telles sans rechercher l'intention de chaque auteur (C.J.C.E., 30 janvier 2002, aff. C-103/00, *Commission c. Grèce*, Rec. p. I-1147, point 9, obs. Ch.-H. BORN).

⁶⁶ Ceci n'empêcherait pas l'obligation pour le titulaire du permis d'obtenir la dérogation selon la procédure prévue par la loi sur la conservation de la nature. À défaut, il s'exposerait à des sanctions pénales.

⁶⁷ Tant en droit wallon qu'en droit flamand et bruxellois. Voy. sur cette notion notre contribution, « La protection des espèces contre les destructions, perturbations et détériorations d'habitat », op. cit., à paraître et les références citées.

⁶⁸ À propos du grand tétras, espèce d'oiseau menacée par des activités minières dans un site Natura 2000 espagnol, la Cour a tenu compte du fait que c'était une « espèce sensible et particulièrement exigeante quant à la tranquillité et à la qualité de ses habitats » (C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-404/09, *Commission européenne c/Royaume d'Espagne*, point 139).

explicitement à propos de l'article 12, a, de la directive « Habitats »⁷³. En l'espèce, le Conseil d'État admet implicitement mais certainement cette interprétation, puisqu'il accepte de considérer comme une perturbation le simple fait pour l'autorité d'autoriser des éoliennes alors qu'elle n'a pu s'assurer avec suffisamment de certitude de l'absence de risque d'effet significatif pour plusieurs espèces d'oiseaux.

2.3. La notion de perturbation susceptible d'affecter « significativement » les espèces

2.3.1. L'interdiction de causer des perturbations significatives

Un point crucial du débat était de déterminer, au travers de la motivation de l'acte, si l'autorité s'était suffisamment assurée que le projet n'aurait pas d'effet « significatif » sur les populations d'oiseaux présentes sur le site. L'interdiction visée à l'article 5, d, de la directive « Oiseaux » et à l'article 2, § 2, 2°, ne vise en effet que les perturbations qui « [ont] un effet significatif eu égard aux objectifs de la présente [directive / sous-section de la loi] ». En l'espèce, l'étude d'incidences avait souligné le grand intérêt ornithologique du site et étudié le risque de perturbation engendré par les éoliennes en projet. Elle concluait à l'existence d'un risque « d'effet significatif » pour la seule population nicheuse de Belgique de busard cendré. Elle indiquait cependant que ce risque pouvait être ramené « à un niveau non significatif » moyennant diverses mesures de « compensation »⁷⁴, à savoir la mise en œuvre de certaines mesures agri-environnementales visant à recréer des milieux favorables (30 ha de tournières enherbées et de bandes aménagées) et la fixation de restrictions temporelles pour la construction des éoliennes. L'étude jugeait par ailleurs inévitable la disparition des individus de Rôle des genêts sur le site mais jugeait cette disparition « non significative » « pour la conservation de l'espèce au sens de la directive Natura 2000 ». Les effets sur les autres espèces étaient également jugés non significatifs. L'étude était cependant contredite avec fermeté par deux avis défavorables du DNF qui s'appuyaient sur diverses sources (notamment un avis du DEMNA) pour considérer que les pertes de biodiversité étaient « significatives et non compensables ». Il prenait à titre de comparaison l'impact très négatif sur les pluviers et le vanneau d'un parc éolien implanté dans la Plaine de Dour-Quévrain en dépit de mesures « compensatoires ».

Le Conseil d'État accueille le moyen en considérant, on l'a dit, que « pour apprécier la conformité des mesures de compensation avec le respect de l'interdiction prescrite de l'article 2, § 2, 2°, de la LCN, il y a lieu d'examiner si la motivation relative à ces mesures de compensation est complète et adéquate ». Il examine ensuite lesdites mesures, fixées au titre de conditions dans la décision attaquée, conformément aux recommandations de l'étude. Il constate que la motivation de l'acte ne répond pas aux critiques du DNF, qui juge les pertes « significatives et non compensables » pour plusieurs espèces dont le busard, en dépit desdites mesures de compensation. Il en conclut que « l'acte attaqué ne répond pas à l'avis du DNF sur ce point ; que la motivation n'expose pas en quoi les seules mesures de compensation imposées par le permis litigieux, ayant été jugées insuffisantes par le DNF, permettent de garantir le maintien du busard cendré dans la zone de Boneffe est insuffisante ». À propos des autres espèces, il juge que l'acte attaqué « (...) ne décrit pas [les mesures de compensation supplémentaires susceptibles de bénéficier à ces espèces] de sorte que la motivation est insuffisante puisqu'il est impossible de comprendre à la lecture de celle-ci en quoi ces mesures permettraient de compenser spécifiquement la perte induite par le projet pour ces espèces protégées alors même que le DNF évoque une perte "non compensable" ». Il juge en conséquence le moyen fondé.

2.3.2. L'échelle spatiale à laquelle l'effet de la perturbation doit être évalué

Se posait également la question de savoir à quelle échelle spatiale il importe d'évaluer le caractère significatif de la perturbation : la situation n'est pas la même selon que l'on considère l'impact sur l'espèce dans l'ensemble de son aire de répartition – qui s'étend à presque toute l'Europe⁷⁵ en ce qui concerne le busard cendré – ou sur la population locale de cette espèce présente sur le site concerné. Si l'on suit la première approche, rares seront les perturbations jugées « significatives » au niveau local.

L'article 5 de la directive « Oiseaux » et l'article 2, § 1^{er}, de la loi qui le transpose ne sont pas précis sur ce point : ils interdisent les perturbations qui seraient significatives « au regard des objectifs » poursuivis par la directive, à savoir « maintenir ou adapter la population de toutes les espèces d'oiseaux (...) à un niveau qui corresponde notamment aux exigences écologiques, scientifiques et culturelles, compte tenu des exigences économiques et récréationnelles » (article 2 de la direc-

⁷³ C.J.U.E., 18 mai 2006, C-221/04, *Commission c. Espagne*, point 71 ; C.J.U.E., 4 décembre 2008, C-249/07, *Commission c. Royaume des Pays-Bas*, point 35.

⁷⁴ Selon les termes utilisés par le DNF et par le Conseil d'État.

⁷⁵ Voy. l'Atlas EBCC (<http://s1.sovon.nl/ebcc/ea/?species1=&species2=&species3=&species4=2630>).

tive « Oiseaux »). La directive indique plus loin qu'elle vise à assurer « la survie et la reproduction » des oiseaux les plus menacés (annexe I) « dans leur aire de distribution »⁷⁶. Si la référence indirecte, dans l'article 5, à « la population » de l'espèce (dans son ensemble) semble plaider en faveur d'une approche globale, l'objectif visant à assurer la survie et la reproduction de l'espèce dans son aire de distribution tend à indiquer qu'une perturbation locale peut être considérée comme significative dès qu'elle empêche la survie ou la reproduction d'une population locale de l'espèce. On ne voit au demeurant pas quelle serait l'utilité du régime de protection des oiseaux s'il ne devait s'appliquer qu'aux cas extrêmes de perturbations majeures risquant d'affecter la population de l'espèce dans son ensemble. Les deux échelles sont donc pertinentes. L'article 5, § 1^{er}, de la loi, qui fixe les conditions d'octroi des dérogations aux interdictions relatives aux oiseaux, appuie cette interprétation en ce qu'il prévoit que la dérogation ne peut pas mettre « en danger la population d'oiseaux concernée »⁷⁷. C'est ce que soutient également la Commission à propos de l'interdiction de perturber figurant dans la directive « Habitats », il est vrai rédigée différemment⁷⁸ : elle préconise de prendre en considération à la fois l'impact à l'échelle globale (l'aire de répartition de l'espèce) et à l'échelle de la population locale⁷⁹.

⁷⁶ Art. 4.1. C'est l'objectif poursuivi par la création des ZPS pour les espèces les plus rares.

⁷⁷ On notera que cette exigence ne figure pas dans l'article 9 de la directive « Oiseaux » (fixant les conditions de la dérogation), alors qu'elle figure (en termes légèrement différents) à l'article 16 de la directive « Habitats ». Le droit wallon a donc ajouté une condition au prescrit européen en ce qui concerne les oiseaux. Il nous semble cependant qu'une telle exigence pourrait découler en tout état de cause implicitement de la directive elle-même, si l'on interprète son article 9 à la lumière de ses objectifs, comme le fait la Cour systématiquement.

⁷⁸ Le texte de l'article 12.1, b, de la directive « Habitats » interdit toute perturbation et non uniquement celles qui auraient un impact significatif. Cependant, comme le souligne la Commission, « alors que la "perturbation" au sens de l'article 6, paragraphe 2, doit être susceptible d'avoir un effet significatif, ce n'est pas le cas à l'article 12, paragraphe 1, le législateur n'ayant pas expressément ajouté cette précision. Cela n'exclut cependant pas une certaine marge de manœuvre dans la détermination de ce qui peut être décrit comme une perturbation. Il semblerait également logique que, pour qu'il y ait perturbation d'une espèce protégée, il faille un certain impact négatif vraisemblablement préjudiciable » (II, § 38). Autrement dit, des perturbations qui n'auraient aucun effet sur l'état de conservation de la population concernée sur le site – par exemple suite à un simple dérangement purement fortuit, n'entraînant pas de dépenses excessives d'énergie de la part des spécimens dérangés et ne perturbant pas la reproduction – ne seraient pas des véritables « perturbations » au sens de cette disposition. Ceci nous paraît cohérent avec les objectifs de la directive, qui ne sont pas d'assurer le bien-être des animaux mais bien la conservation des espèces menacées.

⁷⁹ Commission européenne, *Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive « Habitats »* 92/43/CEE, *op. cit.*, chap. II, § 39 : « Afin d'évaluer une perturbation, il convient de prendre en compte ses effets sur l'état de conservation de l'espèce au niveau de la population et au niveau biogéographique dans un État membre. Par exemple, toute activité perturbante qui affecte les chances de survie, le succès de reproduction ou la capacité de reproduction d'une espèce protégée ou qui conduit à la réduction de l'espace occupé, doit être considérée comme une "perturbation" au sens de l'article 12. En revanche, des perturbations isolées sans aucun effet négatif vraisemblable sur l'espèce, comme par exemple le fait d'effrayer un loup pour l'empêcher de pénétrer dans un enclos à moutons afin d'éviter tout dommage, ne devrait pas être considérées comme une perturbation

Dans l'affaire de la Plaine de Boneffe, le Conseil d'État donne un élément utile d'interprétation à cet égard : il a jugé que « la motivation n'expose pas en quoi les seules mesures de compensation imposées par le permis litigieux, ayant été jugées insuffisantes par le DNF, permettent de garantir le maintien du busard cendré dans la zone de Boneffe est insuffisante » (nous soulignons). Autrement dit, le Conseil d'État semble indiquer que c'est à l'échelle du site où réside la population concernée que l'existence d'une perturbation significative doit être évaluée et non uniquement à l'échelle européenne⁸⁰. Il faut toutefois noter que la population nicheuse de busard cendré en Wallonie se limite précisément au site litigieux : l'évaluation aurait peut-être été différente si l'espèce se reproduisait à d'autres endroits sur le territoire wallon, comme c'est le cas des autres espèces nicheuses impactées comme le vanneau.

2.3.3. La prise en compte des mesures « compensatoires » pour établir le risque d'effet significatif

Juridiquement, la question se posait également de savoir si des mesures de « compensation » peuvent être prises en compte par une autorité pour considérer qu'un projet ne risque pas d'entraîner des perturbations significatives pour l'avifaune, interdites par l'article 2 de la loi sur la conservation de la nature. Les enjeux sont importants : si la réponse est affirmative, cela signifie que des projets causant des perturbations aux oiseaux peuvent être autorisés sans passer par la procédure, fort stricte, de dérogation (qui relève de la compétence du DNF), si la compensation proposée est jugée suffisante par l'autorité compétente pour délivrer le permis. Cette question est très débattue aux Pays-Bas et en Flandre⁸¹.

Sur ce point, l'arrêt commenté suscite certaines interrogations. En l'espèce, l'autorité compétente nous paraît opérer, avec l'auteur de l'étude d'incidences, le DNF mais aussi, à première vue, le Conseil d'État (*infra*), une confusion entre les mesures d'atténuation de l'impact des projets et les mesures compensatoires. Pour rappel, « les mesures d'atténuation (*minimization measures*) (...) visent à atténuer l'ampleur des impacts négatifs d'un projet lors de sa conception et de sa mise

au sens de l'article 12. À nouveau, il convient de souligner que l'approche au cas par cas implique que les autorités compétentes devront soigneusement définir le niveau de perturbation considéré comme néfaste, en tenant compte des caractéristiques particulières de l'espèce concernée et de la situation, comme il a été expliqué plus haut (...) » (v. aussi chap. III, § 46).

⁸⁰ Sur cette question, débattue aux Pays-Bas notamment, voy. H. SCHOUKENS, « 'Mister President, the awful beast is back'... », *op. cit.*, pp. 213-214 ; notre contribution, « La protection des espèces contre les destructions, perturbations et détériorations d'habitat », *op. cit.*, à paraître.

⁸¹ Voy. H. SCHOUKENS et A. CLIQUET, « Mitigation and Compensation under EU Nature Conservation Law in the Flemish Region : Beyond the Deadlock for Development Projects ? », *Utrecht Law Review*, à paraître (2014).

en œuvre. Elles sont donc directement liées au projet, alors que les mesures compensatoires sont *a priori* indépendantes de celui-ci et ne font que produire un effet positif distinct pour contrebalancer l'effet négatif du projet »⁸². En d'autres termes, les mesures d'atténuation visent à réduire l'atteinte à l'espèce ou à l'habitat spécifiquement causée par le projet *in situ*, tandis que les mesures de compensation tendent à éviter une perte nette de biodiversité en proposant une « réparation » par équivalent de ces atteintes *ex situ*.

Il est incontestable que les mesures d'atténuation de l'impact des éoliennes sur l'avifaune – par exemple la construction en dehors des périodes de migration et de nidification (ce qui était recommandé par l'étude) ou la mise en place d'un mécanisme d'arrêt automatique des pales⁸³ – doivent entrer en ligne de compte pour évaluer le caractère significatif d'une perturbation. En effet, dans ce cas, l'implantation des éoliennes, compte tenu des adaptations apportées directement au projet *in situ*, ne causeront pas de rupture dans la dynamique de la population locale de l'espèce concernée. Ce n'est pas le cas en revanche des mesures compensatoires, – par exemple, la recréation à proximité d'habitats pour reconstituer la population appelée à disparaître sur le site impacté – puisque de telles mesures se contentent, par définition, de contrebalancer *ex situ* l'effet négatif pour la dynamique de la population concernée causé par le projet autorisé. La Commission européenne l'a explicitement confirmé dans son commentaire de l'article 12 de la directive « Habitats »⁸⁴ à propos des détériorations des sites de reproduction et des sites de repos interdites par l'article 12.1, d, de la directive. À son estime, seules les mesures d'atténuation à même de garantir *in situ* le maintien de la fonctionnalité écologique des sites et aires en question sont susceptibles de permettre à l'autorité de considérer que le projet ne cause pas de détérioration interdite. Le Conseil d'État a de même déjà sanctionné, dans le cadre de Natura 2000, la prise en compte de mesures compensatoires pour contourner l'obligation de solliciter une dérogation⁸⁵, ce qui est

fréquent en pratique⁸⁶. La nouvelle ordonnance bruxelloise du 1^{er} mars 2012 relative à la conservation de la nature prévoit une disposition explicite interdisant de prendre en compte des mesures compensatoires au titre de mesures d'atténuation à propos des atteintes aux sites Natura 2000⁸⁷.

En revanche, comme la Commission l'admet en ce qui concerne les atteintes aux sites de reproduction et aux aires de repos des espèces animales protégées⁸⁸, les mesures compensatoires pourraient éventuellement être prises en compte dans le cadre de l'octroi d'une *dérogation* aux mesures de protection des espèces, pour démontrer que, grâce à ces mesures, le projet ne met pas en danger la population de l'espèce concernée, condition *sine qua non* à l'octroi de ladite dérogation⁸⁹. Encore faut-il démontrer que lesdites mesures de compensation permettront bien à la population de se maintenir, ce qui devra ressortir de données scientifiques convergentes. Dans l'affaire commentée, il n'a nullement été question de justifier le projet sous cet angle, alors que l'autorité a justifié sa décision sur la base précisément des mesures de compensation préconisée dans l'étude.

À la décharge de l'autorité et de l'auteur de l'étude, force est de constater que la distinction entre les deux types de mesure est parfois très délicate⁹⁰, particulièrement en ce qui concerne

affaire, le Conseil d'État a refusé de considérer que la création *ex situ* d'un corridor écologique en compensation de la destruction prévue d'habitats du même type par un contournement routier dans le Limbourg puisse être prise en compte au titre de mesures d'atténuation pour éviter de considérer que le projet risquait de porter atteinte à l'intégrité du site. *Adde*, H. SCHOUKENS, « 'Mister President, the awful beast is back'... », *op. cit.*, pp. 212 et 218.

⁸⁶ Ainsi, en Région wallonne, aucun permis n'a été délivré à ce jour conformément à la procédure dérogatoire visée à l'article 6, § 4, de la directive « Habitats », alors que des mesures compensatoires ont manifestement été prises dans nombre de projets autorisés.

⁸⁷ Elle prévoit que « Les mesures compensatoires au sens du § 2, 3^o, ne peuvent pas être considérées comme des mesures d'atténuation permettant de garantir l'intégrité du site » (art. 64, § 1^{er}, dernier alinéa) (ordonnance du 1^{er} mars 2012, *M.B.*, 16 mars 2012). L'ordonnance ne définit cependant pas ces deux notions...

⁸⁸ Selon la Commission, « Dans le cadre de cette approche proportionnée, les dérogations [visées par l'article 16 de la directive "Habitats"] sont plus facilement justifiables si : (...) en cas de détérioration ou de destruction de sites de reproduction et d'aires de repos, des mesures compensatoires suffisantes (...) sont prises afin de compenser l'impact au niveau biogéographique comme au niveau de la population » (Commission européenne, *op. cit.*, § 53) (voy. aussi le § 47 et les §§ 55 et s., qui détaillent cette affirmation et donnent un exemple à propos du Triton crêté).

⁸⁹ Art. 5, § 2, de la loi sur la conservation de la nature.

⁹⁰ En ce sens, F. HAUMONT, « La compensation en droit de l'urbanisme et de l'environnement : introduction », *Amén.*, numéro spécial, 2012, pp. 1-11, spéc. p. 3. Voy. aussi : « Selon la Commission (qui s'exprime à propos de l'interdiction de détériorer les sites de reproduction et les aires de repos des espèces animales protégées en vertu de l'article 12.1, d), il est possible d'inclure dans les mesures d'atténuation des mesures d'amélioration et de gestion des sites (voire de restauration), lorsque cela permet de garantir la permanence de la fonctionnalité écologique des sites de reproduction et des aires de repos de manière à faire en sorte qu'aucune "détérioration" au sens de l'article 12, § 1^{er}, d, de la directive "Habitats" n'est causée à de tels sites. Si cette continuité n'est pas assurée, il faut recourir au mécanisme dérogatoire de l'article 16 » (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, §§ 72 et 79).

⁸² Ch.-H. BORN, V. DUPONT et Ch. PONCELET, « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité », *Amén.*, numéro spécial, 2011-2012, p. 13.

⁸³ Une liste des principales mesures visant à atténuer l'impact des éoliennes sur la biodiversité a été publiée par la Commission en 2010 : Commission européenne, *Guidance Document, Wind energy development and Natura 2000*, oct. 2010, p. 84.

