

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.447/4
DU 14 DÉCEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de l'Environnement, de l'Aménagement du Territoire et de la Mobilité de la Région wallonne, le 18 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "relatif à l'approbation des grands projets de barrages hydroélectriques dans le cadre de la mise en oeuvre des mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto", a donné l'avis suivant :

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

L'arrêté en projet entend assurer la transposition de l'article 11^{ter}, paragraphe 6, de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, tel qu'inséré par la directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 2003/87/CE précitée.

L'article 11^{ter}, paragraphe 6, est ainsi libellé :

"Dans le cas d'activités de projet de production d'hydroélectricité avec une capacité de production excédant 20 MW, les États membres s'assurent, lorsqu'ils approuvent de telles activités de projet, que les critères et lignes directrices internationaux pertinents, y compris ceux contenus dans le rapport final de 2000 de la Commission mondiale des barrages, «Barrages et développement : un nouveau cadre pour la prise de décision», seront respectés pendant la mise en place de telles activités de projet".

L'article 2 de l'arrêté en projet est, pour sa part, rédigé comme suit :

"Les activités de projet de production d'hydroélectricité avec une capacité de production excédant 20 MW ne sont approuvées que si les critères et lignes directrices internationaux pertinents, y compris ceux contenus dans le rapport final de 2000 de la Commission mondiale des barrages, «Barrages et développement : un nouveau cadre pour la prise de décision», sont respectés pendant la mise en place de telles activités de projet".

L'arrêté en projet se donne pour fondement légal l'article 15, § 2, du décret de la Région wallonne du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto, qui dispose comme suit :

"Le Gouvernement établit les critères d'éligibilité et les procédures pour l'approbation des mécanismes de projet. Il désigne le service ou le ou les

.../...

organismes chargés de la mise en oeuvre des mécanismes de flexibilité en son nom".

À ce jour, le Gouvernement wallon n'a adopté aucun arrêté réglementaire établissant, de manière générale et abstraite, les critères d'éligibilité et les procédures pour l'approbation des mécanismes de projet.

L'article 2 du projet d'arrêté, qui se borne à paraphraser l'article 11^{ter}, paragraphe 6, de la directive 2003/87/CE précitée, ne permet ni d'assurer une transposition correcte de cette disposition ni de mettre en oeuvre l'habilitation de l'article 15, § 2, du décret du 10 novembre 2004.

Il appartient en effet à l'auteur du projet en adoptant ces critères d'éligibilité et les procédures d'approbation des mécanismes de projets de s'assurer du respect de l'article 11^{ter}, paragraphe 6, de la directive 2003/87/CE précitée. Or, en l'absence d'insertion dans le droit wallon des "critères et lignes directrices internationaux pertinents" visés par cette disposition, ce qui supposerait qu'ils soient clairement identifiés, qu'ils aient fait, le cas échéant, l'objet des traités internationaux auxquels le législateur décrétal aurait porté assentiment et qu'ils aient été publiés au Moniteur belge, le projet reste en défaut de fixer les "critères d'éligibilité" que le Gouvernement doit réglementairement établir pour pouvoir approuver ou faire approuver des mécanismes de projet en vertu de l'article 15, § 2, du décret précité.

Il résulte de la note rectificative au Gouvernement wallon intitulée "Mise en oeuvre des mécanismes de flexibilité. Développement de règles spécifiques pour les grands projets de barrages hydroélectriques en fonction de la directive 2004/101/CE" qu'

"[a]fin de faire face à cette exigence ⁽¹⁾ pour les barrages > 20 MWe, les différentes entités belges ont pris diverses dispositions :

- Le Gouvernement fédéral a introduit sur son site internet les nouvelles obligations en date du 1^{er} avril 2009 (<http://www.climat.be/spip.php?article500>)
- La Région flamande a mis à jour son site internet avec une procédure très claire (http://www.lne.be/themas/klimaatverandering/flexibele-mechanismen/français/procedure-dapprobation-de-la-region-flamande))".

⁽¹⁾ Cette "exigence" concerne la mise en oeuvre de règles issues tant d'engagements internationaux, en particulier le protocole de Kyoto, que des directives européennes en matière d'émission de gaz à effet de serre.

La consultation des liens mentionnés dans la note rectificative précitée permet d'identifier comme pertinents en la matière d'une part, les "Lignes directrices sur une interprétation conjointe de l'article 11 b (6) de la Directive 2003/87/CE, amendée par la Directive 2004/101/CE" et d'autre part, un formulaire "Rapport de conformité évaluant l'application de l'article 11 b (6) de la directive relative à l'échange de quotas d'émissions aux activités de projets hydroélectriques excédant 20 MW".

Ces deux documents ont été élaborés de commun accord entre les États membres et la Commission européenne dans "[l]e but (...) de garantir aux promoteurs de projets un traitement égal et équitable quel que soit l'État membre où ils sollicitent une approbation, de façon à donner de la clarté au marché du carbone" ⁽²⁾ et, sur le site web de la Commission, il est fait expressément état de ce qu'ils devront être publiés par les États membres en vue d'être utilisés dans le cadre des demandes d'approbation des projets ⁽³⁾.

Dans l'état actuel du dossier, la section de législation ne voit pas comment de tels documents pourraient être rendus opposables au demandeur d'approbation de mécanismes de projet, sauf à faire l'objet d'un arrêté du Gouvernement fixant les critères d'éligibilité ainsi que le prévoit l'article 15, § 2, du décret du 10 novembre 2004, arrêté qui devra contenir lui-même les dispositions semblables à celles des lignes directrices précitées ainsi que le modèle du rapport de conformité ou y renvoyer en annexe.

⁽²⁾ Lignes directrices précitées, I.2, dernière phrase.

⁽³⁾ http://ec.europa.eu/environnement/climat/emission/ji_cdm_en.htm

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY