



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.129/1
van 27 april 2021

avis 69.129/1
du 27 avril 2021

over

sur

een ontwerp van besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke Regering 'tot
wijziging van het besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke Regering van
30 oktober 2009 betreffende bepaalde
antennes die elektromagnetische golven
uitzenden en het besluit van de
Brusselse Hoofdstedelijke Regering van
4 maart 1999 tot vaststelling van de
ingedeelde inrichtingen van klasse IB,
IC, ID, II en III met toepassing van
artikel 4 van de ordonnantie van
5 juni 1997 betreffende de
milieuvergunningen'

un projet d'arrêté du Gouvernement de
la Région de Bruxelles-Capitale
'modifiant l'arrêté du Gouvernement de
la Région de Bruxelles-Capitale du
30 octobre 2009 relatif à certaines
antennes émettrices d'ondes
électromagnétiques et l'arrêté du
Gouvernement de la Région de
Bruxelles-Capitale du 4 mars 1999
fixant la liste des installations de classe
IB, IC, ID, II et III en exécution de
l'article 4 de l'ordonnance de
5 juin 1997 relatives aux permis
d'environnement'

Op 26 maart 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met klimaattransitie, leefmilieu, energie en participatieve democratie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering ‘tot wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 30 oktober 2009 betreffende bepaalde antennes die elektromagnetische golven uitzenden en het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 4 maart 1999 tot vaststelling van de ingedeelde inrichtingen van klasse IB, IC, ID, II en III met toepassing van artikel 4 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 20 april 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Kristine BAMS, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Chantal BAMPS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 april 2021.

*

Le 26 mars 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de la Transition climatique, de l'Environnement, de l'Énergie et de la Démocratie participative à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale ‘modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 octobre 2009 relatif à certaines antennes émettrices d'ondes électromagnétiques et l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 mars 1999 fixant la liste des installations de classe IB, IC, ID, II et III en exécution de l'article 4 de l'ordonnance de 5 juin 1997 relatives aux permis d'environnement’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 20 avril 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Bert THYS, conseillers d'État, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Kristine BAMS, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Chantal BAMPS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 avril 2021.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit strekt tot een gedeeltelijke omzetting in interne regelgeving van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’.

Het ontwerp beoogt de nodige reglementaire en technische aanpassingen aan te brengen naar aanleiding van de toekomstige invoering van de 5G-communicatietechnologie en de Europese richtlijn.

Hiertoe wordt het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 30 oktober 2009 ‘betreffende bepaalde antennes die elektromagnetische golven uitzenden’ gewijzigd (artikelen 2 tot 5 van het ontwerp).

De wijziging van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 4 maart 1999 ‘tot vaststelling van de ingedeelde inrichtingen van klasse IB, IC, ID, II en III met toepassing van artikel 4 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen’, heeft betrekking op de ingedeelde rubrieken voor antennes 162A en 162B (artikel 6).

Artikel 7 van het ontwerp ten slotte vult artikel 100, § 1, van de ordonnantie van 5 juni 1997 ‘betreffende de milieuvergunningen’ aan met een nieuw lid dat stelt dat geen dossierrecht verschuldigd is voor aangiften van klasse III of klasse I.C.

3.1. Op grond van artikel 5 van de ordonnantie van 1 maart 2007 ‘betreffende de bescherming van het leefmilieu tegen de eventuele schadelijke effecten en hinder van niet-ioniserende stralingen’ stelt de Regering, in het kader van haar bevoegdheden, de exploitatievoorwaarden vast voor de inrichtingen die niet-ioniserende stralingen kunnen opwekken, doorzenden of ontvangen. De bedoelde voorwaarden stellen onder meer het aantal en de intensiteit van de niet-ioniserende stralingsbronnen vast voor elke perimetre, rekening houdend met de kenmerken van die perimetre.

Deze bepaling biedt mee rechtsgrond aan de artikelen 1, 2 en 3 van het ontwerp.

Artikel 6 van het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 4, laatste lid, van de ordonnantie van 5 juni 1997, dat de Regering machtigt tot het vastleggen van de lijst van de inrichtingen van de klassen I.B, II, I.C, I.D en III.

De artikelen 1, 2, 4 en 5 van het ontwerp ontleen rechtsgrond aan artikel 6, § 1, van de ordonnantie van 5 juni 1997 dat de Regering machtigt tot het vaststellen van elke bepaling

die van toepassing is op elke inrichting of categorie van inrichtingen om de bescherming van het leefmilieu, de gezondheid of de veiligheid, overeenkomstig artikel 2 te waarborgen.

Artikel 10, tweede lid, van dezelfde ordonnantie machtigt de Regering tot het nader omschrijven en aanvullen van de gegevens die moeten worden vermeld in de aanvragen om een milieuattest of een milieuvergunning, en tot het bepalen van de vorm van de aanvraag en biedt mee rechtsgrond aan artikel 3 van het ontwerp.

3.2. Artikel 3, § 3, van het koninklijk besluit van 8 maart 1989 ‘tot oprichting van Leefmilieu Brussel’¹ machtigt de Regering tot het opdragen van taken aan Leefmilieu Brussel en tot het nader omschrijven van de voorwaarden waaronder de uitvoering ervan gebeurt.

Deze bepaling biedt mee rechtsgrond aan het ontwerp in zoverre taken aan Leefmilieu Brussel worden toegekend.

3.3. Vermits voor artikel 7 van het ontwerp geen deugdelijke rechtsgrond kan gevonden worden, dient deze bepaling uit het ontworpen besluit weggelaten te worden.

VORMVEREISTEN

4. Overeenkomstig artikel 5, lid 1, van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 ‘betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij’ dient elk ontwerp waarbij een technisch voorschrift wordt vastgesteld “onverwijld” aan de Europese Commissie te worden meegedeeld.

Artikel 1, lid 1, f), eerste alinea, van voornoemde richtlijn omschrijft een technisch voorschrift als “een technische specificatie of andere eis of een regel betreffende diensten, met inbegrip van de erop toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen die *de jure* of *de facto* moeten worden nageleefd voor de verhandeling, de dienstverrichting, de vestiging van een verrichter van diensten of het gebruik in een lidstaat of in een groot deel van een lidstaat (...)”.

Gevraagd of het ontwerp werd aangemeld in de zin van de voormelde richtlijn, antwoordde de gemachtigde:

“Non, le projet n’a pas été notifié car il n’impose pas de caractéristiques techniques que les antennes devraient, en soi respecter. Le projet a des conséquences sur la manière dont il faut calculer le champ émis par les antennes, notamment, en tenu compte de diverses atténuations. Le projet n’impose aucune marque/type d’antenne aux opérateurs.”

Er dient te worden opgemerkt dat overeenkomstig artikel 58 van richtlijn (EU) 2018/1972 de in richtlijn (EU) 2015/1535 vastgestelde procedures van toepassing zijn op iedere ontwerpmaatregel van een lidstaat die inzake de implementatie van draadloze

¹ Bekrachtigd bij wet van 16 juni 1989.

toegangspunten met klein bereik voorschriften met betrekking tot elektromagnetische velden oplegt die afwijken van die neergelegd in aanbeveling 1999/519/EG.

Dienvolgens lijkt het, gelet op de in artikel 5 van het ontwerp opgenomen voorschriften, aangewezen dat de aanmeldingsprocedure wordt doorlopen.

Bij die aanmelding overeenkomstig artikel 5, lid 1, van de voormelde richtlijn moet ook rekening worden gehouden met de *standstill*-periode bedoeld in artikel 6.

5. De ordonnantie van 18 maart 2004 ‘betreffende de milieueffectenbeoordeling van bepaalde plannen en programma’s’ beoogt de omzetting van richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 ‘betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma’s’.

Artikel 4 van die ordonnantie stelt dat een milieubeoordeling wordt uitgevoerd voor de in de artikelen 5 en 6 bedoelde plannen en programma’s die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Artikel 5, § 1, bepaalt dat een milieubeoordeling wordt gemaakt van alle plannen en programma’s die voorbereid worden m.b.t. onder meer de energie, industrie of telecommunicatie en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de projecten opgesomd in de ordonnantie van 22 april 1999 ‘tot vaststelling van de ingedeelde inrichtingen van klasse IA bedoeld in artikel 4 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen’, en in het voornoemde besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 4 maart 1999.

Artikel 3, 1°, van die ordonnantie omschrijft ‘plannen en programma’s’ als “plannen en programma’s, met inbegrip van die welke door de Europese Unie worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan:

- die door een instantie op regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door de Gewestraad of de Regering te worden vastgesteld;

en

- die in wettelijke, verordenende of bestuursrechtelijke bepalingen zijn opgenomen”.

De vraag rijst of het voorliggende ontwerp niet moet worden beschouwd als een plan of programma in de zin van artikel 2, a), van de reeds genoemde richtlijn 2001/42/EG, waarvoor overeenkomstig artikel 3, lid 1, van die richtlijn een milieubeoordeling moet worden uitgevoerd voor zover het aanzienlijke milieueffecten kan hebben. Volgens lid 2, a), van artikel 3 van de richtlijn geldt die verplichting voor alle plannen en programma’s die voorbereid worden met betrekking tot, onder meer, energie, industrie of telecommunicatie, en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de projecten genoemd in de bijlagen I en II bij richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ‘betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten’.

Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft “het begrip ‘plannen en programma’s’ betrekking (...) op iedere handeling die, door vaststelling van op de betrokken sector toepasselijke regels en controleprocedures, een heel pakket criteria en modaliteiten vaststelt voor de goedkeuring en de uitvoering van één of meerdere projecten die aanzienlijke gevolgen voor het milieu kunnen hebben”.² Het Hof voegt er aan toe dat het begrip “plannen en programma’s” ook betrekking kan hebben op normatieve handelingen die bij wet of besluit zijn vastgesteld.³ In arrest C-24/19 van 25 juni 2020 bevestigde het Hof van Justitie dat een besluit van de Vlaamse Regering kan worden aangemerkt als een plan opgesteld of vastgesteld door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau. Bovendien verduidelijkte het Hof dat een maatregel moet worden beschouwd als “voorgeschreven” zodra de bevoegdheid om de maatregel vast te stellen haar rechtsgrondslag vindt in een specifieke bepaling, ook al bestaat er strikt genomen geen enkele verplichting om die maatregel te nemen.⁴

Het Grondwettelijk Hof gaat er wel van uit dat oordelen dat elke wetgeving en elke regelgeving die aanzienlijke effecten op het milieu kan hebben, overeenkomstig richtlijn 2001/42/EG aan een milieubeoordeling zou moeten worden onderworpen, niet overeenstemt met het doel van de Europese wetgever, die beoogt dat bepaalde plannen en programma’s die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben, overeenkomstig die richtlijn aan een milieubeoordeling worden onderworpen.⁵

Er dient te worden vastgesteld dat de ontworpen regeling voorwaarden en nadere regels bevat voor de milieuvergunningsbeslissing voor ingedeelde antennes en voor antennes die onder de aangifteregeling van de ordonnantie van 5 juni 1997 vallen.⁶

Naast het gegeven dat het ontworpen besluit bepalend is voor de inplanting – en dus het kader – van de hier bedoelde antennes, dient tevens te worden benadrukt dat uit het advies van de Raad voor het Leefmilieu blijkt dat de inplanting van antennes een aanzienlijke invloed op het milieu heeft, zodat ook vanuit die optiek een milieubeoordeling vereist is.

Gevraagd of met betrekking tot de ontworpen regeling een milieubeoordeling is gebeurd, antwoordde de gemachtigde:

“Le présent projet d’arrêté ne devait pas faire l’objet d’une évaluation environnementale car il ne constitue pas un plan ou un programme.

Dans son arrêt C-290/15, la CJUE a rappelé que les plans et programmes ‘doivent avoir pour objet l’aménagement d’un territoire donné (...) et plus largement, l’aménagement de territoires ou de zones en général.’ (point 45). Or, dans l’affaire soumise à la CJUE, l’arrêté wallon avait, entre autres, pour objet de fixer des normes de

² HvJ 27 oktober 2016, C-290/15, *Patrice d’Oultremont e.a. t. Waals Gewest*, ECLI:EU:C:2016:561, § 49.

³ Ibidem, § 52.

⁴ HvJ 25 juni 2020, C-24/19, *A e.a. t. Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, ECLI:EU:C:2020:503, §§ 32 e.v.

⁵ GwH 28 februari 2019, nr. 33/2019, B.21.3 en GwH 17 oktober 2019, nr. 145/2019, B.9.3.

⁶ De nieuwe regels in dit ontwerp worden gecombineerd met een herindeling waardoor passieve outdoorantennes van een totaal effectief EIRP-vermogen van minder dan 5 W van rubriek 162 B (klasse I.D) naar 162 A (klasse I.C) verschuiven. Deze herindeling heeft tot gevolg dat niet langer een milieuvergunning (klasse I.D) is vereist maar slechts een aangifte (klasse I.C).

bruit variant en fonction de zones planologiques (zones du plan de secteur). Les normes de bruit ont été fixées par le Gouvernement wallon en tenant compte de la 'sensibilité' des différentes zones, c'est-à-dire, en tenant compte de l'impact plus ou moins important que l'exploitation des éoliennes aurait sur la zone. En faisant cela, le Gouvernement wallon a fait reposer son arrêté sur des considérations en matière d'incidences environnementale qui auraient dû faire l'objet d'une évaluation préalable.

Le présent projet n'a pas pour objet d'aménager certaines zones du territoire. Celui-ci s'applique de manière identique sur tout le territoire de la Région bruxelloise. Il n'a pas pour conséquence d'interdire, a priori, l'exploitation d'antennes dans certaines zones. Seul le non-respect de la norme globale de 6V/mètre aura pour conséquence d'interdire l'exploitation d'une antenne à un certain endroit. D'ailleurs, une modification des données techniques (ex : inclinaison de l'antenne, direction de l'antenne, puissance,...) pourrait avoir pour conséquence de rendre l'antenne autorisable si cette modification permet le respect de la norme globale.

Le présent projet d'arrêté n'a pas non plus pour objet de fixer des conditions d'exploitation différente en fonction du lieu/ de la zone. A partir du moment où les antennes respectent les normes d'immission, elles sont autorisables partout."

De door de gemachtigde gegeven toelichting overtuigt niet, nu de ontworpen regeling geldt voor het ganse gewest met exploitatievoorwaarden voor antennes die bepalend zijn voor hun inplanting.

Bijgevolg doen de stellers van het ontwerp er goed aan om nader uiteen te zetten op welke wijze zij menen te voldoen aan de verplichtingen van richtlijn 2001/42/EG of waarom die verplichtingen volgens hen *in casu* niet van toepassing zijn. Daartoe zouden zij de aanhef van het ontwerp met dergelijke verduidelijking kunnen aanvullen of zouden zij kunnen opteren voor de opmaak van een verslag aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering dat dan tevens te baat zou kunnen worden genomen om nadere duiding te geven met betrekking tot de draagwijdte van bepaalde onderdelen van de ontworpen regeling die worden gekenmerkt door een hoge techniciteit.

6. Indien het voorliggende ontwerp wordt aangemerkt als een plan in de zin van de ordonnantie van 18 maart 2004, dient ook een openbaar onderzoek te worden georganiseerd overeenkomstig artikel 11 van dezelfde ordonnantie.

7. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het vervullen van de voornoemde vormvereisten nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, alsnog aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

8.1. Gelet op artikel 1 van het ontwerp dat bepaalt dat het te nemen besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1972, dient het eerste lid van de aanhef te vervallen.

8.2. In het derde lid van de aanhef dient de verwijzing naar artikel 101 van de ordonnantie van 1 maart 2007 te worden geschrapt.

8.3. Bij de verwijzing in de aanhef naar de adviezen van de Raad voor het Leefmilieu en de Economische en Sociale Raad voege men in de Nederlandstalige tekst nog het jaartal toe.

Artikel 4

9. In het ontworpen artikel 5, § 2, tweede lid, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 30 oktober 2009 (artikel 4, b), tweede streepje, van het ontwerp) wordt aan Leefmilieu Brussel de taak gedelegeerd om de exacte vorm en inhoud van de hier ontworpen kennisgeving vast te stellen.

Enkel en alleen wanneer hiermee delegatie wordt verleend om de informatie op te vragen die nodig is om na te gaan of de vereisten die voortvloeien uit dit besluit en de bepalingen waaraan uitvoering wordt verleend zijn nageleefd, kan die delegatie worden aanvaard, zoniet dient de inhoud van deze kennisgeving in het ontwerp zelf te worden vastgesteld.

Artikel 5

10. Artikel 5, a) en b), van het ontwerp machtigt de minister bevoegd voor leefmilieu, om de technische gegevens te wijzigen en om ze aan te passen aan een nieuwe technologie of aan nieuwe elementen die de wijziging ervan rechtvaardigen om technische redenen.

Zoals de Raad van State in het verleden reeds meermaals heeft opgemerkt, kan het toekennen van een verordenende bevoegdheid door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering aan één van haar leden, enkel toelaatbaar worden geacht in zoverre die delegatie slechts regels van bijkomstige aard of van beperkt belang betreft.

De ontworpen delegaties kunnen niet worden geacht betrekking te hebben op een bijkomstige aangelegenheid. Zij betreffen integendeel essentiële aspecten van de ontworpen regeling.

Het ontworpen besluit moet dan ook worden aangevuld met de beoogde regels inzake de wijziging van technische gegevens en aanpassing van deze gegevens aan een nieuwe technologie of aan nieuwe elementen die de wijziging ervan rechtvaardigen om technische redenen.

Artikel 6

11. De wijzigingen in de bijlage bij het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 4 maart 1999 worden gecombineerd met een herindeling waardoor passieve outdoorantennes van een totaal effectief EIRP-vermogen van minder dan 5 W van rubriek 162 B (klasse I.D) naar 162 A (klasse I.C) verschuiven. Deze herindeling heeft tot gevolg dat niet langer een milieuvergunning (klasse I.D) is vereist maar slechts een aangifte (klasse I.C).

Er dient te worden benadrukt dat de afgifte van een milieuvergunning klasse I.D een passende beoordeling in de hypothese van artikel 52, § 1^{ter}, van de ordonnantie van 5 juni 1997 vereist ⁷, wat niet meer verplicht is bij de aangifte van een inrichting klasse I.C.

De ontworpen regeling moet mede worden beoordeeld in het licht van artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet, waarin het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu wordt gewaarborgd. Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat deze bepaling een *standstill* verplichting inhoudt, die eraan in de weg staat dat de bevoegde wetgever een bestaand beschermingsniveau, dat wordt geboden door van toepassing zijnde regelgeving, in aanzienlijke mate vermindert, zonder dat daarvoor redenen voorhanden zijn die verband houden met het algemeen belang.⁸ De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, heeft gesteld dat voor een vermindering van het bestaande beschermingsniveau redenen voorhanden moeten zijn die verband houden met het algemeen belang en dat de overheid moet zijn overgegaan tot een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen.⁹

Gevraagd hoe de categorieverlaging van ingedeelde inrichtingen verantwoord wordt in het licht van de voornoemde *standstill*-verplichting, antwoordde de gemachtigde:

“Nous estimons qu’il n’y a pas d’atteinte au principe de *standstill* pour les raisons suivantes:

- Le recul est minime car le passage de permis à déclaration ne concerne que les antennes de puissances entre 2 et 5W;
- La norme globale (càd toutes antennes confondues) est toujours d’application;
- Lors du dépôt de la déclaration, le respect de la norme globale sera contrôlé via un calcul des gabarits de l’antenne.”

Het valt te betwijfelen of de aangehaalde verantwoording er voldoende rekening mee houdt dat door de categorieverlaging niet langer een passende beoordeling in de hypothesen van artikel 52, § 1^{ter}, van de ordonnantie van 5 juni 1997 verplicht is. Bijgevolg blijft de vaststelling dat de stellers van het ontwerp, mede tegen de achtergrond van het bepaalde in artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet, zullen moeten kunnen aantonen dat de ontworpen

⁷ Artikel 52, § 1^{ter} van de ordonnantie van 5 juni 1997 luidt: “Alvorens het ontvangstbewijs voor de vergunningsaanvraag uit te reiken, zal de bevoegde autoriteit, volgens de modaliteiten voorzien in artikel 61 van de ordonnantie van 1 maart 2012 betreffende het natuurbehoud, nagaan of het project, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen en projecten, significante gevolgen kan hebben voor een natuurreservaat, een bosreservaat of een Natura 2000-gebied, en, in voorkomend geval, bepalen dat het aanvraagdossier een passende beoordeling moet omvatten.”

⁸ GwH 3 december 2015, nr. 175/2015, overw. B.4.2.

⁹ RvS 25 november 2010, nr. 209.222, VAN BAVEL.

maatregelen redelijk verantwoord zijn in het licht van de nagestreefde doelstelling van algemeen belang, te weten het behoud van een gezond leefmilieu.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de transposer partiellement dans la législation interne la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'établissant le code des communications électroniques européen'.

Le projet vise à apporter les modifications réglementaires et techniques nécessaires en réponse à l'introduction future de la technologie de communication 5G et à la directive européenne.

À cet effet, le projet modifie l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 octobre 2009 'relatif à certaines antennes émettrices d'ondes électromagnétiques' (articles 2 à 5 du projet).

La modification de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 mars 1999 'fixant la liste des installations de classe IB, IC, ID, II, et III en exécution de l'article 4 de l'ordonnance du 5 juin 1997 relative aux permis d'environnement' concerne les rubriques classées pour les antennes 162A et 162B (article 6).

Enfin, l'article 7 du projet complète l'article 100, § 1^{er}, de l'ordonnance du 5 juin 1997 'relative aux permis d'environnement' par un nouvel alinéa qui dispose qu'aucun droit de dossier n'est dû pour une déclaration de classe III ou de classe I.C.

3.1. Sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} mars 2007 'relative à la protection de l'environnement contre les éventuels effets nocifs et nuisances provoqués par les radiations non ionisantes', le Gouvernement fixe, dans le cadre de ses compétences, les conditions d'exploitation des installations susceptibles de produire, de transmettre ou de recevoir des radiations non ionisantes. Les conditions visées fixent notamment le nombre et l'intensité des sources de radiation non ionisantes pour chaque périmètre, en tenant compte des caractéristiques de ce périmètre.

Cette disposition contribue à procurer un fondement juridique aux articles 1^{er}, 2 et 3 du projet.

L'article 6 du projet trouve un fondement juridique dans l'article 4, dernier alinéa, de l'ordonnance du 5 juin 1997, qui habilite le Gouvernement à arrêter la liste des installations de classes I.B, II, I.C, I.D et III.

Les articles 1^{er}, 2, 4 et 5 du projet trouvent un fondement juridique dans l'article 6, § 1^{er}, de l'ordonnance du 5 juin 1997, qui habilite le Gouvernement à arrêter les dispositions applicables à l'ensemble des installations ou à des catégories d'installations, en vue d'assurer la protection de l'environnement, de la santé ou de la sécurité, conformément à l'article 2.

L'article 10, alinéa 2, de la même ordonnance habilite le Gouvernement à préciser et à compléter les indications à mentionner dans la demande de certificat ou de permis d'environnement et à déterminer la forme de la demande, et contribue à procurer un fondement juridique à l'article 3 du projet.

3.2. L'article 3, § 3, de l'arrêté royal du 8 mars 1989 'créant Bruxelles Environnement' ¹ habilite le Gouvernement à attribuer des missions à Bruxelles Environnement et à définir les conditions selon lesquelles elles sont exercées.

Cette disposition contribue à procurer un fondement juridique au projet dans la mesure où des tâches sont attribuées à Bruxelles Environnement.

3.3. Aucun fondement juridique adéquat ne pouvant être trouvé pour l'article 7 du projet, cette disposition en sera omise.

FORMALITÉS

4. En vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 'prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information', tout projet fixant une règle technique doit être communiqué « immédiatement » à la Commission européenne.

L'article 1^{er}, paragraphe 1, f), alinéa 1^{er}, de la directive précitée, définit une règle technique comme étant « une spécification technique ou autre exigence ou une règle relative aux services, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont l'observation est obligatoire *de jure* ou *de facto*, pour la commercialisation, la prestation de services, l'établissement d'un opérateur de services ou l'utilisation dans un État membre ou dans une partie importante de cet État (...) ».

À la question de savoir si le projet a été notifié conformément à la directive précitée, le délégué a répondu :

« Non, le projet n'a pas été notifié car il n'impose pas de caractéristiques techniques que les antennes devraient, en soi respecter. Le projet a des conséquences sur la manière dont il faut calculer le champ émis par les antennes, notamment, en tenu compte de diverses atténuations. Le projet n'impose aucune marque/type d'antenne aux opérateurs ».

¹ Confirmé par la loi du 16 juin 1989.

Il convient d'observer que, conformément à l'article 58 de la directive (UE) 2018/1972, les procédures prévues dans la directive (UE) 2015/1535 s'appliquent à tout projet de mesure d'un État membre qui imposerait au déploiement de points d'accès sans fil à portée limitée des exigences concernant les champs électromagnétiques autres que celles prévues dans la recommandation 1999/519/CE.

En conséquence, eu égard aux prescriptions énoncées à l'article 5 du projet, il paraît indiqué de suivre la procédure de notification.

Lors de cette communication prévue par l'article 5, paragraphe 1, de la directive précitée, il faut également tenir compte de la période de *standstill* visée à l'article 6.

5. L'ordonnance du 18 mars 2004 'relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement' vise à transposer 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'.

L'article 4 de cette ordonnance impose la réalisation d'une évaluation environnementale pour les plans et programmes visés aux articles 5 et 6 qui sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. L'article 5, § 1^{er}, dispose qu'une évaluation environnementale est effectuée pour tous les plans et programmes qui sont élaborés pour les secteurs, notamment, de l'énergie, de l'industrie, ou des télécommunications et qui définissent le cadre dans lequel pourra être autorisée à l'avenir la mise en œuvre des projets, énumérés dans l'ordonnance du 22 avril 1999 'fixant la liste des installations de classe IA visée à l'article 4 de l'ordonnance du 5 juin 1997 relative aux permis d'environnement' et dans l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 mars 1999 susvisé.

L'article 3, 1^o, de cette ordonnance définit les 'plans et programmes' comme étant « les plans et programmes, y compris ceux qui sont cofinancés par l'Union européenne, ainsi que leurs modifications :

- élaborés et/ou adoptés par une autorité au niveau régional ou local, ou élaborés par une autorité en vue de leur adoption par le Conseil régional ou par le Gouvernement par le biais d'une procédure législative ;

et

- prévus par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ».

La question se pose de savoir si le projet à l'examen ne doit pas être considéré comme un plan ou programme au sens de l'article 2, a), de la directive 2001/42/CE, précitée, pour lequel, conformément à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, une évaluation environnementale doit être effectuée dans la mesure où il est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Selon le paragraphe 2, a), de l'article 3 de la directive, cette obligation s'applique à tous les plans et programmes qui sont élaborés pour les secteurs, notamment, de l'énergie, de l'industrie ou des télécommunications, et qui définissent le cadre dans lequel la mise en œuvre des projets énumérés aux annexes I et II de la directive 2011/92/UE

du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 ‘concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement’ pourra être autorisée à l'avenir.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « 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. La Cour ajoute que la notion de « plans et programmes » peut également recouvrir des actes normatifs adoptés par la voie législative ou réglementaire³. Dans l'arrêt C-24/19 du 25 juin 2020, la Cour de justice a confirmé qu'un arrêté du Gouvernement flamand peut être considéré comme un plan élaboré ou adopté par une autorité au niveau national, régional ou local. En outre, la Cour a précisé qu'une mesure doit être considérée comme « exigée », dès lors que le pouvoir d'adopter la mesure trouve sa base juridique dans une disposition particulière, même s'il n'existe, à proprement parler, aucune obligation d'élaborer cette mesure⁴.

La Cour constitutionnelle considère toutefois que juger que toutes les législations et toutes les réglementations susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement devraient être soumises à une évaluation environnementale conformément à la directive 2001/42/CE, ne correspond pas à l'objectif du législateur européen, qui visait à ce que, conformément à cette directive, certains plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement soient soumis à une évaluation environnementale⁵.

Force est de constater que le dispositif en projet comporte des conditions et modalités pour la décision relative au permis d'environnement pour des antennes classées et pour des antennes relevant du régime de déclaration de l'ordonnance du 5 juin 1997⁶.

Outre le fait que l'arrêté en projet est déterminant pour l'implantation – et donc le cadre – des antennes en question, il convient également de souligner qu'il ressort de l'avis du Conseil de l'environnement, que l'implantation des antennes a une incidence notable sur l'environnement, de sorte qu'une évaluation environnementale est également requise de ce point de vue.

² C.J.U.E., 27 octobre 2016, C-290/15, *Patrice d'Oultremont e.a. c. Région wallonne*, ECLI:EU:C:2016:561, § 49.

³ *Ibidem*, § 52.

⁴ C.J.U.E., 25 juin 2020, C-24/19, *A e.a. c. Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, ECLI:EU:C:2020:503, §§ 32 et suivants.

⁵ C.C., 28 février 2019, n° 33/2019, B.21.3 et C.C., 17 octobre 2019, n° 145/2019, B.9.3.

⁶ Les nouvelles règles figurant dans le projet à l'examen sont combinées à une reclassification déplaçant les antennes extérieures passives d'une puissance PIRE effective totale inférieure à 5 W de la rubrique 162 B (Classe I.D) à la rubrique 162 A (classe I.C). Cette reclassification a pour conséquence que seule une déclaration est requise (classe I.C) et non plus un permis d'environnement (classe I.D).

Interrogé sur le point de savoir si, en ce qui concerne le dispositif en projet, une évaluation environnementale a eu lieu, le délégué a répondu :

« Le présent projet d'arrêté ne devait pas faire l'objet d'une évaluation environnementale car il ne constitue pas un plan ou un programme.

Dans son arrêt C-290/15, la CJUE a rappelé que les plans et programmes 'doivent avoir pour objet l'aménagement d'un territoire donné (...) et plus largement, l'aménagement de territoires ou de zones en général.' (point 45). Or, dans l'affaire soumise à la CJUE, l'arrêté wallon avait, entre autres, pour objet de fixer des normes de bruit variant en fonction de zones planologiques (zones du plan de secteur). Les normes de bruit ont été fixées par le Gouvernement wallon en tenant compte de la 'sensibilité' des différentes zones, c'est-à-dire, en tenant compte de l'impact plus ou moins important que l'exploitation des éoliennes aurait sur la zone. En faisant cela, le Gouvernement wallon a fait reposer son arrêté sur des considérations en matière d'incidences environnementale qui auraient dû faire l'objet d'une évaluation préalable.

Le présent projet n'a pas pour objet d'aménager certaines zones du territoire. Celui-ci s'applique de manière identique sur tout le territoire de la Région bruxelloise. Il n'a pas pour conséquence d'interdire, a priori, l'exploitation d'antennes dans certaines zones. Seul le non-respect de la norme globale de 6V/mètre aura pour conséquence d'interdire l'exploitation d'une antenne à un certain endroit. D'ailleurs, une modification des données techniques (ex : inclinaison de l'antenne, direction de l'antenne, puissance,...) pourrait avoir pour conséquence de rendre l'antenne autorisable si cette modification permet le respect de la norme globale.

Le présent projet d'arrêté n'a pas non plus pour objet de fixer des conditions d'exploitation différente en fonction du lieu/ de la zone. À partir du moment où les antennes respectent les normes d'immission, elles sont autorisables partout ».

Les explications données par le délégué échouent à convaincre, dès lors que le dispositif en projet s'applique à l'ensemble de la région avec des conditions d'exploitation des antennes qui sont déterminantes pour leur emplacement.

Les auteurs du projet seraient par conséquent bien avisés de préciser de quelle manière ils estiment satisfaire aux obligations de la directive 2001/42/CE ou pourquoi ces obligations, selon eux, ne s'appliquent pas en l'espèce. À cet effet, ils pourraient compléter le préambule du projet par une telle précision ou opter pour l'établissement d'un rapport au Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, qui pourrait également être mis à profit pour apporter des précisions quant à la portée de certains éléments du dispositif en projet, qui se caractérise par une grande technicité.

6. Si le projet à l'examen est regardé comme un plan au sens de l'ordonnance du 18 mars 2004, il faut également organiser une enquête publique conformément à l'article 11 de la même ordonnance.

7. Si l'accomplissement des formalités susmentionnées devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

8.1. Vu l'article 1^{er} du projet, qui dispose que l'arrêté envisage transpose partiellement la directive (UE) 2018/1972, le premier alinéa du préambule sera omis.

8.2. Dans le troisième alinéa du préambule, on supprimera la référence à l'article 101 de l'ordonnance du 1^{er} mars 2007.

8.3. Dans le texte néerlandais du préambule, qui fait référence aux avis du Conseil de l'environnement et du Conseil économique et social, on ajoutera le millésime.

Article 4

9. L'article 5, § 2, alinéa 2, en projet, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 octobre 2009 (article 4, b), deuxième tiret, du projet, charge Bruxelles Environnement de déterminer la forme et le contenu précis de la notification en projet.

Cette délégation ne peut être acceptée que si elle a pour unique objectif de réclamer les informations nécessaires pour vérifier le respect des exigences découlant de l'arrêté à l'examen et des dispositions auxquelles il est donné exécution, faute de quoi le contenu de la notification doit être fixé dans le projet lui-même.

Article 5

10. L'article 5, a) et b), du projet habilite le ministre qui a l'Environnement dans ses attributions à modifier les données techniques en vue de les adapter à une nouvelle technologie ou à des éléments nouveaux justifiant techniquement leur modification.

Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé à plusieurs reprises dans le passé, l'attribution, par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, d'un pouvoir réglementaire à l'un de ses membres ne peut être considérée comme admissible que pour autant que cette délégation ne concerne que des règles de détail ou d'un intérêt limité.

Les délégations en projet ne peuvent pas être réputées concerner une question d'ordre accessoire. Elles concernent au contraire des aspects essentiels du dispositif en projet.

L'arrêté en projet doit dès lors être complété par les règles visées en matière de modification des données techniques et d'adaptation de ces dernières à une nouvelle technologie ou à des éléments nouveaux justifiant techniquement leur modification.

Article 6

11. Les modifications de l'annexe de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 mars 1999 sont combinées à une reclassification, déplaçant les antennes extérieures passives d'une puissance PIRE effective totale de moins de 5 W de la rubrique 162 B (classe I.D) à la rubrique 162 A (classe I.C). Il résulte de cette reclassification qu'un permis d'environnement (classe I.D) n'est plus nécessaire, mais seulement une déclaration (classe I.C).

Il convient de souligner que la délivrance d'un permis d'environnement de classe I.D. nécessite une évaluation appropriée dans l'hypothèse de l'article 52, § 1^{er} de l'ordonnance du 5 juin 1997⁷, ce qui n'est plus requis lors de la déclaration d'une installation de classe I.C.

Le dispositif en projet doit notamment être apprécié à la lumière de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution, qui garantit le droit à la protection d'un environnement sain. La Cour constitutionnelle a jugé que cette disposition implique une obligation de *standstill*, qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la réglementation applicable, sans que soient présents à cette fin des motifs liés à l'intérêt général⁸. Le Conseil d'État, section du contentieux administratif, a exposé que la réduction du niveau de protection existant doit être justifiée par des motifs liés à l'intérêt général et que l'autorité doit avoir minutieusement mis en balance tous les intérêts en jeu⁹.

Invité à justifier la réduction des installations classées au regard de l'obligation de *standstill* susmentionnée, le délégué a répondu :

« Nous estimons qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de *standstill* pour les raisons suivantes :

- Le recul est minime car le passage de permis à déclaration ne concerne que les antennes de puissances entre 2 et 5W ;
- La norme globale (càd toutes antennes confondues) est toujours d'application ;
- Lors du dépôt de la déclaration, le respect de la norme globale sera contrôlé via un calcul des gabarits de l'antenne ».

⁷ L'article 52, § 1^{er}, de l'ordonnance du 5 juin 1997 dispose : « L'autorité compétente, avant de délivrer l'accusé de réception de la demande de permis, vérifie, selon les modalités prévues à l'article 61 de l'ordonnance du 1^{er} mars 2012 relative à la conservation de la nature, si le projet est susceptible d'affecter une réserve naturelle, une réserve forestière ou un site Natura 2000 de manière significative, individuellement ou en conjugaison avec d'autres plans et projets et, dans cette hypothèse, prescrit que le dossier de demande intègre une évaluation appropriée ».

⁸ C.C., 3 décembre 2015, n° 175/2015, cons. B.4.2.

⁹ C.E., 25 novembre 2010, n° 209.222, VAN BAVEL.

Il est douteux que la justification donnée tienne suffisamment compte du fait, qu'en raison de la réduction de la catégorie, une évaluation adéquate n'est plus nécessaire dans les hypothèses énoncées à l'article 52, § 1^{er}*ter*, de l'ordonnance du 5 juin 1997. Par conséquent, au regard notamment de la disposition de l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution, il demeure que les auteurs du projet devront être en mesure de démontrer que les mesures en projet sont raisonnablement justifiées en considérant l'objectif d'intérêt général poursuivi, à savoir la préservation d'un environnement sain.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME