

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.439/4
DU 7 NOVEMBRE 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Développement durable et de la Fonction publique de la Région wallonne, le 10 octobre 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à la certification des bâtiments publics », a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, 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 ci-après.

Observations générales

1. Comme le précise son article 1^{er}, le texte en projet entend transposer partiellement la directive 2002/91/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 'sur la performance énergétique des bâtiments' (ci-après, la directive 2002/91/CE).

L'auteur du projet ne perdra toutefois pas de vue que cette directive sera abrogée à dater du 1^{er} février 2012 et sera alors remplacée par un cadre plus complet de droit européen, étant la directive 2010/31/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 'sur la performance énergétique des bâtiments', directive dont le calendrier des délais de transposition s'étale, selon les dispositions, du 9 juillet 2012 au 31 décembre 2015 ¹⁻².

2. Le 11 juillet 2011, la section de législation a donné un avis 49.868/4 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif à la certification des bâtiments non résidentiels existants'.

Dans cet avis 49.868/4, la section de législation a observé :

« La réglementation à l'agrément des personnes qui peuvent être chargées d'une mission de certificateur P.E.B. trouve un fondement légal dans l'article 237/30 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie (ci-après le 'C.W.A.T.U.P.E.').

Toutefois l'organisation des régimes d'agrément doit être appréciée au regard de 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 2006/123/CE).

¹ Voir les articles 28 et 29 de la directive 2010/31/UE.

² Voir en ce sens l'avis 49.868/4 donné le 11 juillet 2011 par la section de législation sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif à la certification des bâtiments non résidentiels existants'.

La section de législation a déjà examiné cette problématique dans différents avis. Il peut, à ce propos, être renvoyé, *mutatis mutandis*, aux observations formulées, entre autres dans l'avis 46.228/4, donné le 14 avril 2009 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 mai 2009 relatif à la gestion des sols, ainsi que dans l'avis 46.379/4, donné le 13 mai 2009, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 1^{er} juillet 2010 relatif aux conditions et modalités d'agrément des laboratoires ou organismes en matière de bruit.

En l'espèce, comme la section de législation l'a déjà souligné par le passé ³, il y a lieu d'avoir égard à l'article 10 de la directive 2002/91/CE, dont le texte en projet tend à assurer la transposition partielle, lequel dispose :

‘Les États membres font en sorte que la certification des bâtiments, l'élaboration des recommandations qui l'accompagnent et l'inspection des chaudières et des systèmes de climatisation soient exécutées de manière indépendante par des experts qualifiés et/ou agréés, qu'ils agissent à titre individuel ou qu'ils soient employés par des organismes publics ou des établissements privés’ ⁴.

Il en résulte que le droit européen lui-même impose que les ‘certIFICATEURS PEB’ soient des ‘experts qualifiés et/ou agréés’.

Toutefois, l'article 10 précité ne peut pas *a priori* permettre de déroger aux exigences de la directive 2006/123/CE concernant les aspects qui ne sont pas spécialement réglés par ledit article 10, comme par exemple, la détermination des conditions d'agrément ou la fixation des qualifications requises ⁵.

À cet égard, il convient de rappeler que la directive 2006/123/CE a fait l'objet de diverses mesures de transposition, parmi lesquelles le décret de la Région wallonne du 10 décembre 2009 visant à transposer la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (ci-après le décret du 10 décembre 2009).

³ Note infrapaginale 2 de l'avis cité : Voir l'avis 46.967/2/V, donné le 22 juillet 2009, sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 décembre 2009 ‘relatif à la certification des bâtiments résidentiels existants’.

⁴ Note infrapaginale 3 de l'avis cité : Voir, dans la directive 2010/31/UE, l'article 17 qui dispose comme suit :
« Experts indépendants

Les États membres font en sorte que la certification de la performance énergétique des bâtiments et l'inspection des systèmes de chauffage et des systèmes de climatisation soient exécutées de manière indépendante par des experts qualifiés et/ou agréés, qu'ils agissent en qualité de travailleurs indépendants ou qu'ils soient employés par des organismes publics ou des établissements privés.

Les experts sont agréés en tenant compte de leur compétence.

Les États membres mettent à la disposition du public des informations concernant la formation et les agréments. Ils veillent à ce que des listes régulièrement mises à jour d'experts qualifiés et/ou agréés ou d'entreprises agréées proposant les services de ces experts soient mises à la disposition du public ».

⁵ Note infrapaginale 4 de l'avis cité : Voir, notamment, à ce propos, l'article 3.1 et l'article 9.3 de la directive 2006/123/CE. En ce sens, voir l'avis 46.967/2/V précité.

Il ne ressort pas du dossier transmis à la section de législation que ce décret aurait été pris en compte lors de l'élaboration du texte en projet.

Celui-ci doit être intégralement réexaminé afin de garantir sa conformité à ce décret ».

Dans ce même avis 49.868/4, la section de législation a ensuite d'ores et déjà relevé plusieurs difficultés que le projet examiné alors présentait au regard du décret précité du 10 décembre 2009.

S'agissant du projet d'arrêté ici à l'examen, la note au Gouvernement ainsi que le dispositif du projet lui-même entendent tenir compte de la plupart des observations faites au regard du décret du 10 décembre 2009 par la section de législation dans son avis 49.868/4 précité ; ainsi, la note au Gouvernement et l'arrêté en projet comportent, selon le cas, des justifications ou des dispositions qui, au stade actuel du dossier et compte tenu des éléments à la disposition de la section de législation, peuvent apparaître comme étant *a priori* satisfaisants.

Il reste toutefois que toutes les observations figurant dans l'avis 49.868/4 et qui sont, *mutatis mutandis*, transposables au projet à l'examen, n'ont pas été prises en considération.

Ainsi, s'agissant de la liberté d'établissement, l'article 7, première phrase, du décret du 10 décembre 2009 est ainsi libellé :

« Les conditions d'octroi de l'autorisation pour un nouvel établissement ne peuvent pas faire double emploi avec les exigences et contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire de services en Belgique ou dans un autre État membre de l'Union européenne. [...] ».

Aucune disposition du texte en projet ne tend à garantir le respect de cette disposition.

Le texte en projet sera complété en conséquence.

Observations particulières

Préambule

1. À l'alinéa 1^{er} du préambule, il convient de viser précisément les articles 237/27, alinéa 2, 237/29, 237/30, alinéa 2, 237/31, alinéa 3, et 237/35, alinéa 1^{er}, du C.W.A.T.U.P.E.

2. À l'alinéa 2, il convient d'écrire :

« Vu l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 14 juin 2011 ; ».

Dispositif

Article 2

Articles 640 et 644 en projet

L'article 640, alinéa 2, en projet, prévoit que :

« Le Ministre établit les catégories de bâtiments visés ».

De deux choses l'une : soit la disposition entend habiliter le ministre à définir, en établissant des catégories, les bâtiments publics auxquels s'appliquent les dispositions décrétales. Le ministre ne peut toutefois se voir confier un pouvoir que le décret n'a pas habilité le Gouvernement à exercer.

Soit l'intention de l'auteur du projet est d'établir pour, l'application du présent projet, des sous-catégories, au sein de la catégorie « bâtiments publics » - en établissant le cas échéant une catégorie résiduaire de manière à ce qu'aucun bâtiment public n'échappe à la réglementation en projet -. Or, la section de législation n'aperçoit pas, en dehors de l'article 644, § 2, alinéa 2, en projet, qui habilite déjà spécialement le ministre à « distinguer des sous-catégories de bâtiments publics, en considération de leurs spécificités énergétiques », l'utilité qu'auraient pour l'application du projet les catégories que le ministre établirait en vertu de l'article 640, alinéa 2, en projet.

Cette disposition sera dès lors omise.

Article 642 en projet

Les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 237/28 du C.W.A.T.U.P.E. dispose comme suit :

« Art. 237/28. § 1^{er}. Pour tout bâtiment à construire ou en cours de construction, le propriétaire est tenu de disposer du certificat P.E.B. à l'issue des actes et travaux, selon les modalités visées à l'article 237/31.

Pour tout bâtiment existant, le propriétaire ou le titulaire de droit réel est tenu de disposer du certificat P.E.B., selon les modalités visées à l'article 237/31 :

- lors de l'établissement d'un acte qui confère un droit personnel de jouissance;
- lors de l'établissement de tout acte déclaratif, translatif ou constitutif d'un droit réel, à l'exclusion de l'hypothèque ou de l'antichrèse; ne sont toutefois pas visés les actes involontaires et les actes de partage pour sortir d'une indivision successorale.

En cas de location, le propriétaire est tenu de mettre le certificat P.E.B. à la disposition du candidat locataire sur simple demande de ce dernier.

§ 2. Pour tout bâtiment de service public ou d'équipement communautaire ainsi que tout bâtiment occupé par les pouvoirs publics, ouvert au public et d'une superficie utile totale supérieure à 1 000 m², un certificat P.E.B. valable doit être affiché de manière lisible et visible par le public.

[...] ».

Quant aux articles 237/30 et 237/31 du C.W.A.T.U.P.E., ils disposent comme suit :

« CHAPITRE II. - Mission du certificateur P.E.B.

Art. 237/30. Le certificateur P.E.B. est la personne physique ou morale, désignée par le déclarant, qui est chargée d'établir le certificat P.E.B. visé à l'article 237/31, alinéa 1^{er}.

Le Gouvernement agréé, selon les critères et la procédure qu'il arrête, les personnes qui peuvent être chargées d'une mission de certificateur P.E.B.

CHAPITRE III. - Procédures

Art. 237/31. Le propriétaire ou le titulaire de droit réel visé à l'article 237/28, § 1^{er}, ainsi que le propriétaire de tout bâtiment visé à l'article 237/28, § 2, désigne le certificateur P.E.B. chargé d'établir le certificat P.E.B.

Par dérogation à l'alinéa précédent, pour la construction d'un bâtiment neuf visé à l'article 237/10, le certificat est établi et notifié par tout fonctionnaire et agent désigné par le Gouvernement sur la base de la déclaration P.E.B. finale.

Le Gouvernement détermine les modalités d'application du présent article ».

L'article 642, en projet, est, pour sa part, rédigé en ces termes :

« Art. 642. Le certificateur PEB agréé de bâtiment public est désigné par le propriétaire du bâtiment sur proposition de l'occupant.

Lorsqu'un bâtiment abrite plusieurs occupants soumis à l'obligation d'affichage du certificat de bâtiment public, ces occupants établissent conjointement la proposition au propriétaire du bâtiment.

L'occupant propose au propriétaire au moins deux certificateurs PEB agréés de bâtiment public, sauf lorsqu'il dispose, en son sein, d'un certificateur interne de bâtiment public qu'il peut alors proposer seul.

Le propriétaire notifie son choix à l'occupant dans un délai de quinze jours après réception des propositions. L'occupant commande la réalisation du certificat et en supporte le coût.

Si le propriétaire ne fait pas part de son choix dans le délai imparti, l'occupant est autorisé à choisir un certificateur PEB agréé de bâtiment public parmi ceux qu'il avait proposés au propriétaire ».

Au regard des articles 237/28, 237/30 et 237/31 du C.W.A.T.U.P.E., l'article 642 en projet appelle les observations suivantes.

1. L'article 642 en projet distingue le « propriétaire » de l' « occupant », alors que les dispositions législatives précitées ne connaissent que les notions de « propriétaire », de « titulaire de droit réel » et de « déclarant ».

Plus encore, ces dispositions législatives n'imposent l'obligation d'être titulaire d'un certificat PEB qu'aux seuls « propriétaires » ou « titulaires de droit réel ».

S'agissant plus spécialement des bâtiments visés par le texte en projet, à savoir ceux visés à l'article 237/28, § 2, du C.W.A.T.U.P.E.⁶, la seule personne chargée par l'article 237/31 de désigner le certificateur PEB est le « propriétaire ».

Habilité à déterminer les « modalités d'application » l'article 237/31 du C.W.A.T.U.P.E., le Gouvernement peut prévoir que le choix du « propriétaire » du bâtiment

⁶ Voir l'article 640, alinéa 1^{er}, en projet.

concerné devra se faire, le cas échéant, après consultation du ou des occupants de ce bâtiment. Par contre, le Gouvernement ne peut aller jusqu'à autoriser l'occupant à choisir lui-même le certificateur, ni même jusqu'à prévoir que le choix du propriétaire ne pourra intervenir que sur « proposition » du ou des occupants du bâtiment. De même, le texte en projet ne peut faire supporter le coût du certificat par l'occupant. De tels mécanismes dépassent les simples « modalités d'application » de l'article 237/31 du C.W.A.T.U.P.E.

Dans la mesure où l'article 642 met en place ces deux mécanismes (proposition du ou des occupants et, le cas échéant, désignation du certificateur par le ou les occupants), cette disposition méconnaît l'article 237/31 du C.W.A.T.U.P.E.

L'article 643, § 1^{er}, alinéa 2 et § 2, appelle *mutatis mutandis* la même observation.

2. Pour rappel, l'article 237/31, alinéa 2, dispose que :

« Par dérogation à l'alinéa précédent, pour la construction d'un bâtiment neuf visé à l'article 237/10, le certificat est établi et notifié par tout fonctionnaire et agent désigné par le Gouvernement sur la base de la déclaration P.E.B. finale ».

L'arrêté en projet ne tient pas compte de l'exception ainsi prévue.

Il doit être revu et complété en conséquence.

3. S'agissant de l'intervention du « certificateur interne », prévue à l'article 642, alinéa 3, en projet, il est renvoyé à l'observation faite sous l'article 647 en projet.

Article 643 en projet

L'article 643, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, impose :

« Les indicateurs de consommation sont actualisés annuellement ».

Le texte en projet doit être complété pour préciser les modalités selon lesquelles ces indicateurs sont mis à jour.

Articles 645 et 646 en projet

À l'article 645 en projet, il est question d'une « base de données » tandis qu'à l'article 646 en projet, il est mentionné une « banque de données ».

Il y a lieu d'uniformiser la terminologie employée ⁷.

Article 647 en projet

1. La section de législation se demande, s'agissant d'une personne morale sollicitant un agrément en qualité de certificateur PEB externe, pourquoi il n'est pas prévu, à l'instar d'autres dispositions analogues ⁸, que la durée de la convention avec un certificateur PEB agréé doit être d'une durée au moins égale à celle de l'agrément.

2. L'article 647, § 3, en projet organise l'agrément des « certificateurs PEB internes de bâtiment public », à savoir, les personnes qui travaillent au sein de pouvoirs publics et qui, selon l'article 647, § 3, alinéa 2, en projet ne peuvent exercer leur mission que pour le pouvoir public au sein duquel ils travaillent.

La section de législation n'aperçoit pas comment, dans ces conditions, le « certificateur PEB interne de bâtiment public » pourrait répondre à l'exigence d'indépendance qui résulte de l'article 10 de la directive 2002/91/CE, article intitulé « Experts indépendants » et au terme duquel les États membres doivent « faire en sorte que la certification des bâtiments soit exécutée(...) de manière indépendante par des experts qualifiés et/ou agréés [...] ».

Si l'intention de l'auteur du projet se confirme de permettre à certains agents des pouvoirs publics de devenir « certificateurs agréés », le régime mis en place par le texte en projet doit être complété afin d'assurer l'indépendance de ces certificateurs « internes » du moins dans l'exercice de ces fonctions ⁹.

⁷ En ce sens, voir l'avis 49.868/4 déjà cité.

⁸ Voir l'article 583, § 3, du C.W.A.T.U.P.E. et l'article 618, § 2, en projet du C.W.A.T.U.P.E.

⁹ Comparer avec l'article 664 en projet.

Articles 651 et 658 en projet

L'article 651, alinéa 2, en projet, prévoit que :

« Lorsque le certificateur ne remplit plus les conditions d'agrément, son agrément est automatiquement caduc ».

Quant à l'article 658, alinéa 2, en projet, il dispose que :

« Lorsque le centre de formation ne remplit plus les conditions d'agrément, son agrément est automatiquement caduc ».

Ces dispositions appellent les observations suivantes.

1. Tout d'abord, la question se pose si, dans l'intention de l'auteur du projet, il est ou non nécessaire qu'une décision de l'autorité intervienne pour établir le constat de caducité.

Sur ce point, l'attention doit être attirée sur ce qu'une telle décision apparaît comme nécessaire afin de garantir la sécurité juridique à l'égard des tiers qui sont tenus de faire appel à un certificateur agréé ou un centre de formation agréé : il est ainsi essentiel que les tiers soient informés clairement et précisément de ce que, à dater de tel moment précis, le certificateur agréé a perdu son agrément. L'adoption d'une telle décision et la publicité à lui conférer se justifient d'autant plus au regard de la sécurité juridique que le texte en projet impose à l'administration de publier et de tenir à jour la liste des certificateurs agréés (article 650 en projet) et des centres de formations agréés (article 657, § 3, alinéa 2, en projet).

2. Par ailleurs, un régime de « caducité » ou de déchéance de plein droit n'est en principe admissible que lorsqu'il s'agit de vérifier l'existence de circonstances purement objectives, non susceptibles de donner lieu à contestation.

Tel n'est pas le cas en l'espèce pour toutes et chacune des conditions d'agrément concernées.

Ainsi, plus spécialement, les conditions d'agrément des centres de formation, énumérées à l'article 656, alinéa 1^{er}, 1°, 2° et 4°, en projet, ne sont pas susceptibles d'un tel constat direct et objectif mais laisse place à une appréciation non négligeable de l'autorité.

Pour de telles conditions, un mécanisme de caducité ne peut se concevoir : dans une telle hypothèse, il appartient à l'autorité d'apprécier en quoi l'une ou l'autre

condition d'agrément ne serait plus remplie, tout en permettant préalablement au titulaire de l'agrément de faire valoir son point de vue sur cette question, en temps utile et en connaissance de cause, ce en vertu du principe d'équitable procédure.

3. Enfin, la question se pose de savoir comment combiner d'une part, l'article 651, alinéa 2, en projet, et les articles 666 et 667 en projet qui sont relatifs aux sanctions applicables aux certificateurs agréés et, d'autre part, l'article 658, alinéa 2, en projet, et l'article 659, en projet, qui est relatif à la suspension et au retrait de l'agrément du centre de formation.

L'auteur du projet doit prendre clairement attitude sur ce point.

4. Les articles 651 et 658 en projet seront revus à la lumière des observations qui précèdent.

Article 656 en projet

1. À l'article 656, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, il est question de « formations permanentes ». L'article 663 en projet se réfère, par ailleurs, à la notion de « formation continue ». Il convient d'assurer une uniformité en la matière ¹⁰.

2. L'article 656, alinéa 2, en projet est rédigé comme suit :

« Le Ministre est habilité à préciser les modalités pratiques d'organisation des formations et examens visés aux articles 652 à 655 ».

Afin d'être certain qu'en aucun cas un large pouvoir d'appréciation soit laissé aux centres de formations agréées en ce qui concerne les formations à organiser, et afin de garantir que la détermination du contenu et de l'organisation des formations répondent aux exigences de non-discrimination, clarté, non-ambiguïté, objectivité, transparence, accessibilité et publicité inscrites aux articles 5 et 6 du décret du 10 décembre 2009 'visant à transposer la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur', la disposition à l'examen doit être rédigée en ce sens qu'elle n'offre pas une simple possibilité au Ministre, mais qu'elle l'oblige à préciser les modalités considérées.

¹⁰ En ce sens, voir l'avis 49.868/4 déjà cité.

L'article 656, alinéa 2, doit donc être rédigé comme suit :

« Le Ministre précise les modalités pratiques d'organisation des formations et examens visés aux articles 652 à 655 ».

Article 3

L'article 3 à l'examen instaure un régime transitoire concernant les conditions que doivent remplir les membres du « personnel enseignant » des centres de formation visés aux articles 652 et suivants, en projet, du C.W.A.T.U.P.E.

Ainsi, selon l'article 656, 3°, en projet, pour être agréé, le centre de formation doit, entre autres, « disposer du personnel enseignant titulaire à la fois d'un des agréments visés à l'article 647, § 1^{er}, 1° [en projet], depuis deux ans au moins, et d'un agrément en tant que certificateur PEB externe de bâtiment public depuis un an ».

L'article 3 de l'avant-projet dispose que cette condition s'appliquera au plus tard un an après que le premier centre de formation aura été agréé, et qu'« entre-temps, le personnel enseignant [sera] puisé dans la réserve constituée par l'administration ».

Le système mis en place, spécialement la condition imposée par l'article 656, 3°, en projet, nécessite, d'évidence, la mise en place d'un régime transitoire.

Toutefois ce régime ne peut être celui prévu par l'article 3 du projet. En effet, en ne fixant pas les critères de constitution de la « réserve » concernée, la disposition à l'examen revient à conférer à l'administration un large pouvoir réglementaire ¹¹.

Le texte en projet doit être complété de sorte qu'il précise les conditions dans lesquelles la « réserve » concernée est constituée. Ceci étant précisé, le texte en projet pourra, le cas échéant, habiliter le Ministre à régler les modalités accessoires de constitution de cette « réserve » ¹².

¹¹ Concernant des dispositions conférant au Ministre ou à l'administration des habilitations non admissibles ou excessivement larges, voir notamment l'avis 46.967/2/V précité.

¹² Voir en ce sens l'avis 49.868/4 déjà cité.

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
	Y. DE CORDT,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY