SV

ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 44.087/4
DU 3 MARS 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Logement, des Transports et du Développement territorial de la Région wallonne, le 5 février 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "déterminant la méthode de calcul et les exigences, les agréments et les sanctions applicables en matière de performance énergétique et de climat intérieur des bâtiments", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. En son article 4 et en certaines de ses annexes, l'arrêté en projet rend obligatoires des normes NBN déterminées.

Il convient donc, conformément à l'article 84 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, d'en assurer la publication intégrale au Moniteur belge (1).

2. Plusieurs dispositions du texte en projet rappellent la teneur de certaines des dispositions législatives que le texte en projet se donne pour fondement légal.

Il en va ainsi de :

1/ l'article 551 en projet, qui rappelle l'article 237/19, § 1er, du C.W.A.T.U.P.E.;

(1) Cette observation est inspirée d'une observation faite dans l'avis 41.867/4 donné le 4 janvier 2007 par la section de législation sur un projet devenu l'arrêté royal du 17 mai 2007 fixant les mesures en matière de prévention contre l'incendie et l'explosion auxquelles les parkings fermés doivent satisfaire pour le stationnement des véhicules LPG.
Sur la question délicate de la publication des normes voir le rapport annuel du Conseil d'État, année judiciaire 2006/2007, paragraphes 20 et 21, p. 17.

2/ l'article 552 en projet, qui rappelle une règle qui découle déjà de l'article 237/20, alinéa 2, du C.W.A.T.U.P.E [(2)].

Comme la section de législation l'a déjà rappelé, il n'appartient pas au Gouvernement de reproduire ou de paraphraser, dans un arrêté réglementaire, une règle déjà inscrite dans une disposition de nature législative.

En effet, pareil procédé peut induire en erreur sur la nature de la règle en question. Il laisse par ailleurs à penser qu'il est au pouvoir du Gouvernement de modifier cette règle alors que ce pouvoir appartient au seul législateur

Les dispositions précitées seront donc omises.

Observations particulières

Préambule

1. La directive 2002/91/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 sur la performance énergétique des bâtiments (ci-après la "directive 2002/91/CE") ne procure pas de fondement légal à l'arrêté en projet. Elle ne doit pas être visée au préambule dont l'alinéa 1er sera omis.

2. À l'alinéa 2 du préambule, il convient de mentionner l'article 237/11 du C.W.A.T.U.P.E. Par ailleurs, l'alinéa 2 du préambule doit être complété par les dispositions du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie que le texte en projet entend abroger.

---

(2) L'on pourrait aussi mentionner l'article 570, 1/, en projet, qui rappelle une règle qui découle déjà de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que l'article 573, alinéa 1er, en projet, qui rappelle une règle qui découle déjà de l'article 237/39, alinéa 1er, du C.W.A.T.U.P.E. Sur ces dispositions, voir cependant les observations relatives, respectivement aux articles 566 à 571, en projet, et aux articles 572 à 579, en projet.

3. L'alinéa 3 du préambule sera omis car les dispositions de l'arrêté de l'Exécutif régional wallon du 29 février 1984 fixant les conditions générales d'isolation thermique pour les bâtiments à construire destinés au logement ou destinés en ordre principal au logement et l'arrêté ministériel du 15 février 1996 modifiant, en ce qui concerne l'isolation thermique et la ventilation des bâtiments, le Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie, ont été intégrées dans la partie réglementaire du C.W.A.T.U.P.E.

4. L'alinéa 6 du préambule doit être omis puisque cette délibération du Gouvernement n'est plus requise.

Dispositif

Article 1er nouveau
(à insérer)

L'arrêté en projet transpose partiellement la directive 2002/91/CE.

À ce propos, il y a lieu de relever que l'article 15, paragraphe 1er, alinéa 2, de cette directive fait obligation aux États membres, lorsqu'ils adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires à sa transposition, de faire référence, dans celles-ci, à ladite directive, ou d'accompagner leur publication d'une telle référence.

La section de législation du Conseil d'État a souvent rappelé qu'afin de répondre à cette exigence, il est préférable de consacrer à cette référence un article du dispositif législatif ou réglementaire qui opère la transposition d'une ou plusieurs directives.

Par conséquent, dans le dispositif en projet, il y lieu d'insérer un article 1er nouveau faisant mention de ce que l'arrêté en projet a pour objet la transposition partielle de la directive précitée.

Article 1er
(devenant Article 2)

Article 530 en projet

1. L'habilitation consentie au Ministre en charge de l'énergie par le point 5/est excessivement large. Il convient ou bien (3) de préciser ses limites et les critères à mettre en oeuvre par le ministre concerné, auquel cas cette disposition, n'étant pas une définition, devrait faire l'objet d'une disposition séparée ou bien, à défaut, cette habilitation sera omise du point 5/ en projet.

2. Les mots définis aux points 8/ à 13/ de l'article 530 en projet, sont des termes employés dans les dispositions décrétales que l'arrêté en projet se donne pour fondement légal, spécialement l'article 237/5 du C.W.A.T.U.P.E.

Il n'appartient pas, en principe, au Gouvernement de donner une définition d'une notion légale, à savoir, d'une notion employée dans des dispositions de nature législative. Ce pouvoir appartient au législateur.

Les dispositions précitées seront omises.

3. Les mots définis aux points 21/ à 25/ de l'article 530 en projet, sont déjà définis par les dispositions décrétales que l'arrêté en projet se donne pour fondement légal.

Lorsque le Gouvernement adopte un arrêté qui pourvoit à l'exécution d'un décret, il ne lui appartient pas de définir les termes déjà définis par le décret, ni de renvoyer d'une manière ou d'une autre aux définitions que donnent de ces termes les dispositions décrétales qu'il entend exécuter.

(3) Dans cette hypothèse le projet doit être proposé et signé par l'autre ministre concerné.

Outre qu'un tel procédé ne présente aucune utilité, il est de nature à laisser croire qu'il est au pouvoir du Gouvernement de modifier les définitions concernées alors que ce pouvoir appartient au seul législateur.

Les dispositions concernées seront omises.

Article 531 en projet

L'alinéa 3 de la disposition à l'examen permet au Ministre compétent d'exempter certains bâtiments industriels d'une superficie utile supérieure à mille mètres carrés d'une ou plusieurs des exigences P.E.B. définies par l'arrêté en projet.

Cette disposition doit être mise en rapport avec l'article 237/14 du C.W.A.T.U.P.E.

Le dit article 237/14 permet au Gouvernement de différencier les exigences P.E.B. selon des critères déterminés, notamment, la destination et la superficie du bâtiment.

En tant qu'elle permet d'exempter les bâtiments précités de certaines exigences P.E.B., la disposition à l'examen entre dans les prévisions de l'article 237/14.

Il reste toutefois qu'elle habilite le ministre compétent à déterminer ces exemptions sans déterminer elle-même les critères ou limites de cette habilitation.

Une telle délégation de pouvoir consentie au Ministre s'avère excessive.

Le texte en projet doit être revu de manière à éviter que la catégorie des bâtiments visés à l'alinéa 2 soit totalement ou presque totalement dispensée des exigences P.E.B..

Article 533 en projet

1. En son alinéa 1er, la disposition en projet fixe, par renvoi aux annexes I et II au texte en projet, "la méthode de calcul de la performance énergétique des bâtiments résidentiels, des immeubles de bureaux et de services et des bâtiments scolaires [lire : bâtiments destinés à l'enseignement]".

Par contre, aucune disposition du texte en projet ne fixe de méthode de calcul pour la performance énergétique des bâtiments industriels, ni des "bâtiments ayant une autre destination", au sens de l'article 530 en projet.

Il en résulte que, pour ces bâtiments, le texte en projet est en défaut d'exécuter les articles 237/3 à 237/6 du C.W.A.T.U.P.E., et de procéder à la transposition complète de l'article 3 de la directive 2002/91/CE, dont le délai de transposition a expiré le 4 janvier 2006.

Selon le délégué du gouvernement, la raison en est que, pour des raisons techniques, il n'existe pas encore, à ce jour, de méthode de calcul globale des performances énergétiques pour les bâtiments concernés, intégrant l'ensemble des éléments requis par l'article 237/4 du C.W.A.T.U.P.E., cette méthode étant, à ce stade, en cours d'élaboration.

Afin d'assurer la transposition de la directive précitée ainsi que l'exécution complète des articles 237/3 à 237/6 du C.W.A.T.U.P.E., il importe que la méthode de calcul pour les bâtiments concernés soit élaborée au plus vite, et que le texte en projet soit complété en conséquence.

2. L'alinéa 3 de la disposition à l'examen habilite le Ministre en charge de l'Énergie à fixer les procédures et les spécifications relatives à la détermination de la performance énergétique des concepts et technologies novateurs ainsi que celles relatives au recours à une méthode alternative de calcul.

Outre que l'habilitation que la disposition à l'examen confère au Ministre concerné apparaît excessivement large, à défaut de préciser les limites dans lesquelles elle s'inscrit et les critères à mettre en oeuvre, elle appelle une observation plus fondamentale : dès lors que le Gouvernement n'est pas habilité, plus spécialement par l'article 237/7 du C.W.A.T.U.P.E., à fixer les procédures et spécifications concernées par voie réglementaire, abstraite et générale [(4)], il ne peut, en toutes hypothèses, déléguer ce pouvoir réglementaire au Ministre.

L'alinéa 3 de la disposition à l'examen sera donc omis.

Article 553 en projet

Il résulte de l'article 553, 2/, en projet, que la demande d'agrément en tant que responsable P.E.B. peut être introduite par toute personne morale qui compte parmi son personnel ou ses collaborateurs au moins une personne titulaire d'un des diplômes visés au 1/, et qui est "liée avec elle par une convention dont la durée est au moins égale à celle de l'agrément".

Afin d'éviter toute critique au regard du principe d'égalité et d'assurer la sécurité juridique, il convient également de viser expressément les conventions à durée indéterminée.

Article 554 en projet

Selon l'article 237/20 du C.W.A.T.U.P.E., il appartient au Gouvernement d'arrêter les critères et la procédure selon lesquels il procédera à l'agrément des personnes qui peuvent être chargées de l'étude de faisabilité technique, environnementale et économique.

---

(4) L'article 237/7 du C.W.A.T.U.P.E. permet au Gouvernement d'autoriser le déclarant P.E.B. à recourir à une méthode de calcul alternative. Il ne l'habilite pas, à cet égard, à régler de manière abstraite et générale les procédures et spécifications relatives à ces autorisations.

La disposition à l'examen prévoit que

> "Toute personne physique ou morale peut introduire une demande d'agrément en tant qu'auteur d'étude de faisabilité si elle justifie de titres, qualifications ou d'une expérience dans le domaine des systèmes alternatifs de production et d'utilisation d'énergie visés à l'article 237/16."

La section de législation suppose que, ce faisant, la disposition à l'examen entend fixer les "critères" d'agrément des auteurs d'étude de faisabilité.

Les termes "titres", "qualifications" et "expérience" ne sont pas définis plus avant. L'on ignore ainsi quels sont les titres ou qualifications requis, et quelle est la forme, le contenu et la durée de l'expérience requise.

Il s'ensuit que l'exigence ainsi posée par la disposition à l'examen revêt un caractère particulièrement vague, à tel point que la notion de "critère d'agrément" s'en trouve vidée de sa substance.

En d'autres termes, le critère retenu est à ce point flou que la disposition à l'examen ne peut être considérée comme pourvoyant à l'exécution de l'article 237/20 qui impose au Gouvernement de fixer des critères d'agrément. Par ailleurs, le caractère vague des exigences posées est de nature à entraîner, lors de la mise en oeuvre de la disposition en projet, des traitements inégaux entre les demandeurs d'agrément.

Par conséquent, le texte en projet doit être revu et complété afin de définir avec précision les titres, qualifications et expériences requis.

Article 560 en projet

1. La disposition à l'examen manque de clarté.

Ainsi :

1/ La section de législation se demande comment les alinéas 1er et 3 de l'article 560 en projet s'articulent entre eux, ainsi qu'au regard de l'article 237/35, alinéa 3, du C.W.A.T.U.P.E., qui prévoit que

> "Lorsqu'il est constaté, en application de l'article 237/36, § 1er, 4/, que le responsable P.E.B. n'a pas respecté les exigences P.E.B. dans le cadre de sa mission, l'agrément est retiré de plein droit."

Interrogé sur ce point, le délégué du gouvernement a répondu que

> "les alinéas 1er et 3 de cet article visent deux hypothèses différentes : dans le premier cas, le responsable P.E.B. a été sanctionné par une amende administrative, et non dans le second cas.[...]"

Le texte en projet sera revu afin de faire apparaître clairement la distinction ainsi opérée.

2/ De même, la section de législation se demande comment s'articulent entre eux respectivement les alinéas 2 et 3, 2 et 4, ainsi que 2 et 5 de la disposition à l'examen. À ce propos, tel qu'il est rédigé le texte ne paraît pas prévoir l'audition de l'intéressé entre le moment où un nouveau manquement postérieur à un premier avertissement a été constaté et le jour où intervient la décision portant sur le retrait d'agrément proprement dit (5). Ceci n'est pas conforme à la règle "*audi alteram partem*".

Le texte en projet doit être revu en conséquence.

3. Afin de se conformer au mieux à l'article 237/35, alinéa 2, du C.W.A.T.U.P.E., et d'éviter de vider de son sens l'obligation faite par cette disposition au Gouvernement d'adresser un premier avertissement au titulaire de l'agrément, aux alinéas 4 et 5 de la disposition à l'examen, mieux vaut remplacer les mots "manquements" par les mots "manquements de même nature".

Article 564 en projet

Au dernier alinéa, la lettre E sera suivie de l'indice "w", comme aux articles 539 et 540.

---

(5) Le respect de la règle "audi alteram partem" ne serait pas assuré si l'audition de l'intéressé intervenait uniquement avant que le Ministre lui adresse un premier avertissement.

Chapitre IV - Section 2 intitulée "Procédure d'établissement et de sanction des manquements

Articles 566 à 571 en projet

Les dispositions à l'examen entendent arrêter certains éléments de la procédure de constat des manquements et de sanction de ceux-ci.

Hormis l'article 566 en projet qui détermine quels sont les fonctionnaires délégués compétents pour l'application de l'article 237/37 du C.W.A.T.U.P.E., aucune des dispositions en projet ne dispose d'un fondement légal.

En effet, l'article 237/37, § 1er, du C.W.A.T.U.P.E. prévoit que le fonctionnaire délégué ainsi que le fonctionnaire ou agent désigné par le Gouvernement, ainsi que le bourgmestre ou son délégué ont qualité pour rechercher et constater par procès-verbal les manquements visés à l'article 237/36, § 1er. Le Gouvernement est ainsi habilité à désigner les fonctionnaires concernés, comme y procède l'article 566 en projet.

Par contre, pour le surplus, l'article 237/37 du C.W.A.T.U.P.E., règle de manière précise et complète, notamment en terme de délais :

- le constat des manquements par procès-verbal;

- l'instruction du dossier préalablement à la décision relative à la sanction;

- l'adoption de la décision relative à la sanction, sa motivation et sa notification à son destinataire.

À ces égards, l'article 237/37 ne comporte aucune habilitation, dans une matière au demeurant régie par le principe de légalité.

À défaut d'habilitation pour compléter ou préciser la procédure au demeurant intégralement et précisément organisée par le législateur, le Gouvernement wallon ne peut régler la procédure allant du constat du manquement à la notification de la décision relative à la sanction [6].

Les articles 567 à 571 en projet sont donc dépourvus de fondement légal et seront omis.

Chapitre IV - Section 3 intitulée "Recours judiciaire et recouvrement des amendes impayées"

Articles 572 à 579 en projet

Sans avoir à se prononcer sur la question de savoir si la Région wallonne est ou non compétente pour régler la matière des actes introductifs d'instance, celle du recouvrement forcé d'amendes, le cas échéant à la suite d'une décision judiciaire, ou encore, la signification d'un commandement de payer par exploit d'huissier, il suffit de constater qu'en l'espèce, aucune disposition que l'arrêté en projet se donne pour fondement légal n'habilite le Gouvernement à régler les recours judiciaires contre les amendes administratives prononcées en vertu de l'article 237/36 et suivants du C.W.A.T.U.P.E., ainsi que le recouvrement desdites amendes qui resteraient impayées [7].

---

(6) En aucun cas, le Gouvernement ne peut, pour adopter les articles 567 à 571 en projet, se fonder sur l'article 237/36, § 2, du C.W.A.T.U.P.E. En effet, ce paragraphe est libellé comme suit :
"Le montant de l'amende administrative est compris entre 250 euros et 50.000 euros.
Le Gouvernement précise les modalités d'application et de calcul de l'amende administrative."
Il se rapporte donc au montant des amendes et non à la procédure.
Par ailleurs, l'habilitation contenue dans l'alinéa 2 dudit paragraphe figure dans une disposition distincte de et antérieure à l'article 237/37 qui règle la procédure de constat des manquements, d'instruction, d'adoption et de notification des amendes et qui, contrairement à l'article 236/36, ne comporte aucune habilitation au Gouvernement.

(7) En aucun cas, les règles relatives aux recours judiciaires et au recouvrement des amendes ne peuvent être qualifiés de "modalités d'application et de calcul des amendes" telles que visées à l'article 237/36 du C.W.A.T.U.P.E.. Voir la note précédente.

Les articles 572 à 579 en projet seront donc omis.

Articles 3 et 4
(devenant Articles 4 et 5)

1. Ces dispositions fixent les dates d'entrée en vigueur des différentes dispositions de l'arrêté en projet, de sorte que le régime actuellement en vigueur sera abrogé au 1er septembre 2008 et que le nouveau régime entrera en vigueur selon les dispositions, entre le 1er septembre 2008 et le 1er janvier 2009, étant entendu que certaines exigences n'entreront en vigueur que le 1er septembre 2011.

Il s'ensuit que le régime en vigueur ne sera abrogé et que le nouveau régime n'entrera en vigueur, *partim*, que le 1er septembre 2008.

Un tel système n'est pas compatible avec les exigences posées par l'article 15, paragraphe 1er, alinéa 1er, de la directive 2002/91/CE en terme de délai de transposition, qui prévoit que la directive doit être transposée pour le 4 janvier 2006 au plus tard.

2. Le texte en projet procède à l'exécution de certaines dispositions du livre IV du C.W.A.T.U.P.E., lequel n'est pas encore en vigueur.

Il résulte des articles 17 et 18 du décret-cadre du 19 avril 2007 modifiant le Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme, et du Patrimoine en vue de promouvoir la performance énergétique des bâtiments, que ce décret produira ses effets à la date d'entrée en vigueur des arrêtés d'exécution visés aux articles 237/3, 237/12, 237/19, § 1er, deuxième tiret, et 237/20 du livre IV sub article 10 du décret, à l'exception de l'article 16 du décret-cadre - entré en vigueur le 29 mai 2005 - , et du titre V du livre IV sub article 10 du décret-cadre qui entrera en vigueur à une date qu'il incombe au Gouvernement de fixer.

L'arrêté en projet entend pourvoir à l'exécution notamment des articles 237/3, 237/12, 237/19, § 1er, deuxième tiret, et 237/20 du livre IV sub article 10 du décret-cadre. L'entrée en vigueur de cet arrêté aura donc pour effet que le décret-cadre produira ses effets à la date de cette entrée en vigueur, ce, dans toutes ses dispositions, à l'exception du titre V du livre IV du C.W.A.T.U.P.E. relatif au certificat P.E.B.

À l'exception du titre V du livre IV du C.W.A.T.U.P.E., qui entrera en vigueur à une date à fixer par le Gouvernement, il s'impose que l'ensemble des mesures d'exécution de ce livre IV soient adoptées simultanément, ou, à tout le moins, entrent en vigueur simultanément, si l'on veut assurer la transposition de la directive 2002/91/CE.

En effet, le texte en projet ne comporte pas l'ensemble des mesures portant exécution des dispositions législatives dont l'entrée en vigueur résulte de celles de l'arrêté en projet : outre ce qui a été dit à l'observation particulière 1 relative à l'article 533, le texte en projet n'entend procurer exécution ni à l'article 237/6 ni à l'article 237/26 du C.W.A.T.U.P.E.

Cette situation est problématique car l'exécution de ces dispositions ne peut être dissociée des dispositions du texte en projet [(8)].

En conclusion, pour assurer la transposition de la directive 2002/91/CE - et ce, le plus tôt possible - il appartient à l'auteur du texte de pourvoir globalement et simultanément à l'exécution de l'ensemble des dispositions que requiert l'entrée en vigueur du décret-cadre du 29 avril 2007, à l'exception du titre V du livre IV du C.W.A.T.U.P.E.

3. Les articles 3 et 4 du projet doivent être revus à la lumière des observations qui précèdent.

---

(8) Pour ne prendre qu'un exemple significatif, l'article 237/26 du C.W.A.T.U.P.E. fait obligation au Gouvernement de déterminer la forme, le contenu et les modalités d'application de l'engagement P.E.B., de la déclaration finale et de la déclaration P.E.B. finale. Le texte en projet ne pourvoit pas à l'exécution de cette disposition. Par contre, il pourvoit à l'exécution de l'article 237/36 du C.W.A.T.U.P.E. qui sanctionne d'une amende administrative notamment le fait de ne pas procéder à la notification de la déclaration P.E.B. initiale ou finale, et le fait de ne pas établir avec exactitude la déclaration P.E.B. finale.

Annexe I

L'article 237/4, alinéa 1er, du C.W.A.T.U.P.E. énumère les éléments minimaux que la méthode de calcul de la performance énergétique arrêtée par le Gouvernement doit obligatoirement prendre en compte.

Il appartient à l'auteur du projet d'être en mesure de démontrer que les exigences imposées par cette disposition ont été respectées.

La même observation vaut pour l'annexe II.

Observation finale

L'insertion de groupements de dispositions (9) qui ne sont identifiés que par leur intitulé, est inutile et doit être omise (10).

---

(9) Par exemple, aux articles 534 et sv., les divisions intitulées "isolation thermique", "ventilation" etc.

(10) Conseil d'État, Circulaire de légistique formelle - recommandations et formules, novembre 2001, points 8.5.3.1 à 9.5.3.7, en particulier l'alinéa 2 (http://www.raadvst-consetat.be) Onglet (Technique législative).

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseiller d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER, LE PREMIER PRÉSIDENT,

C. GIGOT R. ANDERSEN