



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 73.379/4
du 15 juin 2023

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant
divers décrets relatifs à l'environnement'

Le 31 mars 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Environnement, de la Nature, de la Forêt, de la Ruralité et du Bien-être animal de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant divers décrets relatifs à l'environnement'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 15 juin 2023. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier.

Le rapport a été présenté par Ambre VASSART, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 juin 2023.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, 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.

FORMALITÉ PRÉALABLE

1. L'avant-projet à l'examen entend revoir le régime juridique de validité du permis d'environnement.

À ce titre, l'avant-projet modifie tout d'abord le régime de durée des permis d'environnement. Ces derniers passeraient d'un système de délivrance pour vingt ans maximum à un système de délivrance pour la durée de l'exploitation. Cette validité se concevrait, suivant l'avant-projet, sous réserve d'une actualisation des conditions particulières du permis tous les vingt ans.

L'avant-projet modifie également une série de règles applicables aux demandes de permis, notamment s'agissant de fournir des éléments permettant, pour certains établissements, de prévenir et maîtriser les accidents majeurs.

De même il introduit, entre autres, un mécanisme de monitoring environnemental destiné à contrôler et évaluer les impacts du permis sur l'environnement en cours de son exécution et selon une périodicité à déterminer par l'autorité¹.

2. Il est loin d'être exclu que les règles que cet avant-projet prévoit trouvent à s'appliquer à des projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement et modifient ainsi le cadre dans lequel ces projets pourraient être autorisés à l'avenir.

Dans ce contexte, se pose la question de savoir si le texte en projet doit être considéré comme un plan ou programme au sens de l'article 2, a), de 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', pour lequel, conformément à l'article 3 de cette directive, une évaluation environnementale doit être effectuée dans la mesure où il est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement.

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

¹ Voir en particulier les articles 1^{er} à 30 et 41 de l'avant-projet.

Selon le paragraphe 2, a), de l'article 3 de cette directive, cette obligation s'applique à tous les plans et programmes qui sont élaborés pour les secteurs, notamment, de l'énergie, de l'affectation des sols ou de l'aménagement du territoire urbain et rural 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. Quant au paragraphe 4 du même article 3, il prévoit que

« [p]our 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 ».

Selon l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 27 octobre 2016, « 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 deux arrêts du 7 juin 2018⁴, la Cour a également conclu que constituaient des plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE et devaient par conséquent faire l'objet d'une évaluation préalable des incidences environnementales, d'une part, le règlement régional d'urbanisme bruxellois relatif au quartier européen et, d'autre part, les périmètres de remembrement urbain prévus par le droit wallon. Dans un arrêt du 25 juin 2020, la Cour a par ailleurs 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. Dans cet arrêt, la Cour a exposé les raisons pour lesquelles elle entendait maintenir sa jurisprudence et n'opérer aucun revirement⁵.

² C.J., arrêt *Patrice d'Oultremont e.a. c. Région wallonne*, 27 octobre 2016, C-290/15, § 49.

³ *Ibid.*, § 52.

⁴ C.J., arrêt *Inter-Environnement Bruxelles ASBL e.a. c. Région de Bruxelles-Capitale*, 7 juin 2018, C-671/16, et C.J., arrêt *Thybaut e.a. c. Région wallonne*, 7 juin 2018, C-160/17.

⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *A e.a. c. Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het departement Ruimte Vlaanderen, afdeling Oost-Vlaanderen*, 25 juin 2020, C-24/19, §§ 33 à 51.

3. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la section de législation a observé que constituaient des plans et programmes devant être soumis à une évaluation préalable des incidences environnementales, par exemple, la carte stratégique des priorités reprenant la liste des cours d'eau prioritaires pour le rétablissement de la libre circulation des poissons ⁶ et les règles de police et de gestion applicables aux cours d'eau non classés, arrêtées par le Gouvernement wallon ⁷⁻⁸, l'arrêté ministériel 'relatif aux études acoustiques des parcs éoliens' ⁹, l'arrêté du Gouvernement flamand 'modifiant diverses dispositions de l'arrêté du Gouvernement flamand du 1^{er} juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement et modifiant l'article 3.7.10' ¹⁰, ou encore l'arrêté du Gouvernement wallon 'déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de combustion moyennes et modifiant diverses dispositions environnementales' ¹¹. Elle a également considéré qu'« il n'[était] pas exclu que certaines conventions de transition écologique ¹² aient un objet relevant du champ d'application de cette notion ainsi définie » ¹³.

⁶ Cette carte stratégique est désormais visée à l'article D.33/9 du livre II du Code de l'environnement de la Région wallonne.

⁷ Il s'agit des règles de police désormais visées à l'article D.52 du livre II du Code de l'environnement de la Région wallonne.

⁸ Avis n° 60.677/4 donné le 27 février 2017 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 4 octobre 2018 'modifiant divers textes, en ce qui concerne les cours d'eau', *Doc. parl.*, Parl. w., 2017-2018, n° 1147/1, pp. 63-79.

⁹ Avis n° 61.407/4 donné le 24 mai 2017 sur un projet d'arrêté ministériel de la Région wallonne 'relatif aux études acoustiques des parcs éoliens'.

¹⁰ Avis n° 61.975/1 donné le 2 octobre 2017 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 27 octobre 2017 'modifiant diverses dispositions de l'arrêté du Gouvernement flamand du 1^{er} juin 1995 fixant les dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène de l'environnement et modifiant l'article 3.7.10.2 du titre III du VLAREM du 16 mai 2014'.

¹¹ Avis n° 63.041/4 donné le 21 mars 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 août 2018 'déterminant les conditions sectorielles relatives aux installations de combustion moyennes et modifiant diverses dispositions environnementales'.

¹² Il s'agit des conventions de transition écologique désormais visées aux articles D.92-1 et suivants du livre I^{er} du Code de l'environnement de la Région wallonne.

¹³ Avis n° 63.475/2-4 donné le 6 juin 2018 sur un avant-projet devenu le décret-programme de la Région wallonne du 17 juillet 2018 'portant des mesures diverses en matière d'emploi, de formation, d'économie, d'industrie, de recherche, d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transports, d'énergie, de climat, de politique aéroportuaire, de tourisme, d'agriculture, de nature, de forêt, des pouvoirs locaux et du logement', *Doc. parl.*, Parl. w., 2017-2018, n° 1142/1, pp. 161-190.

Eu égard à cette jurisprudence, et compte tenu de l'article 2, a), premier tiret, de la directive 2001/42/CE ¹⁴, la section de législation a également observé qu'un texte de nature législative pouvait constituer un plan ou un programme au sens de la directive 2001/42/CE, et ce que le texte législatif trouve son origine dans une initiative du pouvoir exécutif ¹⁵ ou dans une initiative parlementaire ¹⁶.

En particulier, s'agissant d'un avant-projet de décret 'instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol', la section de législation a observé ce qui suit :

« 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

¹⁴ Cette disposition vise, au titre des plans et programmes ceux qui sont « 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 ».

¹⁵ Avis n° 62.508/4 donné le 11 janvier 2018 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 26 avril 2018 'relatif au Code wallon du patrimoine', *Doc. parl.*, Parl. w., 2017-2018, n° 1053/1, pp. 35-61.

¹⁶ Avis n° 61.506/4 donné le 12 juin 2017 sur une proposition de décret de la Région wallonne 'modifiant l'article D.IV.9 du Code du Développement territorial', *Doc. parl.*, Parl. w., 2016-2017, n° 778/1, pp. 2-6. Dans cet avis, la section de législation a observé ce qui suit :

« La proposition de décret à l'examen tend à autoriser et à régler l'octroi de dérogations au plan de secteur à l'occasion de la délivrance d'un permis d'urbanisme ou d'un certificat d'urbanisme n° 2. Il n'est pas exclu que les règles qu'elle prévoit trouvent à s'appliquer à des projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Ayant cet objet, la proposition de décret à l'examen relève incontestablement de la notion de « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE, telle qu'interprétée par l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle doit dès lors se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE. À cet égard, il y a lieu d'observer que, d'une part, en l'état, le droit interne ne contient pas les dispositions requises pour assurer la transposition de la directive 2001/42/CE en vue de l'application du régime que prévoit celle-ci à un texte de nature législative [...] et que, d'autre part, la question se pose de savoir si, en l'état, le droit interne offre, comme le requiert le droit de l'Union européenne [...], les voies de recours nécessaires pour assurer un contrôle juridictionnel substantiel du respect des règles procédurales environnementales auxquelles la directive 2001/42/CE soumet l'adoption d'un texte de nature législative [...]. L'examen de ces questions et des réponses à y apporter appelle des développements qui excèdent de beaucoup le cadre limité de l'avis que la section de législation du Conseil d'État est appelée à donner sur une proposition de décret qui, telle la proposition à l'examen, tend à modifier le Code du développement territorial (en abrégé, ci-après, 'CoDT') sur un point particulier. Mais la section de législation se doit d'attirer l'attention de la Région wallonne sur la nécessité de rechercher des solutions à la situation qui résulte de l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne ».

projet. Il conviendrait donc, avant toutes choses, d'adopter des dispositions à cette fin »¹⁷.

De même, dans l'avis n° 64.928/4 à propos d'un avant-projet de décret envisageant notamment la création d'un Code de droit wallon relatif au permis d'environnement, la section de législation a formulé une observation similaire, en ces termes :

« En l'espèce, diverses dispositions de l'avant-projet qui comportent des innovations de fond par rapport au droit existant doivent manifestement être considérées comme comportant un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre de projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement. Ainsi en va-t-il, tout particulièrement, des dispositions qui introduisent le principe de la durée indéterminée des permis d'environnement et de celles qui accompagnent ce régime par l'introduction de nouvelles obligations à charge des exploitants. De telles dispositions, qui peuvent trouver à s'appliquer à des projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement, relèvent 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, elles doivent se voir appliquer le régime fixé par la directive 2001/42/CE »¹⁸.

Elle l'a rappelé dans des avis postérieurs¹⁹⁻²⁰, et a également confirmé sa jurisprudence concernant les arrêtés réglementaires²¹.

¹⁷ Avis n° 64.927/4 donné le 30 janvier 2019 sur un avant-projet de décret 'instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol', *Doc. parl.*, Parl. w., 2018-2019, n° 1335/1, pp. 109-125.

¹⁸ Avis n° 64.928/4 donné le 6 février 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'relatif au Livre IX du Code de l'Environnement contenant 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', *Doc. parl.*, Parl. w., 2018-2019, n° 1339/1, pp. 74-89.

¹⁹ Avis n° 66.015/2/V donné le 29 juillet 2019 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 6 février 2020 'portant confirmation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 décembre 2018 remplaçant l'annexe 1^{re} du décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols', *Doc. parl.*, Parl. w., 2019-2020, n° 93/1, pp. 8-10.

²⁰ Avis n° 68.859/4 donné le 31 mars 2021 sur une proposition de décret de la Région wallonne 'visant à la promotion de l'équipement des véhicules électriques et à la réforme de la taxation', *Doc. parl.*, Parl. w., 2019-2020, n° 227/3, pp. 2-5.

²¹ Voir, par exemple, l'avis n° 68.292/4 donné le 13 novembre 2020 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 25 février 2021 'portant conditions sectorielles relatives aux parcs d'éoliennes d'une puissance totale supérieure ou égale à 0,5 MW et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 arrêtant la liste des projets soumis à étude d'incidences, des installations et activités classées ou des installations ou des activités présentant un risque pour le sol'.

4. La Cour constitutionnelle s'est également prononcée sur la portée de la notion de plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE, spécialement dans ses arrêts n° 33/2019 du 28 février 2019, n° 145/2019 du 17 octobre 2019, n° 30/2021 du 25 février 2021, n° 137/2021 du 14 octobre 2021 et n° 142/2021 du 14 octobre 2021 ²².

Dans les deux premiers de ces arrêts, la Cour constitutionnelle a considéré 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 environnementale ²³⁻²⁴.

Dans son arrêt n° 30/2021, à la suite de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 25 juin 2020 (C-24/19), la Cour constitutionnelle a confirmé l'enseignement de ses arrêts n° 33/2019 et n° 145/2019 et rejeté plusieurs recours en suspension dirigés contre le décret de la Région flamande du 17 juillet 2020 'validant les conditions environnementales sectorielles pour les éoliennes'. Par son arrêt ²⁵ du 14 octobre 2021, la Cour Constitutionnelle a ensuite rejeté les recours en annulation dirigés contre le même décret.

²² Sur la directive 2001/42/CE, voir aussi C.C., 20 mai 2021, n° 75/2021 : la problématique était toutefois autre, la question posée étant de savoir si une disposition législative prévoyant l'abrogation de plein droit, par écoulement du temps, des schémas d'orientation locaux étant admissible au regard de la directive. La Cour constitutionnelle a répondu à cette question par la négative, dès lors qu'il s'agissait d'abroger, sans aucune évaluation préalable, des instruments planologiques qui, eux-mêmes, constituaient des plans et programmes. La Cour a donc dit pour droit que l'article D.II.66, § 4, du CoDT violait les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec la directive 2001/42/CE « en ce que [cette disposition] exempte l'abrogation de plein droit des plans qu'il vise d'une évaluation environnementale au sens de l'article 2, point b), de cette directive ». L'article 60, 2°, de l'avant-projet qui fait l'objet de l'avis n° 73.407/4 donné ce jour, envisage d'abroger l'article D.II.66, § 4, du CoDT. L'arrêt n° 137/2021 du 14 octobre 2021 peut aussi être évoqué. Il n'est toutefois pas pertinent pour la question ici examinée. En effet, dans cet arrêt, la Cour a rejeté le recours au motif que « [l]es dispositions attaquées fixent des définitions et des objectifs en matière de cours d'eau non navigables, et consistent pour la plupart à définir les contours des pouvoirs de gestion relatifs à ces cours d'eau. Ces dispositions générales, qui n'ont par ailleurs aucune incidence sur les plans de secteur applicables, ne sauraient être considérées, qu'elles soient examinées séparément ou lues dans leur contexte, comme des actes qui établissent, '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', pour reprendre la formulation utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne » (B.41 de l'arrêt). La problématique prévalant dans l'arrêt n° 137/2021 était donc différente de celle qui prévaut quant à l'avant-projet à l'examen.

²³ C.C., 28 février 2019, n° 33/2019, B.21.3 et C.C., 17 octobre 2019, n° 145/2019, B.9.3.

²⁴ Voir à ce propos, notamment l'avis n° 68.859/4, l'avis n° 71.061/4 donné le 30 mars 2022 sur une proposition de décret 'modifiant les articles D.II.13, D.II.15 et D.IV.58 du Code du Développement territorial afin de modifier les effets de l'abrogation du schéma d'orientation local', *Doc. parl.*, Parl. w., 2020-2021, n° 603/001 ; l'avis n° 71.290/4 donné le 16 juin 2022 sur une proposition de décret 'visant à modifier le Code du Développement territorial afin de revoir la constructibilité en zones inondables', *Doc. parl.*, Parl. w., 2021-2022, n° 848/001 et l'avis n° 71.620/4 donné le 27 juillet 2022 sur une proposition de décret 'relatif à l'électrification progressive des emplacements de stationnement', *Doc. Parl.*, Parl. w., 2021-2022, n° 927/001.

²⁵ C.C., 14 octobre 2021, n° 142/2021.

Dans ces deux derniers arrêts, la Cour constitutionnelle fait valoir notamment que « l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice quant au champ d'application de la directive 2001/42/CE a [...] été remise en cause par l'avocat général Kokott, par les juridictions suprêmes de plusieurs États membres, dont la Cour constitutionnelle belge, et par la doctrine »²⁶.

5. La Cour de Justice de l'Union européenne a maintenu sa jurisprudence²⁷. Dans un arrêt récent²⁸, elle a apporté une précision importante, en disant pour droit que :

« 1. L'article 3, paragraphe 2, sous a), de 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, doit être interprété en ce sens qu'une mesure nationale qui vise à protéger la nature et le paysage et énonce à cette fin des interdictions générales et des obligations d'autorisation sans prévoir des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en œuvre de projets mentionnés 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, ne relève pas du champ d'application de cette disposition.

2. L'article 3, paragraphe 4, de la directive 2001/42 doit être interprété en ce sens qu'une mesure nationale qui vise à protéger la nature et le paysage et énonce à cette fin des interdictions générales et des obligations d'autorisation sans prévoir des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en œuvre de projets ne relève pas du champ d'application de cette disposition ».

Il paraît pouvoir se déduire de cet arrêt qu'une législation ou une réglementation qui se limite exclusivement à fixer des règles générales et/ou à interdire ou à soumettre à autorisation, tel un permis d'urbanisme ou d'urbanisation ou un permis d'environnement, certains actes et travaux ou certaines activités, ne constitue pas, en tant que telle, un plan ou un programme au sens de la directive 2011/42/CE, si elle ne fixe pas également des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en œuvre de projets.

²⁶ C.C., 25 février 2021, n° 30/2021, B.13.6 ; C.C., 14 octobre 2021, n° 142/2021, B.10.6.

²⁷ C.J., arrêt *Bund Naturschutz in Bayern eV c. Landkreis Rosenheim*, 22 février 2022, C-300/20, ECLI:EU:C:2022:102 ; et C.J., arrêt *NJ et OZ c. An Bord Pleanála, Ireland, Attorney General*, 9 mars 2023, C-9/22, ECLI:EU:C:2023:176.

²⁸ C.J., arrêt *Bund Naturschutz in Bayern eV c. Landkreis Rosenheim*, cité en note 26.

Cette jurisprudence énonce toutefois clairement que des dispositions normatives, législatives ou réglementaires, peuvent, le cas échéant, être qualifiées de plans ou de programmes au sens de la directive 2001/42/CE. Ainsi, dans son arrêt du 22 février 2022 ²⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que

« [...] s'il ressort du libellé de cette disposition que la notion de 'plans et programmes' peut recouvrir des actes normatifs adoptés par voie législative, réglementaire ou administrative, cette directive ne contient précisément pas de dispositions spécifiques relatives à des politiques ou à des réglementations générales qui nécessiteraient une délimitation par rapport aux plans et aux programmes, au sens de ladite directive. La circonstance qu'un acte national ait un certain niveau d'abstraction et poursuive un objectif de transformation d'une zone géographique constitue une illustration de sa dimension planificatrice ou programmatique et ne fait pas obstacle à son inclusion dans la notion de 'plans et programmes' ».

Selon les termes de l'article 2, a), de la directive 2001/42/CE, sont en effet visés, au titre des plans et programmes ceux qui sont « élaborés et/ou adoptés [...] en vue de leur adoption par le parlement ou par le gouvernement, par le biais d'une procédure législative ». Par ailleurs, selon l'article 4, paragraphe 1, de cette même directive,

« [l]'évaluation environnementale visée à l'article 3 est effectuée pendant l'élaboration du plan ou du programme et avant qu'il ne soit adopté ou soumis à la procédure législative ».

6. Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la question se pose de savoir si l'avant-projet constitue un plan ou un programme au sens de l'article 3, paragraphe 2, a), ou paragraphe 4, de la directive 2001/42/CE.

Il apparaît à la section de législation que l'avant-projet à l'examen, compte tenu de son objet tel que décrit au point 1 ci-dessus, ne peut s'analyser comme un dispositif se limitant à fixer des interdictions générales et des obligations d'autorisation « sans prévoir des règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en œuvre de projets ».

Il ne semble donc pas déraisonnable de considérer que l'avant-projet fixe des « règles suffisamment détaillées en ce qui concerne le contenu, l'élaboration et la mise en œuvre » des projets.

En l'espèce, dès lors qu'une évaluation préalable des incidences sur l'environnement du texte en projet ne paraît pas avoir été réalisée, il appartient aux auteurs de l'avant-projet de la réaliser, sauf à être en mesure de justifier les raisons pour lesquelles l'avant-projet se situerait en dehors du champ d'application de la directive 2001/42/CE, tel qu'il vient d'être rappelé.

²⁹ *Ibidem*, § 41.

Il y a en outre lieu d'observer que, d'une part, en l'état, le droit interne ne contient pas les dispositions requises pour assurer la transposition de la directive 2001/42/CE en vue de l'application du régime que prévoit celle-ci à un texte de nature législative et que, d'autre part, la question se pose de savoir si, en l'état, le droit interne offre, comme le requiert le droit de l'Union européenne, les voies de recours nécessaires pour assurer un contrôle juridictionnel substantiel du respect des règles procédurales environnementales auxquelles la directive 2001/42/CE soumet l'adoption d'un texte de nature législative.

La section de législation se doit donc une nouvelle fois d'attirer l'attention de la Région wallonne sur la nécessité de rechercher des solutions à la situation qui résulte spécialement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ³⁰⁻³¹.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. Article 23 de la Constitution – droit à la protection d'un environnement sain – *standstill*

1. Toute modification d'un régime juridique qui touche à l'environnement au sens large doit, en principe, être examinée au regard de l'effet de *standstill* qui découle de l'article 23 de la Constitution.

Il y a en effet lieu de rappeler que, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, l'article 23 de la Constitution implique, en ce qui concerne le droit à la protection d'un environnement sain, une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise significativement le niveau de protection offert par la législation en vigueur sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général, ou, selon un arrêt récent de la Cour constitutionnelle, sans qu'existe une justification raisonnable ³².

2.1. L'avant-projet prévoit une réforme du régime juridique du permis d'environnement dont l'objectif est de rendre les permis actuels et futurs valables pour le temps que dure l'exploitation soumise à permis, alors que leur délivrance est actuellement limitée à une durée de maximum vingt années. L'avant-projet pose néanmoins le principe d'une réévaluation obligatoire des conditions particulières du permis tous les vingt ans, réévaluation dont la procédure est, d'après l'exposé des motifs, similaire à la procédure de demande de permis.

³⁰ Voir, en ce sens, l'avis n° 71.061/4 ; l'avis n° 71.290/4 et l'avis n° 71.620/4.

³¹ Dans le même sens, il est renvoyé à l'avis n° 73.407/4 donné ce jour sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le Code du Développement territorial et le décret du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative et abrogeant le décret du 5 février 2015 relatif aux implantations commerciales'.

³² Selon le considérant B.6.2 de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 69/2023 du 27 avril 2023, « [l']article 23 de la Constitution contient une obligation de *standstill* qui interdit au législateur compétent de réduire significativement, sans justification raisonnable, le degré de protection offert par la législation applicable ».

À propos de cette réforme, l'exposé des motifs consacre une brève partie de ses développements aux principes découlant du droit à la protection d'un environnement sain et notamment au principe de *standstill* qu'il évoque en ces termes :

« Afin d'apporter toutes les garanties en matière de respect du principe de *standstill* en ce qui concerne le basculement de la durée des permis d'environnement en durée de l'exploitation de l'établissement, il convient d'encadrer cette modification par l'introduction d'une procédure d'actualisation des conditions particulières des permis d'environnement et ce, tous les vingt ans ».

Il précise également que :

« La procédure d'actualisation n'est nullement différente des procédures déjà prévues dans le décret du 11 mars 1999, afin qu'aucun recul du niveau de protection par rapport audit décret ne puisse être constaté ».

2.2. Or, il s'avère que l'avant-projet introduit des différences significatives par rapport au régime actuel, qui sont de nature à constituer un recul du niveau de protection assurée en matière environnementale.

2.3. Ainsi, actuellement, s'agissant de la décision destinée à délivrer ou à refuser un permis d'environnement, l'article 37 du décret du 11 mars 1999 'relatif au permis d'environnement' prévoit ce qui suit :

« À défaut de l'envoi de la décision dans le délai prévu à l'article 35, si le rapport de synthèse a été envoyé conformément à l'article 32 et s'il comporte un avis favorable du fonctionnaire technique et, le cas échéant, des conditions particulières, la décision est censée être arrêtée aux conditions générales et sectorielles prévues à l'article 5 et aux conditions particulières éventuellement formulées dans le rapport de synthèse visé à l'article 32.

Le permis est censé être refusé à défaut de l'envoi de la décision dans le délai prévu à l'article 35 :

1° si le rapport de synthèse n'a pas été envoyé conformément à l'article 32 ;

2° si le rapport de synthèse comporte un avis défavorable du fonctionnaire technique.

[...] ».

Actuellement, en l'absence d'une décision de l'autorité compétente, la possibilité d'exercer ou de continuer à exercer l'activité soumise à permis n'est envisageable que dans le cas où un rapport de synthèse comportant un avis favorable du fonctionnaire technique régional a été envoyé conformément à l'article 32 du décret du 11 mars 1999.

Par contre, dans le régime en projet, s'agissant de la décision relative à l'actualisation des conditions particulières du permis à l'issue du délai de vingt années, l'avant-projet prévoit, en son article 12, d'insérer, dans la section 6 du décret du 11 mars 1999, un article 39/1 énonçant ce qui suit :

« Le présent chapitre est applicable aux demandes d'actualisation des conditions particulières, à l'exception de l'article 39.

À défaut de l'envoi de la décision relative à la demande d'actualisation des conditions particulières dans le délai prévu à l'article 35 :

1° si le rapport de synthèse a été envoyé conformément à l'article 32, l'exploitation se poursuit conformément aux conditions prévues dans celui-ci ;

2° si le rapport de synthèse n'a pas été envoyé conformément à l'article 32, l'exploitation se poursuit conformément aux conditions prévues dans le permis.

Le Gouvernement détermine le contenu de la décision relative à l'actualisation des conditions particulières ».

Après avoir posé le principe de l'application des différents éléments procéduraux relatifs à la demande de permis initiale, aux demandes relatives à l'actualisation des conditions particulières, y compris les éléments énoncés par l'article 37 du décret du 11 mars 1999, l'avant-projet déroge néanmoins à ce dernier.

Il en résulte que s'agissant d'une demande d'actualisation, l'absence de décision relative à cette demande pourra mener à la poursuite de l'activité non seulement dès lors qu'un rapport de synthèse a été envoyé par le fonctionnaire technique, y compris dans le cas où le rapport comporterait un avis défavorable à la poursuite de l'activité ³³, mais également dans le cas où aucun rapport de synthèse n'a été envoyé et donc, le cas échéant, sans qu'aucun réexamen ne soit opéré.

2.4. Ce faisant, il y a lieu de constater qu'un recul significatif est opéré dans la protection de l'environnement qui ne fait l'objet d'aucune justification circonstanciée dans le dossier, celui-ci se bornant à faire valoir ce qui suit :

« Outre l'actualisation des conditions particulières, l'article 65 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement demeure applicable et reste inchangé. L'autorité compétente peut compléter ou modifier les conditions particulières d'exploitation durant toute la durée de l'exploitation, si une des hypothèses décrites dans cet article est rencontrée ».

³³ Et sauf si en cas de rapport de synthèse défavorable, il y aurait lieu de considérer que l'exploitation ne peut plus se poursuivre, conséquence qui n'est toutefois pas exprimée par le dispositif à l'examen.

L'auteur de l'avant-projet doit pouvoir démontrer en quoi la mise en œuvre de l'article 65 du décret du 11 mars 1999 permet de considérer que le principe de *standstill* déduit de l'article 23 de la Constitution n'est pas violé par le dispositif de l'avant-projet, en ce que celui-ci autorise la poursuite de l'activité qui a fait l'objet d'un permis d'environnement au-delà de la durée de validité du permis dans le cas où la décision sur la demande d'actualisation et le rapport de synthèse font défaut et sans donc, dans ce cas, qu'aucun réexamen ne soit opéré, ainsi que dans le cas où un rapport de synthèse existe mais comporte un avis défavorable à la poursuite de l'activité et donc dans le cas où un réexamen a été opéré mais a donné lieu à une appréciation défavorable.

À défaut de pouvoir faire cette démonstration, le dispositif à l'examen méconnaît l'article 23 de la Constitution.

3.1. L'article 41, § 4, de l'avant-projet prévoit, à titre de mesure transitoire pour « les établissements autorisés avant l'entrée en vigueur du présent décret et dont le permis vient à échéance après cette date », un régime spécifique de notification de la demande d'actualisation des conditions particulières du permis et de caducité du permis s'appliquant aux établissements dont le permis arrive à échéance « dans l'année suivant l'entrée en vigueur du présent décret ».

S'agissant du régime transitoire général, une procédure spécifique d'actualisation des conditions particulières du permis, également appelé à devenir un permis délivré « pour la durée de l'exploitation », est prévue.

Dans le cadre de cette procédure, il est en effet prévu, à l'article 41, §§ 1^{er} et 2, de l'avant-projet, ce qui suit :

« § 1^{er}. En ce qui concerne les établissements autorisés avant l'entrée en vigueur du présent décret et dont le permis vient à échéance après cette date, ledit permis est accordé pour la durée de l'exploitation de l'établissement.

[...]

§ 2. Pour les établissements visés au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, au plus tôt deux ans et au plus tard six mois avant la date d'échéance mentionnée dans le permis, le/la directeur/trice de la direction extérieure concernée du Département des permis et autorisations, ci-après nommé/e le fonctionnaire technique, notifie à l'exploitant, par lettre recommandée avec accusé de réception, qu'il doit introduire une demande d'actualisation des conditions particulières de son permis.

La notification mentionne :

1° les informations permettant d'identifier l'établissement ;

2° l'obligation d'introduire une demande d'actualisation des conditions particulières du permis d'environnement en application de l'article 54/1 ;

3° soit la période dans laquelle, sous peine d'irrecevabilité, la demande d'actualisation doit être introduite, soit que cette période lui sera notifiée ultérieurement ;

4° qu'à défaut d'introduire cette demande d'actualisation dans le délai visé au 3°, le permis sera frappé de caducité conformément à l'article 48, § 1^{er}, 3°, du décret et que la poursuite de l'activité dans ces conditions sera constitutive d'une infraction de deuxième catégorie en application de l'article 77 du décret ».

La notification destinée à initier la procédure d'actualisation des conditions particulières du permis à l'issue du délai de vingt années contient dès lors la mention soit du délai dans lequel la demande d'actualisation doit être introduite, soit de ce que le délai d'introduction de la demande d'actualisation sera notifié ultérieurement à l'exploitant concerné. Dans ce dernier cas de figure, l'exploitant qui entend poursuivre l'exploitation après l'expiration du délai de validité de son permis doit indiquer qu'il prend acte de cette notification ultérieure dans l'accusé de réception de la notification qu'il est tenu d'adresser au fonctionnaire technique conformément à l'article 41, § 2, alinéa 4, de l'avant-projet.

3.2. Ces règles, et certainement la règle de la notification ultérieure, emportent que la validité des permis concernés pourra être prolongée au-delà de la période de vingt années, indépendamment d'une demande d'actualisation introduite pour ce permis et sans que la durée de cette prolongation ni les critères selon lesquels cette durée est fixée ne se trouvent réglés par l'avant-projet à l'examen. Le régime ainsi mis en place opère un recul dans la protection de l'environnement, à propos duquel l'exposé des motifs reste en défaut de formuler une quelconque justification.

3.3. Il appartient dès lors à l'auteur de l'avant-projet, à tout le moins, de compléter l'exposé des motifs en y faisant figurer les éléments de justification adéquats à cet égard.

4.1. L'avant-projet prévoit d'autres aménagements pour lesquels il est permis de se demander si un recul sensible dans la protection actuellement offerte en matière d'environnement n'est pas opéré.

4.2. L'article 23, § 1^{er}, du décret du 1^{er} mars 2018 'relatif à la gestion et à l'assainissement des sols' impose l'obligation de réaliser une étude d'orientation au demandeur d'un permis d'urbanisme, d'un permis unique ou d'un permis intégré lorsque le permis se rapporte à un terrain renseigné dans la banque de données de l'état des sols comme pollué ou potentiellement pollué.

Des dispenses de cette obligation sont néanmoins prévues par ce même article dans les cas suivants, le paragraphe 2 disposant ce qui suit :

« Le paragraphe 1^{er} ne s'applique pas aux demandes de permis :

1° ayant pour objet principal la réalisation d'un réseau de distribution, de production ou d'assainissement d'eau, d'électricité ou de gaz, de télécommunication, de téléinformatique, de télédistribution ou de transport de gaz, d'électricité ou de fluide ;

2° ayant pour objet principal la réalisation de travaux de voiries ;

3° concernant un établissement temporaire au sens de l'article 1^{er}, 4°, du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement et dont la durée d'exploitation continue n'excède pas un an ».

4.3. Les articles 2, c), et 33 de l'avant-projet opèrent un recul dans la protection accordée à l'environnement en matière de sols pollués.

4.4. L'article 2, c), de l'avant-projet (article 1^{er}, 4°, d, en projet du décret du 11 mars 1999) étend la définition des établissements temporaires contenue dans l'article 1^{er}, 4°, du décret du 11 mars 1999 aux établissements dont la durée de l'exploitation n'excède pas quatre ans s'il s'agit d'un établissement créé dans le cadre d'un appel à projet lancé par le Gouvernement. L'exception contenue dans l'article 23, § 2, 3°, du décret du 1^{er} mars 2018 voit par conséquent sa portée élargie.

À ce propos, le commentaire des articles précise ce qui suit :

« La définition de l'établissement temporaire est complétée par une disposition qui facilite des projets pilotes dans le cadre des appels à projets lancés par le Gouvernement. Pour ceux-ci, la durée d'exploitation continue ne doit pas excéder quatre ans. Il s'agit de permettre et de favoriser des espaces temporaires d'innovation, de prototypage de nouvelles filières en économie circulaire, avec une adaptation temporaire de la réglementation au niveau de la phase de conception. C'était une recommandation figurant dans la résolution adoptée en séance plénière du Parlement wallon (03 mai 2019) visant à soutenir le développement de l'économie circulaire en Wallonie. Elle était rédigée comme suit : '1.4.5. En facilitant les réglementations et les règles administratives pour les expérimentations, notamment dans des espaces utilisés temporairement, permettant de développer de nouveaux procédés et de nouvelles filières en économie circulaire'. C'est le cas dans le cadre de certains projets FEDER ou Interreg où un opérateur souhaite tester, par exemple, un processus de valorisation de déchets plastiques, et qui implique un projet de recherche et développement (4 ans) ».

L'exposé des motifs reste en défaut d'apporter, au regard du principe de *standstill*, une justification adéquate du recul ainsi opéré dans la protection de l'environnement dès lors qu'il ne mentionne pas de manière suffisamment explicite les raisons pour lesquelles l'aménagement d'un régime plus souple en matière de protection des sols pollués est nécessaire afin de favoriser des espaces temporaires d'innovation et de prototypage de nouvelles filières en économie circulaire.

4.5. L'article 33 de l'avant-projet introduit dans l'article 23 du décret du 1^{er} mars 2018 une catégorie supplémentaire d'établissements dispensés de réaliser l'étude d'orientation, à savoir celle des « établissements d'essai au sens de l'article 1^{er}, 5°, du [...] décret [du 11 mars 1999] ».

Selon l'article 1^{er}, 5°, du décret du 11 mars 1999, constitue un établissement d'essai :

« tout établissement appelé à fonctionner pendant une durée n'excédant pas six mois et qui sert exclusivement ou essentiellement à la mise au point ou à l'essai de nouvelles méthodes ou produits ».

Aux termes du commentaire de l'article :

« L'article 23 du décret du 1^{er} mars 2018 relatif à la gestion et à l'assainissement des sols est adapté afin d'inclure les établissements d'essai au sens du décret du 11 mars 1999 dans les catégories pour lesquelles l'obligation d'une étude d'orientation ne s'applique pas.

Comme c'est déjà le cas pour les établissements temporaires au sens du décret du 11 mars 1999, il n'y a aucune justification pour ne pas y englober les établissements d'essai ».

L'avant-projet reste en défaut de justifier en quoi l'introduction des établissements à l'essai dans le champ d'application d'une dispense de l'obligation de réaliser une étude d'orientation en matière de sols pollués, ne soulève pas de difficulté au regard de l'article 23 de la Constitution.

5. Il revient à l'auteur de l'avant-projet de compléter l'exposé des motifs afin d'y faire figurer les éléments de justification sur lesquels il se fonde pour considérer que les modifications précitées sont compatibles avec le principe de *standstill* en matière de droit à la protection d'un environnement sain, déduit de l'article 23 de la Constitution.

II. Principe de légalité

1. L'avant-projet contribue à assurer le respect du droit à la protection d'un environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution. Conformément au principe de légalité attaché à cette disposition constitutionnelle, il s'impose que le législateur définisse lui-même les éléments essentiels du régime de protection qu'il entend mettre en place, de sorte que les habilitations éventuelles qu'il entend conférer au Gouvernement soient encadrées à suffisance.

2.1. En l'espèce, sur plusieurs aspects, l'avant-projet à l'examen est en défaut de déterminer les éléments essentiels des régimes qu'il entend instaurer, ce au regard du principe de légalité rappelé ci-avant.

En particulier, et sans prétendre à l'exhaustivité, il y a lieu de relever, à cet égard, les dispositions et mécanismes suivants.

2.2. En vertu de l'article 41, § 2, alinéa 2, 3°, de l'avant-projet, la notification faite par le fonctionnaire technique à l'exploitant quant à la nécessité pour ce dernier d'introduire une demande d'actualisation des conditions particulières de son permis mentionne « soit la période dans laquelle, sous peine d'irrecevabilité, la demande d'actualisation doit être introduite, soit que cette période lui sera notifiée ultérieurement ».

Il revient donc au fonctionnaire compétent de fixer le délai dans lequel, sous peine d'irrecevabilité, la demande d'actualisation doit être introduite ou de décider que ce délai, qu'il lui appartiendra également de fixer, sera notifié ultérieurement.

Dans le cadre du régime définitif, l'article 54/1 en projet du décret du 11 mars 1999 (article 20 de l'avant-projet) détermine le délai dans lequel la demande d'actualisation doit être introduite.

L'article 16, 3°, de l'avant-projet (article 48, § 2, en projet du décret du 11 mars 1999) prévoit toutefois que :

« Si l'exploitant n'a pas introduit de demande d'actualisation des conditions particulières dans le délai prévu à l'article 54/1, § 1^{er}, alinéa 2, le fonctionnaire technique notifie à l'exploitant, par lettre recommandée avec accusé de réception, qu'il doit introduire une telle demande.

La notification mentionne :

- 1° les informations permettant d'identifier l'établissement ;
- 2° l'obligation d'introduire une demande d'actualisation des conditions particulières du permis d'environnement en application de l'article 54/1 ;
- 3° le délai dans lequel la demande d'actualisation doit être introduite ;
- 4° qu'à défaut d'introduire cette demande d'actualisation dans ce délai, le permis sera frappé de caducité conformément à l'article 48, § 1^{er}, 3°, du décret et que la poursuite de l'activité dans ces conditions sera constitutive d'une infraction de deuxième catégorie en application de l'article 77 du décret ».

Le fonctionnaire technique dispose donc, en l'absence de demande d'actualisation introduite dans le délai prévu par le décret, du pouvoir d'établir le délai dans lequel la demande d'actualisation doit être introduite par le demandeur, sans que le projet ne fixe les critères en vue de la détermination de ce délai.

L'avant-projet doit être complété afin de déterminer, pour l'application de l'article 41, § 2, de l'avant-projet et de l'article 48, § 2, en projet du décret du 11 mars 1999, le délai d'introduction de la demande d'actualisation ou, à tout le moins, de fixer des critères pour la détermination de celui-ci.

2.3. La section de législation a déjà eu l'occasion de rappeler ce qui suit au sujet de la directive 92/43 CEE du Conseil, du 21 mai 1992, 'concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages' ³⁴ :

« Quant au respect de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43CEE.

4. Les auteurs de l'avant-projet doivent également tenir compte des obligations qu'impose la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 'concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages', plus particulièrement de celles que requiert l'article 6, paragraphe 2, de cette directive.

³⁴ Avis n° 64.928/4.

L'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43/CEE est formulé comme suit :

‘Les États membres prennent les mesures appropriées pour éviter, dans les zones spéciales de conservation, la détérioration des habitats naturels et des habitats d'espèces ainsi que les perturbations touchant les espèces pour lesquelles les zones ont été désignées, pour autant que ces perturbations soient susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la présente directive’³⁵.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, cette disposition fixe une obligation de protection générale visant à la prise de mesures de protection appropriées pour éviter une détérioration ainsi que des perturbations qui pourraient avoir des effets significatifs au regard des objectifs de la directive. Cette obligation a un caractère permanent. Aussi, d'après la Cour, la disposition précitée peut fonder une obligation de contrôle à posteriori des incidences des plans ou des projets existants sur les sites concernés. La Cour précise que les autorités compétentes sont tenues de procéder à un tel examen à posteriori si cet examen constitue la seule mesure appropriée pour éviter que l'exécution d'un plan ou d'un projet n'entraîne une détérioration ou des perturbations susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive. La Cour indique encore que, lorsque l'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43/CEE fonde une obligation de procéder à un examen à posteriori des incidences d'un plan ou d'un projet sur le site concerné, cet examen doit mettre l'autorité compétente en mesure de garantir que l'exécution de ce plan ou de ce projet n'entraînera pas une détérioration ou des perturbations susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive³⁶.

Il peut être déduit de cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'un droit à pouvoir exercer une activité déterminée sans limitation dans le temps et sans pouvoir prendre des mesures complémentaires à l'égard de cette activité est susceptible de méconnaître l'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43/CEE. En l'occurrence, cette dernière disposition est méconnue quand est mis en place un dispositif qui n'implique pas l'obligation de procéder à un examen à posteriori des incidences d'une activité en cours sur les sites concernés dans les cas où il apparaît qu'un tel examen est nécessaire, d'une part, pour éviter que la poursuite de cette activité n'entraîne une détérioration ou des perturbations susceptibles d'avoir un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive et, d'autre part, pour mettre l'autorité compétente en mesure de garantir que la poursuite de l'activité n'entraîne pas une détérioration ou des perturbations ayant les caractéristiques précitées³⁷.

³⁵ *Note de bas de page n° 57 de l'avis cité* : Il convient de relever qu'en vertu de l'article 7 de la directive 92/43/CEE, les obligations découlant de l'article 6, paragraphe 2, s'appliquent aussi aux zones de protection spéciale des oiseaux prévues par la directive 2009/147/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 ‘concernant la conservation des oiseaux sauvages’.

³⁶ *Note de bas de page n° 58 de l'avis cité* : C.J., Arrêt *Grüne Liga Sachsen e.a c. Freistaat Sachsen*, 14 janvier 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10., spécialement les points 37 à 53. Au point 54, la Cour ajoute que, si un examen à posteriori, sur la base de l'article 6, paragraphe 2, de la directive, devait s'avérer, en l'occurrence, comme une « mesure appropriée » au sens de cette disposition, l'examen en question doit définir de façon détaillée quels risques de détérioration ou de perturbations susceptibles d'avoir un effet significatif au sens de cette disposition entraîne l'exécution du plan ou du projet concerné, et doit être effectué conformément aux exigences de l'article 6, paragraphe 3, de la directive.

³⁷ *Note de bas de page n° 59 de l'avis cité* : Sur l'application qu'a faite la Cour constitutionnelle des enseignements découlant de la jurisprudence citée de la Cour de justice de l'Union européenne à propos de dispositions de la Région flamande modifiant le régime de la durée des permis d'environnement, voir C.C., 6 octobre 2016, n° 125/2016, B.53 à B.54.3.4.

À lire l'exposé des motifs, le dispositif n'exclut pas l'application de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43/CEE, du fait que, d'une part, 'l'exploitant est assujéti à des obligations rigoureuses de rapport d'autocontrôle, de réalisation d'un bilan environnemental (comprenant une participation du public et une certaine évaluation des incidences) et d'information de l'autorité' et que, d'autre part, 'l'autorité est tenue de compléter ou modifier les conditions particulières d'exploitation dans les hypothèses qu'énonce l'article D.II.85 de l'avant-projet de livre et au besoin, de s'informer à suffisance de la nécessité de réaliser une telle modification des conditions via une étude technique ciblée [...], voire de suspendre ou retirer le permis'.

Si l'avant-projet n'empêche pas de prendre des mesures permettant de satisfaire à l'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43/CEE, il ne contient cependant pas les dispositions nécessaires pour prévoir de manière expresse et spécifique l'obligation – et non pas seulement la faculté – d'adopter de telles mesures lorsqu'elles sont requises.

Ce faisant l'avant-projet ne contient pas les garanties nécessaires pour éviter de méconnaître l'article 6, paragraphe 2, de la directive 92/43/CEE de la manière qui vient d'être indiquée ³⁸ ».

Cette observation semble pouvoir être transposée aux mécanismes à l'examen dès lors qu'en l'espèce, il n'est pas garanti qu'existe à charge de l'autorité, au sens de la jurisprudence européenne, une obligation de procéder à un examen à posteriori des incidences d'une activité en cours sur les sites concernés dans les cas où il apparaît qu'un tel examen est nécessaire, à tout le moins s'agissant des exploitants bénéficiant de la mesure transitoire.

3. Lorsque les régimes de subvention s'inscrivent dans le champ d'application de l'article 23 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer lui-même les éléments essentiels de ces régimes et il est requis que les habilitations au Gouvernement qu'il accorde soient encadrées à suffisance.

Le régime de subvention mis en place par l'article 31 de l'avant-projet reste en défaut de préciser sur la base de quels critères, mis à part l'existence d'un « plan d'actions devant permettre d'atteindre l'objectif de sensibilisation et d'information », seront attribuées les subventions relatives à la mise en place et au suivi du monitoring environnemental. De même, l'avant-projet reste en défaut d'en préciser les montants ou leur mode de calcul.

Il sera dument complété à cet égard.

³⁸ Note de bas de page n° 60 de l'avis cité : Voir les considérations mentionnées dans l'exposé des motifs sous le point « Application immédiate du nouveau dispositif à certains permis existants ».

4. L'article 3 de l'avant-projet modifie l'article 6 du décret du 11 mars 1999, qui est relatif aux conditions particulières destinées à compléter les conditions générales et sectorielles dans les permis d'environnement, afin d'y insérer un nouvel alinéa rédigé comme suit :

« L'autorité compétente pour délivrer le permis a la possibilité d'imposer des conditions particulières à la condition qu'elles ne contreviennent pas à une disposition expresse législative ou réglementaire ».

Selon l'exposé des motifs :

« Il s'agit d'encadrer la possibilité pour l'autorité compétente lorsqu'elle impose des conditions particulières. Elle ne pourrait désormais plus contrevenir à une disposition expresse législative ou réglementaire (loi, décret ou arrêté). Les arrêtés des communes et des provinces ne sont pas visés.

L'objectif de cette modification n'est pas de remettre en cause le régime applicable actuellement aux conditions particulières. Ainsi, l'intention est de ne viser que les seules hypothèses où il n'existe aucune condition sectorielle, et que, de manière cumulative, il existe pour l'activité classée en question, une autre législation ou une norme réglementaire qui prévoit déjà une norme environnementale que la condition particulière voudrait régler ».

Il y a lieu de rappeler que l'autorité compétente, lorsqu'elle délivre le permis, est tenue de respecter les normes décrétales et réglementaires applicables.

Si l'intention est de permettre à l'autorité d'imposer des conditions au regard d'une autre police administrative spéciale, le principe de légalité déduit de l'article 23 de la Constitution, combiné avec le principe de sécurité juridique, requiert que soient précisées la ou les législations auxquelles l'avant-projet entend se référer ici.

La disposition sera clarifiée.

5. L'avant-projet intègre dans le dispositif du décret du 11 mars 1999 un mécanisme de permis dit « coordonné ».

L'exposé des motifs énonce :

« Le permis coordonné constitue un document informatif de référence. Il est rédigé par le fonctionnaire technique, lorsque la décision de l'autorité compétente est devenue définitive. Il est important de préciser que le permis coordonné établi par le fonctionnaire technique n'est pas, en lui-même, un acte créateur de droit. Seule l'est la décision relative à la demande introduite devant l'autorité compétente (extension, actualisation...).

Le pouvoir de réformation de l'autorité saisie d'un recours contre une décision qui a donné lieu à un permis d'environnement coordonné, ne s'étend donc pas aux conditions coordonnées à droit constant qui restent applicables à l'établissement en vertu des décisions précédemment prises et qui ne sont plus susceptibles de recours.

Le permis coordonné permettra d'offrir à son titulaire une meilleure lisibilité des conditions à respecter puisqu'il disposera de toutes ces conditions réunies en un seul document, chapitre par chapitre (eau, déchets, bruit, pollution atmosphérique, etc).

En ce qui concerne les instances et administrations qui sont invitées à remettre un avis dans le cours de l'instruction des demandes, le permis coordonné facilitera la cohérence des conditions à proposer à l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'extension ou de transformation de l'établissement, ou encore de modification ou d'actualisation de ces conditions d'exploiter.

Par ailleurs les riverains disposeront d'un outil plus lisible pour prendre connaissance des normes qui ont été prévues par l'autorité compétente pour garantir la protection de l'environnement ».

L'article 45/1 en projet (article 15 de l'avant-projet) énonce ce qui suit :

« Dans le mois suivant le jour où la décision d'octroi d'un permis d'environnement ou de modification ou d'actualisation des conditions particulières est devenue définitive, le fonctionnaire technique établit un permis d'environnement coordonné qu'il envoie à l'exploitant, à l'autorité compétente et aux instances et administrations consultées dans le cadre de la procédure d'instruction de la demande.

À ce permis coordonné, et dans le même délai, le fonctionnaire technique joint une check-list de gestion environnementale qui reprend de manière exhaustive pour chaque condition d'exploitation à laquelle l'exploitant est soumis, ce qu'il est concrètement attendu de lui lors d'un contrôle. Le fonctionnaire technique l'envoie, en même temps que le permis d'environnement coordonné, à l'exploitant, à l'autorité compétente et au fonctionnaire chargé de la surveillance. Le Gouvernement peut définir le contenu minimum ainsi qu'un modèle de check-list de gestion environnementale ».

Ce dispositif ne détermine pas le statut juridique du permis coordonné établi par le fonctionnaire technique. Au regard du principe de légalité déduit de l'article 23 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique, il convient de compléter la disposition afin d'y mentionner que le permis coordonné constitue un document de portée informative, et non, par voie de conséquence, un acte qui serait destiné à produire des effets juridiques par lui-même.

III. Principe d'égalité et de non-discrimination

1. Il apparaît que dans le régime d'actualisation des permis d'environnement, l'avant-projet crée une différence de traitement entre les exploitants dont le permis est délivré sous l'empire du nouveau régime en projet et les exploitants déjà en possession d'un permis au moment de l'entrée en vigueur de l'avant-projet, en ce qui concerne la procédure d'introduction de la demande d'actualisation des conditions particulières du permis.

Dans le cas où l'exploitant a reçu son permis dans le cadre du nouveau régime, l'article 54/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet (article 20 de l'avant-projet) prévoit que l'exploitant doit d'initiative introduire une demande d'actualisation

« dans un délai de 3 mois précédant :

a) un délai de 9 mois avant la date d'échéance du permis ou la date anniversaire de la dernière actualisation pour les établissements de classe 1 ;

b) un délai de 6 mois avant la date d'échéance du permis ou la date anniversaire de la dernière actualisation pour les établissements de classe 2 ».

Ce n'est qu'à défaut d'une telle demande qu'une notification lui sera envoyée par le fonctionnaire technique en vue de l'introduction de cette demande, dans le délai que mentionne cette notification, faute de quoi, le permis sera frappé de caducité ³⁹.

Dans le cas des permis délivrés avant l'entrée en vigueur du régime à l'examen, l'article 41 de l'avant-projet ne prévoit pas que le demandeur doit solliciter lui-même l'actualisation de son permis à l'issue du délai prévu.

Une différence de traitement est ainsi introduite en faveur des exploitants déjà autorisés, que l'exposé des motifs et le commentaire des articles de l'avant-projet sont en défaut de justifier.

2. Par ailleurs, l'avant-projet introduit également une seconde différence de traitement dont la justification, si elle existe, ne figure pas davantage dans l'exposé des motifs ni dans le commentaire des articles.

En effet, le régime prévu par l'article 41, § 4, de l'avant-projet pour les exploitants déjà autorisés et dont le permis arrive à échéance « dans l'année suivant l'entrée en vigueur du présent décret » est le suivant :

« Par exception au § 2, alinéa 1^{er}, en ce qui concerne les permis dont la date d'échéance mentionnée dans ceux-ci est comprise dans l'année suivant l'entrée en vigueur du présent décret, le fonctionnaire technique envoie la notification, par lettre recommandée avec accusé de réception, au plus tard dans les six mois suivant cette date. À défaut de l'envoi de l'accusé de réception dans les trente jours de la réception du rappel, le permis devient caduc à cette date » ⁴⁰.

³⁹ Article 16 de l'avant-projet.

⁴⁰ Article 41, § 4, de l'avant-projet.

Les exploitants ici visés voient dès lors leur obligation d'actualisation prolongée de six mois (maximum) après la durée de validité de leur permis alors que, s'agissant des autres exploitants bénéficiant de la mesure transitoire prévue à l'article 41 de l'avant-projet, le paragraphe 2 de cette disposition prévoit que la notification du fonctionnaire technique destinée à rappeler à l'exploitant ses obligations en matière d'actualisation intervient avant la date d'échéance mentionnée dans le permis, au plus tôt dans les deux ans et au plus tard dans les six mois précédant cette date.

3. Le commentaire des articles sera complété afin de justifier ces différences de traitement.

Compte tenu du caractère fondamental de ces observations générales, l'examen de l'avant-projet n'a pas été poursuivi plus avant.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET