



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.115/4
du 18 février 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘modifiant le
décret du 12 avril 2001 relatif à l’organisation du marché
régional de l’électricité’

Le 27 décembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Budget, des Finances, de l'Énergie, du Climat et des Aéroports de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 18 février 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 février 2019.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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 appelle les observations suivantes.

OBSERVATION PRÉALABLE

Au vu de la très grande abondance des dossiers actuellement soumis à l'avis de la section de législation, il n'a pas été possible de procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet, même limité aux trois points indiqués dans l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Par ailleurs, il ressort du dossier et des différents avis donnés par les principaux intervenants du secteur, à savoir le gestionnaire de réseau de transport local Elia, la CWaPE et la CREG, que le mécanisme de financement envisagé par l'avant-projet de décret relève d'un haut niveau de technicité en matière de finance, tel qu'il a été difficile pour certains intervenants consultés d'être certains d'en appréhender tous les aspects, la portée et les effets¹.

Faute d'une connaissance particulière des aspects éminemment techniques relevant de la finance qu'envisage l'avant-projet et des données concrètes à prendre en considération, et n'ayant par ailleurs pas la possibilité juridique d'organiser un débat contradictoire à ce sujet, la section de législation ne peut que prendre acte des explications données, sans pouvoir se prononcer de manière tranchée sur la pertinence et l'admissibilité juridique du mécanisme projeté.

Il en va d'autant plus ainsi que sur nombre d'aspects centraux, certaines questions ne paraissent pas avoir été examinées, à ce stade, par l'auteur de l'avant-projet, de sorte que sur différents points, la réflexion devant mener à l'adoption du texte en projet ne semble pas aboutie.

Le présent avis se limite donc à relever certaines questions en matière de droit européen notamment, qu'il s'avère, à ce stade, difficile de trancher.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Ainsi, dans son avis du 18 octobre 2018, la CREG « relève ne pas avoir été associée en amont à la modélisation du système de financement. À cet égard, la CREG espère dès lors avoir saisi l'ensemble des subtilités que ce dernier comprend ».

Il va de soi que, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, il ne peut rien être déduit du silence gardé dans le présent avis sur certaines dispositions ou certaines questions.

QUANT AU DROIT EUROPÉEN EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

1. En modifiant l'article 34, 4°, du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'², l'avant-projet à l'examen entend confier une nouvelle obligation de service public au gestionnaire de réseau de transport local (ci-après, le GRTL) en matière de protection de l'environnement, qui aura pour objet de « couvrir les couts liés aux opérations de mobilisation visées à l'article 42/2, y compris les couts liés aux achats de certificats verts visés aux points d) et f) et concernés par une opération de mobilisation ».

L'exposé des motifs synthétise le mécanisme de mobilisation comme suit :

« Le mécanisme de mobilisation implique que tous les couts liés à l'achat des certificats verts par le GRTL (de par l'obligation de service public du GRTL) et tous les couts liés au financement de cette obligation pour la durée de l'opération de mobilisation, seront couverts, de manière étalée dans le temps, via une surcharge à payer par les détenteurs d'accès et les gestionnaires de réseau de distribution ('troisième terme de la surcharge certificats verts'). Tous les montants de la surcharge seront compris dans des créances spéciales en vertu de ce décret ('créances SEV'). Le montant de cette surcharge sera facturé par le GRTL et sera mentionné explicitement et séparément des autres tarifs et des taxes, redevances et surcharges sur les factures aux détenteurs d'accès et les gestionnaires de réseau de distribution.

Une créance SEV repose sur l'association du montant de l'achat d'un certificat vert à retirer du marché et du droit à récupérer ce montant (et intérêts liés au financement) étalé sur un horizon de plusieurs années.

Le mécanisme de mobilisation consiste en une combinaison des éléments suivants :

(a) la cession de ces créances SEV par le GRTL à une société de financement constituée spécifiquement pour les besoins d'une ou plusieurs opérations de mobilisation (la 'société émettrice') contre un prix payé par cette société ;

(b) le financement de la société émettrice pour ce prix par l'émission d'instruments financiers à long terme ;

(c) l'introduction d'un troisième terme de la surcharge à facturer par le GRTL en vue de la récupération des créances SEV ;

(d) l'encaissement des créances SEV par la facturation, pour le compte de la société émettrice, du troisième terme de la surcharge certificats verts par le GRTL aux gestionnaires de réseau de distribution et aux détenteurs d'accès en charge des utilisateurs de réseau directement raccordés au réseau du gestionnaire du réseau de transport local ;

² Article 2 de l'avant-projet.

(e) le transfert des montants encaissés par le gestionnaire du réseau de transport local à la société émettrice ».

2. En substance, ce mécanisme de mobilisation repose sur la prévision, effectuée par le GRTL, qu'il sera amené à acheter une quantité « significative » de certificats verts à prix maximum garanti. Aussi, si, face à un tel constat, le GRTL est, selon l'article 42/2, § 1^{er}, alinéa 2, en projet (article 6 de l'avant-projet) tenu de faire appel au mécanisme de mobilisation, le déclenchement du processus et l'initiation de la nouvelle mission de service public qui lui est confiée, reposent-ils, quoi qu'il en soit, sur une appréciation subjective du GRTL.

Ensuite, le mécanisme de mobilisation implique, en amont, la conclusion d'une convention-cadre entre le GRTL et la « société émettrice mise en place avec l'aval du Gouvernement »³, qui aura pour objet de permettre notamment la détermination du montant payé par la société émettrice au GRTL lors de la cession d'une ou plusieurs créances SEV. Cette convention-cadre est communiquée préalablement à sa conclusion au Gouvernement, à la CWaPE et à la CREG, sans qu'aucun pouvoir soient confiés à ces intervenants, tel un pouvoir d'amendement ou d'approbation⁴⁻⁵.

Après la conclusion de cette convention-cadre, et eu égard aux données qui lui sont transmises par les différents intervenants, le Gouvernement peut imposer au GRTL, en concertation avec la société émettrice et « l'organisme financier sélectionné par le Gouvernement »⁶, de rassembler un dossier préparatoire en vue d'une opération de mobilisation⁷.

À la suite de l'instruction qui s'ensuit, le Gouvernement décide de procéder ou non à l'opération de mobilisation. Dans l'affirmative, l'arrêté du Gouvernement précise le nombre maximal de certificats vert à traiter, la durée des instruments financiers, la fourchette entre le taux minimal et le taux maximal pour la préparation de l'émission correspondante, ainsi que le cout annuel maximal qui peut être pris en compte dans un rapport annuel déterminé. Le même arrêté fixent les conditions permettant d'assurer que les sommes visées par l'article 34, 4^o, i), « ne sont pas inscrites au bilan du gestionnaire du réseau de transport local et que les cessions de créances SEV par le gestionnaire du réseau de transport local à la société émettrice se fassent sans aucune garantie de sa part et sans recours contre lui »⁸.

³ Voir l'article 42/2, § 1^{er}, alinéa 2, en projet.

⁴ Concernant la CREG, il y a lieu de souligner, pour autant que de besoin, que la Région wallonne est sans titre de compétence pour lui imposer des obligations ou lui confier des missions par voie unilatérale.

⁵ Voir l'article 42/2, § 2, 1^o, et § 3, en projet.

⁶ Voir l'article 42/2, § 1^{er}, alinéa 2, en projet.

⁷ Voir l'article 42/2, § 5, alinéa 1^{er}, en projet.

⁸ Voir l'article 42/2, § 6, alinéa 2, en projet.

La suite de l'opération de mobilisation implique que la société émettrice procède à l'émission des instruments financiers dans les limites de la convention-cadre et dans les conditions fixées par le Gouvernement. Avant la date de chaque cession de créance SEV, le GRTL et la société émettrice déterminent selon les modalités fixées dans la convention-cadre le nombre précis de certificats verts à prendre en compte pour cette cession, le calcul du montant des coûts relatifs à ces achats qui seront à couvrir par le composant dédicacé au troisième terme de la surcharge des certificats verts et une proposition de date de cession des créances concernées ⁹.

