KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.884/1/V
VAN 5 AUGUSTUS 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 8 juli 2008 door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Leefmilieu, Energie en Waterbeleid, verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 29 augustus 2008, van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "betreffende het beheer en de sanering van verontreinigde bodems", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond [(1)], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het voorontwerp heeft kunnen verrichten.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe de toepassing van de wetgeving betreffende verontreinigde bodems in Brussel te verbeteren en de grote principes ervan te versterken. Het is bedoeld om in de plaats te komen van de ordonnantie van 13 mei 2004 betreffende het beheer van de verontreinigde bodems die wordt opgeheven.

Het voorliggende ontwerp valt uiteen in dertien hoofdstukken [(2)].

Hoofdstuk I bevat algemene bepalingen.

Hoofdstuk II bevat de voorschriften in verband met de identificatie van de verontreinigde terreinen waarna hoofdstuk III de behandeling van dergelijke terreinen regelt.

---

(1) Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

(2) In de memorie van toelichting wordt toelichting verstrekt bij 86 artikelen, terwijl het ontwerp slechts 85 artikelen omvat. Vermoedelijk moet de toelichting onder artikel 75 worden geschrapt en moet de nummering van de artikelen 76 tot 86 in de memorie van toelichting worden aangepast.

Hoofdstuk IV betreft het risicobeheer, hoofdstuk V de sanering en hoofdstuk VI de overige maatregelen. Hoofdstuk VII behandelt de raadpleging en de aanplakking.

Hoofdstuk VIII regelt de beroepen. Hoofdstuk IX bevat bijzondere bepalingen, hoofdstuk X regelt de financiering, hoofdstuk XI betreft de sancties, hoofdstuk XII bevat de wijzigingsbepalingen en hoofdstuk XIII tenslotte bevat, benevens de overgangsbepalingen, een opheffings- en een slotbepaling.

3. Blijkens de memorie van toelichting verzekert het ontwerp eveneens, wat de bodemverontreiniging betreft, de omzetting van de richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. Hierover om toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde geantwoord dat voornoemde richtlijn in feite wordt omgezet door het voorontwerp van ordonnantie "betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade", waarover de Raad van State op 1 juli 2008 advies 44.808/3 heeft gegeven. De gemachtigde voegde hieraan toe:

> "Le projet d'ordonnance sol n'a donc pas pour objectif d'assurer cette transposition, mais doit par contre être conforme aux dispositions de la directive. Il est à noter que l'article 5 du projet d'ordonnance responsabilité environnementale prévoit que cette ordonnance s'applique sans préjudice d'une législation plus stricte. D'autre part, l'article 2 du projet d'ordonnance sol prévoit également que cette ordonnance s'applique sans préjudice d'autres législations plus strictes.
>
> Ainsi, s'agissant du sol et des eaux souterraines, la législation la plus stricte sera d'application.
>
> Voici les articles de l'ordonnance sol qui concernent des dispositions de la directive 2004/35:
>
> Article 2: un des objectifs de l'ordonnance concerne la prévention de l'apparition des pollutions du sol.
>
> Article 4: obligation de déclaration en cas de découverte d'une pollution ou d'accident.
>
> Article 13 § 7: obligation de réaliser une RES en cas d'accident, à charge de l'auteur, ou à défaut de l'exploitant.
>
> Article 23 § 3: élargissement de la définition "d'exploitant" à celle de la directive.

.../...

Article 24 § 2, alinéa 2: exonération de responsabilité (facultatif dans la directive - permis défense).

Article 49 § 3: premières mesures de sécurité à prendre afin de limiter la pollution et les risques et information de l'Institut".

De tekst van de toelichting dient in die zin te worden aangepast.

BEVOEGDHEID

4. Op grond van artikel 6, § 1, II, eerste lid, 1/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gewesten bevoegd inzake "de bescherming van het leefmilieu, onder meer die van de bodem, de ondergrond, het water ... tegen verontreiniging en aantasting". Krachtens artikel 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen is die bepaling van toepassing op het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest.

In de voornoemde bepalingen vindt de Brusselse gewestwetgever de algemene bevoegdheid om met betrekking tot het beheer en de sanering van verontreinigde bodems regelend op te treden. De ontworpen ordonnantie behoort dan ook in beginsel tot de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest.

5. Het ontwerp bevat evenwel bepalingen waarin aangelegenheden van burgerlijk recht worden geregeld. Artikel 24 van het ontwerp voert een aansprakelijkheidsregime in en artikel 76 regelt voor de daar opgesomde gevallen de nietigverklaring en de tegenstelbaarheid van de vervreemding van zakelijke rechten.

De bevoegdheid van de federale overheid voor het vaststellen van de regels van het overeenkomstenrecht en van het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht is van residuaire aard. Ze houdt in dat de federale overheid de regels van gemeenrecht kan vaststellen, die in beginsel zullen gelden binnen elk bevoegdheidsdomein, en dus ook binnen de domeinen die - zoals de bescherming van het leefmilieu - tot de bevoegdheid van de gewesten behoren.

De uitoefening door de gewesten van hun bevoegdheid inzake de bescherming van het leefmilieu veronderstelt evenwel dat zij, in die aangelegenheid, specifieke regels kunnen uitvaardigen inzake overeenkomstenrecht en burgerlijk aansprakelijkheidsrecht. Dit is met name het geval wanneer die regels kunnen worden beschouwd als eigen aan de bedoelde aangelegenheid, wat een nauwe band met die aangelegenheid veronderstelt. De gewesten kunnen immers menen dat het invoeren van zulke specifieke regels nodig is om het door hen gewenste beleid in die aangelegenheid op een doeltreffende wijze te voeren.

Vereist is wel dat het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd, dit wil zeggen dat de uitoefening van de federale bevoegdheid op het vlak van het overeenkomstenrecht en van het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht niet onmogelijk wordt gemaakt of op overdreven wijze wordt bemoeilijkt.

Zoals ook het geval was met vergelijkbare bepalingen van het voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 13 mei 2004, waarover de Raad van State op 8 januari 2004 het advies nr. 36.307/3 heeft gegeven [(3)], kunnen de regels die in de artikelen 24 en 76 van het ontwerp vervat zijn, geacht worden inherent te zijn aan een regeling inzake de bodemsanering. Voorts is het effect van de voorgestelde regeling op de federale bevoegdheid inzake overeenkomsten niet onevenredig. Evenmin wordt de bevoegdheid van de federale overheid om de burgerlijke aansprakelijkheid te regelen, op een onevenredige wijze aangetast. De ordonnantiegever is dus bevoegd om die bepalingen aan te nemen.

6. Artikel 70, § 2, kent aan het Brussels Instituut voor Milieubeheer (hierna: het Instituut) bij een ambtshalve optreden een algemeen voorrecht toe op alle roerende goederen van de personen bedoeld in paragraaf 1, dit zijn de in gebreke gebleven houder van verplichtingen, de persoon die aansprakelijk is krachtens artikel 24, de houder van zakelijke rechten of de exploitant van het betrokken terrein.

---

(3) *Parl. St.* Br.H.R., 2003-04, nr. A-530/1, p. 34, nr. 2.

De vraag rijst of de hier ontworpen bepaling voorrechten instelt op goederen van personen die geen schuldvordering of verbintenis ten aanzien van het Instituut hebben. Indien dit zo is, dan wordt met deze bepaling de bevoegdheid van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest overschreden. Immers, luidens artikel 12 van de hypotheekwet van 16 december 1851 is een voorrecht een recht dat "uit hoofde van de bijzondere aard der schuldvordering" aan een schuldeiser toekomt en hem voorrang verleent boven de andere schuldeisers, zelfs de hypothecaire. Luidens artikel 41, eerste lid, van de hypotheekwet is een hypotheek een zakelijk recht op onroerende goederen die verbonden zijn "ter voldoening van een verbintenis". Indien het ontwerp de band verbreekt tussen het voorrecht voor het Instituut en een schuldvordering of verbintenis ten aanzien van het Instituut doet het afbreuk aan het voornoemde evenredigheidsbeginsel aangezien de hypotheekwet die band als een essentieel element beschouwt.

OVEREENSTEMMING MET HOGERE RECHTSNORMEN

7.1. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is een stilzwijgende vergunning niet verenigbaar met de vereisten van de richtlijnen 75/442 [(4)] (afvalstoffen), 76/464 [(5)] (gevaarlijke afvalstoffen in het aquatisch milieu), 80/68 [(6)] (grondwater) en 84/360 [(7)] (industriële luchtverontreiniging) omdat deze richtlijnen voorafgaande vergunningen vereisen. De nationale autoriteiten zijn, aldus het Hof, volgens elk van deze richtlijnen gehouden de ingediende vergunningsaanvragen geval per geval te onderzoeken [(8)].

---

(4) Richtlijn 75/442/EEG van de Raad van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen.

(5) Richtlijn 76/464/EEG van de Raad van 4 mei 1976 betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd.

(6) Richtlijn 80/68/EEG van de Raad van 17 december 1979 betreffende de bescherming van het grondwater tegen verontreiniging veroorzaakt door de lozing van bepaalde gevaarlijke stoffen.

(7) Richtlijn 84/360/EEG van de Raad van 28 juni 1984 betreffende de bestrijding van door industriële inrichtingen veroorzaakte luchtverontreiniging.

(8) H.v.J. *Commissie t. België*, 14 juni 2001, C-230/00, *T.M.R.* 2001, 293.

.../...

7.2. Op basis van artikel 35, § 1, tweede lid, van het voorliggende ontwerp is het mogelijk dat een risicobeheersvoorstel stilzwijgend als gelijkvormig wordt beschouwd.

Artikel 36 van het ontwerp bepaalt dat de gelijkvormigheidsverklaring van het risicobeheersvoorstel geldt als vereiste vergunning of aangifte [(9)].

Om in overeenstemming te zijn met de voornoemde richtlijnen moet in artikel 36 worden gepreciseerd dat een risicobeheersvoorstel dat stilzwijgend als gelijkvormig wordt beschouwd niet kan gelden als vereiste vergunning of aangifte.

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij het systeem van stilzwijgende gelijkvormigheid voor

- saneringsvoorstellen als geregeld bij artikel 43, § 1, tweede lid, en de daarvoor uitgewerkte equivalentieregeling in artikel 44 van het ontwerp;

- beperkte saneringsvoorstellen als geregeld bij artikel 63, § 3, tweede lid, van het ontwerp en de daarvoor uitgewerkte equivalentieregeling in artikel 64 van het ontwerp.

7.3. Een stilzwijgende vergunning is evenmin verenigbaar met de vereisten van richtlijn 85/337 [(10)] (milieu-effectbeoordeling) omdat daarin voorzien is in beoordelingsprocedures vóór de vergunningverlening. Het ontwerp moet worden aangevuld in die zin dat er voor de risicobeheersmaatregelen en saneringen (gewone saneringen en beperkte saneringen) die een project omvatten dat ressorteert onder het toepassingsgebied van richtlijn 85/337/EG een milieu-effectenbeoordelingsprocedure wordt uitgewerkt die beantwoordt aan de voorschriften van die richtlijn.

---

(9) De aandacht van de stellers van het ontwerp wordt erop gevestigd dat de Nederlandse en de Franse tekst niet overeenstemmen: "vereiste vergunning of aangifte" / "l'autorisation, la déclaration ou le permis requis". Dit dient te worden verholpen.

(10) Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten.

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt ten aanzien van de in artikel 49 van het ontwerp bedoelde veiligheidsmaatregelen.

8. Artikel 3, 30/ en 31/, van het ontwerp legt het beginsel vast dat bodemverontreinigingsdeskundigen dienen te zijn erkend en bodemsaneringsaannemers dienen te zijn geregistreerd. Het komt de stellers van het ontwerp toe na te gaan of de erkennings- en registratieregeling niet valt binnen het toepassingsgebied van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG [(11)]. Indien dit zo is dient de uitwerking van deze regelingen in overeenstemming met voormelde richtlijn te gebeuren en moet een aanmelding ervan bij de Europese Commissie plaatsvinden.

9. Het Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, ondertekend te Aarhus op 25 juni 1998, verplicht in zijn artikel 6 tot inspraak bij vergunningenprocedures met betrekking tot activiteiten opgesomd in bijlage I van dat verdrag. In die bijlage bevinden zich onder meer ook activiteiten in verband met afvalbeheer.

In het voor advies voorliggende ontwerp wordt bepaald dat indien het risicobeheersvoorstel (artikel 36), het saneringsvoorstel (artikel 44) of het beperkt saneringsvoorstel (artikel 64) inrichtingen, handelingen of werkzaamheden omvat die onderworpen zijn aan een vergunning krachtens de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van het grondwater of aan een milieuaangifte, milieuvergunning of stedenbouwkundige vergunning, de gelijkvormigheidsverklaring geldt als de vereiste vergunning of aangifte.

Een vergelijkbare regeling geldt voor veiligheidsmaatregelen waar de beslissing van het Instituut geldt als de vereiste vergunning of aangifte (artikel 49, § 1, laatste lid).

---

(11) Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

Bij deze zogenaamde "equivalentiebepalingen" is het niet duidelijk hoe voor activiteiten die opgenomen zijn in bijlage I bij het Verdrag van Aarhus, deze inspraak is geregeld.

Artikel 51 van het ontwerp bevat wel voorschriften in verband met advisering in het kader van risicobeheersvoorstellen en saneringsvoorstellen, maar deze regels beantwoorden niet aan de inspraakvoorschriften opgenomen in artikel 6 van het Verdrag van Aarhus.

Het ontwerp moet op deze punten zo worden herwerkt dat aan deze inspraakverplichting uit het Verdrag van Aarhus kan worden voldaan voor de daar bedoelde vergunningenprocedures.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Overlapping met andere regelingen

10. Luidens artikel 2, derde lid, van het ontwerp doet de ordonnantie "geen afbreuk aan andere, strengere wetgevingen die deze materie regelen". In de toelichting wordt terzake het voorbeeld gegeven van de toekomstige ordonnantie betreffende de milieuaansprakelijkheid (zie punt 3 hiervoor).

Daarnaast dient de aandacht gevestigd te worden op de ordonnantie van 7 maart 1991 betreffende de preventie en het beheer van afvalstoffen. Zoals kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, moet wanneer een stof, zelfs accidenteel, doordringt in de bodem en verontreiniging tot gevolg heeft, die stof in beginsel worden beschouwd als een afvalstof in de zin van afvalstoffenrichtlijn 2006/12/EG [(12)]. Ook bodems die verontreinigd zijn door afvalstoffen moeten als afvalstoffen worden beschouwd [(13)]. Uit de bewoordingen van de ordonnantie

---

(12) Richtlijn 2006/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2006 betreffende afvalstoffen.

(13) H.v.J. *Van de Walle*, 7 september 2004, *Jur.* I - 7613. Zie L. LAVRYSEN, T. MALFAIT en H. VAN LANDEGHEM, *Het begrip 'afvalstof' ontsluierd*, Brussel, Larcier, 2008, p. 39 - 41 en 98 - 99.

van 7 maart 1991 blijkt dat verontreinigde gronden onder de bepalingen daarvan vallen. Het komt de stellers van het ontwerp toe de overlapping tussen de ontworpen regelgeving en de ordonnantie van 7 maart 1991 in het licht van de Europeesrechtelijke voorschriften in verband met afvalstoffen nader te onderzoeken. Indien uit dit onderzoek blijkt dat geen aanpassingen van het ontwerp nodig zijn, verdient het aanbeveling de redenen daarvan in de memorie van toelichting uiteen te zetten.

Het regime van de stilzwijgende beslissing

11. Het ontwerp bevat een aantal bepalingen waarin gebruik wordt gemaakt van het procédé van de zogeheten "stilzwijgende" beslissing of goedkeuring:

- artikel 15, § 5: conclusies verkennend bodemonderzoek;
- artikel 26, § 2, tweede lid: aanvraag tot verlenging termijn voor uitvoering van gedetailleerd onderzoek;
- artikel 27, § 3: gelijkvormigheid gedetailleerd onderzoek;
- artikel 30, § 2, tweede lid: aanvraag tot verlenging termijn voor uitvoering van risico-onderzoek;
- artikel 31, § 3: gelijkvormigheid risico-onderzoek;
- artikel 34, § 2, tweede lid: aanvraag tot verlenging termijn voor opstelling risicobeheersvoorstel;
- artikel 35, § 1, tweede lid: gelijkvormigheid risicobeheersvoorstel;
- artikel 38, § 3, derde lid: verzoek om aanpassing van risicobeheersmaatregelen;
- artikel 38, § 4, derde lid: goedkeuring voorstel tot aanpassing risicobeheersmaatregelen;
- artikel 40, § 2: slotverklaring in kader van het risicobeheer;
- artikel 42, § 2, tweede lid: aanvraag tot verlenging termijn voor opstelling saneringsvoorstel;
- artikel 43, § 1, tweede lid: gelijkvormigheid saneringsvoorstel;
- artikel 46, § 3, derde lid: verzoek om aanpassing van de saneringswerken;
- artikel 46, § 4, derde lid: voorstel tot aanpassing van de saneringswerken;
- artikel 48, § 2: slotverklaring in het kader van een sanering;
- artikel 61, § 1, tweede lid: toekenning vrijstelling om verkennend bodemonderzoek uit te voeren of de inhoud te beperken in het kader van mede-eigendom;
- artikel 63, § 3, tweede lid: gelijkvormigheid beperkt saneringsvoorstel;

- artikel 65, § 4, tweede lid: gelijkvormigheid eindbeoordeling bij beperkte saneringswerken.

De stellers van het ontwerp dienen zich te realiseren dat, naast de reeds genoemde bezwaren (nr. 7), diverse nadelen zijn verbonden aan het gebruik van het procédé van de stilzwijgende beslissing [(14)].

In de eerste plaats is dergelijk procédé niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijk besluit ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als een uitdrukkelijke beslissing, met alle gevolgen vandien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald sluit het procédé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, doch daarom niet minder verstrekkende wijze in het gedrang kunnen komen.

In de tweede plaats kan het procédé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang in de mate dat dergelijk procédé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gebeurt. Daarenboven lenen niet alle aangelegenheden zich tot een stilzwijgende beslissing.

Ook een beroepsprocedure die, zoals in de artikelen 55, § 3, tweede lid, en 56, § 3, tweede lid, van het ontwerp het geval is, kan leiden tot een stilzwijgende beslissing, verdient om de voornoemde redenen geen voorkeur.

Gelet op wat voorafgaat, dienen de stellers van het ontwerp de artikelen van het ontwerp waarin gebruik wordt gemaakt van het procédé van de stilzwijgende beslissing, aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

---

(14) Zie o.m. I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, p. 221 e.v.

Artikel 3

12.1. Gelet op de centrale rol die "de houder van verplichtingen" inneemt in de ontworpen regeling moet deze éénduidig kunnen worden geïdentificeerd. De gemachtigde deelde mee dat daarvoor moet worden gekeken naar de artikelen 20 tot 22 van het ontwerp. Het verdient dan ook aanbeveling "de houder van verplichtingen" in artikel 3 te definiëren als "de persoon die geïdentificeerd wordt in de artikelen 20 tot 22".

12.2. In artikel 3, 29/, wordt enkel in de Nederlandse tekst melding gemaakt van het "recht van bewoning".

Artikel 28, derde lid

13. In de Nederlandse tekst voege men de woorden "in artikel 31" in tussen de woorden "de" en "bedoelde termijn".

Hoofdstuk VIII - Beroep

14.1. Dit hoofdstuk organiseert een administratief beroep bij het Milieucollege, en vervolgens bij de Regering. Artikel 57 legt de termijnen vast voor de indiening van de beroepen.

14.2. Gelet op de mogelijke beroepen die kunnen worden ingesteld krachtens artikel 55, § 1, moet artikel 57 worden aangevuld met een aantal hypothesen.

Zo bijvoorbeeld vermeldt artikel 57 niet wanneer de termijn begint te lopen voor het instellen van een beroep tegen de beslissingen die zijn bedoeld in artikel 55, § 1, eerste lid, vierde streepje, en tegen stilzwijgende beslissingen (als gevolg van het overschrijden van de termijn voor het nemen van die beslissing).

14.3. In artikel 57, § 2, spreken de eerste en de tweede zin elkaar tegen. Volgens de eerste zin werkt het beroep zelf opschortend. Volgens de tweede zin is het de voorzitter van het Milieucollege of het lid dat hij daartoe aanwijst die de bestreden handeling kan opschorten. Deze tegenstrijdigheid moet weggewerkt worden.

Artikel 75

15. Artikel 75 stelt strafbaar met een gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en met een geldboete van 100 euro tot 10 miljoen euro, of met één van die straffen alleen "hij die in overtreding is met de verplichtingen krachtens deze ordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten". De toepasselijke straffen zijn dezelfde, ongeacht of het bijv. gaat om een inhoudelijke overtreding dan wel om het loutere verzuim een vormvereiste na te leven. De ontworpen ordonnantie maakt deze straffen ook toepasselijk op alle verplichtingen voortvloeiend uit nog door de regering aan te nemen uitvoeringsbesluiten.

De ontworpen bepaling staat op gespannen voet met een aantal grondwettelijke en verdragsrechtelijke voorschriften [(15)], die eisen, niet alleen dat de wetgever op nauwkeurige, duidelijke en voorspelbare wijze de gedragingen aanwijst welke strafbaar worden gesteld, maar ook dat de opgelegde straf, in verhouding tot de gepleegde feiten, niet onevenredig zwaar is.

---

(15) Zie inzonderheid de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet, artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter, voorzitter,
	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. CLEMENT,	staatsraad,
	A. SPRUYT,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevrouw K. BAMS, auditeur.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.884/1/V
DU 5 AOÛT 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par la Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargée de l'Environnement, de l'Énergie et de la Politique de l'eau, le 8 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance "relative à la gestion et à l'assainissement des sols pollués", a donné l'avis suivant:

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est limitée essentiellement à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique (16) et de l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet.

*
* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis entend améliorer l'application de la législation relative aux sols pollués à Bruxelles et en renforcer les grands principes. Il est destiné à remplacer l'ordonnance du 13 mai 2004 relative à la gestion des sols pollués, qui est abrogée.

Le projet à l'examen se compose de treize chapitres (17).

Le chapitre Ier contient des dispositions générales.

Le chapitre II comporte des dispositions relatives à l'identification des terrains pollués, après quoi le chapitre III règle le traitement de ces terrains.

Le chapitre IV concerne la gestion du risque, le chapitre V, l'assainissement et le chapitre VI, les autres mesures. Le chapitre VII traite de la consultation et de l'information.

---

(16) S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par "fondement juridique" la conformité aux normes supérieures.

(17) L'exposé des motifs commente 86 articles, alors que le projet n'en contient que 85. Le développement de l'article 75 doit probablement être supprimé et la numérotation des articles 76 à 86 doit être adaptée dans l'exposé des motifs.

Le chapitre VIII règle les recours. Le chapitre IX contient des dispositions particulières, le chapitre X porte sur le financement, le chapitre XI concerne les sanctions, le chapitre XII renferme les dispositions modificatives et, enfin, le chapitre XIII comporte les dispositions transitoires, une disposition abrogatoire et une disposition finale.

3. Selon l'exposé des motifs, le projet assure aussi, en ce qui concerne la pollution des sols, la transposition de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Invité à donner des précisions à ce sujet, le délégué a répondu que la directive précitée est en fait transposée par l'avant-projet d'ordonnance "relative à la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux", sur lequel le Conseil d'État a rendu le 1er juillet 2008 l'avis 44.808/3. Le délégué a ajouté:

> "Le projet d'ordonnance sol n'a donc pas pour objectif d'assurer cette transposition, mais doit par contre être conforme aux dispositions de la directive. Il est à noter que l'article 5 du projet d'ordonnance responsabilité environnementale prévoit que cette ordonnance s'applique sans préjudice d'une législation plus stricte. D'autre part, l'article 2 du projet d'ordonnance sol prévoit également que cette ordonnance s'applique sans préjudice d'autres législations plus strictes.
>
> Ainsi, s'agissant du sol et des eaux souterraines, la législation la plus stricte sera d'application.
>
> Voici les articles de l'ordonnance sol qui concernent des dispositions de la directive 2004/35:
>
> Article 2: un des objectifs de l'ordonnance concerne la prévention de l'apparition des pollutions du sol.
>
> Article 4: obligation de déclaration en cas de découverte d'une pollution ou d'accident.
>
> Article 13 § 7: obligation de réaliser une RES en cas d'accident, à charge de l'auteur, ou à défaut de l'exploitant.
>
> Article 23 § 3: élargissement de la définition "d'exploitant" à celle de la directive.
>
> Article 24 § 2, alinéa 2: exonération de responsabilité (facultatif dans la directive - permis défense).
>
> Article 49 § 3: premières mesures de sécurité à prendre afin de limiter la pollution et les risques et information de l'Institut".

Il y a lieu d'adapter le texte de l'exposé des motifs dans ce sens.

COMPÉTENCE

4. Selon l'article 6, § 1er, II, alinéa 1er, 1/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont compétentes pour "la protection de l'environnement, notamment celle du sol, du sous-sol, de l'eau (...), contre la pollution et les agressions". En vertu de l'article 4 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, cette disposition s'applique à la Région de Bruxelles-Capitale.

C'est dans les dispositions précitées que le législateur régional bruxellois trouve la compétence générale de légiférer en matière de gestion et d'assainissement de sols pollués. En principe, l'ordonnance en projet relève dès lors de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale.

5. Le projet contient cependant des dispositions réglant des questions de droit civil. L'article 24 du projet prévoit un régime de responsabilité et l'article 76 traite, pour les cas énumérés, de la nullité et de l'opposabilité de l'aliénation de droits réels.

L'autorité fédérale dispose d'une compétence résiduelle pour édicter les règles de droit conventionnel et de droit en matière de responsabilité civile. Cela implique que l'autorité fédérale peut fixer les règles de droit commun qui, en principe, seront applicables dans chaque domaine de compétence, et donc également dans les domaines qui - comme la protection de l'environnement - relèvent de la compétence des régions.

L'exercice par les régions de leur compétence relative à la protection de l'environnement suppose toutefois que, dans ce domaine, elles puissent édicter des règles spécifiques de droit conventionnel et de droit de la responsabilité civile. C'est notamment le cas lorsque ces règles peuvent être considérées comme propres à la matière visée, ce qui suppose un lien étroit avec celle-ci. En effet, les régions peuvent estimer que l'élaboration de telles règles spécifiques est nécessaire pour pouvoir mener efficacement la politique qu'elles souhaitent en cette matière.

Il est cependant requis que le principe de proportionnalité soit respecté, c'est-à-dire qu'il ne faut pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de la compétence fédérale sur le plan du droit conventionnel et du droit en matière de responsabilité civile.

Tout comme des dispositions analogues de l'avant-projet devenu l'ordonnance du 13 mai 2004, sur lequel le Conseil d'État a rendu le 8 janvier 2004 l'avis n/ 36.307/3 [(18)], les règles énoncées dans les articles 24 et 76 du projet peuvent être considérées comme inhérentes à un règlement en matière d'assainissement des sols. En outre, l'effet du règlement proposé sur la compétence fédérale en matière de conventions n'est pas disproportionné. Le pouvoir de l'autorité fédérale de régler la responsabilité civile n'est pas affecté non plus de manière disproportionnée. Le législateur régional bruxellois est donc compétent pour adopter ces dispositions.

6. L'article 70, § 2, accorde à l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement (ci-après: l'Institut), en cas d'intervention d'office, un privilège général sur tous les biens meubles des personnes visées au § 1er, c'est-à-dire le débiteur d'obligation défaillant, la personne responsable en vertu de l'article 24, le titulaire de droits réels ou l'exploitant sur le terrain concerné.

La question se pose de savoir si la disposition en projet n'institue pas des privilèges sur les biens de personnes qui n'ont pas de créance ni d'obligation à l'égard de l'Institut. Si tel est le cas, cette disposition excède la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale. En effet, selon l'article 12 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, le privilège est un droit "que la qualité de la créance donne" à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. Selon l'article 41, alinéa 1er, de cette même loi, l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles "affectés à l'acquittement d'une obligation". Si le projet rompt le lien entre le privilège pour l'Institut et une créance ou une obligation envers l'Institut, il porte atteinte au principe de proportionnalité précité, étant donné que la loi hypothécaire considère ce lien comme un élément essentiel.

CONFORMITÉ AUX NORMES SUPÉRIEURES

7.1 Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne de justice qu' une autorisation tacite ne saurait être compatible avec les exigences des directives 75/442 [(19)]

---

(18) *Doc. parl.*, CRBC, 2003-2004, n/ A-530/1, p. 34, n/ 2.

(19) Directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975 relative aux déchets.

(déchets), 76/464 [20] (substances dangereuses dans le milieu aquatique), 80/68 [21] (eaux souterraines) et 84/360 [22] (pollution atmosphérique industrielle), car celles-ci prévoient des mécanismes d'autorisations préalables. Selon la Cour, les autorités nationales sont donc tenues, en vertu de chacune de ces directives, d'examiner au cas par cas toutes les demandes d'autorisation introduites [23].

7.2. Sur la base de l'article 35, § 1er, alinéa 2, du projet à l'examen, il est possible qu'un projet de gestion du risque soit tacitement réputé conforme.

L'article 36 du projet dispose que la déclaration de conformité du projet de gestion du risque vaut l'autorisation, la déclaration ou le permis requis [24].

Pour être conforme aux directives précitées, l'article 36 doit préciser qu'un projet de gestion du risque qui est tacitement réputé conforme ne peut pas valoir comme autorisation, déclaration ou permis requis.

Une observation analogue peut être formulée à l'égard du système de conformité tacite pour

- les projets d'assainissement, système réglé par l'article 43, § 1er, alinéa 2, et l'équivalence prévue à cet égard par l'article 44 du projet;

- les projets d'assainissement limités, système réglé par l'article 63, § 3, alinéa 2, du projet et l'équivalence prévue à cet égard par l'article 64 du projet.

---

(20) Directive 76/464/CEE du Conseil du 4 mai 1976 concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté.

(21) Directive 80/68/CEE du Conseil du 17 décembre 1979 concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses.

(22) Directive 84/360/CEE du Conseil du 28 juin 1984 relative à la lutte contre la pollution atmosphérique en provenance des installations industrielles.

(23) CJCE, *Commission c. Belgique*, 14 juin 2001, C-230/00, *T.M.R.* 2001, 293.

(24) L'attention des auteurs du projet est attirée sur le fait que les textes français et néerlandais ne concordent pas: "l'autorisation, la déclaration ou le permis requis" / "vereiste vergunning of aangifte". Il y a lieu d'y remédier.

7.3. Une autorisation tacite n'est pas non plus conciliable avec les exigences de la directive 85/337 [(25)] (évaluation de l'incidence sur l'environnement) car elle intervient au cours de procédures d'évaluation préalables à l'octroi d'autorisations. Il y a lieu de compléter le projet afin que soit élaborée, pour les projets de gestion du risque et d'assainissement (assainissement normal et limité) contenant un projet qui relève du champ d'application de la directive 85/337/CE, une procédure d'évaluation des incidences sur l'environnement qui répond aux prescriptions de cette directive.

Une observation analogue peut être formulée à l'égard des mesures de sécurité visées à l'article 49.

8. L'article 3, 30/ et 31/, du projet établit le principe selon lequel les experts en pollution du sol doivent être agréés et les entrepreneurs en assainissement du sol enregistrés. Il incombe aux auteurs du projet de vérifier si le système d'agrément et d'enregistrement ne relève pas du champ d'application de la directive services 2006/123/CE [(26)]. Si tel est le cas, ces systèmes doivent être élaborés conformément à la directive précitée et être notifiés à la Commission européenne.

9. 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, signée à Aarhus le 25 juin 1998, impose, en son article 6, la participation du public dans les procédures d'octroi d'autorisations d'activités du type de celles énumérées à l'annexe I de cette Convention. Figurent, entre autres, aussi dans cette annexe, des activités relatives à la gestion des déchets.

Le projet soumis pour avis dispose que si le projet de gestion du risque (article 36), le projet d'assainissement (article 44) ou le projet d'assainissement limité (article 64) comprend des installations, des actes ou des travaux soumis à autorisation en exécution de la loi du 26 mars 1971 sur la protection des eaux souterraines, à déclaration

---

(25) Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

(26) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

environnementale, à permis d'environnement ou à permis d'urbanisme, la déclaration de conformité vaut l'autorisation, la déclaration ou le permis requis.

Une règle analogue s'applique aux mesures de sécurité pour lesquelles la décision de l'Institut vaut l'autorisation, la déclaration ou le permis requis (article 49, § 1er, dernier alinéa).

En ce qui concerne ces "dispositions d'équivalence", on n'aperçoit pas comment est réglée la participation du public au processus décisionnel pour les activités figurant à l'annexe I de la Convention d'Aarhus.

L'article 51 du projet contient, certes, des dispositions relatives à la formulation d'un avis dans le cadre de projets de gestion du risque et d'assainissement, mais celles-ci ne répondent pas aux prescriptions de l'article 6 de la Convention d'Aarhus en matière de participation du public.

Il convient de remanier le projet sur ces points de manière à remplir l'obligation de participation du public, imposée par la Convention d'Aarhus pour les procédures d'autorisation qui y sont visées.

EXAMEN DU TEXTE

Chevauchement avec d'autres réglementations

10. Selon l'article 2, alinéa 3, du projet, l'ordonnance "s'applique sans préjudice d'autres législations plus strictes régissant ces matières". L'exposé des motifs donne l'exemple de la future ordonnance relative à la responsabilité environnementale (voir point 3 ci-dessus).

Par ailleurs, il faut attirer l'attention sur l'ordonnance du 7 mars 1991 relative à la prévention et à la gestion des déchets. Comme il peut se déduire de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, des substances déversées, même de façon non intentionnelle, et à l'origine d'une pollution des terres sont considérées comme des déchets au sens de la directive 2006/12/CE [(27)]. Il en va de même pour les terres polluées

---

(27) Directive 2006/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative aux déchets.

par des déchets [28]. Il ressort des libellés de l'ordonnance du 7 mars 1991 que les sols pollués relèvent de ces dispositions. Il appartient aux auteurs du projet d'examiner plus en profondeur le chevauchement entre le régime en projet et l'ordonnance du 7 mars 1991, compte tenu des prescriptions du droit européen relatives aux déchets. Si cet examen devait révéler qu'aucune adaptation du projet n'est nécessaire, les raisons gagneraient à en être précisées dans l'exposé des motifs.

Le régime de la décision tacite

11. Le projet contient un certain nombre de dispositions où il est fait usage du procédé de la décision ou de l'approbation dite "tacite":

- article 15, § 5: conclusions reconnaissance de l'état du sol;
- article 26, § 2, alinéa 2: demande de prolongation du délai pour réalisation d'une étude détaillée;
- article 27, § 3: conformité étude détaillée;
- article 30, § 2, alinéa 2: demande de prolongation du délai pour réalisation d'une étude de risque;
- article 31, § 3: conformité étude de risque;
- article 34, § 2, alinéa 2: demande de prolongation du délai pour rédaction d'un projet de gestion du risque;
- article 35, § 1er, alinéa 2: conformité projet de gestion du risque;
- article 38, § 3, alinéa 3: demande d'adaptation des mesures de gestion du risque;
- article 38, § 4, alinéa 3: approbation proposition d'adaptation des mesures de gestion du risque;
- article 40, § 2: déclaration finale dans le cadre de la gestion du risque;
- article 42, § 2, alinéa 2: demande de prolongation des délais pour rédaction d'un projet d'assainissement,
- article 43, § 1er, alinéa 2: conformité projet d'assainissement;
- article 46, § 3, alinéa 3: demande d'adaptation des travaux d'assainissement;
- article 46, § 4, alinéa 3: proposition d'adaptation des travaux d'assainissement;
- article 48, § 2: déclaration finale dans le cadre d'un assainissement;

---

(28) CJCE, *Van de Walle*, 7 septembre 2004, *Jur.* I - 7613. Voir L. LAVRYSEN, T. MALFAIT et H. VAN LANDEGHEM, *Het begrip 'afvalstof' ontsluierd*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 39 - 41 et 98 - 99.

- article 61, § 1er, alinéa 2: octroi d'une dispense de la réalisation d'une reconnaissance de l'état du sol ou pour limiter le contenu de cette étude dans le cas d'une copropriété;
- article 63, § 3, alinéa 2: conformité projet d'assainissement limité;
- article 65, § 4, alinéa 2: conformité évaluation finale des travaux d'assainissement limité.

Les auteurs du projet doivent êtres conscients, outre des objections précitées (voir le point 7) qu'il soulève, des divers inconvénients inhérents à l'utilisation du procédé de décision tacite [(29)].

Tout d'abord, cette manière de procéder ne contribue pas à la sécurité juridique, ne fût-ce qu'en raison de l'absence d'une quelconque décision écrite, ce qui pourrait donner lieu à des problèmes quant à l'administration de la preuve, et parce qu'en principe une décision tacite ne doit pas être notifiée ni publiée dans les mêmes formes qu'une décision ordinaire, avec toutes les conséquences qui en découlent en termes d'accessibilité et de contestation de telles décisions tacites. Le procédé de la décision tacite risque de ce fait d'impliquer davantage une violation des intérêts de tiers, lesquels sont susceptibles d'être affectés d'une manière certes implicite, mais non moins importante.

Par ailleurs, le procédé de l'autorisation tacite est susceptible de se heurter à l'intérêt général dans la mesure où un tel procédé peut emporter que certaines décisions soient prises de manière implicite sans préparation minutieuse ni mise en balance de tous les intérêts en présence. En outre, toutes les matières ne se prêtent pas à une décision tacite.

Pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être évoqués, il n'est pas indiqué non plus de prévoir, comme le font les articles 55, § 3, alinéa 2, et 56, § 3, alinéa 2, du projet, une procédure de recours pouvant donner lieu à une décision tacite.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu que les auteurs du projet réexaminent les articles du projet qui ont recours au procédé de la décision tacite.

---

(29) Voir notamment I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Bruges, die Keure, 1992, p. 221 et s.

Article 3

12.1. Vu le rôle central joué par le "titulaire d'obligations" dans la réglementation en projet, il convient de l'identifier de manière univoque. Le délégué a expliqué qu'il fallait pour cela se référer aux articles 20 à 22 du projet. Mieux vaudrait dès lors définir le "titulaire d'obligations" à l'article 3 comme étant "la personne identifiée aux articles 20 à 22".

12.2. À l'article 3, 29/, seul le texte néerlandais fait mention du "recht van bewoning".

Article 28, alinéa 3

13. Dans le texte néerlandais, on ajoutera les mots "in artikel 31" entre les mots "de" et "bedoelde termijn".

Chapitre VIII - Recours

14.1. Ce chapitre organise un recours administratif devant le Collège d'environnement et ensuite auprès du gouvernement. L'article 57 fixe les délais pour l'introduction des recours.

14.2. Compte tenu des éventuels recours qui sont susceptibles d'être introduits en vertu de l'article 55, § 1er, l'article 57 doit être complété par un certain nombre d'hypothèses.

Par exemple, l'article 57 ne précise pas quand le délai commence à courir pour l'introduction d'un recours contre les décisions visées à l'article 55, § 1er, alinéa 1er, quatrième tiret, et contre des décisions tacites (à la suite du dépassement du délai pour la prise de cette décision).

14.3. La première et la deuxième phrase de l'article 57, § 2, sont contradictoires. Selon la première phrase, le recours même a un effet suspensif. Selon la deuxième phrase, la suspension est ordonnée par le président du Collège d'environnement ou par le membre qu'il désigne à cette fin. Il faut éliminer cette contradiction.

Article 75

15. L'article 75 punit d'un emprisonnement de un mois à cinq ans et d'une amende de 100 euros à 10 millions euros ou d'une de ces peines seulement, "celui qui contrevient aux obligations établies en vertu de la présente ordonnance et de ses arrêtés d'exécution". Les peines applicables sont identiques, qu'il s'agisse par exemple d'une infraction matérielle ou, simplement, de l'inaccomplissement d'une formalité. L'ordonnance en projet prévoit que ces peines s'appliqueront aussi à toutes les obligations résultant des arrêtés d'exécution que le gouvernement doit encore prendre.

La disposition en projet se heurte à un certain nombre de prescriptions constitutionnelles et conventionnelles [(30)] qui imposent non seulement que le législateur désigne de manière précise, claire et prévisible les comportements incriminés, mais aussi que la peine ne soit pas disproportionnée par rapport aux faits commis.

[(30)] Voir notamment les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution, l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre, président,
	P. LEMMENS,	président de chambre,
	J. CLEMENT,	conseiller d'État,
	A. SPRUYT,	assesseur de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme K. BAMS.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. SMETS, conseiller d'État.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES M. VAN DAMME