⁸⁴ 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, chap. II, spéc. §§ 72 et 79.

⁸⁵ Sur la différence entre mesures d'atténuation et mesures compensatoires et son impact au contentieux de Natura 2000 en Région flamande, voy. C.E. (réf.), 29 novembre 2011, n° 216.548, v.z.w. *Natuurpunt Limburg* et note d'observation H. SCHOUKENS, « Mildereren en compenseren : géén synoniem », *T.O.O.*, mai 2012, n° 1, pp. 32 et s. (voy. aussi l'arrêt d'annulation : C.E., 29 mars 2013, n° 223.083, obs. K. MERTENS, « Vals spel was niet mogelijk, want de Raad van State faalde niet. Natura 2000 : compenserende maatregelen zijn geen milderende maatregelen », *M.E.R.*, 2013, pp. 206-210). Dans cette

certaines mesures prises à immédiate proximité du site concerné. Des mesures qualifiées dans le permis de « compensatoires » peuvent en réalité constituer des mesures d'atténuation et *vice versa*⁹¹. Tout dépend de l'échelle spatiale à laquelle la perturbation est évaluée (*supra*), des caractéristiques du projet, des mesures d'atténuation/compensatoires envisagées, des fonctionnalités écologiques altérées ainsi que de l'écologie des espèces affectées. Quelle que soit la dénomination des mesures reprise dans le dossier d'instruction de la demande, il revient en tout état de cause au juge d'établir si une mesure contribue à atténuer l'impact du projet ou seulement à le compenser.

En l'espèce, la nature exacte des mesures « compensatoires » proposées par l'étude n'est pas si évidente à déterminer. Il semble qu'au moins une partie des mesures proposées par l'étude (à savoir la recréation de bandes enherbées et la gestion écologique de certaines parcelles agricoles en bordure de la plaine) avaient pour objectif de reconstituer à proximité les populations d'oiseaux appelées à disparaître à cause des éoliennes, ce qui revient à les compenser. Le Conseil d'État ne fait pas la distinction lui-même entre les différents types de mesures. À première vue, il semble même admettre que des mesures « compensatoires » pourraient, *in abstracto*, être prises en considération pour établir le caractère non significatif d'une perturbation. Il juge ainsi, à propos du busard cendré, que l'acte attaqué ne répond à l'avis du DNF selon lequel « il est probable que l'impact du projet éolien soit fatal à son maintien, malgré les mesures d'atténuation/compensation avancées dans l'EIE ». À son estime, « la motivation qui n'expose pas en quoi les seules mesures de compensation imposées par le permis litigieux, ayant été jugées insuffisantes par le DNF, permettent de garantir le maintien du busard cendré dans la zone de Bonneffe est insuffisante ». Pour les autres espèces impactées, il ajoute que « l'acte attaqué ne décrit pas lesdites mesures [de compensation] de sorte que la motivation est insuffisante puisqu'il est impossible de comprendre à la lecture de celle-ci en quoi ces mesures permettraient de compenser spécifiquement la perte induite par le projet pour ces espèces protégées alors même que le DNF évoque une perte "non compensable" ».

Nous ne pensons cependant pas que l'arrêt doive être interprété de la sorte. En réalité, le Conseil d'État se contente d'affirmer, au regard des avis divergents du DNF, que l'autorité ne démontrait pas adéquatement en quoi les mesures

qualifiées par les parties de « mesures compensatoires » *atténuaient* l'impact du projet au point de le rendre non significatif. On peut s'en convaincre par le fait que ce qui est déterminant selon le Conseil d'État, c'est la question de savoir si les mesures « compensatoires », assurent le maintien du busard et des autres espèces « dans la Plaine de Bonneffe », c'est-à-dire *in situ*, ce que ne permet pas de démontrer la motivation du permis. L'étude d'incidences reconnaissait elle-même que lesdites mesures ne permettraient pas de maintenir le rôle des genêts. Le Conseil d'État devait donc logiquement sanctionner la motivation du permis sur ce point. Il confirme ainsi que des mesures d'amélioration et de gestion des habitats ne peuvent être prises en considération dans l'examen du respect des interdictions de perturber les espèces que si ces mesures permettent effectivement et concrètement de réduire le risque de perturbation causée par le projet à un niveau non significatif à l'échelle de la population concernée. Si elles se limitent à compenser *ex situ* l'impact en question, elles ne peuvent entrer en considération que dans l'appréciation du respect des conditions d'octroi d'une *dérogation*.

2.4. Perspectives

L'arrêt *Gatot et crts* met en évidence les difficultés que soulève l'absence d'articulation formelle entre les polices des établissements classés et de l'urbanisme et la police de la protection des espèces dans le cadre de la loi sur la conservation de la nature. En considérant les interdictions visées à l'article 2, § 2, de cette loi comme directement applicables aux autorités compétentes pour délivrer les permis, le Conseil d'État tend à donner une plus grande effectivité à des dispositions souvent négligées, victimes de la politique du fait accompli consistant à demander d'abord les permis, puis seulement les dérogations nécessaires. Compte tenu du champ d'application matériel et spatial des mesures de protection concernées – qui s'appliquent à toutes les espèces animales strictement protégées présentes sur le territoire wallon –, l'arrêt résonne comme un coup de semonce à l'attention des autorités compétentes pour autoriser des usages du sol incompatibles avec la préservation de la biodiversité. Il devrait inciter les auteurs d'évaluation des incidences à être particulièrement attentifs à la présence d'espèces protégées et au risque d'impact des projets sur ces dernières. L'indépendance des polices n'est plus de mise. C'est l'intégration qui devient la règle, par le truchement du principe de légalité.

Il reste qu'en l'absence d'une intervention du législateur pour assurer l'articulation des polices

⁹¹ Voy. notre contribution, « La compensation écologique... », *op. cit.*, p. 13, note 12.

précitées et donner aux mesures de protection des espèces une réelle effectivité, la Région wallonne reste en défaut de respecter le droit européen et la sécurité juridique n'est pas garantie. Des blocages évitables continueront de survenir dans les procédures d'octroi de permis, tandis que des populations d'espèces protégées disparaîtront ou régresseront. Une réforme de la législation nous paraît urgente. La réflexion devrait porter simultanément sur la question du recours à la compensation et à sa mise en œuvre, en raison du rôle qu'elle peut jouer pour assurer une certaine souplesse dans l'application des mesures de protection des espèces à l'occasion de l'octroi des dérogations⁹².

*
* *

L'arrêt *Gatot et cts* nous laisse une impression positive. Tout d'abord parce que notre Haute juridiction administrative semble se résoudre à revenir sur son attitude frileuse à l'égard des actions en intérêt collectif en matière de conservation de la nature. Ensuite, par son souci de donner un effet

utile à une législation de police généralement peu ou pas prise en compte dans le processus décisionnel en aménagement du territoire, à défaut pour le législateur – tant européen qu'interne – d'avoir prévu l'intégration des polices concernées. Si on eût souhaité une clarification du rôle respectif des mesures d'atténuation et des mesures compensatoires dans l'appréciation du respect des dispositions de protection des espèces, l'arrêt n'en sanctionne pas moins l'autorité pour n'avoir pas correctement motivé sa décision sur ce point. Mais ces louables efforts ne pourront suffire pour changer définitivement les pratiques, du Conseil d'État comme des administrations. Il revient au législateur – fédéral et régional – de prendre les mesures nécessaires, en matière d'accès à la justice des associations et en matière d'articulation des polices, tant sur le plan procédural que substantiel, pour qu'enfin soit prise au sérieux la protection des espèces menacées en aménagement du territoire. Il y va, faut-il le rappeler, de la préservation du patrimoine commun de l'Union européenne⁹³.

⁹² Voy. notre contribution déjà citée, « La protection des espèces contre les destructions, perturbations et détériorations d'habitat », *op. cit.*, à paraître.

⁹³ Quatrième considérant du préambule de la directive « Oiseaux » et de la directive « Habitats ».