

NOUVEAU DROIT EUROPEEN EN VUE D'ACCÉLÉRER LE DÉPLOIEMENT DES ÉNERGIES RENOUVELABLES

APPLICATION AUX PROJETS EOLIENS – note juridique - octobre 2024

Avec le Règlement 2022/2577 et à sa suite la Directive 2023/2413, les institutions de l'Union européenne tendent à faciliter l'octroi de permis relatifs aux projets d'énergie renouvelables, en ce compris l'éolien.

En effet, début 2024 le Conseil de l'Union européenne constate à nouveau que « *la situation actuelle expose donc l'ensemble de l'Union à des risques de pénurie d'énergie et à des prix élevés de l'énergie* » (Règlement 2024/223, modifiant le Règlement 2022/2577, considérants 5 à 8) et considère que « *plus le déploiement des énergies renouvelables sera rapide, plus l'incidence positive sur la résilience de l'Union, la sécurité de l'approvisionnement énergétique, les prix de l'énergie et l'indépendance vis-à-vis des combustibles fossiles russes sera élevée* » (Règlement 2024/223, considérant 11).

A ces fins, le Règlement 2022/2577 et la Directive 2023/2413 créent les outils suivants :

- > Pour l'application des protections conférées par les Directives 92/43/CEE « Habitats » et 2009/147/CE « Oiseaux », l'Europe crée une présomption du caractère non intentionnel de la perturbation ou de la mise à mort **(A.)** ;
- > Pour l'évaluation des conditions d'octroi d'une dérogation oiseaux ou espèces, l'Europe crée :
 - une présomption relative à l'inexistence de solutions alternatives **(B.)** ;
 - une présomption d'intérêt public majeur **(C.)**.

Ces outils A., B. et C. doivent réduire les ingérences de la police de la nature dans la délivrance des permis éoliens.

- > Au-delà des questions environnementales, lorsqu'ils traitent différents intérêts en conflit dans le cadre de l'octroi du permis de construire ou d'exploiter d'un projet d'énergie renouvelable, l'Europe crée une obligation de priorité à donner aux projets d'énergie renouvelable, car ils sont d'intérêt public supérieur **(D.)**.

Ils sont détaillés ci-après.

A. Présomption du caractère non intentionnel de la perturbation ou de la mise à mort

La Directive 92/43/CEE « Habitats » et la Directive 2009/147/CE « Oiseaux » fixent le principe de protection des espèces, d'une part, et des oiseaux, d'autre part, qu'elles identifient. Il est fait notamment interdiction de mettre à mort et de perturber ces espèces de manière intentionnelle. **Sans ce caractère intentionnel, il n'y a pas d'infraction.**

Or la Directive 2023/2413 crée une **présomption du caractère non intentionnel** de la perturbation ou de la mise à mort de l'espèce lorsque le projet comporte les « *mesures d'atténuation nécessaires* ». En droit wallon, c'est le nouvel article 31bis/3 de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature (ci-après, LCN) inséré par l'article 24 du décret relatif à l'accélération des énergies renouvelables qui prévoit que « *lorsqu'un projet d'énergie renouvelable (...) comporte les mesures d'atténuation nécessaires, toute mise à mort ou perturbation visée aux articles 2 et 2bis n'est pas considérée comme intentionnelle* ». Cette présomption est d'application pour toutes les procédures d'octroi de permis introduites après le 1^{er} juillet 2024.

Au sujet de ce caractère intentionnel appliqué aux projets éoliens, le Conseil d'Etat avait déjà décidé qu'« *il est constant que l'objectif de l'exploitation d'un parc éolien est tout autre que la mise à mort des oiseaux protégés ou des mammifères protégés, tels les chiroptères, ou que la perturbation intentionnelle de ces espèces. En conséquence, l'autorisation litigieuse donnée par l'acte attaqué de construire et exploiter un parc éolien ne vise pas non plus, en soi, de tels buts* » ; qu'« *il en résulte que si tout a été fait pour réduire l'impact du projet à un niveau non significatif, il faut considérer que la perturbation et la mise à mort des espèces animales et d'oiseaux visées aux articles 2 et 2bis de la loi du 12 juillet 1973 ne sont pas intentionnelles et que, partant, aucune dérogation n'est requise* » (voir notamment C.E., arrêt. 256.748 du 9 juin 2023).

Il faut en déduire que si la perturbation n'a pas « *un effet significatif* », ou si l'impact est significatif mais que les « *mesures d'atténuation nécessaires* » visées par la Directive 2023/2413 ont été prévues, il faut constater que dénués dudit caractère intentionnel, les projets d'énergie renouvelables ne sont pas en infraction aux protections nature. Ainsi, ces projets sortent *de facto* du champ d'application de la procédure de dérogation prévue par la LCN (qui n'est applicable qu'en cas d'infraction).

Enfin, sans infraction au régime de protection de la nature, les considérations relatives à la nature protégée peuvent être écartées lors de l'analyse des différents intérêts en conflit faite par l'autorité à l'occasion de la délivrance de la décision relative au permis.

B. Condition de la dérogation : présomption relative à l'inexistence de solutions alternatives

S'il fallait néanmoins considérer qu'un projet avait un effet significatif sur une espèce protégée par les Directives 92/43/CEE et 2009/147/CE et qu'aucune mesure ne pouvait atténuer cet effet, ces Directives autorisent qu'il soit dérogé à leur régime de protection si deux conditions sont réunies. La première condition est qu'il n'existe pas d'autre solution satisfaisante pour l'implantation du projet.

Or en son article 3 *bis*, le Règlement 2022/2577, directement applicable en Wallonie, prévoit que lorsque l'autorité s'interroge sur l'existence de solutions de remplacement satisfaisantes pour un projet d'énergie renouvelable, « *cette condition peut être considérée comme remplie s'il n'existe pas de solutions de remplacement satisfaisantes permettant d'atteindre le même objectif du projet en question, notamment en matière de développement de la même capacité d'énergie renouvelable au moyen de la même technologie énergétique dans un délai identique ou similaire et sans entraîner des coûts sensiblement plus élevés* ».

Au sujet de cette condition d'inexistence de solutions alternatives, le Règlement 2024/199 relatif à la restauration de la nature considère également que même dans les zones de restauration des écosystème

« la construction et l'exploitation d'installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables (...) sont présumés relever d'un intérêt public majeur » (article 6 du Règlement 2024/199) et qu'il faut « pouvoir exempter ces projets d'énergies renouvelables de l'exigence qu'il n'existe pas de solution de remplacement moins préjudiciable aux fins de l'application de ces dérogations, à condition que les projets aient fait l'objet d'une évaluation environnementale stratégique ou d'une évaluation des incidences sur l'environnement » (Considérant 38 et article 6).

Or tous les projets éoliens de plus de 0,5MW sont soumis à études des incidences complète sur l'environnement qui détaillent les impacts du projet notamment sur la faune sauvage et présentent en quoi le projet est la meilleure solution pour l'environnement (voir l'AGW arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences et l'AGW portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW).

C. Condition de la dérogation : présomption d'intérêt public majeur

Deuxième condition à l'octroi d'une dérogation : celle-ci doit être justifiée par un motif spécial, notamment l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques.

À la suite du Règlement 2022/2577, la Directive 2023/2413 prévoit que : « les États membres veillent à ce que, dans le cadre de la procédure d'octroi de permis, (...) la construction et l'exploitation d'installations d'énergie renouvelable (...) soient présumés relever de l'intérêt public majeur et de l'intérêt de la santé et de la sécurité publiques lors de la mise en balance des intérêts juridiques dans les cas individuels aux fins de l'appréciation de l'existence d'un motif spécial, condition de la dérogation à la protection des espèces et des oiseaux prévues par les Directives 92/43/CEE et 2009/147/CE ».

Faisant usage d'une possibilité donnée par le droit européen, la transposition en droit wallon prévoit que « dans des circonstances spécifiques dûment justifiées, le Gouvernement peut restreindre l'application (du principe d'intérêt public majeur) à certaines parties du territoire, à certains types de technologie ou à des projets présentant certaines caractéristiques techniques conformément aux priorités définies dans le Plan Air Climat Énergie visé dans le décret du 16 novembre 2023 Neutralité Carbone » (voir les deux décrets du 29 avril 2024, d'une part, relatif à l'accélération du déploiement des énergies renouvelables¹, et, d'autre part, 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 86bis²). Il ne peut donc être fait exception à cette présomption d'intérêt public majeur que dans le cas où le Gouvernement adopte un arrêté *ad hoc* de restriction, ce qui n'a pas été fait à ce jour.

Une lecture exégétique de la Directive 2023/2413 démontre que le nouvel article 16 *septies* de la Directive 2018/2001 n'est pas attaché à son nouvel article 16 *bis* (procédures dans les ZAER), ni au nouvel article 16 *ter* (procédures hors ZAER) : le principe de l'article 16 *septies* s'applique, quelle que soit la localisation du projet d'énergie renouvelable (dans ou en dehors des ZAER), ce qui est confirmé lors de la présentation du décret AER en Commission de l'Énergie du Parlement wallon³. Tant en droit européen qu'en droit wallon, le principe d'intérêt public majeur du développement des énergies renouvelables s'applique à toutes les procédures relatives à l'« octroi de permis, la planification, la construction et l'exploitation d'installations d'énergie renouvelable, le raccordement de ces installations au réseau, le réseau connexe proprement dit et les actifs de stockage », quelle que soit la localisation du projet dans ou en dehors d'une ZAER, ce depuis le 1^{er} juillet 2024.

Enfin, dès lors que le projet revête un intérêt public majeur, l'autorité devrait accorder la dérogation aux projets d'énergie renouvelable et vider le dossier, pour la suite de son analyse, des considérations nature.

¹ Qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2024.

² Qui entrera en vigueur 10 jours après sa publication au Moniteur Belge.

³ Parlement wallon, Session 2023-2024, dossier 1629, CRIC n° 144, discussions sur l'article 22, page 35.

D. Obligation de priorisation des projets d'énergie renouvelables

L'article 3, §2 du Règlement 2022/2577 introduit une obligation de prioriser les projets d'énergie renouvelables : « *Les États membres veillent (...) à ce que, dans le cadre du processus (...) d'octroi des permis, la construction et l'exploitation d'installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables et le développement de l'infrastructure du réseau connexe soient prioritaires lors de la mise en balance des intérêts juridiques dans chaque cas. En ce qui concerne la protection des espèces, la phrase précédente ne s'applique que si et dans la mesure où des mesures appropriées de conservation des espèces contribuant au maintien ou au rétablissement des populations d'espèces dans un état de conservation favorable sont prises et des ressources financières suffisantes ainsi que des espaces sont mis à disposition à cette fin* ». Cet article est directement applicable, ce jusqu'au 30 juin 2025.

Au sujet de cette obligation de priorisation, le Règlement modificatif 2024/223 considère qu'elle « *est susceptible, dans la situation urgente et toujours instable à laquelle l'Union est actuellement confrontée sur le marché de l'énergie, d'accélérer encore les projets dans le domaine des énergies renouvelables, puisqu'elle impose aux États membres de promouvoir ces projets dans le domaine des énergies renouvelables en leur donnant la priorité lorsqu'ils traitent différents intérêts en conflit au-delà des questions environnementales dans le cadre de leur processus de planification et d'octroi de permis (...) au-delà des objectifs spécifiques des dérogations prévues dans les directives visées à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/2577. Compte tenu de la situation particulièrement grave que connaît actuellement l'Union en matière d'approvisionnement énergétique, il convient de prolonger l'application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2022/2577 afin de reconnaître de manière appropriée le rôle crucial joué par les installations utilisant des sources d'énergie renouvelables pour lutter contre le changement climatique et la pollution, faire baisser les prix de l'énergie, réduire la dépendance de l'Union à l'égard des combustibles fossiles et garantir la sécurité d'approvisionnement de l'Union dans le contexte de la mise en balance des intérêts juridiques effectuée par les autorités chargées de l'octroi des permis ou les juridictions nationales* » (considérant 14).

En d'autres termes, au-delà des procédures de dérogation prévues par la protection de la nature, « *au-delà des questions environnementales* », il faut donner une priorité aux projets d'énergie renouvelables, qui sont d'intérêt public majeur, lors de la mise en balance des intérêts effectuée à l'occasion de la délivrance de la décision relative au permis, ce face aux « *différents intérêts en conflit* ».

La deuxième phrase de l'article 3, §2 du Règlement 2022/2577 prévoit néanmoins une exception à l'obligation de prioriser les énergies renouvelables, pour ce qui concerne « *la protection des espèces* », lorsque aucune mesure appropriée de conservation ne permet le maintien ou le rétablissement des populations d'espèces dans un état de conservation favorable (ce faisant, l'article fait référence à la Directive 92/43/CEE « Habitats » et pas à la Directive 2009/147/CE « Oiseaux »).

La notion d' « *état de conservation favorable* » qui est rappelée ici fait référence à la Directive 92/43/CEE, qui définit « *l'état de conservation d'une espèce* » en son article 1 i) : « *l'effet de l'ensemble des influences qui, agissant sur l'espèce, peuvent affecter à long terme la répartition et l'importance de ses populations sur le territoire visé à l'article 2* ». Cet état de conservation « *sera considéré comme « favorable », lorsque :*

- *les données relatives à la dynamique de la population de l'espèce en question indiquent que cette espèce continue et est susceptible de continuer à long terme à constituer un élément viable des habitats naturels auxquels elle appartient*
- et
- *l'aire de répartition naturelle de l'espèce ne diminue ni ne risque de diminuer dans un avenir prévisible*
- et
- *il existe et il continuera probablement d'exister un habitat suffisamment étendu pour que ses populations se maintiennent à long terme* ».

Afin de pouvoir utiliser la priorité du développement des énergies renouvelables donnée par le Règlement 2022/2577, l'étude d'incidences doit donc démontrer le maintien ou le rétablissement dans l'état de conservation favorable de l'espèce.

Avec la contribution de Valentine Defer, Bruxelles, le 16 octobre 2024