



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 59.913/4
du 5 octobre 2016

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché du gaz, 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 et l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 décembre 2010 relatif aux certificats et labels de garantie d'origine pour les gaz issus de renouvelables'

Le 25 juillet 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Énergie de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 7 octobre 2016 ^(*), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon 'modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché du gaz, 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 et l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 décembre 2010 relatif aux certificats et labels de garantie d'origine pour les gaz issus de renouvelables'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 5 octobre 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT et Marianne DONY, assesseurs, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 octobre 2016.

*

(*) Par courriel du 27 juillet 2016.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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.

FORMALITÉ PRÉALABLE

Dans son avis ¹, la CWaPE a présenté le soutien proposé par le présent projet d'arrêté du Gouvernement comme suit :

« Le producteur de biométhane tire ses revenus de la vente du gaz produit et de la commercialisation des labels de garantie d'origine qui lui sont octroyés pour l'injection du biométhane dans le réseau de distribution ou de transport. Suite à l'analyse des business plans de rappel à projet biomasse 2014, il apparaît que le prix de vente du gaz et la valorisation des labels de garantie d'origine sont aujourd'hui insuffisants que pour voir émerger des projets viables économiquement.

Dès lors, le mécanisme du soutien proposé par le présent AGW met en oeuvre un soutien composé de trois parties, à savoir :

– La prise en charge des coûts d'installation de la cabine d'injection : l'installation et l'exploitation de la cabine sont à charge du GRD. Les coûts d'installation sont répercutés à l'ensemble des consommateurs ; les coûts d'exploitation sont quant à eux répercutés sur le producteur de biométhane ;

– Un prix d'achat garanti (maximum 40 €/MWh PCS) par le gestionnaire de réseau de distribution (GRD) pour les quantités de biométhane issus d'unités de biométhanisation agricoles, injectées sur le réseau du GRD et dont la capacité nominale est inférieure ou égale 400 Nm³/h ;

– Un soutien majoré au producteur d'électricité verte de la filière cogénération fossile ² souhaitant utiliser des labels de garantie d'origine (LGO) attribués pour l'injection sur les réseaux de transport ou de distribution en Région wallonne de gaz issu de SER. Même s'il n'a jamais été mis en œuvre, faute de projet, l'AGW du 23 décembre 2010 offrait déjà la possibilité d'utiliser des LGO dans une installation de production d'électricité à partir de gaz naturel. Celle-ci améliorait alors virtuellement ses performances environnementales (amélioration du facteur k_{CO_2}) et, par conséquent, bénéficiait d'un meilleur taux d'octroi de certificats verts. Si cette utilisation reste aujourd'hui toujours possible, le présent AGW met en place un système spécifique de modulation du taux d'octroi pour ces installations de production d'électricité verte de la filière cogénération fossile valorisant des LGO permettant d'atteindre une rentabilité de référence.

¹ Avis CD-16f16-CWaPE-1592 du 21 juin 2016, Contexte, p. 8.

² *Note de bas de page de l'avis cité* : La note au Gouvernement fait référence en page 3 au mécanisme de soutien lié au verdissement du combustible des cogénérations. La CWaPE a donc interprété cette précision comme définissant le scope de la mesure envisagée.

Ce soutien, tel qu'il est proposé, permet de garantir un revenu et une viabilité pour les projets à partir d'une capacité nominale d'injection d'environ 250 Nm³/h et d'atteindre des niveaux de soutien comparables à ce qui existe dans les pays voisins. Il permet également de limiter les surprofits dans le chef des producteurs de biométhane vu que ce soutien est, d'une part, plafonné et, d'autre part, calculé pour un taux de rentabilité fixé dans l'arrêté.

Le présent projet d'AGW constitue donc une avancée significative car il met en œuvre une série de dispositions décrétales existantes et permet une valorisation des LGO plus favorable à la rentabilité des projets ».

2. Il apparaît ainsi que c'est un mécanisme de soutien public au secteur de la production de biométhane qui est mis en place, consistant à prendre en charge divers coûts afin de permettre à ce secteur d'atteindre le seuil de rentabilité. En effet, ce mécanisme qui est entièrement piloté par le Gouvernement wallon et la CWaPE, est financièrement pris en charge par les gestionnaires de réseau et ensuite répercuté sur l'ensemble des consommateurs. Or le gestionnaire de réseau est une personne morale de droit public ou une personne morale de droit privé détenue ou contrôlée, directement ou indirectement, au minimum à 70 pour cent par des personnes morales de droit public (article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 19 décembre 2002 précité). Dès lors, ce mécanisme de soutien constitue une aide accordée « au moyen de ressources d'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE ³.

3. De plus, ce régime de soutien, notamment en ce qu'il oblige les gestionnaires de réseau à acheter du gaz issu de sources d'énergie renouvelables produit en Région wallonne et attribue pour ce dernier un label de garantie d'origine, est susceptible d'entraver, à tout le moins indirectement et potentiellement, les importations de gaz en provenance des autres États membres. Ce régime constitue donc une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative aux importations qui pour pouvoir être compatible avec l'article 34 TFUE doit être justifié par des exigences impératives relevant de la protection de l'environnement notamment par le souci de promouvoir une augmentation de l'utilisation des sources d'énergie renouvelables ⁴. Le dossier transmis ne contient aucune analyse de cette question.

4. Le projet doit donc être notifié à la Commission européenne et c'est sous réserve de la suite qu'appellera la notification à la Commission européenne que sont formulées les observations suivantes.

³ Selon une jurisprudence constante, la notion de « ressources d'État » englobe « tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises », le critère déterminant étant que ces moyens restent sous contrôle public et donc à la disposition des autorités publiques. Il en résulte que toutes les ressources, y compris « les ressources financières propres des entreprises publiques doivent être qualifiées de ressources d'État » (C.J.U.E., 16 mai 2002, (France c. Commission), C-482/99).

⁴ Ce qui suppose qu'il soit à la fois apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire à cet effet. Voir notamment en dernier lieu C.J.U.E., 11 septembre 2014, (Essent Belgium), C-204/12 à C-208/12, et C.J.U.E., 29 septembre 2016, (Essent Belgium), C-492/14.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Les alinéas 1^{er} et 2 seront complétés par la mention, pour le premier, de l'article 43 du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité' et pour le second, de l'article 36 du décret du 19 décembre 2002 'relatif à l'organisation du marché régional du gaz'.

2. Il ressort du dossier transmis à la section de législation que l'article 6 du projet trouve son fondement décretaal dans les articles 33^{quater} à 33^{sexies} du décret du 19 décembre 2002.

Ces dispositions seront donc mentionnées à l'alinéa 2 qui sera complété en conséquence.

3. L'arrêté du Gouvernement wallon du 22 juillet 2014 'fixant la répartition des compétences entre les Ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement' ne procure pas de fondement au texte en projet et n'est pas modifié par ce dernier.

Il ne sera pas visé au préambule et l'alinéa 3 sera donc omis.

4. Il ne ressort pas du dossier que le rapport mentionné à l'alinéa 8 a été établi, conformément à l'article 3, 2°, du décret du 11 avril 2014 'visant à la mise en œuvre des résolutions de la Conférence des Nations unies sur les femmes à Pékin de septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques régionales'.

L'auteur du projet veillera à l'accomplissement de la formalité requise et l'alinéa 8 devenant l'alinéa 7 sera complété par la mention de la date de cet accomplissement.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

L'article 2, 13°, en projet définit, en vue de l'application de l'arrêté du 30 mars 2006 'relatif aux obligations de service public dans le marché du gaz', l'expression « besoins propres du gestionnaire de réseau de distribution » comme étant « les besoins annuels du gestionnaire de réseau de distribution en gaz pour livraison directe à des consommateurs finals en sa qualité de fournisseur social ou de fournisseur X ».

Dans la suite des modifications en projet, il convient d'être cohérent avec cette définition.

En conséquence, il n'y a pas lieu, dans l'article 29*septies*, alinéa 2, 2°, a), de mentionner les besoins propres « annuels » de l'ensemble des gestionnaires de réseau de distribution wallons.

Soit cet adjectif sera omis dans l'article 29*septies*, alinéa 2, 2°, a), en projet, soit, ce qui contribuerait à une meilleure lisibilité du texte en projet, il sera omis de la définition figurant à l'article 2, 13°, et mentionné dans le dispositif de l'arrêté chaque fois qu'il y a lieu.

Articles 1^{er} et 3

L'article 2, 14°, en projet de l'arrêté du 30 mars 2006 définit la notion de « labels de garanties d'origine « gaz issu de sources d'énergies renouvelables (en abrégé SER) ». Cette notion n'est toutefois pas utilisée dans l'arrêté modifié, l'article 29*quinquies*, § 1^{er}, alinéa 5, 4°, en projet utilisant l'expression « labels de garantie gaz SER ».

Par ailleurs, l'article 2, 20°, en projet de l'arrêté du 30 novembre 2006 'relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération' fait mention de la même notion, quoiqu'en des termes non exactement identiques, à savoir « labels de garantie d'origine 'gaz issu de sources d'énergies renouvelables (en abrégé : gaz SER)' ». Dans la suite des modifications apportées à l'arrêté du 30 novembre 2006, alors que les articles 15, § 3, et 15*decies*, § 1^{er}, en projet utilisent de manière cohérente l'expression « labels de garantie d'origine gaz SER », l'article 15*decies*, § 2, 3°, en projet, recourt à l'expression « LGO gaz SER ».

Enfin, les définitions données à cette notion par l'article 2, 14°, en projet de l'arrêté du 30 mars 2006 et par l'article 2, 20°, en projet de l'arrêté du 30 novembre 2006 ne sont pas rigoureusement identiques.

Au vu de ces éléments et compte tenu de ce que l'article 2, 6°, du décret du 19 décembre 2002 fait déjà mention de la notion de « gaz issu de sources d'énergies renouvelables (en abrégé « gaz issu de SER) », il convient de revoir les définitions figurant à l'article 2, 14°, en projet et à l'article 2, 20°, en projet, dans le sens suivant : « 'Labels de garantie d'origine gaz issu de SER, en abrégé : LGO gaz SER' : labels de garantie d'origine attribués par la CWaPE pour les gaz issus de sources d'énergies renouvelables qui sont produits et injectés en Région wallonne sur le réseau de distribution et de transport de gaz naturel, en application de (la suite comme au projet) ».

L'article 29*quinquies*, § 1^{er}, alinéa 5, 4°, en projet de l'arrêté du 30 mars 2006, ainsi que les articles 15, § 3, et 15*decies*, § 1^{er}, en projet de l'arrêté du 30 novembre 2006, seront revus en conséquence.

Article 2

1. L'article 29^{quater} en projet, alinéa 2, 4°, ainsi que l'article 29^{sexies} en projet font références aux « prescriptions relatives à la qualité minimale du gaz SER établies par Synergrid », qui est la Fédération des gestionnaires de réseaux électricité et gaz en Belgique et qui se donne pour mission de veiller aux intérêts communs des gestionnaires des réseaux en Belgique pour la transmission d'électricité (Elia), pour le transport du gaz naturel (Fluxys) et pour la distribution d'électricité et du gaz naturel (gestionnaires de réseaux de distribution – GRD) ⁵.

L'arrêté en projet entend ainsi rendre obligatoire, en tant que niveau minimum à atteindre, des prescriptions établies par une fédération qui ne constitue pas une autorité administrative soumise à une responsabilité politique.

Dans ce contexte, il appartient au Gouvernement, s'il veut rendre obligatoire ces normes, d'en assurer l'accessibilité aux producteurs intéressés aux fins de garantir leur opposabilité aux destinataires. Il en va de même de leurs modifications futures.

2. S'agissant de l'article 29^{quinquies} en projet, l'auteur du projet doit, au regard du principe d'égalité, être en mesure de justifier le régime mis en place, lequel est limité aux seules unités de biométhanisation agricoles neuves, dont, par ailleurs, la capacité totale de production de gaz SER est inférieure ou égale à 5 MW PCS.

Certes, l'avis donné le 21 juin 2016 par la CWaPE sur le texte en projet contient certains éléments de justification, comme la circonstance que d'autres filières, comme les centres de traitement des déchets ménagers et de traitement des eaux usées, peuvent régulièrement être exclues du mécanisme en projet dès lors que « ces autres filières ne nécessitent pas un tel niveau de soutien étant donné le coût plus faible de leurs intrants ».

Par ailleurs, la justification de la limitation du mécanisme aux installations « neuves » n'apparaît pas du dossier.

Toutefois, l'auteur du projet doit être en mesure de justifier de manière circonstanciée les limites du champ d'application du mécanisme en projet et les conditions mises à son bénéfice sur la base d'éléments concrets et chiffrés aux fins d'éviter toute critique au regard du principe d'égalité.

3. Il ressort de la note au Gouvernement relative au dossier à l'examen que l'article 29^{quinquies} en projet entend mettre en œuvre l'article 34 du décret du 19 décembre 2002.

⁵ www.synergrid.be.

À cet égard, il convient de relever que, comme le souligne la CWaPE dans son avis relatif au texte en projet, cet article 34 impose une décision annuelle relative au mécanisme concerné puisqu'il dispose comme suit :

« Pour encourager la production de gaz issu de SER en Région wallonne, le Gouvernement peut, après avis de la CWaPE et en concertation avec les gestionnaires de réseaux, établir un mécanisme d'aide à la production ou à l'injection dans un réseau de distribution de gaz naturel en faveur des producteurs de gaz issu de SER situés sur le territoire wallon.

Le Gouvernement détermine annuellement, après avis de la CWaPE, le montant à accorder à chaque kWh de gaz produit ou injecté à partir de sources d'énergie renouvelables. Ce montant peut varier selon la source d'énergie renouvelable et la technologie utilisées ».

La détermination annuelle du montant à accorder nécessite ainsi une décision positive annuelle du Gouvernement, après avis de la CWaPE, qui n'est pas prévue par le texte en projet : celui-ci se borne en effet à mettre en place un mécanisme d'indexation annuelle selon des critères définis à l'article 29quinquies, § 1^{er}, alinéa 3, alors que le texte proposé à l'origine, tel qu'amendé par la CWaPE dans son avis y relatif, prévoyait un mécanisme annuel de révision, à l'article 29quinquies, § 2, alors en projet, disposition supprimée dans la version adoptée par le Gouvernement en deuxième lecture.

Si l'auteur du projet entend se maintenir dans le cadre de l'article 34 du décret du 19 décembre 2002, il convient alors de revoir le texte en projet aux fins de se conformer au prescrit de la disposition décréte.

Toutefois, la question se pose de savoir si le mécanisme en projet s'inscrit, non pas tant dans le cadre de l'article 34 précité que dans celui de l'article 32, § 1^{er}, 4^o, c), du même décret qui, d'une part, contrairement, à l'article 32, § 1^{er}, 4^o, d), ne renvoie pas à l'article 34, et qui, d'autre part, permet au Gouvernement d'imposer aux gestionnaires de réseaux des obligations de service public, consistant dans l'obligation d'« acheter, à la demande des producteurs et dans les limites de leurs besoins propres, en ce compris la fourniture aux clients finals dans les cas prévus par le présent décret, à un prix garanti, et suivant les modalités, définies par le Gouvernement après avis de la CWaPE, du gaz issus de SER produit et injecté dans le réseau de distribution ou de transport par des installations établies en Région wallonne ».

Quelle que soit l'intention de l'auteur du projet, il lui appartient de décider de manière expresse et non ambiguë dans quel cadre décreta il entend se placer, et de revoir le système en projet de sorte qu'il se conforme au cadre retenu.

4. L'article 29quinquies, § 1^{er}, alinéa 2, en projet attribue à la CWaPE le pouvoir de fixer le prix d'achat garanti, après concertation avec l'Administration.

Que la volonté de l'auteur du projet d'arrêta soit de mettre en œuvre l'article 34 du décret du 19 décembre 2002 ou son article 32, § 1^{er}, 4^o, c), il y a lieu de constater que ces

deux dispositions décrétales confient à la CWaPE un pouvoir d'avis, de sorte que l'arrêté en projet ne peut confier à la CWaPE, ni le pouvoir de déterminer annuellement « le montant à accorder à chaque kWh de gaz produit ou injecté à partir de sources d'énergie renouvelables », ni le pouvoir de fixer le prix d'achat garanti.

La disposition sera en tout état de cause revue sur ce point.

Article 3

Des 20° et 21° ayant déjà été insérés par un arrêté du 23 juin 2016, il convient de compléter l'article 2 en projet par des 22° et 23°.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY