



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 70.550/4
du 24 décembre 2021

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux critères de durabilité de la biomasse pour la production d'énergie et des critères de réduction des émissions de gaz à effet de serre et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération'

Le 25 novembre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 5 janvier 2022 ^{*}, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux critères de durabilité de la biomasse pour la production d'énergie et des critères de réduction des émissions de gaz à effet de serre et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 24 décembre 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 décembre 2021.

^{*} Par courriel du 26 novembre 2021.

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 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 suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Difficulté de compréhension et d'examen du projet – méthodologie

1. Le texte en projet fait référence à ou emploie des notions qu'il ne définit pas, fût-ce en renvoyant à des normes législatives ou réglementaires, européennes ou de droit interne en vigueur, et dont il ne règle pas le régime, ce qui le rend peu clair. Cette difficulté est accrue par la circonstance que le texte en projet entend pourvoir à l'exécution de deux décrets différents ¹, par un dispositif autonome commun, sans qu'il puisse être distingué ou compris dans quel cadre précis il entend se situer au regard de ces deux décrets, hormis à travers ses articles 22 à 26.

De telles lacunes rendent le régime mis en place par le projet difficilement compréhensible et constituent un frein important à l'appréciation de sa portée ainsi que, par conséquent, à son examen, au regard spécialement de sa compatibilité avec les normes d'intensité de force obligatoire supérieure. Par ailleurs, le dossier transmis à la section de législation ne permet pas de combler ces lacunes.

Pour ne prendre que quelques exemples,

1^o L'article 2 du projet définit différentes notions de manière extrêmement vague, ce qui ne permet pas d'en déterminer avec la précision requise ni le champ d'application, ni le régime juridique qui y est attaché.

Ainsi,

– Au 20^o de l'article 2, alinéa 1^{er}, du projet, le « régime d'aide » est défini comme suit :

« tout instrument, régime ou mécanisme destiné à promouvoir l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables grâce à une réduction du coût de cette énergie par une augmentation du prix de vente ou du volume d'achat de cette énergie, au moyen d'une obligation d'utiliser ce type d'énergie ou d'une autre mesure incitative, y compris, mais sans s'y limiter, les aides à l'investissement, les exonérations ou réductions fiscales, les remboursements d'impôt, les régimes d'aide liés à l'obligation d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, y compris

¹ À savoir le décret du 15 octobre 2020 'relatif à l'organisation du marché de l'énergie thermique et aux réseaux d'énergie thermique' et le décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

ceux utilisant les certificats verts, et les régimes de soutien direct des prix, y compris les tarifs de rachat et les primes variables ou fixes ».

Cette définition reproduit en réalité celle que donne de cette notion l'article 2, alinéa 2, 5), de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables' ; la reproduction pure et simple d'une telle définition est en défaut d'assurer la transposition de celle-ci : il appartient en effet à la Région wallonne de déterminer les régimes d'aides qui relèvent de ses compétences et qui répondent à cette définition, spécialement au regard des deux décrets à l'exécution desquels elle entend pourvoir ; à défaut, il est impossible de vérifier notamment si les aides ainsi visées s'inscrivent dans les limites des compétences régionales.

– Présente des difficultés similaires l'article 2, alinéa 1^{er}, 21°, du projet, qui reproduit la définition qui figure à l'article 2, alinéa 2, 6), de la directive (UE) 2018/2001, et définit « l'obligation d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables » comme étant

« un régime d'aide exigeant des producteurs l'énergie de produire une part déterminée d'énergie à partir de sources renouvelables, exigeant des fournisseurs d'énergie de proposer une part déterminée d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans leur offre d'énergie ou exigeant des consommateurs d'énergie d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans une part déterminée, y compris les régimes en vertu desquels ces exigences peuvent être satisfaites en utilisant des certificats verts ».

– L'article 2, alinéa 1^{er}, 29°, du projet, définit les « CAB » comme suit : « les *Conformities Assesment Body* sont des institutions démontrant la durabilité de la biomasse » ; outre que l'emploi d'une terminologie en langue anglaise n'est pas admissible en tant que telle, force est de constater que cette définition est en défaut de déterminer en vertu de quelle législation ou réglementation de droit européen ou de droit interne, ces institutions sont reconnues, agréées ou accréditées, ni le type ou la catégorie de reconnaissance, d'agrément ou d'accréditation visée ; ceci est d'autant plus problématique que, d'une part, l'article 2, alinéa 4, du projet, entend leur confier différentes missions étant la délivrance d'un « certificat aux opérateurs économiques sur la base d'un schéma de certification tel que visé dans le présent arrêté », d'« une déclaration de vérification à un opérateur économique dans le but de démontrer le respect des critères de durabilité légaux ou d'une partie de ceux-ci » et d'« une déclaration annuelle de conformité à un producteur d'énergie, sur la base des exigences du protocole de vérification pour la durabilité de la biomasse » et que, d'autre part, l'article 16, alinéa 2, du projet, charge le « *Conformity Assesment body* » de contrôler annuellement la « certification volontaire » du producteur ;

– L'article 2, alinéa 1^{er}, 30°, du projet, définit « le certificat de garantie d'origine » comme étant

« le certificat délivré à un site de production attestant que les quantités d'énergie produites à partir de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération par ce site pourront clairement être identifiées et mesurées et que cette énergie pourra être, le cas

échéant, qualifiée et vendue sous le label d'énergie garantie d'origine renouvelable ou de cogénération à haut rendement ».

À nouveau, la disposition à l'examen est en défaut de préciser en vertu de quelles dispositions légales ou réglementaires, européennes ou de droit interne, ce « certificat de garantie d'origine » est délivré, ni de prévoir son régime.

– Plus subsidiairement, les définitions qui figurent à l'article 2, alinéa 1^{er}, 11^o et 18^o, du projet, renvoient à des éléments ou régimes prévus par la directive (UE) 2018/2001 et sont donc en défaut de renvoyer aux dispositions de droit wallon qui transposent ces éléments ou régimes.

2^o L'article 3 du projet est rédigé comme suit :

« Aux fins de la directive 2018/2001, l'énergie produite à partir de bioliquides et combustibles issus de la biomasse est prise en considération uniquement si elle répond aux critères de durabilités et de réduction des émissions de gaz à effet de serre visés aux sections 2, 3 et 4 du présent chapitre, ainsi qu'au cas prévu à l'article 4.

Les fins visées à l'alinéa 1^{er} sont les suivantes :

1^o contribuer à l'objectif de l'Union européenne fixé à l'article 3, § 1^{er}, de la directive 2018/2001, et à la part d'énergie renouvelable de la Région wallonne ;

2^o mesurer la conformité aux obligations en matière d'énergie renouvelable ;

3^o déterminer l'admissibilité à une aide financière pour la consommation de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse ».

Cette disposition se borne, en substance, à reproduire l'article 29, paragraphe 1, alinéa 1, de la directive (UE) 2018/2001.

Compte tenu de la portée de la disposition de droit européen, cette façon de procéder n'est pas adéquate. À tout le moins les points 2^o et 3^o de l'alinéa 2 sont-ils extrêmement vagues, à défaut pour le projet soit de définir par ailleurs le ou les régimes tant des « obligations en matière d'énergie renouvelable » dont la mesure de la conformité est visée au 2^o, que de la ou des « aides financière(s) pour la consommation de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse » visées au 3^o, soit de renvoyer aux dispositions décrétales ou réglementaires qui règlent ceux-ci.

3^o L'article 20, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5^o, 6^o et 8^o, du projet, confie notamment au Comité Transversal de la Biomasse Énergie les missions de donner un avis sur tout projet relatif à une valorisation énergétique de la biomasse au moyen d'une déclaration « biomasse », à l'exception des installations produisant uniquement de l'énergie thermique et dont la puissance thermique nominale est inférieure à 20 MW, de remettre un avis sur toute modification significative dans l'approvisionnement en intrant d'un projet relatif à une valorisation énergétique de la biomasse au moyen de la même déclaration « biomasse », ainsi que de valider à l'octroi et vérifier annuellement le certificat de garantie d'origine des installations de production d'énergie thermique non cogénérée concernées par les critères de durabilité.

La section de législation n'aperçoit pas ce que recouvrent les notions de « projet relatif à une valorisation énergétique de la biomasse », de « modification significative dans

l'approvisionnement en intrant d'un projet relatif à une valorisation énergétique de la biomasse » ni de « certificat de garantie d'origine des installations de production d'énergie thermique non cogénérée concernées par les critères de durabilité ».

4° L'article 16, alinéa 1^{er}, du projet, prévoit que la preuve de la durabilité de la biomasse forestière ou agricole est apportée si le producteur « possède une des certifications volontaires listées sur le site internet de la Commission [e]uropéenne » ; cette façon de procéder n'est pas adéquate : il convient de mentionner quels types de certifications volontaires sont ainsi visées, non pas en renvoyant aux listes publiées sur le site internet de la Commission européenne, mais bien aux dispositions de droit européen qui organisent cette certification.

5° L'article 21, § 2, du projet, prévoit que

« Tous les dossiers de demande de soutien à la production et de demande d'aide à l'investissement, y compris leur modification, pour les installations de production d'énergie utilisant la matière 'Biomasse-Énergie' nécessitent l'avis du Comité, à l'exception des installations produisant uniquement de l'énergie thermique et dont la puissance thermique nominale est inférieure à 20 MW ».

La section de législation n'aperçoit pas quels sont les « dossiers de demande de soutien à la production et de demande d'aide à l'investissement », qui sont ainsi visés.

2. Il ressort du dispositif en projet qu'à tout le moins certaines de ces notions ou régimes auront vraisemblablement vocation à être définis et réglés dans un ou plusieurs arrêtés encore à intervenir.

Ainsi, l'article 27 du projet renvoie à un projet d'arrêté – plus spécialement à l'article 2 de celui-ci – qui portera exécution du décret du 15 octobre 2020 et qui n'a pas encore été adopté par le Gouvernement wallon, ni même soumis pour avis à la section de législation. Il renvoie également à des modifications qui seront apportées à l'arrêté du 30 novembre 2006 'relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération', qui ne sont pas envisagées par le texte en projet.

Il reste qu'en l'absence de ces projets et à défaut de pouvoir en connaître simultanément, la section de législation est dans l'impossibilité de vérifier si les lacunes, relevées ci-avant seraient le cas échéant comblées par ces autres textes réglementaires en cours d'élaboration.

3. Compte tenu de tout ce qui précède, l'arrêté en projet sera fondamentalement revu et complété et ses auteurs veilleront à sa cohérence avec les autres projets d'arrêtés en cours d'élaboration, mentionnés ci-avant.

Par ailleurs, eu égard aux incertitudes relevées dans les observations qui précèdent, la section de législation n'est pas en mesure de se livrer en connaissance de cause à un examen complet de la cohérence du projet d'arrêté ni de sa conformité aux normes décrétales, dont celles qu'il exécute, ainsi qu'aux normes de droit européen pertinentes, parmi lesquelles celles dont il entend assurer la transposition partielle. Il s'ensuit que l'absence d'observation sur tel ou tel aspect du projet d'arrêté dans le cadre du présent avis ne saurait être

interprétée en ce sens que ces aspects ne soulèvent aucune difficulté juridique en ce qui concerne les éléments indiqués ci-avant.

À la lumière du contexte ainsi rappelé, la section de législation ne peut que se limiter aux quelques observations particulières suivantes.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

À l'alinéa 1^{er}, il convient de mentionner les dispositions du décret du 15 octobre 2020 qui procurent un fondement juridique au projet. Interrogé sur cette question, le délégué du Ministre a répondu que l'arrêté en projet trouve son fondement dans l'article 14, § 1^{er}, de ce décret, ce qui apparaît être effectivement le cas ², sous réserve de ce qui a été exposé sous les observations générales ci-avant.

L'alinéa 1^{er} sera complété en conséquence.

DISPOSITIF

Article 6

À l'alinéa 1^{er}, 3^o, il convient non pas de mentionner la « méthodologie établie à l'annexe I, partie C de l'Arrêté ministériel du XXXX », mais « la méthodologie fixée par le ministre ».

Articles 17, 18 et 19

Ces dispositions prévoient toutes que

« [l]orsqu'il introduit sa demande de permis d'environnement, le porteur de projet atteste qu'il a pris des contacts avec les organismes de certification ».

Un tel dispositif devrait figurer non pas dans l'arrêté en projet, de manière autonome, mais être inséré dans les dispositions relatives à la composition du dossier de demande de permis, qui figurent dans l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 'relatif à la procédure et à diverses mesures d'exécution du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement', en particulier ses articles 2 et 30, qui trouvent leur fondement décretaal dans les articles 17 et 83 du décret du 11 mars 1999.

Le texte en projet sera revu à la lumière de cette observation et le préambule sera complété en conséquence.

² Cette disposition prévoit : « Le Gouvernement est habilité à imposer une performance environnementale aux installations de production et aux réseaux qu'ils servent ou non à la vente d'énergie thermique ».

Article 22

Le 3° entend insérer la définition de la notion de « rééquipement » à l'article 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006.

Or, cet arrêté, qu'il s'agisse de sa version en vigueur ou tel que l'arrêté en projet entend le modifier, ne fait pas usage de la notion de « rééquipement ». Le 3° est donc inutile et sera omis.

Article 23

Dans l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, l'article 15, § 1^{er}*bis*, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 compte 5 points et non 7. La disposition à l'examen prévoira donc qu'un 6°, et non un 8°, est ajouté à cette disposition.

Elle sera revue en conséquence.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET