LC

ROYAUME DE BELGIQUE
– – – – – – – – – –

AVIS 48.349/4 à 48.352/4
DU 7 JUIN 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, le 1er juin 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur :

- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale "modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 juillet 2008 relatif à l'agrément des auteurs de recherches archéologiques" (48.349/4);

- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale "modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 juillet 2008 relatif à l'autorisation d'entreprendre des fouilles ou sondages archéologiques" (48.350/4);

- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale "modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 décembre 1995 relatif à l'agrément des auteurs de projet de plans communaux de développement et des rapports sur les incidences environnementales y afférentes" (48.351/4);

- un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale "modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 18 mai 2006 relatif à l'agrément des auteurs de projet de plans particuliers d'affectation du sol et de rapports sur les incidences environnementales y afférentes" (48.352/4),

a donné l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, cette motivation, telle qu'elle figure dans la lettre de demande d'avis, est la suivante :

> "Cette urgence est motivée par la mise en demeure de la Commission européenne du 28 janvier 2010 pour non communication des mesures de transposition intégrales de la directive 2006/123/CE".

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/, 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 des projets, 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, les projets appellent les observations ci-après.

1. La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après, la directive "services") ne constitue pas le fondement juridique des arrêtés en projet.

Cette directive ne doit dès lors pas être mentionnée dans les visas des préambules des arrêtés en projet, mais peut comme c'est déjà le cas, être mentionnée dans les considérants de ceux-ci.

Aux préambules des arrêtés en projet, les visas qui mentionnent la directive "services" seront omis.

2. Les textes en projet ont pour objet de modifier certaines dispositions réglementaires de droit bruxellois en vue d'assurer la transposition partielle de la directive "services".

La saisine de la section de législation est donc ici limitée aux modifications que les textes en projet envisagent d'apporter aux textes concernés.

Il en résulte qu'il n'appartient pas à la section de législation de se prononcer sur les dispositions en vigueur, mais uniquement sur les modifications qu'il est envisagé d'apporter à celles-ci. Il s'ensuit donc, à titre d'exemple, que le présent avis n'examinera pas la conformité à la directive "services", des régimes d'autorisation ou d'agrément ici visés, dès lors que l'exigence de ces agréments ou autorisations résulte déjà de dispositions en vigueur.

C'est sous cette réserve que les observations qui suivent sont formulées [(1)].

2.1. Chacun des arrêtés en projet comporte un article qui vise à insérer dans l'arrêté dont il envisage la modification, une disposition prévoyant que :

> "L'absence de décision dans ce délai n'entraîne pas l'octroi de l'agrément [de l'autorisation]".

L'auteur des projets entend ainsi faire usage de la possibilité de dérogation que l'article 13, paragraphe 4, de la directive "services" offre aux États membres. Cet article 13 figure au chapitre III de la directive, chapitre relatif à la liberté d'établissement des prestataires et dispose comme suit :

> "En l'absence de réponse dans le délai prévu, éventuellement prolongé, conformément au paragraphe 3, l'autorisation est considérée comme octroyée. Toutefois, un régime différent peut être prévu lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie".

---

(1) Voir, en un sens similaire, l'avis 47.472/2, donné le 25 novembre 2009, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 10 décembre 2009 modifiant diverses législations en vue de transposer la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2009-2010, n/ 124/1, pp. 9-12).

Cette disposition impose donc aux États membres de mettre en place des régimes d'autorisations tacites, sauf dans les cas où ils peuvent justifier d'une raison impérieuse d'intérêt général.

Dans cette mesure, les textes en projet appellent les observations suivantes.

2.2. La section de législation a souvent rappelé qu'à défaut de disposition législative instaurant un régime de décision tacite, il n'appartient pas au seul pouvoir exécutif de mettre en place un tel régime.

En effet, lorsque l'habilitation que le législateur a conférée au Gouvernement pour régler une procédure d'octroi d'agrément ou d'autorisation ne prévoit pas expressément un régime de décision tacite, la procédure arrêtée par le Gouvernement ne peut, nécessairement et par hypothèse, mener à l'octroi tacite de l'agrément ou l'autorisation demandée. Une telle situation va de soi, sans même que le Gouvernement doive le prévoir expressément.

En l'espèce, les dispositions législatives qui procurent un fondement légal aux arrêtés dont la modification est envisagée [(2)] ne permettent pas au Gouvernement de mettre en place des régimes d'octroi tacite d'agrément ou d'autorisation. Par ailleurs, conformément à ces dispositions législatives, les arrêtés dont la modification est envisagée, tels qu'ils sont en vigueur, ne mettent pas en place, eux non plus, de régime d'octroi tacite d'autorisation ou d'agrément.

Il s'ensuit que les dispositions, qui dans les projets à l'examen entendent insérer des dispositions nouvelles prévoyant que l'absence de décision dans le délai requis n'entraîne pas l'octroi de l'agrément ou de l'autorisation, résultent déjà du droit régional en vigueur.

2.3. Par ailleurs, comme exposé ci-avant, l'article 13, paragraphe 4, de la directive "services" impose en principe aux États membres de mettre en place des régimes d'autorisations tacites, les États membres ne pouvant déroger à cette obligation que s'il existe, pour ce faire, des raisons impérieuses d'intérêt général, y compris l'intérêt légitime d'une tierce partie.

[(2)] À savoir, l'article 14 et l'article 243 du CoBAT.

Or, la seule justification invoquée par l'auteur des projets, justification qui figure aux préambules des arrêtés en projet, repose sur la circonstance que l'octroi automatique des agréments ou de l'autorisation concernés, risquerait de porter atteinte, selon le cas, à la préservation du patrimoine historique ou à la protection de l'environnement urbain et plus particulièrement de l'aménagement du territoire.

Ces justifications sont celles que peut invoquer l'État membre pour maintenir le principe même d'un régime d'autorisation; elles sont donc trop générales pour pouvoir justifier la dérogation à la règle prévue par l'article 13, paragraphe 4, de la directive "services".

Les raisons impérieuses d'intérêt général requises à l'article 9, paragraphe 1er, b) de la directive "services" ne peuvent en effet suffire à justifier le maintien de la dérogation à la règle prévue à l'article 13, paragraphe 4, de la directive "services", sans qu'il soit procédé à un examen particulier de la nécessité de cette dérogation.

2.4. En conclusion, de deux choses l'une :

- soit le Gouvernement est à même de justifier la nécessité de recourir au mécanisme dérogatoire prévu par l'article 13, paragraphe 4, de la directive "services" et il peut alors se comprendre, au regard du contexte particulier de cette directive, que le Gouvernement mettant en oeuvre ses habilitations, les projets stipulent expressément que l'absence de décision dans les délais requis n'entraîne pas l'octroi de l'agrément ou la délivrance de l'autorisation;

- soit cette nécessité ne peut être établie : dans ce cas, c'est au législateur ordonnanciel qu'il incombe d'intervenir pour prévoir le mécanisme d'autorisation ou d'agrément tacite tel que requis, en principe, par l'article 13, paragraphe 4, de la directive "services".

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE, L. DETROUX,	conseillers d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme A. VAGMAN, auditeur.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

C. GIGOT P. LIÉNARDY

LC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.349/4 tot 48.352/4
VAN 7 JUNI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 1 juni 2010 door de Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een ontwerp van

- besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 3 juli 2008 betreffende de erkenning van archeologische vorsers" (48.349/4);

- besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 3 juli 2008 betreffende de toestemming voor het uitvoeren van archeologische opgravingen en peilingen" (48.350/4);

- besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "tot vaststelling van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 7 december 1995 inzake de erkenning van de ontwerpers van de gemeentelijke ontwikkelingsplannen en van de desbetreffende milieueffectenrapporten" (48.351/4);

- besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering "tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 18 mei 2006 betreffende de erkenning van de ontwerpers van bijzondere bestemmingsplannen en van desbetreffende milieueffectenrapporten" (48.352/4),

heeft het volgende advies gegeven :

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief met de adviesaanvraag als volgt :

> "Cette urgence est motivée par la mise en demeure de la Commission européenne du 28 janvier 2010 pour non communication des mesures de transposition intégrales de la directive 2006/123/CE".

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van de ontwerpen, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna de "dienstenrichtlijn"), vormt niet de rechtsgrond van de ontworpen besluiten.

Deze richtlijn mag derhalve niet worden vermeld in de aanhefverwijzingen van de ontworpen besluiten, maar kan, zoals reeds het geval is, in de overwegingen ervan worden vermeld.

In de aanhef van de ontworpen besluiten dienen de verwijzingen waarin de dienstenrichtlijn worden vermeld te vervallen.

2. De ontworpen teksten hebben tot doel sommige reglementaire bepalingen van Brussels recht te wijzigen om de dienstenrichtlijn gedeeltelijk om te zetten.

De advisering door de afdeling Wetgeving is dus hier beperkt tot de wijzigingen die de ontworpen bepalingen in de betrokken teksten beogen aan te brengen.

Hieruit volgt dat het niet aan de afdeling Wetgeving staat om zich over de van kracht zijnde bepalingen uit te spreken, maar uitsluitend over de wijzigingen die men van plan is daarin aan te brengen. Dat leidt er dus bijvoorbeeld toe dat in dit advies niet onderzocht wordt of de hier bedoelde vergunning- of erkenningstelsels met de dienstenrichtlijn overeenstemmen, aangezien het vereiste van deze erkenningen of vergunningen reeds uit de van kracht zijnde bepalingen voortvloeit.

Het is onder dit voorbehoud dat de opmerkingen die volgen worden gemaakt [(1)].

2.1. Elk van de ontworpen besluiten bevat een artikel dat beoogt in het besluit waarvan het de wijziging ten doel heeft een bepaling in te voegen, luidende :

> "Het ontbreken van beslissing binnen deze termijn leidt niet tot de toekenning [het verlenen] van de erkenning [van de vergunning]".

---

(1) Zie ook advies 47.472/2, op 25 november 2009 door de afdeling Wetgeving van de Raad van State gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van het Waals Gewest van 10 december 2009 ter wijziging van diverse wetgevingen met het oog op het omzetten van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (*Parl. St.* Waals Parl. 2009-2010, nr. 124/1, blz. 9-12).

De steller van de ontwerpen beoogt aldus gebruik te maken van de mogelijkheid tot afwijking die artikel 13, lid 4, van de dienstenrichtlijn aan de lidstaten biedt. Dit artikel 13 staat in hoofdstuk III van de richtlijn, een hoofdstuk dat betrekking heeft op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het volgende bepaalt :

> "Bij het uitblijven van een antwoord binnen de overeenkomstig lid 3 vastgestelde of verlengde termijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij".

Deze bepaling verplicht dus de lidstaten om stelsels van stilzwijgende vergunning in te voeren, behalve in de gevallen waarin ze een dwingende reden van algemeen belang kunnen aantonen.

In dat opzicht geven de ontworpen teksten aanleiding tot de volgende opmerkingen.

2.2. De afdeling Wetgeving heeft er vaak aan herinnerd dat bij gebrek aan een wetsbepaling die een stelsel van stilzwijgende beslissing invoert, de uitvoerende macht op zijn eentje zo'n stelsel niet mag instellen.

Wanneer immers de machtiging die de wetgever aan de regering heeft verleend om een procedure tot toekenning van een erkenning of vergunning te regelen, niet uitdrukkelijk voorziet in een stelsel van stilzwijgende beslissing, kan de procedure vastgesteld door de regering, noodzakelijkerwijs en per definitie, niet leiden tot stilzwijgende toekenning van de gevraagde erkenning of vergunning. Een dergelijke situatie is vanzelfsprekend, zelfs zonder dat de regering dit uitdrukkelijk hoeft te bepalen.

In casu machtigen de wetsbepalingen die rechtsgrond opleveren voor de besluiten waarvan de wijziging wordt beoogd [(2)], de regering niet om stelsels van stilzwijgende toekenning van een erkenning of vergunning in te stellen. Overigens, overeenkomstig deze wetsbepalingen voeren de besluiten waarvan de wijziging wordt beoogd, zoals ze van kracht zijn, evenmin een stelsel in van stilzwijgende toekenning van een vergunning of erkenning.

---

(2) Namelijk artikel 14 en artikel 243 van het BWRO.

Hieruit volgt dat de bepalingen, die in de onderzochte ontwerpen tot doel hebben nieuwe bepalingen in te voegen waarin gesteld wordt dat het ontbreken van een beslissing binnen de vereiste termijn niet leidt tot toekenning van de erkenning of vergunning, reeds voortvloeien uit het van kracht zijnde gewestelijk recht.

2.3. Bovendien verplicht artikel 13, lid 4, van de dienstenrichtlijn, zoals hierboven gesteld, in principe de lidstaten om stelsels van stilzwijgende vergunning in te voeren, waarbij de lidstaten alleen van deze verplichting mogen afwijken indien er daartoe dwingende redenen van algemeen belang bestaan, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.

Welnu, de loutere wettiging aangevoerd door de steller van de ontwerpen, welke wettiging staat in de aanhef van de ontworpen besluiten, steunt op de omstandigheid dat het automatisch toekennen van de betrokken erkenningen of machtiging (lees : vergunning), naargelang het geval, het behoud van het historische erfgoed of van het stedelijk milieu en meer bepaald van de ruimtelijke ordening in het gedrang zou kunnen brengen.

Deze wettigingen zijn die welke de lidstaat kan aanvoeren om het beginsel zelf van een vergunningstelsel te handhaven; ze zijn dus te algemeen om de afwijking van de regel bepaald bij artikel 13, lid 4, van de dienstenrichtlijn te kunnen wettigen.

De in artikel 9, lid 1, b), van de dienstenrichtlijn vereiste dwingende redenen van algemeen belang kunnen immers niet volstaan om de handhaving te wettigen van de afwijking van de regel bepaald in artikel 13, lid 4, van de dienstenrichtlijn, zonder dat de noodzaak van deze afwijking in het bijzonder onderzocht wordt.

2.4. Kortom, het is van tweeën een :

- ofwel kan de regering aantonen dat het noodzakelijk is te werken met het afwijkingssysteem uit artikel 13, lid 4, van de dienstenrichtlijn en dan is het vanwege de bijzondere context van die richtlijn verstaanbaar dat aangezien de regering haar machtigingen ten uitvoer legt, de ontwerpen uitdrukkelijk bepalen dat het uitblijven van een beslissing binnen de gestelde termijnen, niet leidt tot toekenning van de erkenning of afgifte van de vergunning;

- ofwel kan deze noodzaak niet worden aangetoond : in dat geval komt het aan de ordonnantiegever toe om actie te nemen teneinde te voorzien in het systeem voor stilzwijgende vergunning of erkenning zoals dat in principe vereist wordt bij artikel 13, lid 4, van de dienstenrichtlijn.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE, L. DETROUX,	staatsraden,
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. A. VAGMAN, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

C. GIGOT P. LIÉNARDY