

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.257/4
DU 9 JUILLET 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Logement, des Transports et du Développement territorial de la Région wallonne, le 8 juin 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 11 juillet 2007 ^(*), sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif au marché régional de l'électricité", a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 22 juin 2007.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, 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, l'avant-projet de décret appelle les observations ci-après.

Formalité préalable

1. L'avant-projet de décret n'a pas été notifié à la Commission en application de l'article 88, paragraphe 3, CE et de l'article 2 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article [88] CE.

La Cour de justice a déjà jugé

"qu'une obligation d'achat, à des prix minimaux, de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables [...] apporte un avantage économique certain aux producteurs de ce type d'électricité, en ce qu'elle leur garantit, sans aucun risque, des gains supérieurs à ceux qu'ils réaliseraient en son absence".

Toutefois, la Cour a rappelé que

"seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont considérés comme des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité" (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1^{er}, CE).

En conséquence, la Cour a considéré que

"l'obligation, faite à des entreprises privées d'approvisionnement en électricité, d'acheter à des prix minimaux fixés l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables n'entraîne aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État aux entreprises productrices de ce type d'électricité" ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Arrêt de la Cour du 13 mars 2001, Preussen Elektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, points 54, 58 et 60.

Au vu de cet arrêt, la Commission a estimé que le système des certificats verts, institués par l'article 37 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après le "décret du 12 avril 2001"), ne constituait pas une aide d'État. La Commission s'est notamment appuyée sur la constatation que :

"L'État procure gratuitement les certificats verts aux producteurs d'électricité verte. Ceux-ci doivent prouver qu'ils ont produit une certaine quantité d'électricité verte, en échange de quoi ils reçoivent une quantité correspondante de certificats verts. Ils peuvent vendre ces certificats aux distributeurs sur le [...] marché des certificats verts. L'État leur offre donc des biens incorporels. On ne peut cependant considérer qu'il accepte un manque à gagner en procurant les certificats verts gratuitement. Il ne fournit qu'une preuve officielle attestant que l'électricité verte a effectivement été produite. En conséquence, la fourniture de certificats verts par l'État aux producteurs ne met pas en jeu des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE " ⁽²⁾.

Par ailleurs, la Commission a considéré dans une décision du 18 septembre 2002 ⁽³⁾ que le soutien à la production d'électricité verte organisé par l'article 40 du décret du 12 avril 2001 constituait une aide d'État dans la mesure où ce soutien est financé par le fonds Énergie institué par l'article 37 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, lui-même alimenté par le produit de l'amende prévue à l'article 39, § 2, du décret du 12 avril 2001 ⁽⁴⁾. La Commission a néanmoins considéré l'aide compatible avec le marché commun.

⁽²⁾ Décision C(2001)3738 fin de la Commission, du 28 novembre 2001, sur une notification N 415/A/01, p. 5 (sur le site de la DG concurrence : http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n415a-01_fr.pdf). Dans le même sens, voir décision C(2002)2904 fin de la Commission, du 2 août 2002, sur une notification N 14/2002 relative au régime fédéral belge de soutien aux énergies renouvelables.

⁽³⁾ Décision C(2002)3344 fin de la Commission, du 18 septembre 2002, sur une notification N 415/B/01 (sur le site de la DG concurrence : http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n415-b-01-fr.pdf).

⁽⁴⁾ Cette amende est actuellement fixée à 100 euros (article 24, alinéa 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002, relatif à la promotion de l'électricité verte).

La section de législation observe toutefois que la Commission n'a pas examiné expressément, dans sa décision du 28 novembre 2001, la question de savoir si constitue une aide d'État, l'obligation pour les gestionnaires de réseaux de distribution (ci-après les "GRD") d'acquérir, au prix du marché, l'électricité verte invendue. Cette obligation est actuellement imposée par l'article 42, § 3, du décret du 12 avril 2001 et les GRD sont des personnes morales de droit public en vertu de l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du même décret. La Commission s'est limitée à constater que

"lorsque les distributeurs achètent des certificats verts aux producteurs d'électricité verte ou aux négociants [...], il s'agit de transactions qui ne mettent pas en jeu des ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, puisqu'elles s'effectuent sur le marché des certificats verts"⁽⁵⁾.

La section de législation ne dispose cependant pas d'élément pour considérer que la notification effectuée par la Région en 2001 n'aurait pas été complète, conformément à l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999. Il convient, en outre de tenir compte du contexte de libéralisation du secteur de l'électricité dans lequel elle est intervenue. Dès lors, rien ne permet de penser que la Commission n'aurait pas eu connaissance de la nature publique des GRD.

⁽⁵⁾ La Commission a estimé, à titre subsidiaire, que le régime en question était de toute manière compatible avec le marché commun. La compatibilité d'une aide avec le marché commun n'empêche toutefois pas de la déclarer illégale si elle n'a pas été notifiée. La Cour de justice a, en outre, jugé que "sous peine de porter atteinte à l'effet direct de l'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, CE et de méconnaître les intérêts des justiciables que les juridictions nationales ont pour mission de préserver, une décision de la Commission déclarant une aide non notifiée compatible avec le marché commun n'a pas pour conséquence de régulariser, *a posteriori*, les actes d'exécution qui sont invalides du fait qu'ils ont été pris en méconnaissance de l'interdiction visée par cette disposition. Toute autre interprétation conduirait à favoriser l'inobservation, par l'État membre concerné, de ladite disposition et la priverait de son effet utile" (arrêt de la Cour du 5 octobre 2006, Transalpine, C- 68/04, Rec. p. I-9957, point 41 et les références citées). En conséquence, il incombe, en principe, aux juridictions nationales d'ordonner la récupération d'une aide illégale, même si, au vu d'une notification *a posteriori*, la Commission l'a ultérieurement déclarée compatible avec le marché commun (arrêt Transalpine, précité, point 56).

Néanmoins, l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (ci-après la "directive 2001/77/CE"), rappelle que les mécanismes de soutien des producteurs d'électricité verte demeurent soumis aux articles 87 et 88 CE. Enfin, le vingt-neuvième considérant de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (ci-après la "directive 2003/54/CE") ⁽⁶⁾ rappelle que

"dans la mesure où les dispositions prises par les États membres pour remplir les obligations de service public constituent des aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité, les États membres sont tenus d'en informer la Commission conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité".

2. En l'espèce, l'article 5 de l'avant-projet de décret modifie les dispositions relatives à l'obligation pour les GRD d'acquérir de l'électricité verte au profit des producteurs de cette électricité, actuellement prévue à l'article 42, § 3, du décret du 12 avril 2001.

Cependant, la Cour de Justice a précisé qu'une aide existante ou un projet notifié et qui n'a pas été qualifié d'aide ⁽⁷⁾ devient seulement une aide nouvelle quand les modifications qui y sont apportées l'affectent dans sa substance même ⁽⁸⁾. Or, les modifications envisagées dans l'avant-projet de décret sont essentiellement de forme et destinées à clarifier l'article 42, § 3, du décret du 12 avril 2001 dont la rédaction est obscure ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ JO L 176, p. 37.

⁽⁷⁾ Arrêt de la Cour du 23 février 2006, Atzeni e.a., C-346/03 et C-529/03, Rec. p. I-18751, point 51.

⁽⁸⁾ Arrêts du Tribunal du 15 juin 2000, Alzetta e.a./Commission, T-298/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-607/97, T-1/98, T-3/98, T-6/98 et T-23/98, Rec. p. II-2319, point 144, a contrario, et du 30 avril 2002, Government of Gibraltar/Commission, T-195/01 et T-207/01, Rec. p. II-2309, point 111).

⁽⁹⁾ Voir l'exposé des motifs, pp. 14 et 15.

Dans ces conditions, une notification à la Commission ne se justifie pas.

3. L'article 9 de l'avant-projet de décret modifie, en revanche, radicalement le régime d'aide à la production d'électricité verte institué par l'article 40 du décret du 12 avril 2001 que la Commission a qualifié d'aide d'État dans sa décision du 18 septembre 2002 ⁽¹⁰⁾.

4. L'article 40 en projet ⁽¹¹⁾ oblige le gestionnaire de réseau de transport local (ci-après le "GRTL") à acheter les certificats verts au prix imposé par la Région afin de garantir aux producteurs la possibilité de les écouler à des conditions garantissant la rentabilité de leur investissement, quel que soit le prix de ces certificats sur le marché. La Région admet que ce mécanisme demeure une forme d'aide à la production ⁽¹²⁾.

La question se pose donc de savoir si cette forme de soutien constitue une aide d'État au sens de l'article 87 CE. Le GRTL est une entreprise à capitaux mixtes, privés et publics ⁽¹³⁾. Or, une aide peut être imputée à l'État indépendamment de la forme de l'organisme qui la dispense. Néanmoins, pour procéder à cette imputation, la Commission se fonde sur les critères fixés par l'article 2 de la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques. Dans le prolongement de cette directive,

⁽¹⁰⁾ Voir l'observation 1 formulée sous la formalité préalable.

⁽¹¹⁾ Une disposition comparable figure à l'article 14 de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion d'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables.

⁽¹²⁾ Exposé des motifs, p. 19.

⁽¹³⁾ Il s'agit de l'entreprise Elia dont l'actionnariat est réparti comme suit :
– Free Float (bourse) : 40 %;
– Electrabel : 27,45 %;
– Publi-T (communes) : 30 %;
– Publipart (SPE) : 2,55 %.

la jurisprudence prend en considération l'actionnariat de l'organisme, son objet social, le cadre juridique dans lequel il évolue, le mode de désignation de ses dirigeants ainsi que l'existence d'un mécanisme de contrôle des pouvoirs publics ⁽¹⁴⁾. Au vu de ces critères, il ne semble pas que le soutien du GRTL puisse être imputé à la Région. Au demeurant, il n'est pas accordé au moyen de ressources publiques.

5. En conclusion, ce qui précède incline à faire penser que l'avant-projet de décret ne constitue pas une aide d'État, au sens du droit communautaire; néanmoins c'est à la Commission qu'il appartient en définitive de se prononcer sur cette question et la sécurité juridique sera assurée par l'accomplissement de cette formalité.

Examen de l'avant-projet de décret

Préambule

Les décrets étant dépourvus de préambule, il y a lieu de l'omettre de l'avant-projet de décret ⁽¹⁵⁾.

Examen des articles

Dispositif

Article 1^{er} de l'avant-projet de décret

Article 1^{er}, en projet

1. Dans sa version actuelle, l'article 1^{er} du décret du 12 avril 2001 précise qu'il transpose la directive 96/92/CEE du Parlement et du Conseil européens du

⁽¹⁴⁾ Arrêt de la Cour du 2 février 1988, Van der Koy e.a./Commission, 67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219, point 36; arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France/Commission, T-358/94, Rec. p. II-2109, point 58.

⁽¹⁵⁾ Conseil d'État, Circulaire de légistique formelle - recommandations et formules, novembre 2001, point 7 (<http://www.raadvst-consetat.be/pdf/Lforf1.pdf>).

19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ⁽¹⁶⁾.

À la suite de l'adoption de l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret présentement examiné, l'article 1^{er} du décret du 12 avril 2001 précisera que ledit décret assure la transposition en droit interne des trois directives suivantes :

- la directive 2001/77/CE ⁽¹⁷⁾;
- la directive 2003/54/CE, qui abroge par ailleurs la directive 96/92/CEE précitée ⁽¹⁸⁾;
- et la directive 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE, ci-après "directive 2004/8/CE" ⁽¹⁹⁾.

Il est, à ce sujet, précisé dans la partie 1 ("Introduction") de l'exposé des motifs qui accompagne l'avant-projet de décret que

"La directive 2001/77 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité a été en partie transposée par le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité. Celui-ci institue en effet le mécanisme des certificats verts, en vue de promouvoir le développement de la production d'électricité verte définie dans le décret (article 2, 5/). [...] Le décret du 12 avril 2001 transpose également, en partie, la directive 2004/8 concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché

⁽¹⁶⁾ Cette disposition a été introduite dans le décret à la suite d'une observation formulée en ce sens par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 30.527/4 donné les 4, 11 et 18 octobre 2000 sur l'avant-projet devenu le décret du 12 avril 2001 (Doc. Cons. rég. wallon, 2000/2001, n/ 177/1) et ce, pour tenir compte de l'obligation de référence à ladite directive imposée par l'article 27, paragraphe 3, de celle-ci.

⁽¹⁷⁾ Voir l'article 9 de la directive.

⁽¹⁸⁾ Voir l'article 30, paragraphe 3, de la directive. Voir, également, l'annexe B de la directive, qui reprend un tableau de concordance entre les dispositions de la directive 96/92/CE et les dispositions de la directive 2003/54/CE.

⁽¹⁹⁾ JO L 52, p. 50. Voir l'article 15 de la directive.

intérieur de l'énergie puisque le mécanisme de soutien sous forme de certificats verts vaut également pour l'électricité produite à partir de cogénération de qualité. [...] Par la suite, le décret-programme du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative a adapté le décret du 12 avril 2001 pour y intégrer certains aspects des directives précitées, non encore pris en compte, relatifs, notamment au mécanisme de traçabilité et aux échanges intra-européens de l'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables et de cogénération à haut rendement."

De même, il est précisé dans la partie 4 ("Autres modifications") 4.1. ("Définitions") de l'exposé des motifs de l'avant-projet de décret que celui-ci

"[...] modifie certaines définitions figurant dans le décret du 12 avril 2001, et en insère de nouvelles, notamment en vue d'assurer la transposition complète des concepts et des principes figurant dans les directives 2001/77 (...) et 2004/8 (...)."

Par ailleurs, le commentaire de l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret fait état de ce que

"L'article 1^{er} fait désormais référence aux directives 2001/77/CE [...] et 2004/8/CE [...], étant donné que ces directives ont été partiellement transposées par le décret du 12 avril 2001 et que cette transposition est approfondie par le biais du présent avant-projet de décret modificatif.

La référence à la directive 96/92/CE [...] n'a plus lieu d'être vu que cette directive a été abrogée par la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003. C'est désormais cette dernière directive que le décret du 12 avril 2001 transpose dans le droit positif wallon."

Enfin, divers passages du commentaire des articles ⁽²⁰⁾ indiquent que certaines des modifications envisagées dans l'avant-projet de décret tendent expressément à assurer la transposition de diverses dispositions des directives précitées, et complètent donc, sur ce point, les dispositions actuelles du décret du 12 avril 2001.

⁽²⁰⁾ Voir, notamment, le commentaire des articles 2 et 3 ainsi que de l'article 8.

2. Compte tenu de ce qui précède, il convient que soit joint au projet de décret qui sera déposé devant le Parlement wallon un tableau de correspondance reprenant, au regard de chacune des dispositions des trois directives précitées dont il y a lieu d'assurer la transposition en droit interne :

- soit, les dispositions actuelles du décret du 12 avril 2001 qui assurent déjà cette transposition en droit interne et qui ne nécessitent par ailleurs ni modifications ni arrêtés d'exécution à prendre par le Gouvernement wallon;
- soit, les dispositions de l'avant-projet de décret présentement examiné, qui, en tant qu'elles modifient diverses dispositions du décret du 12 avril 2001 ou qu'elles constituent des dispositions entièrement nouvelles, complètent, au niveau législatif, la transposition de ces trois directives en droit interne;
- soit, encore, les autres dispositions décrétales qui assurent également cette transposition.

Par ailleurs, dès lors que le décret du 12 avril 2001 ne constituera, même modifié à la suite de l'adoption de l'avant-projet de décret présentement examiné, qu'une transposition partielle desdites directives ⁽²¹⁾ et que la transposition complète de celles-ci ne sera réalisée que par le renvoi à des arrêtés d'exécution déjà pris, à modifier ou, encore, à prendre par le Gouvernement wallon sous la forme de dispositions nouvelles, il convient que le tableau de correspondance soit également complété afin d'indiquer, au regard de chacune des dispositions des directives et du décret du 12 avril 2001 auxquelles elles se rapportent, les dispositions réglementaires qui assurent déjà ou qui, une fois adoptées, permettront d'assurer une transposition complète des trois directives précitées.

Seul l'établissement d'un tel tableau de correspondance est en effet de nature :

- d'une part, à permettre aux auteurs de l'avant-projet de décret de s'assurer que les trois directives sont complètement transposées en droit interne, tant au niveau du décret du 12 avril 2001 ou d'autres décrets, que de leurs arrêtés d'exécution;

⁽²¹⁾ Ce qui devrait expressément ressortir de l'article 1^{er} du décret du 12 avril 2001 et faire l'objet d'un commentaire dans l'exposé des motifs.

- et, d'autre part, à assurer que les parlementaires soient à même, non seulement, de se prononcer en connaissance de cause sur le projet de décret qui leur sera soumis, de même que sur le choix des moyens que le Gouvernement wallon leur propose de mettre en oeuvre, mais aussi d'exercer, le cas échéant, leur droit d'amendement sans excéder les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres dans la matière considérée.

Article 2 de l'avant-projet de décret

Article 2, 3/bis en projet

1. L'article 2, 3/bis, en projet définit la "cogénération à haut rendement". Cette notion figure à l'article 3, sous i), de la directive 2004/8/CE.

L'auteur de l'avant-projet de décret envisage de maintenir deux concepts différents de cogénération. La directive 2004/8/CE l'y autorise, dans la mesure où la "cogénération de qualité", définie à l'article 2, 3/, du décret du 12 avril 2001, poursuit un objectif en partie différent de celui de la "cogénération à haut rendement" ⁽²²⁾.

Le maintien des deux types de cogénération nécessite toutefois de la définir dans la disposition en projet conformément à l'article 3, sous a), de la directive susmentionnée. La section de législation observe de surcroît que la cogénération, au sens de cette disposition, inclut la production d'énergie mécanique qui n'est pas envisagée par l'article 2, 3/, du décret du 12 avril 2001.

