

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XIII^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 261.049 du 16 octobre 2024

A. 233.948/XIII-9313

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
AIR ÉOLIENNE D'AUBANGE,**
ayant élu domicile chez
M^e Philippe CASTIAUX, avocat,
avenue Baudouin de Constantinople 2
7000 Mons,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Bénédicte HENDRICKX, avocat,
rue de l'Aurore 52
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 juin 2021 par la voie électronique, la partie requérante demande l'annulation de l'arrêté du 28 avril 2021 par lequel les ministres de l'Environnement et de l'Aménagement du territoire refusent d'octroyer à la société coopérative à responsabilité limitée (SCRL) Air Éolienne d'Aubange un permis unique ayant pour objet la construction et l'exploitation d'une éolienne et d'une cabine de tête sur une parcelle du domaine autoroutier, au niveau de l'aire autoroutière d'Aubange à Athus/Aubange.

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Vinciane Franck, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 28 août 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 3 octobre 2024.

M^{me} Laure Demez, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Alexis Joseph, *loco* M^e Philippe Castiaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Bénédicte Hendrickx, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Vinciane Franck, premier auditeur, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits utiles à l'examen de la cause

1. Le 27 décembre 2019, la SCRL Air Éolienne d'Aubange introduit une demande de permis unique ayant pour objet la construction et l'exploitation d'une éolienne d'une puissance unitaire maximum de 2,3 MW et d'une cabine de tête au niveau de l'aire autoroutière d'Aubange.

2. Le 21 septembre 2020, après communication de documents manquants, la demande est jugée complète et recevable.

3. Diverses instances sont consultées, parmi lesquelles la direction des routes du Luxembourg et le département de la nature et des forêts (DNF) qui émettent des avis défavorables, respectivement, les 22 septembre et 16 octobre 2020.

4. Du 5 au 19 octobre 2020, des enquêtes publiques sont organisées sur les territoires de la ville d'Aubange et de la commune de Messancy.

5. Le 21 décembre 2020, les fonctionnaires technique et délégué refusent d'octroyer le permis unique sollicité.

6. Le 19 janvier 2021, la requérante introduit un recours administratif contre ce refus auprès du Gouvernement wallon.

7. Au cours de l’instruction du recours, diverses instances sont consultées parmi lesquelles le DNF et le pôle Environnement qui émettent des avis défavorables, respectivement, les 3 et 16 février 2021. La direction des routes du Luxembourg est réinterrogée, mais ne remet pas d’avis. Son avis est réputé favorable par défaut.

8. Le 10 mars 2021, les fonctionnaires technique et délégué compétents sur recours notifient la prorogation de 30 jours du délai d’envoi de leur rapport de synthèse.

9. Le 6 avril 2021, ils proposent de confirmer la décision de première instance refusant le permis unique.

10. Le 28 avril 2021, les ministres de l’Aménagement du Territoire et de l’Environnement refusent d’octroyer le permis unique sollicité.

Il s’agit de l’acte attaqué.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

A. La requête en annulation

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle fait grief à la partie adverse d’avoir refusé le permis unique en se basant sur les avis émis par les instances consultées, reproduits dans l’acte attaqué.

Quant à l’avis du pôle Environnement, elle estime que son avis défavorable émis en degré de recours est contradictoire par rapport à celui réputé favorable par défaut de première instance. Elle y voit un revirement d’attitude injustifié, alors que le projet n’a pas été modifié. Elle ajoute que le Pôle Environnement ayant formulé des griefs pour la première fois en degré de recours, elle n’a pas pu en prendre connaissance avant la délivrance de l’acte attaqué et n’a pas pu faire valoir utilement ses observations.

Elle développe les mêmes critiques à l’encontre de l’avis de la direction des routes du Luxembourg.

B. Le mémoire en réplique

Elle réplique que le Pôle Environnement a bien été consulté lors de la procédure de première instance mais n'a pas remis d'avis, ce que confirme l'acte attaqué, et qu'aucun élément de droit ou de fait ne justifie son revirement d'attitude.

IV.2. Examen

1. En vertu de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, une partie requérante présente un intérêt à invoquer un moyen lorsque celui-ci dénonce une irrégularité qui, soit a été susceptible d'influencer le sens de l'acte attaqué, soit l'a privée d'une garantie, soit a eu pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.

Pour satisfaire aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif à portée individuelle doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Cette motivation doit être claire, complète, précise, pertinente et adéquate afin de permettre aux intéressés de comprendre les raisons fondant la décision et de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

Pour être adéquate, la motivation en la forme d'un permis doit permettre de comprendre les raisons pour lesquelles l'autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, opère un revirement d'attitude. L'indication des motifs pour lesquels l'autorité, qui a toujours le droit de changer d'avis, se départit d'une précédente appréciation, s'impose tout particulièrement lorsque, cumulativement, les attitudes apparemment contradictoires que la même autorité adopte pour une affaire déterminée, se succèdent dans un délai rapproché, dans un même contexte, et que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative ni fait apparaître un élément nouveau expliquant la contradiction

Une autorité administrative, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, peut toujours opérer un revirement d'attitude. Il y a revirement d'attitude lorsque l'autorité se prononce différemment dans un délai rapproché, en adoptant des attitudes apparemment contradictoires, en application d'une même réglementation, sur des projets identiques ou similaires, alors que les circonstances de l'affaire n'ont pas évolué de manière significative. En ce cas, la

motivation formelle de l'acte attaqué doit permettre de comprendre pourquoi l'autorité administrative, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, opère un tel revirement.

2. En l'espèce, l'auteur de l'acte attaqué se distingue des instances d'avis que sont le pôle Environnement et la direction des routes du Luxembourg. Celles-ci peuvent toujours, dans le cadre de leur compétence, procéder à un nouvel examen des éléments de la demande et émettre une appréciation différente sur celle-ci, en fonction des éléments qu'elles estiment pertinents. En outre, l'autorité de recours n'est pas liée par une appréciation, fût-elle réputée favorable, portée antérieurement – en première instance administrative – par un organe consultatif. Il ne peut en effet lui être reproché un éventuel changement d'attitude qui ne lui est pas imputable.

Partant, la requérante n'invoque pas de revirement d'attitude de nature à influencer la légalité de l'acte attaqué.

Au demeurant, en ce qui concerne la direction des routes du Luxembourg, cette instance n'a émis qu'un seul avis, soit en première instance. À cet égard, le moyen manque en fait.

3. Le premier moyen n'est pas fondé.

V. Second moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

A. La requête en annulation

La requérante prend un second moyen de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle estime que l'avis défavorable du DNF qui fonde l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé, dès lors que cette instance considère que les impacts générés par le projet sur le grand murin sont rédhibitoires et non compensables, sans expliquer les raisons pour lesquelles la présence de cette espèce à proximité du site constitue effectivement un obstacle à la mise en œuvre du projet litigieux.

Elle expose qu'elle est, à ce jour, toujours en défaut de comprendre les raisons pour lesquelles le DNF considère que les mesures recommandées par l'auteur de l'étude d'incidences ne sont pas suffisamment adéquates pour compenser l'impact de l'éolienne projetée. Selon elle, le seul fait d'invoquer le faible taux de

reproduction de l'espèce n'est pas de nature à justifier le caractère rédhibitoire et non compensable de sa présence.

Elle relève qu'à l'appui de son recours administratif, elle a réfuté ce motif de refus en mettant en évidence diverses mesures d'atténuation et de compensation figurant dans le projet et conformes aux conclusions de l'étude d'incidences. Elle se réfère au bridage maximaliste recommandé dont les conditions ont été définies par le département de l'étude du milieu naturel et agricole (DEMNA) et le DNF afin de réduire le risque de mortalité des chauves-souris de minimum 90 %, toutes espèces confondues. Elle s'interroge sur l'opportunité et la raison d'être de cette mesure compensatoire, pourtant recommandée par le DNF lui-même, dès lors que celui-ci l'écarte en raison de l'existence du risque résiduel.

Elle ajoute qu'elle reste en défaut de comprendre les raisons pour lesquelles les mesures de compensation proposées ne sont pas suffisantes pour compenser l'impact de l'éolienne projetée sur les espèces protégées et que, partant, la motivation de l'acte attaqué ne répond pas aux arguments développés à l'appui de son recours administratif.

B. Le mémoire en réplique

Elle insiste sur le caractère vague et stéréotypé de l'avis du DNF. À son estime, le motif selon lequel la présence même peu abondante du grand murin justifie une position rédhibitoire constitue une pétition de principe développée sans lien avec une analyse des mesures spécifiquement prévues par le projet.

Elle critique l'avis du DNF qui ne répond pas adéquatement aux mesures proposées. Elle soutient que seules les mesures d'atténuation, permettant par elles-mêmes de prévenir 95,5 % à 98,7 % de la mortalité des chiroptères, ont été prises en compte pour juger du caractère significatif de l'impact du projet alors que celui-ci prévoit également des mesures de suivi et de compensation de son impact environnemental.

V.2. Examen

1. Lorsque des instances spécialisées ont été consultées et que le débat porte sur un point technique, le contrôle du Conseil d'État ne peut être que marginal, sous peine de substituer sa propre appréciation à celles d'organes scientifiquement mieux armés que lui pour en juger.

2. En l'espèce, le DNF est une instance d'avis spécialisée chargée d'éclairer l'autorité administrative sur les aspects techniques du projet qui relèvent de sa compétence.

L'acte attaqué reproduit intégralement les avis successifs du DNF, comme suit :

« Impacts sur le milieu biologique

Considérant que la DNF d'Arlon a été interrogée lors de l'instruction du dossier en première instance et que son avis défavorable est rédigé comme suit :

“ Considérant que la demande porte sur :

- la construction et l'exploitation d'une éolienne et d'une cabine de tête ;
- la création d'une aire de montage.

Considérant les coordonnées Lambert 72 de l'éolienne X : 254.237 ; Y : 27.652

Considérant que l'EIE relève dans un rayon de 10 km, 7 sites Natura qui accueillent 27 espèces d'oiseaux d'intérêt communautaire dont le milan royal, une espèce sensible au développement éolien.

Considérant que les chauves-souris ont été étudiées acoustiquement par un dispositif d'enregistrement en continu composé d'un détecteur à ultrasons du modem SM3BAT réalisant des enregistrements en continu au moyen d'un micro sensible aux ultrasons, installé à une hauteur de 3 m.

Qu'au cours des 124 nuits d'inventaire, des contacts ont été enregistrés pour 120 nuits, soit une activité chiroptérologique de 96,8 % des nuits. Qu'au total 77.176 contacts ont été enregistrés, avec des nuits où seuls 2 contacts ont été notés et d'autres où jusqu'à 3.721 contacts ont été enregistrés (page 77 de l'EIE). Que ces résultats démontrent qu'il existe une activité chiroptérologique importante avec notamment un pic d'activité le 20 septembre (2.015 contacts) et le 6 octobre (3.721 contacts) correspondant à un passage migratoire de grande ampleur.

Que parmi les 16 espèces détectées (sur les 24 déjà observées en Belgique !) la pipistrelle de Nathusius, une espèce migratrice reconnue comme sensible à éolien est manifestement très régulière en période migration (plus de 4.000 contacts 'Nathusius/Khul' dont la majorité des contacts concernent très probablement la 'Nathusius' - page 79 de l'EIE).

Que le grand murin a été également contacté à plusieurs reprises : une espèce pour laquelle le site natura 2000 BE 34067 'Forêt et marais bajociens de Baranzy à Athus' a été désigné. Ce site est situé à moins de 150 mètres à l'Ouest. Cette espèce est considérée comme une espèce à enjeux majeur pour laquelle l'implantation d'éolienne n'est pas compensable. La position du DNF consiste à considérer que la présence de cette espèce est rédhibitoire.

Considérant les différentes lisières forestières :

- À l'Est le long de la N804 à 100 mètres
- à l'Ouest – site Natura 2000 unité de Gestion UGB 'forêt indigène de grand intérêt biologique' - à 140 mètres.

Considérant que le projet est situé en zone d'exclusion ornithologique n° 13 'Lorraine belge' de Natagora, mise en place pour la présence de nicheurs rares comme la Cigogne noire, le milan noir, le milan royal (en page 65 de l'EIE).

Considérant que l'éolienne projetée est localisée au sein d'un site de grand intérêt biologique (SGIB) qui jouxte l'aire d'autoroute (cf. page 67 de l'EIE) et dont l'habitat présent est constitué de saules, de pruniers à grappes, de pommiers, d'érables cycomores, de sorbiers des oiseleurs, soit un habitat essentiellement boisé dont le maintien à proximité de la future éolienne est incompatible avec le maintien de la distance par rapport à une lisière forestière.

Au vu de ces éléments, j'ai l'honneur de porter à votre connaissance que le DNF émet un avis défavorable à l'octroi d'un permis d'urbanisme pour ce projet.” ;

Considérant que dans son recours, le conseil de l'exploitant estimait que les impacts sur le milieu biologique étaient négligeables et que les mesures d'atténuation proposées étaient suffisantes ;

Considérant que l'avis de la DNF d'Arlon a donc été demandé sur recours et que celui-ci est défavorable et rédigé comme suit :

“ Considérant que la demande porte sur la décision querellée de l'arrêté du fonctionnaire technique et du fonctionnaire délégué REFUSANT le permis unique visant à construire et exploiter une éolienne et une cabine de tête sur une parcelle du domaine autoroutier, au niveau de l'aire d'Aubange.

Considérant les éléments de réponses apportés, en substance, par le porteur du projet à savoir :

Pour ce qui concerne les chiroptères (en particulier le grand murin) :

- Que la mise en place d'un bridage (mesure d'atténuation) permettra de réduire le risque et de rendre l'impact du projet sur cette espèce [le grand murin] non significatif ;

- Que les conclusions d'un bureau d'expert (Arcadis) a permis d'établir que

- * Le grand murin sur site est une espèce extrêmement peu abondante et extrêmement peu fréquente

- * le grand murin est une espèce dont l'écologie explique une sensibilité extrêmement faible au risque éolien

- * un plan de bridage callé sur la phénologie de l'activité des chiroptères sera mis en œuvre ;

- qu'au vu de ce qui précède le projet aura un impact faible sur le groupe des murins.

Mes services estiment que ces éléments n'apportent pas d'élément réellement nouveau dans ce dossier. En effet, il faut souligner :

- Que la présence même peu abondante du grand murin n'en demeure pas moins réelle et que la position du DNF/DEMNA consiste à considérer cette espèce à enjeux majeur comme rédhibitoire pour toute implantation d'éolienne notamment parce que cette implantation n'est pas compensable et parce qu'il s'agit d'une espèce à très faible taux de reproduction (une femelle ne produit qu'un seul jeune par an) qui ne peut supporter la moindre nouvelle source de mortalité à celles déjà existantes. Par ailleurs, la pipistrelle de Nathusius, une espèce également très sensible au développement éolien, est bien présente ; cette dernière espèce est migratrice et est réputée voler à haute altitude et par vents forts (hors bridage). Or sur 4000 contacts 'Nathusius/Kuhl' la majorité des contacts concerne très probablement la 'Nathusius' (EIE – P79) ; un impact significatif est à attendre sur cette espèce protégée.

Mes services rappellent que l'EIE a mis en exergue la très grande activité chiroptérologique sur site avec pas moins de 77.116 contacts enregistrés ! bien qu'un système de bridage tel que proposé permettrait de réduire le risque de

mortalité de minimum 90 % (voire 95 %), le risque résiduel (5 à 10 %) n'en demeure pas moins significatif au vu de l'activité chiroptérologique particulièrement élevée.

Mes services rappellent enfin certains des éléments principaux de l'avis DNF défavorable de première instance, à savoir :

- Que le projet est situé en zone d'exclusion ornithologique n° 13 'Lorraine belge' de Natagora ;
- que le projet est situé à 100 mètres d'une lisière forestière le long de la N804 et à 140 mètres du site Natura 2000 - UG8 'Forêt Indigène de grand intérêt biologique' ;
- Que le site d'implantation de l'éolienne est dans le périmètre même d'un site de grand intérêt biologique 'SGIB saulaie frontalière de la Brühi' (code 2199).
- Au vu de ces éléments, j'ai l'honneur de porter à votre connaissance que le DNF confirme son avis défavorable à l'octroi d'un permis unique pour ce projet." » ;

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, le second avis du DNF, émis dans le cadre du recours administratif, n'est ni vague ni stéréotypé. Ainsi, il évoque notamment le fait que la présence même peu abondante du grand murin est rédhibitoire, notamment parce que l'implantation d'éolienne n'est pas compensable et qu'il s'agit d'une espèce à très faible taux de reproduction. Il met en exergue l'impact significatif à attendre sur la pipistrelle de *Nathusius*, espèce protégée également présente sur le site et très sensible au développement éolien, ainsi que le fait que le risque résiduel de mortalité pour les chiroptères (5 à 10 %), malgré le système de bridage proposé, reste significatif au vu de l'activité chiroptérologique particulièrement élevée.

Cet avis rappelle ensuite les principaux éléments du premier avis défavorable émis par la même instance, à savoir la localisation du projet au sein ou à proximité de trois zones ayant des qualités particulières ou un statut spécial du point de vue ornithologique et biologique.

Compte tenu des limites du contrôle que le Conseil d'État peut exercer à l'égard des avis des instances spécialisées, les éléments et appréciations précités sont suffisamment précis et étayés pour justifier l'avis émis et permettent de comprendre ces motifs auxquels l'autorité s'est ralliée et qui sous-tendent, parmi d'autres, le refus de sa demande.

En soutenant que le seul fait d'invoquer le faible taux de reproduction de l'espèce n'est pas de nature à justifier le caractère rédhibitoire et non compensable de la présence de cette espèce, la requérante tente en réalité de substituer, en opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité, ce qu'elle ne peut, sauf à établir une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de l'autorité, non rapportée en l'espèce.

3. Le second moyen n'est pas fondé.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La requête est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

La contribution prévue à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, liquidée à la somme de 20 euros, est mise à la charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 octobre 2024, par la XIII^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Colette Debroux,
Luc Donnay,
Laure Demez,
Céline Morel,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Céline Morel

Colette Debroux