

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.712/4
DU 4 JANVIER 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Environnement, de l'Aménagement du Territoire et de la Mobilité de la Région wallonne, le 30 novembre 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à diverses mesures d'exécution du décret du 3 avril 2009 relatif à la protection contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les rayonnements non ionisants générés par des antennes émettrices stationnaires », 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°, 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.

Observation générale

L'arrêté en projet organise un régime d'agrément pour deux catégories d'activités, à savoir la mission consistant à « tester ou contrôler des appareils ou des établissements susceptibles de produire des rayonnements non ionisants » et celle consistant à « tester ou contrôler des appareils destinés à atténuer ou absorber des rayonnements non ionisants ».

La réglementation de ces agréments peut trouver un fondement légal dans les dispositions législatives mentionnées au préambule du projet.

Toutefois, au regard du droit européen, l'organisation de ce régime 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'.

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', 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', ainsi que dans l'avis 49.868/4, donné le 11 juillet 2011 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 octobre 2011 'relatif à la certification des bâtiments non résidentiels existants'.

À cet égard, il convient de rappeler que la directive 2006/123/CE précitée 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).

À ce propos, le projet soulève plusieurs questions et difficultés au regard du décret du 10 décembre 2009.

S'agissant de la liberté d'établissement

1° L'article 5 du décret du 10 décembre 2009 dispose comme suit :

« Art. 5. Les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire.

Ces critères sont :

- 1° non discriminatoires ;
- 2° justifiés par une ou plusieurs raison(s) impérieuse(s) d'intérêt général ;
- 3° proportionnels à cet objectif d'intérêt général ;
- 4° clairs et non ambigus ;
- 5° objectifs ;
- 6° rendus publics à l'avance ;
- 7° transparents et accessibles ».

Il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de démontrer que les conditions qui doivent être réunies en vue de l'octroi de l'agrément répondent effectivement à chacune des conditions imposées par cette disposition décréte.

2° L'article 7 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. Le coordinateur régional et ou le coordinateur fédéral ainsi que le prestataire assistent l'autorité compétente en fournissant les informations nécessaires sur ces exigences ».

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

3° L'article 10 du décret du 10 décembre 2009 prévoit que

« Toute demande d'autorisation fait l'objet d'un accusé de réception dans les dix jours ouvrables de son dépôt.

L'accusé de réception indique :

- 1° la date à laquelle la demande a été reçue ;

- 2° le délai dans lequel la décision doit intervenir ;
- 3° les voies de recours, les instances compétentes pour en connaître ainsi que les formes et délais à respecter ;
- 4° s'il y a lieu, la mention qu'en l'absence de réponse dans le délai prévu, éventuellement prolongé, l'autorisation est considérée comme octroyée.

En cas de demande incomplète, le demandeur est informé dans les plus brefs délais du besoin de fournir des documents complémentaires qui sont nécessaires à l'examen de sa demande, du temps dont il dispose pour ce faire ainsi que des conséquences sur le délai visé à l'alinéa 2.

En cas de rejet d'une demande au motif qu'elle ne respecte pas les procédures ou formalités nécessaires, le demandeur en est informé dans les plus brefs délais ».

Le texte en projet n'est pas conforme à cette disposition législative dans la mesure où :

- L'article 12 du projet prévoit que « L'administration envoie au demandeur sa décision sur le caractère complet et recevable de la demande dans un délai de vingt jours à dater du jour où elle reçoit la demande conformément à l'article 9 » et que « Si la demande est incomplète, l'administration indique au demandeur les renseignements ou documents manquants » ; cette disposition prévoit donc l'adoption d'une « décision statuant sur le caractère complet et recevable de la demande », et non la délivrance d'un « accusé de réception », qui, par hypothèse, contiendrait les mentions requises par l'article 10, alinéa 2, du décret du 10 décembre 2009 ; elle méconnaît donc cet article 10, alinéa 2 ;
- S'agissant des délais, l'article 12 du projet méconnaît l'article 10, alinéas 1^{er}, 3 et 4, du décret du 10 décembre 2009.

4° L'attention de l'auteur du projet est enfin attirée sur ce que, selon l'article 11, alinéa 4, du décret du 10 décembre 2009,

« Sans préjudice des décrets, arrêtés ou règlements particuliers justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général, en l'absence de réponse dans le délai prévu par les décrets, arrêtés ou règlements, l'autorisation est considérée comme octroyée ».

S'agissant de la libre prestation de services

L'article 15 du décret du 10 décembre 2009 dispose comme suit :

« Art. 15. § 1^{er}. La prestation de service ne peut pas être subordonnée à des exigences qui ne satisfont pas aux principes suivants :

1° la non-discrimination : l'exigence ne peut être directement ou indirectement discriminatoire en raison de la nationalité ou, dans le cas des personnes morales, en raison de l'État membre dans lequel elles sont établies ;

2° la nécessité : l'exigence doit être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement ;

3° la proportionnalité : l'exigence doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

§ 2. La libre prestation des services fournis par un prestataire établi dans un autre État membre de l'Union européenne ne peut pas être restreinte par l'une des exigences suivantes :

1° l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement en Région wallonne ;

2° l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de l'autorité compétente de la Région wallonne, y compris une inscription dans un registre ou auprès d'un ordre ou d'une association professionnels existant en Région wallonne, sauf dans les cas visés par le présent décret ou régis par le droit communautaire ;

3° l'interdiction pour le prestataire de se doter en Région wallonne d'une certaine forme ou d'un certain type d'infrastructure, y compris d'un bureau ou d'un cabinet d'avocats, dont le prestataire a besoin pour fournir les services en question ;

4° l'application d'un régime contractuel particulier entre le prestataire et le destinataire qui empêche ou limite la prestation de service à titre indépendant ;

5° l'obligation, pour le prestataire, de posséder un document d'identité spécifique à l'exercice d'une activité de service délivré par l'autorité compétente de la Région wallonne ;

6° les exigences affectant l'utilisation d'équipements et de matériel qui font partie intégrante de la prestation du service, à l'exception de celles nécessaires à la santé et la sécurité au travail ;

7° les restrictions à la libre prestation des services visées à l'article 23 ».

Il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de démontrer que les conditions d'agrément prévues par le texte en projet répondent effectivement aux exigences de l'article 15, § 1^{er} ¹.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

1. De l'accord de la déléguée du ministre, l'article 2, 2°, serait mieux rédigé comme suit :

« 2° laboratoire : toute personne, tout organisme public ou privé ou tout laboratoire remplissant l'une des missions visée à l'article 1^{er} ».

2. Au 4°, il convient, comme dans l'ensemble du projet, de parler d'une « antenne émettrice stationnaire ».

Article 3

1. L'article 3 du projet est libellé en ces termes :

« Art. 3. L'agrément des laboratoires est accordé par l'administration aux conditions fixées par le présent arrêté pour une durée qu'elle précise et qui ne peut excéder cinq ans ».

2. La question se pose de savoir si le pouvoir ainsi conféré à l'administration en ce qui concerne la durée de l'agrément est un pouvoir de décision à portée individuelle - au cas par cas -, ou à portée réglementaire.

¹ S'agissant d'une observation similaire, voir l'avis 49.868/4 précité.

Sur ce point, il y a lieu de prendre en considération l'article 9, alinéa 3, du décret du 3 avril 2009 'relatif à la protection contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les rayonnements non ionisants générés par des antennes émettrices stationnaires' (ci-après, le décret du 3 avril 2009), que l'arrêté en projet se donne pour fondement juridique et qui prévoit que

« Le Gouvernement détermine :

- 1° les règles d'octroi, de suspension et de retrait de l'agrément ;
- 2° la durée de validité de l'agrément, qui ne peut excéder cinq ans ;
- 3° les modèles de protocole de mesures et le contenu des rapports établis par les personnes, les laboratoires ou les organismes publics ou privés agréés ».

Par ailleurs, l'article D.147, alinéa 1^{er}, du livre I^{er} du Code de l'environnement, que l'arrêté en projet se donne aussi pour fondement légal, dispose que :

« Le Gouvernement arrête les règles d'agrément des laboratoires chargés des analyses officielles ».

Il résulte des termes de ces dispositions que les pouvoirs ainsi conférés au Gouvernement sont de nature réglementaire.

Le respect du principe d'égalité ainsi que la sécurité juridique imposent également que la durée de l'agrément de laboratoires qui répondent tous - par hypothèse - à des conditions identiques d'agrément, arrêtées par voie réglementaire, soit fixée par voie générale et abstraite, c'est-à-dire, par voie réglementaire également.

Or, comme la section de législation l'a souvent rappelé, aucun pouvoir réglementaire ne peut être conféré à l'administration.

Par ailleurs, la solution qui consisterait à habiliter le ministre à arrêter lui-même, par voie réglementaire, la durée des agréments visés aboutirait à confier à celui-ci le pouvoir d'arrêter, seul, un élément déterminant du régime d'agrément mis en place.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient que la durée des agréments concernés soit fixée dans l'arrêté en projet, qui sera complété en conséquence.

3. Plutôt que de conférer un pouvoir de décision individuelle à l'administration dans son ensemble, il convient de viser plus précisément la ou les personne(s) qui au sein de cette administration dispose(nt) du pouvoir de décision.

Il est en conséquence suggéré, de remplacer les mots « l'administration » par les mots « le ministre ou son délégué ».

L'ensemble du projet sera réexaminé à la lumière de cette observation.

Article 5

La disposition à l'examen rend obligatoire à l'égard de ses destinataires la norme EN 50492 et ses révisions.

