

Objet: Avant-projet de règlement grand-ducal portant certaines modalités d'application de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. APRG (3618WMMR)

Saisine : Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures (7 avril 2010)

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du présent avant-projet de règlement grand-ducal « *qui a été élaboré sur base de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre* » (ci-après, « l'avant-projet de règlement grand-ducal »), d'après l'exposé des motifs qui l'accompagne, est de « *transpose[r] en droit national partie de l'article premier, points 10 et 13, de la directive 2009/29/CE qui modifie la directive modifiée 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. L'article premier point 10 de la directive de 2009 introduit dans la directive de 2003 un article 9bis dont les dispositions du paragraphe 2 sont concernées par le présent projet de règlement. Il en est de même de l'article premier point 13 de la directive de 2009 qui remplace l'article 11 paragraphe 1 de la directive de 2003.* »

En effet, la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne, a fait l'objet d'une transposition en droit national par le biais de la loi du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un fonds de financement des mécanismes de Kyoto et modifiant l'article 13bis de la loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés (ci-après, « la loi du 23 décembre 2004 »). Cette loi avait notamment pour objet d'établir « *un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre afin de favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre dans des conditions économiquement efficaces et performantes*¹ ». Or il est à souligner que la loi en question ne s'applique qu'aux émissions résultant des activités indiquées en son annexe I, soit le secteur énergétique et l'industrie lourde (sidérurgie, chimie, ciment, verre, chaux). De son côté, la directive 2009/29/CE susmentionnée entend « *améliorer et étendre* » le système communautaire d'échange d'émissions de gaz à effet de serre, notamment en élargissant son champ d'application à d'autres secteurs industriels et en prévoyant un calendrier relatif à la mise aux enchères plus large des quotas d'émission. Ces quotas, par opposition à ceux alloués gratuitement aux opérateurs dont les activités tombent sous le champ d'application des deux directives précitées, seraient à acquérir à titre onéreux par les opérateurs des installations soumises à leur prix de marché.

La Chambre de Commerce observe une inadéquation entre la lettre de saisine du Ministre délégué au Développement durable et aux Infrastructures et le texte soumis à son avis à proprement parler. En effet, d'après ladite lettre, il s'agit d'un « avant-projet de règlement grand-ducal », alors que, d'après la formulation du texte annexé, ce dernier fait référence à un « projet de règlement grand-ducal ». Il s'agirait donc de clarifier ce point.

¹ Loi du 23 décembre 2004, article 1^{er}.

Considérations générales

En premier lieu et dans la mesure où l'avant-projet de règlement grand-ducal sous avis n'entend pas transposer en tant que tel la directive 2009/29/CE modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, et vu que cette transposition ne doit être effective qu'au 31 décembre 2012 (voir l'article 3 de la directive 2009/29/CE), sauf exceptions commentées *infra*, la Chambre de Commerce n'entend pas ici commenter exhaustivement le nouveau cadre communautaire posé par la directive 2009/29/CE. Elle se limitera par conséquent, outre le commentaire général ci-après, à un certain nombre de considérations sur le fond et la forme de l'avant-projet de règlement grand-ducal sous rubrique. De manière générale, elle tient à rappeler qu'elle souscrit entièrement aux objectifs de l'Union européenne et du Gouvernement en matière de développement durable et donc, partant, à l'encadrement international des émissions de gaz à effet de serre. Or, dans ce contexte, elle rappelle que toute réglementation, apte à éviter des délocalisations, la fuite de carbone ou bien les distorsions de concurrence, se doit d'être dûment négociée dans un cadre international approprié. Une nouvelle extension des activités couvertes par l'encadrement communautaire en matière d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre aura pour conséquence un nouvel isolement de l'Europe par rapport aux tendances internationales et, partant, entraînera une nouvelle perte de compétitivité de l'industrie européenne à l'échelle mondiale, et ce à un niveau d'émission global inchangé suite aux possibles délocalisations.

En deuxième lieu, la Chambre de Commerce constate une carence manifeste en ce qui concerne la transposition de certaines dispositions de la directive 2009/29/CE, laquelle directive date du 23 avril 2009. En effet, l'article premier, point 10 de la directive 2009/29/CE introduit dans la directive 2003/87/CE un article 9bis dont les dispositions au paragraphe 2 sont concernées par l'avant-projet de règlement grand-ducal. Concrètement, le législateur communautaire demande aux Etats membres de veiller à ce que les installations poursuivant des activités prévues à l'annexe I de la directive 2009/29/CE, et qui ne sont intégrées dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre qu'à compter du 1^{er} janvier 2013, « *présentent à l'autorité compétente² des données d'émissions dûment étayées et vérifiées de manière indépendante afin que ces données puissent être prises en considération en vue de l'adaptation de la quantité à délivrer pour l'ensemble de la Communauté* ». Parmi ces nouvelles activités, soumises au système à partir du 1^{er} janvier 2013, citons la production d'aluminium, la production d'ammoniac ou la pétrochimie. La communication de ces données à l'autorité compétente nationale est fixée, par l'article 2, point 10 de la directive, au 30 avril 2010. Cette autorité doit en informer la Commission européenne le 30 juin 2010 au plus tard. En outre, la disposition prévue à l'article premier, point 13, de la directive 2009/29/CE, qui remplace l'article 11, paragraphe 1 de la directive 2003/87/CE, prévoit notamment que chaque Etat membre publie et présente à la Commission, au plus tard le 30 septembre 2011, la liste des installations couvertes par la directive 2009/29/CE sur son territoire. En son article 2, point 1, deuxième paragraphe, la directive 2009/29/CE dispose clairement que les dispositions prévues à « *l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87/CE, tel qu'inséré par l'article 1er, point 10, de la présente directive, et à l'article 11 de la directive 2003/87/CE, tel que modifié par l'article 1er, point 13, de la présente directive* » auraient dû être transposées au plus tard le 31 décembre 2009.

Ainsi, il échet de constater que, d'après l'esprit de la directive 2009/29/CE, les opérateurs et les entreprises se livrant à des activités à intégrer au système communautaire

² Dans le contexte luxembourgeois, il s'agit de l'Administration de l'Environnement.

d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre à compter du 1^{er} janvier 2013, seraient tenus de transmettre, à l'autorité nationale compétente, des « *données d'émissions dûment étayées et vérifiées* » au plus tard le 30 avril 2010. Bien que l'article premier de l'avant-projet de règlement grand-ducal laisse entrevoir une latitude très réduite à cet égard (voir ci-dessous), la Chambre de Commerce ne peut que profondément regretter un tel développement. En effet, il convient de surcroît de relever que les auteurs de l'avant-projet de règlement grand-ducal n'ont pas pris le soin d'inclure, en annexe à leur projet, l'annexe I de la directive 2009/29/CE prévoyant les nouvelles catégories d'activités auxquelles s'applique la directive en question. Les délais accordés aux opérateurs étant déjà en soi incompatibles avec la nécessité de transmettre des données « *dûment étayées et vérifiées* », la non inclusion d'une liste des activités soumises n'augmente guère les possibilités matérielles dont disposent les acteurs concernés afin de procéder à la collecte, à la production et à la vérification de ces données étayées. En l'occurrence, les autorités grand-ducales auraient dû procéder à la rédaction d'un projet de loi ou de règlement grand-ducal³ immédiatement après la publication de la directive 2009/29/CE. Il semble pour le moins inapproprié, voire totalement injustifié, de pénaliser, même involontairement, par des délais manifestement trop écourtés, les opérateurs des installations prévues à l'annexe I de la directive 2009/29/CE suite à ce qu'il pourrait convenir d'appeler de la négligence de la part des autorités en charge de transposer les dispositions communautaires, la transposition arrivant bien tard au regard des délais précités.

Troisièmement et en ligne directe avec les arguments avancés dans les considérations générales, la Chambre de Commerce s'interroge sur l'opportunité du recours, dans le cadre de l'avant-projet de règlement grand-ducal sous avis, à la procédure d'urgence en matière réglementaire. Selon l'exposé des motifs, le « *recours à la procédure d'urgence s'explique par le souci de disposer dans les meilleurs délais d'une réglementation conforme, le Luxembourg étant saisi d'une mise en demeure de la part de la Commission* ». Aux yeux de la Chambre de Commerce, le recours à la procédure d'urgence doit revêtir un caractère tout à fait exceptionnel et les raisons sous-jacentes à son application doivent être dûment expliquées et motivées au cas le cas. La Chambre de Commerce considère à cet égard qu'une carence ou qu'un délai d'attente injustifié de la part des autorités dans le cadre d'une transposition d'une directive européenne ne peuvent en aucun cas justifier à eux seuls l'invocation de la procédure d'urgence. *A contrario*, la procédure d'urgence risquerait d'être dénaturée de sa vocation principale, dans la mesure où le simple fait relatif au dépassement d'un délai de transposition impartit puisse autoriser le pouvoir réglementaire de l'invoquer.

En quatrième lieu, la Chambre de Commerce s'inquiète des carences manifestes en matière de sécurité juridique du fait du recours envisagé à un règlement grand-ducal. En effet, la loi du 23 décembre 2004 a transposé la directive 2003/87/CE en droit luxembourgeois. En son article 1^{er}, cette loi dispose expressément qu'elle s'applique « *aux émissions résultant des activités indiquées à l'annexe I et aux gaz à effet de serre énumérés à l'annexe II* ». Les annexes en question résultent de la transposition fidèle de tableaux annexés à la directive 2003/87/CE et ne comprenant donc pas les activités auxquelles le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre est censé à terme être étendu conformément à la directive 2009/29/CE. La loi du 23 décembre 2004 ne prévoit en aucune façon qu'un règlement grand-ducal puisse étendre les activités visées à son annexe I. Partant, la Chambre de Commerce émet une sérieuse réserve formelle quant à la possibilité donnée au pouvoir réglementaire de faire établir des données « *dûment étayées et vérifiées* » par des exploitants d'installations poursuivant des activités non couvertes par l'annexe I de la loi du 23 décembre 2004. Dans ce contexte, la Chambre de Commerce constate par ailleurs que les modifications envisagées, par le biais de l'inclusion de nouvelles activités par voie réglementaire, limitent la liberté de commerce consacré par l'article 11 de

³ Quant aux aspects de forme, voir, à cet égard, la cinquième considération générale ci-après.

la Constitution qui dispose, en son paragraphe (6), que « *la liberté de commerce et de l'industrie [...] sont garanti[e]s, sauf les restriction à établir par la loi* ».

En dernier lieu, la Chambre de Commerce renvoie au projet de loi portant intégration des activités aériennes dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et modifiant la loi modifiée du 23 décembre 2004, projet qu'elle a avisé le 28 septembre 2009 et dont les dispositions législatives n'ont pas encore, au jour de la rédaction du présent avis, été adoptées. Elle rappelle et souligne que ledit projet de loi est directement inspiré de la directive 2008/101/CE intégrant les activités aériennes internationales dans le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre et dont le délai de transposition a été fixé au 2 février 2010. La Chambre de Commerce constate également, et plus fondamentalement, qu'il s'agit, dans ce cadre précis, non pas d'un projet de règlement grand-ducal, mais bien d'un projet de loi. De fait, elle considère que le projet de loi demeure la forme idoine pour compléter ou modifier la transposition en droit luxembourgeois du cadre communautaire relatif à la réglementation des émissions de gaz à effet de serre et son extension à d'autres secteurs d'activités.

Commentaire des articles

Avant de procéder au commentaire des articles à proprement parler, la Chambre de Commerce tient à préciser qu'elle regrette l'absence d'un commentaire des articles de la part des auteurs de l'avant-projet de règlement grand-ducal sous rubrique.

Concernant l'article premier

Cet article dispose que les exploitants des installations prévues à l'annexe I de la directive 2009/29/CE doivent communiquer au ministre⁴ « *des données d'émissions dûment étayées et vérifiées de manière indépendante [...]* » « *[...] endéans les trente jours qui suivent l'entrée en vigueur du présent règlement* ». Il échet de constater que l'avant-projet de règlement grand-ducal sous avis ne fournit aucune définition de ce que constituent des « données étayées », expression qui n'est d'ailleurs pas reprise au niveau de la loi du 23 décembre 2004 ou dans le cadre de ses règlements grand-ducaux d'exécution. La Chambre de Commerce demande formellement à ce que la nature et l'étendue des données à fournir soient rigoureusement détaillées et que des renvois vers les règlements d'exécution relatifs à la détermination, à la surveillance et à la vérification des émissions soient effectués.

Concernant l'article 2

Alors que l'article premier prévoit que les données doivent être « *communiquées endéans les trente jours qui suivent l'entrée en vigueur du présent règlement* », l'article 2 dispose que « *si les données [...] sont dûment étayées, le ministre en informe la Commission européenne, le 30 juin 2010 au plus tard, aux fins d'adaptation de la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union européenne et de publication des quantités adaptées* ».

La Chambre de Commerce estime que cette formulation peut induire le lecteur en erreur dans la mesure où le fait qu'elle soit introduite par le terme « si », est contredit par l'indication d'une échéance finale fixée au 30 juin 2010. Si les données s'avéraient insuffisamment étayées, le ministre procéderait-il pour autant et néanmoins à l'information de la Commission européenne ?

⁴ Le terme "ministre", dans le contexte de l'avant-projet de règlement grand-ducal sous avis, vise le Ministre du Développement durable et des Infrastructures.

De surcroît, la Chambre de Commerce déduit des deux premiers articles de l'avant-projet de règlement grand-ducal que son adoption doit logiquement intervenir au plus tard le 31 mai 2010, à supposer que les exploitants des installations couvertes par le système d'échange d'émissions de gaz à effet de serre à partir de 2013 puissent, endéans 30 jours, prendre connaissance d'un cadre légal et réglementaire jusqu'à présent non applicable dans leur chef et procéder parallèlement à l'établissement des données « *étayées et vérifiées de manière indépendante* ». Du reste, il ne subsisterait au ministre aucune marge de manœuvre ou possibilité d'agréger et de vérifier les données soumises.

Ainsi, la Chambre de Commerce estime que l'horizon de temps envisagé est rigoureusement trop optimiste. Si la transposition, dont fait l'objet le présent avant-projet de règlement grand-ducal, avait eu lieu immédiatement après l'adoption de la directive 2009/29/CE le 23 avril 2009⁵, les opérateurs concernés auraient disposé d'un laps de temps d'environ neuf mois afin de prendre connaissance du cadre légal et réglementaire et pour transmettre lesdites données étayées et vérifiées de manière indépendante.

La Chambre de Commerce, considérant que le Luxembourg est déjà en violation du délai de transposition imparti - fixé au 31 décembre 2009 au plus tard -, et soucieuse de l'impératif qualitatif des données à transmettre, propose de reporter de plusieurs mois la transmission des données à la Commission et, corrélativement, l'échéance incombant aux exploitants des installations visées par la directive 2009/29/CE. En aucun cas, elle ne saurait approuver une compensation du « temps perdu » en raison de la carence des autorités dans l'exercice de transposition des dispositions concernées par un délai raccourci imparti à ses ressortissants.

Dans ce contexte, la Chambre de Commerce considère en outre que les données « *dûment étayées et vérifiées* » à envoyer à la Commission européenne par le ministre ne doivent pas concerner l'unique exercice 2009, l'impact de la crise économique sur les activités industrielles revêtant une telle importance que les émissions de cette année ne peuvent être considérées comme étant des données représentatives du niveau d'activité usuel.

Concernant l'article 3

S'agissant des émissions des gaz à effet de serre autres que le CO₂, le « *ministre peut notifier une quantité d'émissions plus faible en fonction du potentiel de réduction des émissions desdites installations* ». Dans ce contexte, la Chambre de Commerce s'interroge sur l'adéquation entre l'horizon de temps mis en avant par les articles premier et 2 et la faculté du ministre d'apprécier, en temps utile, le « *potentiel de réduction des émissions desdites installations* ». La Chambre de Commerce milite en faveur d'une approche scientifiquement rigoureuse et prévisible en matière d'encadrement des émissions de gaz à effet de serre. Elle juge donc essentiel de disposer de données qualitativement élevées de la part des opérateurs. Il convient, dans ce contexte, d'éviter que le ministre puisse, de manière unilatérale, remettre en question les données soumises par les exploitants des installations. A titre résiduaire, la Chambre de Commerce estime plus généralement que des données « *dûment étayées et vérifiées de manière indépendante* » ne devraient en principe pas donner lieu à une appréciation négative de la part du ministre. Partant, la Chambre de Commerce propose d'abroger l'article 3.

* * *

⁵ La publication au Journal officiel de l'Union européenne, quant à elle, a eu lieu le 5 juin 2009.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne saurait approuver l'avant-projet de règlement grand-ducal sous rubrique dans sa forme actuelle. Bien qu'elle souscrive à l'impératif du développement durable et à l'encadrement international des émissions de gaz à effet de serre, elle s'interroge notamment sur l'opportunité de procéder par voie réglementaire, tout comme elle juge l'horizon de temps envisagé incompatible avec les possibilités matérielles de ses ressortissants de s'y conformer. En outre, certains concepts phares sous-jacents à l'avant-projet de règlement grand-ducal seront à définir de manière significativement plus rigoureuse dans le projet de loi ou de règlement grand-ducal définitif à soumettre à l'avis de la Chambre de Commerce.

WMR/TSA