Une fois la proposition du GRTL et de la société émettrice validée par la CWaPE, l'opération de mobilisation est lancée et le GRTL cède la créance SEV à la société émettrice à la date de cession validée par la CWaPE. Après cette date, les certificats verts sont « annulés » dans la banque de données de la CWaPE.

Avec les montants levés lors d'une émission d'instruments financiers résultant d'une « opération de mobilisation déterminée », la société émettrice achète plusieurs créances SEV échelonnées selon des dates de cession distinctes ¹⁰.

Après la date de la cession, la société émettrice devient, de plein droit, le titulaire irrévocable et exclusif de la créance SEV, à l'exclusion du GRTL et de ses créanciers et les personnes à qui le troisième terme de la surcharge certificats verts est facturé, deviennent, de plein droit, débiteurs de la société émettrice ¹¹.

Le GRTL « facture » ensuite le troisième terme de la surcharge et reste responsable de l'encaissement auprès des gestionnaires de réseau de distribution et des détenteurs d'accès « pour le compte de la société émettrice ». Il transfère ensuite les montants encaissés vers la société émettrice selon les modalités fixées par la convention-cadre ¹².

Le système en projet, entre autres, impose ensuite des obligations de rapportage, et de tenue de registre et encadre le mécanisme en place par la définition de notions centrales ¹³.

Enfin, l'article 42/2, § 17, en projet prévoit un régime transitoire pour l'année 2019. Toutefois les données chiffrées qui constituent les éléments centraux de ce régime et qui devraient figurer dans le texte en projet ne sont pas complétées.

⁹ Voir l'article 42/2, § 8, en projet.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Voir l'article 42/2, § 9, en projet.

¹² *Idem.*

¹³ Voir l'article 42/2, §§ 10 à 16, en projet.

Le paragraphe 17, alinéa 1^{er}, en projet est ainsi rédigé :

« Par dérogation aux § 5 et 6, pour l'année 2019, les conditions de la première opération de mobilisation sont fixées comme suit :

a) Le nombre maximal de certificats verts à traiter dans le cadre de cette opération est de [n.nnn nnn] certificats ;

b) la durée des instruments financiers est au maximum de [yy ans] ;

c) la fourchette entre le taux d'intérêt minimal et le taux d'intérêt maximal pour la préparation de l'émission correspondante est de [il% ; i.2%] ;

d) le cout annuel maximal relatif à l'année 2020 et qui peut être pris en compte dans le rapport annuel visé au § 10 est de [mm MEUR] ».

3. Il résulte de ce bref résumé du système en projet que celui-ci, comme déjà souligné, est extrêmement complexe, et repose sur des éléments indéterminés, soit parce qu'ils seront à fixer via l'adoption d'une convention-cadre entre le GRTL ou par des décisions appelées à intervenir sur la base d'un dossier préparatoire, décisions propres à chaque opération de mobilisation et portant sur des éléments essentiels de celle-ci – comme le nombre maximal de certificats verts à traiter et la durée des instruments financiers –, soit parce que ces éléments, qui sont appelés à être fixés par l'avant-projet lui-même, ne le sont pas¹⁴. Dans le même ordre d'idées, il convient de relever que l'ensemble du mécanisme repose, d'une part, sur la prévision du GRTL à qui une nouvelle obligation de service public est confiée, « qu'il sera amené à acheter une quantité significative de certificats verts » et, d'autre part, sur la collaboration de celui-ci avec un organisme financier sélectionné par le Gouvernement et une société émettrice « mise en place avec l'aval du Gouvernement ».

Il est ainsi très délicat d'appréhender pleinement les incidences du mécanisme mis en place en termes de portée même de mission de service public et du financement de celle-ci.

Sur ce dernier point, il y a toutefois lieu de retenir que si, une fois la créance SEV cédée, il incombe au GRTL de « facturer » le troisième terme de la surcharge certificats verts auprès des gestionnaires de réseau de distribution et des détenteurs d'accès pour le compte de la société émettrice à charge de lui transférer ensuite ce montant, les certificats verts sont pour leur part « annulés », et que la cession de créance se fait sans aucune garantie de la part du GRTL et sans recours contre lui. De manière plus synthétique, l'on retiendra que le mécanisme en projet vise avant tout à permettre un mode de financement de l'obligation de service public qui est imposée au GRTL par l'article 34, 4°, d) et f), du décret du 12 avril 2001, à savoir, en bref, l'achat de certificats verts.

¹⁴ Voir l'article 42/2, § 17, en projet.

4. S'agissant du procédé consistant à confier une obligation ou mission de service public à un opérateur déterminé et à assurer son financement, la section de législation a déjà rappelé¹⁵, particulièrement en ce qui concerne le marché de l'électricité, que lorsque l'autorité entend ainsi attribuer un mandat à une ou plusieurs personnes morales, en vue d'accomplir une mission consistant en un « service d'intérêt économique général », au sens de l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), elle est soumise à certaines exigences relevant du droit européen, spécialement celles relatives aux aides d'État, ensemble d'exigences nombreuses et complexes qui se déduisent d'instruments juridiques précis et sont établies au nom du respect des règles relatives au marché intérieur et à la concurrence.

Ces règles, qui trouvent leur siège dans les articles 107 à 109 du TFUE, telles que précisées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, trouvent principalement leur expression ou leur rappel dans la communication 2012/C 8/02 de la Commission du 20 décembre 2011 'relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général', le règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général', la décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 'relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général' et la communication 2012/C 8/03 de la Commission du 11 janvier 2012 'Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011)'.

Les règles contenues dans ces instruments juridiques de l'Union européenne portent notamment sur les conditions à remplir pour charger correctement un prestataire d'effectuer des obligations de service public, sur les paramètres à prendre en compte pour calculer la compensation, sur la nécessité d'éviter toute surcompensation et sur les règles à respecter pour sélectionner le ou les prestataires du service, et ce aux fins de permettre que le mécanisme mis en place ne soit pas susceptible de fausser la concurrence.

¹⁵ Voir l'avis n° 61.540/4 donné le 22 mai 2017 sur un avant-projet devenu le décret du 29 juin 2017 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 5 mars 2008 portant constitution de l'Agence wallonne de l'Air et du Climat', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2016-2017, n° 809/1, pp. 17 à 23, www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61540.pdf.

5. En l'espèce, compte tenu de la conception-même du système en projet, la qualification de « service d'intérêt économique général » pose question dès lors que l'auteur de l'avant-projet entend certes classer l'activité concernée comme étant d'intérêt général et la soumettre à des obligations spécifiques de service public ¹⁶, mais que l'activité exercée ne consiste pas directement à « offrir des biens ou des services sur un marché donné » ¹⁷⁻¹⁸ : les créances SEV sont ainsi cédées à une seule et même personne.

Par conséquent, le mécanisme envisagé, par les incertitudes ou lacunes qu'il contient et sa complexité technique, rend délicate la qualification même de l'opération.

6. À cet égard, il convient néanmoins d'observer que, dans son avis donné sur l'avant-projet à l'examen le 6 novembre 2018, Elia expose ce qui suit :

« Dès lors que les réformes envisagées portent sur la révision d'un régime d'aide d'État (que ce soit l'octroi des CV ou la contribution au financement du mécanisme de soutien), celles-ci devront faire l'objet d'une notification à la Commission européenne.

Elia dispose d'un intérêt personnel à ce que cette obligation soit respectée, de manière à éviter les risques financiers qui résulteraient du constat *a posteriori* d'une non-conformité avec les règles en matière d'aides d'État ».

Quant à la CREG, dans son avis émis le 18 octobre 2018, elle mentionne que :

« La CREG observe également à ce stade que la Note au Gouvernement wallon ne fait pas mention d'une éventuelle notification du dossier à la Commission européenne préalablement à l'entrée en vigueur de l'avant-projet de décret et du projet d'arrêté.

La CREG est d'avis qu'une analyse approfondie des mécanismes proposés doit intervenir au regard des règles applicables en matière d'aide d'état, avant d'écarter toute procédure de notification, et le cas échéant, que des dispositions transitoires visant à suspendre l'entrée en vigueur des textes à l'aval de la Commission européennes soient insérées dans ces derniers ».

En conclusion, elle « rappelle, à ce stade, la nécessité d'examiner la réforme envisagée au regard des règles européennes en matière d'aides d'État et de procéder aux notifications éventuelles qui en découlent ».

¹⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 novembre 2007 accompagnant la communication, intitulée « Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle » – Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM (2007) 725 final.

¹⁷ C.J., arrêt *Commission c. Italie*, 18 juin 1998, C-35/96, § 36, ECLI:EU:C:1998:303 ; arrêt *Pavel Pavlov e.a. c. Stichting Pensioenfond Medische Specialisten*, 12 septembre 2000, C-180/98 à C-184/98, § 75, ECLI:EU:C:2000:428.

¹⁸ Sur la notion de « service d'intérêt économique général », voir notamment l'avis n° 58.287/4 donné le 4 novembre 2015 sur un avant-projet devenu le décret du 11 mars 2016 'modifiant le Livre II du Code de l'Environnement contenant le Code de l'Eau en vue de déclarer les secteurs publics issus du domaine de l'eau comme étant des services d'intérêt économique général', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2015-2016, n° 369/1, pp. 8 à 12, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/58287.pdf>.

À la suite de ces différents avis, la note au Gouvernement relative au texte en projet mentionne ce qui suit :

« D'autre part, les avis ont généralement relevé qu'une analyse approfondie du mécanisme proposé devrait intervenir au regard des [règles] applicables en matière d'aides d'État. Ce point fera l'objet d'une analyse spécifique dans le cadre de la réforme du mécanisme des certificats verts qui sera proposé en deuxième lecture au Gouvernement dans les semaines à venir ».

Il en résulte que les incidences du mécanisme en projet dans une matière dans laquelle les aspects de droit européen en matière d'aides d'État revêtent un caractère crucial n'ont pas encore fait l'objet d'une analyse approfondie.

Dans ces conditions, la section de législation, à défaut de pouvoir disposer des conclusions d'une analyse à laquelle l'auteur de l'avant-projet doit encore lui-même se livrer ne peut, en l'état du dossier se prononcer sur cette délicate question.

Il appartiendra à l'auteur de l'avant-projet de s'assurer que l'ensemble des règles en matière de concurrence et d'aides d'État seront respectées dans le cadre des opérations de mobilisation envisagées, à défaut de quoi, les avantages générés, sous une forme ou une autre, au profit de la ou des personnes désignées seraient susceptibles d'être qualifiés d'aides incompatibles avec le marché intérieur.

QUANT À « L'ORGANISME FINANCIER SÉLECTIONNÉ PAR LE GOUVERNEMENT » ET LA « SOCIÉTÉ ÉMETTRICE MISE EN PLACE AVEC L'AVAL DU GOUVERNEMENT »

L'ensemble du mécanisme de financement en projet repose sur la collaboration entre le GRTL et un « organisme financier sélectionné par le Gouvernement » et une « société émettrice mise en place avec l'aval du Gouvernement »¹⁹, cette dernière étant définie par le texte en projet comme étant « une société de financement qui investit en créances SEV constituée pour les besoins d'une ou plusieurs opérations de mobilisation ».

L'avant-projet ne précise

– ni comment l'organisme financier aura été ou sera sélectionné par le Gouvernement ;

– ni comment, selon quelles conditions et procédure et par qui, sera constituée la société émettrice ;

– ni selon quelles conditions et procédure le Gouvernement donnera « son aval » à la « mise en place » de ladite société émettrice, ces termes ayant au demeurant une portée peu juridique ;

¹⁹ Voir e.a. l'article 42/2, § 1^{er}, en projet.

– ni si plusieurs sociétés émettrices pourront être constituées ou pourront se succéder dans le temps et ce alors que la définition même de la « société émettrice » laisse à penser que plusieurs sociétés pourraient être constituées puisqu'une société émettrice peut être constituée pour une seule opération de mobilisation, alors que le décret en projet en permet plusieurs.

Par ailleurs, alors qu'il envisage et règle l'hypothèse dans laquelle le mandat du GRTL prend fin avant le terme de l'opération de mobilisation, il ne traite pas de l'hypothèse dans laquelle la société émettrice serait elle-même défaillante pour une raison ou une autre.

À ce propos, l'avis donné par l'Inspecteur des Finances le 17 juillet 2018 sur l'avant-projet à l'examen mentionne ce qui suit :

« La piste retenue par le GW le 3 mai dernier (point A23) fut celle d'une consultation visant à désigner un partenaire financier chargé de mettre au point une structure de financement du volume des CV que le GRTL (ELIA) devra encore acquérir dans le futur au prix minimum garanti de 65€ selon l'OSP qui lui incombe, Le montant à financer sur la période 2018-2025 est estimé à 1,8 milliards € ».

Il précise par ailleurs :

« Cette consultation semble élargir à la catégorie des services financiers non soumis à la législation des marchés publics. L'IF n'ayant aucunement été associée à cette procédure, elle supposera que les principes généraux d'égalité, de transparence et de non-discriminations issus du Traité de l'U.E. ont toutefois bien été, et seront, respectés. Se pose également la question des conditions de financement (taux d'intérêt de référence, marges, prime de risque éventuelle, frais de gestion, etc.), inconnues à ce stade, mais qu'il appartiendra à la Région d'apprécier en temps utile avant d'envisager une désignation définitive de la SIC. Il s'agit de ne pas perdre de vue en effet que, même lissé, ce financement sera in fine supporté par les consommateurs wallon au travers de la surcharge OSP ».

Sur ce point, la note au Gouvernement mentionne pour sa part :

« [...] pour rappel, suite à une décision du Gouvernement du 04 mai 2018, le Ministre de l'Energie a lancé une consultation des marchés financiers en application des articles 28, 5° et/ou 6° de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Suite à cette consultation, l'offre de BNP Paribas Fortis a été retenue par le Gouvernement le 13 septembre 2018. Ce même jour, le Gouvernement chargeait également le Ministre de finaliser les négociations avec BNP Paribas Fortis comme partenaire financier afin de structurer et d'organiser la distribution de l'opération de financement du volume des certificats verts que le GRTL devra encore acquérir dans le futur au prix minimum garanti de 65€ selon l'OSP qui lui incombe et de représenter le dossier suivant la finalisation de ces négociations au Gouvernement.

Le 08 novembre 2018, le Gouvernement a chargé le Ministre de l'Énergie de signer la lettre de mandat confirmant l'accord entre BNP Paribas Fortis et la Région wallonne en vue de mettre en place la structure de financement des certificats verts. Cette lettre de mandat instaure également les missions et obligations des parties. Dans ce cadre, la Banque s'engage à déployer ses meilleurs efforts afin de réaliser les

actions visant à assurer le montage de la structuration, en ce compris la création de la société émettrice (Une fois que celle-ci sera émise, elle devra être notifiée au GRTL). Elle s'engage également à agir en tant qu'agent de placement des obligations. La Région, de son côté, a l'opportunité de procéder ou pas à une émission obligataire en fonction de l'évolution du marché des certificats verts ou en fonction de l'évolution des taux par exemple ».

Vu les lacunes du texte en projet, énumérées ci-avant, ces explications, qui sont peu précises, ne permettent pas de qualifier juridiquement ni l'opération envisagée dans le cadre de l'accord conclu avec l'organisme financier concerné, ni d'examiner si l'ensemble du mécanisme mis en place, en ce compris la constitution de la société émettrice, est ou non conforme aux principes rappelés dans l'avis de l'Inspecteur des Finances, et ne méconnaît pas le droit européen et interne, spécialement en matière de marchés publics, de concessions de service public, ou encore d'aides d'État.

Le texte en projet doit être revu aux fins de lever toutes les incertitudes attachées au système mis en place, dans le respect des règles rappelées ci-avant.

QUANT À L'ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION

Les incertitudes, habilitations diverses et lacunes de l'avant-projet de décret, telles que déjà décrites aux observations II et III ci-avant amènent à conclure que le système mis en place n'est pas suffisamment encadré au regard de l'article 23 de la Constitution et du droit à la protection d'un environnement sain que cette disposition garantit, lequel droit est ici en jeu dès lors que le mécanisme envisagé s'inscrit au sein de l'article 34, 4°, du décret du 12 avril 2001, lequel traite des obligations de services public imposées au GRTL « en matière de protection de l'environnement ».

L'avant-projet doit également être revu au regard de cette exigence.

QUANT À L'INTERVENTION DE LA CREG TELLE QUE PRÉVUE PAR L'AVANT-PROJET

L'avant-projet à l'examen instaure des obligations de communiquer divers documents à la CREG ou émanant de celle-ci. Par ailleurs, la CWaPE est appelée à rendre un avis sur le dossier préparatoire « après avoir recueilli les éventuelles observations de la CREG »²⁰. Enfin, le GRTL est tenu, ni nécessaire, de communiquer une proposition tarifaire auprès de la CREG.

Si la CREG est ainsi intégrée dans l'avant-projet de décret, aucune obligation ne lui est imposée en tant que telle.

²⁰ Voir l'article 42/2, § 6, alinéa 1^{er}, en projet.

Comme il ressort de la note au Gouvernement, tel n'était pas le cas dans l'avant-projet initial soumis aux différentes instances consultées, puisque l'article 42/2, § 3, alors en projet entendait recueillir l'approbation de la CREG sur chacune des opérations de financement CV.

À la suite d'une observation de la CREG sur ce point spécifique, l'avant-projet a été modifié.

Dès lors qu'aucune obligation n'est plus ainsi imposée à la CREG, l'avant-projet ne pose en principe pas de difficulté au regard de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et la Région wallonne sur ce point.

Il reste que la note au Gouvernement mentionne encore ce qui suit, concernant l'avant-projet soumis pour avis à la section de législation :

« Dès lors, le projet de décret n'a pas pour objectif [de] toucher aux compétences exclusives de la CREG en matières de tarifs. La CREG pourra toujours apprécier la hauteur du troisième terme de la surcharge certificats verts dans le temps et se prononcer sur le caractère raisonnable des coûts liés à l'opération de mobilisation. Néanmoins, l'implication préalable de la CREG durant le processus de financement CV vise à donner davantage de sécurité juridique que possible au GRTL et à la société émettrice et ce, afin d'éviter que la CREG ne puisse formuler par après ses éventuelles objections ».

Compte tenu de la dernière phrase de cet extrait de la note au Gouvernement, il est bien évident que l'implication préalable de la CREG durant le processus de financement ne peut avoir d'effet sur les missions et pouvoirs que l'autorité fédérale a attribués à la CREG dans le cadre de ses compétences.

QUANT À D'AUTRES ASPECTS INABOUTIS

D'autres éléments figurant au dossier transmis à la section de législation attestent du manque d'aboutissement de la réflexion menant à l'adoption de l'avant-projet.

La section de législation retient sur ce point les éléments suivants :

1. La note au Gouvernement expose ce qui suit, s'agissant de l'exonération du premier terme de la surcharge certificats verts :

« Exonération du premier terme

‘En outre, le Pôle Energie relève un effet pervers possible en cas de diminution importante du premier terme de la surcharge CV lors des premières années du mécanisme envisagé. En effet, cette diminution pourrait conduire certains consommateurs finals à ne plus solliciter une exonération sur ce terme et par conséquent à ne plus devoir payer le second terme qui finance les coûts de la mise en réserve des certificats verts’.

La CREG et la CWaPE ont également soulevé ce point. Concernant cette problématique, Elia 'recommande dès lors une modification du second terme de la surcharge et/ou du mode de financement de l'opération de portage, pour éviter le risque identifié'.

Il est proposé de prendre acte des limites données par les acteurs. Concrètement, deux solutions sont envisagées.

La première est de laisser les dispositions actuelles ; ce qui maintient le fait que les acteurs bénéficiant d'une exonération paient le second terme de la surcharge.

Celui-ci sera donc potentiellement plus élevé que le 3ème terme de la surcharge lié au mécanisme de 'mobilisation'.

La seconde est de transférer le second terme sur le premier ; ce qui aurait comme effet de faire payer les frais de financement du portage à l'ensemble des consommateurs mais, *in fine*, de les diminuer.

Il est proposé de laisser ce point en suspens et de demander au GRTL des simulations chiffrées sur l'impact de ces deux mesures afin que le Gouvernement puisse prendre une décision éclairée. Néanmoins, une modification dans l'avant-projet de décret est faite suivant la 2^{ème} option afin d'avoir l'avis du Conseil d'État sur le sujet ».

De cet extrait de la note au Gouvernement, il ressort que le Gouvernement ne dispose pas des données chiffrées permettant de déterminer l'impact des deux branches de l'alternative envisagée et n'est donc pas en état de « prendre une décision éclairée ».

À fortiori, la section de législation n'est-elle pas en mesure d'examiner utilement le projet et de formuler une observation circonstanciée sur l'aspect ici évoqué, notamment au regard du respect du principe d'égalité.

2. Il ressort du dossier communiqué au Conseil d'État que le mécanisme en projet pose question au regard du cadre européen en matière de comptes nationaux et régionaux ²¹.

Ainsi, l'avis de l'Inspecteur des Finances donné le 17 juillet 2018 mentionne que

« L'I.F. a pu prendre connaissance de l'avis remis en première approche par la CIF le 16/07/2018. Il en ressort qu'un risque de rapatriement de l'opération de financement/titrisation des CV envisagée au sein du périmètre de la dette régionale ne peut être totalement exclu à ce stade. Si la Région demeure effectivement étrangère au financement proprement dit de l'opération (réalisée hors S.1312), elle en assure néanmoins la conception, l'opérationnalisation et le pilotage, pour compte en quelque sorte du GRTL et des consommateurs finaux. L'IF. rejoint à cet égard la CIF au sujet de la nécessité de recueillir au plus vite l'avis de PICN quant au traitement SEC de cette opération. Idéalement, cet avis serait joint au dossier à l'occasion de la présentation éventuelle des textes en seconde lecture au GW ».

²¹ Voir notamment le règlement (UE) n° 549/2013 du parlement européen et du conseil du 21 mai 2013 'relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'union européenne'.

Pour sa part, la note au Gouvernement expose ce qui suit :

« Avis de la Cellule d'informations financières rendu le 16 juillet 2018 et précisant la nécessité de recueillir l'avis de l'ICN quant au traitement SEC de l'opération. L'avis de l'ICN a été rendu officiellement le 26 octobre 2018. Celui-ci a exprimé sa volonté d'introduire les enregistrements des mécanismes de certificats verts et mécanismes apparentés dans les comptes du pouvoir fédéral et des régions lors de la publication des comptes financiers et non financiers dans le courant d'octobre 2019. La note de l'ICN relative au traitement du mécanisme des certificats verts en général ne permet pas encore d'évaluer précisément l'impact sur le solde de financement et donc sur la dette. L'ICN a demandé des réunions de travail avec toutes les parties prenantes (CWaPE, GRTL, Administration, CIF) afin de comprendre en profondeur le système mis en place et la détermination des données nécessaire à son enregistrement dans les comptes des différentes entités. La première réunion aura lieu le 20 décembre 2018. L'agenda prévu par l'ICN en suite de cette réunion n'est pas encore connu ».

L'avant-projet doit être examiné sous cet angle également.

CONCLUSION

L'avant-projet à l'examen doit encore, comme il ressort des observations qui précèdent, faire l'objet d'un examen attentif sur des aspects essentiels.

Comme indiqué à titre d'observation préalable, le caractère extrêmement technique et, sur plusieurs points, inabouti du dossier ne permet pas à la section de législation de se prononcer en connaissance de cause sur le caractère pertinent et admissible juridiquement du mécanisme mis en place.

L'avant-projet ne sera dès lors pas examiné plus avant.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET