



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 54.571/4
du 23 décembre 2013

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant l'arrêté
du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la
promotion de l'électricité produite au moyen de sources
d'énergie renouvelables ou de cogénération'

Le 25 novembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Développement durable, de la Fonction publique, de l'Énergie, du Logement et de la Recherche de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 23 décembre 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Jacques JAUMOTTE et Bernard BLERO, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été rédigé par Yves DELVAL, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 décembre 2013.

*

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, le projet appelle les observations suivantes.

1. L'arrêté en projet tend à insérer dans l'article 15 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' deux nouveaux paragraphes qui ont pour objet de déroger au paragraphe 1^{er}, alinéa 6, du même article, en permettant au ministre de fixer des règles de détermination du facteur « k » en partie autres que celles qui prévalent pour les installations existant au 30 novembre 2011.

Selon le préambule du projet, son fondement juridique est l'article 38, § 5, du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité', article qui a été remplacé par l'article 13 du décret du 4 octobre 2007. Ce paragraphe dispose que « Après avis de la CWaPE, le Gouvernement peut diminuer le nombre de certificats verts conformément aux paragraphes 1^{er} et 2 en fonction de l'âge de l'installation de production d'électricité verte, de sa rentabilité et de la filière de production ».

Lors de son adoption, l'article 15 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, précité, était rédigé comme suit :

« § 1^{er}. Le droit d'obtenir des certificats verts est limité à dix ans à compter de la mise en service de l'unité de production.

Pendant cette période, les rendements énergétiques des installations modernes de référence sont maintenus aux valeurs en vigueur au moment de l'octroi des premiers certificats verts relatifs au site concerné.

Les certificats verts sont octroyés tant pour l'électricité verte consommée par le producteur que pour l'électricité verte injectée sur le réseau ou transmise au moyen de lignes directes.

§ 2. Les labels de garantie d'origine sont octroyés pour l'électricité vendue par le producteur ainsi que pour l'électricité injectée sur le réseau et qui ne fait pas l'objet d'une vente.

§ 3. Les certificats verts et les labels de garantie d'origine sont calculés sur base de l'électricité nette produite mesurée avant la transformation éventuelle vers le réseau et des émissions de dioxyde de carbone définies à l'article 38 du décret. Les mesures de quantités d'énergie nécessaires au calcul des certificats verts et des labels de garantie d'origine se font en conformité avec le code de comptage prévu à l'article 9 ».

Cet article a subi différentes modifications successives. Ainsi, l'article 11 de l'arrêté du 20 décembre 2007 'portant diverses mesures en matière de promotion de

l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération' l'a notamment modifié comme suit :

« a) au premier alinéa du § 1^{er}, le mot 'dix' est remplacé par le mot 'quinze' ;

b) dans le § 1^{er}, l'alinéa suivant est inséré entre le deuxième et le troisième alinéa :

'Dix ans après l'obtention du premier certificat vert, le nombre de certificats verts octroyés pour la période restant à courir est réduit par application d'un facteur 'k' déterminé par le Ministre sur proposition de la CWaPE, pour chaque filière de production d'électricité verte considérée. Ce facteur 'k' est calculé en fonction des critères suivants :

1° le surcoût d'exploitation de la filière de production d'électricité verte considérée, eu égard aux moyens traditionnels de production d'énergie ;

2° les perspectives de réduction de coût associées au développement de la filière considérée ;

3° le taux de rentabilité de référence, dont les modalités de calcul sont déterminées par le Ministre sur proposition de la CWaPE.

Pour une installation donnée, le facteur 'k' applicable est celui en vigueur au moment de l'obtention du certificat de garantie d'origine.

Le facteur 'k' est publié au Moniteur belge dans les trois mois à dater de l'entrée en vigueur du présent arrêté. Il est adapté tous les trois ans et pour la première fois le 1^{er} janvier 2011 ; ».

Par ailleurs, l'article 1^{er} de l'arrêté du 24 novembre 2011 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération' a remplacé l'alinéa 5¹ par la disposition suivante :

« Par dérogation à l'alinéa précédent², pour les installations de production d'électricité à partir de panneaux solaires photovoltaïques inférieures ou égales à dix kW, le facteur 'k' appliqué est celui en vigueur à la date où un acompte d'au moins 20 % de l'investissement total est payé, ou à la date où un prêt vert, tel que visé à l'article 2 de la loi du 27 mars 2009 de relance économique, correspondant à une partie ou la totalité de l'investissement a été conclu, ou à la date d'attribution du marché public pour ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services. Cette dérogation n'est acquise que si la réception par l'organisme de contrôle intervient dans les six mois à compter du paiement de l'acompte, ou de la conclusion du prêt, ou de la conclusion du marché avec l'entrepreneur. Le respect de ces conditions est déterminé selon les modalités précisées par la CWaPE ».

¹ Devenu l'alinéa 6 par suite de l'insertion d'un nouvel alinéa 5 par l'article 1^{er}, 1°, de l'arrêté du 3 octobre 2013 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération'.

² Les mots « l'alinéa précédent » sont devenus « l'alinéa 4 » par l'effet de l'article 1^{er}, 2°, de l'arrêté du 3 octobre 2013, précité.

C'est cet alinéa auquel il est, en principe, dérogé par le paragraphe 1^{er}*bis*, en projet.

2. La modification prévue par le projet examiné est d'une autre nature que celle des modifications précédentes. Elle consiste pour les installations concernées, c'est-à-dire les installations de panneaux photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW dont le facteur « k » est celui qui prévalait avant le 1^{er} décembre 2011, à prévoir que ce n'est plus le facteur « k » qui était fixé à un moment donné de l'installation qu'il faut prendre en considération pour déterminer la durée d'octroi des certificats verts ³, mais un nouveau facteur « k » déterminé par le ministre sur proposition de la CWaPE. Il ressort de l'avis de cette dernière sur le projet examiné ⁴ qu'il est envisagé de ramener ce facteur à « 0 » de sorte que les installations concernées n'auraient plus droit à des certificats verts que pour la durée initiale de dix ans.

Cette modification a donc pour effet, pour les personnes ayant investi dans des installations concernées par le projet en tenant compte des règles prévues par l'arrêté du 20 décembre 2007 précité, de modifier pour l'avenir la règle selon laquelle la réduction des certificats verts pour les cinq dernières années est fixée par le facteur « k » applicable à un moment donné de l'installation.

3. S'il est de règle que la loi du changement ou de la mutabilité autorise les gouvernants à adapter le service public aux exigences fluctuantes de l'intérêt général, les effets de cette loi doivent, cependant, être nuancés pour tenir compte du principe de sécurité juridique, lequel est lié au principe de confiance, d'espérance ou d'expectative légitime, principes dont il ressort qu'il doit, dans certains cas, être tenu compte, en cas de modification de la réglementation, de la confiance suscitée ou des attentes légitimes que son auteur a fait naître chez les destinataires de celle-ci ⁵.

En conséquence, lorsque le Gouvernement revient sur la confiance légitime créée en la permanence du facteur « k » pour une installation, permanence qu'il a consacrée par l'adoption d'une règle se référant au facteur « k » applicable à un moment donné de l'installation, il doit pouvoir démontrer que cette modification est admissible au regard des principes qui viennent d'être rappelés. Il doit, en d'autres termes, pouvoir justifier, à l'issue d'une mise en balance des intérêts, que la protection de la confiance légitime doit être écartée, du fait que l'intérêt général poursuivi doit primer sur celui des personnes concernées par le maintien de la situation actuelle.

³ Voir l'article 15, § 1er, alinéa 6, de l'arrêté du 30 novembre 2006.

⁴ Voir l'avis CD-13k07-CWaPE-816 du 20 novembre 2013 (lequel doit également être visé au préambule de l'arrêté en projet).

⁵ Voir à ce sujet, P. GOFFAUX, Dictionnaire élémentaire de droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 148 à 150 (verbo « LÉGITIME CONFIANCE (PRINCIPE DE-) ») ; J. THEUNIS, « Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », in *Revue belge de Droit constitutionnel*, 2008, pp. 5-22.

À cet égard, les considérants de l'arrêté en projet justifient l'abrogation de la règle de permanence du facteur « k » pour la durée de l'installation par la nécessité d'éviter une surcharge tarifaire due aux « certificats verts » pour les consommateurs d'électricité, surcharge dont le préambule de l'arrêté en projet indique qu'elle est liée à un volume excédentaire important de certificats verts engendrant un recours massif à la garantie d'achat par Elia et qu'elle « est en constante augmentation ». Ce volume excédentaire résulterait tout particulièrement des producteurs d'électricité à partir d'installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW en raison d'une explosion du nombre d'installations sur le marché.

L'objectif poursuivi est donc, tout en préservant « une garantie de rentabilité des installations de production à partir de panneaux photovoltaïques d'une puissance nette inférieure à 10kW », de diminuer celle-ci, par ailleurs présentée comme « très favorable » dans le préambule de l'arrêté en projet, en modifiant « rapidement la durée d'octroi des certificats verts pour ces mêmes installations, afin de rencontrer l'objectif d'intérêt général de l'ensemble des consommateurs de bénéficier d'une surcharge tarifaire raisonnable »⁶. L'accent est aussi mis, dans le préambule, sur ce que la garantie de rentabilité des installations visées par le dispositif en projet est également rencontrée par l'instauration d'un mécanisme de correction qui vise à assurer que la mesure mise en place est, dans son ensemble, « proportionnelle au but poursuivi ».

Il va de soi que le Gouvernement doit être à même de pouvoir dûment justifier, *in concreto*, les divers motifs invoqués dans le préambule en vue d'étayer l'admissibilité du nouveau système qu'il met en place pour les installations existantes visées dans le paragraphe 1^{er}*bis* en projet. Il lui appartient, notamment, d'apprécier et de pouvoir justifier, d'une part, si, ainsi limité, le volume de certificats verts concernés est tel que la diminution en projet aura une influence significative sur le marché des certificats verts et, par voie de conséquence, sur la surcharge tarifaire due aux « certificats verts » pour les consommateurs d'électricité, et, d'autre part, qu'un résultat similaire ne peut pas être atteint par d'autres mesures moins attentatoires aux principes de la sécurité juridique et de légitime confiance que celles mises en place par l'arrêté en projet, en ce compris l'instauration d'un mécanisme correcteur.

4. Dans le cadre du mécanisme correcteur qu'il met en place, le Gouvernement devra par ailleurs veiller à pouvoir justifier les différences de traitement qu'il crée entre ceux qui pourraient conserver le bénéfice du facteur « k » initialement octroyé et les autres titulaires de certificats verts. Ainsi, il est exigé, pour certains, une absence de rentabilité – alors qu'en la matière, il semble plutôt qu'il faut prendre en compte un taux de rentabilité de

⁶ Dans le point 3 de son avis CD-13k07-CWaPE-816 du 20 novembre 2013, la CWaPE « estime que les installations SOLWATT qui se verraient affectées d'une réduction de la durée d'octroi de 15 ans à 10 ans (facteur 'k' = 0) garderaient un taux de rentabilité égal ou supérieur au taux de rentabilité de référence pour la filière solaire photovoltaïque (7%) (...) ».

référence⁷ – tandis que pour d'autres, il est exigé un simple « effet externe perturbateur sur des conventions ou contrats en cours », sans allusion à une quelconque absence de rentabilité. En effet, tel que le projet est rédigé, il suffit de démontrer l'un des deux éléments énumérés au paragraphe 1^{er}*bis*, alinéa 2, en projet, même si ceux-ci sont, en outre, reliés par la coordination « et/ou ».

5. La rédaction de certaines dispositions manque également de précision. Ainsi, la portée des mots « au regard » et du mot « soutien » dans la phrase du 1^o du paragraphe 1^{er}*bis*, alinéa 2, en projet, qui fait état d' « une absence de rentabilité au regard du soutien octroyé », ainsi que des mots « effet externe perturbateur » qui figurent au 2^o de la même disposition, gagnerait à être clarifiée.

6. La section de législation se demande également comment sera organisée l'articulation entre la procédure de contestation individuelle du nouveau facteur « k » prévue au paragraphe 1^{er}*bis*, alinéa 2, en projet, et l'établissement « de catégories de producteurs », prévu par le paragraphe 1^{er}*ter* en projet, « dont les caractéristiques démontrent qu'ils peuvent bénéficier du facteur « k » fixé conformément au paragraphe 1^{er}, alinéa 6 ». La question se pose, notamment, de savoir si la détermination de la typologie des cas particuliers par le groupe d'experts est un préalable à l'exercice, par le ministre, du pouvoir de dérogation qu'il tient du paragraphe 1^{er}*bis*, alinéas 2 à 4, en projet ou si les deux dispositifs sont, au contraire, autonomes.

7. Le paragraphe 1^{er}*ter*, en projet, prévoit la désignation par le Gouvernement de « 5 membres représentant les intérêts privés et les associations de protection des consommateurs ». Il convient de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par la notion d'« intérêts privés ». Il y a également lieu de prévoir une procédure d'appel public aux candidats afin que toute personne ou association qui marque un intérêt en la matière puisse se manifester et voir sa candidature examinée par le Gouvernement.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Colette GIGOT

Yves KREINS

⁷ Dans son avis CD-13K07-CWaPE-816 du 20 novembre 2013 sur le projet examiné, la CWaPE examine la rentabilité des installations concernées par rapport « au taux de rentabilité de référence pour la filière solaire photovoltaïque (7 %) ».