



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.279/4
du 18 mars 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'instaurant un régime de garantie concernant l'exploration de l'énergie géothermique dans le sous-sol profond et modifiant le décret du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto'

Le 28 janvier 2019, 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 'instaurant un régime de garantie concernant l'exploration de l'énergie géothermique dans le sous-sol profond et modifiant le décret du 10 novembre 2004 instaurant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, créant un Fonds wallon Kyoto et relatif aux mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 18 mars 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

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

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

1. Le projet soulève de sérieuses questions au regard du droit européen en matière d'aides d'État.

Ainsi, les dispositions en projet font expressément référence au Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 'déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité' (ci-après « règlement n° 651/2014 »). Comme il ressort du dossier communiqué à la section de législation, l'intention est d'octroyer une aide uniquement dans les limites de ce règlement et d'être ainsi dispensé de l'obligation de notifier l'aide conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

À cet égard, l'article 41 du règlement général d'exemption par catégorie est invoqué.

Il s'impose par conséquent d'examiner s'il est satisfait aux conditions de l'article 41 du règlement n° 651/2014, qui doivent être combinées avec les dispositions communes du chapitre I de celui-ci.

2. L'article 41 du règlement n° 651/2014 permet d'octroyer des aides à l'investissement en faveur de la promotion de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. À cet égard, l'article 41, paragraphe 5, du règlement n° 651/2014 mentionne ce qui suit :

« Les aides à l'investissement sont octroyées uniquement aux nouvelles installations. Aucune aide ne peut être octroyée ni versée une fois que l'installation a démarré ses activités et les aides sont indépendantes de la production ».

L'article 41, paragraphe 6, du règlement n° 651/2014 précise en outre les coûts admissibles pour l'obtention de l'aide :

« Les coûts admissibles sont les coûts d'investissement supplémentaires nécessaires pour promouvoir la production d'énergie à partir de sources renouvelables.

Ils sont déterminés comme suit :

a) si les coûts de l'investissement dans la production d'énergie à partir de sources renouvelables peuvent être identifiés comme investissement distinct dans les coûts d'investissement totaux, par exemple parce qu'ils peuvent être rattachés à un

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

élément aisément identifiable rajouté à une installation préexistante, ces coûts liés à des sources d'énergie renouvelables constituent les coûts admissibles ;

b) si les coûts de l'investissement dans la production d'énergie à partir de sources renouvelables peuvent être déterminés par référence à un investissement similaire, moins respectueux de l'environnement, qui aurait été plausible en l'absence d'aide, la différence entre les coûts des deux investissements représente les coûts liés à l'utilisation d'énergies renouvelables et constitue les coûts admissibles ;

c) dans le cas de certaines petites installations pour lesquelles il est impossible d'imaginer un investissement moins respectueux de l'environnement du fait qu'il n'existe pas d'installations de taille limitée, les coûts d'investissement totaux supportés pour atteindre un niveau supérieur de protection de l'environnement constituent les coûts admissibles.

Les coûts non directement liés à une augmentation du niveau de protection de l'environnement ne sont pas admissibles ».

3.1. Le régime de garantie à l'examen ne paraît pas pouvoir se concilier avec les conditions prévues à l'article 41, paragraphes 5 et 6, du règlement n° 651/2014.

Il faut tout d'abord constater que, dès lors que selon les articles 1^{er}, 3°, et 2 du décret en projet, la mesure vise à couvrir le risque géologique d'un projet géothermique dans le sous-sol profond ¹, l'aide est octroyée après que l'investissement a déjà en grande partie été réalisé, et concerne le risque que l'installation géothermique aura un rendement moindre que prévu. Certes, le bénéficiaire de l'aide doit payer une prime avant la mise en œuvre du projet (à savoir, avant « la date d'ouverture du chantier » ²), mais il n'en demeure pas moins qu'en définitive, l'intensité de l'aide dépendra de la réalisation du risque. Dans ces circonstances, l'aide n'est pas indépendante de la production, comme l'exige l'article 41, paragraphe 5, du règlement n° 651/2014, et ce n'est pas tant l'investissement qui est compensé que le risque d'exploitation.

¹ Il s'agit, « dans le cadre d'un projet géothermique, le risque de ne pas trouver la ressource géothermale escomptée à l'issue d'un forage dans le sous-sol profond en termes de débit ou de température en raison de la méconnaissance précise de cette partie du sous-sol ou de l'influence d'un ou plusieurs paramètres spécifiques de l'aquifère comprenant :

a) l'épaisseur brute de l'aquifère ;
b) le rapport net-brut de l'aquifère ;
c) la perméabilité de l'aquifère ;
d) la profondeur du sommet de l'aquifère ;
f) le gradient géothermique ; ».

² Article 7 de l'avant-projet.

Il faut ensuite relever qu'il ressort des articles 4 et 5 de l'avant-projet que l'intensité de l'aide constitue un pourcentage des frais éligibles que le Gouvernement wallon déterminera. À cet égard, la section de législation n'aperçoit toutefois pas quels peuvent être ces « frais éligibles », dès lors que l'aide visée n'a pas pour objectif de supporter les coûts d'investissement supplémentaires qui découlent du choix d'une forme de production d'énergie renouvelable ou de la volonté de respecter des normes environnementales plus strictes, mais vise au contraire à couvrir une perte d'exploitation relative à un investissement existant. L'aide visée est dès lors incompatible avec l'article 41, paragraphe 6, du règlement n° 651/2014.

3.2. La question se pose en outre de savoir si l'aide peut satisfaire à l'exigence de transparence prévue à l'article 5 du règlement n° 651/2014, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une garantie au sens de l'article 5, paragraphe 2, c), du règlement, dont le caractère transparent est *a priori* admis³.

Ainsi, il n'apparaît pas que l'équivalent-subvention brut puisse être calculé précisément et préalablement, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une analyse du risque, comme l'exige l'article 5, paragraphe 1, du règlement n° 651/2014, dès lors qu'il s'agit d'une garantie visant à couvrir un risque.

À cet égard, il y a d'ailleurs lieu de relever que le décret en projet lui-même prévoit, en son article 6, § 1^{er}, que l'avis du Comité technique sera donné « quant au risque géologique du projet d'exploration et d'installation géothermique », et, en son article 7, que la « prime » sera fixée par le Gouvernement « en fonction du risque géologique », ce qui suppose une analyse nécessairement préalable du risque.

3.3. Le dispositif en projet ne peut pas non plus s'appuyer sur d'autres dispositions du règlement n° 651/2014.

3.4. Il s'ensuit que, dans sa forme actuelle, le mécanisme d'aide d'État envisagé doit faire l'objet d'une notification. Si l'auteur de l'avant-projet souhaite maintenir le projet en conservant un tel mécanisme, qui ne doit dès lors plus faire référence aux paramètres fixés dans le règlement n° 651/2014, il faudra notifier le dispositif en projet à la Commission européenne, d'autant plus qu'une absence de notification injustifiée peut être sanctionnée.

³ Voir également à cet égard la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties (JO 2008/C 155/02).

Une aide d'État non notifiée est en soi illégale (même si elle pourrait être déclarée compatible avec le droit de l'Union européenne si elle était correctement notifiée)⁴, et cette illégalité doit être soulevée, au besoin d'office, par tous les juges⁵, sans que les bénéficiaires de l'aide puissent se prévaloir de la confiance suscitée pour empêcher le remboursement de l'aide (avec intérêts) qui est exigé en pareil cas⁶. Le juge national – en Belgique également la Cour constitutionnelle⁷ – est compétent pour établir si une mesure doit être qualifiée d'aide d'État nouvelle et si, dans l'affirmative, celle-ci devait être notifiée à la Commission avant d'être mise à exécution⁸.

La Commission européenne peut cependant encore juger que le dispositif concerné n'est pas une aide d'État, ou à tout le moins – ce qu'elle est seule à pouvoir apprécier⁹ – que le dispositif se concilie avec le marché intérieur au regard de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE¹⁰. Encore faut-il que l'occasion lui en soit donnée (ce qui constitue précisément la *ratio legis* de l'obligation de notification de l'article 108, paragraphe 3).

4. Le dispositif en projet doit par conséquent être remanié :

– soit en un cadre pour une véritable aide à l'investissement au sens de l'article 41 (ou d'une autre disposition) du règlement général d'exemption par catégorie ;

⁴ C.J., arrêt *Residex Capital I CV c. Gemeente Rotterdam*, 8 décembre 2011, C-275/10, considérant 28, ECLI:EU:C:2011:814, avec référence aux arrêts C.J., *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. République française*, 21 novembre 1991, C-354/90, considérant 17, ECLI:EU:C:1991:440, et C.J., *Distribution Casino France e.a.*, 27 octobre 2005, C-266/04-C-270/04, C-276/04 et C-321/04-C-325/04, considérant 30, ECLI:EU:C:2005:657. Voir aussi plus récemment C.J. (gde ch.), arrêt *Eesti Pagarc. Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus et Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*, 5 mars 2019, C-349/17, considérant 84, ECLI:EU:C:2019:172 citant C. J., arrêt *Deutsche Lufthansa AG c. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, 21 novembre 2013, C-284/12, considérants 25 et 26, ECLI:EU:C:2013:755.

⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini*, 18 juillet 2007, C-119/05, considérant 61, ECLI:EU:C:2007:434.

⁶ C.J., arrêt *Land Rheinland-Pfalz contre Alcan Deutschland GmbH*, 20 mars 1997, C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163. Voir aussi plus récemment C.J. (gde ch.), arrêt *Eesti Pagarc. Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus et Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*, op.cit., considérant 95 et s., ECLI:EU:C:2019:172. Voir également : N. De Vos, « De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun », RW 2012-2013, pp. 130-131, n^{os} 26 et 30 ; K. Lenaerts et P. Van Nuffel, *European Union Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2011, p. 377, n^o 11-026.

⁷ C.C., 7 novembre 2013, n^o 145/2013, B.2.2.

⁸ C.C., 6 avril 2011, n^o 50/2011, B.12.3.1 à B.12.3.4.

⁹ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, op.cit., p. 373, n^o 11-022.

¹⁰ Sur ce point, il convient de relever que le fait que, en suite de notifications qui lui ont été adressées par un ou plusieurs États membres, la Commission a déjà considéré que des régimes d'aides similaires à ou proches du régime prévu par le texte en projet, étaient compatibles avec le marché intérieur (voir à ce propos, Commission européenne, décision du 12 décembre 2016, C (2016) 8605 – Aide d'Etat SA. 46898 (2016/N) France - http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/267053/267053_1871207_76_2.pdf, ainsi que Commission européenne, décision du 22 septembre 2009, C (2009) 7437 – Staatsteunregel n^o N442/2009 – Nederland, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/232431/232431_996190_28_2.pdf), ne saurait dispenser la Région wallonne de notifier à la Commission le régime d'aides en projet.

– soit en un cadre pour un dispositif autonome, qui excède le règlement n° 651/2014 (et qui doit être notifié).

Le dispositif en projet devra dans chacun de ces cas être fondamentalement adapté. Par conséquent, l'avant-projet ne sera pas examiné plus avant ¹¹.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

¹¹ Voir, dans le même sens, l'avis n° 62.461/1 donné le 17 décembre 2017 sur un avant-projet devenu le décret flamand du 2 mars 2018 'houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62.461.pdf>, ainsi que l'avis n° 63.063/1 donné le 22 mars 2018 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 20 avril 2018 'tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 15 juli 2011 tot uitvoering van het decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond en tot wijziging van diverse besluiten, wat betreft de waarborgregeling voor het opsporen en winnen van aardwarmte in de diepe ondergrond', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63063.pdf>.