

Par mail + courrier recommandé avec accusé de réception

Grefte du Conseil d'État, Section de législation
Rue de la Science 33
1040 Bruxelles

Bruno Lombaert*
Avocat
T +32 2 533 51 67
F +32 2 533 56 73
bruno.lombaert@stibbe.com

Stibbe
Central Plaza
Rue de Loosum 25
1000 Bruxelles
Belgique
www.stibbe.com

Date
22 février 2024

Proposition de décret wallon modifiant les articles 1^{er}, 2, 32, 83 et 92 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et insérant un article 86bis

Mesdames et Messieurs les Président de chambre, conseillers d'Etat et auditeurs,

Nous vous adressons ce courrier en notre qualité de conseils de la Fédération Belge des Entreprises Électriques et Gazières (**FELEG**) et de la Fédération des énergies renouvelables (**Edora**) qui souhaitent attirer votre attention sur les inconstitutionnalités (et inconventionnalités) entachant l'article 5 de la proposition de décret wallon visée sous objet.

En effet, selon ce projet d'article 5, dans le cadre d'une demande de permis unique pour un projet éolien, les investisseurs devront démontrer, d'une part, qu'ils ont fait un appel à manifestation d'intérêts pour participer au projet éolien à destination des citoyens et des pouvoirs locaux et que, d'autre part, ils ont émis des offres de participation à ces deux groupes, à concurrence de 24,99% pour chacun d'eux, soit 49,98% du projet total.

L'objectif affirmé dans l'exposé des motifs de la proposition est d'augmenter l'adhésion du public aux projets éoliens, qui connaissent depuis quelques années de nombreux détracteurs. Le commentaire de cet article expose ainsi que cette participation « *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* ».

Or, les secteurs représentés par la FELEG et Edora affichent de grandes craintes face à cette obligation envisagée de rendre les projets éoliens *participatifs*, qui porte de sérieuses restrictions à l'exercice de droits et libertés fondamentaux, et notamment aux libertés de circulation dans l'Union européenne. Ces restrictions ne sont pourtant pas adéquates pour augmenter l'adhésion du public aux projets éoliens, ou à tout le moins elles sont disproportionnées par rapport à cet objectif. Ce constat est fondé sur des données empiriques et de terrain que vous exposez ces fédérations dans le cadre du présent courrier.

Dans les lignes qui suivent, nous développerons les motifs qui amènent ces fédérations et leurs membres à considérer que ce projet d'article est contraire aux règles qui lui sont hiérarchiquement supérieures.

*

1. Restrictions aux droits fondamentaux. La procédure visée dans le projet d'article discuté porte de graves restrictions à l'exercice des droits fondamentaux suivants :

- (i) *Le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux* (articles 49 et 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Les mesures portées par ce projet d'article sont des restrictions en ce qu'elles gênent et rendent moins attrayant l'exercice de ces libertés et qu'elles affectent l'accès au marché pour les opérateurs économiques d'autres États membres¹. En effet :
 - Comme relevé dans Votre avis 62.378/3 au sujet d'un projet d'arrêté du Gouvernement flamand portant une obligation similaire de participation citoyenne aux projets éoliens², un tel régime engendre une inégalité de traitement pour les investisseurs étrangers. D'une part, ce mécanisme oblige les investisseurs éoliens à privilégier les ressources d'investissement locales par rapport aux ressources extérieures qui sont ainsi empêchées (du moins partiellement) de participer à ces projets. D'autre part, les investisseurs étrangers sont gênés ou, à tout le moins fortement désavantagés, dans leur accès au marché wallon puisque, dépourvus de l'ancrage local requis, il leur sera très difficile de mettre en place le mécanisme de participation citoyenne. Cela implique une distinction de traitement inadmissible entre les citoyens et investisseurs locaux d'une part et les citoyens et investisseurs étrangers d'autre part³ ; et
 - L'activité économique que constitue le développement et l'exploitation d'infrastructures éoliennes en Wallonie sera fort impacté en ce que, pour les nouveaux projets, les investisseurs seront tenus de partager près de la moitié de leurs revenus avec des investisseurs externes, ce qui rend les projets fondamentalement moins attractifs et ce dans un contexte où le développement de ces infrastructures est l'une des priorités politiques affichées de l'Union européenne⁴ (et de la Région wallonne⁵).

¹ C.J.U.E., arrêt du 29 mars 2011, *Commission européenne c. République italienne*, C-565/08, §§ 45 et 46 ; C.J.U.E., arrêt du 29 mars 2011, *Commission européenne c. République italienne*, C-565/08, points 49 à 51 et jurisprudence citée.

² Advies 62.378/3 van 28 november 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "houdende wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft verlengingsaanvragen voor groenestroomcertificaten en overige wijzigingen".

³ C.J.U.E., arrêt du 12 septembre 2013, *Costas Konstantinides*, §49

⁴ Le développement de la proposition de décret wallon se réfère expressément à la législation de l'Union européenne qui fixe ces priorités.

⁵ Voy. notamment le Plan air Climat Energie 2023 de la Wallonie, PACE 2030,

- (ii) *Le droit d'association*, ou plutôt la liberté « négative » qu'il porte, à savoir celle de ne pas s'associer⁶ et qui signifie qu'une personne doit pouvoir choisir librement avec qui elle s'associe⁷. En l'espèce, l'émission d'offres de participation aux citoyens et aux pouvoirs locaux est l'une des conditions de recevabilité d'une demande de permis unique pour un projet éolien. Afin d'obtenir un tel permis, les investisseurs éoliens seront donc obligés non seulement d'émettre de telles offres « loyales » au public intéressé mais également de s'associer avec les personnes acceptant les termes de ces offres. En d'autres termes, plus le nombre de personnes intéressées à participer au projet est faible, moins ces investisseurs auront de marge d'appréciation quant aux choix des personnes (physiques ou morales) avec qui ils devront s'associer pour la gestion pratique et financière de leur projet⁸. Dans la majorité des cas⁹, l'opérateur éolien devra accepter de s'associer avec tous les citoyens et la ou les communes qui ont accepté ses offres de participation.
- (iii) *La liberté de commerce et d'industrie* (les articles II.3 et II.4 du Code de droit économique) qui comprend la liberté de créer et d'organiser librement son entreprise¹⁰. Or l'article 5 de la proposition de décret wallon impose une immixtion publique (et du public) importante dans la manière dont ces investisseurs concevront leur structure de financement et de bénéfice mais également dans leur liberté commerciale en réduisant drastiquement leur marge de négociation des contrats de prise de participation.

À cet égard, notons que le projet d'article 5 laisse au Gouvernement le soin de fixer les critères garantissant qu'une offre est « loyale ». Or, le cadre de référence de 2013¹¹, dont l'exposé des motifs de la proposition s'est largement inspiré, stipule à ce sujet que « *la participation financière pourra prendre la forme d'une structure de capital mixte ou d'une structure à capital séparé avec cession d'une ou de plusieurs éoliennes par le porteur de projet* » et recommandent des modalités précises.

De même, la récente circulaire de ce Gouvernement, relative au cadre de référence éolien du 25 janvier 2024, indique au point 2, §2, que les offres de participation doivent précisément conférer aux riverains du projet éolien un « *contrôle effectif* » sur le projet ...

<https://energie.wallonie.be/servlet/Repository/pace-2030-adopte-gw-21-mars-2023.pdf?ID=73812>

⁶ R. ANDERSEN, A. BERNARD, BARON CHARLES, J. DE GRAVE, BARON DU JARDIN, P.-A. FORIERS, VICOMTE HAYOIT DE TERMICOURT, BARON MAHAUX et L. SIMONT, « Chapitre III. - La liberté d'association » in *Répertoire pratique du droit belge : complément 11*, 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 123.

⁷ CEDH, aff. *Associated society of locomotive engineers & firemen*, 27 mai 2007, point 39 : « *De même qu'un employé ou un travailleur doit être libre d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat sans être sanctionné ou faire l'objet de mesures de dissuasion (...), de même, le syndicat doit de son côté être libre de choisir ses membres* » (nous soulignons).

⁸ À ce sujet, il peut être fait utilement référence à l'arrêt *Chassagnou et autres c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme dans lequel elle a considéré que constituait une ingérence au droit d'association le fait qu'une loi oblige des personnes, au motif uniquement de leurs propriétés foncières, à adhérer à une association et de mettre à sa disposition sa propriété.

⁹ C'est-à-dire dans tous les cas où la participation ne dépasse pas les deux fois 24,99%.

¹⁰ D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, « Chapitre XVI - La liberté de commerce et d'industrie » in *Initiation au droit constitutionnel*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 203.

¹¹ Le cadre de référence pour l'implantation d'éoliennes en Région wallonne, 2013 : <https://energie.wallonie.be/servlet/Repository/cdr.pdf?ID=28134>

Stibbe

- (iv) *Le droit de propriété* (art. 16 de la Constitution et art. 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la CEDH) du fait que les investisseurs éoliens seront forcés de céder les droits d'utilisation de terrains qu'ils auront acquis pour la réalisation de leur projet, ainsi que les financements qu'ils auront constitués et les engagements juridiques qu'ils auront contractés à cette fin, au profit des citoyens et pouvoirs locaux participants¹².
- (v) *Le principe d'égalité et de non-discrimination* (art. 10 et 11 de la Constitution) en ce que les investisseurs éoliens subissent une distinction de traitement dans leur jouissance des droits et libertés fondamentaux susvisés vis-à-vis d'investisseurs d'autres projets susceptibles d'impacter le paysage perçu par les riverains et soumis à permis d'environnement tels que, par exemple, les masts de télécommunication ou lignes à haute tension qui, bien que dans une situation comparable, n'ont pas à subir ce type d'immixtion.

Aussi, elle entraîne une discrimination flagrante entre les riverains d'un projet éolien disposant de la capacité financière pour y prendre part et ainsi tirer un avantage économique de celui-ci et des riverains qui ne disposent pas d'une telle capacité financière. En effet, le commentaire du projet d'article 5 expose que l'objectif de la mesure proposée est de garantir l'adhésion à des projets éoliens en combattant le sentiment des riverains que « *leur paysage, bien public, est sacrifié sans qu'ils en ressentent les bénéfices* ». Or, cette adhésion sera uniquement réservée aux riverains disposant des capacités financières pour ce faire et une grande partie des riverains concernés sera *de facto* exclue de cette mesure à visée portant publique et générale.

Les atteintes aux droits et libertés fondamentaux susvisées sont aggravées par l'article 6 de la proposition de décret wallon discuté qui est appelé à régir les situations où deux ou plusieurs projets éoliens sont incompatibles. Dans ce cas, une grille de sélection arrêtée par le Gouvernement permettra de départager les projets avec comme principaux critères l'optimisation du productible et le caractère participatif du projet (au lieu, par exemple, de la qualité environnementale qui n'est pas nécessairement garantie par ce genre de projet...). Autrement dit, cette mesure force les investisseurs à obtenir la plus grande participation publique possible à leur projet, au risque de voir leur projet désavantagé et rejeté.

2. Restrictions non-prévues par une « loi ». Les restrictions aux droits fondamentaux susvisés doivent en principe faire l'objet d'une législation formelle¹³. Or, il y a lieu de noter que les modalités de ce régime de participation citoyenne sont particulièrement floues et peu détaillées (il ne peut par exemple pas être déterminé avec certitude quels critères permettront d'identifier les citoyens devant être visés par ce projet ni quelle sera la compétence des fonctionnaires délégués pour juger des offres de participation). Ceci laisse au Roi une large compétence pour définir ce régime. En outre, la *loi* qui porte les restrictions susvisées aux droits fondamentaux n'est nullement prévisible et accessible : en particulier, aucune instruction ni balise n'est donnée au Gouvernement pour fixer les conditions auxquelles devront répondre les offres émises. Il est simplement indiqué qu'il doit garantir des

¹² CEDH, *aff. Chassagnou et autres c. France*, 29 avril 1999.

¹³ En ce sens, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH *et al.*, « Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés » in L. DETROUX *et al.* (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 25-69

conditions économiques « de marché », ce qui ne renvoie à aucun élément concret dès lors qu'à ce jour il n'existe pas de marché concurrentiel ouvert au public en la matière. Par conséquent, le Gouvernement aura carte blanche pour définir les critères d'investissement qui, au vu de la circulaire de 25 janvier 2024, s'annoncent extrêmement attentatoires à l'intérêt financier et à la compétence de décision des investisseurs sur leur propre projet.

3. Mesures inadéquates. Par ailleurs, les restrictions aux droits fondamentaux doivent être raisonnablement justifiées et ne pas être disproportionnées. Or, le régime envisagé n'est tout d'abord pas adéquat pour permettre l'adhésion des citoyens réticents aux projets éoliens concernés.

En effet, en ce qui concerne la participation citoyenne, les personnes physiques prenant part aux projets de parc d'éoliennes ne sont généralement pas les citoyens opposés à de telles infrastructures mais, au contraire, des coopérateurs déjà convaincus de leurs bienfaits et qui entendent les soutenir un projet dont ils ne sont parfois même pas les riverains.

Ce constat ressort d'ailleurs de la mise en place, depuis 2013, du cadre de référence pour l'implantation d'éoliennes en Région wallonne¹⁴. Ce dernier porte déjà une obligation pour les investisseurs éoliens d'ouvrir le capital du projet à la participation citoyenne et des pouvoirs locaux et ce *uniquement* lorsqu'une demande est formulée par ces groupes. Or, là où se constate une faible demande de participation qui émane généralement de groupes défenseurs d'une énergie propre, en parallèle, les recours introduits devant Votre Conseil, section contentieux administratif, à l'encontre des permis octroyés pour les projets éoliens sont en nette augmentation. Par conséquent, l'expérience des 10 dernières années démontre que la possibilité pour les citoyens de participer à ces projets est sans influence sur l'adhésion du public à ceux-ci. Au surplus, le développement de la proposition de décret indique vouloir mettre en œuvre la Pax Eolienica II en vue de permettre plus spécifiquement «*l'amélioration des procédures d'octroi pour les demandes relatives à une ou plusieurs éoliennes*» ainsi que «*la simplification et l'accélération des procédures d'octroi des permis pour la production d'énergies renouvelables*». Or, un tel régime est de nature à ralentir ce processus, non seulement par l'allongement et la complexification de la procédure de demande de permis unique, mais également par l'ajout de nombreuses conditions de régularité qui seront nécessairement utilisées comme des moyens juridiques supplémentaires permettant de contester la régularité de permis, au vu de l'augmentation des recours introduits à l'encontre de ces projets.

4. Mesures disproportionnées. De plus, ce régime hautement restrictif des droits fondamentaux est manifestement disproportionné.

Pour rappel, il oblige les investisseurs éoliens à abandonner presque une moitié du financement de l'actionnariat du projet de parc d'éoliennes et d'en faire bénéficier les pouvoirs locaux et une participation citoyenne. Autrement dit, cela implique également une perte de presque la moitié des revenus que pourraient en tirer les investisseurs du projet. Or, ce double taux de 24,99% ne fait l'objet d'**aucune** justification. Ce dernier est manifestement déraisonnable et injustifié, d'autant que l'on constate que, dans le cadre de l'application du système de participation citoyenne facultatif prévu par

¹⁴ <https://energie.wallonie.be/servlet/Repository/cdr.pdf?ID=28134>

Stibbe

le cadre de référence de 2013 susvisé, la participation citoyenne et publique à de tels projets était d'environ 14,5% en 2023.

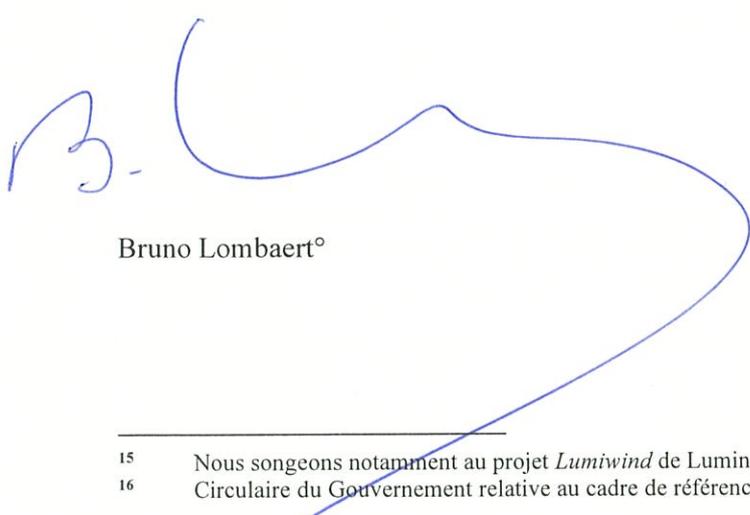
Au vu de ces résultats, il y a d'ailleurs lieu de s'interroger sur les motifs justifiant le fait que le législateur entende convertir ce régime facultatif en une obligation légale dotée de conditions beaucoup plus strictes. En effet, il ne ressort nullement de la proposition qu'une étude sérieuse relative au succès ou à l'échec de ce régime ait été réalisée et que ses résultats justifieraient la nécessité de durcir le cadre facultatif existant pour le rendre obligatoire par voie de décret. Cela est d'autant moins raisonnable que ce cadre facultatif a démontré une certaine effectivité dans la mesure où, outre la participation publique ponctuelle constatée sur certains projets, des dispositifs plus généralisés ont été mis en place par des investisseurs éoliens pour permettre aux citoyens de participer financièrement à leurs projets¹⁵. L'article 5 de la proposition de décret wallon est partant dépourvu de motifs sérieux justifiant la nécessité de prescrire une obligation de participation citoyenne.

Enfin, ce projet d'article force les investisseurs éoliens à accueillir, potentiellement sans aucun droit de regard, les détracteurs de leurs projets (aux intérêts divergent) à participer à ceux-ci et prendre un « *contrôle effectif* »¹⁶ sur leurs gestions. Et cela dans un contexte où il est laissé au Gouvernement le soin de déterminer les modalités de l'émission de ces offres « de manière loyale » et que les investisseurs se trouveront sans aucune marge d'appréciation.

Le caractère disproportionné de l'obligation discutée est d'autant plus déraisonnable qu'elle s'inscrit dans le cadre de la réglementation en matière de permis d'environnement, et ce alors même qu'elle ne présente aucun lien logique avec décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, dont l'objet est de limiter et/ou d'encadrer des activités et installations susceptibles de provoquer des nuisances et pollutions.

*

Je vous remercie pour l'attention portée à ce courrier et vous prie de croire, Mesdames et Messieurs les Président de chambre, conseillers d'Etat et auditeurs, à l'expression de mes sentiments dévoués.


Bruno Lombaert°

¹⁵ Nous songeons notamment au projet *Lumiwind* de Luminus.

¹⁶ Circulaire du Gouvernement relative au cadre de référence éolien, 25 janvier 2024.