CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 72.017/4
du 28 septembre 2022

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon '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 en vue d'établir et de reformer la méthodologie de calcul applicable aux cas de prolongation, d'extension et de nouvelles unités de production'

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

Le 20 juillet 2022, 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 jusqu'au 30 septembre 2022 [*], sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon '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 en vue d'établir et de reformer la méthodologie de calcul applicable aux cas de prolongation, d'extension et de nouvelles unités de production'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 28 septembre 2022. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Julien GAUL, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 septembre 2022.

---

[*] Par courriel du 1er aout 2022.

*

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

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.

OBSERVATION PRÉALABLE

Faute d'une connaissance particulière des aspects d'un haut niveau de technicité qu'envisage le projet, et des données concrètes à prendre en considération, et n'ayant par ailleurs pas la possibilité juridique d'organiser un débat contradictoire à ce sujet, la section de législation ne peut que prendre acte des explications données, sans pouvoir se prononcer de manière tranchée sur la pertinence et l'admissibilité juridique des mécanismes projetés. L'absence d'observation concernant l'une ou l'autre disposition du projet ne signifie pas que celui-ci ne soit ni critiquable ni perfectible au-delà des observations émises dans le présent avis. Dans un tel contexte, le silence gardé par la section de législation sur ces dispositions ne pourrait servir d'élément d'interprétation de l'arrêté en projet.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Le projet contient de nombreuses délégations d'un pouvoir réglementaire à l'« Administration » – notion définie par l'article 2, 50°, du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité' [1] et par l'article 2, 11°*bis* de 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' [2] – ou au « délégué » du ministre, notion qui, comme il faut le supposer, concerne des agents relevant de services soumis au pouvoir hiérarchique du ministre.

Conformément aux articles 20 et 78 de la loi spéciale du 8 aout 1980 'de réformes institutionnelles', le pouvoir réglementaire d'exécution des normes législatives appartient au Gouvernement. La délégation par le Gouvernement de compétences réglementaires à un ministre est admise lorsqu'elle concerne des questions accessoires ou de détail, ce qui suppose que les principes à respecter dans le cadre de la mise en œuvre de pareille délégation ont été préalablement arrêtés par les normes de niveau supérieur. Dès lors et en principe, l'attribution d'un pouvoir réglementaire à des agents de l'administration n'apparait pas admissible. Les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles celles en

[1] Cette disposition définit l'administration comme étant « le département de l'Énergie de la Direction générale de l'Aménagement du Territoire, du Logement, du Patrimoine et de l'Énergie du Ministère de la Région wallonne ».

[2] Cette disposition définit l'administration comme étant « le département de l'Énergie et du Bâtiment durable de la Direction générale opérationnelle Aménagement du Territoire, Logement, Patrimoine et Énergie du Service public de Wallonie ».

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

matière de publication, de contrôle préventif exercé par la section de législation, et de rang dans la hiérarchie des normes, sont en effet alors absentes. Par exception, une pareille attribution est admise lorsqu'elle concerne la détermination de mesures de pure administration ou de nature essentiellement technique, d'une nature telle que leur adoption n'emporte pas d'appréciation politique quant aux options qu'elles contiennent et qui se bornent à mettre en œuvre les principes préalablement arrêtés par les normes de niveau supérieur.

Paraissent critiquables au regard de ces principes, en tant qu'elles portent sur l'octroi de compétences réglementaires, les attributions de compétence suivantes :

– les délégations générales figurant à l'article 15, § 1er*bis*/2, dernier alinéa, à l'article 15*ter*/1, § 7, et à l'article 15*ter*/2, § 8, en projet, qui autorisent le ministre à déléguer tout ou partie des compétences qu'il détient en vertu de ces dispositions et des annexes qui y sont relatives (respectivement les annexes 10, 11 et 12, en projet) [3] ;

– l'habilitation du « délégué » à modifier « en fonction des évolutions observées sur le marché belge » les modalités de calcul retenues pour déterminer les valeurs de référence utilisées pour déterminer la valeur de l'électricité verte produite, « notamment » les indices de marché utilisés et les périodes considérées [4] ;

– l'habilitation du délégué à fixer un plafond pour le taux d'octroi calculé sur dossier, le cas échéant différencié par catégorie d'installation [5].

Peuvent par ailleurs poser question au regard des principes ainsi rappelés les diverses délégations de pouvoirs réglementaires au « délégué » du ministre l'autorisant à fixer, entre autres, les modalités de fourniture des éléments de preuve de la réalisation

[3] Voir, par exemple, le pouvoir du ministre d'arrêter les catégories d'installation ou les catégories de consommateur conformément au point 2 de l'annexe 10, l'habilitation du ministre à modifier, le cas échéant en adoptant des valeurs différentes par filière, le pourcentage de 20 %, figurant à l'article 15*ter*/1, § 2, alinéa 2, en projet, qui est utilisé dans le cadre de l'analyse de l'impact de la nouvelle unité de production d'électricité verte sur la production annuelle d'électricité des unités de production existantes de l'installation (et dont le dépassement, à la baisse ou à la hausse, peut déclencher la procédure de suspension ou de perte des certificats verts conformément au paragraphe 3 de cette disposition) ou encore l'habilitation du ministre à fixer la procédure relative à l'introduction et au traitement des demandes de prolongation figurant à l'article 15*ter*/2, § 2, alinéa 3, en projet.

[4] Voir le point 38 de l'annexe 10 en projet (article 11 du projet) et le point 46 de l'annexe 12 en projet (article 13 du projet).

[5] Voir le point 56 de l'annexe 10, le point 12 de l'annexe 11 et le point 63 de l'annexe 12.

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

d'investissements [6], des valeurs de références [7], des listes de paramètres [8] ou encore des seuils et plafonds [9].

Il résulte de ce qui précède qu'il appartient à l'auteur du projet de s'assurer que les délégations de pouvoirs réglementaires à l'administration figurant au projet répondent aux principes rappelés ci-dessus. À défaut, seul le ministre pourra être chargé de fixer les éléments pour lesquels une délégation à l'administration est envisagée par le projet.

Le projet sera revu à la lumière de cette observation.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Il ressort des avis de l'Inspecteur des Finances du 8 et 13 janvier 2021 que le projet est directement ou indirectement de nature à entrainer des dépenses nouvelles.

Il convient donc de recueillir l'accord du Ministre du Budget conformément à l'article 39, § 1er, 2°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 8 juin 2017 'portant organisation des contrôle et audit internes budgétaires et comptables ainsi que du contrôle administratif et budgétaire des Services du Gouvernement wallon, des services administratifs à comptabilité autonome, des entreprises régionales, des organismes et du Service du Médiateur en Région wallonne et la Commission wallonne pour l'Énergie '.

L'accomplissement de cette formalité sera visé au préambule.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. Il résulte des explications fournies par le délégué du Ministre que l'article 38, § 1er, du décret du 12 avril 2001 constitue le fondement juridique du projet.

Cette disposition sera dès lors visée à l'alinéa 1er.

[6] Voir, par exemple, l'article 15, § 1er*bis*/2, alinéa 8, en projet.

[7] Voir, par exemple, l'article 15*ter*/2, § 5, alinéa 1er, en projet (détermination des valeurs de référence utilisées pour calculer le taux d'octroi de certificats verts applicable aux unités de production d'électricité verte bénéficiant d'une prolongation).

[8] Voir, par exemple, le point 6 de l'annexe 10 en projet (définition des paramètres techniques et économiques qui peuvent avoir pour valeur la valeur propre à l'unité de production pour laquelle le taux d'octroi est calculé).

[9] Voir, par exemple, le point 61 de l'annexe 12 (fixation des seuils et des plafonds pour les paramètres techniques et économiques pour lesquels une valeur propre à l'unité de production peut être retenue en lieu et place des valeurs de référence pour le calcul du taux d'octroi prolongation).

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

2. Comme l'a expliqué le délégué du Ministre, le projet sera notifié à la Commission européenne dans le cadre de l'examen de sa compatibilité avec les règles applicables en matière d'aides d'État, en particulier les lignes directrices de la Commission européenne 'concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022' (2022/C 80/01).

L'accomplissement de cette formalité sera visée au préambule sous la forme d'un visa.

DISPOSITIF

Article 1er nouveau

Dans la mesure où le projet examiné établit et réforme la méthodologie de calcul du taux d'octroi des certificats verts applicable aux cas de prolongation, d'extension et de nouvelles unités de production, le projet transpose l'article 4 ('Régimes d'aide en faveur de l'énergie produite à partir de sources renouvelables') 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' qui, par ailleurs, abroge la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE' que l'arrêté du 30 novembre 2006 entendait partiellement transposer.

Un article 1er nouveau sera dès lors inséré qui précisera que le projet à l'examen assure la transposition partielle de la directive (UE) 2018/2001.

L'auteur du projet vérifiera si le projet n'assure pas en outre la transposition partielle des autres directives (ou celles qu'elles remplacent) qui figurent à l'article 1er de l'arrêté du 30 novembre 2006 et, si tel est le cas, en fera mention dans cet article 1er nouveau.

Article 3

1. Au 5°, *in fine*, l'administration, lorsqu'elle « apprécie » l'existence de « causes externes » justifiant un retard, doit inscrire son action dans les limites de ce qu'autorise cette notion réglementaire et ne peut dénaturer celle-ci. Par ailleurs, lorsqu'elle fait application de cette notion, l'administration doit veiller à traiter l'ensemble des personnes concernées d'une manière conforme au principe d'égalité et de non-discrimination. C'est à la lumière de ces principes que doit être comprise et appliquée la règle selon laquelle « l'appréciation » des causes externes « est laissée à l'Administration ».

La même observation vaut pour l'article 15*ter*/1, § 3, en projet (article 5 du projet).

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

2. Au 6°, comme expliqué par le délégué du Ministre, le Ministre doit reporter en priorité les certificats verts libérés conformément à cette disposition dans une enveloppe de la même filière, ce que la disposition en projet précisera par souci de sécurité juridique.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour le 7°.

3. Au 8°, à l'article 15, § 1er*bis*/2, alinéa 4, en projet, il y a lieu de rappeler qu'il n'est en principe pas admissible que l'adoption d'un acte par une autorité politique soit subordonnée à l'existence d'une proposition de son administration.

En effet, d'une part, pareil dispositif ne tient pas compte de l'autorité hiérarchique exercée par cette autorité sur son administration ni du rôle naturel que celle-ci joue dans l'instruction des dossiers et la préparation des actes de l'autorité et, d'autre part, il en résulte que non seulement l'autorité ne pourrait agir sans être saisie de la proposition mais en outre, en règle, qu'elle ne pourrait s'en écarter quant à son contenu, sauf à solliciter une nouvelle proposition, ce qui n'est pas admissible.

Par conséquent, l'alinéa 4 en projet sera revu afin d'y supprimer le mécanisme de proposition obligatoire de l'administration préalablement à la proposition du ministre. À cet égard, le dispositif serait plus conforme aux principes rappelés ci-dessus s'il se limitait à prévoir que c'est « à la demande du ministre » que l'administration soumet à celui-ci une proposition de nouveaux taux pour le 30 avril de chaque année, en conséquence de quoi la suite du dispositif devrait être adaptée afin d'envisager comme une éventualité l'existence d'une proposition de l'administration.

Par ailleurs, tel qu'il est rédigé l'alinéa 4 en projet permet uniquement au ministre de modifier « à la baisse » les taux d'octroi figurant dans la proposition soumise par l'administration. Selon le délégué du Ministre l'intention est de permettre tant une révision à la baisse qu'à la hausse des taux d'octroi en vue de la consultation organisée par le dispositif. Les mots « à la baisse » seront en conséquence omis dans l'alinéa 4 en projet.

La même observation vaut pour l'article 15*ter*/2, § 7, alinéas 1er et 2, en projet (article 6 du projet).

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

Article 5

Comme l'a confirmé le délégué du Ministre, il faut comprendre par les mots « [à] partir de la date d'entrée en application de la méthodologie de calcul du taux d'octroi visée à l'article 15, paragraphe 1er*bis*/2 », figurant à l'article 15*ter*/1, § 1er, alinéa 1er, en projet, que le régime de l'extension entre en vigueur au même moment que le régime des nouvelles installations visé à l'article 15, § 1er*bis*/2, en projet (article 3, 8°, du projet) [10].

Or, les dispositions qui règlent l'entrée en vigueur doivent en principe figurer à la fin du projet avant l'article d'exécution.

Il convient donc d'omettre les mots précités et, par ailleurs, de préciser, à l'article 15 du projet, que l'article 5 entrera en vigueur à la même date que celle prévue pour l'article 3, 8°, du projet.

L'auteur du projet vérifiera par ailleurs s'il ne serait pas utile, le cas échéant, de prévoir une règle similaire pour les autres dispositions réglant le régime d'aides en projet.

Article 6

1. Au paragraphe 2, alinéa 5, en projet, il est prévu que l'administration se prononce dans un délai de trois mois à compter de la notification au producteur de la complétude de son dossier de demande de prolongation.

La disposition en projet précisera, à titre de sécurité juridique, le délai dans lequel l'administration doit adresser cette notification, sauf dans le cas où l'intention de l'auteur du projet est de permettre au Ministre de fixer ce délai conformément à l'habilitation reprise à l'alinéa 3 de cette disposition.

2. Au paragraphe 5, alinéa 1er, en projet, les mots « adoptée par le Gouvernement » seront remplacés par les mots « prévue à l'annexe 12 ».

Article 8

Les critères énumérés au 3° qui permettent de savoir si une entreprise est en difficulté constituent une simple reproduction des critères figurant dans les lignes directrices 'concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers' (2014/C 249/01, point 20) auxquelles renvoient les lignes directrices 'concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie pour 2022' (2022/C 80/01, point 14).

[10] Et non pas à l'entrée en vigueur de l'arrêté ministériel qui met en œuvre pour la première fois cette méthodologie.

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

La notion de PME figurant à l'article 19, dernier alinéa, 4°, en projet, n'est pas définie par le projet.

Compte tenu du fait qu'elle revêt une signification particulière en l'espèce [11], la portée de cette notion sera précisée dans le projet au regard des lignes directrices précitées.

Article 10

Dans l'intitulé de la dernière partie de l'annexe 5 en projet, les mots « entrée en application » seront, de l'accord du délégué du Ministre, remplacés par les mots « entrée en vigueur ».

Article 11

1. Au point 29, la manière d'évaluer la décote forfaitaire sera précisée.

La même observation vaut pour le point 23 de l'annexe 11 et le point 37 de l'annexe 12.

2. Au point 56, les critères permettant de fixer un plafond pour le taux d'octroi calculé sur dossier, le cas échéant différencié par catégorie d'installation, seront déterminés.

La même observation vaut pour le point 12 de l'annexe 11 et le point 63 de l'annexe 12.

Article 15

Eu égard au fait que l'article 13, § 2, alinéa 3, en projet (article 2 du projet) prévoit que les producteurs visés par le régime d'aides en projet ne doivent pas régulariser leur compte d'octroi de certificats verts qui serait négatif au terme de la période d'octroi, cette disposition fait partie intégrante du régime d'aides en projet.

Il en résulte, à l'alinéa 1er, que les mots « 3 à 7 » seront remplacés par les mots « 2 à 7 ».

[11] La note infrapaginale n° 10 des lignes directrices 2014/C 249/01 précise ainsi : « Aux fins des présentes lignes directrices, les termes 'PME', 'petite entreprise' et 'moyenne entreprise' ont la même signification que celle qui leur est donnée dans la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (JO L 124 du 20.5.2003, p. 36) et, par 'grande entreprise', on entend toute entreprise autre qu'une PME ».

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡

OBSERVATION FINALE

La rédaction du projet sera revue avec attention, en particulier en ce qui concerne les renvois internes opérés [12].

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Martine BAGUET

[12] À titre d'illustration, au paragraphe 6 de l'article 15*ter*/2 en projet (article 6 du projet), le renvoi à l'article 15, § 1er*bis*/2, alinéa 5, sera remplacé par un renvoi au paragraphe 7 de l'article 15*ter*/2, en projet. Au paragraphe 7, dernier alinéa, de cette disposition, les mots « à premier alinéa » seront remplacés par les mots « à l'alinéa 2 ». Dans l'annexe 10 en projet (article 11 du projet), après le point 49, deux paragraphes sont numérotés « 1° » et « 2° », à la place de « 50 » et « 51 », ce qui fausse les renvois internes opérés dans les paragraphes qui suivent (voir, par exemple, les renvois figurant dans les points 55 et 57). Dans l'annexe 11 en projet (article 12 du projet), un problème similaire se pose après le point 10. Au point 64 de l'annexe 12 en projet (article 13 du projet), il sera renvoyé à l'alinéa 3 de l'article 15*ter*/2, § 7, en projet.

‡LW-CIJWPBCEB-HCABHVT‡