**1606** (2023-2024) — N° 2

# PARLEMENT WALLON

SESSION 2023-2024

10 AVRIL 2024

# PROPOSITION DE DÉCRET

**modifiant les articles 1er, 2, 32, 83 et 92 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et insérant un article 86*bis* ***

déposée par

MM. Bierin, Witsel, Janssen,
Demeuse, Fontaine et Tzanetatos

# AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

ROYAUME DE BELGIQUE

# AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

75.580/4

Le 8 février 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président du Parlement wallon à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur une proposition de décret « modifiant les articles 1er, 2, 32, 83 et 92 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et insérant un article 86*bis* », déposée par MM. Bierin, Witsel, Janssen, Demeuse, Fontaine et Tzanetatos (*Doc. parl.*, Parl. w., 2023-2024, n° 1606/001).

La proposition a été examinée par la quatrième chambre le 10 avril 2024. La chambre était composée de Bernard Blero, président de chambre, Luc Cambier et Géraldine Rosoux, conseillers d'État, Christian Behrendt et Jacques Englebert, assesseurs, et Anne-Catherine Van Geersdaele, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne Vagman, premier auditeur chef de section et Clément Pesesse, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 avril 2024.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, §1er, alinéa 1er, 2°, des lois « sur le Conseil d'État », coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition (*), à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, §3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations suivantes.

**Formalité préalable**

1. La proposition de décret à l'examen a notamment pour objet de transposer l'article 16*septies* de la directive (UE) 2023/2413 du Parlement européen et du Conseil du 18 octobre 2023 « modifiant la directive (UE) 2018/2001, le règlement (UE) 2018/1999 et la directive 98/70/CE en ce qui concerne la promotion de l'énergie produite à partie de sources renouvelables, et abrogeant la directive (UE) 2015/652 », lequel vise notamment à :

« simplifier certains aspects environnementaux des procédures d'octroi de permis applicables aux projets en matière d'énergie renouvelable » (1).

Pour ce faire, l'article 16*septies* et la proposition à l'examen à sa suite, visent à consacrer la présomption selon laquelle la construction et l'exploitation d'énergie renouvelable, le raccordement de ces installations au réseau, le réseau connexe d'installations proprement dit et les actifs de stockage relèvent d'un intérêt public majeur. Ainsi, selon le considérant 44 du préambule de la directive (UE) 2023/2413 :

« Le fait de considérer ces installations d'énergie renouvelable comme étant d'un intérêt public majeur et servant la santé et la sécurité publiques permettrait à ces projets de bénéficier d'une évaluation simplifiée ».

Le développement de la proposition examinée énonce :

« la présente proposition de décret introduit des modifications relatives [...] à l'amélioration des procédures d'octroi pour les demandes relatives à une ou plusieurs éoliennes ».

2. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le texte proposé doit être considéré comme un plan ou programme au sens de l'article 2, a), de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 « relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement », pour lequel, conformément à son article 3, une évaluation environnementale doit être effectuée dans la mesure où il est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Selon le paragraphe 2, a), de l'article 3 de la directive 2001/42/CE, cette obligation s'applique à tous les plans et programmes qui sont élaborés pour les secteurs, notamment, de l'énergie, de l'affectation des sols ou de l'aménagement du territoire urbain et rural et qui définissent le cadre dans lequel la mise en oeuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 « concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement » pourra être autorisée à l'avenir. Quant au paragraphe 4 du même article 3, il prévoit que

« [p]our les plans et programmes, autres que ceux visés au paragraphe 2, qui définissent le cadre dans lequel la mise en oeuvre des projets pourra être autorisée à l'avenir, les États membres déterminent s'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ».

Selon l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 27 octobre 2016,

(*) S'agissant d'une proposition de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.
1. Directive (UE) 2023/2413, préambule, considérant 24.

« la notion de « plans et programmes » se rapporte à tout acte qui établit, en définissant des règles et des procédures de contrôle applicables au secteur concerné, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en oeuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement » [2].

La Cour ajoute que la notion de « plans et programmes » peut également recouvrir des actes normatifs adoptés par la voie législative ou réglementaire [3].

Dans deux arrêts du 7 juin 2018 [4], la Cour a également conclu que constituaient des plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE et devaient par conséquent faire l'objet d'une évaluation préalable des incidences environnementales, d'une part, le règlement régional d'urbanisme bruxellois relatif au quartier européen et, d'autre part, les périmètres de remembrement urbain prévus par le droit wallon. Dans un arrêt du 25 juin 2020, la Cour a par ailleurs confirmé qu'un arrêté du Gouvernement flamand peut être considéré comme un plan élaboré ou adopté par une autorité au niveau national, régional ou local. Dans cet arrêt, la Cour a exposé les raisons pour lesquelles elle entendait maintenir sa jurisprudence et n'opérer aucun revirement [5].

Dans des arrêts de 2019 et 2021, la Cour a également conclu que la notion de « plans et programmes » incluait non seulement leur élaboration, mais également leur modification [6]. En particulier, la Cour a dit pour droit que, quand bien même un acte ne contient pas de prescriptions positives, la faculté que cet acte institue de permettre d'obtenir plus aisément des dérogations aux prescriptions en vigueur modifie l'ordonnancement juridique et a pour effet de faire relever un tel acte du champ d'application de l'article 2, a), de la directive 2001/42/CE [7].

3. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la section de législation a observé que constituaient des plans et programmes devant être soumis à une évaluation préalable des incidences environnementales, par exemple, la carte stratégique des priorités reprenant la liste des cours d'eau prioritaires pour le rétablissement de la libre circulation des poissons [8] et les règles de police et de gestion applicables aux cours d'eau non classés, arrêtées par le Gouvernement wallon [9]-[10], l'arrêté ministériel « relatif aux études acoustiques des parcs éoliens » [11], l'arrêté du Gouvernement flamand « modifiant diverses dispositions de l'arrêté du Gouvernement flamand du 1er juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement et modifiant l'article 3.7.10 » [12], ou encore l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 août 2018 « déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de combustion moyennes et modifiant diverses dispositions environnementales » [13]. Elle a également considéré qu'« il n'[était] pas exclu que certaines conventions de transition écologique [14] aient un objet relevant du champ d'application de cette notion ainsi définie » [15].

Eu égard à cette jurisprudence, et compte tenu de l'article 2, a), premier tiret, de la directive 2001/42/CE [16], la section de législation a également observé qu'un texte de nature législative pouvait constituer un plan ou un programme au sens de la directive 2001/42/CE, et ce que le texte législatif trouve son origine dans une initiative du pouvoir exécutif [17] ou dans une initiative parlementaire [18].

2. C.J., arrêt *Patrice d'Oultremont e.a. c. Région wallonne*, 27 octobre 2016, C-290/15, ECLI:EU:C:2016:816, §49.
3. Ibid., §52.
4. C.J., arrêt *Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a. c. Région de Bruxelles-Capitale*, 7 juin 2018, C-671/16, ECLI:EU:C:2018:403 et C.J., arrêt *Thybaut e.a. c. Région wallonne*, 7 juin 2018, C-160/17, ECLI:EU:C:2018:401.
5. C.J. (gde ch.), arrêt *A e.a. c. Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, 25 juin 2020, C-24/19, ECLI:EU:C:2020:503, §§33 à 51
6. C.J., arrêt *CFE SA c. Région de Bruxelles-Capitale*, 12 juin 2019, C-43/18, ECLI:EU:C:2019:483, §71.
7. C.J., arrêt *Thybaut e.a. c. Région wallonne*, *op cit.*, §*58.*
8. Cette carte stratégique est désormais visée à l'article D.33/9 du Livre II du Code de l'Environnement de la Région wallonne.
9. Il s'agit des règles de police désormais visées à l'article D.52 du Livre II du Code de l'Environnement de la Région wallonne.
10. Avis 60.677/4 donné le 27 février 2017 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 4 octobre 2018 « modifiant divers textes, en ce qui concerne les cours d'eau », *Doc. parl*., Parl. w., 2017-2018, n° 1147/1, pp. 63-79.
11. Avis 61.407/4 donné le 24 mai 2017 sur un projet d'arrêté ministériel de la Région wallonne « relatif aux études acoustiques des parcs éoliens ».
12. Avis 61.975/1 donné le 2 octobre 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 27 octobre 2017 « modifiant diverses dispositions de l'arrêté du Gouvernement flamand du 1er juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement et modifiant l'article 3.7.10 du Titre III du VLAREM du 16 mai 2014 ».
13. Avis 63.041/4 donné le 21 mars 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 août 2018 « déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de combustion moyennes et modifiant diverses dispositions environnementales ».
14. Il s'agit des conventions de transition écologique désormais visées aux articles D.92-1 et suivants du Livre Ier du Code de l'Environnement de la Région wallonne.
15. Avis 63.475/2-4 donné le 6 juin 2018 sur un avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 17 juillet 2018 « portant des mesures diverses en matière d'emploi, de formation, d'économie, d'industrie, de recherche, d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transports, d'énergie, de climat, de politique aéroportuaire, de tourisme, d'agriculture, de nature, de forêt, des pouvoirs locaux et du logement », *Doc. parl.*, Parl. w., 2017-2018, n° 1142/1, pp. 161-190.
16. Cette disposition vise, au titre des plans et programmes ceux qui sont « élaborés et/ou adoptés par une autorité au niveau national, régional ou local ou élaborés par une autorité en vue de leur adoption par le parlement ou par le gouvernement, par le biais d'une procédure législative ».
17. Avis 62.508/4 donné le 11 janvier 2018 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 26 avril 2018 « relatif au Code wallon du patrimoine », *Doc. parl.*, Parl. w., 2017-2018, n° 1053/1, pp. 35-61.
18. Avis 61.506/4 donné le 12 juin 2017 sur une proposition de décret de la Région wallonne « modifiant l'article D.IV.9 du Code du Développement territorial », *Doc. parl.*, Parl. w., 2016-2017, n° 778/2, pp. 2-6. Dans cet avis, la section de législation a observé ce qui suit :

« La proposition de décret à l'examen tend à autoriser et à régler l'octroi de dérogations au plan de secteur à l'occasion de la délivrance d'un permis d'urbanisme ou d'un certificat d'urbanisme n° 2. Il n'est pas exclu que les règles qu'elle prévoit trouvent à s'appliquer à des projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Ayant cet objet, la proposition de dé-

En particulier, s'agissant d'un avant-projet de décret « instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol », la section de législation a observé ce qui suit :

« En l'espèce, l'avant-projet entend, pour l'essentiel, régler les régimes de permis exclusifs requis pour l'exploration ou l'exploitation des ressources du sous-sol, en ce compris la post-gestion, tout en subordonnant par ailleurs à l'obtention préalable d'un permis d'environnement ou à l'introduction préalable d'une déclaration, ces explorations ou exploitations. Intervenant dans ce cadre, avec cet objet, et pouvant trouver à s'appliquer à la mise en oeuvre de projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, il relève de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne. Partant, il doit se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE.

À cet égard, il y a lieu d'observer qu'en l'état, le droit régional wallon ne contient pas de disposition assurant la transposition de la directive 2001/42/CE en vue de l'application du régime que prévoit celle-ci à des réglementations telles que le décret en projet. Il conviendrait donc, avant toutes choses, d'adopter des dispositions à cette fin » [19].

De même, dans l'avis 64.928/4 à propos d'un avant-projet de décret envisageant notamment la création d'un Code de droit wallon relatif au permis d'environnement, la section de législation a formulé une observation similaire, en ces termes :

« En l'espèce, diverses dispositions de l'avant-projet qui comportent des innovations de fond par rapport au droit existant doivent manifestement être considérées comme comportant un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en oeuvre de projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Ainsi en va-t-il, tout particulièrement, des dispositions qui introduisent le principe de la durée indéterminée des permis d'environnement et de celles qui accompagnent ce régime par l'introduction de nouvelles obligations à charge des exploitants. De telles dispositions, qui peuvent trouver à s'appliquer à des projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, relèvent de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne. Partant, elles doivent se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE » [20].

Elle l'a rappelé dans des avis postérieurs [21]-[22], et a également confirmé sa légisprudence concernant les arrêtés réglementaires [23].

4. La Cour constitutionnelle s'est également prononcée sur la portée de la notion de plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE, spécialement dans ses arrêts n° 33/2019 du 28 février 2019, n° 145/2019 du 17 octobre 2019, n° 30/2021 du 25 février 2021, n° 137/2021du 14 octobre 2021 et n° 142/2021 du 14 octobre 2021 [24].

cret à l'examen relève incontestablement de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, telle qu'interprétée par l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle doit dès lors se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE.

À cet égard, il y a lieu d'observer que, d'une part, en l'état, le droit interne ne contient pas les dispositions requises pour assurer la transposition de la directive 2001/42/CE en vue de l'application du régime que prévoit celle-ci à un texte de nature législative et que, d'autre part, la question se pose de savoir si, en l'état, le droit interne offre, comme le requiert le droit de l'Union européenne, les voies de recours nécessaires pour assurer un contrôle juridictionnel substantiel du respect des règles procédurales environnementales auxquelles la directive 2001/42/CE soumet l'adoption d'un texte de nature législative. L'examen de ces questions et des réponses à y apporter appelle des développements qui excèdent de beaucoup le cadre limité de l'avis que la section de législation du Conseil d'État est appelée à donner sur une proposition de décret qui, telle la proposition à l'examen, tend à modifier le Code du développement territorial (en abrégé, ci-après, « CoDT ») sur un point particulier. Mais la section de législation se doit d'attirer l'attention de la Région wallonne sur la nécessité de rechercher des solutions à la situation qui résulte de l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne ».

19. Avis 64.927/4 donné le 30 janvier 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol », *Doc. parl.*, Parl. w., 2018-2019, n° 1335/1, pp. 109-125.

20. Avis 64.928/4 donné le 6 février 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « relatif au Livre IX du Code de l'Environnement contenant le Code du permis d'environnement et modifiant le décret du 1er mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, le décret du 24 mai 2018 transposant la directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et modifiant le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement en ce qui concerne la dématérialisation et la simplification administrative et diverses dispositions, le Livre Ier du Code de l'Environnement et le CoDT », *Doc. parl.*, Parl. w., 2018-2019, n° 1339/1, pp. 74-89.

21. Avis 66.015/2/V donné 29 juillet 2019 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 6 février 2020 « portant confirmation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 décembre 2018 remplaçant l'annexe 1e du décret du 1er mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols », *Doc. parl.*, Parl. w., 2019-2020, n° 93/1, pp. 8-10.

22. Avis 68.859/4 donné le 31 mars 2021 sur une proposition de décret de la Région wallonne « visant à la promotion de l'équipement des véhicules électriques et à la réforme de la taxation », *Doc. parl.,* Parl. w., 2019-2020, n° 227/3, p. 25.

23. Voir par exemple, l'avis 68.292/4 donné le 13 novembre 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 25 février 2021 « portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences, des installations et activités classées ou des installations ou des activités présentant un risque pour le sol ».

24. Sur la directive 2001/42/CE, voir aussi C.C., 20 mai 2021, n° 75/2021 : la problématique était toutefois autre, la question posée étant de savoir si une disposition législative prévoyant l'abrogation de plein droit, par écoulement du temps, des schémas d'orientation locaux était admissible au regard de la directive. La Cour constitutionnelle a répondu à cette question par la négative, dès lors qu'il s'agissait d'abroger, sans aucune évaluation préalable, des instruments planologiques qui, eux-mêmes, constituaient des plans et programmes. La Cour a donc dit pour droit que l'article D.II.66, §4, du CoDT violait les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec la directive 2001/42/CE « en ce que [cette disposition] exempte l'abrogation de plein droit des plans qu'il vise d'une évaluation environnementale au sens de l'article 2, point b), de cette directive ». L'arrêt n° 137/2021 du 14 octobre 2021 peut aussi être évoqué. Il n'est toutefois pas pertinent pour la question ici examinée. En effet, dans cet arrêt, la Cour a rejeté le recours au motif que « [l]es dispositions attaquées fixent des définitions et des objectifs en matière de cours d'eau non navigables, et consistent pour la plupart à définir les contours des pouvoirs de gestion relatifs à ces cours

Dans les deux premiers de ces arrêts, la Cour constitutionnelle a considéré que juger que toutes les législations et toutes les réglementations susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement devraient être soumises à une évaluation environnementale conformément à la directive 2001/42/CE, ne correspond pas à l'objectif du législateur européen, qui visait à ce que, conformément à cette directive, certains plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement soient soumis à une évaluation environnementale [25]- [26].

Dans son arrêt n° 30/2021, à la suite de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 25 juin 2020 (C-24/19), la Cour constitutionnelle a confirmé l'enseignement de ses arrêts n° 33/2019 et n° 145/2019 et rejeté plusieurs recours en suspension dirigés contre le décret de la Région flamande du 17 juillet 2020 « validant les conditions environnementales sectorielles pour les éoliennes ». Par son arrêt [27] du 14 octobre 2021, la Cour constitutionnelle a ensuite rejeté les recours en annulation dirigés contre le même décret.

Dans ces deux derniers arrêts, la Cour constitutionnelle fait valoir notamment que

« l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice quant au champ d'application de la directive 2001/42/CE a [...] été remise en cause par l'avocat général Kokott, par les juridictions suprêmes de plusieurs États membres, dont la Cour constitutionnelle belge, et par la doctrine » [28].

5. La Cour de justice de l'Union européenne a maintenu sa jurisprudence [29]. Dans un arrêt du 22 février 2022 [30], elle a apporté une précision importante, en disant pour droit que :

« 1. L'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, doit être interprété en ce sens qu'une mesure nationale qui vise à protéger la nature et le paysage et énonce à cette fin des interdictions générales et des obligations d'autorisation sans prévoir des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en oeuvre de projets mentionnés aux annexes I et II de la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 2011, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, ne relève pas du champ d'application de cette disposition.

2. L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2001/42 doit être interprété en ce sens qu'une mesure nationale qui vise à protéger la nature et le paysage et énonce à cette fin des interdictions générales et des obligations d'autorisation sans prévoir des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en oeuvre de projets ne relève pas du champ d'application de cette disposition ».

Il parait pouvoir se déduire de cet arrêt qu'une législation ou une réglementation qui se limite exclusivement à fixer des règles générales et/ou à interdire ou à soumettre à autorisation – tel un permis d'urbanisme ou d'urbanisation ou un permis d'environnement – certains actes et travaux ou certaines activités, ne constitue pas, en tant que telle, un plan ou un programme au sens de la directive 2011/42/CE, si elle ne fixe pas également des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en oeuvre de projets.

Cette jurisprudence énonce toutefois clairement que des dispositions normatives, législatives ou réglementaires peuvent, le cas échéant, être qualifiées de plans ou de programmes au sens de la directive 2001/42/CE. Ainsi, dans son arrêt du 22 février 2022 [31], la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que :

« [...] s'il ressort du libellé de cette disposition que la notion de « plans et programmes » peut recouvrir des actes normatifs adoptés par voie législative, réglementaire ou administrative, cette directive ne contient précisément pas de dispositions spécifiques relatives à des politiques ou à des réglementations générales qui nécessiteraient une délimitation par rapport aux plans et aux programmes, au sens de ladite directive. La circonstance qu'un acte national ait un certain niveau d'abstraction et poursuive un objectif de transformation d'une zone géographique constitue une illustration de sa dimension planificatrice ou programmatique et ne fait pas obstacle à son inclusion dans la notion de « plans et programmes » »

Selon les termes de l'article 2, a), de la directive 2001/42/CE, sont en effet visés, au titre des plans et programmes ceux qui sont « élaborés et/ou adoptés [...] en vue de leur adoption par le Parlement ou par le

d'eau. Ces dispositions générales, qui n'ont par ailleurs aucune incidence sur les plans de secteur applicables, ne sauraient être considérées, qu'elles soient examinées séparément ou lues dans leur contexte, comme des actes qui établissent, « en définissant des règles et des procédures de contrôle applicables au secteur concerné, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en oeuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement », pour reprendre la formulation utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne » (B.41 de l'arrêt). La problématique prévalant dans l'arrêt n° 137/2021 était donc différente de celle qui prévaut quant à la proposition de décret à l'examen.

25. C.C., 28 février 2019, n° 33/2019, B.21.3 et C.C., 17 octobre 2019, n° 145/2019, B.9.3.

26. Voir à ce propos, notamment l'avis 68.859/4 ; l'avis 71.061/4 donné le 30 mars 2022 sur une proposition de décret « modifiant les articles D.II.13, D.II.15 et D.IV.58 du Code du Développement territorial afin de modifier les effets de l'abrogation du schéma d'orientation local », *Doc. parl.,* Parl. w., 2020-2021, n° 603/2, pp. 2-6 ; l'avis 71.290/4 donné le 16 juin 2022 sur une proposition de décret « visant à modifier le Code du Développement territorial afin de revoir la constructibilité en zones inondables », *Doc. parl.*, Parl. w., 2021-2022, n° 848/2, pp. 2-4 et l'avis 71.620/4 donné le 27 juillet 2022 sur une proposition de décret « relatif à l'électrification progressive des emplacements de stationnement », *Doc. parl.*, Parl. w., 2021-2022, n° 927/2, pp. 2-9.

27. C.C., 14 octobre 2021, n° 142/2021.

28. C.C., 25 février 2021, n° 30/2021, B.13.6. ; C.C., 14 octobre 2021, n° 142/2021.

29. C.J. (gde ch.), arrêt *Bund Naturschutz in Bayern eV c. Landkreis Rosenheim*, 22 février 2022, C-300/20, ECLI:EU:C:2022:102 et C.J., arrêt *NJ et OZ c. An Bord Pleanála, Ireland*, *Attorney General*, 9 mars 2023, C-9/22, ECLI:EU:C:2023:176.

30. C.J. (gde ch.), arrêt *Bund Naturschutz in Bayern eV contre Landkreis Rosenheim*, *op cit.*

31. Ibidem, §41.

Gouvernement, par le biais d'une procédure législative ». Par ailleurs, selon l'article 4, paragraphe 1, de cette même directive,

« [l]'évaluation environnementale visée à l'article 3 est effectuée pendant l'élaboration du plan ou du programme et avant qu'il ne soit adopté ou soumis à la procédure législative »

6. Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la question se pose de savoir si la proposition de décret à l'examen constitue un plan ou un programme au sens de l'article 3, paragraphe 2, a), ou paragraphe 4, de la directive 2001/42/CE.

Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, et dès lors que la proposition de décret n'a pas été soumise à une procédure d'évaluation de ses incidences sur l'environnement, ses auteurs doivent être en mesure de préciser les raisons pour lesquelles ils situeraient la proposition en dehors du champ d'application de la directive 2001/42/CE, ou dans le champ d'application d'une exception prévue par cette directive [(32)].

## Observations particulières

### Article 2

Une définition de la notion d'énergie renouvelable sera insérée dans le décret du 11 mars 1999 « relatif au permis d'environnement ».

### Article 3

1. La modification qu'entend opérer l'article 3 vise à transposer l'article 16*septies* de la directive (UE) 2018/2001, tel qu'inséré par la directive (UE) 2023/2413.

Si le texte complétant l'article 2 du décret du 11 mars 1999 est très semblable à ce qu'énonce l'article 16*septies* de la directive (UE) 2018/2001, l'obligation que ce dernier article impose aux États membres s'applique « jusqu'à ce que la neutralité climatique soit atteinte », précision que la disposition examinée ne contient pas.

Afin d'assurer une transposition fidèle de la directive et compte tenu de ce que la modification envisagée prévoit des dispositions dérogatoires à la protection procurée par les directives « Oiseaux », « Habitats » ou « Eau », le dispositif sera revu afin d'énoncer cette précision.

2. L'article 2, alinéa 3, proposé du décret du 11 mars 1999 opère des renvois aux différentes directives européennes. Il convient de plutôt faire référence à la législation wallonne transposant ces directives et par voie de conséquence aux articles 5 et 29, §2, de la loi du 12 juillet 1973 « sur la conservation de la nature » et D.22, §9, du Livre II du Code de l'Environnement, constituant le Code de l'Eau.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 7.

3. L'attention des auteurs de la proposition est attirée sur le fait que, contrairement à ce qui est précisé pour le « réseau », le texte proposé ne prévoit pas que les « actifs de stockage » doivent être « connexes » à la construction, à l'exploitation et au raccordement d'installations d'énergie renouvelable.

Il en résulte que, littéralement, le champ d'application de cette disposition recouvre tous les actifs de stockage et non uniquement ceux liés à l'énergie renouvelable.

Si le dispositif proposé correspond au texte de l'article 16*septies* de la directive (UE) 2018/2001, il ressort du considérant 44 du préambule de la directive (UE) 2023/2413 que le champ d'application de l'article 16*septies* concerne :

« une installation d'énergie renouvelable, le raccordement de cette installation au réseau, le réseau lui-même ou les actifs de stockage connexes ».

Le dispositif proposé sera revu afin d'exprimer cette précision.

### Article 5

1.1. L'article 83, alinéa 3, proposé du décret du 11 mars 1999 impose le dépôt d'un certain nombre de documents prouvant que des formalités préalables à l'octroi du permis ont été réalisées lorsque la demande de permis unique porte sur une ou plusieurs éoliennes. Il s'agit de verser au dossier de demande « un rapport relatif à l'appel à manifestation d'intérêt à participer au projet éolien émis à destination des citoyens » (article 83, alinéa 3, 1°), « un rapport relatif à l'appel à manifestation d'intérêt à participer au projet éolien émis à destination des pouvoirs locaux » (article 83, alinéa 3, 2°), et des « offres de participation émises à destination des pouvoirs locaux et des citoyens, à concurrence de 24,99% pour chacun des deux groupes » (article 83, alinéa 3, 3°).

L'appel à manifestation d'intérêt à participer au projet éolien émis à destination des citoyens « est organisé au plus tard lors de la réunion d'information préalable » et le rapport relatif à l'appel à manifestation d'intérêt à participer au projet éolien émis à destination des pouvoirs locaux « est clôturé et présenté lors de la réunion d'information préalable » (article 83, alinéa 4).

32. Voir notamment en ce sens l'avis 73.986/2/V donné le 17 août 2023 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 5 octobre 2023 « instituant une procédure d'instruction spécifique d'une demande de permis d'urbanisme relative à la déconstruction de l'intérieur du Palais du Midi et à la modification du permis délivré par le fonctionnaire délégué de la Région de Bruxelles-Capitale le 24 mai 2019 à la Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles », *Doc. parl.,* Parl. Rég. Brux.-Cap., 2022-2023, n° 7-751/1, pp. 39-70, ainsi que l'avis 73.407/4 donné le 15 juin 2023 sur un avant-projet devenu le décret du 13 décembre 2023 « modifiant le Code du Développement territorial et le décret du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative et abrogeant le décret du 5 février 2015 relatif aux implantations commerciales ». Voir également l'avis 68.859/4 donné le 31 mars 2021 sur une proposition de décret de la Région wallonne « visant à la promotion de l'équipement pour les véhicules électriques et à la réforme de la taxation », *Doc. parl.*, Parl. w., 2019-2020, n° 227/3, pp. 2-5, ainsi que l'avis 68.487/1 donné le 12 janvier 2021 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 février 2021 « fixant des conditions générales et spécifiques d'exploitation applicables aux parkings ».

Le Gouvernement est habilité, notamment, à définir les modalités de l'appel à manifestation d'intérêt, des rapports et des offres de participation, qui « ont pour objectif d'assurer l'ouverture des projets à des conditions économiques équivalentes aux conditions de marché » (article 83, alinéa 5).

1.2. Selon le commentaire de cette disposition,

« Cette modification de l'article 83 du décret du 11 mars 1999 a pour objectif d'imposer aux porteurs de projets éoliens de démontrer, lors de leur demande de permis unique, qu'ils ont organisé un appel à manifestation d'intérêt à participer au projet éolien.

En effet, les communes et leurs habitants sont les premiers à percevoir la présence des éoliennes. La participation citoyenne et communale à des projets de production d'énergie verte peut constituer un élément déterminant du succès ou de l'échec d'un projet éolien, les habitants pouvant avoir le sentiment que leur paysage, bien public, est sacrifié sans qu'ils en ressentent les bénéfices.

Outre la consultation obligatoire des communes et des citoyens dans les procédures de permis unique (réunion d'information préalable, enquête publique, avis), il convient d'imposer aux développeurs, d'une part, l'organisation d'un appel à manifestation d'intérêt à participer au projet éolien lors de la réunion d'information préalable et, d'autre part, l'émission d'offres de participation à destination des pouvoirs locaux et des citoyens, à concurrence de 24,99% pour chacun des deux groupes.

Ces offres de participation doivent être émises de manière loyale afin de garantir l'objectif d'acceptabilité sociale de la mesure. Le Gouvernement est habilité à identifier les critères qui permettent de déterminer le respect de ce principe de loyauté qui vise à assurer l'ouverture des projets aux communes à des conditions économiques équivalentes à celles des promoteurs ».

2. La section de législation constate qu'aucune disposition légale n'impose aujourd'hui l'organisation d'appels à manifestation d'intérêt ou l'émission d'offres de participation à des projets éoliens.

Dans la mesure où, comme cela semble ressortir du commentaire de l'article, les auteurs de la proposition entendent imposer ces appels à manifestation d'intérêt ainsi que l'émission d'offres de participation, il conviendra que cette obligation soit formalisée de manière explicite dans le dispositif.

Si les auteurs de la proposition visent à instaurer l'organisation obligatoire d'un régime d'appel à manifestation d'intérêt et d'émission d'offres de participation à des projets éoliens, il convient en outre de rappeler qu'en vertu du principe de légalité inscrit à l'article 23, alinéa 2, 4°, de la Constitution en ce qui concerne le respect du droit à la protection d'un environnement sain, il s'impose que le législateur définisse lui-même les éléments essentiels du régime de protection qu'il entend mettre en place, de sorte que les habilitations éventuelles qu'il entend conférer au Gouvernement soient encadrées à suffisance.

En l'état actuel du texte, la proposition ne permet pas de percevoir la forme que devra ou pourra prendre la participation des citoyens ou des pouvoirs locaux. Dès lors, il appartient aux auteurs de la proposition de définir avec davantage de précision, dans le dispositif, le contenu et les modalités des obligations qu'ils tendent à instaurer.

L'habilitation visée à l'alinéa 3 sera par conséquent également revue.

3.1. Enfin, telle qu'elle semble envisagée, l'obligation d'un appel préalable à manifestations d'intérêt et d'émission d'offres de participation, qui s'imposerait à tout promoteur d'énergie éolienne, emporterait, par voie de conséquence, l'obligation de ne pouvoir mener un projet éolien qu'en association avec deux catégories d'acteurs que sont des citoyens et des pouvoirs locaux, et ce à concurrence de 24,99% pour chacun de ces deux groupes d'acteurs. Tout promoteur se verrait alors imposer, dans tout projet d'énergie éolienne, une participation extérieure, citoyenne et locale, de 49,98%.

3.2. Tout d'abord, à propos de l'organisation d'un subventionnement accru de projets d'énergie éolienne et solaire faisant appel à une participation citoyenne, la section de législation a observé qu'une telle mesure pouvait poser problème au regard de la liberté de circulation des capitaux et de la liberté d'établissement :

Traduction libre

« 4.2.3. Enfin, le dispositif parait également se heurter à la libre circulation des capitaux (article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)) et, corrélativement, à la liberté d'établissement (article 49 du TFUE). En effet, une inégalité de traitement est instaurée en fonction de l'origine des moyens investis.

Bien qu'il ne soit pas exclu que des entreprises étrangères mettent sur pied, elles aussi, un système de participation citoyenne ou que des citoyens étrangers - en tout état de cause des ressortissants de l'Union européenne résidant ici, mais probablement aussi d'autres ressortissants de l'Union européenne – puissent y participer, force est de constater que le dispositif comporte, à tout le moins indirectement, une inégalité de traitement. En effet, en augmentant l'aide, on encourage les entreprises nationales et étrangères à aller chercher une partie au moins du capital destiné à leur projet solaire ou éolien dans des mécanismes de participation citoyenne, ce qui revient en pratique à privilégier les moyens d'investissement locaux par rapport aux ressources externes, même si ces ressources externes sont financièrement aussi intéressantes, voire plus intéressantes, sans le soutien accru à la participation citoyenne. Ce procédé implique une limitation de la libre circulation des capitaux.

En outre, la définition des termes « participation citoyenne » précise que la participation doit « par exemple » se concrétiser par l'offre d'actions par l'intermédiaire d'une société coopérative ou par la mise en place d'un emprunt obligataire. Il pourrait s'en déduire que la détention d'actions ordinaires dans une société, qu'elle soit cotée en bourse ou non, ne suffirait pas, même s'il n'y a aucune raison de penser que cette forme de mise à disposition de capital est substantielle-

ment différente sur le plan économique, ce qui pourrait dissuader les investisseurs étrangers qui ne disposent pas d'une structure d'actionnariat coopératif. L'argument selon lequel ils peuvent toujours émettre un emprunt obligataire n'écarte pas cette objection, dès lors que les investisseurs étrangers seront toujours obligés d'adapter leur stratégie de capital en vue d'investir dans des projets flamands d'énergie verte.

Dans la mesure où les investisseurs étrangers peuvent plus difficilement mettre sur pied de tels mécanismes de participation citoyenne, qui présentent de surcroit une forme d'ancrage local, ils sont discriminés dès lors que pour leur installation identique sur le plan technologique, ils recevront une aide moindre sans cette participation citoyenne, ce qui implique également une limitation de la liberté d'établissement.

Il convient dès lors de démontrer que les limitations qui viennent d'être évoquées sont nécessaires et proportionnées au regard d'une raison impérieuse d'intérêt général » [(33)].

La même observation vaut *mutatis mutandis* en ce qui concerne la disposition à l'examen.

3.3. Ensuite, la compatibilité de l'obligation de « participation » envisagée avec l'article 27 de la Constitution, lequel garantit la liberté de s'associer, comme la liberté de ne pas s'associer, n'est pas établie.

Comme la Cour constitutionnelle l'a jugé :

« B.8. Lorsque la liberté d'association est utilisée pour assurer l'exercice d'une autre liberté, elle acquiert une dimension particulière qui requiert l'attention spéciale du juge constitutionnel.

[...]

B.10. L'article 27 de la Constitution, qui reconnaît le droit de s'associer, comme celui de ne pas s'associer, et qui interdit de soumettre ce droit à des mesures préventives, n'empêche pas davantage le législateur de prévoir des modalités de fonctionnement et de contrôle lorsque l'association est subventionnée par les pouvoirs publics.

B.11. Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une disposition constitutionnelle qui est invoquée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans la disposition constitutionnelle en cause.

Afin de déterminer la portée de la liberté d'association, garantie par l'article 27 de la Constitution, il convient dès lors d'avoir également égard à, entre autres, l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aux termes de cette disposition, l'exercice de la liberté d'association « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » » [(34)].

La Cour a également jugé :

« La liberté d'association prévue par les dispositions précitées a pour objet de garantir la création d'associations privées et la participation à leurs activités. Elle implique le droit de s'associer et celui de déterminer librement l'organisation interne de l'association, mais également le droit de ne pas s'associer » [(35)].

En l'espèce, l'obligation envisagée par la proposition emporte une restriction à la liberté d'association qui, pour les motifs évoqués au point 2, ne répond pas au principe de légalité et de prévisibilité découlant de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ensuite, à supposer que la mesure en projet puisse être justifiée par un but légitime lié à la protection du droit à un environnement sain, le commentaire de l'article 5 ne permet pas d'établir en quoi une participation des communes et des citoyens à concurrence de 49,98% de tout projet éolien constitue une mesure proportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Les notions d'« acceptabilité sociale » ou de « loyauté » évoquées dans le commentaire de l'article ne permettent pas davantage d'établir la proportionnalité de la restriction ainsi envisagée à la liberté d'association.

3.4. Enfin, l'obligation envisagée d'un appel préalable à manifestation d'intérêt et d'émission d'offres de participation à concurrence de 49,98% emporterait également une restriction à la liberté d'entreprise.

Ainsi que le rappelle de manière constante la Cour constitutionnelle, « la liberté de commerce et d'industrie ne peut être conçue comme une liberté absolue. Elle ne fait pas obstacle à ce que le législateur compétent règle l'activité économique des personnes et des entreprises. Celui-ci n'interviendrait de manière déraisonnable que s'il limitait la liberté de commerce et d'industrie sans aucune nécessité ou si cette limitation était disproportionnée au but poursuivi » [(36)].

Pour les motifs évoqués en ce qui concerne la restriction à la liberté d'association, les auteurs de la proposition restent en défaut de justifier la restriction apportée à la liberté de commerce et d'industrie, de même qu'ils n'établissent pas la proportionnalité de la mesure, notamment quant à l'émission d'offres de participation à concurrence de 49,98%.

4. La proposition sera fondamentalement revue à la lumière de ces observations.

**Article 6**

1. L'article 86*bis*, §1er, alinéa 1er, proposé du décret du 11 mars 1999 habilite le Gouvernement à définir les « critères de sélection » devant être appliqués par les fonctionnaires techniques et délégués.

33. Avis 62.378/3 donné le 28 novembre 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 15 décembre 2017 « houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen ».

34. C.C., 1er mars 2005, n° 48/2005. Voir aussi C.C., 21 avril 2016, n° 53/2016, B.9.2 ; C.C., 21 décembre 2017, n° 151/2017, B.10.2 ; C.C., 22 mars 2018, n° 37/2018, B.14.2.

35. C.C., 21 octobre 2021, n° 146/2021, B.6.

36. C.C., 20 juillet 2023, n° 114/2023, B.29.2. Voir aussi C.C., 24 septembre 2020, n° 116/2020, B.4.4.

En l'état actuel du texte, la proposition de décret est en défaut de fixer ces critères de sélection. Il ressort toutefois du commentaire de l'article que les critères envisagés « ont trait, à titre principal, à la capacité de chaque projet à optimiser le productible éolien et, en cas de productibles comparables, aux degrés respectifs de participation communale et citoyenne des projets dans leur phase d'exploitation, telle que projetée ».

En vertu du principe de légalité inscrit à l'article 23, alinéa 2, 4°, de la Constitution en matière de droit à la protection d'un environnement sain, c'est au législateur lui-même qu'il appartient de fixer, dans le dispositif, le cadre relatif aux critères de sélection et à leurs modalités de mise en oeuvre.

La disposition à l'examen sera revue et complétée en conséquence.

2. Le paragraphe 3, 2°, proposé prévoit la levée de la suspension du délai dans le cas suivant :

« au dépôt d'une demande de permis relative à un projet incompatible ».

L'attention des auteurs de la proposition est attirée sur le fait que, dans l'hypothèse où il existe deux projets incompatibles ayant mené à la suspension visée au paragraphe 1er, hypothèse que le dispositif à l'examen ne semble pas prendre en compte (37), le dépôt d'une seule demande de permis suffit à lever cette suspension.

La disposition sera revue pour régler plus explicitement cette hypothèse.

**Article 7**

La formulation de l'article 92, §2*bis*, alinéa 5, proposé n'est pas cohérente avec ce qu'énonce l'alinéa 4.

La disposition sera revue afin de veiller à la correcte articulation de ces alinéas.

| | |
|---|---|
| Le Greffier, | Le Président, |
| A.-C. Van Geersdaele | B. Blero |

37. Voir toutefois à ce propos les considérations exprimées *in fine* du commentaire de l'article.