2. Enfin, la disposition en projet définit la "cogénération à haut rendement" en renvoyant "aux critères définis à l'annexe III de la directive 2004/8/CE". Afin de clarifier le texte et de se conformer à l'article 249, alinéa 3, CE, la Région doit transposer cette annexe dans le droit interne.

⁽²²⁾ Considérant 16 de la directive 2004/8/CE.

Article 2, 6/bis en projet

1. Dans l'article 2, 6/bis, en projet, il n'est pas nécessaire de renvoyer à l'article du décret utilisant la notion que cette disposition définit. Au demeurant, il ne s'agit pas de l'article 36bis, mais de l'article 36.

2. Par ailleurs, il convient de préciser à quelle cogénération, de qualité ou à haut rendement, il est fait référence.

3. Enfin, le certificat de garantie d'origine concerne, selon l'article 36 en projet, le site de production. Il garantit que les quantités d'électricité produites par ce site, à partir de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération pourront être clairement distinguées de l'électricité produite à partir de sources fossiles.

Il est toutefois excessif d'écrire que ce certificat "donnera droit à la délivrance de labels de garantie d'origine" car il n'y aura pas d'automatisme entre l'octroi d'un certificat de garantie d'origine, d'une part, et l'attribution de labels de garantie d'origine ou de certificats verts, d'autre part. Ainsi, il ressort de l'article 36bis en projet que le label de garantie d'origine correspond à la garantie d'origine au sens de l'article 5 de la directive 2001/77/CE. Or, cette garantie d'origine dépend de l'utilisation effective d'une source d'énergie renouvelable. Il résulte aussi de l'article 36bis en projet que le label de garantie correspond à la garantie d'origine mentionnée à l'article 5 de la directive 2004/8/CE. Or, cette garantie doit dépendre d'un certain nombre de critères de rendement en vertu des articles 4 et 5 de cette directive. L'article 36ter, en projet, renvoie pour sa part, à des conditions que le Gouvernement wallon arrêtera. Par ailleurs, les certificats verts dépendront du nombre de kWh produits et du taux d'économie de dioxyde de carbone (article 38, § 2, alinéa 1^{er}, en projet). De manière plus fondamentale, il ne convient pas dans une disposition consacrée à des définitions de fixer des conditions de fond relatives à la définition en question. De telles conditions doivent en effet être fixées dans les dispositions du décret qui règlent ces questions, à savoir l'article 36 du décret du 12 avril 2001, tel que remplacé par l'article 7 de l'avant-projet.

Article 2, 6/ter en projet

Conformément à l'article 249, alinéa 3, CE, il convient, plutôt que de se référer directement dans la disposition en projet aux directives 2001/77/CE et 2004/8/CE, de viser directement les dispositions du décret du 12 avril 2001 qui assurent la transposition de ces directives ⁽²³⁾.

Article 4 de l'avant-projet de décret

Il ressort de l'exposé des motifs ⁽²⁴⁾ que les modifications apportées à l'article 30, § 3, du décret du 12 avril 2001 tendent à "réaffirmer, de manière claire [...] la nécessité pour les personnes qui s'alimentent elles-mêmes, en utilisant les réseaux d'obtenir une licence de fourniture".

Il serait plus conforme à la structure actuelle de l'article 30, § 3, susmentionné, d'insérer le nouvel alinéa, envisagé à l'article 4, 2/, de l'avant-projet de décret, sous la forme d'un alinéa 1^{er}, 2/, 4^e tiret.

Articles 8, 9 et 10 de l'avant-projet de décret

1. Plutôt que d'insérer un nouveau chapitre X et de renuméroter les chapitres XI à XIV, il serait plus simple de prévoir, à l'article 8 de l'avant-projet de décret, l'insertion d'un chapitre *IXbis*, contenant les articles 39*bis* à 36*quater* en projet.

2. Par ailleurs, afin de respecter le principe du vote article par article inscrit à l'article 38, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, il convient de prévoir autant d'articles modificatifs dans l'avant-projet de décret qu'il y a de nouveaux articles à insérer dans le décret du 12 avril 2001.

⁽²³⁾ Comparer avec l'article 2, 6/, du décret du 12 avril 2001.

⁽²⁴⁾ Exposé des motifs, p. 10.

3. En outre, les dispositions liminaires des articles de l'avant-projet de décret introduisant les articles 37 à 41 doivent expressément remplacer les dispositions correspondantes du décret du 12 avril 2001 ⁽²⁵⁾.

4. Enfin, les dispositions de l'article 42 sont reprises à l'article 2, 6/*bis* en projet, à l'article 34, 1/, g), et 2/, e), en projet et dans le nouvel article 36. Il n'a donc plus lieu d'être. La déléguée du ministre déduit son abrogation de la phrase liminaire de l'article 9 de l'avant-projet de décret. Conformément aux règles de légistique formelle, il convient d'abroger expressément par un article distinct de l'avant-projet de décret, l'article 42 du décret du 12 avril 2001, modifié par le décret-programme du 3 février 2005 ⁽²⁶⁾.

Article 8 de l'avant-projet de décret

L'article 8 de l'avant-projet de décret organise la "labellisation de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et/ou de cogénération à haut rendement". L'article 36*bis* en projet prévoit la mise en place d'"un système de label de garantie d'origine conformément à l'article 5 de la directive 2001/77/CE et à l'article 5 de la directive 2004/8/CE". L'article 36*ter* en projet, délègue au Gouvernement le soin de déterminer les conditions d'attribution "du label de garantie d'origine" et de fixer les modalités et la procédure d'octroi de celui-ci.

Or, selon les articles 1^{er} et 5 et l'annexe IV de la directive 2004/8/CE, la garantie d'origine de l'électricité issue de la cogénération à haut rendement tend à assurer que l'électricité est issue d'une technique permettant de produire par un seul processus de la chaleur et de l'électricité à partir de sources fossiles ou renouvelables. En revanche, la garantie d'origine visée à l'article 5 de la directive 2001/77/CE a pour but de certifier que l'électricité en question a été produite à partir de sources d'énergie renouvelables, à l'exclusion des sources fossiles.

⁽²⁵⁾ Il est renvoyé aux observations sous les articles 5 et 7 en ce qui concerne le sort à réserver à l'article 42 du décret du 12 avril 2001.

⁽²⁶⁾ Conseil d'État, Circulaire de légistique formelle - recommandations et formules, novembre 2001, points 8.6.9, 8.8.3 et 8.8.6 (<http://www.raadvst-consetat.be>).

Il s'ensuit que deux labels de garantie différents doivent être distingués en droit interne. Instaurer un seul système méconnaîtrait les dispositions susmentionnées des deux directives 2001/77/CE et 2004/8/CE. Le texte en projet doit être clarifié en ce sens.

Il appartient, en outre, au législateur de fixer les conditions générales d'attribution des labels de garantie et les principes à suivre dans l'établissement de la procédure en question.

Article 9 de l'avant-projet de décret

Article 38 en projet

L'intention de l'auteur de l'avant-projet de décret est d'étendre, par l'article 38, § 8, la limitation de puissance de 20MW figurant à l'article 2, 5/ du décret du 12 avril 2001 aux installations de production d'électricité à partir de biomasse. Elle serait plus sûrement exprimée en remplaçant la conjonction "et" par "ou de production à partir de la biomasse". Par ailleurs, l'expression "jusqu'à une puissance électrique inférieure à" est impropre.

Article 40 en projet

1. L'article 40 du décret du 12 avril 2001 est relatif à l'aide à la production d'électricité verte. Cette aide donne actuellement aux producteurs d'électricité verte l'assurance, au moment de leur investissement, qu'ils pourront revendre leurs certificats verts à la Région wallonne à un prix de 65 euros pendant une période de 10 ans maximum et après avis de la CWaPE sur la rentabilité de leur investissement ⁽²⁷⁾. Cette aide est assurée par le fonds Énergie déjà cité ⁽²⁸⁾. Ce mécanisme constitue en quelque sorte, pour

⁽²⁷⁾ Article 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 6 novembre 2003 relatif à l'aide à la production octroyée à l'électricité verte et modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 4 juillet 2002 relatif à la promotion de l'électricité verte.

⁽²⁸⁾ Voir l'observation 1 formulée sous la formalité préalable.

le producteur d'électricité verte, une garantie sur le prix de vente des certificats verts. En effet, ce prix est normalement fixé par le marché des certificats verts, lui-même soutenu par les quotas imposés aux fournisseurs d'électricité et aux GRD et par la menace de l'amende prévue à l'article 39, § 2, du décret du 12 avril 2001 ⁽²⁹⁾.

Selon l'exposé des motifs ⁽³⁰⁾,

"jusqu'à présent, si plusieurs conventions d'aide à la production ont bien été signées, aucun producteur n'y a encore fait appel, eu égard au prix actuel du marché pour les certificats verts. Toutefois, d'un point de vue budgétaire, le Fonds Énergie n'est pas alimenté en suffisance pour pouvoir faire face à un éventuel appel à la garantie par les producteurs d'électricité verte bénéficiant d'une telle convention, si d'aventure le marché des certificats verts venait à être déséquilibré au point que le prix du certificat [vert] chute en dessous des 65 euros".

La Région n'exclut en effet pas "qu'un déséquilibre entre l'offre et la demande de certificats verts se crée et entraîne une diminution importante du prix des certificats verts" ⁽³¹⁾. Enfin, dans une note au Gouvernement wallon, l'auteur de l'avant-projet de décret précise qu'en cas de chute du cours des certificats verts, "un seul parc éolien aurait pour effet d'épuiser le Fonds Énergie" ⁽³²⁾.

2. La section de législation a déjà observé que l'avant-projet de décret reporte sur le GRTL la charge de soutenir le marché des certificats verts en l'obligeant à les acquérir au prix fixé par le Gouvernement wallon afin de garantir aux producteurs la possibilité de les écouler au moins à ce prix. La section de législation a aussi constaté que l'actionnariat du GRTL est minoritairement public et qu'il ne constitue pas pour autant une entreprise publique ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Voir l'observation 1 formulée sous la formalité préalable.

⁽³⁰⁾ Exposé des motifs, p. 8.

⁽³¹⁾ Ibidem.

⁽³²⁾ Note au Gouvernement wallon en vue de la première lecture de l'avant-projet de décret, p. 8.

⁽³³⁾ Voir l'observation 4 formulée sous la formalité préalable.

Il ressort de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/54/CE que les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, notamment afin de protéger l'environnement et le climat.

L'obligation imposée au GRTL d'acquérir des certificats verts constitue néanmoins une privation de propriété au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du protocole n/ 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les liquidités que le GRTL doit mobiliser pour acquérir les certificats susmentionnés constituent un actif de la société et donc un bien. Le GRTL en serait privé en raison de l'obligation de s'en dessaisir au profit de certificats verts qui ne constituent pas une véritable contrepartie. Les certificats verts sont, en effet, seulement la preuve du soutien accordé aux producteurs d'électricité verte. Ils ne sont pas représentatifs de l'acquisition d'une quantité déterminée de cette électricité. La mesure en cause serait enfin imposée par une autorité publique. Enfin, elle vient s'ajouter à l'obligation générale qui pèse sur tous les gestionnaires de réseau en application des articles 34 et 39 du décret du 12 avril 2001 d'acquérir des certificats verts sur le marché ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

Or, toute ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux ⁽³⁶⁾. Conformément à la jurisprudence, la Région jouit en la matière d'une grande marge d'appréciation ⁽³⁷⁾. Néanmoins, il lui incombe de montrer qu'elle a cherché à ménager ce juste équilibre. Or, en l'espèce, l'exposé des motifs fait uniquement état de la nécessité de "mettre en place un nouveau mécanisme permettant de garantir aux producteurs d'électricité verte un niveau minimal de rentabilité à leur

⁽³⁴⁾ Les articles 34 et 39 imposent l'obligation d'acheter des certificats verts sur le marché à tous les gestionnaires de réseaux, sans distinction.

⁽³⁵⁾ La circonstance que la mesure est imposée au profit d'autres entreprises privées n'implique pas pour autant qu'elle serait dépourvue d'utilité publique vu l'objectif environnemental qu'elle poursuit (en ce sens : Cour eur. D.H., arrêt *James c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, série A, n/ 98, § 40 et suivants, et *Bäck c. Finlande* du 20 juillet 2004, Rec. 2004-VIII, § 60).

⁽³⁶⁾ Cour eur. D.H., *Sporrong et Lönnroth c. Suède* du 23 septembre 1982, série A n/ 52, § 69; Cour eur. D.H. [GC], *Jahn e.a. c. Allemagne* du 30 juin 2005, 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 93.

⁽³⁷⁾ Cour eur. D.H. [GC], *Jahn e.a. c. Allemagne*, précité.

projet, sans pour autant mettre en péril le budget de la Région wallonne ⁽³⁸⁾. Il revient à la Région de compléter son exposé afin de démontrer que la mesure n'inflige pas une charge exorbitante au GRTL ⁽³⁹⁾. De ce point de vue, une attention particulière devrait être réservée à l'examen de la possibilité réelle, pour le GRTL, de répercuter ou non sur ses clients les surcoûts résultant, tant directement qu'indirectement, de l'obligation d'achat en cause.

De plus, l'article 40, alinéa 1^{er}, en projet permet aux producteurs d'électricité verte ayant obtenu l'accès au mécanisme de garantie susmentionné de solliciter *ad nutum* l'intervention du GRTL. Normalement, les prix pratiqués sur le marché devraient amener ces producteurs à solliciter seulement son intervention en dernier recours. La déléguée du Ministre n'a toutefois pas exclu que, dans certaines circonstances, cette aide pourrait être sollicitée "par facilité". On peut penser au cas où les prix pratiqués sur le marché seraient proches du prix fixé par le Gouvernement wallon. L'article 40 doit être complété afin d'éviter une telle dénaturation du système.

3. La section de législation observe encore que l'article 40, § 2, limite actuellement la garantie du Fonds Énergie à "la durée d'amortissement de l'installation et au maximum [à] dix ans suivant la mise en service de l'installation". L'article 40 en projet ne comporte plus de limitation comparable. Par conséquent, le GRTL serait tenu indéfiniment par l'obligation d'achat mise à sa charge. Or, pour être compatible avec l'article 1^{er} du protocole n/ 1, il ne suffit pas qu'une mesure privative de propriété poursuive un objectif légitime "d'utilité publique"; il doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁽⁴⁰⁾. En l'espèce, le caractère illimité de l'obligation d'achat imposée au GRTL apparaît disproportionné par rapport à l'objectif de garantir, lors de l'investissement, la rentabilité de celui-ci. La

⁽³⁸⁾ Exposé des motifs, p. 8.

⁽³⁹⁾ Selon la jurisprudence, un équilibre ne saurait exister si le particulier doit supporter une telle charge (Cour eur. D.H. arrêt Sporrang et Lönnroth c. Suède, précité, § 73, et Radovici et Stănescu c. Roumanie du 2 novembre 2006, 68479/01; 71351/01; 71352/01, § 89).

⁽⁴⁰⁾ Cour eur. D.H., arrêt James c. Royaume-Uni, précité, § 50; Wittek c. Allemagne du 12 décembre 2002, Rec 2002-X, § 53, et Cappella c. Saint-Marin du 13 juillet 2004, Rec. 204-VIII, § 33.

disposition doit être revue en sorte que l'obligation mise à la charge du GRTL soit établie en proportion avec l'amortissement de l'investissement à partir de la mise en service de l'installation.

4. Ces précisions ne sauraient être apportées dans l'arrêté du Gouvernement wallon envisagé à l'article 40, alinéa 3 en projet. L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du protocole n° 1 dispose qu'une personne peut seulement être privée de ses biens "dans les conditions fixées par la loi". Conformément à l'article 23, alinéas 1^{er} et 2, 1/, de la Constitution et aux principes consacrés par les articles 16 et 170 de celle-ci, ces conditions doivent, en droit interne, être fixées par le législateur. De surcroît, l'article 40, alinéa 3, en projet habilite uniquement le Gouvernement à déterminer les modalités de l'obligation en cause.

Articles 13 et 14 de l'avant-projet de décret

Il ressort de l'exposé des motifs ⁽⁴¹⁾ que le critère de la reconnaissance des installations de biomasse commandant l'application de l'article 38, § 8, nouveau sera l'octroi du certificat de garantie d'origine visé à l'article 36. Cette précision devrait être apportée dans le texte afin de le rendre plus clair.

Article 16 de l'avant-projet de décret

Il résulte de la disposition à l'examen que le décret entrera immédiatement en vigueur, le jour de sa publication au Moniteur belge.

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur, fixé à dix jours par l'article 56 de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, il faut renoncer, en principe, à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

⁽⁴¹⁾ Exposé des motifs, p. 20.

Observations finales

1. L'article 40 du décret du 12 avril 2001 institue un régime d'aide à la production d'électricité verte consistant en une somme de 65 euros par certificat à charge de la Région wallonne ⁽⁴²⁾. L'article 40 en projet remplace ce mécanisme par une obligation d'achat des certificats verts à charge du gestionnaire du réseau de transport local.

Il s'ensuit qu'il convient d'abroger la référence à l'"aide à la production d'électricité verte" dans l'article 37, 6/, du décret du 19 décembre 2002 précité. Néanmoins, si l'auteur de l'avant-projet de décret a l'intention de confier au fonds Énergie la mission de dispenser l'aide complémentaire envisagée à l'article 41 en projet, l'article 37, 6/, devra être adapté en ce sens.

2. Enfin, la section de législation attire l'attention de la Région sur la nécessité de notifier à la Commission, conformément à l'article 3, paragraphe 9, de la directive 2003/54/CE, des nouvelles dispositions figurant à l'article 40 en projet dans la mesure où elles auront été adoptées et où elles constituent une obligation de service public en rapport avec la protection de l'environnement et du climat.

⁽⁴²⁾ Voir l'observation 1 formulée sous l'article 40 en projet.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. GILLIAUX, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE