

Position de la Fédération sur l'avant-projet de décret sur les permis par décret

29 mai 2008

0. Résumé exécutif

Cette position est élaborée dans le prolongement de la matinée de réflexion parlementaire qu'Inter-Environnement Wallonie a organisée le 15 mai dernier en présence du Professeur Quentin Michel du Département de sciences politiques de l'Université de Liège.

Outre un résumé succinct de la procédure décrite par l'avant-projet de décret sur le permis par décret, la Fédération des associations environnementales souhaite soulever certaines réflexions interpellantes en termes de gouvernance. Nous pose ainsi question, la volonté exprimée par les auteurs de l'avant-projet de décret d'évincer le Conseil d'Etat au profit de la Cour constitutionnelle. Une méconnaissance manifeste de la séparation des pouvoirs est également constatée dès lors que le pouvoir législatif empièterait directement sur une compétence du pouvoir exécutif. Par ailleurs, le concept d'intérêt régional, censé baliser la procédure d'exception, reçoit une définition à ce point vaste qu'en pratique une grande majorité des projets qui ne parviendraient pas à voir le jour par la procédure « classique » pourraient aboutir par l'entremise du permis par décret.

Demeure également interpellante, la possibilité pour le Parlement d'édicter des conditions complémentaires au permis délivré par le Fonctionnaire délégué ou par le Gouvernement sur recours, alors que cette institution ne dispose pas de l'appui technique et scientifique pour imposer de telles conditions, ne bénéficiant pas des services d'une administration. Enfin, la Fédération estime inopportun de motiver l'avant-projet par comparaison avec le système existant en Région flamande ; à maints égards, ce dernier n'est pas comparable, notamment parce qu'il fonctionne selon une véritable procédure d'exception.

Dans le cadre de cet avant-projet de décret, la section de législation du Conseil d'Etat a été appelée à rendre un avis circonstancié dans lequel elle ne manque pas de faire de nombreuses objections quant au contenu de l'avant-projet de décret. Plusieurs passages de cet avis sont cités dans le cadre de cette position.

Table des matières

0. Résumé exécutif	2
1. Rappel succinct de la procédure	4
2. Les réflexions générées par l'adoption éventuelle d'un tel avant-projet de décret	4
2.1. Une éviction non dissimulée du Conseil d'Etat au profit de la Cour constitutionnelle pour les permis délivrés par décret.....	4
2.1.1. L'exposé des motifs de l'avant-projet de décret et dans les médias	4
2.1.2. Le contentieux porté devant le Conseil d'Etat et celui que connaît la Cour constitutionnelle	5
2.2. Une remise en question unilatérale du principe de la séparation des pouvoirs	6
2.3. Une remise en cause du principe de la hiérarchie des normes.....	6
2.4. Le concept d'intérêt régional et la balance des intérêts.....	6
2.5. Quid des conditions complémentaires que pourrait édicter le Parlement ?	7
2.6. L'analogie avec la législation flamande.....	7
2.7. Sur le principe d'une consultation du Parlement	8
3. Conclusion	8

1. Rappel succinct de la procédure

Avant même le dépôt de la demande, le projet est reconnu d'intérêt régional par le Gouvernement soit d'initiative, soit sur proposition du Fonctionnaire délégué, soit conjointement. L'intérêt régional du projet est déterminé au cas par cas selon des critères très larges. Selon le type de projet et, en conséquence, selon le type de permis, ce dernier est délivré par le Fonctionnaire délégué (ou conjointement par le fonctionnaire technique et le Fonctionnaire délégué) ou par le Gouvernement sur recours. Le permis est ensuite présenté par le Gouvernement au Parlement. Ce dernier devra tout d'abord reconnaître ou non l'intérêt régional. S'il reconnaît l'intérêt régional, il devra accorder ou refuser de délivrer le permis. A noter enfin qu'en cas d'octroi du permis par le Parlement, ce dernier dispose de la possibilité d'édicter des conditions complémentaires. En cas de refus du permis, la procédure entière doit être recommencée.

2. Les réflexions générées par l'adoption éventuelle d'un tel avant-projet de décret

2.1. Une éviction non dissimulée du Conseil d'Etat au profit de la Cour constitutionnelle pour les permis délivrés par décret

Il est difficilement contestable qu'un tel avant-projet de décret a pour objectif premier d'évincer le Conseil d'Etat d'une partie du contentieux dont il est habituellement saisi. D'une part en effet, la presse de ces dernières semaines laisse clairement transparaître une volonté des auteurs du projet de mettre en place un mécanisme pour éviter les recours au Conseil d'Etat introduits contre certains dossiers en souffrance qui ne parviendraient pas à voir le jour par la procédure d'instruction classique. D'autre part, force est de constater que la volonté des auteurs du projet est de conserver intactes les procédures existantes ; seule change l'autorité compétente, et par voie de conséquence la juridiction qui sera appelée à connaître le dossier.

2.1.1. L'exposé des motifs de l'avant-projet de décret et dans les médias

Ainsi dans l'exposé des motifs, il est stipulé qu'« *une des caractéristiques du texte en projet est de ne porter atteinte à aucune des règles de procédures et de fond existantes dans les procédures d'instruction des demandes d'autorisations en vigueur...* ». Un peu plus loin « *Dès l'instant où le permis est accordé par décret, la conséquence principale en est que le juge qui est susceptible de sanctionner ledit permis devient la Cour constitutionnelle et non plus le Conseil d'Etat* »¹. Ces deux passages laissent clairement transparaître une volonté de mettre la Haute juridiction administrative sur « *une voie de garage* » au profit de la Cour constitutionnelle pour certains types de projets.

Cette volonté de priver le Conseil d'Etat d'une partie de son contentieux ressort également d'une série de déclarations du Ministre du développement territorial au sujet de dossiers sensibles. En effet, par exemple, suite à l'annulation du permis par le Conseil d'Etat dans le cadre du contournement de Couvin, il énonçait « *un juridisme croissant au détriment d'une population tout entière* » ou encore que le Conseil d'Etat était « *sorti de son rôle* »².

¹ Exposé des motifs de l'avant-projet de décret p.2 et 3.

² Déclaration du Ministre André Antoine relatée dans un article paru dans la libre Belgique du 8 janvier 2008.

Par ailleurs, lors d'une interview relative à cet avant-projet de décret, à la question de savoir si, concernant le contournement de Couvin, tout le monde était pour ce permis d'intérêt régional, le Ministre Antoine a répondu « *Oui, pour Couvin, mais attendez. Même pour une centrale TGV dont on a vraiment besoin, dans une procédure classique, il y a toujours des recours.*

Nous, nous devons assurer la sérénité de l'entreprise; elle doit faire ce pourquoi elle a été créée: investir, gagner de l'argent, rémunérer les actionnaires, satisfaire la clientèle et la main d'oeuvre, et nous, nous sommes chargés de lui enlever les problèmes périphériques»³.

A la lecture de ces propos, la Fédération des associations environnementales s'interroge sur cette interprétation, qui laisse entendre qu'il n'y aurait plus de recours *in concreto* quand bien même formellement ceux-ci seraient toujours possibles devant la Cour constitutionnelle. En effet, la Cour Constitutionnelle n'ayant émis à ce jour aucune jurisprudence en la matière, il est impossible de prévoir, à l'heure actuelle, l'interprétation qu'elle donnera aux articles de la Constitution sur base desquels elle peut être sollicitée, et donc l'ampleur du rôle qu'elle entend jouer dans ce type de contentieux.

2.1.2. Le contentieux porté devant le Conseil d'Etat et celui que connaît la Cour constitutionnelle

Pour rappel, le Conseil d'Etat statue sur la légalité d'un acte administratif et non sur l'opportunité de celui-ci. Si le Conseil d'Etat sanctionne un acte administratif, c'est en raison d'un vice de légalité (notons que le vice de légalité peut toucher au fond du dossier : il peut s'agir d'un défaut de motivation par exemple). Donc un acte administratif n'est annulé par le Conseil d'Etat qu'en raison d'un manquement en regard de textes votés par le Parlement lui-même. Il est dès lors extrêmement interpellant d'entendre déplorer un « *juridisme croissant* » à propos des arrêts du Conseil d'Etat. De tels propos ne risquent-ils pas de laisser entendre que dans certains cas, compte tenu de l'ampleur du dossier par exemple, on pourrait passer outre la législation ?

Au reste, les conditions d'accès à la Cour Constitutionnelle sont assez similaires à celles de rigueur pour les recours introduits devant le Conseil d'Etat. Par contre, au niveau des arguments et des moyens de fond, le champ d'intervention de la Cour n'est pas du tout similaire à celui du Conseil d'Etat. Comme énoncé ci-dessus, le Conseil d'Etat vérifie la légalité d'un acte administratif alors que la Cour constitutionnelle assure un double contrôle : celui des normes qui ont force de loi au regard des règles des répartitions des compétences entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions d'une part ; et d'autre part, celui desdites normes au regard des droits et libertés fondamentaux énoncés dans le Titre II de la Constitution (articles 8 à 32) ainsi qu'au regard des articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

Autrement dit, en termes d'accès à la justice, l'accès à la justice demeure similaire mais par contre la plus grande inconnue subsiste quant aux arguments de fond qui pourraient être soulevés devant la Cour constitutionnelle, dès lors que le champ d'intervention des deux juridictions est radicalement différent.

³ Déclaration du Ministre André Antoine parue dans l'Echo politique du 9 avril 2008.

2.2. Une remise en question unilatérale du principe de la séparation des pouvoirs

Un tel avant-projet de décret remet fondamentalement en cause le principe de la séparation des pouvoirs. Bien que l'octroi d'une autorisation par voie législative ne soit pas impensable en soi, un tel avant-projet permettrait au Parlement de délivrer des permis et, par conséquent, constituerait une véritable intrusion dans le domaine de l'Exécutif. C'est à juste titre que le Conseil d'Etat, dans son avis du 7 mai 2008, énonçait que quand bien même le pouvoir législatif pourrait décider de gérer une matière précédemment dévolue au pouvoir exécutif « ... ceci n'autorise pas le législateur à méconnaître l'essence même de la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, en mettant en place un régime qui bouleverserait complètement la répartition des attributions respectives des organes titulaires du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

En l'espèce, force est de constater que l'avant-projet de décret organise à l'avance, en prévoyant son application dans un ensemble d'hypothèses déterminées abstraitement, un régime dans lequel le Parlement cumulerait directement l'exercice des fonctions législative et exécutive, en se chargeant tout à la fois d'édicter des règles de droit générales et permanentes et de les appliquer à des situations individuelles.

En érigeant ainsi un tel cumul en véritable système, l'avant-projet de décret porte atteinte à la substance même de la séparation des pouvoirs.

Il se heurte, de ce fait, à une critique fondamentale de constitutionnalité »⁴.

2.3. Une remise en cause du principe de la hiérarchie des normes

Quand bien même l'avant-projet de décret énonce que les demandes de permis visées par l'avant-projet seraient instruites sous l'angle des mêmes règles que celles qui s'appliquent pour les demandes de droit commun, il n'en demeure pas moins que le permis sera donné par un décret équivalent, dans la hiérarchie des normes, aux décrets instituant le CWATUP et le permis d'environnement. Aussi, comme l'énonce la section de législation du Conseil d'Etat « ... il est loin d'être établi qu'en exerçant par décret les pouvoirs que l'avant-projet envisage de lui confier, le Parlement n'aurait pas la faculté de déroger aux dispositions de nature législative ou réglementaire régissant normalement l'examen des demandes de permis »⁵. Les plus grandes inquiétudes demeurent donc, rien ne garantissant que la volonté des auteurs du projet de texte et des parlementaires actuellement en fonction sera respectée à moyen et long terme.

2.4. Le concept d'intérêt régional et la balance des intérêts

La définition de l'intérêt régional telle que proposée dans l'avant-projet est très large. Ceci appelle deux remarques.

La première est que les critères définissant l'intérêt régional sont largement d'ordre économique (*projets reconnus d'intérêt régional, en raison de leur impact budgétaire, de leurs retombées économiques et sociales majeures, de leur rôle structurant dans le réseau des infrastructures ou*

⁴ Avis 44.320/4 du CE du 7 mai 2008, p. 7.

⁵ Avis 44.320/4 du CE du 7 mai 2008, p. 9.

*dont la durée de réalisation est exceptionnellement longue)*⁶. On peut légitimement craindre que l'avant-projet permette à des projets d'envergure d'éviter ainsi la procédure classique et ce, dans le but d'éviter les recours devant la Haute juridiction administrative, alors même que dans la balance des intérêts, le pôle environnemental aura été relégué au second plan.

En second lieu, le risque existe que l'octroi des permis par décret, système conçu au départ comme une procédure d'exception, ne devienne peu à peu la règle. En effet, vu le peu de précision des critères, une grande majorité de projets pourrait être considérée comme étant d'intérêt régional. De telles évolutions se sont déjà vues par le passé : à titre d'exemple nous pouvons citer la procédure en extrême urgence en matière d'expropriation, laquelle était présentée au début comme devant s'appliquer dans des cas exceptionnels et qui n'en est pas moins devenue la règle au fil du temps.

2.5. Quid des conditions complémentaires que pourrait édicter le Parlement ?

Comme l'énonce l'avant-projet de décret, le Parlement aurait la possibilité d'édicter des conditions complémentaires à celles fixées par le Fonctionnaire délégué ou par le Gouvernement statuant sur recours. La Fédération s'interroge sur le bien fondé de pareille mesure dès lors que le Parlement ne dispose pas de l'appui technique et scientifique nécessaire pour édicter des conditions adéquates. En outre, on peut s'interroger sur l'opportunité de faire entrer les parlementaires dans des débats techniques, leur mission première ayant trait à la production législative (bien que les auteurs du projet semblent l'avoir un peu oublié).

2.6. L'analogie avec la législation flamande

Les auteurs de l'avant-projet de décret motivent ce dernier en arguant du fait qu'une situation analogue existe sur le territoire de la Région flamande ; or la situation n'est nullement comparable.

En effet, le décret du 14 décembre 2001 porte sur la réalisation d'un projet très précis à savoir l'aménagement du bassin « Deurganckdok ». Le système qu'il est proposé d'instituer sur le territoire wallon vise la mise en place d'un régime beaucoup plus vaste, pour ne pas dire plus général, de délivrance des permis par le Parlement.

La section de législation du Conseil d'Etat indique ainsi que « *Le mécanisme mis en place par le décret du 14 décembre 2001, (...), ne permet donc au Parlement d'intervenir dans un domaine relevant normalement des attributions du pouvoir exécutif, que dans un cas très spécifique, concrètement identifié à l'avance, et en raison de l'existence de circonstances exceptionnelles d'un intérêt public particulièrement caractérisé.*

Il en va différemment de l'avant-projet de décret, qui érige en système un régime ayant vocation à s'appliquer, non pas dans un cas et des circonstances exceptionnelles qui seraient identifiés précisément à l'avance, mais dans un ensemble d'hypothèses présentées seulement de manière générale et abstraite, pour des projets simplement présentés comme étant d'« intérêt régional », notion laissant un pouvoir très large d'appréciation discrétionnaire quant à la détermination des projets visés. A la différence du décret de la Région flamande du 14 décembre 2001, limité à une situation exceptionnelle bien précise, l'avant-projet de décret à l'examen organise, pour un

⁶ Article paru dans l'Echo du 9 avril 2008.

ensemble et un nombre indéterminés de situations, un véritable système de délivrance de permis parallèle à celui qui est applicable en vertu du droit commun»⁷.

2.7. Sur le principe d'une consultation du Parlement

Par ailleurs, et sans préjudice de ce qui vient d'être dit concernant les principes de bonne gouvernance, si une consultation du Parlement pour certains types de dossiers n'apparaît pas en elle-même négative dès lors que le Parlement est par définition l'organe le plus démocratique qui soit, il n'en demeure pas moins que la situation des parlementaires ne serait pas forcément confortable, par exemple si se dessine une opposition populaire vigoureuse à un projet que le Gouvernement entend néanmoins approuver, ce qui constitue un cas de figure assez fréquent...

Cependant, la Fédération des associations environnementales estime que c'est à raison que la section de législation du Conseil d'Etat souligne que « ... *le contrôle politique de l'activité gouvernementale par le Parlement et les moyens d'information dont peut disposer celui-ci en vue d'exercer ce contrôle, en particulier les interpellations, les questions parlementaires et les enquêtes parlementaires, sont prévus par la loi spéciale du 8 août 1980 ou, à tout le moins, découlent de règles figurant dans celle-ci...*

Les dispositions en la matière de la loi spéciale du 8 août 1980 peuvent être considérées comme ayant établi les éléments de l'équilibre institutionnel qui doit exister entre le Parlement et le Gouvernement dans l'exercice du contrôle politique, par le premier, de l'activité du second.

De ce fait, introduire de nouveaux moyens spécialement destinés à accentuer le contrôle de l'activité gouvernementale par le Parlement ou à en renforcer l'efficacité revient à modifier ou à compléter les dispositions de la loi spéciale du 8 août 1980 en la matière, ce qu'un décret tel que l'avant-projet à l'examen ne peut faire »⁸.

3. Conclusion

En conclusion, l'avant-projet se heurte à des objections fondamentales consistant notamment en un véritable bouleversement en termes de séparation des pouvoirs. Faire fi de toutes ces critiques objectives et étayées, serait pour le moins des plus interpellant en termes de bonne gouvernance...

⁷ Avis 44.320/4 du CE du 7 mai 2008, p. 13.

⁸ Avis 44.320/4 du CE du 7 mai 2008, p. 10 et 11.