CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 74.956/4
du 10 janvier 2024

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux conventions carbone'

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

Le 24 novembre 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Climat, de l'Énergie, de la Mobilité et des Infrastructures de la Région wallonne à communiquer un avis dans un délai de trente jours prorogé de quinze jours *, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'relatif aux conventions carbone'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 10 janvier 2024. La chambre était composée de Bernard BLERO, président de chambre, Luc CAMBIER et Dimitri YERNAULT, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Ambre VASSART, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 janvier 2024.

---

* Par courriel du 28 novembre 2023.

*

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

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

1. Il ressort du projet que les mécanismes de vérifications et de détermination des objectifs à atteindre dans le cadre des conventions carbone sont intimement liés aux audits et plus précisément à la méthodologie d'audits dite « AMUREBA » mise en place par le projet d'arrêté du Gouvernement wallon « relatif à l'octroi de subventions à l'audit ou à l'étude dans le secteur non résidentiel, pour l'amélioration de l'efficacité énergétique et la promotion d'une utilisation plus rationnelle et plus durable de l'énergie » sur lequel la section de législation a donné l'avis 74.062/4 le 13 septembre 2023 (ci-après : le projet AMUREBA), projet qui n'a pas encore été adopté.

Il ressort des explications de la déléguée du Ministre que, suite aux observations formulées par la section de législation en ce qui concerne le fondement juridique de ce projet, un avant-projet de décret a été adopté [1] en vue de répondre à ces observations.

L'exposé des motifs du décret du 16 novembre 2023 'Neutralité Carbone' précise également ce qui suit :

> « En échanges de leurs engagements, les entreprises bénéficieront de 3 types de contreparties pour les accompagner et favoriser le passage à l'action tout en assurant la proportionnalité du soutien. Premièrement, les subsides AMUREBA qui apportent un soutien sous forme de compétences techniques et humaines aux communautés carbone et à leurs membres » [2].

Il découle de ce qui précède que le projet d'arrêté à l'examen ne pourra pas entrer en vigueur avant que le projet d'arrêté « AMUREBA » soit effectivement adopté et entré en vigueur.

2. L'article 4 du projet d'arrêté prévoit :

> « Chaque communauté carbone signe avec la Région wallonne une convention carbone conformément au modèle repris en annexe 1.
>
> Les signataires déterminent les objectifs de la convention et en suivant la méthodologie reprise à l'annexe 2. Les signataires soumettent une proposition d'objectifs au Gouvernement wallon pour approbation ».

[1] Ce projet fait l'objet de la demande d'avis 75.018/4.

[2] *Doc. parl.*, Parl. w., 2023-2024, n° 1493/1, pp. 23-29.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

L'annexe 1, partie 1, établit le modèle de convention carbone type. L'article 3 de ce modèle de convention carbone type fixe une série de règles applicables à la fixation des objectifs de la communauté carbone et de chacun de ses membres.

Il prévoit :

« § 1er. La communauté carbone ainsi que chacun de ses membres déterminent leurs objectifs sur base du plan d'action que chacun a établi. Ils fixent leurs objectifs sur base de trois indices de performance-clés :

1° l'indice énergie, qui mesure l'intensité énergétique de l'entreprise ;

2° l'indice émissions, qui mesure l'intensité carbone de l'énergie utilisée et du processus de fabrication ;

3° l'indice renouvelable, qui mesure la part renouvelable dans l'énergie utilisée.

Chaque membre de la communauté carbone définit librement l'indice sur base duquel son objectif engageant est fixé. Les deux autres indices sont des objectifs indicatifs.

Chaque membre de la communauté carbone détermine ses actions fermes pour chacun des trois objectifs et minimum 3 actions conditionnelles pour son objectif engageant. Si les barrières qui s'opposent à la réalisation d'une action conditionnelle sont levées, cette action devient une action ferme.

Les objectifs de la communauté carbone correspondent au minimum à l'agrégation des objectifs engageants fermes et des objectifs indicatifs fermes de l'ensemble de ses membres. Les objectifs ainsi calculés pour la communauté carbone sont engageants pour les trois indices. Par dérogation, dans le cas où un indice n'est retenu par aucun membre de la communauté carbone comme engageant, celui-ci est indicatif pour la communauté.

Pour chacun de ces trois objectifs, la communauté carbone détermine ses propres actions conditionnelles, lesquelles s'ajoutent à l'ensemble de celles de ses membres. Si les barrières qui s'opposent à la réalisation d'une action conditionnelle sont levées, cette action devient une action ferme.

Pour l'application du présent paragraphe, les signataires se réfèrent à la méthodologie établie suivant l'annexe 2 de l'arrêté conventions carbone.

§ 2 Les signataires de la présente convention adjoignent, dans les douze mois de la signature, la partie 2, complétée avec les objectifs de la communauté carbone et de ses membres, tels qu'établis par les audits d'entrée et validés par le comité technique ».

L'annexe 2, intitulée « Méthode de fixation des objectifs » établit la méthodologie qui, selon l'article 4, alinéa 2, du projet d'arrêté, est destinée à déterminer les objectifs de la convention carbone qui sera signée entre le Gouvernement wallon et une communauté carbone.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

Interrogée sur la question de savoir quelle disposition du décret du 16 novembre 2023 procure un fondement juridique à l'établissement de cette méthodologie par le Gouvernement, la déléguée du Ministre a répondu ce qui suit :

> « L'article 30 alinéa 2 du décret neutralité carbone : 'Le Gouvernement peut préciser le contenu des conventions carbone'.
>
> Cette disposition permet donc au Gouvernement de préciser les objectifs qui doivent être fixés dans la convention.
>
> L'article 31 du décret neutralité carbone permet également d'intégrer dans un arrêté tout ou partie des dispositions d'une convention carbone, la méthodologie des objectifs est un élément primordial pour les entreprises.
>
> Le Gouvernement est habilité à conclure des conventions carbone, il est donc habilité à définir les conditions dans lesquelles il acceptera de les signer et la détermination des objectifs en fait manifestement partie. Le commentaire des articles précise que les objectifs doivent être compatibles avec la vision neutralité carbone en 2050, le Gouvernement doit donc pouvoir déterminer les critères objectifs permettant de fixer les objectifs qui justifient un soutien du Gouvernement.
>
> Les conventions carbone sont en réalité un accord contractuel bilatéral entre le gouvernement et des parties, que l'AGW vient encadrer. La méthodologie des conventions carbone est une évolution des accords de branche de 2nde génération qui comportait déjà une méthodologie de fixation des objectifs et de suivi sur la durée des conventions, publiée sur le site du SPW énergie. Le décret habilite le Gouvernement à établir une convention-carbone-type et cette convention fait elle-même référence à la méthodologie.
>
> En outre, l'article 11.5 de la directive 2023/1791 mentionne clairement que les états membres doivent assurer la qualité des audits en définissant des critères transparents et non discriminatoires, ce que fait la méthodologie (annexe 2 de l'AGW) ».

Il ne peut être tenu pour acquis que l'habilitation contenue dans l'article 30, alinéa 2, du décret du 16 novembre 2023, qui prévoit que le Gouvernement peut préciser le contenu des conventions carbone, dont le contenu minimal est déterminé par l'alinéa 1er de cette disposition, permet au Gouvernement d'élaborer une méthodologie préalable destinée à déterminer les objectifs à atteindre dans le cadre de la convention carbone.

Ce fondement juridique ne peut en tout état de cause pas être trouvé dans l'article 31 du décret du 16 novembre 2023, dès lors que cette disposition se borne à habiliter le Gouvernement à intégrer dans un arrêté tout ou partie des dispositions d'une convention carbone déjà conclue.

En revanche, le dispositif à l'examen, en tant qu'il définit une méthodologie pour la détermination des objectifs fixés par les conventions carbone, parait pouvoir se fonder sur le pouvoir général d'exécution des décrets que l'article 20 de la loi spéciale du 8 aout 1980 'de réformes institutionnelles' confère au Gouvernement et qui lui permet de dégager du principe du décret et de son économie générale les conséquences qui en découlent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'il poursuit, sans en étendre ni en restreindre la portée.

‡LW-BBYNDJFF-HEJFGVT‡

L'article 20 de la loi spéciale du 8 aout 1980 parait également pouvoir constituer le fondement juridique de l'article 7, § 2, 2° et 8°, du projet.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Le préambule sera complété par un alinéa 1er nouveau visant l'article 20 de la loi spéciale du 8 aout 1980.

2.1. L'article 5 du projet prévoit :

> « Les audits d'entrée, intermédiaire et final font l'objet d'une vérification indépendante conforme à l'annexe 3 dans les six mois qui suivent la réalisation de l'audit.
>
> La qualité et le contenu des audits d'entrée, intermédiaire et final font l'objet d'une analyse par les experts techniques conformément à l'annexe 4.
>
> Les rapports de vérification indépendante et d'expertise technique sont soumis au comité technique des conventions ».

Interrogée sur le fondement juridique de l'article 5 et spécialement sur la mise en place d'un système de vérification et d'expertise des audits, la déléguée du Ministre a répondu ce qui suit :

> « Les entreprises doivent réaliser un audit, l'administration doit donc vérifier et contrôler la réalisation et la qualité des audits. Pour se faire, l'administration demande à un expert technique une validation.
>
> Art. 12. Du décret du 09 décembre 1993 relatif à la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie, des économies d'énergie et des énergies renouvelables :
>
> Aux conditions déterminées par le Gouvernement, est réputée remplir les obligations définies à l'article 11 :
>
> 1° l'entreprise qui met en œuvre un système de management de l'énergie ou de l'environnement certifié par un organisme indépendant conformément aux normes européennes ou internationales pertinentes, pour autant que le système de management concerné prévoie un audit énergétique conforme aux critères minimaux de l'annexe ;

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

2° l'entreprise partie à une convention environnementale au sens de l'article D.82 du Code de l'Environnement relative à la réduction des émissions spécifiques de gaz à effet de serre et à l'amélioration de l'efficience énergétique qui réalise valablement l'audit énergétique imposé par la convention environnementale, pour autant qu'il soit conforme aux critères minimaux de l'annexe.

En général, lorsque le Gouvernement subventionne quelque chose, l'administration doit pouvoir vérifier que les conditions sont bien remplies, cela fait partie de l'exécution normale d'un dispositif (citer les pièces justificatives, déterminer qui est habilité à contrôler ces pièces, …). Le Gouvernement choisi ici de faire vérifier les audits par un expert technique, cela fait partie de l'exécution. Cela ne figurait pas dans un texte réglementaire jusqu'à aujourd'hui et pourtant, c'était bien pratiqué. L'objectif ici est de mettre en place un mécanisme transparent : le décret donne les principes et l'AGW précise les modalités d'applications et de vérification ».

Interrogée également sur le fondement des articles 6 et 7 du projet mettant en place le comité technique et le comité stratégique, la déléguée du Ministre a répondu :

« IDEM, les modalités de vérification/contrôle des audits + Gouvernance du mécanisme dans sa globalité. Les comités directeurs existaient dans les accords de branche, ils permettent d'avoir accès aux informations et de permettre le suivi de chaque convention.

De plus, l'article 35 confie au Gouvernement la tâche de réaliser un rapport sur l'état d'avancement et la mise en place des comités technique et stratégique permet la mise en œuvre de ces tâches. La création d'un Comité technique et stratégique pour effectuer ces tâches fait partie de l'organisation du travail de suivi des conventions au sein du Gouvernement et avec les parties prenantes.

Art.35. Tous les quatre ans, le Gouvernement adresse et présente au Parlement wallon un rapport sur l'état d'avancement des différentes conventions carbone en vigueur. Ce rapport indique dans quelle mesure les objectifs intermédiaires sont réalisés, les éventuelles mesures correctrices prises ainsi que les nouveaux plans d'action et objectifs intermédiaires pour le cycle suivant de quatre ans. Annuellement, un rapport permettant le suivi agrégé de l'ensemble du mécanisme est publié sur les sites internet dédiés de l'administration ayant en charge l'Énergie et de l'Agence. […] ».

2.2. L'article 12 du décret du 9 décembre 1993 'relatif à la promotion de l'utilisation rationnelle de l'énergie, des économies d'énergie et des énergies renouvelables', que la déléguée du Ministre invoque comme fondement juridique des divers mécanismes de vérification des audits mis en place par le projet, ne s'applique qu'aux conventions environnementales conclues sous le régime de l'article D82 du Livre I^{er} du Code de l'environnement.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

Il ressort de l'exposé des motifs du décret du 16 novembre 2023 que :

« Comme le Conseil d'État l'a fait observer dans son avis, la volonté est d'introduire une nouvelle catégorie de convention environnementale qui n'est pas régie par le Livre premier du Code de l'Environnement, à savoir la convention carbone. D'autre part, cette nouvelle catégorie est destinée à remplacer la sous-catégorie de conventions environnementales aujourd'hui dénommée 'accord de branche'. L'intention est donc, à terme, de remplacer dans les dispositifs en matière environnementale les mots 'accord de branche' afin de maintenir, au profit des signataires de conventions carbone, les régimes existants applicables aux parties à un accord de branche » [3].

Cependant, l'article 38 du décret du 16 novembre 2023 prévoit :

« Les entreprises qui s'inscrivent dans une convention carbone au sens du présent décret sont réputées être en accord de branche ».

Le commentaire de l'article 38 du décret du 16 novembre 2023 précise que

« [c]et article permet d'assurer la continuité du mécanisme pour les entreprises sans imposer la modification simultanée des autres législations (wallonnes et fédérales) afférentes ».

Il s'ensuit que l'article 12, 2°, du décret du 9 décembre 1993 procure un fondement juridique partiel au projet.

Le préambule sera complété par un alinéa 2 nouveau visant ce fondement.

3. L'alinéa 1er du préambule mentionne, au titre de fondement juridique du projet, « le décret neutralité carbone du 12 octobre 2023 », sans indication des articles et subdivisions d'articles qui contiennent les habilitations mises en œuvre par le projet.

Or, le préambule d'un arrêté doit viser les articles des textes législatifs qui lui procurent un fondement juridique, ainsi que leurs subdivisions pertinentes [4].

Par conséquent, l'alinéa 1er du préambule, devenant 3, sera rédigé comme suit :

« Vu le décret du 16 novembre 2023 Neutralité Carbone, les articles 30, alinéa 2, et 33, alinéa 1er, 4° ».

[3] http://nautilus.parlement-wallon.be/Archives/2023_2024/DECRET/1493_1.pdf, page 5.

[4] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires,* www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 23.1.b.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

4. L'alinéa 5 relatif à l'avis du Conseil d'État sera rédigé comme suit :

« Vu l'avis 74.956/4 du Conseil d'État donné le 10 janvier 2024, en application de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ; » [5].

DISPOSITIF

Article 2

Au 2°, l'auteur du projet s'assurera que les mots « notamment dans les bâtiments et les processus (AMUREBA) », qui figurent à la fin de la définition en projet, apparaissent bien dans l'intitulé de « l'arrêté AMUREBA ».

Article 7

La section de législation aperçoit difficilement comment le Comité stratégique effectuera certaines de ses missions visées au paragraphe 3 et s'interroge sur la nécessité de faire intervenir le Comité stratégique pour la réalisation de ces dernières.

Il en va ainsi de la publication prévue par l'article 36, alinéa 5, du décret du 16 novembre 2023, à savoir la publication de l'avenant à la convention carbone sur le site de l'Agence wallonne de l'air et du Climat ainsi que sur le site dédié de l'administration, ainsi que la publication sur ces mêmes sites du rapport annuel, prévue à l'article 35, alinéa 2, du décret du 16 novembre 2023 [6].

L'auteur du projet vérifiera que ces missions doivent être maintenues dans le dispositif.

Article 9

Il est renvoyé à l'observation générale 1 concernant la date d'entrée en vigueur du projet.

[5] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 36.1 et formule F 3-5-2.

[6] Article 7, § 3, 2° et 3°.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

ANNEXES

Annexe 1

1. À l'article 1er, 10°, il y a lieu de renvoyer à la définition de l'énergie renouvelable visée par l'article 2, 3°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 7 juillet 2022 'portant exécution du décret du 15 octobre 2020 relatif à l'organisation du marché de l'énergie thermique et aux réseaux d'énergie thermique' dès lors qu'il s'agit de la définition à laquelle renvoie l'article 2, alinéa 1er, 11°, du projet AMUREBA.

2. À l'article 9, § 1er, alinéa 3, il y a lieu de viser « l'article 2, alinéa 1er, 4° » en lieu et place de la référence à « l'article 2, § 1er, 4° ».

3. L'article 9, § 4, introduit un système de recours administratif organisé devant le Gouvernement wallon.

La section de législation n'aperçoit pas le fondement juridique qui permettrait à l'auteur du projet de mettre en place un recours administratif organisé.

De surcroit, il ne revient pas à un instrument de type contractuel d'organiser un tel recours.

Enfin, il n'est pas admissible que le projet prévoie qu'« [à] défaut de décision dans les 60 jours, la décision de l'administration est confirmée » car le procédé de la décision tacite se heurte à de nombreuses objections.

Ainsi, un tel procédé ne contribue pas à la sécurité juridique, ne fût-ce qu'en raison de l'absence d'une quelconque décision écrite, ce qui pourrait donner lieu à des problèmes quant à l'administration de la preuve, et parce qu'en principe une décision tacite ne devra pas être notifiée dans les mêmes formes que les décisions expresses, avec toutes les conséquences qui en découlent notamment en termes d'accessibilité et de contestation de telles décisions tacites. Plus particulièrement, le procédé de la décision tacite risque de ce fait d'impliquer davantage une violation des intérêts de tiers, lesquels sont susceptibles d'être affectés d'une manière certes implicite, mais non moins importante.

Le procédé de la décision tacite est également susceptible de se heurter à l'intérêt général dans la mesure où il peut emporter que certaines décisions soient prises de manière implicite sans préparation minutieuse ni mise en balance de tous les intérêts en présence. En outre, ce procédé peut aboutir à ce qu'une décision soit prise alors que les conditions légales ou réglementaires auxquelles doit répondre cette décision ne sont pas réunies.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

Par ailleurs, ces décisions sont dépourvues de motivation formelle. La mise en œuvre d'un régime de décision implicite a pour effet d'écarter l'application de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs'. Pareil régime de décision implicite ne peut se concevoir que si une disposition de nature législative l'autorise [7], ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

L'article 9, § 4, première phrase, peut toutefois être admis s'il doit être compris comme mettant en place un recours facultatif auprès du Gouvernement.

À la lumière des observations qui précèdent, la disposition sera soit revue, soit omise.

Annexe 3

1. Les points 3 et 5 (erronément numéroté 4) rendent obligatoire à l'égard des vérificateurs l'application de la norme ISO/IEC 17029-2019. Il est ainsi fait référence à une norme qui n'a pas été publiée conformément à l'article 190 de la Constitution. L'auteur du projet devra dès lors veiller à ce que celle-ci soit aisément accessible et identifiable [8].

2. Le point 5 (lire : 6) de l'annexe en projet prévoit :

> « Le vérificateur suit ou a suivi une formation à la méthodologie orientée sur le processus de vérification. Les modalités d'organisation de cette formation sont fixées par l'administration ».

[7] Voir en ce sens voir e.a. l'avis 74.130/4 donné le 27 septembre 2023 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « modifiant le Titre II et le Titre II/1 de la partie III de la partie réglementaire du Livre 1er du Code de l'environnement en ce qui concerne l'initiation à l'environnement et la reconnaissance et subventionnement structurel des associations environnementales », pp. 10-11et les références citées. Voir également l'avis 74.904/4 donné le 8 janvier 2024 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « remplaçant la partie réglementaire du Code wallon du Patrimoine et portant des dispositions diverses ».

[8] Voir l'avis 58.786/4 donné le 7 mars 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 avril 2016 'relatif à l'identification et l'enregistrement des chats' et l'avis 59.924/4 donné le 5 octobre 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 octobre 2016 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 juillet 2010 relatif à l'évaluation et la gestion de la qualité de l'air ambiant'. Faute de publication conformément à l'article 190 de la Constitution, une norme n'est, en effet, pas opposable à tous (voir e.a. l'avis 73.005/3 donné le 2 mars 2023 sur un avant-projet devenu la loi du 11 juin 2023 'modifiant la loi du 1er juillet 2011 relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques', *Doc. parl.*, Chambre, 2022-2023, n° 3277/001, pp. 19-23, points 5.2 et 5.3.

‡LW-BBBYNDJFF-HEJFGVT‡

Or, l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une administration qui, comme telle, n'assume aucune responsabilité politique à l'égard d'une assemblée élue démocratiquement n'est en principe pas admissible. Une telle délégation ne peut être admise que lorsqu'il s'agit de mesures ayant une portée limitée et technique [9].

La détermination des modalités d'organisation de la formation obligatoire des vérificateurs s'analyse comme un pouvoir règlementaire. Sauf pour l'auteur du projet à pouvoir démontrer que les mesures à prendre ont une portée limitée et technique, le pouvoir réglementaire que le texte à l'examen confère à l'administration n'est pas admissible au regard des principes rappelés ci-dessus et doit être confié au ministre.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Bernard BLERO

[9] Avis 73.867/1 donné le 14 juillet 2023 sur un projet devenu l'arrêté royal du 4 septembre 2023 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et l'arrêté royal du 9 mars 2022 fixant les modalités relatives à l'obligation pour les opérateurs économiques en matière de facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession', p. 11. Voir également *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 7.4.

‡LW-BBYNDJFF-HEJFGVT‡