



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.191/4
du 23 novembre 2020

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 en vue de la trimestrialisation du
mécanisme de temporisation’

Le 23 octobre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité 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 en vue de la trimestrialisation du mécanisme de temporisation'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 23 novembre 2020. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, 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 23 novembre 2020.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, 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.

OBSERVATIONS PRÉALABLES

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 et des différents mécanismes qu'il met en place, 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 les dispositions à l'examen relèvent d'un haut niveau de technicité en matière de concurrence, d'analyse de marché et de finance.

Faute d'une connaissance particulière de ces aspects techniques, 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 des mécanismes projetés.

Le présent avis se limite donc à relever certaines questions spécifiques¹.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dans différents avis donnés précédemment sur des avant-projets de décret ayant pour objet de régler le régime des certificats verts, notamment en ce qui concerne leur temporisation et leur mobilisation, la section de législation a déjà relevé que la législation en cause devait notamment être examinée, le cas échéant et selon les mécanismes mis en place, au regard du droit européen en matière d'aides d'État².

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

¹ Dans un sens similaire, voir l'avis n° 65.115/4 donné le 18 février 2019 sur un avant-projet devenu le décret du 2 mai 2019 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65115.pdf#search=65115>.

² Voir à ce propos, l'avis 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

Il en va plus particulièrement ainsi du mécanisme de mobilisation organisé par l'article 42/2 du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité', dont l'article 4 de l'avant-projet envisage la modification et auquel renvoie l'article 42/1, § 7bis, en vigueur du même décret, ainsi que le paragraphe 7bis nouveau par lequel l'article 3, 18°, de l'avant-projet envisage de remplacer la disposition en vigueur ³.

À ce propos, dans son avis donné le 25 août 2020 sur une première mouture de l'avant-projet à l'examen, la CREG a notamment observé ce qui suit :

« La CREG s'interroge sur l'interaction de la modification décrétable proposée avec les des discussions formelles actuellement en cours avec la Commission européenne.

L'ensemble du régime des certificats verts fait, en effet, l'objet d'une procédure de notification auprès de la DG Concurrence - service Aides d'État. Modifier un cadre légal alors même qu'une procédure de notification est en cours doit faire l'objet d'un minimum de précautions et d'informations préalables telles qu'une prise de contact avec la Commission européenne afin d'anticiper toutes les difficultés qu'une telle modification pourrait engendrer.

Il ne ressort pas du dossier soumis à la CREG que de telles précautions ont été prises. La CREG recommande donc au Ministre de s'enquérir des conséquences de la modification décrétable envisagée auprès des services de la Commission européenne ».

Eu égard au caractère technique des différents aspects de l'avant-projet à l'examen, il se recommande de suivre la suggestion faite par la CREG aux fins en tout cas, de ne pas modifier le cadre législatif d'une manière qui pourrait soulever des objections de la Commission européenne, déjà saisie du régime en vigueur au regard du droit européen en matière d'aides d'État.

Pour le surplus, sur ce point, et spécialement dans la mesure où l'avant-projet est destiné à avoir une incidence sur le mécanisme de mobilisation mis en place par l'article 42/2 du décret du 12 avril 2001, il est renvoyé à l'avis n° 65.115/4 donné le 18 février 2019 sur un avant-projet devenu le décret du 2 mai 2019 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

2.1. De nombreuses dispositions de l'avant-projet confient directement des missions à l'« Administration ».

Comme la section de législation l'a souvent rappelé, il est contraire à l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' que le législateur s'imisce dans l'organisation des services de l'administration.

'portant constitution de l'Agence wallonne de l'Air et du Climat', www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61540.pdf et l'avis n° 65.115/4.

³ Voir à ce propos, l'avis n° 65.115/4.

Ainsi, il n'appartient pas au législateur décréteur de charger l'administration de certaines tâches, ces compétences appartenant au Gouvernement conformément aux options définies par le législateur.

Il y a par ailleurs lieu d'éviter une rédaction qui présente l'administration comme une institution distincte alors qu'elle est hiérarchiquement soumise au ministre, lui-même responsable devant le Parlement.

À ce propos plus spécialement, il convient d'observer ce qui suit.

Tel que l'article 3, 6°, de l'avant-projet est rédigé, et comme le commentaire de l'article le confirme, l'alinéa 5, en projet, a pour objet de lier la décision du Gouvernement à la proposition de l'administration.

Le commentaire de l'article s'en explique comme suit :

« Le 6° prévoit que le Gouvernement décide de procéder à la temporisation dans un délai de trente jours à compter de la communication de la proposition de l'Administration. Conformément à l'avis de la CREG, dans le but d'éviter le risque de biais sur le marché des certificats verts ou encore amener à de la manipulation de marché, l'Administration est maintenue dans sa fonction de coordinatrice de la temporisation. En conséquence, le Gouvernement décide de l'opportunité de l'opération mais ne déroge pas à la quantité de certificats verts à temporiser proposée par l'Administration. Le Gouvernement ou le Ministre peuvent demander à l'Administration de motiver mais ne peuvent ordonner la quantité de certificats verts à temporiser.

Les prévisions, propositions, observations et décisions rendues dans le cadre du mécanisme de temporisation sont soumises à des délais d'ordre. En conséquence, tout dépassement est sans impact sur la délégation au Gouvernement de décider de procéder ou non à une opération de temporisation ».

Ainsi, la compétence du Gouvernement est liée par la proposition de l'administration, si ce n'est sur le principe même de l'opération de temporisation – puisque le Gouvernement a toujours le choix de décider, en opportunité, de procéder ou non à une telle opération –, à tout le moins sur la quantité de certificats verts à temporiser.

Quant au mécanisme prévu par le 16° de l'article 3, le commentaire de l'article mentionne :

« Conformément à l'avis de la CREG, dans le but d'éviter le risque de biais sur le marché des certificats verts ou encore amener à de la manipulation de marché, l'Administration est maintenue dans sa fonction de coordinatrice de la temporisation. En conséquence, l'Administration peut proposer, après avoir recueilli les observations de la CREG et après consultation du gestionnaire du réseau de transport local, la cession de tout ou partie du solde de certificats verts n'ayant pas trouvés acquéreur lors de la mise aux enchères.

Cette proposition est faite dans le but de lisser l'impact de l'obligation d'achat des certificats verts sur la surcharge, c'est-à-dire d'atténuer l'impact du recours à l'obligation de service public visée à l'article 34, 4°, d) par les producteurs

bénéficiaires d'une garantie d'achat des certificats verts dans le but d'éviter une augmentation de la surcharge sur les prochaines années. En conséquence, le Gouvernement ou le Ministre peuvent demander à l'Administration d'étudier l'opportunité mais ne peuvent pas ordonner de proposer une telle cession.

Dans les trente jours de la communication de la proposition, le Gouvernement décide de l'opportunité de l'opération mais ne déroge pas à la quantité de certificats verts à céder proposée par l'Administration ».

Il s'ensuit que dans le cadre de l'article 3, 16° également, la compétence du Gouvernement est liée par la proposition de l'administration, si ce n'est sur le principe même de l'opération de cession – puisque le Gouvernement a toujours le choix de décider ou pas, en opportunité, de la cession – à tout le moins sur la quantité de certificats verts à céder.

En outre, le commentaire de l'article fait état de ce que le Gouvernement ne peut ordonner à l'administration de proposer la cession, celui-ci pouvant tout au plus demander à l'administration d'en étudier l'opportunité.

Un mécanisme similaire sur ces deux points est prévu par le 17° de l'article 3, comme l'expose le commentaire de l'article.

Enfin, il ressort du commentaire de l'article 3, 18°, que le mécanisme mis en place par cette disposition est similaire à celui prévu par le 6° dans la mesure où le Gouvernement a toujours le choix de décider, en opportunité, de l'opération d'acquisition par le gestionnaire du réseau de transport local, mais pas de la quantité de certificats verts à acheter.

Ainsi, dans les mécanismes précités, dans la mesure où la décision du Gouvernement est liée par la proposition de l'administration, c'est un véritable pouvoir de codécision qui est octroyé à cette dernière lorsque le pouvoir du Gouvernement se concrétise sous la forme d'une décision de procéder à l'une des opérations concernées.

Un tel procédé n'est pas admissible, pour les raisons expliquées ci-avant.

2.2. Il ressort du commentaire de l'article et du dossier transmis à la section de législation que le pouvoir de codécision octroyé à l'administration, tel qu'il résulte de l'article 3, 6°, 16°, 17° et 18°, de l'avant-projet, lui a été confié pour faire suite à des observations de la CREG sur un premier avant-projet de texte qui lui a été soumis, la CREG observant, en substance, dans son avis du 25 août 2020, que certaines décisions devaient être confiées à l'administration et non au Gouvernement, aux fins d'éviter toute ingérence de celui-ci sur le marché et de limiter son intervention à un rôle post marché⁴. La section de législation ne peut toutefois que constater que le procédé suggéré méconnaît l'article 69 de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁴ Sur ce dernier point, voir spécialement les observations de la CREG sur l'article 2, 28°, de l'avant-projet qui lui a été soumis, devenu l'article 3, 17°, de l'avant-projet à l'examen.

3. L'avant-projet sera réexaminé à la lumière des ces observations.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

Au 4°, les mots « devenu l'alinéa 4, » seront omis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET