



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 64.927/4
du 30 janvier 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'instituant le
Code de la gestion des ressources du sous-sol'

Le 7 décembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Environnement, de la Transition écologique, de l'Aménagement du territoire, des Travaux publics, de la Mobilité, des Transports, du Bien-être animal et des Zonings de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 30 janvier 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 30 janvier 2019.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

Au vu de la très grande abondance des dossiers actuellement soumis à l'avis de la section de législation, il n'a pas été possible de procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet, même limité aux trois points indiqués dans l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Le présent avis se limite donc à l'examen de quelques questions particulièrement importantes. Il contient ainsi des observations générales quant à la poursuite de la codification du droit wallon de l'environnement et à des questions relatives à la méthode adoptée pour élaborer le Code de la gestion des ressources du sous-sol au regard, notamment, d'autres avant-projets de décrets soumis pour avis à la section de législation portant codification de différentes branches du droit de l'environnement wallon, avec lesquels le code ici à l'examen se situe dans un lien de forte interdépendance. Il comporte également deux observations relatives à l'accomplissement d'importantes formalités préalables et d'importantes observations d'ordre général ou particulier portant sur des dispositions de l'avant-projet qui comportent de véritables innovations de fond par rapport au droit existant¹ ou posent des difficultés au regard de l'évolution du cadre juridique international, européen ou interne, en termes notamment de répartition de compétences entre les différents niveaux de pouvoirs au sein de la Belgique.

Il va de soi que, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, il ne peut rien être déduit du silence gardé dans le présent avis sur certaines dispositions ou questions.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Pour cette raison, de nombreuses dispositions, largement inspirées du droit en vigueur, ne feront l'objet d'aucune observation. Il en va notamment ainsi des dispositions formant les articles D.XII 1 à 36 et les annexes 1^{ère} et 2 en projet. En effet, comme l'indique l'exposé des motifs, ces dispositions constituent pour l'essentiel une simple reproduction des dispositions contenues dans le décret du 10 juillet 2013 'relatif au stockage géologique du dioxyde de carbone'.

FORMALITÉS PRÉALABLES

I. Quant à l'obligation d'appliquer au décret en projet le régime d'évaluation environnementale fixé par la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 'relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement'

La directive 2001/42/CE impose aux États membres l'obligation de soumettre à une évaluation environnementale comprenant les divers éléments qu'elle fixe certains plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Selon l'article 2, a), de la directive, la notion de « plans et programmes » se définit ainsi :

« les plans et programmes, y compris ceux qui sont cofinancés par la Communauté européenne, ainsi que leurs modifications :

- élaborés et/ou adoptés par une autorité au niveau national, régional ou local ou élaborés par une autorité en vue de leur adoption par le parlement ou par le gouvernement, par le biais d'une procédure législative, et
- exigés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ».

L'article 3, paragraphes 2 à 5, de la directive détermine dans les termes suivants le champ d'application de l'obligation d'effectuer une évaluation environnementale :

« 2. Sous réserve du paragraphe 3, une évaluation environnementale est effectuée pour tous les plans et programmes :

a) qui sont élaborés pour les secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de la pêche, de l'énergie, de l'industrie, des transports, de la gestion des déchets, de la gestion de l'eau, des télécommunications, du tourisme, de l'aménagement du territoire urbain et rural ou de l'affectation des sols et qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 85/337/CEE pourra être autorisée à l'avenir ; ou

b) pour lesquels, étant donné les incidences qu'ils sont susceptibles d'avoir sur des sites, une évaluation est requise en vertu des articles 6 et 7 de la directive 92/43/CEE.

3. Les plans et programmes visés au paragraphe 2 qui déterminent l'utilisation de petites zones au niveau local et des modifications mineures des plans et programmes visés au paragraphe 2 ne sont obligatoirement soumis à une évaluation environnementale que lorsque les États membres établissent qu'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

4. Pour les plans et programmes, autres que ceux visés au paragraphe 2, qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets pourra être autorisée à l'avenir, les États membres déterminent s'ils sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

5. Les États membres déterminent si les plans ou programmes visés aux paragraphes 3 et 4 sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, soit en procédant à un examen au cas par cas, soit en déterminant des types de plans et programmes ou en combinant ces deux approches. À cette fin, les États membres tiennent compte, en tout état de cause, des critères pertinents fixés à l'annexe II, afin de faire en sorte que les plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement soient couverts par la présente directive ».

Dans un arrêt du 27 octobre 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que

« la notion de 'plans et programmes' se rapporte à tout acte qui établit, en définissant des règles et des procédures de contrôle applicables au secteur concerné, un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement »².

Elle a aussi relevé qu'

« il ressort du libellé même de l'article 2, sous a), premier tiret, de cette directive [...] que la notion de 'plans et programmes' peut recouvrir des actes normatifs adoptés par la voie législative ou réglementaire ».

La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé cette jurisprudence dans deux arrêts du 7 juin 2018³. Ces arrêts précisent que

« la notion d'ensemble significatif de critères et de modalités' doit être entendue de manière qualitative et non pas quantitative ».

Ils relèvent à cet égard qu'

« [e]n effet, il y a lieu d'éviter de possibles stratégies de contournement des obligations énoncées par la directive [...] pouvant se matérialiser par une fragmentation des mesures, réduisant ainsi l'effet utile de cette directive ».

² C.J., arrêt d'Oultremont e.a. c. Région wallonne, 27 octobre 2016, C-290/15, ECLI:EU:C:2016:816.

³ C.J., arrêt *Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a. c. Région de Bruxelles-Capitale*, 7 juin 2018, C-671/16, ECLI:EU:C:2018:403 ; et arrêt *Thybaut e.a. c. Région wallonne*, 7 juin 2018, C-160/17, ECLI:EU:C:2018:401. Pour une observation analogue, voir, en particulier, l'avis n° 60.146/4 donné le 30 novembre 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 décembre 2016 'formant la partie réglementaire du Code du développement territorial', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60146.pdf>. La section de législation s'est également prononcée plus récemment dans le même sens dans l'avis n° 63.928/2/V donné le 6 août 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'remplaçant l'annexe 1^{re} du décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols'.

En l'espèce, l'avant-projet entend, pour l'essentiel, régler les régimes de permis exclusifs requis pour l'exploration ou l'exploitation des ressources du sous-sol, en ce compris la post-gestion, tout en subordonnant par ailleurs à l'obtention préalable d'un permis d'environnement ou à l'introduction préalable d'une déclaration, ces explorations ou exploitations. Intervenant dans ce cadre, avec cet objet, et pouvant trouver à s'appliquer à la mise en œuvre de projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, il relève de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne. Partant, il doit se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE.

À cet égard, il y a lieu d'observer qu'en l'état, le droit régional wallon ne contient pas de disposition assurant la transposition de la directive 2001/42/CE en vue de l'application du régime que prévoit celle-ci à des réglementations telles que le décret en projet. Il conviendrait donc, avant toutes choses, d'adopter des dispositions à cette fin ⁴⁻⁵.

II. Quant à la consultation de l'Autorité de protection des données

L'article D.IV.1 en projet prévoit que le Gouvernement organise la collecte, la conservation sous forme de banque de données et la diffusion des données et informations relatives au sous-sol wallon, notamment les informations relatives au cadastre des concessions de mines, permis exclusifs, permis d'environnement associés et exploitation en cours, aux ouvrages souterrains d'exploitation, et aux carrières.

Par ailleurs, l'article D.VI.29 en projet impose au Gouvernement de mettre en place et de tenir un registre des permis exclusifs d'exploration et des permis exclusifs d'exploitation des ressources du sous-sol, accordés, cédés ou retirés.

Dans cette mesure, les obligations ainsi imposées au Gouvernement wallon en termes de collecte et de traitement de données porteront vraisemblablement sur des données à caractère personnel.

⁴ Pour une observation analogue, voir, en particulier, l'avis n° 60.146/4 donné le 30 novembre 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 décembre 2016 'formant la partie réglementaire du Code du développement territorial', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60146.pdf>. La section de législation s'est également prononcée plus récemment dans le même sens dans l'avis n° 63.928/2/V et dans l'avis n° 64.012/4 donné le 19 septembre 2018 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'fixant les conditions de diffusion du son amplifié électroniquement dans les établissements ouverts au public'.

⁵ C'est d'ailleurs l'intention exprimée par l'auteur de l'avant-projet de décret 'relatif au livre IX du Code de l'Environnement concernant le Code du permis d'environnement et modifiant le décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols, le décret du 24 mai 2018 transposant la directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et modifiant le décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement en ce qui concerne la dématérialisation et la simplification administrative et diverses dispositions, le Livre I^{er} du Code de l'Environnement et le CoDT' enrôlé sous le numéro 64.928/4 (ci-après : l'avant-projet de décret enrôlé sous le numéro 64.928/4) (voir le commentaire de l'article 9 de cet avant-projet). Pour autant que de besoin, il y a lieu de préciser que la question de savoir si la méthode retenue pour ce faire dans cet autre-avant projet de décret permet d'assurer la transposition correcte de la directive concernée n'est pas ici examinée.

Compte tenu de cet élément, la consultation de l'Autorité de protection des données est requise en vertu de l'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' ⁶, disposition revêtue d'un effet direct. Il s'agit d'une « formalité prescrite » au sens de l'article 84, § 3, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Il ne ressort pas du dossier transmis à la section de législation que la formalité requise a été accomplie.

Les auteurs de l'avant-projet veilleront au bon accomplissement de celle-ci ⁷.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. Quant à la poursuite de la codification du droit wallon de l'environnement et à quelques questions de méthode relatives à l'élaboration du Code de la gestion des ressources du sous-sol

1. Le Code de l'environnement comprend actuellement deux livres : le livre I^{er}, qui contient des « dispositions communes et générales », et le livre II, qui contient le « Code de l'eau ».

L'avant-projet de décret à l'examen tend à insérer un nouveau livre dans le Code de l'environnement.

Présenté comme appelé à former le livre III du Code de l'environnement, ce texte tend à constituer le Code de la gestion des ressources du sous-sol.

La poursuite de la codification du droit wallon de l'environnement et, en ce qui concerne quelques questions méthodologiques importantes, l'élaboration des règles en projet constituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol appellent les observations générales suivantes.

⁶ Ce règlement est applicable depuis le 25 mai 2018, conformément à son article 99, paragraphe 2.

⁷ Pour une observation analogue, voir l'avis n° 64.016/2 donné le 17 septembre 2018 sur une proposition de décret de la Région wallonne 'relatif à l'organisation de la consultation populaire régionale', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2017-2018, n° 1131/2, pp. 2 à 6, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64016.pdf>.

Quant à la poursuite de la codification du droit wallon de l'environnement et à l'insertion du livre en projet dans le Code de l'environnement

2.1. Dans l'avis n° 36.642/4-36.645/4 donné le 18 mars 2004 sur les avant-projets devenus, respectivement, le décret du 27 mai 2004 'relatif au livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau' et le décret du 27 mai 2004 'relatif au livre I^{er} du Code de l'environnement'⁸, la section de législation a formulé l'observation suivante :

« 1. L'exposé des motifs de chacun des avant-projets de décret à l'examen fait apparaître que ceux-ci partent du constat selon lequel 'le droit wallon de l'environnement a fait l'objet, au cours de ces dernières décennies, de multiples modifications destinées certes à le rendre plus complet et plus efficient mais qui l'ont progressivement déstructuré, complexifié et, finalement, transformé en un ensemble de normes peu accessible', de sorte que 'la tâche des praticiens chargés de développer, d'appliquer ou de faire respecter le droit de l'environnement est aujourd'hui singulièrement compliquée par cet éparpillement et ce manque de cohésion des textes, dont le nombre ne cesse d'augmenter'.

Par la codification envisagée, les auteurs des avant-projets souhaitent contribuer à améliorer cette situation.

Même si, par l'ampleur de l'entreprise, il n'est pas certain que l'œuvre de codification envisagée puisse être menée à terme pour l'ensemble des textes régissant le droit de l'environnement, l'objectif poursuivi est, en soi, sans aucun doute digne d'intérêt.

Selon l'exposé des motifs de chacun des avant-projets de décret à l'examen, ceux-ci sont conçus comme constituant une première étape de la codification du droit régional wallon de l'environnement, limitée, d'une part, à un certain nombre de 'dispositions communes et générales', appelées à former le livre I^{er} du Code de l'environnement et, d'autre part, à des dispositions relatives à la matière de l'eau, appelées à former le livre II de ce code – lequel livre serait intitulé 'Code de l'eau'. L'exposé des motifs précise que l'adoption d'autres livres est prévue ultérieurement pour couvrir d'autres aspects du droit de l'environnement.

Il y a lieu, à cet égard, de rappeler qu'un code se définit comme étant un 'corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière'⁹.

Un code se doit donc d'être cohérent, systématique et complet ».

Examinant le point de savoir si les projets de textes qui lui étaient soumis satisfaisaient à cette dernière condition, la section de législation a notamment observé ceci :

« En l'état, le code en projet ne couvre pas l'ensemble de la matière qu'il annonce se donner pour objet. Il est ainsi, pour l'heure, en défaut de constituer le corps complet de règles que requiert la notion même de code ; il est donc prématuré de faire d'ores et déjà état, dans un texte destiné à revêtir une portée juridique, de l'existence d'un tel code.

⁸ Avis n°s 36.642/4, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 696/1, pp. 168 à 175, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36642.pdf> et 36.645/4, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 695/1, pp. 43 à 50, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36645.pdf>.

⁹ *Note de bas de page n° 2 de l'avis cité* : Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de G. CORNU, 7e éd., P.U.F., 1998, v° Code.

Par ailleurs, à défaut d'avoir connaissance de tous les éléments appelés à constituer le Code de l'environnement et de la manière dont il est prévu de les articuler, il n'est pas possible d'apprécier en pleine connaissance de cause le caractère cohérent, systématique et complet de l'opération de codification envisagée.

Il est même, en l'état, difficile de savoir quelle est l'étendue exacte du champ d'application du code envisagé ».

Entre-temps, comme déjà indiqué, la Région wallonne a adopté les livres I^{er} et II du Code de l'environnement, le premier contenant des « dispositions communes et générales », et le second le « Code de l'eau ».

2.2. Il convient de signaler que la section de législation a été récemment saisie d'un autre avant-projet de décret, enrôlé sous le numéro 64.928/4. Cet avant-projet tend essentiellement à insérer, dans le Code de l'environnement, un livre IX ayant pour objet la codification des règles en matière de permis d'environnement.

Il ressort de l'exposé des motifs de cet autre avant-projet de décret que, près de quinze ans plus tard, le Gouvernement souhaite poursuivre et achever la codification de l'ensemble du droit wallon de l'environnement.

Cet exposé des motifs annonce, à cet égard, l'intention d'adopter sept nouveaux livres, selon le plan suivant :

- livre III : Sous-sol ;
- livre IV : Sol ;
- livre V : Air ;
- livre VI : Patrimoine naturel ;
- livre VII : Déchets-ressources ;
- livre VIII : Risques et nuisances ;
- livre IX : Permis d'environnement.

Il subsiste cependant de profondes incertitudes au sujet du plan que la Région wallonne entend suivre pour la poursuite et l'achèvement de la codification du droit de l'environnement.

Ainsi, l'exposé des motifs d'un troisième avant-projet de décret – l'avant-projet de décret 'relatif au Livre V du Code de l'Environnement constituant le Code Déchets-ressources', qui a donné lieu à l'avis n° 64.748/4 donné le 16 janvier 2019 – annonce, quant à lui, l'intention d'adopter neuf nouveaux livres, et ce selon un plan très différent, qui serait le suivant :

- livre III : Permis d'environnement ;
- livre IV : Sous-sol ;
- livre V : Déchets-ressources ;
- livre VI : Sol ;
- livre VII : Air ;
- livre VIII : Patrimoine naturel ;
- livre IX : Risques et nuisances ;
- livre X : Recherche, constatation, répression et mesures de réparations des infractions.

Il y a lieu de noter que, lorsque le dispositif du dernier avant-projet de décret cité fait référence aux dispositions relatives au permis d'environnement, il renvoie à un livre qui, conformément à ce qu'annonce son exposé des motifs, est présenté comme étant le livre III – et non pas le livre IX – du Code de l'environnement.

Près de quinze ans après l'adoption des deux premiers livres du Code de l'environnement, il est permis de se demander si ces hésitations à propos de la numérotation des livres de ce code qu'il est encore envisagé d'adopter, combinées avec l'absence d'information précise quant aux intentions de la Région wallonne en ce qui concerne la codification des règles dans d'autres matières que les déchets, le permis d'environnement et la gestion des ressources du sous-sol, ne sont pas le reflet d'une insuffisance d'aboutissement de la réflexion à mener et de l'organisation des mesures à prendre en vue de poursuivre et d'achever la codification de l'ensemble du droit wallon de l'environnement dans le cadre d'un dispositif qui, comme l'implique la notion même de code, se doit d'être cohérent, systématique et complet.

Quant à la méthode envisagée par les auteurs de l'avant-projet en vue d'élaborer le Code de la gestion des ressources du sous-sol

3.1. La codification que l'avant-projet de décret à l'examen suggère d'établir est une codification législative, appelée à être directement l'œuvre du législateur lui-même. À cette fin, l'article 1^{er} de l'avant-projet contient le texte appelé à former la partie décrétable du nouveau livre qu'il est envisagé d'insérer dans le Code de l'environnement.

La codification législative en projet entend remplacer, pour la Région wallonne, les lois 'sur les mines, minières et carrières' coordonnées le 15 septembre 1919, l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 83 du 28 novembre 1939 'relatif à la recherche et à l'exploitation des roches bitumineuses, du pétrole et des gaz combustibles', l'arrêté royal de pouvoirs spéciaux n° 84 du 28 novembre 1939 'portant obligation de déclarer les explorations du sous-sol', le décret du 9 mai 1985 'concernant la valorisation des terrils', le décret du 4 juillet 2002 'sur les carrières et modifiant certaines dispositions du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement' et le décret du 10 juillet 2013 'relatif au stockage géologique du dioxyde de carbone'. Dans cette perspective, les articles 17 à 22 de l'avant-projet prévoient l'abrogation de ces dispositions.

À lire l'exposé des motifs, l'opération de codification en projet intervient « à droit courant » et non pas à droit constant. Ainsi il ressort de l'exposé des motifs et du commentaire des articles que si plusieurs dispositions sont « inspirées » du droit en vigueur, celles-ci font, dans le texte en projet, l'objet de nombreuses « adaptations ». Par ailleurs, sur des points essentiels, comme le régime de droit de propriété sur les ressources naturelles du sous-sol et les régimes de permis exclusifs, ce sont des régimes nouveaux qui sont mis en place. Dans cet ordre d'idée, il n'est pas envisagé, comme c'est le cas pour d'autres avant-projets de codification soumis pour avis à la section de législation dans la foulée de l'avant-projet, que le Gouvernement soit habilité à « coordonner et mettre en concordance les dispositions décrétales visées à l'article 1^{er} avec les arrêtés du Gouvernement wallon relatifs au même objet, en y apportant les modifications qui se recommandent dans un but de simplification formelle, sans qu'il puisse être porté atteinte aux principes inscrits dans ces dispositions décrétales »¹⁰.

À l'inverse toutefois de ce qui vient d'être constaté, il convient de relever que certaines dispositions, dont le nombre n'est pas négligeable, reproduisent sans les modifier, si ce n'est le cas échéant en termes de renvois opérés à d'autres dispositions, des dispositions en vigueur. L'exemple le plus parlant réside dans les articles D.XII.1 à 36, et les annexes 1^{ère} et 2 au code, qui reproduisent presque textuellement le décret du 10 juillet 2013, dont l'abrogation est envisagée par l'article 22 de l'avant-projet à l'examen.

Le code en projet, qui se présente comme étant « à droit courant », entend ainsi intégrer en son sein, sans le modifier, un pan entier du droit wallon en vigueur.

3.2.1. Dans l'avis n° 36.642/4-36.645/4, la section de législation a observé ceci à propos de la technique de codification contenue dans ces avant-projets :

« 2. La notion de codification peut recouvrir des réalités juridiques fort différentes.

¹⁰ Comparer, à titre d'exemple, avec l'article 3 de l'avant-projet de décret enrôlé sous le numéro 64.928/4.

L'une des distinctions fondamentales à cet égard est celle qui doit être faite entre une codification 'créatrice', qui correspond à la volonté de créer des règles juridiques nouvelles et une codification 'à droit constant', qui tend à rassembler et ordonner des normes existantes sans créer de règles nouvelles¹¹.

Les codifications 'créatrices' sont l'œuvre de l'autorité qui a le pouvoir de prendre les règles nouvelles appelées à former le code.

Quant aux codifications 'à droit constant', elles sont généralement l'œuvre du pouvoir exécutif¹². Deux techniques s'offrent à celui-ci pour élaborer une codification 'à droit constant' de dispositions législatives : soit le législateur habilite expressément et de manière spécifique le pouvoir exécutif à opérer la codification envisagée, en précisant, le cas échéant, que celle-ci doit faire l'objet d'une confirmation ou ratification législative ; soit le pouvoir exécutif fait usage de la faculté générale que lui reconnaît la loi d'arrêter cette codification après en avoir chargé le bureau de coordination du Conseil d'État¹³.

En cas de codification à droit constant, l'exécutif n'a pas le pouvoir d'adopter des règles juridiques nouvelles. Selon les recommandations de légistique formelle établies par le bureau de coordination du Conseil d'État¹⁴, 'la codification ou la coordination doit rester aussi près que possible des textes originels et éviter d'apporter des corrections, même de caractère purement formel¹⁵. Des différences entre les textes originels et les textes coordonnés et codifiés peuvent en effet, dans certains cas, conduire le juge à devoir comparer les deux versions et à invoquer l'exception d'illégalité de l'article 159 de la Constitution à l'égard de la version coordonnée ou codifiée. Une habilitation adéquate peut cependant permettre de remédier à certaines erreurs de terminologie et de grammaire ou d'améliorer au besoin la structure et la présentation des textes'.

En outre, sauf si le législateur abroge les textes législatifs codifiés, la codification à droit constant ne se substitue pas aux textes originels, qui restent en vigueur dans l'ordre juridique – même si, comme l'a indiqué un auteur, en raison de la codification, 'ils y vivent d'une manière particulière, végétative, si l'on peut dire'¹⁶. Enfin, il importe d'observer que, généralement, à chacun des articles de la codification, correspond une note de bas de page indiquant le texte originel et les modifications qu'il a subies¹⁷.

¹¹ Note de bas de page n° 10 de l'avis cité : Lire à ce sujet, notamment, les contributions précitées de G. BRAIBANT et de B. OPPETIT (Ces contributions sont citées dans la note de bas de page précédente de l'avis : G. BRAIBANT, v° Codification, in *Encyclopaedia Universalis*, 1996 ; B. OPPETIT, « De la codification », *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, chronique, pp. 33 et sv., p. 37).

¹² Note de bas de page n° 11 de l'avis cité : Lire, à propos de la codification et de la coordination à droit constant, en droit belge, Chr. LAMBOTTE, *Technique législative et codification*, E. Story-Scientia, 1988, pp. 177 et sv., et H. COREMANS et M. VAN DAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Die Keure, 2001, n°s 98 et s.

¹³ Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : Voir la loi du 13 juin 1961 relative à la coordination et à la codification des lois, et l'article 6bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

¹⁴ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : Paragraphe 9.3, www.raadvst-consetat.be.

¹⁵ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : Note 100 dans le document : À noter cependant que l'unité de la terminologie doit être assurée.

¹⁶ Note de bas de page n° 15 de l'avis cité : Chr. LAMBOTTE, *op. cit.*, p. 188.

¹⁷ Note de bas de page n° 16 de l'avis cité : En son article 4, la loi du 13 juin 1961 impose expressément que les arrêtés de codification établis sur la base de la procédure qu'elle envisage contiennent « les références qui permettent de retrouver le texte original de chaque disposition (...) codifiée ».

En tout état de cause, les textes codifiés par un arrêté procédant à une codification à droit constant conservent, selon le cas, leur nature législative ou réglementaire.

3. La codification que les avant-projets de décret à l'examen suggèrent d'établir repose, quant à elle, sur une conception originale¹⁸.

Il s'agit d'une codification législative, en ce sens qu'elle serait directement l'œuvre du législateur lui-même. Cette codification contiendrait, d'une part, des dispositions reproduisant des règles existantes et, d'autre part, des dispositions qui, actuellement, ne font pas partie de l'ordonnancement juridique¹⁹. Selon l'exposé des motifs et les explications données par le délégué du gouvernement, en tant qu'elle porte sur la première catégorie de dispositions citées, la codification envisagée s'analyse comme étant une codification 'à droit constant'. Les textes à l'examen sont présentés selon des modalités destinées à faire apparaître la distinction entre les deux catégories de dispositions citées : ainsi, les dispositions considérées comme nouvelles sont mises en évidence par une barre verticale placée à leur gauche. En outre, à chacun des articles du code en projet, correspond une note de bas de page comprenant des informations qui varient selon les hypothèses ; de manière générale, ces notes contiennent la mention 'disposition nouvelle' lorsqu'elles se rapportent à une disposition qui, actuellement, ne fait pas partie de l'ordonnancement juridique, et l'indication du texte originel quand il s'agit de la reproduction d'une disposition existante.

Il y a lieu, à ce sujet, d'observer ce qui suit :

a) Un certain nombre d'applications de la distinction que font les textes à l'examen entre les dispositions nouvelles et celles qui ne le sont pas, s'exposent à critique.

Ainsi, les textes à l'examen comprennent, sur ce point, des erreurs.

[...] ²⁰.

b) En tout état de cause, plus fondamentalement, considérer qu'en tant qu'elle contient des dispositions se limitant à reproduire des règles existantes, la codification envisagée s'analyserait comme étant simplement une codification 'à droit constant', est de nature à induire en erreur sur la portée de l'intervention du législateur.

¹⁸ Note de bas de page n° 17 de l'avis cité : Il importe à cet égard de relever que le gouvernement semble avoir renoncé à faire usage du pouvoir que lui donnent l'article 179 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et l'article 45 du décret du 15 avril 1999 relatif au cycle de l'eau et instituant une Société publique de gestion de l'eau, de codifier les dispositions de ces décrets avec celles qui les auraient expressément ou implicitement modifiées et avec d'autres décrets applicables en matière d'environnement, de politique de l'eau et de conservation de la nature. C'est à juste titre qu'il n'est pas recouru à ces deux habilitations. (...).

¹⁹ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : Selon le document intitulé « Présentation générale du livre I^{er} du code de l'environnement - I. Méthodologie de la codification », figurant au dossier remis au Conseil d'État, ces « dispositions décrétales ou réglementaires nouvelles qui complètent, modifient et, à tout le moins, transforment le droit actuel (...) ont trait à la transposition de directives (notamment les directives 2001/42/CE et 2000/60/CE) ou sont fondées sur des options politiques particulières notamment l'introduction des principes généraux du droit de l'environnement ». Les directives précitées sont les suivantes : 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau ; 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

²⁰ L'avis donne quelques exemples d'erreurs.

En effet, même si elles reproduisent des règles existantes, ces dispositions sont l'expression d'une nouvelle manifestation de volonté du législateur. Il s'agit, d'un point de vue juridique, de dispositions nouvelles²¹.

En conséquence, ce sont toutes les dispositions du code en projet qu'il y a lieu de considérer comme étant des dispositions nouvelles. La distinction que font les auteurs des avant-projets entre les dispositions nouvelles et celles qui ne le sont pas, laquelle distinction se reflète dans la présentation même du code, est dénuée de tout effet juridique.

Compte tenu en effet de ce que c'est l'ensemble des dispositions du code en projet qui est soumis directement au vote du Conseil régional wallon, sans avoir fait l'objet préalablement d'un arrêté de codification ou de coordination limité quant à son objet aux dispositions en vigueur, un certain nombre de conséquences s'attachent à cette méthode, spécialement celles-ci :

– au stade de l'adoption du code, il y a lieu de tenir compte des articles 38 et 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui consacrent, le premier, le principe selon lequel un projet de décret ne peut être adopté qu'après avoir été voté article par article et, le second, le droit pour le Conseil d'amender et diviser les articles et les amendements proposés²², ainsi qu'en a d'ailleurs convenu le délégué du gouvernement ;

– la publication du décret au *Moniteur belge* fera courir un délai de six mois pour un éventuel recours devant la Cour d'arbitrage²³ à l'égard de l'ensemble des dispositions, même à l'égard de celles qui reproduisent telles quelles des dispositions existantes ».

En conclusion sur ce point, la section de législation a recommandé à la Région wallonne de procéder comme suit pour l'adoption du Code de l'environnement :

« b) Il appartient [...] à la Région wallonne d'apporter aux dispositions actuellement en vigueur dans le domaine des matières que couvrirait le code de l'environnement, l'ensemble des modifications législatives et réglementaires jugées opportunes ou nécessaires, notamment celles qui sont requises en vue de transposer les directives 2000/60/CE et 2001/42/CE, précitées²⁴.

[...]

²¹ Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 81/93 du 1^{er} décembre 1993, et divers arrêts de la section d'administration du Conseil d'État, notamment les arrêts Vandendoren, n° 18.894 du 13 avril 1978, et Université libre de Bruxelles et Université catholique de Louvain, n° 23.961 du 10 février 1984. Il résulte de ces arrêts que la publication de pareilles dispositions fait courir un nouveau délai dans lequel celles-ci sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

²² Note de bas de page n° 20 de l'avis cité : Comparer avec l'avis 18.763/2 de la section de législation du Conseil d'État, donné le 26 octobre 1988, sur l'avant-projet devenu la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage : dans cet avis, la section de législation a estimé qu'une technique législative consistant à déclarer, dans une loi, que des dispositions existantes « sont reprises », est contraire aux dispositions constitutionnelles qui consacrent des règles analogues à celles figurant aux articles 38 et 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 (*Doc. Sénat*, sess. 1988-1989, n° 483/1, p. 69).

²³ Note de bas de page n° 21 de l'avis cité : Article 3, § 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

²⁴ Note de bas de page n° 29 de l'avis cité : Le délai de transposition de la directive 2000/60/CE est expiré depuis le 22 décembre 2003 (article 24, § 1^{er}, de la directive) et il expirera le 21 juillet 2004 pour la directive 2001/42/CE (article 13, § 1^{er}, de la directive).

c) Au terme de cette entreprise, dont l'ampleur ne peut être minimisée, il peut être procédé à la codification envisagée, celle-ci consistant uniquement en une codification à droit constant et n'étant donc pas destinée à contenir des règles nouvelles²⁵.

Cette codification, qui ne peut se limiter à une simple juxtaposition des textes concernés [...], serait l'œuvre du gouvernement. Elle contiendrait deux parties distinctes, la première codifiant les dispositions législatives, et la seconde codifiant les dispositions réglementaires²⁶.

1° Pour procéder à la codification des dispositions législatives, le gouvernement doit y être habilité.

Compte tenu de l'insuffisance des habilitations figurant à l'article 179 du décret du 11 mars 1999 précité et à l'article 45 du décret du 15 avril 1999 précité²⁷, il convient que le législateur habilite de manière complète le gouvernement à procéder à la codification envisagée.

Pareille habilitation pourrait intervenir par une disposition séparée figurant dans un décret qui serait adopté comme il est conseillé sous le littera b) ci-avant.

2° S'agissant de la codification des dispositions réglementaires, il n'est par contre pas nécessaire que le législateur habilite le gouvernement à cette fin.

d) Pour procurer à la codification des dispositions législatives une plus grande sécurité juridique, il est recommandé de procéder à la ratification législative de cette partie du code ainsi qu'à l'abrogation des textes législatifs codifiés²⁸ ».

3.2.2. À la suite de l'avis de la section de législation, la Région wallonne a assez sensiblement revu sa manière de concevoir, quant à la technique juridique utilisée, l'adoption des livres I^{er} et II du Code de l'environnement.

Elle a, à cet effet, procédé en deux temps :

– Tout d'abord, le législateur a adopté, le 27 mai 2004, deux décrets relatifs, l'un au livre I^{er} du Code de l'environnement, et l'autre au livre II.

En son article 1^{er}, chacun de ces décrets comporte les dispositions appelées à former la partie décrétable, selon le cas, du livre I^{er} ou du livre II. Il s'agit tantôt de dispositions reproduisant des règles existantes et tantôt de dispositions réformant les matières concernées. Le texte ne fait pas de distinction entre ces deux catégories de dispositions, la Région wallonne s'étant ralliée au point de vue exposé par la section de législation, selon lequel

²⁵ Note de bas de page n° 30 de l'avis cité : Voy. les observations n°s 2 et 3.

²⁶ Note de bas de page n° 32 de l'avis cité : Pour éviter la confusion ultérieure entre les dispositions d'origine législative et réglementaire, et compte tenu du rythme des modifications législatives et réglementaires en la matière, il est déconseillé d'entremêler ces dispositions dans la même partie du code.

²⁷ Note de bas de page n° 33 de l'avis cité : Voy. l'observation 3 et la note de bas de page (17).

²⁸ Note de bas de page n° 34 de l'avis cité : Comme l'expose *mutatis mutandis* la recommandation de légistique formelle précitée, une telle opération a pour avantages :

- de lever les éventuelles incertitudes quant au bien-fondé des options prises lors de la codification, un contrôle juridictionnel ne devant plus être opéré quant à la conformité aux textes de base ;
- de faire disparaître de l'ordre juridique, de façon expresse, des textes devenus inutiles du fait de la codification (paragraphe 9.8).

toutes ces dispositions sont l'expression d'une nouvelle manifestation de volonté du législateur, celui-ci faisant donc totalement œuvre de codification créatrice et non pas à droit constant ²⁹.

Dans la foulée, l'article 2 des décrets du 27 mai 2004 a abrogé expressément les textes législatifs remplacés par les dispositions formant la partie décréte du livre I^{er} et du livre II.

Enfin, l'article 3 des décrets du 27 mai 2004 a habilité le Gouvernement à coordonner et à mettre en concordance les dispositions décrétes visées à l'article 1^{er} de ces décrets avec les arrêtés du Gouvernement wallon relatifs au même objet en y apportant les modifications qui se recommandent dans un but de simplification formelle, sans qu'il puisse être porté atteinte aux principes inscrits dans ces dispositions décrétes.

– Après l'adoption des décrets du 27 mai 2004, ont été pris deux arrêtés : l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 mars 2005 'relatif au Livre II du Code de l'environnement, contenant le Code de l'eau', et l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 mars 2005 'relatif au Livre I^{er} du Code de l'environnement'.

Chacun de ces arrêtés comporte deux objets distincts : d'une part, ils contiennent les dispositions réglementaires – constituant, d'un point de vue juridique, des règles nouvelles – requises pour exécuter les dispositions décrétes du livre I^{er} et du livre II du Code de l'environnement et abrogent les textes remplacés par ces dispositions et, d'autre part, conformément à l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 3 de chacun des décrets du 27 mai 2004, ils établissent une version coordonnée des dispositions décrétes et des dispositions réglementaires des livres I^{er} et II.

Du point de vue de la technique législative, le second objet de ces arrêtés met en œuvre une opération de codification à droit constant, puisqu'il ne s'agit que d'un agencement nouveau en la forme de dispositions existantes, sans aucune nouvelle manifestation de volonté de l'autorité. Il importe de constater que c'est uniquement à ce stade de l'élaboration des livres I^{er} et II du Code de l'environnement qu'a été réalisée une opération de codification à droit constant.

– Enfin, la Région wallonne a veillé à ce que, pour chacun des deux premiers livres du Code de l'environnement, les divers textes adoptés en vue de leur adoption entrent en vigueur en même temps ³⁰.

²⁹ Lire en ce sens l'exposé des motifs (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 695/1, p. 5) et la déclaration du ministre en commission (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2003-2004, n° 695/2, p. 12).

³⁰ En vertu de l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 mars 2005, tous les textes relatifs au livre I^{er} sont entrés en vigueur le 4 mai 2005. En vertu de l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 mars 2005, tous les textes relatifs au livre II (à l'exception des dispositions relatives aux contrats de rivière, au régime des cours d'eau et aux waterings) sont entrés en vigueur le 12 avril 2005.

3.3.1. Comme indiqué ci-dessus, en adoptant les dispositions de droit matériel que contiennent les dispositions en projet, le législateur exprimera une nouvelle manifestation de volonté et, partant, fera totalement œuvre de codification créatrice ; la codification ne sera donc pas opérée à droit constant.

D'un point de vue juridique, ce sont donc toutes les dispositions contenues à l'article 1^{er} de l'avant-projet qu'il y a lieu de considérer comme étant des dispositions nouvelles, même celles qui n'ont d'autre objet que de reproduire des règles existantes, comme celles contenues dans le décret du 10 juillet 2013. À proprement parler, aucune œuvre de « codification »³¹ au sens des principes de technique législative n'est donc envisagée.

Par conséquent, d'une part, les dispositions en projet doivent être adoptées dans le respect des articles 38 et 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', c'est-à-dire du principe selon lequel un projet de décret ne peut être adopté qu'après avoir été voté article par article et du droit pour le Parlement d'amender et de diviser les articles et les amendements proposés et, d'autre part, la publication du décret en projet au *Moniteur belge* fera courir un délai de six mois pour un éventuel recours devant la Cour constitutionnelle à l'égard de l'ensemble des dispositions, même à l'égard de celles qui reproduisent telles quelles des dispositions existantes.

3.3.2. En outre, le fait que l'ensemble des dispositions du code en projet sont à considérer comme nouvelles est de nature à inciter le législateur à s'assurer que le contenu de chacune de ces dispositions reflète bien l'état du droit qu'il entend voir effectivement appliqué et ne méconnaît pas ou ne risque pas de conduire à méconnaître les obligations qui incombent à la Région wallonne. Les observations n^{os} 4 et 5 formulées ci-après illustrent l'importance que revêt cette question pour le présent avant-projet.

Quant au rapport entre l'avant-projet et d'autres projets de textes législatifs ou d'autres dispositions législatives adoptées mais non encore en vigueur

4.1. Avant ou peu de temps après avoir été saisie de la demande d'avis sur le présent avant-projet de décret, la section de législation a été saisie de demandes d'avis sur des avant-projets de décrets tendant à apporter des modifications à des décrets que le présent avant-projet déclare vouloir modifier ou auxquelles il fait référence à des multiples reprises.

Ainsi en va-t-il spécialement de l'avant-projet de décret enrôlé sous le numéro 64.928/4.

Ces modifications sont loin d'être de pure forme. Ainsi, cet avant-projet de décret qui se présente comme le livre IX du Code de l'environnement concernant le Code du permis d'environnement ne constitue pas une codification « à droit constant » mais apporte de nombreuses modifications, parfois fondamentales, au régime mis en place par l'actuel décret du 11 mars 1999 'relatif au permis d'environnement'.

³¹ À savoir, une codification des règles en vigueur, par le Gouvernement qui aura été habilité à ce faire par le législateur.

Or, le Code de la gestion des ressources du sous-sol en projet se réfère à de très nombreuses reprises à des dispositions précises de ce décret du 11 mars 1999, décret qu'il entend par ailleurs modifier dans des dispositions qui sont elles-mêmes intégrées et modifiées, et ce dans un sens différent de celui porté par l'avant-projet de décret enrôlé sous le numéro 64.928/4.

Il en va tout spécialement ainsi de la modification que l'avant-projet entend apporter, en son article 7, à l'article 50 du décret du 11 mars 1999, lequel est relatif à la durée du permis d'environnement, régime de durée auquel les auteurs de l'avant-projet enrôlé sous le numéro 64.928/4 entendent apporter une modification fondamentale ³².

Sur ce point, certes, le commentaire de l'article D.VI.6 du Code de la gestion des ressources du sous-sol en projet mentionne ce qui suit :

« Le paragraphe 2 dispose que les permis exclusifs d'exploitation sont octroyés pour une durée limitée (30 ans maximum). Dès lors, fort logiquement, ce paragraphe dispose que les permis d'environnement ou uniques ne pourront être délivrés pour une durée supérieure ; l'échéance du permis d'environnement devant s'aligner sur celle du permis exclusif dans l'hypothèse où il resterait moins de vingt ans avant l'échéance du permis exclusif.

Ceci ne s'applique toutefois qu'en ce qui concerne l'extraction proprement dite et le stockage des matériaux extraits. Pour les autres activités et installations concernées par le permis d'environnement, par exemple de tri et concassage de matériaux sans extraction corrélative (par exemple de stocks ou de matériaux importés), celui-ci aura, conformément à la révision en cours du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, une durée illimitée et restera donc valide ».

Ce commentaire laisse supposer que les deux réformes en projet ont égard l'une à l'autre.

Il reste toutefois que pour sa part, le commentaire de l'article D.VI.37 du Code de la gestion des ressources du sous-sol en projet mentionne que :

« Cet article prévoit la durée maximale du permis exclusif d'exploitation, qui est de 30 ans (renouvelable une fois sans mise en concurrence). Cette durée est fixée en tenant compte du fait que le titulaire d'un permis exclusif d'exploitation devra solliciter un permis d'environnement, ce qui prend du temps, et que ce permis d'environnement ne peut être, en vertu de l'article 50 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement, ne peut être délivré pour une durée supérieure à 20 ans.

Actuellement, les concessions de mines sont octroyées pour une durée illimitée. Les permis exclusifs d'exploitation de pétrole et de gaz combustibles hydrocarbures sont octroyés pour une durée limitée, déterminée par le Gouvernement (art. 7 de l'ARPS n° 83 du 28 novembre 1939), sans toutefois de durée maximale prévue par le texte.

³² Comparer l'article 50 du décret du 11 mars 1999 avec les articles D.II.55 et suivants de l'avant-projet de code enrôlé sous le numéro 64.928/4.

Il est prévu, par une modification proposée au décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement (voyez infra)³³, que le permis d'environnement ou unique ne puisse pas être accordé pour une durée supérieure, sauf pour la postgestion ».

Une telle situation contradictoire, couplée à la diversité des renvois opérés par l'avant-projet à l'examen aux dispositions du décret du 11 mars 1999, telles qu'en vigueur, ne permet pas de déterminer l'état exact des règles que le Gouvernement souhaite voir adopter dans les matières auxquelles elles se rapportent. L'ordre chronologique de leur adoption et le moment à partir duquel ou la période pendant laquelle elles seraient appelées à s'appliquer n'apparaissent pas clairement. La volonté précise du Gouvernement sur tous ces points n'est, pour l'heure, pas véritablement aboutie. Or, pour pouvoir examiner en connaissance de cause les projets de textes qui leur sont soumis, tant la section de législation lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis que le Parlement quand des projets lui sont présentés doivent disposer de textes en état d'être adoptés et publiés et dont l'application dans le temps est clairement réglée.

Cette exigence s'impose d'autant plus en l'espèce que les règles en projet sont présentées comme s'inscrivant dans le cadre d'un dispositif de codification, lequel se doit tout particulièrement d'être cohérent et systématique et ne peut donc s'accommoder de textes inaboutis et disparates.

4.2. Par ailleurs, l'attention doit être attirée sur la circonstance que l'avant-projet de décret à l'examen ne prend pas en considération, dans ses dispositions qui ont trait à des cas et procédures d'expropriation pour cause d'utilité publique, le décret du 22 novembre 2018 'relatif à la procédure d'expropriation'.

Cette situation est certes justifiée par le fait que ce décret n'est pas encore entré en vigueur et que, selon son article 106, c'est au Gouvernement qu'il appartient d'en fixer la date d'entrée en vigueur³⁴.

Il n'en demeure pas moins que les auteurs de l'avant-projet ne peuvent totalement perdre de vue ni que le décret du 22 novembre 2018 est appelé à entrer en vigueur dans un futur même s'il est incertain, ni que ce même décret apporte des modifications profondes aux procédures administratives et judiciaires en vigueur en matière d'expropriation ainsi qu'à des textes que l'avant-projet à l'examen entend abroger et auxquels il entend se substituer : par exemple, en ses articles 70 et 74 à 77, le décret du 22 novembre 2018 modifie respectivement l'article 11 du décret du 9 mai 1985 et les articles 6 à 9 du décret du 4 juillet 2002, tandis que les articles 20 et 21 de l'avant-projet à l'examen entendent abroger les mêmes décrets, dans leur totalité.

³³ Est ainsi visée la modification que l'article 7 de l'avant-projet à l'examen envisage d'apporter à l'article 50 du décret du 11 mars 1999.

³⁴ La section de législation a donné le 17 décembre 2018 un avis n° 64.810/4 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'portant exécution du décret du [22 novembre 2018] relatif à la procédure d'expropriation'. En son article 12, ce projet d'arrêté envisage de fixer une date d'entrée en vigueur unique pour lui-même ainsi que pour le décret du 22 novembre 2018. Toutefois, comme le relève l'avis n° 64.810/2, cette date doit encore être complétée dans l'arrêté lui-même.

Il conviendra dès lors de veiller à la cohérence de tous les dispositifs déjà adoptés ou en projet avant que ceux-ci entrent en vigueur.

Quant au caractère non finalisé du texte en projet

5. Divers éléments du dossier donnent à penser que le texte en projet, considéré isolément, procède d'un mécanisme qui n'est pas abouti dans la cohérence du système mis en place et dans la finalisation des dispositions à l'examen.

Ainsi, certaines dispositions comportent des contradictions internes ou avec le commentaire des articles, ou encore, des lacunes telles qu'il est difficile d'en appréhender la portée, l'intention des auteurs de l'avant-projet n'étant pas plus exprimée dans le commentaire des articles. Sur ce point, il peut être renvoyé, à titre d'exemple, aux observations particulières formulées sous les articles D.III.1 et D.VI.9 en projet.

Dans le même ordre d'idées, la numérotation des parties et des articles du code comporte des erreurs : ainsi, selon le plan qui figure dans l'exposé des motifs, le code en projet est appelé à être composé de douze parties ; le dispositif en projet est ainsi effectivement divisé en des parties numérotées de I à XII ; toutefois, les articles de la partie XI sont numérotés D.XII.1 à D.XII.36, et les articles de la partie XII sont numérotés D.XIII.1 à D.XIII.10.

Transposition du droit européen

6. Selon l'article D.I.6 en projet, le Code de la gestion des ressources du sous-sol est appelé à transposer partiellement :

1° la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 'sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures' ;

2° la directive 2001/42/CE ;

3° la directive 2006/21 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 'concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive et modifiant la directive 2004/35/CE' ;

4° la directive 2009/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative au stockage géologique du dioxyde de carbone et modifiant la directive 85/337/CEE du Conseil, les directives 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE et 2008/1/CE et le règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil' ;

5° la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE'.

En pareille hypothèse de transposition, l'exposé des motifs devra être complété par la présentation d'un tableau de correspondance entre le texte de l'avant-projet et celui des normes européennes pertinentes, ainsi que d'un tableau établissant une correspondance en sens inverse, afin que le parlement puisse se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par les auteurs de l'avant-projet pour assurer la transposition des directives concernées, et éviter que l'exercice du droit d'amendement ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

Ces tableaux de correspondance permettront par ailleurs de vérifier aisément quelles sont les dispositions des directives concernées qui ne sont pas encore transposées. Les auteurs de l'avant-projet devront indiquer les mesures législatives et réglementaires qui ont été ou qui devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition des directives.

Les tableaux de concordance transmis à la section de législation dans le cadre de l'instruction de la présente demande d'avis seront complétés en conséquence ³⁵.

Conclusion

7. La poursuite et l'achèvement de la codification du droit wallon de l'environnement constituent une entreprise dont l'ampleur ne peut être minimisée et qui est à concevoir et à réaliser de manière rigoureuse et structurée. À cette fin, il conviendra, avant toutes choses, que la Région wallonne clarifie le plan qu'elle compte suivre pour l'adoption des nouveaux livres à insérer dans le Code de l'environnement. Elle n'attribuera un numéro définitif qu'aux livres nouveaux qu'elle adopte effectivement, et ce en suivant strictement l'ordre numérique.

En ce qui concerne la codification législative que l'avant-projet entend opérer en matière de gestion des ressources du sous-sol, il y aura lieu d'avoir égard au fait que toutes les dispositions contenues dans l'article 1^{er} de l'avant-projet doivent être considérées comme étant des dispositions nouvelles, même celles qui n'ont d'autre objet que de reproduire des règles existantes.

La Région wallonne devra aussi veiller à :

a) harmoniser les dispositions du présent avant-projet et celles d'autres projets de textes législatifs en cours d'élaboration, ainsi que, le cas échéant, si celles-ci entrent en vigueur entretemps, celles d'autres textes déjà adoptés, mais non encore en vigueur, comme le décret du 22 novembre 2018 ;

b) n'insérer dans le code en projet que des dispositions prêtes à entrer en vigueur.

³⁵ Il manque la présentation des tableaux de correspondance entre le texte de l'avant-projet et celui des normes européennes pertinentes, ainsi que l'indication des mesures législatives et réglementaires qui ont été ou devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition des directives. Par ailleurs, les tableaux transmis comportent des erreurs (par exemple, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 94/22/CE n'est pas transposé par l'article D.VI.25, § 1^{er}, de l'avant-projet de code ici examiné, contrairement à ce qu'indique le tableau de correspondance transmis).

II. Quant à la notion de « patrimoine commun des habitants de la Région wallonne » et à l'appropriation par la Région wallonne de certaines catégories de ressources du sous-sol situé sous la surface du territoire de la région

1. L'article D.I.1 en projet du Code de la gestion des ressources du sous-sol est rédigé comme suit, en ses alinéas 1^{er} et 2 :

« Les ressources du sous-sol de la Région wallonne constituent le patrimoine commun de ses habitants.

Elles sont exploitées selon un principe de gestion parcimonieuse, dans le respect de la santé et de la sécurité de l'Homme, de la protection de l'Environnement et en reconnaissant la primauté de la ressource en eau, conformément aux objectifs de protection et aux modes de gestion de l'eau visés au livre II du Code de l'Environnement contenant le Code de l'Eau ».

Quant à l'article D.I.2, il est ainsi rédigé :

« Art. D. I. 2. Les ressources du sous-sol visées à l'article D.I.1, alinéa [3], 1° à 4°, exploitables et situées sur le territoire de la Région wallonne, n'appartiennent pas au propriétaire de la surface mais à la Région wallonne.

Elles sont administrées par la Région. Leur gestion et leur exploitation sont d'intérêt général.

Le Gouvernement peut s'en réserver l'exploration ou l'exploitation ou accorder sur ceux-ci des droits exclusifs d'exploration ou d'exploitation, sans préjudice de la nécessité de l'obtention d'un permis d'environnement et d'un permis d'urbanisme pour l'exercice des activités correspondantes et pour l'exploitation des installations et équipements associés ».

Est ainsi transférée à la Région wallonne la pleine propriété des ressources des mines, des gisements d'hydrocarbures et de gaz combustibles, des sites de stockage géologique de chaleur ou de froid et des gites de géothermie profonde aux fins de production d'énergie (chaleur ou électricité).

2.1. L'article D.I.2, spécialement son alinéa 1^{er}, doit être mis en rapport avec l'article 552 du Code civil qui dispose :

« La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers.

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police ».

Le Code civil pose ainsi le principe que le propriétaire du sol est propriétaire du tréfonds (« dessous ») et qu'il peut y construire, faire des fouilles et tirer de ces dernières tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf notamment les modifications qui résultent de la réglementation en matière de mines.

À ce propos, il convient de rappeler que,

« De tout temps, le droit minier a présenté, par rapport au droit commun, des particularités liées à la distinction qu'il requiert, en quelque sorte par définition, entre la propriété de la mine (ou le bénéfice du titre minier) et la propriété de la surface sous laquelle des recherches sont faites ou des mines exploitées, ou encore entre mines voisines »³⁶.

Ainsi, tant en vertu des lois 'sur les mines, minières et carrières' coordonnées le 15 septembre 1919 (ci-après, « les lois coordonnées ») qu'en vertu du décret du 7 juillet 1988 'sur les mines', et comme le souligne la note au Gouvernement relative au décret en projet,

« Jusqu'à présent, dans notre droit, la concession de mine crée une propriété immobilière distincte de celle de la surface, accordée au concessionnaire de la mine. Elle est conçue comme un démembrement du droit de propriété ».

Dans le système prévu par les lois coordonnées et par le décret du 7 juillet 1988, qui se situe dans la ligne de ces lois, la mine constitue un bien immeuble distinct du sol, et ce dans les limites de l'acte de concession³⁷. C'est l'acte de concession qui opère le démembrement du droit de propriété entre la surface et la mine et qui confère le droit d'exploiter cette dernière, étant entendu que le propriétaire de la surface a droit, au titre de compensation de la perte de son droit de propriété sur la mine, à une somme déterminée par l'acte de concession, qui se compose d'une redevance fixe et d'une redevance proportionnelle au produit de la mine³⁸, que l'exploitation soit concédée à un tiers ou à la Région elle-même³⁹.

Le droit des mines met donc en place un système de démembrement particulier du droit de propriété, dérogoire à l'article 552 du Code civil et admis comme tel par ce dernier, mais qui est encadré par deux limites précises :

1° le démembrement du droit de propriété n'intervient qu'en tant qu'effet de l'acte de concession et dans les limites de celui-ci ;

2° quel que soit le concessionnaire de la mine – tiers ou État/Région –, le propriétaire de la surface est en quelque sorte « indemnisé » de la perte de propriété qu'il subit ainsi, par le paiement d'une redevance pour partie forfaitaire, pour partie proportionnelle à la quantité de matière produite par l'exploitation de la mine.

2.2. Le texte en projet met en place un système fondamentalement différent du système en vigueur.

³⁶ Avis n° 14.193/VR donné le 7 septembre 1984 sur un avant-projet devenu le décret du 7 juillet 1988 'sur les mines', *Doc. parl., Parl. wall., 1984-1985, n° 164/1, pp. 32 à 49*, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/14193.pdf>.

³⁷ Voir les articles 11 et 12 des lois coordonnées et l'article 14 du décret du 7 juillet 1988.

³⁸ Voir les articles 6 et 46 à 49 des lois coordonnées et l'article 21 du décret du 7 juillet 1988.

³⁹ Voir l'article 37 des lois coordonnées et les articles 28 et 30 du décret du 7 juillet 1988.

Ainsi, il pose le principe que les ressources du sous-sol visées à l'article D.I.1, alinéa 3, 1° à 4°, en projet, exploitables et situées sur le territoire de la Région wallonne, n'appartiennent pas au propriétaire de la surface mais à la Région wallonne.

Ce faisant, il décrète en réalité un transfert de propriété, qui porte sur des ressources dont la valeur économique, au demeurant, n'est pas négligeable⁴⁰ et qui intervient de manière générale sur la totalité du territoire wallon, et ce sans distinction générale liée à un critère de profondeur à laquelle les ressources se situent⁴¹ et sachant évidemment que tout type de propriétaire est ici visé quelle que soit sa qualité (personne de droit privé ou de droit public). Le démembrement du droit de propriété n'intervient donc pas de manière ponctuelle lors de l'octroi d'une concession et dans les limites de celle-ci mais concerne, de façon non circonstanciée et sans limite prédéfinie par le législateur, l'ensemble des catégories visées de ressources du sous-sol wallon.

Le texte en projet modifie de la sorte le droit de propriété pour l'ensemble de la Région wallonne. Cette modification est couplée au fait que, contrairement à ce que prévoit le droit existant, le propriétaire de la surface ne se verra pas « indemnisé » de la perte de propriété qu'il subit ainsi, puisqu'aucune redevance semblable à celle prévue par les lois coordonnées et le décret du 7 juillet 1988 ne lui sera due : dès lors que le système mis en place par le texte en projet repose sur le postulat que la Région devient propriétaire de l'ensemble des quatre catégories de ressources du sous-sol concernées, une « contribution » continue certes à être due par l'exploitant des ressources, laquelle est toujours scindée en une part forfaitaire et une part proportionnelle, mais celle-ci est due à la Région⁴²⁻⁴³.

2.3.1. Le système en projet s'expose aux critiques suivantes au regard du droit de propriété et au regard de la répartition des compétences entre les différents niveaux de pouvoir au sein de la Belgique fédérale.

2.3.2. Tout d'abord, en modifiant le régime du droit de propriété, le texte en projet procède en réalité, par voie de décret, à un transfert de propriété systématique des ressources du sous-sol concernées.

⁴⁰ Il s'agit des mines, des gisements d'hydrocarbures et de gaz combustibles, des sites de stockage géologique de chaleur ou de froid, des gîtes de géothermie profonde aux fins de production d'énergie (chaleur ou électricité).

⁴¹ Sauf en ce qui concerne la géothermie pour laquelle seule la géothermie profonde est visée.

⁴² Voir sur ce point, les pages 7 et 8 de la note au Gouvernement relative au décret en projet, le commentaire de l'article D.I.2 en projet et, concernant la « contribution », les articles D.IX.4 à 7 en projet.

⁴³ Quant à l'indemnité prévue par l'article D.VII.2, § 2, en projet, elle vise uniquement à compenser la présence d'installations et d'ouvrages de surface sur ou sous le terrain du titulaire de droits réels.

Si, certes, l'article 552 du Code civil prévoit que le propriétaire de la surface peut construire en sous-sol, faire des fouilles, et tirer de ces dernières tous les produits qu'elles peuvent fournir, « sauf les modifications qui résultent de la réglementation en matière de mines », cette disposition pose néanmoins que le propriétaire de la surface est aussi propriétaire du dessous.

Ainsi, le droit des mines est conçu comme étant une exception au droit du propriétaire sur le sous-sol et son exploitation. Si la Région wallonne est évidemment compétente pour modifier les règles en la matière ⁴⁴, elle doit toutefois veiller dans l'exercice de sa compétence à ne pas porter atteinte à la substance de la notion de propriété. Or, telle est la portée du texte en projet lorsqu'il attribue unilatéralement par décret à la Région wallonne la pleine propriété des ressources du sous-sol par voie générale, absolue et abstraite et sans juste indemnité.

Une telle mesure pose problème au regard tant de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de l'article 16 de la Constitution et de l'article 79, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980, qui garantissent tous trois le droit au respect des biens et le droit de propriété ⁴⁵.

En effet, aux termes de ces dispositions, il est constant que les atteintes au droit de propriété doivent demeurer dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec le but poursuivi.

Dans le cadre du contrôle de cette proportionnalité, la Cour européenne des Droits de l'homme s'attache à vérifier que « lorsque les biens d'un individu font l'objet d'une expropriation, il [existe] une procédure qui assure une appréciation globale des conséquences d'une expropriation, à savoir l'octroi d'une indemnité en relation avec la valeur du bien exproprié, la détermination des titulaires de l'indemnité et toute autre question afférente à l'expropriation » ⁴⁶ et que les procédures applicables offrent « à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis [...] » ⁴⁷.

Tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que le transfert de propriété concerne l'ensemble du territoire wallon ⁴⁸ et s'opère sans procédure préalable permettant d'apprécier ses conséquences, ni octroi d'une indemnité.

⁴⁴ Loi spéciale du 8 août 1980, articles 6, § 1^{er}, II, alinéa 1^{er}, 1^o et VI, alinéa 1^{er}, 5^o, et article 6bis, § 1^{er}.

⁴⁵ Le droit des mines, traditionnellement, constitue déjà un aménagement de ce régime de protection mais sans en méconnaître la substance dès lors qu'il prévoit une forme d'indemnité versée au propriétaire de la surface.

⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Biozokat A.E. c. Grèce*, 9 octobre 2003, § 29.

⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Jokela c. Finlande*, 21 mai 2002, § 45.

⁴⁸ Le transfert de propriété s'effectue donc non pas à l'occasion d'un acte de concession, dans les limites géographiques et autres de celui-ci, mais pour l'ensemble du territoire.

Le « principe de droit international de la souveraineté des États sur leurs propres ressources » qu'invoque l'exposé des motifs ⁴⁹⁻⁵⁰ n'a pas la portée que lui prêtent les auteurs de l'avant-projet et ne peut dès lors servir de justification pour établir la proportionnalité de la disposition en question ⁵¹.

2.3.3. Par ailleurs, s'agissant d'une modification fondamentale et à portée générale du droit de propriété, le système envisagé tel qu'il est conçu soulève des difficultés au regard de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, demeurée compétente en la matière, au titre de sa compétence résiduelle en matière de droit civil.

Compte tenu des observations générales qui précèdent, l'avant-projet doit être fondamentalement revu. La section de législation se limite dès lors aux observations particulières suivantes.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 1^{er}

Articles D.1.2 et D.VI.13 en projet

Ces articles permettent à la « Région » de se réserver l'exploration ou l'exploitation des ressources du sous-sol visées à l'article D.1.1, alinéa 2, 1° à 4°, ou d'accorder sur ceux-ci des droits exclusifs d'exploration ou d'exploitation.

Quant aux permis exclusifs d'exploration et d'exploitation, ils sont octroyés à la suite d'une procédure de mise en concurrence initiée par un avis publié au Journal Officiel de l'Union européenne, sauf lorsque le permis est demandé au profit de la « Région ». Dans ce cas, la « Région » peut toutefois confier l'exploration et l'exploitation, pour son compte, à une société de droit public ou de droit privé. Aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'est alors prévue.

De la sorte, il suffit que la « Région » décide de se réserver l'exploration ou l'exploitation des ressources du sous-sol et confie ensuite celles-ci à une personne morale de droit public ou de droit privé pour que la procédure de publicité et de mise en concurrence ne soit appliquée.

⁴⁹ Voir le commentaire de l'article D.I.2 en projet.

⁵⁰ Sans autrement étayer la nature et la portée de ce droit, ni spécifier son origine et ses sources.

⁵¹ En effet, ce principe de droit international, qui trouve son origine dans plusieurs déclarations de l'Assemblée générale des Nations-Unies (Voir par exemple la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962 : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »), constitue un « élément fondamental du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes », lequel est intrinsèquement lié « à l'encouragement du développement économique des pays en voie de développement et à l'affermissement de leur indépendance économique », en vue d'éviter la spoliation des richesses naturelles d'une nation par ou dans l'intérêt de puissances ou entreprises étrangères. Cet aspect du droit international est étranger à la difficulté ici examinée.

Se pose dès lors la question de savoir si le système envisagé est de nature à assurer le respect du principe de non-discrimination, la libre concurrence entre opérateurs économiques intéressés et, s'il échet, le droit relatif à l'octroi des concessions de travaux ou de services publics, notamment garanti par la directive 94/22/CE.

L'exposé des motifs ne fournit pas d'explication sur ces questions délicates. À titre d'exemple, il ne fait mention ni de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession', ni de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', qui se donne pour objet de transposer cette directive.

En outre, dès lors que ces questions dans leurs prémisses, sont liées au statut des ressources naturelles concernées, spécialement quant au titulaire du droit de propriété sur celles-ci, statut qui pose lui-même des difficultés fondamentales dans la conception qu'en donne l'avant-projet de décret à l'examen, la section de législation n'est pas en mesure de se prononcer plus avant.

Article D.I.5 en projet

1. Selon le commentaire de l'article, le 7° de la disposition à l'examen

« définit les déchets de l'industrie extractive. Il s'agit bien des déchets de l'industrie extractive visés par la directive 2006/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive et modifiant la directive 2004/35/CE ».

Il ressort par ailleurs du tableau de correspondance transmis par la déléguée que ce 7° entend transposer l'article 2, paragraphe 1, de cette directive, lequel prévoit que

« Sous réserve des paragraphes 2 et 3, la présente directive s'applique à la gestion des déchets résultant de la prospection, de l'extraction, du traitement et du stockage de ressources minérales, ainsi que de l'exploitation de carrières, ci-après dénommés 'déchets d'extraction' ».

Le 7° en projet n'étant pas rédigé d'une manière identique à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2006/21/CE, et les notions employées dans chacune des définitions étant différentes, les auteurs de l'avant-projet sont invités à s'assurer que par la combinaison des notions employées (notamment en ce que le 7° renvoie aux notions d'exploitation et d'exploration des ressources du sous-sol), l'ensemble des « déchets d'extraction » visés par la directive, le sont également par le texte en projet.

2. Les notions de « teruil » et « terrisses », même combinées, posent une difficulté au regard de la définition du mot « teruil » qui figure à l'article 3, 10), de la directive 2006/21/CE, spécialement en ce que les définitions données par la disposition à l'examen limitent les notions aux installations « historiques ».

Les auteurs de l'avant-projet devront s'assurer de la transposition correcte de la directive.

Article D.II.3 en projet

La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression « ses experts », à savoir les experts de la Région wallonne.

S'il ressort de la disposition à l'examen que ces experts ne font, par hypothèse, pas partie des services du Gouvernement, la section de législation n'aperçoit pas quelle est leur origine, leur statut, leur rémunération, ni comment ils seront choisis, en respectant, le cas échéant, la législation relative aux marchés publics.

Le commentaire de l'article n'apporte pas d'explication satisfaisante sur ce point. Il sera à tout le moins complété.

Article D.III.1 en projet

La disposition à l'examen prévoit que le Gouvernement peut établir un « plan stratégique de gestion des ressources du sous-sol ». Compte tenu des éléments minimaux contenus dans le plan, tels que définis au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de l'article D.III.1 en projet, spécialement les 5^o à 7^o de cet alinéa, ce plan doit être qualifié de « plan ou programme » au sens de l'article 2, a) et de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/42/CE, laquelle impose aux États membres l'obligation de soumettre à une évaluation environnementale comprenant les divers éléments qu'elle fixe certains plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

Ce plan doit dès lors être soumis à l'ensemble des procédures d'évaluation des incidences – en ce compris la consultation du public – et de publicité prévues par cette directive.

À cet égard, la disposition à l'examen est lacunaire. Elle se borne à prévoir que le Gouvernement « peut » préciser les modalités d'élaboration du plan, sans toutefois l'y contraindre, ni encadrer cette habilitation conformément au principe de légalité attaché à l'article 23 de la Constitution. Par ailleurs, si le commentaire de l'article mentionne que « ce plan est soumis d'office à l'évaluation des incidences des plans et programmes sur l'environnement prévu par le livre I^{er} du Code de l'environnement », la section de législation n'aperçoit pas en vertu de quelle disposition en vigueur ou en projet, cette position de principe trouverait avec certitude un écho.

Cette difficulté peut être résolue aisément : soit le texte en projet est complété en conséquence, soit un arrêté du Gouvernement modifie la « liste I des plans et programmes visés à l'article 53, paragraphe 1^{er}, de la partie décrétable », qui figure en annexe V du livre I^{er} du Code de l'environnement, afin d'ajouter à cette liste les décisions relatives aux programmes concernés. De la sorte, ces décisions seront soumises aux dispositions législatives et réglementaires qui mettent en œuvre, pour la Région wallonne, la directive 2001/42/CE.

Article D.IV.1 en projet

L'article D.IV.1 en projet prévoit que le Gouvernement organise la collecte, la conservation sous forme de banque de données et la diffusion des données et informations relatives au sous-sol wallon, notamment les informations relatives au cadastre des concessions de mines, permis exclusifs, permis d'environnement associés et exploitation en cours, aux ouvrages souterrains d'exploitation, et aux carrières.

Comme mentionné ci-avant concernant l'accomplissement des formalités préalables, les obligations ainsi imposées au Gouvernement wallon en termes de collecte et de traitement de données porteront vraisemblablement sur des données à caractère personnel.

S'agissant de traitement de données à caractère personnel et des effets sur le droit à la protection de la vie privée garanti notamment par l'article 22 de la Constitution, c'est, selon le principe de légalité inscrit dans cette disposition, au législateur lui-même qu'il appartient de fixer le cadre du régime de la banque de données concernée, et, notamment, de fixer la finalité, les modalités de collecte et de conservation, ainsi que la durée de conservation des données personnelles qui seraient reprises dans celle-ci, et ce tout en ayant égard au droit international européen en matière d'accès à l'information environnementale, telle la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 'concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil'.

La disposition à l'examen sera revue et complétée en conséquence.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article D.VI.29 en projet ⁵².

⁵² Il convient toutefois de relever que l'article D.VI.29, § 2, en projet prévoit, contrairement à la disposition à l'examen, que « [l]es informations environnementales relatives aux permis exclusifs d'exploration et d'exploitation des ressources du sous-sol sont mises à la disposition du public conformément au Livre I^{er} du Code de l'Environnement ».

Article D.V.3 en projet

La disposition à l'examen est libellée comme suit :

« Les résultats des fouilles profondes et des levés géophysiques ainsi que les descriptions des cavités et puits et issues découverts sont consignés dans la banque de données relatives au sous-sol visée à l'art D.IV.1.

Si l'auteur des recherches ou de la découverte spécifie dans la déclaration visée à l'article D.V.1 qu'il y a lieu de les considérer comme confidentielles, aucun document ou échantillon y relatif ne peut, sans l'autorisation préalable et écrite de l'auteur des recherches ou de la découverte, être communiqué, ni aucun résultat être divulgué avant l'expiration d'un délai fixé par l'auteur des recherches et qui ne peut excéder 30 ans, à partir de la remise du document ou de l'échantillon.

En cas de découverte d'une cavité ou d'un puits ou d'une issue de nature à générer un aléa de mouvement de terrain, l'Administration est autorisée à diffuser la localisation ou le contour de l'objet menaçant ».

La confidentialité prévue par l'alinéa 2 en projet ne peut être absolue et résulter de la seule volonté de l'auteur des recherches ou de la découverte : elle doit s'inscrire dans des limites proportionnées au but à atteindre, limites qu'il appartient au législateur de fixer en ayant égard au droit international et européen, et au droit constitutionnel, notamment l'article 32 de la Constitution, ainsi qu'aux autres règles de droit interne qui mettent en œuvre ces dispositions, telles la directive 2003/4/CE et les dispositions qui, dans le livre I^{er} du Code de l'environnement, transposent cette directive.

Le texte en projet sera revu à la lumière de cette observation.

Article D.VI.5 en projet

La détermination de ce qui constitue ou pas un acte de commerce relève de la compétence de l'autorité fédérale, et non de celle des Régions.

Dans ces conditions, l'alinéa 2 de l'article D.VI.5 en projet sera omis, sauf aux auteurs de l'avant-projet d'être en mesure de justifier que les conditions mises par la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle à l'usage des pouvoirs implicites prévus par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 sont remplies s'agissant de cet alinéa 2⁵³.

Article D.VI.9 en projet

La disposition à l'examen concerne le classement des terrils et, éventuellement, des terrisses.

⁵³ Dans ce cas, le commentaire de l'article sera complété par la mention des éléments de nature à démontrer que ces conditions sont remplies.

Si elle s'inspire, en ce qui concerne le classement et comme l'expose le commentaire de l'article, du décret du 9 mai 1985, elle met également en place un instrument nouveau, à savoir « le contrat de gestion des terrils ».

Cette disposition comporte différentes lacunes et manque de clarté sur les processus envisagés. Elle pose aussi plusieurs difficultés au regard du principe de légalité déduit de l'article 23 de la Constitution.

Ainsi :

1° Il est prévu au paragraphe 1^{er}, alinéa 4, que « [l]a classification est fixée au terme d'une procédure consultative ouverte aux acteurs locaux et régionaux ». La notion d'« acteurs régionaux » n'est pas définie, alors que la notion d'« acteurs locaux » est, faut-il le supposer, celle qui est définie au paragraphe 5 de la disposition à l'examen ;

2° Le paragraphe 2 prévoit pour sa part que le Gouvernement fixe la procédure de classement ainsi que les modalités de consultation et la procédure de révision totale ou partielle de cette classification : cette habilitation n'est pas suffisamment encadrée au regard du principe de légalité déduit de l'article 23 de la Constitution ;

3° La notion même de « contrat de gestion » recouvre une réalité incertaine :

– selon le paragraphe 5, ce « contrat » peut être « créé » (et non « conclu ») à l'initiative notamment d'« associations », non autrement définies ;

– alors que dans l'ensemble de la disposition en projet, il est question de « contrat de gestion » et que l'alinéa 2 du paragraphe 7 fait état d'un « protocole d'accord » dont on ne sait s'il s'agit du « contrat de gestion » lui-même ou d'un document distinct ; cette question se pose d'autant plus qu'il résulte de certaines subdivisions de la disposition à l'examen que le « contrat de gestion » ne serait pas un document – dont la portée juridique serait au demeurant peu claire⁵⁴ – mais une instance – dont on ignore si elle serait revêtue ou non de la personnalité juridique et dans l'affirmative, sous quelle forme – qui serait constituée de trois groupes de membres⁵⁵, comportant des « organes de décisions »⁵⁶ et à laquelle le Gouvernement pourrait confier des « missions techniques » non autrement définies⁵⁷, octroyer des subventions, dont le régime n'est pas encadré par le législateur, et qui serait par ailleurs chargée d'établir un rapport annuel d'activité⁵⁸ ;

⁵⁴ S'agit-il d'un véritable contrat, ou d'une déclaration d'intention ? Ce « contrat » aurait-il en réalité une portée réglementaire ?

⁵⁵ À savoir, les membres proposés par les conseils communaux et provinciaux, les membres proposés par les acteurs locaux et les membres proposés par les administrations et les organes consultatifs concernés.

⁵⁶ Voir le paragraphe 5.

⁵⁷ Voir le paragraphe 7.

⁵⁸ Voir le paragraphe 8.

4° Enfin, l'octroi des subventions pourrait être conditionné par un « programme d'activité », par ailleurs non défini, et dont la procédure d'adoption ne l'est pas non plus⁵⁹ alors, tout spécialement, qu'il ne peut être exclu qu'un tel programme puisse constituer un « plan ou programme » au sens de la directive 2001/42/CE ou, à tout le moins, un plan ou un programme relatif à l'environnement au sens de l'article 7 de la Convention 'sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement', signée à Aarhus le 25 juin 1998, ce qui implique à tout le moins l'organisation d'une procédure de participation du public lors de son élaboration.

Outre que les habilitations conférées au Gouvernement et qui viennent d'être mentionnées revêtent un caractère excessivement large au regard du principe de légalité attaché à l'article 23 de la Constitution, force est de constater que les éléments relevés ci-avant, spécialement en ce qui concerne la nature-même du « contrat de gestion », attestent un défaut d'aboutissement de la réflexion sur la réforme projetée. Par ailleurs, ces éléments font obstacle, en ce qu'ils révèlent des imprécisions ou des contradictions internes, à un examen utile du mécanisme mis en place.

L'article D.VI.9 en projet sera fondamentalement revu compte tenu des observations qui précèdent.

Article D.VI.21 en projet

Cet article prévoit

« Tout projet faisant l'objet d'une demande de permis exclusif d'exploration ou d'exploitation des ressources du sous-sol est soumis à une enquête publique conformément aux dispositions du livre I^{er} du Code de l'environnement ».

Or, il ressort d'autres dispositions en projet⁶⁰ ainsi que de l'exposé des motifs que, dans la conception des auteurs de l'avant-projet, le permis exclusif d'exploration ou d'exploitation constitue un « plan ou programme » au sens de la directive 2001/42/CE⁶¹, et par conséquent, des dispositions du livre I^{er} du Code de l'environnement qui ont pour objet de transposer cette directive, à savoir les articles D.51 à D.61 du livre I^{er}.

⁵⁹ Voir le paragraphe 8.

⁶⁰ Voir les articles D.VI.16 et D.VI.28 ; voir également la modification qu'envisage d'apporter à l'article D.29-1, du livre I^{er} du Code de l'environnement l'article 9, 1°, de l'avant-projet.

⁶¹ À priori, et dans le délai imparti à la section de législation, moyennant les réserves déjà formulées ci-avant quant à l'étendue de l'examen opéré par celle-ci, cette conception n'apparaît pas manifestement contraire à la notion de « plan et programme » au sens de la directive 2001/42/CE, ni à la notion de « projet » au sens de la directive 2011/92/UE 'concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement'. La circonstance que le permis exclusif constitue une décision à portée individuelle dont le destinataire est avant tout le titulaire du permis, ne fait pas obstacle, pour les raisons évoquées dans l'exposé des motifs, à ce que ce permis relève de la notion de « plan et programme » et non de celle de « projet ». Ceci, étant entendu que les actes et travaux faisant l'objet de la demande subséquente de permis d'environnement et le cas échéant d'urbanisme, seront, eux, constitutifs d'un projet soumis, le cas échéant, à la directive 2011/92/UE.

Toutefois, le texte en projet n'entend pas soumettre intégralement les demandes de permis exclusifs et ces permis, une fois délivrés, au régime mis en place par ces dispositions du Code de l'environnement. Il entend procéder ponctuellement par renvoi à ces dispositions, ou par dispositions autonomes, qui sans renvoyer au livre I^{er} du Code de l'environnement, font écho à la directive 2001/42/CE ⁶².

Cette manière de faire peut être source de confusion et de double emploi dès lors qu'à côté du régime général mis en place par le livre I^{er}, un autre régime est ici créé, par renvoi, par disposition autonome ou encore par dérogation ⁶³.

L'ambiguïté est ici accrue par la disposition à l'examen dès lors qu'elle emploie le terme « projet » et non le terme « plan » ou « demande de permis », et fait écho ainsi, non pas à la notion de « plan et programme » au sens de la directive 2001/42/CE, mais à la notion de « projet » au sens de la directive 2011/92/UE.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que, s'agissant de la tenue d'une enquête publique, la modification que l'article 9, 1^o, de l'avant-projet envisage d'apporter à l'article D.29-1 du livre I^{er} du Code de l'environnement mentionne bien au titre de plan ou programme « les permis exclusifs d'exploration et d'exploitation [...] » et non pas les « projets faisant l'objet d'une demande de permis exclusif d'exploration ou d'exploitation [...] ».

Par conséquent, dans la disposition en projet, les mots « Tout projet faisant l'objet d'une demande » seront remplacés par les mots « Toute demande ».

Article D.VI.23 en projet

L'alinéa 4 de la disposition en projet prévoit que les avis demandés sont réputés favorables, s'ils ne sont pas envoyés dans le délai requis.

Comme la section de législation l'a souvent rappelé, plutôt que de réputer favorable des avis inexistant, mieux vaut prévoir que si ceux-ci ne sont pas envoyés dans le délai requis, la procédure est poursuivie.

La disposition à l'examen sera revue en conséquence.

Une observation identique vaut pour l'article D.VI.24, § 2, alinéa 3, en projet, pour l'article D.VI.25, § 2, alinéa 3, en projet et pour l'article D.VI.39, § 5, alinéa 2, en projet.

⁶² Voir l'article D.VI.28 en projet.

⁶³ Voir l'article D.VI.16, alinéa 2, en projet.

Article D.VI.39 en projet

1. Dès lors qu'il y est fait mention du rapport sur les incidences environnementales comme élément initial de la procédure envisagée, les paragraphes 5, 6, 7 et 8, de la disposition à l'examen, bien qu'ils ne le prévoient pas expressément, ne peuvent, par hypothèse, s'appliquer qu'à la seule demande d'extension du permis et non à la demande d'autorisation de cession ⁶⁴.

S'agissant du paragraphe 8 en projet, dès lors qu'il porte sur le « nouveau permis », il faut également supposer qu'il est destiné à s'appliquer uniquement aux demandes d'extension, et non aux demandes d'autorisation de cession du permis existant.

Outre que le texte en projet doit être revu pour faire apparaître clairement le champ d'application des paragraphes précités, il sera par ailleurs complété aux fins de régler la procédure faisant suite à la demande d'autorisation de cession, laquelle n'est réglée que de manière lacunaire par les paragraphes 3 et 4 de la disposition à l'examen.

2. Le paragraphe 7 de la disposition en projet prévoit que le Gouvernement statue sur la demande par « arrêté motivé ».

Cette exigence de motivation doit être omise. En effet :

– d'une part, elle rappelle inutilement une obligation résultant déjà de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' ;

– d'autre part, elle pourrait donner à penser que la Région wallonne entend dispenser d'autres actes administratifs pris en application du décret en projet de l'obligation de motivation formelle consacrée par la loi du 29 juillet 1991, alors qu'elle n'a pas compétence pour ce faire.

Article D.VI.43 en projet

Cette disposition prévoit que :

« Le Gouvernement peut déterminer une procédure de demande conjointe de renouvellement du permis exclusif et de permis d'environnement nécessaire aux activités et installations y afférentes, qui rencontre l'ensemble des garanties prévues par le présent Code ».

⁶⁴ En effet, le paragraphe 2 en projet n'impose logiquement qu'un rapport sur les incidences environnementales soit joint à la demande qu'en ce qui concerne l'extension du permis, et non sa cession.

D'une part, dès lors que les procédures de demande de permis exclusif et de permis d'environnement sont largement organisées respectivement par le texte législatif en projet et par la législation relative au permis d'environnement (en vigueur ou en projet), c'est au législateur qu'il appartient, aux fins, en outre, de garantir le respect du principe de légalité déduit de l'article 23 de la Constitution ainsi que la sécurité juridique et la cohérence des procédures, d'encadrer à suffisance la procédure de demande conjointe de renouvellement du permis exclusif et du permis d'environnement.

D'autre part, la disposition à l'examen se limite à prévoir que la procédure de demande conjointe doit « rencontrer l'ensemble des garanties prévues par le [...] Code [en projet] ». Elle ne prévoit pas, par contre, que la procédure devra rencontrer l'ensemble des garanties prévues par la législation en matière de permis d'environnement.

Or, à tout le moins, le système de demande conjointe doit-il respecter le principe d'égalité entre les différents demandeurs de permis ainsi que les obligations qui, inscrites dans les deux catégories de législation, y figurent en vertu du droit international et européen.

La complexité de la résolution de ces questions renforce le constat posé ci-avant aux termes duquel le cadre de la procédure de demande conjointe de renouvellement doit être fixé par le législateur.

Article D.VI.56 en projet

Dès lors que, comme mentionné ci-avant, dans la conception des auteurs de l'avant-projet telle qu'elle résulte de l'exposé des motifs et du dispositif en projet, le permis exclusif constitue un « plan ou programme » au sens de la directive 2010/42/CE, les modifications apportées à ce permis en vertu de l'article D.VI.56 en projet doivent être considérées comme constituant des modifications à de tels « plans ou programmes » et traitées comme telles.

Ces modifications doivent donc être soumises à une évaluation des incidences sur l'environnement, sauf à pouvoir en être dispensées conformément à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/42/CE, en tant que « modifications mineures » apportées à un plan ou un programme existant, caractère mineur qui, en l'espèce, ne peut être présumé comme étant de principe, mais doit s'apprécier selon des critères concrets.

Par conséquent, et conformément par ailleurs au principe de légalité attaché à l'article 23 de la Constitution, c'est au législateur qu'il appartient soit de régler la procédure de modification du permis exclusif opérée en vertu de l'article D.VI.56 en projet, en ce compris les éventuelles dispenses en matière d'évaluation des incidences, soit d'encadrer cette procédure de manière à assurer le respect de la directive précitée et le respect du principe de légalité.

À cet égard, l'alinéa 2 de la disposition à l'examen qui prévoit sans autre précision que le Gouvernement « peut déterminer les procédures d'application du présent article »⁶⁵ s'avère insuffisant.

Le texte en projet sera réexaminé à la lumière de ces observations.

Article D.VII.1 en projet

Cet article dispose comme suit :

« Le titulaire d'un permis exclusif d'exploitation des ressources du sous-sol, à l'exception des permis relatifs aux mines à ciel ouvert, doit disposer des droits réels sur les terrains qui comprennent des activités et des installations souterraines nécessaires à l'exploitation des ressources du sous-sol jusqu'à et y compris vingt mètres de profondeur ».

Tel qu'il est rédigé, il pourrait donner à penser que s'agissant des permis exclusifs relatifs aux mines à ciel ouvert, le titulaire du permis ne doit pas disposer d'un droit réel sur les terrains exploités.

Le commentaire de l'article montre que la situation apparaît moins simple et univoque que celle que suggère la disposition à l'examen.

Ce commentaire précise :

« Ceci ne concerne pas les mines à ciel ouvert, en raison de la similarité du procédé d'exploitation à celle de la carrière (seule la substance change). En effet, pour ceux-ci, comme l'exploitation se fait à partir de la surface vers le sous-sol, elle ne peut de toute façon pas être réalisée sans l'accord du propriétaire de celle-ci, sans que l'exploitant ne dispose des droits civils nécessaires. Pour ces derniers, cet article ne fait pas obstacle au principe selon lequel l'exploitant doit être titulaire des droits civils nécessaires à l'implantation de son activité. Il peut s'agir d'un droit réel ou d'un droit de jouissance. Il en va de même pour les carrières souterraines et les activités autres, comme la spéléologie, ou la visite de grottes, l'exploitant a obtenu au préalable les droits réels ou les droits de jouissance nécessaires préalablement à son activité ; le permis d'environnement liste ces parcelles »⁶⁶.

Aux fins d'éviter toute confusion, les exigences qui, dans l'intention des auteurs de l'avant-projet, devront être remplies pour les mines à ciel ouvert et les carrières, seront précisées dans le dispositif lui-même, qui sera complété en conséquence.

Article D.VII.2 en projet

1. Selon le commentaire de l'article, la disposition en projet est largement inspirée de l'article D.223 du livre II du Code de l'environnement.

⁶⁵ Cette disposition se borne, en réalité, à rappeler le pouvoir général d'exécution des décrets, que le Gouvernement tire de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁶⁶ Il convient également d'avoir égard aux articles D. VII.14 et D.VII.15 en projet.

Toutefois, à la différence de cet article D.223, la disposition en projet ne prévoit pas la réalisation d'une enquête publique, conformément au livre I^{er} du Code de l'environnement, préalablement à la déclaration d'utilité publique, et ce alors même que cette déclaration peut, le cas échéant, donner lieu à une expropriation.

Non seulement l'enquête publique dans ce type de cas est de nature à garantir l'information de tous les intéressés et présente différents avantages au regard de la sécurité juridique⁶⁷, la section de législation n'aperçoit pas par ailleurs, au regard du principe d'égalité, pour quels motifs, deux dispositions similaires, ayant pour objet toutes deux de limiter des droits civils, prévoiraient, l'une, une enquête publique, et l'autre pas.

Le texte en projet sera revu à la lumière de cette observation.

2. Au paragraphe 3, 2°, le texte doit être revu pour déterminer de manière exhaustive les éléments en fonction desquels opérer le calcul envisagé⁶⁸.

Article 9 de l'avant-projet

Dès lors que le paragraphe 4 de l'article D.VII.12 en projet prévoit que l'arrêté d'expropriation est précédé d'une enquête publique selon les modalités du livre I^{er} du Code de l'environnement, il convient de compléter l'article D.29-1 du livre I^{er} du Code de l'environnement pour y prévoir de quelle catégorie relève l'arrêté concerné en termes d'enquête publique.

Or, l'article 9 de l'avant-projet, qui se donne pour objet de modifier cet article D.29-1, ne comporte pas la modification qu'implique l'article D.VII.12 en projet.

L'article 9 de l'avant-projet sera revu et complété en conséquence.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET

⁶⁷ Sur cette question, voir l'avis n° 62.289/VR donné par la section de législation en chambres réunies le 15 mai 2018 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 22 novembre 2018 'relatif à la procédure d'expropriation', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1170/1, pp. 55 à 57, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63289.pdf>, pp. 26 et suivantes. Comparer avec l'article D.VII.14 en projet.

⁶⁸ Voir en ce sens l'avis n° 41.887/4 donné le 12 février 2007 sur un avant-projet devenu le décret de la Région wallonne du 7 novembre 2007 'portant modification de la partie décrétable du livre II du Code de l'Environnement', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n° 641/1, pp. 31 à 37, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/41887.pdf>.