



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.781/2/V
du 24 juillet 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le décret 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'

Le 27 mars 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Budget, des Finances, de l'Énergie, du Climat et des Aéroports de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret 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'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 24 juillet 2019. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Bernard BLERO et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 juillet 2019.

*

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

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Dans la mesure où l'article 5 de l'avant-projet (article 3 en projet) impliquerait des traitements de données à caractère personnel, il devrait, sous réserve des observations formulées dans le présent avis au sujet de cette disposition, être soumis pour avis à l'Autorité de protection des données.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. Quant à la méthodologie de la transposition du droit européen

1. Il résulte de l'article 1^{er} de l'avant-projet à l'examen que celui-ci transpose partiellement la directive (UE) n° 2018/410 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2018 'modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût-efficacité des réductions d'émissions et de favoriser les investissements à faible intensité de carbone, et la décision (UE) 2015/1814'.

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

Par conséquent, l'exposé des motifs devra être complété par la présentation d'un tableau de correspondance entre le texte de l'avant-projet et celui des normes européennes pertinentes, ainsi que d'un tableau établissant une correspondance en sens inverse, afin que le Parlement puisse se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer la transposition de la directive concernée, et éviter que l'exercice du droit d'amendement ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

Ces tableaux de correspondance permettront par ailleurs de vérifier aisément quelles sont les dispositions de la directive concernée qui ne sont pas encore transposées. L'auteur de l'avant-projet devra en outre indiquer les mesures législatives et réglementaires qui ont été ou qui devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition de la directive.

En l'espèce, le dossier de demande d'avis communiqué à la section de législation ne comporte aucun tableau de correspondance, pourtant annoncé à la fin de l'exposé des motifs.

Certes, l'exposé des motifs et le commentaire des articles mentionnent les dispositions de la directive dont la transposition est ici envisagée mais ces informations s'avèrent insuffisamment complètes et précises au regard de ce qui vient d'être rappelé.

Or, la réalisation et la communication de tels tableaux s'avèrent d'autant plus nécessaires dès lors que, d'une part, l'avant-projet intervient dans une matière éminemment complexe et technique, étant celle du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, matière dans laquelle, au surplus, de nombreux aspects sont déjà ou seront réglés, comme il ressort du dossier, par d'autres normes de droit européen dérivé, étant divers règlements ou décisions, et que, d'autre part, la directive ici partiellement transposée n'est qu'une directive modificative, le système devant être appréhendé dans sa globalité.

2. Le seul système qui permettra de garantir que les tableaux atteignent les objectifs notamment de transparence qui leur sont assignés, consistera à établir un tableau énumérant, dans la colonne de gauche, les numéros des articles de l'avant-projet et le cas échéant leurs subdivisions et, dans la colonne de droite, les numéros des dispositions de la directive modifiée et de la directive modificative, avec le cas échéant leurs subdivisions, qui sont transposées par les dispositions figurant dans la colonne de gauche. Un tableau dans l'autre sens devra être établi, permettant d'identifier clairement quelles sont les dispositions de la directive modifiée et de la directive modificative qui sont transposées, et par quelles dispositions de l'avant-projet de décret elles le sont. Comme mentionné ci-avant, les tableaux seront également complétés par l'indication des mesures législatives et réglementaires qui ont été ou devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition de la directive.

Seuls des tableaux ainsi établis, dans les deux sens, permettront à l'auteur de l'avant-projet, d'une part, de vérifier qu'il a effectivement transposé de manière complète et correcte les dispositions de la directive qu'il envisage de transposer et, d'autre part, d'identifier les dispositions qu'il lui restera encore à transposer, dans les limites de ses compétences.

3. Enfin, il convient de relever qu'à défaut de tels tableaux synthétiques mais complets, il est particulièrement délicat, pour la section de législation, de vérifier de manière systématique l'admissibilité juridique et le caractère pertinent et complet des choix opérés par l'auteur de l'avant-projet en vue de la transposition considérée.

C'est moyennant cette réserve que les observations qui suivent sont formulées.

B. Quant à certaines habilitations conférées au Gouvernement

1. Plusieurs dispositions de l'avant-projet confèrent des habilitations au Gouvernement, parmi lesquelles celles qui figurent à l'article 3, § 1^{er}, en projet (article 5 de l'avant-projet), à l'article 4 en projet (article 8 de l'avant-projet) et à l'article 6 en projet (article 15 de l'avant-projet).

Le commentaire de ces articles montrent que l'intention est, en substance, non pas d'habiliter le Gouvernement à adopter librement les mesures qui portent sur l'objet de ces habilitations mais plutôt de permettre à celui-ci d'intervenir complémentirement à des dispositions de droit européen, figurant essentiellement dans des règlements en vigueur ou encore à adopter, pour le cas où ces dispositions de droit européen ne seraient pas suffisantes et devraient être complétées par des dispositifs de droit interne.

Dans le même ordre d'idées, l'article 20 de l'avant-projet envisage d'abroger l'article 12bis du décret du 10 novembre 2004 'instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto' au motif que

« le nouveau règlement registre (en préparation) devrait prévoir un mécanisme pour récupérer les quotas indus. Si cela ne s'avère pas suffisant, le nouvel article 6, alinéa 2 du décret, qui traite des quotas reçus en excédent par l'exploitant, prévoit une délégation au Gouvernement pour fixer une amende ».

De même, l'article 23 de l'avant-projet envisage d'abroger l'article 16/1 du décret du 10 novembre 2004 au motif qu'

« [u]n recours sera prévu dans l'arrêté dédié aux activités de projet ».

L'intention est donc d'habiliter le Gouvernement à prendre certaines mesures d'exécution du décret en projet, mais qui n'interviendraient que pour le cas où le droit européen ne règle pas ou n'aura pas réglé de manière suffisante les aspects concernés.

La portée des habilitations ainsi consenties au Gouvernement variera donc selon le contenu par essence évolutif du droit européen.

Par conséquent, même si l'intention est de permettre uniquement au Gouvernement d'intervenir de manière marginale et en complément aux dispositifs de différentes normes de droit européen dérivé, dès lors que sont ainsi concernés des règlements européens qui ne sont pas mentionnés dans les dispositions à l'examen, voire qui ne sont pas encore adoptés, et dont l'adoption, ainsi que le contenu, sont donc aléatoires, il s'ensuit qu'en l'absence de règles précises de droit européen, les habilitations conférées au Gouvernement, telle qu'elles sont rédigées, ont une portée plus large que dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Compte tenu de cet élément et eu égard à l'article 23 de la Constitution, qui charge le législateur de garantir le droit à la protection d'un environnement sain et de déterminer les conditions de son exercice, il convient de revoir et de compléter les dispositions en cause aux fins de faire apparaître clairement que le Gouvernement ne pourra intervenir que dans le cadre et le cas échéant en complément du droit européen et non pour fixer les éléments essentiels des régimes sur lesquels portent ces habilitations.

2. S'agissant plus spécialement de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 6, alinéa 2, en projet (article 15 de l'avant-projet), il y a lieu d'observer que l'intention n'est pas d'habiliter le pouvoir exécutif à fixer des modalités complémentaires à un régime d'amendes ¹ déjà prévu ou à prévoir par un règlement européen, mais d'autoriser le Gouvernement à organiser lui-même un tel régime d'amendes ² pour le cas où le mécanisme de récupération des quotas indus mis en place par le droit européen ne s'avérerait pas « suffisant ».

Sur ce point, il convient de relever que le texte en projet est en défaut de fixer le moindre cadre dans lequel cette habilitation s'inscrirait, qu'il s'agisse du montants des amendes, de l'autorité compétente pour les prononcer, de la procédure décisionnelle ou encore des voies de recours.

Or, comme la section de législation l'a déjà souligné ³, dès lors qu'en l'espèce, comme déjà évoqué à l'observation précédente, l'avant-projet touche au droit à la protection

¹ On suppose qu'il s'agira d'amendes de nature administrative et non pénale.

² On suppose toujours qu'il s'agira d'amendes administratives.

³ Voir en ce sens, notamment, l'avis n° 62.390/4 donné le 20 décembre 2017 sur des amendements à une proposition de décret de la Région wallonne 'modifiant l'article 1^{er} du décret de la Région wallonne du 20 juillet 2016 abrogeant le décret du 24 avril 2014 abrogeant les articles 1^{er} à 128 et 129^{quater} à 184 du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme, du Patrimoine et de l'Énergie, abrogeant les articles 1^{er} à 128 et 129^{quater} à 184 du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine et formant le Code du Développement Territorial', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2016-2017, n° 740/4, pp. 2 à 7, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62390.pdf>.

d'un environnement sain garanti par l'article 23 de la Constitution, il incombe au législateur de fixer lui-même le cadre qui régit les divers points qui viennent d'être évoqués. Le législateur ne peut se borner à en confier purement et simplement le soin au Gouvernement ⁴.

Le texte en projet sera complété à la lumière de cette observation.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 5

1. L'article 3, §§ 1^{er} et 2, en projet est ainsi libellé :

« Art. 3. § 1^{er}. Le Gouvernement organise la collecte des données, en vue de la détermination des installations couvertes par le présent décret et de l'allocation des quotas à titre gratuit pour chaque installation.

Il peut fixer les données que l'exploitant de l'installation doit transmettre ainsi que les exigences relatives à l'intégrité de ces données et à leur vérification et les modalités de transmission et de traitement des données.

§ 2. Le Gouvernement présente à la Commission européenne la liste des installations couvertes par le présent décret pour chaque période de cinq ans.

Pour la période débutant le 1^{er} janvier 2021, le Gouvernement présente la liste le 30 septembre 2019 au plus tard.

Chaque liste contient des informations relatives à l'activité de production, aux transferts de chaleur et de gaz, à la production d'électricité et aux émissions au niveau des sous-installations au cours des cinq années civiles précédant sa présentation.

[...] ».

Une large habilitation est ainsi conférée au Gouvernement, qui porte sur la collecte et le traitement de données.

Quant à l'admissibilité de cette habilitation au regard de l'article 23 de la Constitution, il est renvoyé à l'observation générale B.1.

On ajoutera que, dans l'hypothèse où la mise en œuvre de cette habilitation devait impliquer le traitement de données à caractère personnel, les exigences qui découlent de l'article 23 de la Constitution se trouveraient renforcées par le principe de légalité qui, s'agissant du droit au respect de la vie privée, résulte de l'article 22 de la Constitution.

⁴ Ceci n'exclut pas toute habilitation au Gouvernement, mais à la condition que celle-ci soit encadrée à suffisance par le législateur.

2. Les paragraphes 2, *in fine*, et 3 de l'article 3 en projet sont rédigés comme suit :

« [...] Des quotas sont alloués à titre gratuit uniquement aux installations pour lesquelles les informations demandées en vertu du § 1^{er}, alinéa 2 et en vertu de l'alinéa 3 ont été fournies et pour autant que la Commission européenne n'ait pas refusé leur inscription sur la liste.

§ 3. Sous réserve de l'alinéa 2, aucun quota n'est alloué à titre gratuit aux producteurs d'électricité, aux installations de captage de CO₂, aux pipelines destinés au transport de CO₂ ou aux sites de stockage de CO₂.

En vue de répondre à une demande économiquement justifiable par rapport à la production de chaleur ou de froid, des quotas gratuits sont alloués au chauffage urbain ainsi qu'à la cogénération à haut rendement telle que définie par le décret du 12 avril 2001 relatif au marché régional de l'électricité. Pour chaque année postérieure à 2013, le total des quotas délivrés à ces installations pour la production de ce type de chaleur est adapté en utilisant le facteur linéaire visé à l'article 9 de la directive 2003/87/CE, à l'exception des années pour lesquelles ces quotas sont adaptés de manière uniforme conformément au § 5 de l'article 10 bis de la directive 2003/87/CE ».

Cette disposition, qui règle l'allocation de quotas à titre gratuit, est en défaut de préciser quelle est l'autorité compétente pour octroyer ou refuser l'octroi de ces quotas.

À ce propos, la note au Gouvernement relative à l'avant-projet explique ce qui suit :

« A.3 DÉLÉGATION À L'AWAC

Il est indiqué dans l'avant-projet de décret, comme dans le décret actuel, que c'est le Gouvernement qui présente à la Commission la liste des installations ETS. Pour ce qui concerne l'allocation à titre gratuit des quotas, l'avant-projet de décret ne précise pas l'autorité compétente.

Il appartient au Gouvernement de déterminer s'il exerce lui-même ces compétences ou s'il les délègue au Ministre en charge de la matière ou à une administration.

Jusqu'à présent, c'est le Gouvernement qui décide lui-même, sans délégation, de l'allocation initiale des quotas ainsi que des modifications à l'allocation en cours de période. Il s'agit de l'arrêté du Gouvernement wallon du 17 octobre 2013 fixant la liste des installations couvertes par le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et l'allocation initiale de quotas à titre gratuit de chaque installation pour la période de référence 2013-2020, modifié à de multiples reprises : plus de 16 fois. Au cours de la phase 4 (2021-2030), on attend beaucoup plus encore de modifications d'allocation chaque année, car les seuils pour revoir ces allocations passeront de 50% à 15%. Or, il faut savoir que toute étape supplémentaire dans le processus décisionnel risque d'entraîner un retard dans l'allocation de quotas gratuits pour les entreprises.

La confection de la liste ETS et l'allocation à titre gratuit sont strictement encadrées par des dispositions européennes directement applicables (règlement FAR et règlement en préparation pour les modifications en cours de sous-période). La marge de manœuvre est inexistante pour ce qui concerne l'allocation initiale : toutes les données doivent être validées préalablement par la Commission. Pour ce qui concerne les modifications en cours de sous-période, il ne subsiste, le cas échéant, qu'une marge de manœuvre technique dans l'appréciation de certains facteurs.

Il est dès lors proposé de prévoir dans le projet d'arrêté que la fixation de la liste ETS et de l'allocation soit confiée à l'AwAC, ce qui permettra de raccourcir encore un peu plus les délais de réaction. Parallèlement, le projet d'arrêté prévoit un recours au Gouvernement pour certaines décisions de l'AwAC.

En outre, l'AwAC informera le Ministre du Climat de l'établissement de l'allocation initiale et, au cours de la phase 4, transmettra annuellement au Gouvernement un rapport comportant la liste des installations bénéficiant de l'allocation gratuite et le détail des modifications des allocations intervenues au cours de l'année ».

De ces explications, il résulte qu'en réalité l'intention est de considérer que le Gouvernement est l'autorité de principe habilitée à décider ou refuser d'allouer des quotas à titre gratuit, celui-ci disposant de la possibilité de déléguer l'exercice de cette compétence au ministre ou à l'administration ⁵.

Eu égard à ces explications, la disposition à l'examen sera complétée aux fins de mentionner que l'autorité compétente pour décider ou refuser d'allouer les quotas à titre gratuit est le Gouvernement, lequel pourra le cas échéant accorder des délégations en la matière conformément à l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

Article 10

1. L'article 5, alinéa 1^{er}, en projet vise l'« autorité compétente » sans toutefois préciser quelle est cette autorité : s'agit-il du Gouvernement ou de son délégué ⁶ ou bien encore de l'autorité compétente pour délivrer le permis d'environnement ou le permis mixte autorisant l'exploitation de l'installation ?

La disposition à l'examen sera complétée aux fins de le préciser.

2. L'article 5, alinéa 2, en projet prévoit que « [l]e Gouvernement fixe les modalités d'application ».

⁵ En l'occurrence, l'Agence wallonne de l'Air et du Climat, laquelle constitue un service administratif à comptabilité autonome au sens de l'article 2, 5°, du décret du 15 décembre 2011 'portant organisation du budget, de la comptabilité et du rapportage des unités d'administration publique wallonnes', conformément à l'article 1^{er} du décret du 5 mars 2008 'portant constitution de l'Agence wallonne de l'air et du climat'.

⁶ Voir l'observation n° 2 sous l'article 5 de l'avant-projet (article 3 en projet).

Si cette disposition n'a d'autre objet que de rappeler le pouvoir que le Gouvernement tient de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 de faire les règlements nécessaires pour l'exécution des décrets, elle est inutile et doit être omise.

Si, par contre, l'intention était de conférer au Gouvernement une ou plusieurs habilitations précises, dépassant l'adoption des seules mesures nécessaires pour l'alinéa 1^{er} de l'article 5 en projet, il appartiendrait au législateur de définir plus précisément l'objet et les limites de ces habilitations.

L'article 5 en projet sera revu à la lumière de cette observation.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Pierre VANDERNOOT