

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.694/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Agriculture, de la Ruralité, de l'Environnement et du Tourisme de la Région wallonne, le 20 novembre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté "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", a donné le 18 décembre 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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.

I. Quant aux formalités prescrites

Il ressort du dossier que les dispositions par lesquelles il est envisagé de remplacer les articles R.193 à R.218 du livre II du Code de l'environnement sont appelées à constituer, pour les zones vulnérables situées sur le territoire de la Région wallonne, le "programme d'action" prescrit par l'article 5 de la directive 91/676/CEE du Conseil du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles.

Ainsi qualifiées, ces dispositions doivent être soumises à une procédure de participation du public.

Ceci résulte :

- 1° d'une part, 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 ⁽¹⁾, qui prescrit l'obligation d'assurer la participation du public à l'élaboration de tout plan ou programme relatif à l'environnement;
- 2° et, d'autre part, de l'article 2 et de l'annexe I de la directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à

⁽¹⁾ Cette convention, qui est entrée en vigueur, a été approuvée par un décret de la Région wallonne du 13 juin 2002 et a été ratifiée par les autorités belges le 21 janvier 2003.

l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil ⁽²⁾, qui imposent aux États membres l'obligation d'assurer la participation du public à l'élaboration de divers plans ou programmes, parmi lesquels figurent, précisément, les programmes d'action prévus par l'article 5 de la directive 91/676/CEE.

En l'espèce, il ressort des explications du délégué du ministre qu'une enquête publique est actuellement en cours, en vue de permettre au public de donner son avis à la Région wallonne sur le projet d'arrêté. Cette enquête est annoncée sur le site Internet "Portail environnement de Wallonie" de la Région wallonne.

Force est toutefois de constater qu'il manque, à ce jour, dans l'ordonnancement juridique de la Région wallonne, le cadre législatif que requiert l'organisation d'une enquête menée selon cette méthode.

L'enquête actuellement menée est donc dépourvue de tout fondement juridique.

En conséquence, il appartiendra à la Région wallonne, de se doter avant toute chose du cadre législatif.

II. Quant au fondement légal du projet d'arrêté

Les dispositions réglementaires que le présent projet d'arrêté tend à remplacer trouvent leur origine dans l'arrêté du Gouvernement wallon du 10 octobre 2002 relatif à la gestion durable de l'azote en agriculture.

⁽²⁾ Les États membres devaient prendre les mesures requises pour se conformer à cette directive au plus tard le 25 juin 2005.

Dans l'avis 32.179/4, donné le 27 février 2002 sur le projet devenu l'arrêté du 10 octobre 2002, la section de législation du Conseil d'État avait observé que, si ce texte trouvait assez largement un fondement légal dans les dispositions législatives visées en son préambule ⁽³⁾, ces dispositions ne procuraient cependant pas un fondement suffisant à l'ensemble du texte ⁽⁴⁾.

Lorsqu'il adopta le décret du 27 mai 2004 relatif au livre II du Code de l'environnement, contenant le Code de l'eau, le législateur a entendu donner suite à cette observation : en effet, il a inséré dans ce décret une disposition destinée, selon les termes utilisés lors des travaux préparatoires de celui-ci, à donner "une base décrétole suffisamment stable à l'arrêté du Gouvernement wallon du 10 octobre 2002 relatif à la gestion durable de l'azote en agriculture" ⁽⁵⁾.

Cette disposition, qui forme aujourd'hui l'article D.177 du livre II du Code de l'environnement, est rédigée comme suit :

"Aux fins de protéger la qualité des eaux, le Gouvernement peut prendre toutes les mesures nécessaires en vue de réglementer l'utilisation de matières ou substances telles que les matières organiques ou les fertilisants destinés à être épandus dans le cadre d'activités agricoles.

À cette fin, il peut notamment :

1° désigner des zones destinées à recevoir un statut de protection en fonction des contraintes environnementales particulières auxquelles elles peuvent être soumises;

2° mettre en place des programmes visant à réduire les épandages visés dans le présent article."

⁽³⁾ À savoir, d'une part, diverses dispositions du décret du 7 octobre 1985 sur la protection des eaux de surface contre la pollution et du décret du 30 avril 1990 sur la protection et l'exploitation des eaux souterraines et des potabilisables et, d'autre part, le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement.

⁽⁴⁾ La section de législation relevait tout particulièrement que le Gouvernement n'avait pas le pouvoir de régler l'épandage des effluents d'élevage en vue d'éviter ou de limiter la pollution des eaux de surface qui ne sont pas potabilisables, au-delà de ce que requiert la transposition de la directive 91/676/CEE.

⁽⁵⁾ Doc., Parl. wall., 2003-2004, n° 696/1, pp. 31 et 68.

Adopté pour donner au Gouvernement "une base décrétable suffisamment stable" dans le domaine couvert par l'arrêté du 10 octobre 2002, et rédigé en des termes permettant spécifiquement au Gouvernement de prendre "toutes les mesures nécessaires en vue de réglementer l'utilisation de matières ou substances telles que les matières organiques ou les fertilisants destinés à être épandus dans le cadre d'activités agricoles" - ce qui couvre tous types de mesures réglementaires permettant d'assurer, selon la terminologie retenue par la Région wallonne, la "gestion durable de l'azote en agriculture" -, l'article D.177 du livre II du Code de l'environnement est désormais le texte législatif sur lequel il incombe au Gouvernement de se fonder pour adopter des dispositions réglementaires en la matière ⁽⁶⁾.

C'est donc à juste titre que l'alinéa 1^{er} du préambule vise l'article D.177 du livre II du Code de l'environnement comme fondement légal du projet d'arrêté.

Ceci ne met cependant pas la Région wallonne à l'abri de toute critique touchant au fondement légal des mesures envisagées.

Si large que soit l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article D.177 du livre II du Code de l'environnement, il importe d'observer que, concernant deux aspects importants du système mis en place, le projet d'arrêté est, en l'état, dépourvu de fondement légal :

a) Les articles R.197, § 7, R.198, § 8, R.199, § 3, et R.221, § 6, en projet, qui organisent une procédure permettant aux agriculteurs de saisir les autorités d'une demande déterminée, prévoient qu'à défaut, pour celles-ci, d'envoyer une décision dans le délai qui leur est imparti, "l'absence de décision envoyée [...] équivaut à une décision de refus".

Est ainsi organisé un régime de décision implicite.

⁽⁶⁾ Les dispositions législatives qui étaient visées au préambule du projet devenu l'arrêté du 10 octobre 2002 - ou celles qui y correspondent, à présent, dans le livre II du Code de l'environnement -, ne peuvent donc plus conférer un fondement légal, fût-il partiel, aux mesures réglementaires tendant spécifiquement à assurer la gestion durable de l'azote en agriculture. Au demeurant, plusieurs d'entre elles, en particulier l'article 46 du décret du 7 octobre 1985 et l'article 9, § 2, du décret du 30 avril 1990, ont aujourd'hui disparu de l'ordonnancement juridique et n'ont pas de disposition correspondante dans la partie décrétable du livre II du Code de l'environnement.

La mise en oeuvre d'un tel régime a pour effet d'écarter l'application de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Ceci ne peut être admis que si une disposition de nature législative l'autorise.

Or, en l'état des textes, tel n'est pas le cas en l'espèce.

b) Il résulte de l'article R.230 en projet que le Gouvernement souhaite que les articles D.407 à D.410 du livre II du Code de l'environnement, qui établissent le régime de constatation des infractions et des sanctions en matière d'eau souterraine, puissent s'appliquer "à l'exécution" des dispositions réglementaires relatives à la gestion durable de l'azote en agriculture.

Ceci ne peut être admis.

En effet, les articles D.407 à D.410 du livre II du Code de l'environnement déterminent eux-mêmes leur champ d'application, en des termes qui ne visent pas les dispositions prises sur la base de l'article D.177 de ce livre.

En outre, l'habilitation que le Gouvernement tient de l'article D.177 du livre II du Code de l'environnement ne lui permet pas de rendre applicables des dispositions - ni, a fortiori, de prendre lui-même des dispositions - dont l'objet est d'ériger des faits en infraction, d'établir les peines punissant ces manquements et de régler la recherche et la constatation desdites infractions : en effet, il résulte, tout particulièrement, des articles 12 et 14 de la Constitution et de l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles que c'est au législateur qu'il revient de régler ces matières.

En l'état des textes, la Région wallonne ne peut donc se doter d'un dispositif lui permettant d'ériger en infraction la méconnaissance des règles relatives à la gestion durable de l'azote en agriculture, d'effectuer les contrôles utiles en vue d'établir l'existence d'éventuelles infractions et d'assurer la sanction et la cessation effectives des manquements auxdites règles.

.../...

Il convient de souligner que ceci risque de réduire sensiblement l'efficacité du dispositif en projet, et même de conduire à considérer que, là où ce dernier contient des mesures obligatoires prescrites par la directive 91/676/CEE, la Région wallonne ne satisfait pas pleinement à ses obligations de droit communautaire : en effet, pour se conformer à une directive qui lui impose de soumettre des opérateurs à un régime déterminé, un État membre doit, non seulement garantir la transposition correcte de la directive dans des dispositions normatives, mais aussi s'assurer que le régime mis en place est effectivement appliqué et respecté, notamment en réalisant des contrôles appropriés à cet effet et en assurant la cessation et la sanction effectives des opérations effectuées en méconnaissance des obligations prescrites ⁽⁷⁾.

Il s'indiquerait donc que le législateur intervienne sur ce point ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Voir tout particulièrement l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes [GC] du 26 avril 2005, *Commission/Irlande*, C-494/01, Rec., 2005, p. I-3331.

⁽⁸⁾ Il est vrai que, comme le fait apparaître le dossier (voir en particulier le "mémoire soutenant la demande de dérogation de la Région wallonne à l'annexe III 2.b de la Directive 91/676/CE" établi en septembre 2006 et communiqué par le délégué du ministre, p. 21), les dispositions relatives à ce qu'il est convenu d'appeler, en matière de politique agricole, la "conditionnalité", peuvent conduire à sanctionner des manquements aux règles relatives à la gestion durable de l'azote en agriculture (voir les articles 27 et 28 de l'arrêt du Gouvernement wallon du 23 février 2006 mettant en place les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune, l'arrêt du Gouvernement wallon du 22 juin 2006 fixant les lignes directrices de la conditionnalité prévue par l'article 27 de l'arrêt du Gouvernement wallon du 23 février 2006 mettant en place les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune, et l'arrêt ministériel du 7 juillet 2006 portant application de la conditionnalité prévue par l'article 27 de l'arrêt du Gouvernement wallon du 23 février 2006 mettant en place les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune, et relatif aux critères et aux montants de pénalités en cas de certaines irrégularités constatées en matière de régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune). Cependant, sans qu'il y ait lieu de se prononcer ici sur l'efficacité intrinsèque du système des "pénalités" prévu en la matière, il importe d'observer que ce système s'inscrit dans le seul cadre d'un régime d'aides financières et ne peut donc suffire à assurer complètement la sanction et la cessation de la violation des règles relatives à la gestion durable de l'azote en agriculture : d'une part, l'application de ces dernières règles n'est pas limitée aux hypothèses dans lesquelles le régime d'aides financières auquel se rapporte le système des pénalités en question a, quant à lui, vocation à s'appliquer; d'autre part, en tout état de cause, l'application desdites pénalités n'assure pas, en tant que telle, la cessation de la violation des règles relatives à la gestion durable de l'azote en agriculture.

III. Quant au respect de l'obligation de standstill

Les articles R.209 et R.210 en projet augmentent, dans une mesure variable mais non négligeable, les quantités maximales d'azote épandable par rapport à celles que fixent actuellement les articles R.211 à R.213 du livre II du Code de l'environnement.

La question se pose de savoir si, ce faisant, le Gouvernement ne méconnaît pas l'article 23 de la Constitution, en tant que celui-ci s'oppose à l'adoption de mesures tendant à réduire sensiblement le niveau de protection des droits qu'il reconnaît - ici le droit à la protection d'un environnement sain - par rapport aux garanties précédemment acquises dans l'ordonnancement juridique, sauf si une telle diminution du niveau de protection existant est concrètement et raisonnablement justifiée par un motif impérieux d'intérêt général ⁽⁹⁾.

En l'état, le dossier ne contient pas d'explication tendant à justifier de manière spécifique les dispositions à l'examen sur ce point.

Celles-ci seront réexaminées et, le cas échéant, revues en conséquence.

IV. Quant au respect de la directive 91/676/CEE

Outre le fait que, comme déjà indiqué, en l'état, le dispositif mis en place par la Région wallonne ne permet pas de garantir l'application effective des mesures obligatoires que requiert la directive 91/676/CEE, par l'organisation de contrôles appropriés à cet effet et l'existence de mesures assurant la cessation et la sanction effectives des opérations effectuées en méconnaissance des obligations prescrites ⁽¹⁰⁾, il y a encore lieu, en ce qui concerne la transposition de cette directive, de faire, pour s'en tenir à l'essentiel, les observations qui suivent :

⁽⁹⁾ Voir à ce sujet les arrêts de la Cour d'arbitrage n°s 135/2006 et 137/2006 du 14 septembre 2006, et n° 45/2006 du 28 septembre 2006.

⁽¹⁰⁾ Voir l'observation II, b), ci-dessus.

1. En chargeant les États membres d'adopter, pour les zones vulnérables, des règles concernant la limitation de l'épandage des fertilisants, l'annexe III, point 1, 3), de la directive 91/676/CEE précise qu'à cette occasion les États membres doivent, d'une part, tenir compte de diverses caractéristiques de la zone vulnérable concernée, que cite la directive, et, d'autre part, fonder les règles en la matière sur un équilibre entre les besoins prévisibles en azote des cultures et différents éléments, qu'énumère la directive, relatifs à l'azote apporté aux cultures par le sol et les fertilisants ⁽¹¹⁾.

Il incombe à la Région wallonne d'être en mesure d'établir que les dispositions en projet relatives à la limitation de l'épandage des fertilisants sont prises dans le respect de cette double obligation.

2. L'annexe III, point 2, de la directive 91/676/CEE impose aux États membres l'obligation de prévoir que, dans les zones vulnérables, pour chaque exploitation ou élevage, la quantité d'effluents d'élevage épandue annuellement ne peut dépasser 170 kilogrammes d'azote par hectare.

Le littéra b) de la même disposition permet cependant aux États membres de fixer des quantités différentes. Dans cette hypothèse, les quantités fixées doivent être déterminées de manière à ne pas compromettre la réalisation des objectifs fixés par l'article 1^{er} de la directive, et être justifiées par des critères objectifs, dont la directive donne des exemples. En outre, l'État membre qui fait usage de la faculté prévue par le littéra b) doit en informer la Commission, "qui examinera sa justification conformément à la procédure prévue à l'article 9".

En l'espèce, le projet d'arrêté contient, d'une part, à l'article R.213, § 1^{er}, en projet, une disposition tendant à imposer aux agriculteurs le respect de la norme précitée de 170 kilogrammes d'azote par hectare et, d'autre part, à l'article R.220 en projet, une disposition permettant aux agriculteurs de solliciter l'octroi d'une dérogation à l'article R.213, § 1^{er}, les ministres ayant la politique de l'eau et l'agriculture dans leurs attributions étant chargés, "sous condition de l'obtention d'une dérogation par la

⁽¹¹⁾ Sur les obligations des États membres au regard de l'annexe III, point 1, 3), de la directive 91/676/CEE, voir tout particulièrement C.J.C.E., arrêt du 2 octobre 2003, Commission/Pays-Bas, C-322/00, Rec., p. I-11267, et arrêt du 22 septembre 2005, Commission/Belgique, C-221/03, Rec., p. I-8307.

Commission européenne conformément à l'annexe III de la directive", de fixer les conditions d'octroi d'une dérogation à un agriculteur qui en fait la demande.

L'article R.220 en projet est en défaut de fixer les éléments du régime de dérogation qui est envisagé, tant en ce qui concerne la procédure que les conditions de fond d'octroi des dérogations. La délégation de pouvoir qu'il donne aux ministres est, à cet égard, excessivement large ⁽¹²⁾.

Le texte est à ce point lacunaire qu'en l'état, il ne garantit pas que l'octroi d'éventuelles dérogations sera bien justifié par l'un ou l'autre des critères objectifs tels que ceux qu'énumère la directive et ne compromettra pas la réalisation des objectifs fixés par l'article 1^{er} de celle-ci. La circonstance que le texte en projet soumet le pouvoir qu'il donne aux ministres à la "condition de l'obtention d'une dérogation par la Commission européenne conformément à l'annexe III de la directive" n'est pas de nature à donner des garanties sur ce point : en effet, contrairement à ce que ce membre de phrase semble laisser entendre, la directive ne donne pas à la Commission le pouvoir d'approuver à proprement parler les mesures par lesquelles la Région wallonne envisage d'autoriser des quantités différentes de la norme précitée de 170 kilogrammes d'azote par hectare.

V. Autres observations

Outre les observations faites ci-dessus, le texte en projet souffre, quant à la conception même de nombreuses de ses dispositions, d'importants défauts, qui devraient inciter ses auteurs à le réécrire entièrement ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Voir encore, sur ce point, l'observation V, 4, ci-après.

⁽¹³⁾ La section de législation du Conseil d'État avait déjà fait bon nombre d'observations analogues dans l'avis précité 32.179/4, donné sur le projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 10 octobre 2002 relatif à la gestion durable de l'azote en agriculture.

On relève à cet égard ce qui suit :

1. Les règles que comprend le projet d'arrêté sont disséminées tantôt parmi les multiples définitions que contient l'article R.188 en projet - définitions dont l'utilité paraît parfois discutable ⁽¹⁴⁾ -, tantôt dans les dispositions qui suivent.

Le lecteur est ainsi constamment renvoyé d'une partie du texte à une autre.

Il en résulte que le projet d'arrêté est, dans son ensemble, très difficilement compréhensible.

Il est, à cet égard, rappelé qu'il n'y a pas lieu d'introduire d'éléments normatifs dans une définition, c'est-à-dire des caractéristiques qui constituent, en réalité, des obligations imposées par l'acte qui les énonce. Ces obligations doivent figurer dans des articles spécifiques.

2. L'article R.192, § 1^{er}, dispose ce qui suit :

"Le programme d'action s'applique aux exploitations et parties d'exploitation situées dans une zone vulnérable.

Il consiste au respect des conditions applicables à la gestion de l'azote en agriculture en zone vulnérable conformément aux articles 193 à 218."

On peut se demander pourquoi les autres dispositions de l'arrêté en projet ne sont pas indues dans le renvoi opéré par cette disposition. La question porte en particulier sur la disposition de l'article R.219.

3. De nombreuses dispositions sont rédigées en des termes incomplets ou manquant de la clarté, de la précision et de la prévisibilité que requiert un texte destiné à produire des effets de droit, spécialement lorsque, comme tel est le cas du dispositif en projet, il s'agit d'imposer des obligations aux particuliers.

⁽¹⁴⁾ Ainsi en va-t-il, notamment, des définitions que contiennent le 17° et le 28° de l'article R.188 en projet.

Ainsi en va-t-il, pour ne prendre que quelques exemples :

- des dispositions dont il résulte que certaines obligations doivent être exécutées "de manière satisfaisante" ⁽¹⁵⁾;
- de la disposition qui prévoit que l'étanchéité d'un équipement "doit être aisément et constamment vérifiable par des systèmes adéquats" ⁽¹⁶⁾;
- de celle qui renvoie à l'hypothèse où un épandage "fait l'objet d'un conseil de fertilisation établi sur la base de profils azotés" ⁽¹⁷⁾;

4. De nombreuses dispositions accordent d'importants pouvoirs, soit aux ministres qui ont la politique de l'eau ou l'agriculture dans leurs attributions, soit à l'un ou l'autre des services du Gouvernement, et ce en des termes souvent fort laconiques, sans guère préciser les conditions et limites essentielles dans lesquelles ces pouvoirs doivent être exercés.

Les dispositions suivantes en projet s'exposent particulièrement à critique sur ce point : l'article R.188, 15°, premier tiret, in fine; l'article R.212, § 6; l'article R.214; l'article R.219; l'article R.220 ⁽¹⁸⁾; l'article R.221, §§ 2, 3 et 5 et l'article R.224.

⁽¹⁵⁾ Article R.188, 10°, en projet.

⁽¹⁶⁾ Article R.200, § 2, en projet.

⁽¹⁷⁾ Article R.202, § 2, 4°, en projet.

⁽¹⁸⁾ Voir aussi, à propos de cette disposition, l'observation IV, 2, ci-dessus.

5. L'arrêté en projet est destiné à avoir une portée normative.

Il importe dès lors d'éviter d'y insérer des dispositions dépourvues d'une telle portée. S'exposent à cet égard à critique l'article R.204, § 2, et l'article R.225 en projet, qui n'ont d'autre objet que d'annoncer la possibilité qu'a le Gouvernement de prendre telle ou telle mesure.

*

En conclusion, le dispositif en projet est voué à être fondamentalement revu.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. B. JADOT, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

C. GIGOT

R. ANDERSEN