CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 63.041/4
du 21 mars 2018

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de combustion moyennes et modifiant diverses dispositions environnementales'

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

Le 26 février 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Environnement, de la Transition écologique, de l'Aménagement du territoire, des Travaux publics, de la Mobilité, des Transports, du Bien-être animal et des Zonings de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de combustion moyennes et modifiant diverses dispositions environnementales'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 21 mars 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc DETROUX et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 21 mars 2018.

*

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

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 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.

OBSERVATION PRÉALABLE [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' (ci-après la directive 2001/42/CE) 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 2001/42/CE 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

[1] Cette observation préalable fait largement écho, *mutatis mutandis*, à une observation formulée dans l'avis n° 61.506/4 donné le 12 juin 2017 sur une proposition de décret 'modifiant l'article D.IV.9. du Code du Développement territorial' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2016-2017, n° 778/2, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61506.pdf), dans l'avis n° 61.507/4 donné le 12 juin 2017 sur une proposition devenue le décret du 16 novembre 2017 'modifiant l'article D.V.1 du Code du Développement territorial (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2016-2017, n° 789/2, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61507.pdf) et dans l'avis n° 61.508/4 donné le 12 juin 2017 sur une proposition devenue le décret du 16 novembre 2017 'modifiant les articles D.II.23, D.II.64, D.VI.17, D.VI.49 et D.VII.1 du Code du Développement territorial et visant à y insérer un article D.II.25*bis*' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2016-2017, n° 790/2, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61508.pdf).

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 85/337/CEE [2] 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.

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 ».

Dans un arrêt du 27 octobre 2016, d'Oultremont e.a., C-290/15, la Cour de justice de l'Union européenne a apporté d'importantes précisions quant au champ d'application de la directive 2001/42/CE [3].

La Cour était saisie d'une question préjudicielle qui lui avait été posée par le Conseil d'État, section du contentieux administratif, à l'occasion de l'examen du recours en annulation de 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'.

Le Conseil d'État avait posé à la Cour la question suivante :

« L'article 2, sous a), et l'article 3, paragraphe 2, sous 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

[2] Lire, aujourd'hui : la directive 2011/92/UE.

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

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

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 ? ».

La Cour a répondu à cette question comme suit :

« L'article 2, sous a), et l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/42 […] doivent être interprétés en ce sens qu'un arrêté réglementaire, tel que celui en cause au principal, comportant diverses dispositions relatives à l'installation d'éoliennes, qui doivent être respectées dans le cadre de la délivrance d'autorisations administratives portant sur l'implantation et l'exploitation de telles installations, relève de la notion de 'plans et programmes', au sens de cette directive ».

Plusieurs passages des motifs de l'arrêt de la Cour retiennent particulièrement l'attention.

Selon la Cour, « 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 ». En l'espèce, constatant que la réglementation en cause dans l'affaire qui lui était soumise portait, « en particulier, sur les normes techniques, les modalités d'exploitation (notamment les ombres stroboscopiques), la prévention des accidents et des incendies (entre autres la mise à l'arrêt de l'éolienne), les normes de niveau sonore, la remise en état ainsi que la constitution d'une sûreté pour les éoliennes », la Cour a estimé que « [d]e telles normes présentent une importance et une étendue suffisamment significatives pour la détermination des conditions applicables au secteur concerné et les choix notamment d'ordre environnemental posés à travers lesdites normes sont appelés à déterminer les conditions dans lesquelles les projets concrets d'implantation et d'exploitation de sites éoliens pourront être autorisés à l'avenir ».

La section de législation relève aussi que, pour la Cour, si la notion de « plans et programmes » « doit certes couvrir un certain territoire, il n'en demeure toutefois pas moins qu'il ne ressort ni du libellé de l'article 2, sous a), de la directive 2001/42 ni de celui de l'article 3, paragraphe 2, sous a), de cette même directive, que lesdits plans ou programmes doivent avoir pour objet l'aménagement d'un territoire donné » : la Cour déduit en effet « du libellé desdites dispositions que celles-ci visent, plus largement, l'aménagement de territoires ou de zones en général ». D'après la Cour, tel est le cas de l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 février 2014 en cause dans l'affaire qui lui était soumise : « l'arrêté du 13 février 2014 concerne le territoire de l'ensemble de la Région wallonne et les valeurs limites qu'il prévoit en matière de bruit présentent un lien étroit avec ledit territoire, dès lors que ces limites sont déterminées en fonction de différents types d'affectation des zones géographiques considérées ».

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

Enfin, il convient encore d'observer que, selon la Cour, la circonstance qu'un texte qui, comme l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 février 2014, constitue une réglementation générale, n'a pas pour effet de le soustraire à la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, dès lors spécialement 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 ».

Les enseignements qui se dégagent des passages de l'arrêt de la Cour qui viennent d'être cités sont assez largement nouveaux [4]. Selon un auteur, « il n'est pas exagéré de parler d'un véritable séisme juridique » [5].

C'est donc avec une particulière prudence, et sous réserve de précisions ou d'affinements jurisprudentiels à venir, qu'il y a lieu de déterminer les répercussions que cet arrêt a ou est susceptible d'avoir au-delà du contexte particulier de l'affaire à l'occasion de laquelle il a été prononcé.

Ceci étant, au vu des termes de cet arrêt, il semble devoir en être déduit que tout acte normatif contenant un ensemble significatif de dispositions appelées à déterminer les conditions dans lesquelles des projets concrets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement pourront être autorisés à l'avenir sur le territoire de la Région wallonne relève de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE et, partant, doit se voir appliquer le régime fixé par celle-ci. Ceci vaut pour tout acte normatif présentant les caractéristiques indiquées.

Le texte en projet tend à fixer des règles en vue de l'obtention d'autorisation d'exploitation et les conditions de cette exploitation. Comme l'arrêté du 13 février 2014 qui a fait l'objet de l'arrêt d'Oultremont, il entend fixer des conditions sectorielles au sens du décret du 11 mars 1999 'relatif au permis d'environnement', et ce à l'égard d'installations qui à priori, tout comme les installations concernées par l'arrêté du 13 février 2014, sont visées à l'article 2, sous a), et l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/42/CE [6].

Ayant cet objet, le projet d'arrêté relève donc de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, telle qu'interprétée, *mutatis mutandis*, par l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne.

---

[4] Pour de premiers commentaires, lire, en particulier, Fr. HAUMONT, « Arrêt 'd'Oultremont' : des lois et règlements soumis à évaluation environnementale préalable », *Journal de droit européen*, 2017, pp. 15 et 16 ; Ch.-H. BORN, « L'inexorable progression de la participation du public dans le processus normatif en matière d'environnement et d'urbanisme », in *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 123 à 146, en particulier pp. 129 à 137.

[5] Ch.-H. BORN, *op.cit*, p. 136.

[6] Dès lors que, tout comme les installations concernées par l'arrêté du 13 février 2014, les installations concernées par le texte en projet sont visées à l'annexe II de la directive 2011/92/UE (pour les éoliennes, voir le point 3, i) de l'annexe II de la directive 2011/92/UE ; pour les installations visées par le projet à l'examen, voir l'annexe II, point 3, a), de la directive 2011/92/UE) – voir à ce propos le considérant 44 de l'arrêt d'Oultremont.

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

Il doit dès lors 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 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 arrêté réglementaire fixant des conditions sectorielles, tel l'arrêté en projet.

L'examen de cette problématique 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 un projet d'arrêté réglementaire tel celui à l'examen. 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.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Selon l'article 8 du décret du 11 mars 1999 'relatif au permis d'environnement', les conditions sectorielles que le Gouvernement arrête sur la base de ce décret 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.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

L'arrêté en projet ne modifie pas l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 juillet 2010 'relatif à l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant'.

Cet arrêté ne doit dès lors pas être visé au préambule.

Il en va de même de la loi du 28 décembre 1964 'relative à la lutte contre la pollution atmosphérique' qui est le fondement juridique de cet arrêté.

Les alinéas 3 et 7 seront donc omis.

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

DISPOSITIF

Article 17

La section de législation n'aperçoit pas où le cadre IV.5.4 en projet comporte l'exigence de la mention de « la puissance thermique nominale (MW) de l'installation de combustion moyenne », mention requise par le point 1 de l'annexe I à la directive (UE) 2015/2193 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 'relative à la limitation des émissions de certains polluants dans l'atmosphère en provenance des installations de combustion moyennes' (ci-après la directive (UE) 2015/2193).

L'auteur du projet s'assurera que, pour les installations nouvelles, l'exigence de communication de cette donnée soit effectivement prévue.

Article 24

La méconnaissance des conditions sectorielles telles celles prévues par le texte en projet est sanctionnée pénalement : il résulte de la combinaison de l'article 58, § 1er, et de l'article 77, alinéa 1er, du décret du 11 mars 1999 que la personne qui contrevient à de telles conditions commet une infraction de deuxième catégorie au sens de la partie VIII de la partie décrétale du livre Ier du Code de l'environnement.

La disposition à l'examen qui prévoit que l'arrêté en projet produit ses effets le 19 décembre 2017 méconnait donc la règle de la non-rétroactivité en matière pénale, que consacrent, notamment, l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Annexe 1

La technique de transposition de l'annexe II de la directive (UE) 2015/2193 rend très délicate, dans le délai imparti à la section de législation, la vérification intégrale du respect, par l'annexe 1 en projet, des valeurs limites d'émission fixées par la directive.

Si dans certains cas, il apparait évident que cette transposition est correcte, et que les limites fixées par l'annexe s'avèrent parfois plus sévères que celles fixées par la directive, ce qui ne pose pas de difficulté [7], ce constat n'est pas évident dans d'autres cas [8].

[7] Voir par exemple, les tableaux 2.1 et 2.2 de la partie 1 de l'annexe 1.

[8] Voir par exemple, les valeurs limites d'émission des poussières fixées par le tableau 1 de la partie 1 de l'annexe 1 en projet, en comparaison avec les mêmes valeurs fixées par le tableau 1, partie 1, de l'annexe II de la directive concernée.

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡

L'auteur du projet s'assurera que, dans le système mis en place, toutes et chacune des valeurs limites d'émission qu'il entend fixer ne s'avèrent pas plus élevées que celles fixées par la directive (sauf les cas de dérogations autorisées par cette dernière).

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE Martine BAGUET

‡LW-CBDSPAGDF-GDAEBQW‡