

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XV^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 260.840 du 30 septembre 2024

A. 231.043/XV-4467

A. 238.206/XV-5297

En cause :

la société anonyme

ELECTRAWINDS BIOMASSE MOUSCRON,

ayant élu domicile chez

M^{es} Bruno LOMBAERT,

Frederik VANDENDRIESSCHE (A.231.043/XV-4467),

Pieterjan CLAEYS, Julia SIMBA et

Roxane DELFORGE (A.238.206/XV-5297), avocats,

Central Plaza

rue de Loxum 25

1000 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée

par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez

M^{es} Sébastien DEPRE et

Philippe VERNET, avocats,

place Flagey 18

1050 Bruxelles.

I. Objets des requêtes

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 16 juin 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision adoptée le 17 avril 2020 par le service public de Wallonie, de ne pas approuver la triple demande de modification reçue par le service public de Wallonie le 25 novembre 2019 » (A. 231.043/XV-4467).

Par une requête introduite par la voie électronique, le 20 janvier 2023, la partie requérante demande l'annulation de « la décision adoptée le 22 novembre 2022 par le ministre de l'Énergie, Monsieur Philippe Henry, de confirmer la décision du service public de Wallonie adoptée le 17 avril 2020 de ne pas approuver la triple demande de modification reçue par le service public de Wallonie le 25 novembre 2019 » (A. 238.206/XV-5297).

II. Procédure

II.1. Dans l'affaire A. 231.043/XV-4467

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

La partie requérante a introduit une demande d'extension de l'objet du recours à « la décision adoptée par le ministre de l'Énergie, Monsieur Philippe Henry, le 22 novembre 2022 et qui confirme la décision attaquée ainsi [que] ses motifs ».

Par une ordonnance du 15 décembre 2022, M. Anne-Françoise Bolly, présidente, a décidé, afin de préserver le respect du double examen, du contradictoire et celui des droits de la défense, de permettre à l'auditeur de procéder à un examen complémentaire de l'affaire sur le vu de cette demande d'extension de l'objet du recours et aux parties d'y répondre par le biais d'observations complémentaires, dans l'ordre qui sera déterminé par l'auditeur dans ce rapport.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport complémentaire sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire complémentaire.

II.2. Dans l'affaire A. 238.206/XV-5297

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

II.3. Dans les deux affaires

Par une ordonnance du 8 mars 2024, les affaires ont été fixées à l'audience du 16 avril 2024.

M. Marc Joassart, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Roxane Delforge, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Sébastien Depré, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme sauf en ce qui concerne l'indemnité de procédure dans l'affaire A. 231.043/XV-4467.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

1. La requérante exploite une unité de production d'énergie renouvelable, située à Mouscron, qui utilise la biomasse solide (graisses animales) comme matière première.

2. En 2007, la requérante obtient le bénéfice de certificats verts pour une période de 15 ans prenant fin le 31 mai 2022, en application du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

3. Le 28 décembre 2015, la Commission wallonne pour l'Énergie (CWaPE), compétente à l'époque, octroie à la requérante un coefficient économique kECO s'élevant à 1,773. À la suite d'une réclamation, la CWaPE rectifie sa décision

et attribue à la requérante, le 22 avril 2016, un coefficient économique kECO de 1,812.

4. Le 19 novembre 2019, la requérante demande à la partie adverse la modification significative de l'unité de production, la réservation des certificats verts associés et l'actualisation du coefficient économique kECO dont elle bénéficie.

5. Le 19 février 2020, la partie adverse juge la demande de modification significative de la requérante irrecevable.

6. Le 9 mars 2020, les conseils de la requérante contestent l'absence de prise de décision de la partie adverse quant à ses demandes relatives à la réservation de certificats verts et à l'actualisation du coefficient économique kECO et insistent sur la recevabilité et le bien-fondé de la demande relative à la modification significative de l'unité de production.

7. Le 17 avril 2020, la partie adverse répond, d'une part, que la requérante n'avait pas formulé de demande relative à la réservation de certificats verts et à la révision du coefficient économique kECO et, d'autre part, que la demande relative à la modification significative est irrecevable.

Il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire A. 231.043/XV-4467.

8. Le 15 juillet 2022, la requérante introduit la « plainte en réexamen » visée à l'article 42bis/1 du décret du 12 avril 2001, précité, à l'encontre de la décision du 17 avril 2020.

9. Le 7 septembre 2022, le ministre wallon de l'Énergie sollicite un complément d'informations sur les montants réellement investis par la requérante en début de projet.

10. Le 23 septembre 2022, la requérante répond que la valeur nominale des investissements initiaux s'élève à 17.271.091 euros.

11. Le 22 novembre 2022, le ministre wallon de l'Énergie adopte une décision confirmant la décision du 17 avril 2020.

Il s'agit de l'acte attaqué dans l'affaire A. 238.206/XV-5297.

IV. Jonction

L'acte attaqué dans l'affaire A. 238.206/XV-5297 a été adopté à la suite d'une plainte introduite par la requérante contre l'acte attaqué dans l'affaire A. 231.043/XV-4467. Par ailleurs, cette dernière a demandé l'extension de l'objet du recours à cet acte dans cette dernière affaire et l'argumentation relative à la recevabilité dans l'une des affaires est directement liée à celle du premier moyen dans l'autre. Selon une jurisprudence constante, sont connexes des demandes qui sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et les juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui seraient susceptibles d'être inconciliables si les causes étaient jugées séparément, ce qui est le cas en l'espèce.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

Dans son dernier mémoire dans l'affaire A. 231.043/XV-4467, la requérante conteste que l'article 42bis/1 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, lequel prévoit une voie de recours administratif qui doit être exercé dans les deux mois suivant la publication de la décision administrative contestée, puisse constituer une voie de recours devant obligatoirement être exercée avant l'introduction d'un recours au Conseil d'État. Elle précise que cet article autorise explicitement l'utilisation des voies de recours ordinaires, sans que le recours administratif ne soit une condition préalable obligatoire. Cela signifie, selon elle, que le recours en annulation devant le Conseil d'État est une option directement accessible en parallèle ou à la suite du recours administratif.

Elle souligne que la décision attaquée ne devait pas faire l'objet d'une publication, ce qui est une condition prévue par l'article 42bis/1. Elle indique que l'acte attaqué lui a simplement été communiqué par courriel, excluant ainsi la nécessité d'un recours administratif préalable.

Elle soutient également que la partie adverse n'a pas mentionné l'existence de ce recours administratif lors de la notification de la décision, ce qui constitue un manquement aux obligations de l'administration de notifier les voies de recours possibles, conformément à l'article 3, alinéa 1^{er}, 3^o, du décret du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration. Elle estime qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État, ce manquement rend recevable la requête en annulation introduite directement sans passer par un recours administratif.

Dans son dernier mémoire dans la même affaire, la partie adverse invoque la jurisprudence du Conseil d'État pour affirmer que le recours en

annulation est irrecevable si les recours administratifs, notamment ceux prévus par l'article 42bis/1 du décret du 12 avril 2001, n'ont pas été épuisés. Elle allègue que cet article, inséré par le décret du 31 janvier 2019, crée un recours administratif obligatoire avant de pouvoir saisir le Conseil d'État, même si cette disposition mentionne que ce recours s'exerce « sans préjudice des voies de recours ordinaires ». Selon elle, cela ne signifie pas que les parties peuvent omettre le recours administratif pour agir directement devant le Conseil d'État. Au contraire, elle souligne que la jurisprudence du Conseil d'État a jugé que même si l'existence d'une voie de recours administratif n'est pas mentionnée, l'obligation d'introduction préalable de ce recours subsiste néanmoins.

Elle précise également que l'expression « publication » dans l'article 42bis/1 précité sert uniquement à définir le début du délai pour exercer le recours administratif et non à limiter son champ d'application. En outre, elle souligne que les décisions attaquées dans la présente affaire, concernant l'attribution de certificats verts et la détermination d'un coefficient économique, sont exactement de la nature de celles couvertes par l'article 42bis/1.

Elle observe que la décision initiale de l'administration a été reformée à la suite du recours introduit par la requérante, par l'acte attaqué dans l'affaire A. 238.206/XV-5297 qui a remplacé la décision originale. Elle met en exergue le fait que, selon une jurisprudence constante, un recours devant le Conseil d'État perd son objet si la décision attaquée a été remplacée par une nouvelle décision. Ainsi, elle considère que le recours actuel devrait être jugé irrecevable ou, à tout le moins, privé de son objet.

V.2. *Appréciation*

Pour être admissible à introduire un recours en annulation, le requérant doit avoir épuisé les éventuels recours administratifs organisés ouverts à l'encontre de l'acte litigieux. À défaut de quoi, cet acte n'est pas définitif et le recours en annulation devant le Conseil d'État doit se voir opposer l'exception *omisso medio*.

L'article 42bis/1 du décret du 12 avril 2001, précité, inséré par l'article 16 du décret du 31 janvier 2019 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, dispose comme suit :

« Sans préjudice des voies de recours ordinaires, dans le cadre de la promotion des sources d'énergie renouvelables et de la cogénération de qualité, toute partie lésée a le droit de présenter, devant le Ministre, une plainte en réexamen dans les deux mois suivant la publication d'une décision de l'administration.

Cette plainte n'a pas d'effet suspensif, sauf lorsqu'elle est dirigée contre une décision imposant une amende administrative.

Le Ministre statue dans un délai de deux mois à dater de la réception de la plainte ou des compléments d'informations qu'elle a sollicités. À défaut, la décision initiale est confirmée ».

L'exposé des motifs du décret du 31 janvier 2019 précise que l'article 16 précité « instaure une voie de recours contre les décisions de l'administration, décisions prises dans le cadre de ses compétences non régulatrices relatives à la certification des sites de production et à la gestion du marché des certificats verts, et de ses avis spécifiques relatifs aux agréments des organismes de contrôle et aux certificats de garantie d'origine » (projet de décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, commentaires des articles, *Doc.*, Parl. w., 2018-2019, 1247-1, p. 5).

Selon les travaux préparatoires précités, « Les missions non régulatrices transférées [à l'administration] concernent les activités suivantes :

- détermination des conditions et procédures relatives aux certificats de garantie d'origine, label de garantie d'origine, marché des certificats verts et autres mécanismes de soutien à l'électricité verte ;
- traitement de toutes les opérations relatives aux certificats de garantie d'origine et label de garantie d'origine pour l'électricité verte et le gaz issu de renouvelables (art. 36^{quater} du décret électricité et art. 33^{sexies} du décret gaz);
- méthodologie : définition et publication annuelle des émissions de CO₂ de la filière électrique de référence et approbation des coefficients d'émission de CO₂ de chaque filière, Kco₂, Keco, rho ;
- traitement de toutes les opérations relatives au marché des certificats verts : octroi, retour quotas, annulation, gestion de la base de données, opération de type mise en réserve, révisions (semestrielles, annuelles, biennales), contrôle de la liste des paiements ELIA... ;
- établissement de la méthodologie de calcul du soutien à la production octroyé aux installations de production d'électricité à partir de panneaux PV d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW (pour mémoire, ce dispositif est supprimé par le projet de décret programme) ;
- contrôle du respect des dispositions en matière de promotion des SER et de la cogénération de qualité et en matière de promotion des gaz issus de SER ;
- tenue d'une banque de données relatives aux gaz issus de renouvelables ;
- rapport spécifiques sur l'évolution du marché des certificats verts ».

Le recours ainsi prévu à l'article 42^{bis}/1, précité, est un recours administratif organisé en réformation de la décision initiale. La circonstance que le législateur a choisi de faire courir le délai pour introduire une plainte en réexamen à compter de la publication n'implique pas nécessairement que seules les décisions de l'administration qui ont fait l'objet d'une publication soient susceptibles de recours.

Dès lors que la partie requérante a fait le choix, en l'espèce, d'introduire ledit recours, que le ministre compétent s'est saisi de sa plainte introduite le 15

juillet 2022, qu'il a statué sur la base des divers éléments transmis par la partie requérante ainsi que sur la base des données fournies par ses services et qu'il explique en quoi, selon lui, il ne peut réserver une suite favorable à cette plainte, il y a lieu de considérer que la décision du ministre du 22 novembre 2022, attaquée dans l'affaire A. 238.206/XV-5297, s'est substituée à la décision adoptée par son administration le 7 juillet 2020, attaquée dans l'affaire A. 231.043/XV-4467.

En conséquence, le recours dans l'affaire A. 231.043/XV-4467 est irrecevable.

VI. Premier moyen dans l'affaire A. 238.206/XV-5297

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation de l'article 33 de la Constitution, de l'article 42*bis*/1 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir.

La requérante développe un argument selon lequel le ministre de l'Énergie n'est pas compétent pour statuer sur le recours administratif qu'elle a introduit à l'encontre de la décision du service public de Wallonie (SPW) Énergie du 17 avril 2020. Cette décision, qui rejette la triple demande de modification significative de l'unité de production, de réservation des certificats verts associés, et d'actualisation du coefficient économique kECO, n'entre pas, selon elle, dans le cadre des décisions devant faire l'objet d'une publication et qui sont par conséquent susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le ministre en vertu de l'article 42*bis*/1 du décret du 12 avril 2001, précité.

Elle soutient que l'article 42*bis*/1 stipule que le recours administratif peut être introduit seulement contre des décisions de l'administration qui ont été publiées. Elle considère que les décisions telles que celles concernant la gestion des certificats verts et des coefficients économiques kECO, bien qu'elles soient des décisions administratives, ne sont pas soumises à une obligation de publication mais simplement à une communication au producteur et à l'administration, comme le précisent les articles 15*ter* et 15*octies*, § 2, 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.

Elle allègue que la décision de refuser sa demande n'était pas destinée à être publiée et, par conséquent, ne devait pas donner lieu à la procédure de recours

administratif décrite dans l'article 42bis/1. Elle en conclut que le ministre de l'Énergie, en prenant une décision sur un tel recours, a outrepassé ses compétences légales, ce qui rend son intervention illégale.

Elle estime avoir un intérêt manifeste à faire valoir ce moyen, car si le moyen est accueilli et l'acte du ministre est jugé illégal, cela pourrait conduire à l'annulation de la décision du SPW Énergie, obligeant ce dernier à prendre une nouvelle décision conformément aux règles applicables. Cela implique, selon elle, que la correction de l'excès de pouvoir pourrait directement lui être bénéfique en lui permettant potentiellement de recevoir une décision favorable à sa demande initiale.

Dans son mémoire en réplique, elle allègue que les décisions prises en vertu de l'article 15ter de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 précité, ne relèvent pas du champ d'application de l'article 42bis/1 du décret du 12 avril 2001, car cet article concerne uniquement les décisions publiées. Elle souligne que la partie adverse ne conteste pas l'absence de publication de ces décisions. La requérante rejette l'interprétation de la partie adverse, selon laquelle le terme « publication » se rapporte uniquement au point de départ du délai de deux mois pour formuler une plainte, et non au champ d'application de cette disposition, la qualifiant de pétition de principe sans fondement sérieux. Elle ajoute que la partie adverse ne fournit pas d'explication sur la manière dont l'article 42bis/1 pourrait s'appliquer alors que le point de départ du délai pour introduire une plainte n'est manifestement pas pertinent dans le cas de la décision attaquée.

Dans son dernier mémoire, elle conteste l'interprétation de l'article 42bis/1 selon laquelle les décisions non publiées pourraient faire l'objet d'une plainte en réexamen, soulignant l'impossibilité de calculer le délai de recours contre une décision non publiée. Elle argue qu'une décision non publiée ne peut pas entrer dans le champ d'application de ladite disposition, car le délai de recours ne peut commencer à courir en l'absence de publication. Selon elle, le champ d'application de l'article 42bis/1 et le point de départ du délai sont nécessairement liés. Elle en déduit que la décision attaquée, non publiée, ne tombe pas sous le champ d'application de l'article 42bis/1.

VI.2. Appréciation

Ainsi qu'il a déjà été exposé à l'occasion de l'examen de la recevabilité, l'article 42bis/1 attribue un pouvoir de réformation au ministre de l'Énergie dans le cadre d'une plainte en réexamen qui peut être introduite contre toutes les « décisions prises dans le cadre de ses compétences non réglementaires relatives à la certification des sites de production et à la gestion du marché des certificats verts ». Il n'est pas

contesté que l'acte constitue bien une telle décision même s'il n'a pas fait l'objet d'une publication.

La circonstance que l'absence de publication implique qu'une telle plainte peut être introduite sans limitation de délai n'est pas de nature à causer grief à la requérante.

Le premier moyen n'est pas fondé.

VII. Deuxième moyen dans l'affaire A. 238.206/XV-5297

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation de l'article 15^{ter}, § 1^{er}, 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, du principe de sécurité juridique, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de confiance légitime, du devoir de minutie et du principe selon lequel une autorité administrative doit faire reposer ses appréciations sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation.

La requérante indique qu'elle a réalisé un investissement significatif de 890.000 euros dans son unité de production, ce qui, selon elle, correspond à une modification significative au sens de l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, précité. Elle rappelle que cet article stipule que les modifications significatives incluent les investissements qui représentent au moins 50 % de l'investissement initial. Elle souligne que les décisions antérieures de la CWaPE, qui régule le secteur, avaient évalué l'investissement initial à zéro euro. Elle s'appuie sur cette évaluation pour justifier que son investissement de 890.000 euros dépasse largement les 50 % requis pour être considéré comme une modification significative. Elle critique l'appréciation discrétionnaire de la partie adverse selon laquelle l'investissement initial était d'environ 16 millions d'euros, une somme qu'elle considère comme étant non justifiée et arbitrairement élevée. Elle voit dans cette estimation une erreur manifeste d'appréciation qui viole les principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Elle allègue que les évaluations antérieures de la CWaPE ont créé une base de confiance légitime sur laquelle elle s'est appuyée pour ses décisions d'investissement. Elle critique ce changement soudain dans l'évaluation de l'investissement initial qu'elle perçoit comme une rupture de sa confiance légitime, sans aucune justification d'intérêt général valable. Elle considère que si ce moyen est jugé fondé, cela confirmera que l'investissement satisfait aux critères de

modification significative, lui permettant ainsi de bénéficier d'une nouvelle durée d'octroi de certificats verts pour 15 ans. Selon elle, cela aurait des implications non seulement pour la viabilité financière de son unité de production mais également pour l'application cohérente et prévisible des règlements dans le secteur de l'énergie renouvelable.

Dans son mémoire en réplique, elle relève que dans les décisions relatives au coefficient kECO adoptées par la CWaPE en 2015 et 2016, la partie adverse a évalué son investissement initial à zéro sans justification claire, renvoyant seulement à des tableaux de valeurs. Elle souligne qu'elle n'a pu déterminer cette valeur qu'avec l'aide d'un expert. Elle soutient que la notion d'investissement est identique dans les articles 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, (modification significative) et 15^{octies}, § 2, (mesure « sauvetage biomasse ») de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, précité. Elle estime que la partie adverse ne démontre pas pourquoi cette notion serait sujette à interprétation alors que ces articles poursuivent les mêmes objectifs de soutien à la production d'énergie renouvelable et de rentabilité des unités de production. Elle constate que la partie adverse ne précise pas en quoi la notion d'« investissement initial » pourrait diverger entre les deux mécanismes.

Selon elle, étant donné que la partie adverse a évalué à deux reprises son investissement initial à zéro, elle aurait dû maintenir cette évaluation lors de l'examen de la demande de certificats verts pour « modification significative » en vertu de l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, conformément au principe de confiance légitime. Elle considère que la violation de ce principe ne réside pas dans un manque de communication sur la formule appliquée, mais dans les valeurs retenues par la partie adverse. Elle précise qu'elle n'a pas introduit de recours sur le fondement de l'article 50^{ter} du décret du 12 avril 2001 car elle continuait à dialoguer avec la partie adverse pour trouver une solution.

Dans son dernier mémoire, elle insiste sur le fait que même si les articles 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, et 15^{octies}, § 2, concernent deux mécanismes distincts, ils poursuivent un objectif commun : soutenir la production d'énergie renouvelable et assurer la rentabilité des unités de production. Elle indique que l'article 37, § 1^{er}, du décret wallon du 12 avril 2001, précité, établit un système de certificats verts pour encourager la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables. Elle estime que les deux mécanismes nécessitent la prise en compte de l'investissement initial conformément à la législation pour les raisons suivantes :

- l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, définit une modification significative comme un investissement d'au moins 50 % de l'investissement initial, établi sur la base de coûts standards publiés par l'administration ;

- l'article 15octies, § 2, permet une majoration du coefficient kECO pour atteindre la rentabilité de référence fixée à l'annexe 7 de l'arrêté du 30 novembre 2006 précité.

Elle constate que l'annexe 7 de cet arrêté fixe un taux de rentabilité interne (TRI) de 9 % pour les installations de biomasse, nécessitant la comptabilisation du coût de l'investissement initial. Selon elle, le TRI est un équilibre entre un investissement initial et les flux de trésorerie futurs et la méthode de la CWaPE, omettant l'investissement initial, est absurde car elle revient à calculer un intérêt sur un montant investi nul. Elle estime que seule une interprétation prenant en compte l'investissement initial est correcte. Elle allègue que la notion d'investissement dans les articles 15ter et 15octies doit être définie de manière identique, conformément au principe de sécurité juridique. Elle considère que l'investissement de 890.000 euros constitue une modification significative, équivalant à au moins 50 % de son investissement initial évalué à zéro.

VII.2. Appréciation

L'article 15ter, § 1^{er}, 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, dispose comme suit :

- « Les unités de production d'électricité verte ayant fait l'objet d'une modification significative au plus tard le 31 décembre 2019 peuvent se voir attribuer des certificats verts pour une nouvelle durée d'octroi visée à l'annexe 5 selon la filière de production, conformément aux dispositions du présent article pour autant que ces installations soient couvertes par les autorisations requises.

Par modification significative, on entend l'une des modifications suivantes :

- 1° une modification entraînant une amélioration du gain annuel en CO₂ d'au moins 20 %, obtenue soit par l'augmentation du taux d'économie de CO₂, soit par l'augmentation de la production électrique découlant d'une augmentation de la puissance électrique nette développable soit d'une modification technologique innovante. L'administration vérifie que l'amélioration du gain annuel de CO₂ trouve son origine dans une des trois causes précitées ;
- 2° le remplacement complet du groupe électrogène arrivé en fin de vie technique dont la durée est calculée et publiée par l'administration. On entend par "groupe électrogène" l'ensemble constitué, d'une part, du moteur ou de la turbine et, d'autre part, de la génératrice d'électricité, organes de régulation et de commande inclus. Sont exclus, notamment, de cette notion, les éléments tels que les chaudières, les gazogènes et les digesteurs ;
- 3° une modification entraînant un investissement dans l'unité de production pour un montant au moins équivalent à 50 % de l'investissement initial, celui-ci étant établi conventionnellement sur la base de coûts d'investissements standards calculés et publiés par l'administration.

Ceux-ci sont actualisés tous les trois ans. Sont exclus de ces coûts ceux relatifs aux investissements non directement liés à la génération d'électricité et, notamment, ceux relatifs aux politiques de gestion des déchets, de l'eau et des voies navigables.

Le producteur introduit son dossier à l'administration, qui vérifie si les modifications envisagées ou réalisées correspondent effectivement à une modification significative au sens de l'alinéa 2. L'administration se prononce dans un délai de trois mois à compter du dépôt de la demande. Le dossier peut être introduit avant ou après le(s) investissement(s).

En cas d'introduction du dossier préalablement à l'investissement, la reconnaissance du caractère significatif de la modification est conditionnée au fait que les investissements prévus et acceptés par l'administration aient été réalisés. La modification significative prend effet dès l'adaptation du certificat de garantie d'origine constatant la réalisation de la modification significative de l'unité de production telle qu'acceptée par l'administration.

Pour les investissements au moins équivalents à 45 % et inférieurs à 50 % de l'investissement initial, sur la base de coûts d'investissements standards calculés et publiés périodiquement par l'administration, l'administration peut, à la demande du producteur, accorder le caractère de modification significative à l'unité de production ayant fait l'objet d'investissements, sur la base d'une analyse démontrant que les coûts réels d'investissements sont différents des coûts d'investissements standards tels que publiés par l'administration.

Le calcul des certificats verts attribués à l'installation modifiée se fait selon la formule suivante :

Certificats octroyés = $E_{\text{enp}} \times k_{\text{CO2}} \times k_{\text{ECO}}$

Où

1° E_{enp} = électricité nette produite exprimée en MWh ;

2° k_{CO2} = coefficient de performance réelle CO2 du projet envisagé calculé conformément à l'arrêté ministériel du 12 mars 2007 déterminant les procédures et le Code de comptage de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération ;

3° k_{ECO} = coefficient économique déterminé par l'administration, sur la base du dossier introduit par le producteur et selon la méthodologie définie par l'administration telle que publiée sur son site internet, de manière à garantir un niveau de rentabilité de référence déterminé à l'annexe 7 du présent arrêté ;

4° le résultat du produit de " $k_{\text{CO2}} \times k_{\text{ECO}}$ " ne peut excéder le plafond fixé par l'article 38, § 6bis, du décret.

L'attribution des certificats verts pour une nouvelle période de dix ou de quinze ans ne peut intervenir qu'après la notification à l'administration de l'adaptation du certificat de garantie d'origine constatant la réalisation de la modification significative ».

Cette disposition concerne les demandes de prolongation, au-delà de la période initiale de 15 ans, des certificats verts délivrés aux producteurs d'électricité verte, dont ceux qui, comme la requérante, utilisent la filière biocombustible solide (graisse animale). Les critères pour autoriser la prolongation de la durée d'octroi des certificats verts en raison d'une modification significative ne prennent pas en compte le coefficient k_{ECO} , ce dernier n'intervenant qu'une fois la décision de prolongation prise, pour calculer le nombre de certificats verts.

L'article 15octies, § 2, du même arrêté dispose comme suit :

« Les producteurs à partir d'installations d'électricité produite à partir de la biométhanisation agricole et les producteurs à partir d'installations d'électricité produite à partir de biomasse solide bénéficiant de certificats verts sur la base du

régime de certificats verts applicable avant le 1^{er} juillet 2014, peuvent, sous réserve de l'alinéa 2, introduire un dossier à l'administration jusqu'au 31 décembre 2019 en vue de bénéficier d'un coefficient kECO correspondant à la rentabilité de référence visée à l'annexe 7 dans la limite maximale de 3 certificats verts par MWh. Cette mesure s'applique également aux producteurs à partir d'installations d'électricité produite à partir de la biométhanisation agricole et aux producteurs à partir d'installations d'électricité produite à partir de biomasse solide dont le permis définitif a été délivré avant le 1^{er} juillet 2014.

Pour être éligibles, les producteurs visés à l'alinéa 1^{er} doivent introduire un dossier afin de démontrer qu'ils n'atteignent pas la rentabilité de référence au regard du régime de soutien dont ils bénéficient.

Si l'administration constate l'absence de rentabilité suffisante de l'installation visée à l'alinéa 2, elle autorise le changement de régime d'octroi des certificats verts et détermine, dans la limite d'une enveloppe globale de 155.500 certificats verts par an pour les producteurs à partir d'installations d'électricité produite à partir de la biométhanisation agricole et d'une enveloppe globale de 650.000 certificats verts par an pour les producteurs à partir d'installations d'électricité produite à partir de biomasse solide, pour le solde des années d'octroi de certificats verts restantes à courir le nouveau coefficient kECO, celui-ci étant applicable au moment de la communication du dossier visé aux alinéas 1^{er} et 2.

L'administration communique sa décision au producteur dans les 45 jours de la réception du dossier visé à l'alinéa 2. Le nouveau coefficient kECO fixé par l'administration, conformément à l'alinéa 3, prend effet le jour suivant la communication de sa décision par l'administration. L'administration détermine les modalités et la procédure d'introduction des dossiers visée à l'alinéa 1^{er}.

Pour les installations dont la puissance installée est supérieure à 1,5 MW, si l'administration constate, sur base annuelle, une augmentation de plus d'1 point de pourcentage entre la rentabilité de l'installation obtenue en raison de l'application du coefficient kECO en vigueur et la rentabilité de référence visée à l'annexe 7, la valeur du coefficient kECO est révisée à nouveau par l'administration afin de maintenir la rentabilité de l'installation au niveau de référence visé à l'annexe 7.

Pour les installations dont la puissance installée est inférieure ou égale à 1,5 MW, si l'administration constate, sur base triennale, une augmentation de plus d'1 point de pourcentage entre la rentabilité de l'installation obtenue en raison de l'application du coefficient kECO en vigueur et la rentabilité de référence visée à l'annexe 7, la valeur du coefficient kECO est révisée à nouveau par l'administration afin de maintenir la rentabilité de l'installation au niveau de référence visé à l'annexe 7 ».

Cette disposition concerne donc les producteurs « à partir d'installations d'électricité produite à partir de biomasse solide » qui demandent, au cours de la période initiale de 15 ans et jusqu'au terme de celle-ci, la modification du coefficient kECO qu'ils ont obtenu, ce coefficient étant une des données entrant en compte pour calculer le nombre de certificats verts à délivrer.

Ces deux dispositions règlent donc des hypothèses fondamentalement différentes et seule la première fait référence à la notion d' « investissement initial ».

Dans sa demande, la partie requérante a expressément indiqué que sa « société a investi 16.255.676 € en 2006 ».

Dans l'acte attaqué, la partie adverse indique qu'à défaut d'un nombre suffisant d'installations de production électrique au départ de biomasse solide, des valeurs de référence pour l'investissement initial au sens de l'article 15^{ter} de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, précité, n'ont pu être établies, de sorte que « ce sont les “caractéristiques technico-économiques effectives de l'installation”, c'est-à-dire pour les investissements les montants réellement investis au début du projet en valeur absolue, qu'il convient d'utiliser ». Cette manière de procéder n'est pas critiquée en soi par la requérante, qui porte sa critique exclusivement sur la circonstance qu'à deux reprises, sur la base de l'article 15^{octies} de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, la partie adverse aurait estimé son investissement initial à zéro euro.

Dès lors, le calcul établi par la partie adverse, qui consiste à diviser le montant de l'investissement projeté déclaré par la requérante (890.000 euros) par celui de l'investissement initial également déclaré par la requérante elle-même (16.255.676 euros), pour aboutir à un ratio inférieur à 50 %, ne viole pas l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéas 1^{er}, et 2, 3^o, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, et ne constitue pas une erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, il ne peut y avoir de revirement d'attitude de la part de la partie adverse, les décisions prises par la CWaPE les 18 décembre 2015 et 22 avril 2016 étant fondées sur une disposition de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 (l'article 15^{octies}) dont le contenu et l'objectif sont en tous points différents de ceux de l'article 15^{ter} du même arrêté dès lors qu'elle ne se fonde pas sur la notion d'investissement initial.

Le deuxième moyen n'est pas fondé.

VIII. Troisième moyen dans l'affaire A. 238.206/XV-5297

VIII.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10, 11 et 159 de la Constitution et de l'inconstitutionnalité de l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o, 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 qui constitue le fondement réglementaire de l'acte attaqué.

La requérante rappelle que l'article 15^{ter}, dont le texte a été remplacé par l'article 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 11 avril 2019, stipule que les unités de production d'électricité verte ayant subi une modification significative avant le 31 décembre 2019 peuvent prétendre à une nouvelle période d'octroi de certificats verts et qu'une « modification significative » est définie, entre autres, comme un investissement équivalant à au moins 50 % de l'investissement initial.

Elle souligne que cette disposition crée une inégalité entre les unités de production puisque celles qui ont réalisé un investissement équivalent à au moins 50 % de l'investissement initial bénéficient d'une nouvelle période d'octroi de certificats verts, tandis que celles qui n'atteignent pas ce seuil en sont exclues, même si elles ont engagé des dépenses significatives améliorant leur performance ou leur impact environnemental.

Selon elle, les deux catégories d'unités sont dans des situations comparables puisqu'elles investissent toutes dans la modernisation ou l'amélioration de leurs installations pour produire de l'énergie verte. Elle juge la distinction basée uniquement sur le pourcentage de l'investissement initial non pertinente et disproportionnée par rapport à l'objectif de soutien à l'énergie verte.

Elle considère que le seuil des 50 % peut avantager indûment les unités ayant eu un faible investissement initial, pour lesquelles atteindre ce seuil est relativement plus facile et qu'inversement, cette condition désavantage les unités ayant réalisé des investissements initiaux élevés, car elles doivent mobiliser des sommes considérablement plus importantes pour bénéficier de la même aide.

Elle allègue que cette mesure, bien qu'ayant pour but de promouvoir l'énergie verte, est appliquée de manière arbitraire et non proportionnelle. Selon elle, la fixation du seuil à 50 % ne tient pas compte de la capacité financière ou des besoins réels des unités de production, ce qui peut conduire à des situations absurdes où des unités moins performantes ou moins durables bénéficient d'une aide plus facilement que celles ayant investi dans des technologies avancées.

Elle estime que cette condition viole les articles 10 et 11 de la Constitution belge qui garantissent l'égalité devant la loi et la non-discrimination. Elle invoque l'article 159 de la Constitution, qui permet au juge d'écarter l'application d'un règlement contraire à la Constitution. Elle estime que si ce moyen est jugé fondé, cela pourrait conduire à l'annulation de l'acte attaqué et forcer la partie adverse à prendre une nouvelle décision qui ne serait pas basée sur une interprétation discriminatoire de l'article 15^{ter}.

Dans son mémoire en réplique, elle allègue qu'un investissement inférieur à 50 % peut améliorer les performances ou l'efficacité de l'unité de production, dépendant de l'affectation des fonds. Selon elle, des investissements de 50 % n'améliorent pas nécessairement les performances s'ils sont réalisés dans des paramètres ayant un faible impact, tandis que des investissements inférieurs bien ciblés peuvent le faire. Elle estime que la mesure devrait évaluer l'investissement sur un critère qualitatif, non quantitatif et cette mesure est donc inadéquate. Elle met en exergue le fait que la partie adverse admet que remplacer un moteur par un autre de même performance respecte le critère si le coût dépasse 50 %. Elle soutient que son investissement peut améliorer substantiellement les performances, avec un rendement initial de 42,68 %, pouvant atteindre 50,12 % au maximum, soit une amélioration de 7,44 % et que cette augmentation significative n'est pas appréciée selon les autres critères de l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2. Elle relève que les personnes ayant réalisé un investissement de 50 % bénéficient d'une présomption d'amélioration d'efficacité, plaçant ceux ayant réalisé un investissement initial substantiel dans une position désavantageuse et que cette mesure est disproportionnée et non nécessaire. Elle fait valoir que la partie adverse entend comparer des situations qui sont objectivement incomparables, négligeant les producteurs ayant fait un investissement initial substantiel qui modifient leur installation sans atteindre un coût de 50 %. Elle conclut que l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, 3°, assure un volume équivalent de certificats verts indépendamment de l'investissement, sans garantir une amélioration de performance ou une aide proportionnée aux difficultés de rentabilité.

Dans son dernier mémoire, elle ne revient plus sur ce moyen.

VIII.2. Appréciation

Lus en combinaison, les articles 10 et 11 de la Constitution énoncent le principe d'égalité et de non-discrimination. Ce principe n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure critiquée, sont essentiellement différentes.

L'examen de la compatibilité d'une disposition législative avec le principe d'égalité et de non-discrimination suppose dès lors notamment l'identification précise de deux catégories de personnes qui font l'objet d'un traitement différent ou d'un traitement identique.

En l'espèce, la requérante soutient que les deux catégories de producteurs qu'elle vise, à savoir, ceux qui engagent un investissement initial faible et ceux qui engagent un investissement initial élevé, se trouvent dans des situations comparables, mais sont traitées de manière distincte et que cette distinction n'est pas pertinente, adéquate et proportionnelle puisque les premiers atteindront plus facilement le seuil de 50 % que les seconds.

La critique selon laquelle l'article 15ter, § 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, précité, ne prend en considération qu'un critère quantitatif pour accorder une prolongation des certificats verts se fonde sur un postulat erroné puisque le bénéfice de cette mesure peut également être obtenu pour une modification entraînant une amélioration du gain annuel en CO₂ d'au moins 20 %, obtenue soit par l'augmentation du taux d'économie de CO₂, soit par l'augmentation de la production électrique découlant d'une augmentation de la puissance électrique nette développable soit par une modification technologique innovante.

Par ailleurs, selon la même disposition, en cas d'investissements au moins équivalents à 45 % et inférieurs à 50 % de l'investissement initial, sur la base de coûts d'investissements standards calculés et publiés périodiquement par l'administration, celle-ci peut, à la demande du producteur, accorder le caractère de modification significative à l'unité de production ayant fait l'objet d'investissements, sur la base d'une analyse démontrant que les coûts réels d'investissements sont différents des coûts d'investissements standards tels que publiés par l'administration.

En estimant qu'en dehors de ces hypothèses et de celle du remplacement complet du groupe électrogène arrivé en fin de vie technique, seule une modification entraînant un investissement dans l'unité de production pour un montant au moins équivalent à 50 % de l'investissement initial peut entraîner l'attribution de certificats verts pour une nouvelle durée d'octroi, la partie adverse a pris une mesure qui est fondée sur un élément objectif et qui est raisonnablement justifiée au regard de l'objectif d'établir un équilibre entre le soutien aux producteurs d'énergies renouvelables et la nécessité de préserver les deniers publics.

Le troisième moyen n'est pas fondé.

IX. Quatrième moyen

IX.1. Thèse de la partie requérante

Le quatrième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 15^{ter}, § 1^{er}, 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.

La requérante estime avoir fait l'objet d'un traitement inéquitable en comparaison avec un autre acteur de l'industrie, ERDA. Elle soutient que cette société a été reconnue pour un investissement de 4767,87 €/kWe, considéré supérieur à 50 % de l'investissement initial, lui permettant ainsi de bénéficier de certificats verts prolongés. Elle fait valoir que bien qu'ayant effectué un investissement comparable en termes de pourcentage de l'investissement initial à celui de cette société, elle ne s'est pas vu appliquer le même traitement parce que l'administration a évalué son dossier en ne se fondant pas sur le montant investi divisé par la puissance installée, soit en euros par kilowatt électrique (€/kWe) mais bien sur le montant total en euros, ce qui a conduit à un refus de la prolongation des certificats verts. Elle y voit une discrimination puisque dans le cas de la société ERDA, l'administration a utilisé le calcul €/kWe pour évaluer la proportionnalité de l'investissement par rapport à l'installation initiale alors que pour elle, l'administration a calculé l'investissement en totalité sans prendre en compte le rapport €/kWe, ce qui a mené à une appréciation différente et défavorable. Elle en déduit que l'appréciation des investissements et des augmentations de capacité d'ERDA par rapport aux siens montrent des disparités significatives dans le traitement des dossiers. Elle en veut pour preuve que les montants investis par ERDA n'atteignent pas réellement 50 % de l'investissement initial selon les détails financiers publiés, ce qui ne l'a pas empêchée de bénéficier de la mesure de prolongation, contrairement à elle. Elle considère qu'il s'agit d'une application arbitraire des règles, potentiellement discriminatoire, qui pourrait miner la confiance des opérateurs économiques dans l'administration et ses processus. Elle soutient que cette différence de traitement entre des situations comparables viole les principes d'égalité et de non-discrimination garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle considère que la reconnaissance du fondement de ce moyen pourrait conduire à l'annulation de la décision actuelle et nécessiter une réévaluation de la demande de la partie requérante, alignée sur le traitement accordé à ERDA.

Dans son mémoire en réplique, elle indique que les arguments de la partie adverse ne remettent pas en cause le fait que, selon ERDA, le calcul du coefficient kECO se base sur le rapport €/kWe. Selon elle, la partie adverse aurait dû lui appliquer la même règle et accepter sa demande de modification significative.

Elle estime qu'en lui appliquant une méthodologie différente, la partie adverse la discrimine.

Elle ajoute que l'acte attaqué ne prend pas en compte le montant total investi par ERDA ni le fait que l'exploitant modifie ses installations en termes de puissance totale plutôt qu'en efficacité. Selon elle, ce changement signifie que l'installation en question n'est pas une modification de l'installation existante, mais une nouvelle installation. Elle souligne que l'article 15^{ter} de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 précité concerne les modifications d'une unité de production existante et non les nouveaux investissements.

Dans son dernier mémoire, elle affirme que son grief demeure pertinent, car la méthodologie de calcul du coefficient kECO pour ERDA et pour elle-même diffère, sans que la partie adverse ne justifie cette différence de traitement de manière compréhensible.

IX.2. Appréciation

La motivation de l'acte attaqué indique ce qui suit :

« Vous invoquez un troisième grief à propos d'un traitement discriminatoire dont EBM ferait l'objet (plainte, pp. 16-17). Cette discrimination ressortirait de la décision 2020/010779 du 14 juillet 2020 de l'administration concernant la demande de reconnaissance d'une modification significative introduite par l'entreprise ERDA.

Ce grief m'apparaît singulier puisqu'EBM semble faire reproche à l'administration de ne pas avoir motivé la décision la concernant, au regard d'une autre décision qui n'existait pas encore à cet instant.

Je constate, quoi qu'il en soit, que les arguments que vous avancez dans votre plainte reposent sur des données manifestement incorrectes et des calculs méthodologiquement erronés, de sorte qu'aucune discrimination ne pourrait être établie sur une telle base.

Les données et paramètres de calcul utilisés par l'administration dans le cadre de l'appréciation de la demande de l'entreprise ERDA sont repris dans l'annexe confidentielle à la décision 2020/010779 du 14 juillet 2020 et le fichier de calcul (Excel) confidentiel du producteur, tel que vérifié et corrigé par l'administration. Ces deux documents ne sont pas accessibles à EBM. Ils contiennent, en effet, des secrets d'affaires et des données technico-économiques propres à l'entreprise ERDA, qu'elle a fournies à titre confidentiel dans le cadre de son dossier de demande. Ces données concernent, notamment, les investissements et charges opérationnelles planifiés, de même que les projections de revenus escomptés par le producteur au cours de la nouvelle période de soutien.

Le dossier de demande soumis par l'entreprise ERDA prévoit un étalement des investissements sur plusieurs années. L'investissement de 4 millions d'euros que vous invoquez sur la base de chiffres issus des comptes publiés pour la seule année 2021 n'est donc pas pertinent pour établir une quelconque différence de traitement.

L'entreprise ERDA a consenti un investissement initial de l'ordre de 30-40 millions d'euros au cours de la première période de soutien. L'investissement projeté dans le cadre de la demande de reconnaissance d'une modification significative est d'un montant substantiel, en valeur absolue, comparativement au montant de son investissement initial, de sorte que la condition prévue à l'article 15ter, § 1^{er}, al. 2, 3°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 d'un nouvel investissement "au moins équivalent à 50% de l'investissement initial" est bien remplie dans le chef d'ERDA. Cette condition n'étant pas remplie dans le chef d'EBM comme exposé en réponse à votre premier grief, aucune discrimination ne pourrait être établie sur cette base.

Pour le surplus, les critiques que vous formulez à propos de la méthode de calcul prétendument différente que l'administration aurait utilisée dans les deux cas traduisent une incompréhension du mécanisme de reconnaissance d'une modification significative.

Comme mentionné ci-dessus, ce sont les valeurs de référence reprises dans la communication CD-14j24-CWaPE de la CWaPE du 31 octobre 2014 qu'il convient d'utiliser.

S'agissant de la filière de biocombustible solide (graisse animale) à laquelle l'installation d'EBM appartient, la Section 11 de la communication du 31 octobre 2014 précise qu'aucune valeur de référence n'a pu être établie. Par conséquent, à défaut de valeurs de référence, ce sont les "caractéristiques technico-économiques effectives de l'installation", c'est-à-dire pour les investissements les montants réellement investis au début du projet en valeur absolue, qu'il convient d'utiliser. Comme exposé ci-dessus, l'investissement projeté par EBM n'atteint pas le seuil de 50% de l'investissement initial.

S'agissant de la filière de biogaz dans laquelle l'installation d'ERDA a été classée, la Section 9 de la communication du 31 octobre 2014 établit une valeur de référence de 4.900 euros/kWe pour les investissements dans des sites dont la puissance est supérieure à 1.500 kWe. L'administration a utilisé cette valeur de référence. Elle a, ensuite, comparé la valeur de l'investissement projeté dans le cadre de la demande de reconnaissance d'une modification significative au regard de la puissance totale modifiée, à la valeur de référence de l'investissement initial (4.900 euros/kWe) applicable pour la puissance concernée. Il en est ressorti que l'investissement projeté représentait un pourcentage nettement supérieur au seuil de 50% de l'investissement initial à la valeur de référence, fixé à l'article 15ter, § 1^{er}, al. 2, 3°, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006. Il n'en ressort aucune différence de traitement.

J'ajoute encore que, même si la valeur réelle de l'investissement initial d'EBM pouvait servir de valeur de référence pour les investissements dans cette filière et être utilisée dans un calcul en euros par unité de puissance installée (*quod non*), le seuil de 50% ne serait toujours pas atteint. Votre calcul est méthodologiquement erroné puisque vous comparez l'investissement projeté dans le cadre de la demande de reconnaissance d'une modification significative d'EBM au regard de la puissance ajoutée uniquement et non pas au regard de la puissance totale de l'installation après modification significative.

Comme exposé, vous avancez un nouvel investissement de 890.000 euros pour une puissance installée après modification significative de 17,51 MWe (réponse du 23 septembre 2022), soit 50,83 euros/kWe.

Ceci est à comparer à l'investissement initial de 17.271.091 euros, pour une puissance alors installée de 17,51 MWe, soit 986,36 euros/kWe comme vous l'indiquez dans votre réponse du 23 septembre 2022. Le ratio serait alors de 5,15%, ce qui est bien en-deçà du seuil de 50% fixé l'article 15ter, § 1^{er}, al. 2, 3°,

de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006. Aucune différence de traitement n'existe en l'espèce.

Vous soutenez enfin que l'administration aurait dû utiliser la valeur de référence de 3.900 euros/kWe, au lieu des 4.900. Je peine à comprendre le sens de cette remarque. La valeur de 3.900 euros/kWe que vous invoquez est tirée d'un "proposition" de communication publié par la CWaPE en préparation de ce qui est devenu la communication de la CWaPE du 31 octobre 2014. Cette valeur n'a pas été reprise dans celle-ci. La valeur de 3.900 euros/kWe n'est donc pas applicable.

Quoi qu'il en soit, l'administration a procédé à la vérification de la condition des 50% fixée à l'article 15ter, § 1^{er}, al. 2, 3^o, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, dans le chef de l'entreprise ERDA, tant sur la base de la valeur de référence en euros par unité de puissance que sur la base de la valeur absolue des investissements concernés. Dans les deux cas, le seuil est bien dépassé.

L'administration n'a donc pas fait application de principes d'analyse différents, comme vous le soutenez dans votre plainte, puisque la vérification a été aussi effectuée, comme pour EBM, sur la base d'une comparaison des données technico-économiques effectives du producteur, en valeur absolue. S'il fallait considérer que l'administration devait vérifier le seuil de 50% dans le chef d'EBM sur la base d'un calcul en euros par unité de puissance en dépit de l'absence d'une valeur de référence pour les investissements dans cette filière, et ainsi appliquer une méthode similaire à celle appliquée à l'égard de l'entreprise ERDA, il faudrait alors constater que le seuil n'est pas dépassé dans le chef d'EBM alors qu'il l'est très nettement dans le chef de l'entreprise ERDA. De la même manière, s'il fallait considérer que l'administration devait vérifier le seuil de 50% sur la base de la valeur absolue des investissements de l'entreprise ERDA, et ainsi appliquer une méthode similaire à celle appliquée à l'égard d'EBM, il faudrait alors à nouveau constater que l'administration l'a fait et que le seuil est largement dépassé dans le chef de l'entreprise ERDA alors qu'il ne l'est pas du tout dans le chef d'EBM. Par conséquent, aucune différence de traitement n'existe en l'espèce ».

Comme le relève la partie adverse, l'argumentation développée par la requérante dans sa requête en annulation est en tous points identique à celle développée dans sa « plainte en réexamen », alors pourtant que dans l'acte attaqué la partie adverse y répond longuement. En se limitant à reproduire les termes de son recours administratif, sans tenir compte de cette réponse, la requérante n'adresse pas sa critique à l'acte attaqué, mais à la décision initiale du 17 avril 2020, qui a pourtant été remplacée.

Il s'ensuit que le quatrième moyen est irrecevable.

X. Indemnité de procédure et dépens

X.1. Dans l'affaire A. 231.043/XV-4467

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Elle demande que les dépens soient mis à la charge de la partie adverse pour manquement à l'obligation d'information quant aux voies de recours.

La partie adverse admet qu'elle n'a pas informé la partie requérante de l'existence du recours administratif, mais elle s'oppose à l'octroi d'une indemnité de procédure à la partie requérante, s'appuyant sur des décisions précédentes du Conseil d'État qui ont refusé l'indemnisation malgré les informations erronées fournies sur les voies de recours.

Dès lors que, dans la notification de l'acte attaqué, la partie adverse a erronément indiqué la possibilité d'introduire un recours devant le Conseil d'État, il est justifié que les dépens soient mis à sa charge.

Le présent arrêt concluant à l'incompétence du Conseil d'État pour connaître du recours en raison de l'absence d'épuisement des voies de recours, il ne peut en revanche être considéré que la requérante a obtenu gain de cause au sens de l'article 30/1 des lois sur le Conseil d'État de sorte qu'aucune indemnité de procédure ne peut lui être accordée.

X.2. Dans l'affaire A. 238.206/XV-5297

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les affaires A. 231.043/XV-4467 et A. 238.206/XV-5297 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes sont rejetées.

Article 3.

Dans l'affaire A. 231.043/XV-4467, la partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Dans l'affaire A. 238.206/XV-5297, la partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 30 septembre 2024, par la XV^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Anne-Françoise Bolly,
Marc Joassart,
Élisabeth Willemart,
Caroline Hugé,

présidente de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Caroline Hugé

Anne-Françoise Bolly