



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 71.230/4
du 19 avril 2022

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon '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, en ce qui concerne les installations de cogénération par gazéification de biomasse'

Le 21 mars 2022, 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 '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, en ce qui concerne les installations de cogénération par gazéification de biomasse'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 19 avril 2022. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 19 avril 2022.

*

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.

1.1. 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.

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.

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

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 ».

1.2. 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 ? » ³.

Dans son arrêt du 27 octobre 2016, répondant à cette question préjudicielle ⁴, 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

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

³ C.E. (13^e ch.), 2 juin 2015, n° 231.425, D'Oultremont et csrts., <http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/231000/400/231425.pdf>.

⁴ C.J., arrêt d'Oultremont e.a. c. Région wallonne, 27 octobre 2016, C-290/15, ECLI:EU:C:2016:816.

d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement » ⁵.

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 » ⁶.

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. parl.*, 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).

⁵ Point 49.

⁶ Point 52.

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)' » ⁷.

Après avoir constaté que, s'agissant de l'arrêté du 13 février 2014,

« Les 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 » ⁸,

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 » ⁹.

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.

1.3. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé sa jurisprudence dans deux arrêts du 7 juin 2018. 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 ESIE pouvant se matérialiser par une fragmentation des mesures, réduisant ainsi l'effet utile de cette directive » ¹⁰.

⁷ C.E. (13^e ch.), 16 novembre 2017, n° 239.886, D'Oultremont et csrts, pp.14-15.

⁸ *Ibidem*, p.119.

⁹ *Ibidem*, p.3.

¹⁰ 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, point 55 et C.J., arrêt *Thybaut e.a. c. Région wallonne*, 7 juin 2018, C-160/17, ECLI:EU:C:2018:401, point 55.

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 de l'Union européenne 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 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) » ¹¹.

Enfin, dans l'arrêt C-24/19 du 25 juin 2020, la Cour de justice de l'Union européenne a 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.

1.4. En l'espèce, il n'est pas contestable que le projet d'arrêté contient un ensemble significatif de dispositions tendant à fixer les conditions dans lesquelles peuvent être autorisés divers actes et travaux, qui, au moins pour certains d'entre eux, 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.

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

1.5. À ce propos, il échet de constater 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 celles contenues dans l'arrêté en projet.

¹¹ Voir l'arrêt C-671/16, points 37 et 38, ainsi que l'arrêt C-160/17, point 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 arrêtés qui procurent exécution aux divers fondements juridiques que se donne 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, puisqu'il procure exécution à diverses dispositions décrétales et est dès lors prévu par ces dispositions.

Il conviendrait donc, avant toutes choses, d'adopter des dispositions aux fins de soumettre les arrêtés ayant pour objet l'adoption de dispositions 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 ¹².

2. C'est sous cette importante réserve que le projet n'appelle pas d'observation.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET

¹² 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 dans 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>.