Il est ainsi fait référence à une norme qui n'a pas été publiée conformément à l'article 190 de la Constitution. Si la référence à la norme mentionnée est maintenue, les auteurs du projet devront veiller à ce que celle-ci soit aisément accessible et identifiable.

La même observation vaut pour les articles 6 et 21 du projet.

Article 12

L'article 12 du projet d'arrêté a trait au caractère complet et recevable de la demande d'agrément.

Il résulte de l'alinéa 3 de cette disposition que si l'administration estime à deux reprises successives que la demande est incomplète, elle la déclare irrecevable.

Quant à l'alinéa 4 de l'article 12, il prévoit que :

« Si la demande est irrecevable, l'administration indique au demandeur dans sa décision les motifs de l'irrecevabilité ».

Cet alinéa rappelle, en réalité, une règle qui résulte déjà de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs'.

Il n'appartient pas au Gouvernement wallon de rappeler une règle qui résulte déjà d'une disposition législative, qui plus est, fédérale.

L'alinéa 4 sera omis.

Article 17

Dans la phrase introductive du paragraphe 1^{er}, mieux vaut remplacer les mots « la possibilité » par les mots « l'intention ».

Article 30

L'article 30 en projet énumère les modes de communication des documents visés par l'arrêté en projet, modes de communication parmi lesquels figurent la « lettre recommandée avec accusé de réception » ainsi que le « recours à toute formule similaire permettant de donner date certaine à l'envoi et à la réception de l'acte, quel que soit le service de distribution du courrier utilisé ».

Il conviendrait, aux fins de garantir la sécurité juridique et le respect du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, de déterminer de manière précise les procédés qui sont admis en vue de donner date certaine à l'envoi et à la réception des documents concernés.

Article 31

Il va de soi que la disposition en projet doit être interprétée en ce sens que l'obligation imposée au responsable du laboratoire ne peut l'être que sous réserve des règles relatives à l'inviolabilité du domicile.

Article 32

L'article 32 est libellé comme suit :

« Art. 32. Les rapports établis par l'ISSeP en vertu de l'article 6 du décret, avant l'entrée en vigueur du présent arrêté sont valables jusqu'à leur terme.

Les demandes de rapports peuvent être adressées à l'ISSeP et traitées par ce dernier tant qu'aucun laboratoire n'a obtenu son agrément ».

Cette disposition doit être examinée au regard de l'article 110 du décret du 27 octobre 2011 'modifiant divers décrets concernant les compétences de la Wallonie', qui a modifié le décret du 3 avril 2009 et qui dispose que

« Les rapports établis conformément à l'article 6 du décret du 3 avril 2009 relatif à la protection contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les

rayonnements non ionisants générés par des antennes émettrices stationnaires, dans sa rédaction initiale et celle remplacée par le décret-programme du 22 juillet 2010, sont assimilés aux rapports établis par l'article 6 tel que modifié par le présent décret ».

Au regard de cette disposition, l'article 32 appelle les observations suivantes.

1. L'article 110 du décret du 27 octobre 2011 permet de considérer que, comme le prévoit l'article 32, alinéa 1^{er}, du projet,

« Les rapports établis par l'ISSeP en vertu de l'article 6 du décret, avant l'entrée en vigueur du présent arrêté sont valables jusqu'à leur terme ».

Il s'ensuit qu'en réalité, l'article 32, alinéa 1^{er}, du projet, se borne à rappeler une règle qui figure déjà dans une disposition législative, étant l'article 110 du décret du 27 octobre 2011 précité.

Comme la section de législation l'a souvent rappelé, il n'appartient pas au pouvoir exécutif de rappeler une règle qui résulte déjà d'une disposition législative.

L'alinéa 1^{er} de l'article 32 du projet sera donc omis.

2. L'article 6 du décret du 3 avril 2009 précité, tel que modifié par le décret du 27 octobre 2011 confie non pas à l'ISSeP, mais à « une personne, un laboratoire ou un organisme public ou privé agréé en vertu de l'article 9 [du même décret] » la rédaction d'un rapport.

À défaut d'une disposition législative transitoire expresse figurant dans le décret du 27 octobre 2011 et permettant qu'en l'absence de laboratoire agréé, l'établissement des rapports visés à l'article 6 précité, tel qu'en vigueur, puisse être confié à l'ISSeP, l'article 32, alinéa 2, du projet d'arrêté, ne peut prévoir que « les demandes de rapports peuvent être adressées à l'ISSeP et traitées par ce dernier tant qu'aucun laboratoire n'a obtenu son agrément ».

Cet alinéa sera donc omis lui aussi.

3. En conclusion, l'ensemble de l'article 32 sera omis.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président, président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A. WEYEMBERGH,	assesseurs de la section de législation,
Monsieur	Y. DE CORDT,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS