



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.292/4
du 15 décembre 2020

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon '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'

Le 13 novembre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Environnement, de la Nature, de la Forêt, de la Ruralité et du Bien-être animal de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon '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'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 15 décembre 2020. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 décembre 2020.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, 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, le projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. 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' impose aux États membres l'obligation de soumettre à une évaluation environnementale comprenant les divers éléments qu'elle fixe certains plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Selon l'article 2, a), de la directive, la notion de « plans et programmes » se définit ainsi :

« les plans et programmes, y compris ceux qui sont cofinancés par la Communauté européenne, ainsi que leurs modifications :

- 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, et
- exigés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ».

L'article 3, paragraphes 2 à 5, de la directive détermine dans les termes suivants le champ d'application de l'obligation d'effectuer une évaluation environnementale :

« 2. Sous réserve du paragraphe 3, une évaluation environnementale est effectuée pour tous les plans et programmes :

a) qui sont élaborés pour les secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de la pêche, de l'énergie, de l'industrie, des transports, de la gestion des déchets, de la gestion de l'eau, des télécommunications, du tourisme, de l'aménagement du territoire urbain et rural ou de l'affectation des sols et qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 85/337/CEE¹ pourra être autorisée à l'avenir ; ou

b) pour lesquels, étant donné les incidences qu'ils sont susceptibles d'avoir sur des sites, une évaluation est requise en vertu des articles 6 et 7 de la directive 92/43/CEE.

¹ Lire, actuellement : la directive 2011/92/UE.

3. Les plans et programmes visés au paragraphe 2 qui déterminent l'utilisation de petites zones au niveau local et des modifications mineures des plans et programmes visés au paragraphe 2 ne sont obligatoirement soumis à une évaluation environnementale que lorsque les États membres établissent qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

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

5. Les États membres déterminent si les plans ou programmes visés aux paragraphes 3 et 4 sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, soit en procédant à un examen au cas par cas, soit en déterminant des types de plans et programmes ou en combinant ces deux approches. À cette fin, les États membres tiennent compte, en tout état de cause, des critères pertinents fixés à l'annexe II, afin de faire en sorte que les plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement soient couverts par la présente directive ».

2. Le 13 février 2014, le Gouvernement wallon a adopté un arrêté 'portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW, modifiant l'arrêté du gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et modifiant l'arrêté du gouvernement wallon du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées'².

Un recours en annulation a été introduit auprès de la section du contentieux administratif contre cet arrêté.

À cette occasion, par son arrêt n° 231.425 du 2 juin 2015, la section du contentieux administratif a posé la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l'Union européenne :

« Les articles 2.a) et 3, § 2, a) de la directive 2001/42/CE relatifs à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement impliquent-ils que doit être qualifié de 'plan ou programme' au sens de ces dispositions un arrêté réglementaire qui porte diverses dispositions relatives à l'installation d'éoliennes, en ce compris des mesures de sécurité, de contrôle, de remise en état et de sûreté, ainsi que des normes de bruit définies au regard des zones planologiques, dispositions qui encadrent la délivrance d'autorisations administratives ouvrant le droit au maître d'ouvrage d'implanter et d'exploiter des installations soumises de plein droit à l'évaluation des incidences sur l'environnement en vertu du droit interne ? ».

² *Moniteur belge*, 7 mars 2014, p. 20263.

Dans son arrêt du 27 octobre 2016, répondant à cette question préjudicielle ³, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que

« 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 œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ».

Elle a aussi relevé qu'

« il ressort du libellé même de l'article 2, sous a), premier tiret, de cette directive [...] que la notion de 'plans et programmes' peut recouvrir des actes normatifs adoptés par la voie législative ou réglementaire ».

À la suite de cet arrêt, la section du contentieux administratif, a, dans son arrêt n° 239.886 du 16 novembre 2017, rappelé le cadre juridique et factuel dans lequel a été adopté l'arrêté du 13 février 2014, en ces termes :

« Le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement encadre l'installation et l'exploitation d'installations et activités classées dont font partie les parcs éoliens.

Un arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002, pris en application du décret du 11 mars 1999 précité, fixe les conditions générales d'exploitation desdits établissements. Dès son adoption, il est apparu que les conditions générales en matière de bruit n'étaient pas adaptées à l'exploitation des parcs éoliens. Le Gouvernement wallon a alors adopté en 2002 un cadre de référence pour l'implantation d'éoliennes en Wallonie, contenant des valeurs limites de bruit inspirées des normes hollandaises. Ce sont ces valeurs limites qui ont été appliquées par les concepteurs des parcs éoliens jusqu'à ce que le Conseil d'État sanctionne le procédé par un arrêt rendu le 21 février 2013 (C.E., n° 222.595, 21 février 2013, DUMONT et consorts) et par des arrêts subséquents.

Le 21 février 2013, le Gouvernement wallon a ensuite adopté un nouveau cadre de référence. Le même jour, le Gouvernement adoptait provisoirement la carte positive de référence traduisant le cadre actualisé, associée à un productible minimal par lot permettant de développer le grand éolien à concurrence d'un objectif de 4.500 GWh à l'horizon 2020. En même temps, il soumettait ladite carte et son dossier méthodologique à une évaluation des incidences sur l'environnement. Le Gouvernement souhaitait en effet faire adopter par le Parlement un décret relatif à l'implantation d'éoliennes en Wallonie (Doc. Par. wall. 2013-2014, n° 1040/1). Selon le projet de décret, la carte des lots devait être le premier plan d'implantation.

Le rapport sur les incidences environnementales 'de la carte positive de référence traduisant le cadre de référence actualisé relatif au grand éolien en Région wallonne' a été déposé en juin 2013. À la suite de ce rapport, préconisant notamment une distance entre les habitations et les éoliennes d'au moins quatre fois leur hauteur, le Gouvernement wallon a, le 11 juillet 2013, modifié en ce sens le cadre de référence adopté le 21 février 2013 et a revu en conséquence à la baisse les objectifs de productible (de 4.500 GWh à 3.800 GWh).

³ C.J., arrêt *d'Oultremont e.a. c. Région wallonne*, 27 octobre 2016, C-290/15, ECLI:EU:C:2016:816.

La carte positive de référence a ensuite été soumise à l'enquête publique du 16 septembre au 30 octobre 2013, ainsi qu'à l'avis du CWEDD et de la CRAT. Y étaient joints le cadre de référence du 21 février 2013, tel qu'il a été modifié le 11 juillet 2013, le dossier méthodologique ayant servi à l'élaboration de ladite carte positive de référence, ainsi que le rapport sur les incidences environnementales.

Le décret relatif à l'implantation d'éoliennes en Wallonie n'ayant pas été adopté, la carte positive de référence, associée à un productible minimal par lot, n'a pas non plus été adoptée.

Dans le même temps, il ressort des notes au Gouvernement déposées au dossier de la partie adverse qu'un projet d'arrêté relatif aux conditions sectorielles applicables aux parcs d'éoliennes était en cours d'élaboration. Il n'a toutefois pas fait l'objet d'une évaluation des incidences sur l'environnement qui lui soit spécialement consacrée et n'a pas été joint aux documents soumis à l'enquête publique dont question ci-dessus.

La question que soulève le deuxième moyen consiste à déterminer si le processus d'évaluation de la carte positive de référence traduisant le cadre de référence actualisé est une évaluation des incidences environnementales des mesures qui ont été reprises dans le projet d'arrêté relatif aux conditions sectorielles, qui soit conforme aux exigences de la directive 2001/42/CE. Une non-conformité éventuelle aurait pour conséquence qu'il devrait être considéré qu'il n'y a pas eu d'évaluation des incidences de l'arrêté attaqué, en sorte que le moyen devrait être considéré comme fondé.

Ainsi, dans ses conclusions dans l'affaire C-290/15 relative à la question préjudicielle posée par le Conseil d'État, précitée, l'avocat général Mme Juliane KOKOTT précise ce qui suit :

‘Le Conseil d'État devra toutefois éventuellement examiner si l'évaluation environnementale et la participation du public dans le cadre des autres initiatives wallonnes de réglementation de l'utilisation de l'énergie éolienne ont également inclus les incidences environnementales de l'arrêté attaqué, comme EDORA l'indique. En effet, la directive ESIE n'exige en principe pas de double évaluation des incidences environnementales, de sorte qu'une évaluation environnementale distincte de l'arrêté aurait probablement été superflue ([Arrêt du 10 septembre 2015, DIMOS KROPIAS ATTIKIS (C-473/14, EU : C : 2015 : 582, point 58)]. Si, toutefois, il s'avère exact, comme l'affirme M. D'OULTREMONT e.a., que les observations dans le cadre de cette participation du public n'ont pas été prises en considération, ladite participation ne peut remplacer une évaluation environnementale spécifique de l'arrêté attaqué’.

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 septembre 2015 (affaire C-473/14) s'exprime dans le même sens :

‘58. Enfin, à supposer même que les plans et les programmes que modifie le décret litigieux aient déjà fait l'objet d'une évaluation des incidences sur l'environnement au titre de la directive 85/337 ou d'une 'autre disposition législative communautaire' au sens de l'article 11, paragraphe 1, de la directive 2001/42, ce que le dossier soumis à la Cour ne permet pas d'établir, il incombe en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier si une telle évaluation peut être considérée comme étant l'expression d'une procédure coordonnée ou commune au sens de l'article 11, paragraphe 2, de cette directive et si celle-ci couvre déjà toutes les exigences de la directive 2001/42, auquel cas il n'existerait plus d'obligation d'effectuer une nouvelle évaluation au sens de cette directive (arrêt VALCIUKIENE e.a., C-295/10, EU : C : 2011 : 608, point 62)’ ».

Après avoir constaté que, s'agissant de l'arrêté du 13 février 2014, « [l]es dispositions du livre I^{er} du Code de l'environnement [qui ont pour objet de transposer la directive 2001/42/] ne sont pas applicables en l'espèce, l'acte attaqué n'étant pas inclus dans leur champ d'application », l'arrêt n° 239.886 du 16 novembre 2017 examine si le processus d'évaluation de la carte positive de référence traduisant le cadre de référence actualisé est une évaluation des incidences environnementales des mesures qui ont été reprises dans le projet d'arrêté relatif aux conditions sectorielles, qui soit conforme aux exigences de la directive 2001/42/CE.

L'arrêt conclut par la négative et déclare fondé le deuxième moyen soulevé à l'appui du recours, lequel était pris

« de la violation des articles 7bis, 10, 11 et 23 de la Constitution, des articles 2, 3, 5, 6, 8 et 9 de la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, de l'article 7 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, faite à Aarhus, le 25 juin 1998, de la violation du décret du 13 juin 2002 portant assentiment à la Convention précitée, de l'erreur dans les motifs et de l'excès de pouvoir ».

L'arrêt n° 239.886 annule dès lors l'arrêté du 13 février 2014 et précise que les effets de l'arrêté annulé sont maintenus définitivement pour un délai de trois ans prenant cours le 24 novembre 2017.

3. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé sa jurisprudence dans deux arrêts du 7 juin 2018⁴. Ces arrêts précisent que « la notion d'ensemble significatif de critères et de modalités' doit être entendue de manière qualitative et non pas quantitative ». Ils relèvent à cet égard qu'

« [e]n effet, il y a lieu d'éviter de possibles stratégies de contournement des obligations énoncées par la directive [...] pouvant se matérialiser par une fragmentation des mesures, réduisant ainsi l'effet utile de cette directive ».

Par ailleurs, sur la question plus précise de savoir si la directive 2001/42/CE s'applique uniquement aux « plans et programmes » dont l'adoption revêt un caractère obligatoire, ou si, comme, c'est le cas des conditions sectorielles ici envisagées, il suffit que le droit national encadre l'adoption du plan ou du programme concerné, la Cour de justice s'est prononcée comme suit :

« La Cour a interprété cette disposition en ce sens que doivent être regardés comme étant 'exigés' au sens et pour l'application de la directive ESIE et, dès lors, soumis à l'évaluation de leurs incidences sur l'environnement dans les conditions qu'elle fixe les plans et les programmes dont l'adoption est encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires nationales, lesquelles déterminent les autorités compétentes pour les adopter ainsi que leur procédure d'élaboration (arrêt du

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.

22 mars 2012, Inter-Environnement Bruxelles e.a., C-567/10, EU:C:2012:159, point 31).

En effet, exclure du champ d'application de la directive ESIE les plans et les programmes, dont l'adoption ne revêt pas un caractère obligatoire, porterait atteinte à l'effet utile de ladite directive, eu égard à sa finalité, qui consiste à garantir un niveau élevé de protection de l'environnement (voir, en ce sens, arrêt du 22 mars 2012, Inter-Environnement Bruxelles e.a., C-567/10, EU:C:2012:159, points 28 ainsi que 30) »⁵.

4. En l'espèce, il n'est pas contestable que le projet d'arrêté contient un ensemble significatif de dispositions tendant à fixer les conditions d'exploitation d'installations et d'activités qui, au moins pour certaines d'entre elles, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Il relève donc 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, tout comme l'arrêté auquel il entend succéder, étant l'arrêté du 13 février 2014, annulé par l'arrêt n° 239.886 de la section du contentieux administratif du 16 novembre 2017, à la suite de l'arrêt de la Cour de justice du 27 octobre 2016.

Partant, le projet doit se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE.

5. Il ressort du dossier transmis à la section de législation que l'auteur du projet a entendu réaliser une évaluation des incidences préalablement à l'adoption de l'arrêté en projet, en suivant la procédure prévue et organisée par les articles D.52 à D.61 du livre I^{er} du Code de l'environnement, lesquels ont pour objet d'assurer la transposition de la directive 2001/42/CE.

Au vu de la très grande abondance des dossiers actuellement soumis à l'avis de la section de législation, et du délai de trente jours imparti à la section de législation pour donner son avis, il n'a pas été possible de procéder à l'examen du volumineux dossier transmis par le demandeur d'avis et comportant les pièces relatives à la procédure d'évaluation des incidences réalisée en l'espèce, aux fins de vérifier que celle-ci a été réalisée en conformité avec les dispositions précitées du livre I^{er} du Code de l'environnement.

6. En tout état de cause, et indépendamment de la question de savoir si la procédure suivie par l'auteur du projet est effectivement conforme aux articles D.52 à D.61 du livre I^{er} du Code de l'environnement et répond au prescrit de la directive 2001/42/CE, il y a lieu de constater qu'en l'état, et comme l'a confirmé la déléguée, 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 l'arrêté en projet.

⁵ Voir l'arrêt C-671/16, considérants 37 et 38, ainsi que l'arrêt C-160/17, considérant 43.

En effet, selon l'article D.53, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du livre I^{er} du Code de l'environnement,

« Une évaluation des incidences des plans et programmes sur l'environnement est effectuée, conformément aux articles 52 à 61, pour les plans et programmes ainsi que leurs modifications dont la liste I est établie par le Gouvernement, qui :

1° sont élaborés pour les secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de la pêche, de l'énergie, de l'industrie, des transports, de la gestion des déchets, de la gestion de l'eau, des sols, des télécommunications, du tourisme et définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets repris dans la liste établie en vertu de l'article 66, § 2, pourra être autorisée à l'avenir ;

2° sont soumis à une évaluation en vertu de l'article 29 de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature ».

Par ailleurs, l'article D.53, § 2, alinéa 1^{er}, du même livre, dispose :

« Les plans et programmes, autres que ceux visés au paragraphe 1^{er}, qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée à l'avenir, sont soumis à évaluation des incidences sur l'environnement quand ils sont susceptibles d'avoir des incidences non négligeables sur l'environnement. Le Gouvernement établit la liste II de ces plans et programmes en appliquant les critères permettant de déterminer l'ampleur probable des incidences, visés à l'article 54, et consulte le pôle 'Environnement', les communes concernées et les personnes et instances qu'il juge utile de consulter. Les avis sont transmis dans les trente jours de la demande du Gouvernement. Passé ce délai, les avis sont réputés favorables ».

En l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, la liste I dont il est question à l'article D.53, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, telle qu'adoptée et complétée par le Gouvernement, ne reprend pas les conditions sectorielles telles que celles envisagées par l'arrêté en projet. Par ailleurs, le Gouvernement n'a pas, à ce jour, adopté la liste II mentionnée à l'article D.53, § 2, alinéa 1^{er}.

Certes, l'article D.53, § 3, du livre I^{er} du Code de l'environnement prévoit :

« Le Gouvernement peut soumettre à évaluation des incidences sur l'environnement en vertu du présent chapitre les plans ou programmes susceptibles d'avoir des incidences non négligeables sur l'environnement et qui ne sont pas prévus par des dispositions décrétales, réglementaires ou administratives ».

Toutefois, cette disposition n'est pas applicable en l'espèce dès lors qu'elle ne vise que les plans ou programmes « qui ne sont pas prévus par des dispositions décrétales, réglementaires ou administratives », ce qui n'est pas le cas de l'arrêté en projet, l'adoption de conditions sectorielles étant prévue par l'article 4 du décret du 11 mars 1999 'relatif au permis d'environnement'.

Il s'ensuit que, indépendamment donc de la question de savoir si l'évaluation des incidences réalisées en l'espèce est conforme aux articles D.52 à D.61 du livre I^{er} du Code de l'environnement et répond au prescrit de la directive 2001/42/CE, cette évaluation est dépourvue de fondement juridique en droit interne ⁶.

Il conviendrait donc, avant toutes choses, d'adopter des dispositions aux fins de soumettre les arrêtés ayant pour objet l'adoption de conditions sectorielles telles que celles ici envisagées, à la procédure organisée par les articles D.52 à D.61 du livre I^{er} du Code de l'environnement ⁷.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES ⁸

1. En tant que le projet d'arrêté tend à déterminer des conditions sectorielles au sens du décret du 11 mars 1999, il convient d'appliquer la règle, énoncée par l'article 8 de ce décret, suivant laquelle les conditions sectorielles doivent être « fondées sur les meilleures techniques disponibles ».

Il appartient au Gouvernement d'être en mesure d'établir qu'il a, en l'espèce, respecté cette règle.

2. La méconnaissance des prescriptions fixées par l'arrêté en projet est un fait constitutif d'infraction.

En vertu du principe de la légalité des incriminations, principe résultant de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 11, alinéa 1^{er}, de la loi

⁶ Voir, *mutatis mutandis*, l'avis n° 41.694/4 donné le 18 décembre 2006 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 février 2007 'modifiant le Livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau en ce qui concerne la gestion durable de l'azote en agriculture', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/41694.pdf>.

⁷ Pour une observation analogue, voir, en particulier, l'avis n° 63.872/4 donné le 24 septembre 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 décembre 2018 'déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de distribution de carburants destinées à l'alimentation en carburant alternatif gazeux de réservoir de véhicules à moteur, lorsqu'il s'agit de gaz naturel liquéfié et modifiant divers arrêtés du Gouvernement wallon relatifs au permis d'environnement', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63872.pdf> ; voir également l'avis n° 60.146/4 donné le 30 novembre 2016 sur le projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 décembre 2016 'formant la partie réglementaire du Code du développement territorial', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60146.pdf>, ainsi que l'avis n° 63.928/2/V donné le 6 août 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 décembre 2018 'remplaçant l'annexe 1re du décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63928.pdf>.

⁸ Pour des observations pour la plupart similaires, voir l'avis n° 54.717/4 donné le 6 janvier 2014 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 février 2014 'portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW, modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/54717.pdf>.

spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', les faits érigés en infraction doivent être définis en des termes suffisamment clairs, précis et prévisibles pour permettre aux justiciables de savoir à l'avance quels actes ou omissions engagent leur responsabilité pénale.

Tel n'est en tout cas pas le cas des dispositions suivantes :

- l'article 29, § 1^{er}, alinéa 2, relatif au contrôle des niveaux sonores, qui prévoit que :

« Le délai de réalisation de l'étude de suivi est étendu à dix-huit mois, dans le cas où des mesures de bridage visant notamment à protéger la biodiversité sont mises en place sur le parc » ;

– l'article 31, alinéa 1^{er}, qui dispose :

« Si le parc d'éoliennes doit faire l'objet de bridages acoustiques, l'exploitant envoie annuellement un rapport de suivi au fonctionnaire chargé de la surveillance ».

Ces dispositions doivent être complétées afin de préciser ce que l'on entend par la notion de « bridages acoustiques »⁹, et selon quelles modalités ces mesures sont prises et mises en œuvre, et ce aux fins de satisfaire aux exigences des dispositions internationales et internes précitées.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. L'arrêté en projet trouve son fondement dans les articles 3, 4, 5, 7 à 9, et 55, § 1^{er}, du décret du 11 mars 1999. Ce sont ces dispositions qui doivent être énumérées à l'alinéa 1^{er}, accompagnées de la mention de leurs modifications encore en vigueur.

L'alinéa 1^{er} sera revu en conséquence.

2. Concernant l'alinéa 3, le dossier transmis à la section de législation ne contient pas de rapport daté du 5 novembre 2020 établi conformément à l'article 3, 2°, du décret du 11 avril 2014 'visant à la mise en œuvre des résolutions de la Conférence des Nations unies sur les femmes à Pékin de septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques régionales'.

Il contient en revanche un rapport ayant un tel objet, daté du 19 février 2018.

L'auteur du projet s'assurera de la date exacte du rapport le plus récent, s'il en existe plusieurs, établi conformément au décret du 11 avril 2014.

⁹ La question se pose de savoir si les « bridages acoustiques » ne sont pas les mesures envisagées à l'article 37 du projet. Si tel est le cas, il convient de le préciser.

3. Le préambule ne comporte pas de justification spécifique relative à l'article 38 du projet et aux modifications que celui-ci entend apporter à l'annexe I^{ère}, de 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'.

Or, conformément à l'article 3, alinéa 4, seconde phrase, du décret du 11 mars 1999, il appartient au Gouvernement de motiver cette modification.

Le Gouvernement veillera à cette motivation et le préambule sera complété en conséquence.

DISPOSITIF

Article 2

La notion d'« hauteur totale de l'éolienne », définie à l'article 2, 2°, du projet, n'est pas employée dans le reste du dispositif de celui-ci. Cette définition est inutile et sera omise.

Article 3

La disposition à l'examen rend obligatoire « la norme de la Commission électronique internationale CEI 61400 relative aux aérogénérateurs et ses normes dérivées ».

Il est ainsi fait référence à des normes qui n'ont pas été publiées conformément à l'article 190 de la Constitution et à l'article 84 de la loi spéciale du 8 août 1980 et qui ne sont dès lors pas contraignantes pour tous. Si la référence à ces normes est maintenue, le Gouvernement devra veiller à ce qu'elles soient accessibles et identifiables ¹⁰.

Article 15

1. L'article 15 est rédigé comme suit :

« Chaque éolienne est équipée :

1° d'un système de sécurité positive mettant l'éolienne à l'arrêt en cas de défaillance du système de contrôle local ;

2° d'un système de détection qui permet d'alerter à tout moment l'exploitant ou un opérateur qu'il aura désigné, en cas d'incendie ou d'entrée en survitesse de l'éolienne ;

3° d'un système de protection contre la foudre et de détection de glace.

¹⁰ Dans le même sens, voir l'avis n° 54.717/4.

Ces systèmes sont testés à la mise en service et au moins une fois par an par le responsable d'exploitation ou son mandataire, sous la supervision d'un service externe pour les contrôles techniques sur le lieu de travail, ci-après dénommé 'SECT'.

Un rapport de vérification est établi par le responsable d'exploitation ou son mandataire et est validé par le SECT.

[...] ».

2. Le texte en projet, tel qu'il est rédigé soumet l'exploitant, dans son contrôle, à la « supervision » d'un SECT, notion qui suppose une subordination de l'exploitant au SECT, lequel se voit confier la mission de valider ou non le rapport établi par l'exploitant.

Or, comme le confirme l'article 58, § 1^{er}, du décret du 11 mars 1999, c'est à la personne qui a la qualité d'exploitant d'un établissement que sont destinées à s'appliquer les conditions sectorielles portant sur les installations ou les activités qui forment cet établissement. En conséquence, le respect de telles conditions ne peut être imposé qu'aux exploitants d'établissements classés qui, s'ils ne les respectent pas, commettent une infraction¹¹.

La disposition à l'examen sera revue de façon à ce que la responsabilité du respect des conditions incombe directement aux exploitants et non aux SECT.

Article 37

1. Les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 37 sont rédigés comme suit :

« § 1^{er}. Lorsque des espèces de chauve-souris ont été recensées lors de l'évaluation des incidences sur l'environnement, le fonctionnement de toute éolienne sera paramétré, en fonction de l'espèce recensée, de façon à permettre, entre le 1^{er} avril et le 31 octobre, l'arrêt du rotor lorsque les conditions météorologiques, en termes de vent, de température, de pluviométrie, de lever et de coucher du soleil, sont optimales pour le vol, à hauteur de pales, des chauves-souris.

Les conditions météorologiques optimales pour le vol visent à englober un minimum de nonante pour cent de l'activité chiroptérologique, en fonction de l'espèce recensée, pendant la période du 1^{er} avril au 31 octobre. Elles sont modélisées sur base des contacts ultrasonores enregistrés pour chaque espèce de chauve-souris.

Les conditions particulières d'exploitation fixent le paramétrage de l'éolienne à respecter et définissent les conditions d'enclenchement du module d'arrêt.

§ 2. Lorsque des incidences notables sur des espèces d'oiseaux indigènes ont été mises en évidence dans le cadre de l'évaluation des incidences, le permis doit être assorti de conditions particulières d'exploitation ».

¹¹ Voir, notamment l'avis n° 54.717/4.

Ces dispositions appellent les observations suivantes :

1° La notion d'« évaluation des incidences » apparaît vague. La section de législation suppose que sont ainsi visées, selon le cas, la notice d'évaluation des incidences sur l'environnement, pour les installations de la rubrique 40.10.01.04.02 en projet (installations de classe 2), et l'étude d'évaluation des incidences sur l'environnement, pour les installations de la rubrique 40.10.01.04.03 en projet (installations de classe 1)¹². Toutefois, aux fins d'éviter toute confusion sur ce point, et sous réserve des observations qui suivent, le texte en projet devrait de viser expressément ces deux hypothèses.

2° Plus fondamentalement, le texte en projet met en place un système dans lequel des conditions particulières d'exploitation, dont la méconnaissance est sanctionnée pénalement¹³ seront imposées ou pas à l'exploitant du parc d'éoliennes, selon ce qui figure ou pas dans la notice ou l'étude d'évaluation d'incidences. Or, d'une part, c'est au Gouvernement qu'il appartient de déterminer les conditions générales et sectorielles d'exploitation, et à l'autorité délivrante, de déterminer les conditions particulières éventuelles d'exploitation. De telles conditions ne peuvent donc dépendre uniquement et de plein droit de constats qui figurent ou pas dans un document établi par l'exploitant lui-même¹⁴ ou par un tiers à l'autorité, choisi par l'exploitant, fut-il agréé par le Gouvernement¹⁵. Par ailleurs, s'agissant spécialement du paragraphe 2, l'arrêté en projet gagnerait à être complété en précisant le ou les objet(s) des conditions particulières.

La disposition à l'examen sera revue à la lumière de ces observations.

2. Le paragraphe 3 de la disposition à l'examen est rédigé comme suit :

« Un rapport de contrôle reprenant les données relatives aux paramètres déclenchant l'arrêt de l'éolienne et précisant les périodes d'arrêt de celle-ci sera remis annuellement au Département de la Nature et des Forêts du Service Public de Wallonie, Agriculture, Ressources Naturelles et Environnement ».

Aux fins de garantir la sécurité juridique et l'égalité de traitement entre les titulaires de permis, il se recommande de préciser à quel moment aura lieu la transmission du premier rapport de contrôle, par exemple, au terme des douze mois suivants la mise en œuvre du permis ou au terme de l'année civile au cours de laquelle le permis aura été mis en œuvre¹⁶.

¹² Voir l'article 38 du projet.

¹³ Voir l'observation générale 2.

¹⁴ Voir les articles 4 et 6 du décret du 11 mars 1999.

¹⁵ S'agissant de l'étude d'évaluation des incidences, voir les articles D. 67 et D. 70, ainsi que les articles R. 58 et suivants du Livre 1^{er} du Code de l'environnement.

¹⁶ Comparer avec l'article 33 du projet.

Article 38

La rubrique 40.10.01.04. en projet comporte deux définitions différentes de la notion d'éolienne. Il s'agit vraisemblablement d'une erreur matérielle que l'auteur du projet veillera à corriger.

Article 39

1. La section de législation n'aperçoit pas comment vont s'articuler, spécialement en ce qui concerne les délais d'exécution des obligations imposées au exploitants, les paragraphes 3 et 5 de l'article 39, ni au sein du paragraphe 5, comment s'articulent les alinéas 3 et 5. Par ailleurs, la question se pose de savoir quel est l'objet exact de l'étude de suivi acoustique mentionnée au paragraphe 5, et si elle est identique à l'étude dont le régime est réglé à l'article 29 du projet.

La disposition à l'examen sera revue de manière à faire apparaître clairement les obligations des exploitants de parcs éoliens existants en termes d'étude de suivi acoustique et de rapport de campagne de suivi acoustique, spécialement leur objet, et les délais dans lesquels les documents y afférents doivent être transmis à l'administration.

2. Le paragraphe 6 de la disposition à l'examen est rédigé de la manière suivante :

« Par dérogation au paragraphe 1^{er}, la disposition prévue à l'article 37, § 1^{er}, est applicable aux parcs d'éoliennes existants dont les permis ne contiennent, lors de l'entrée en vigueur du présent arrêté, aucune disposition en matière de protection des chauves-souris, dans les deux années qui suivent l'entrée en vigueur du présent arrêté, à l'exception :

1° des parcs d'éoliennes existants pour lesquels l'évaluation préalable des incidences a conclu à l'absence d'impacts concernant les chiroptères ;

2° des parcs d'éoliennes existants pour lesquels une étude de suivi a été imposée et a conclu à l'absence d'impacts concernant les chiroptères ».

Cette disposition est peu claire. La section de législation s'interroge sur la portée exacte des termes utilisés en ce que la disposition prévoit que l'article 37, § 1^{er}, est applicable aux parcs éoliens existants « dans les deux années qui suivent l'entrée en vigueur du présent arrêté ». L'intention de l'auteur est-elle de prévoir que les exploitants de parcs existants disposent d'un délai de deux ans pour se conformer à l'article 37, § 1^{er} ? Auquel cas il convient de mentionner que l'article 37, § 1^{er}, est applicable aux établissements existants « [à compter de] deux ans après l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet »¹⁷, et non pas « dans les deux années qui suivent l'entrée en vigueur [de celui-ci] ». Si telle est l'intention, la question demeure de savoir comment les exploitants pourront appliquer cette nouvelle exigence, dès lors que selon l'article 37, § 1^{er}, alinéa 3, ce sont les conditions particulières d'exploitation – en d'autres termes, l'autorité délivrante – qui « fixent le paramétrage de

¹⁷ Voir les paragraphes 2 et 3 de la disposition à l'examen.

l'éolienne à respecter et définissent les conditions d'enclenchement du module d'arrêt », et non l'exploitant lui-même : or, par hypothèse, la conditions particulières des permis délivrés aux parcs existants ne devaient pas contenir de conditions similaires à celles prévues par l'article 37 du projet ¹⁸.

Par ailleurs, s'agissant de la référence faite aux 1° et 2°, selon le cas, à l'évaluation préalable des incidences, et à l'étude de suivi ¹⁹, la disposition à l'examen appelle, *mutatis mutandis*, des observations similaires à celles formulées sous l'article 37, §§ 1^{er} et 2.

La disposition à l'examen sera revue à la lumière de ces observations.

Article 40

1. L'article 40 est rédigé comme suit :

« À la date d'entrée en vigueur du présent arrêté, et sous réserve de l'application des dispositions transitoires fixées à l'article 39, les conditions particulières des permis relatifs aux établissements existants contraires aux dispositions du présent arrêté sont réputées inexistantes.

Par application de l'alinéa 1^{er}, l'exploitant procède à une analyse des conditions de son permis et vérifie leur adéquation avec les dispositions du présent arrêté. En cas de discordance, il informe spontanément le fonctionnaire technique ainsi que le fonctionnaire chargé de la surveillance des conditions de son permis jugées contraires ».

2. À l'alinéa 1^{er}, la section de législation s'interroge sur les motifs pour lesquels il est envisagé de « réputer inexistantes » les conditions particulières contraires à l'arrêté en projet. En effet, il serait plus simple et mieux garant de la sécurité juridique de les abroger. Par ailleurs, prévoir que ces conditions sont « réputées inexistantes » revient à les considérer comme n'ayant jamais existé, dès leur origine, ce qui est dépourvu de sens : il suffit de les abroger, pour l'avenir donc, celles-ci demeurant applicables pour la période précédant l'entrée en vigueur de l'arrêté en projet.

3. Par ailleurs, la section de législation s'interroge sur l'alinéa 2, spécialement sur l'effet de l'information « spontanée » communiquée, ou pas, par l'exploitant, notamment dans le cas où l'exploitant ne communiquerait pas, à tort mais en toute bonne foi, des conditions « en inadéquation » avec l'arrêté en projet, ou dans l'hypothèse où il communiquerait des

¹⁸ Ainsi, l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 février 2014 'portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW, modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées', annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 239.886 du 16 novembre 2017, ne comportait aucune disposition similaire à l'article 37 du projet.

¹⁹ La section de législation se demande, en outre, de quelle « étude de suivi » il s'agit.

conditions qu'il estime ne pas être « en adéquation » avec l'arrêté en projet, alors que tel n'est pas le cas.

Sur ce point, il convient de relever que c'est à l'autorité publique, chargée des missions de surveillance et de police en matière de permis d'environnement qu'il appartient de déterminer *in fine*, sous le contrôle éventuel du juge, quelles sont les conditions particulières qui seraient contraires²⁰ à l'arrêté en projet ; dès lors que le texte en projet entend réputer « inexistantes » ou abroger les conditions particulières contraires à l'arrêté en projet, les informations communiquées par l'exploitant ne peuvent être déterminantes ni dans un sens, ni dans l'autre.

Plus fondamentalement, l'obligation imposée à l'exploitant par l'alinéa 2, dépasse la notion de « conditions sectorielles », au sens de l'article 4 du décret du 11 mars 1999 : l'obligation qui consiste, pour l'exploitant, à procéder à une analyse des conditions de son permis et à vérifier leur adéquation avec les dispositions du présent arrêté, et enfin, à en informer l'administration, va au-delà du cadre de l'exploitation même de l'établissement, exploitation qui est l'objet même des conditions générales, sectorielles et particulières, comme en témoignent les exemples donnés à l'article 4 du décret du 11 mars 1999.

L'alinéa 2 est donc dépourvu de fondement juridique. Il sera omis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

²⁰ Ce terme sera préféré à la notion de conditions « en adéquation » avec l'arrêté en projet.