



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 70.310/4
du 22 novembre 2021

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 régularisation des réductions de surcharge certificats verts’

Le 15 octobre 2021, 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 régularisation des réductions de surcharge certificats verts'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 22 novembre 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur chef de section, et Ambre VASSART, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 novembre 2021.

*

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.

FORMALITÉS PRÉALABLES

1. Le régime d'exonération qu'organise l'avant-projet constitue une aide d'État et doit dès lors faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne conformément à l'article 108, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

2. Dans une note au Gouvernement du 16 juillet 2020¹, l'auteur de l'avant-projet mentionne les éléments suivants quant au processus de notification de l'aide d'État à la Commission européenne :

« A.2.3. Notification à la Commission européenne

Dès le mois d'avril, l'administration et le cabinet d'avocat de la région ont commencé à travailler sur le dossier de notification de la régularisation des réductions de surcharge CV. Cependant, le processus de notification risque de prendre du temps alors qu'il est nécessaire d'avancer rapidement sur la modification décrétable envisagée.

En effet, lors des discussions préalables à la notification du mécanisme CV, la Commission a exprimé qu'il était nécessaire que la Commission analyse le mécanisme d'octroi de CV avant de se prononcer sur les réductions de surcharge CV. Le mécanisme CV a été notifié à la Commission européenne le 25 mai 2021 et un premier échange de questions-réponse est en cours. La réponse définitive de la Commission sur ce dossier n'interviendra pas avant plusieurs semaines.

Par ailleurs, vu la complexité du mécanisme et afin de favoriser le dialogue, le cabinet d'avocat de la Région conseille de procéder à une pré-notification avant la notification formelle de la régularisation des réductions de surcharge. Il s'agit d'une étape qui va prolonger la procédure de notification mais qui s'avèrera utile pour attirer la clémence de la Commission.

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

¹ Note communiquée par la déléguée du Ministre comme étant la note du 16 juillet 2020 à laquelle se réfère l'avis de l'Inspecteur des Finances donné le 12 mars 2021 sur l'avant-projet à l'examen.

Depuis lors, dans le courant du mois de juin, la Commission a publié le draft de lignes directrices relatives aux aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie sur lequel une consultation publique a eu lieu cet été. Ces nouvelles lignes directrices entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2022, il est donc important que le décret relatif à la régularisation de la surcharge CV soit adopté avant cette date, pour éviter l'interférence possible avec l'application des nouvelles lignes directrices.

En complément, les entreprises plaident pour la suspension des aides illégales dans les plus brefs délais, ce qui n'est pas possible tant que la modification décrétable n'est pas adoptée définitivement. Dans ce contexte, après avoir demandé conseil au cabinet d'avocat CMS de Backer, spécialiste des procédures de notification, il apparaît qu'il convient d'adapter la stratégie de notification et de ne pas attendre la validation de la Commission pour avancer sur l'adoption du texte décrétable de régularisation du mécanisme ».

3. Interrogée à ce propos, la déléguée du Ministre a confirmé qu'en suite de la pré-notification effectuée auprès de la Commission européenne, l'intention de l'auteur est effectivement de procéder à la notification requise par l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de cette formalité.

Par ailleurs, la section de législation rappelle que selon l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, l'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que la procédure de notification ait abouti à une décision finale. L'auteur de l'avant-projet veillera à fixer la date d'entrée en vigueur du décret en projet en conséquence.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Complexité technique et procédurale de l'avant-projet et de son élaboration

1. Comme il ressort du dossier communiqué à la section de législation (notamment du courrier émanant de la Commission européenne daté du 23 juin 2020, de la note au Gouvernement du 16 juillet 2020, de l'avis de l'Inspecteur des Finances du 12 mars 2021, de la note au Gouvernement relative au texte en projet et de l'exposé des motifs), l'avant-projet entend faire suite à la position exprimée par la Commission européenne en réaction à une pré-notification effectuée le 7 août 2019 par la Région wallonne auprès de celle-ci, portant sur le mécanisme de certificats verts, et les réductions de quotas et de surcharge s'y référant.

L'avant-projet entend plus spécialement mettre en conformité le système d'exonération de la surcharge prévu par l'article 42bis, § 5, du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité' avec les 'lignes directrices établies par la Commission européenne concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01)'.

2. Le système ainsi modifié repose sur une méthode spécifique d'exonération au bénéfice de certains clients finals, méthode qui participe plus largement du mécanisme des certificats verts et de la réglementation européenne en matière d'aides d'État, lesquels englobent des aspects juridiques et économiques complexes.

Si c'est avant tout et *in fine* à la Commission européenne qu'il appartiendra, dans le cadre de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, d'apprécier le système en projet, la compréhension optimale de ce dernier, tant par la section de législation que par les parlementaires, suppose que l'on puisse, à la lecture de l'exposé des motifs, en ce compris le commentaire de l'article, en saisir rapidement et de manière précise et transparente les différents aspects, la portée concrète et les justifications au regard du droit européen, spécialement la réglementation relative aux aides d'État.

À cet égard, l'exposé des motifs manque de précision et ne permet pas, dans les explications qu'il comporte, de vérifier si l'objectif de régularisation que s'est assigné l'auteur de l'avant-projet est atteint, selon des modalités par ailleurs conformes au droit européen.

Pour prendre quatre exemples particulièrement significatifs :

1° Les lignes directrices concernées comportent de nombreuses subdivisions sous forme de points et de paragraphes ; en l'espèce, à priori, l'avant-projet entend plus spécialement faire écho aux paragraphes 185, 186, 188, 193 et 197 des lignes directrices ; l'exposé des motifs est en défaut de mettre en rapport les subdivisions des dispositions en projet avec les paragraphes pertinents des lignes directrices, de sorte que la section de législation n'aperçoit pas immédiatement leur lien avec celles-ci, ni leur conformité et pertinence, notamment en ce qui concerne la date du 1^{er} janvier 2019.

2° Concernant l'article 42bis, § 5, alinéa 3 en projet, le commentaire de l'article se limite à mentionner ce qui suit :

« Le projet de modification de l'alinéa 3 du paragraphe 5 de l'article 42bis du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, modifié en dernier lieu par le décret du 2 mai 2019, supprime une catégorie de bénéficiaire qui n'est plus éligible en vertu du nouvel alinéa 1^{er} de cette disposition qui fixe les plafonds des réductions par catégorie de bénéficiaire ».

Il n'est toutefois pas précisé quelle catégorie est ainsi supprimée ni les motifs de cette suppression.

Sur ce point, il ressort de la comparaison entre l'article 42bis, § 5, alinéa 3, en vigueur, et l'article 42bis, § 5, alinéa 3, en projet, que ne seraient ainsi plus visés par la disposition en projet « les clients finals adhérant, directement ou par le biais d'une fédération, à une convention avec la Région wallonne signée avant l'entrée en vigueur des lignes directrices susvisées ».

Interrogée à ce propos, la déléguée du Ministre a confirmé que c'est bien cette catégorie qui fait l'objet de la suppression envisagée, pour le motif que, selon la Commission européenne, seuls pouvaient être concernés par la mesure envisagée les clients finals ayant effectivement bénéficié d'une exonération partielle avant l'entrée en vigueur des lignes directrices considérées, et non ceux qui auraient adhéré postérieurement à l'entrée en vigueur des mêmes lignes directrices, à une convention avec la Région wallonne, conclue antérieurement à l'entrée en vigueur de ces lignes directrices.

Ces explications sont essentielles aux fins de comprendre le dispositif en projet et d'apercevoir comment celui-ci entend se conformer aux lignes directrices établies par la Commission européenne.

3° Aucune justification n'est donnée, au regard du droit européen, pour le système mis en place par le paragraphe 5, alinéa 1^{er}, 2° et 3°, en projet. Interrogée sur ce point, la déléguée du Ministre a expliqué que ces subdivisions n'entraient pas dans le contexte des lignes directrices concernées et des échanges ayant eu lieu avec la Commission européenne sur la problématique ici concernée – à savoir, la question des « accords de branches » –, depuis 2019. En d'autres termes, ces dispositions se bornent à reproduire des dispositions existantes, dont la compatibilité avec le droit européen en matière d'aides d'État, n'a pas été examinée par l'auteur de l'avant-projet et n'a pas été mise, en cause par la Commission européenne². L'exposé des motifs gagnerait à être complété pour le préciser.

4° Le point 3.7.3. des lignes directrices concernées a trait aux règles transitoires applicables aux aides octroyées pour réduire la charge que représente le financement du soutien apporté à l'énergie produite à partir de sources renouvelables. Ces règles transitoires mettent en place un mécanisme qui suppose qu'un plan d'adaptation émanant des autorités de l'État membre soit approuvé par la Commission. Le dossier communiqué à la section de législation fait également état d'un « plan d'adaptation » dont elle n'aperçoit toutefois pas le contenu ni la forme exacts. Il apparaît des explications de la déléguée du Ministre que l'avant-projet de décret participe de la mise en œuvre de ce plan d'adaptation. L'exposé des motifs n'aborde pas cette question et laisse ainsi incertaine une question importante au regard des lignes directrices considérées.

3. Vu le caractère éminemment technique de l'avant-projet, il se recommande vivement de compléter l'exposé des motifs aux fins de remédier aux lacunes mentionnées aux points 1 et 2 ci-avant.

² Dans ce contexte, et vu le délai imparti à la section de législation, dont la charge de travail actuelle est très importante, ces dispositions ne seront pas examinées plus avant.

Effet rétroactif de l'avant-projet

1. Le projet entend produire ses effets au 1^{er} janvier 2019.

Dans son commentaire de l'article unique, l'auteur de l'avant-projet précise :

« La rétroactivité de la disposition est nécessaire afin de se conformer à une norme hiérarchiquement supérieure. En effet, la modification est indispensable pour se conformer à la réglementation européenne relative aux aides d'État et en particulier aux lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 ».

Il fait également état du fait qu'

« [e]n Aout 2019, la Région wallonne a prénotifié à la Commission européenne le mécanisme d'octroi des certificats verts, les réductions de quota de certificats verts et la réduction de surcharge certificats verts fixée à 85 % du premier terme de la surcharge ELIA pour les entreprises inscrites en Accord de Branche (art. 42bis, § 5, a) du Décret du 12 avril 2011 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité) ».

Et que

« [s]elon l'analyse de la Commission, la réduction de surcharge certificats verts octroyée aux entreprises en accord de branches est partiellement incompatible avec la législation relative aux aides d'État en en particulier avec les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 ».

Interrogée à ce sujet, la déléguée du Ministre a précisé que les points pertinents des lignes directrices précitées, au regard desquels doit être examiné l'avant-projet de décret, sont les paragraphes 181 et suivants (points 3.7.2. et 3.7.3.) de la communication de la Commission européenne contenant les 'lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 (2014/C 200/01)'. Selon la déléguée du Ministre, il y a spécialement lieu d'avoir égard aux paragraphes 185 et 186, qui font référence aux annexes 3 et 5. Comme mentionné ci-avant, il convient également de prendre en considération les paragraphes 188, 193 et 197 des lignes directrices.

2. Dans son avis n° 49.972/1 donné le 2 aout 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 26 janvier 2012 'modifiant la loi du 23 avril 1998 portant des mesures d'accompagnement en ce qui concerne l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs', la section de législation a rappelé ce qui suit :

« Il s'impose de relever à cet égard que si les États membres sont certes tenus de se conformer à une directive de l'Union européenne dans les délais, cela ne peut se faire en violation du principe de sécurité juridique et des conditions d'admissibilité de la rétroactivité.

Comme la Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de le signaler à de nombreuses reprises, la non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique et cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise ³.

Toujours selon la Cour constitutionnelle, la rétroactivité de lois peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général ; s'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour but d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une procédure judiciaire ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous ⁴.

Pour justifier la rétroactivité prévue dans les deux projets de loi, on ne pourra dès lors se limiter à faire simplement référence à la date limite à laquelle la directive concernée devait être transposée en droit interne. Il est recommandé d'inclure cette justification dans l'exposé des motifs. Dans la mesure où elle reviendrait toutefois à imposer rétroactivement de nouvelles obligations dont le non-respect entraînerait une sanction pénale, la rétroactivité de certaines des dispositions législatives en projet serait incompatible avec le principe général de non-rétroactivité de la loi pénale et ne pourrait en aucun cas être maintenue » ⁵.

2.1. S'agissant de la justification invoquée par l'auteur de l'avant-projet tenant à l'obligation de se conformer au droit européen, en l'occurrence les lignes directrices de la Commission européenne, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en adoptant des lignes directrices afin d'établir les critères sur la base desquels elle entend évaluer la compatibilité, avec le marché intérieur, de mesures d'aide envisagées par les États membres, et en annonçant par leur publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, la Commission européenne s'autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait, en principe, se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime.

En l'occurrence, il résulte du paragraphe 194 des lignes directrices que

« [l]es États membres doivent appliquer les critères d'admissibilité et de proportionnalité définis à la section 3.7.2 le 1^{er} janvier 2019 au plus tard ».

Dès lors, si la Région wallonne continuait à appliquer après le 1^{er} janvier 2019 des aides ne répondant pas à ces critères, la Commission européenne ne pourrait que les déclarer incompatibles avec le marché intérieur et, le cas échéant, en exiger la restitution.

Pour ce motif, la rétroactivité du régime mis en place paraît justifiée.

³ Voir, entre autres, C.C., 20 mai 1998, n° 49/98, B.4 ; C.C., 9 février 2000, n° 17/2000, B.4 ; C.C., 15 mai 2008, n° 80/2008, B.4 ; C.C., 13 janvier 2011, n° 3/2011, B.7.

⁴ Comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public (voir, entre autres, les arrêts C.C. n°s 49/98 et 17/2000 cités dans la note de bas de page précédente et C.C., 22 janvier 2003, n° 6/2003, B.8).

⁵ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49972.pdf>.

2.2. Il reste toutefois que le non-respect de l'article 42bis du décret du 12 avril 2001 peut être sanctionné en application de l'article 53 du même décret, lequel dispose comme suit :

« § 1^{er}. Sans préjudice des autres mesures prévues par le présent décret, la CWaPE peut enjoindre à toute personne physique ou morale soumise à l'application du présent décret de se conformer à des dispositions déterminées du présent décret ou de ses arrêtés d'exécution dans le délai qu'elle détermine.

Si la CWaPE constate qu'à l'expiration du délai fixé par l'injonction visée à l'alinéa 1^{er}, la personne concernée reste en défaut de s'y conformer, la CWaPE peut lui infliger une amende administrative dont elle fixe le montant. Celui-ci ne peut être, par jour calendrier, inférieur à 250 euros ni supérieur à 100.000 euros. La décision de la CWaPE doit intervenir au maximum six mois après l'expiration du délai fixé par l'injonction visée à l'alinéa 1^{er}.

La CWaPE peut également infliger, dans les six mois de la prise de connaissance de leur commission et au plus tard dans les cinq ans de leur commission, une amende administrative pour des manquements à des dispositions déterminées du présent décret. Le montant de l'amende administrative est compris entre 250 euros et 200.000 euros ou trois pour cent du chiffre d'affaires que la personne en cause a réalisé sur le marché-régional de l'électricité au cours du dernier exercice écoulé, si ce dernier montant est supérieur.

§ 2. La CWaPE peut infliger une amende administrative à un gestionnaire de réseau ou à un fournisseur qui néglige de manière systématique et caractérisée les indicateurs et objectifs de performance fixés en vertu des articles 13, 12°, 34, 2°, d) et e), et 34bis, 2°, c). Le Gouvernement fixe, après avis de la CWaPE, les seuils minima de performance et la méthodologie applicable à cet égard ».

Les amendes administratives ainsi prévues sont susceptibles d'être qualifiées de pénales au sens de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par conséquent, le système en projet ne peut être admis au regard du principe de non-rétroactivité de la loi pénale rappelé ci-avant, qu'à la condition que le dispositif en projet exclue toute possibilité d'infliger des amendes administratives pour un « manquement » aux dispositions matérielles en projet qui serait intervenu avant la date d'entrée en vigueur du décret en projet, à savoir, en principe, le dixième jour suivant celui de sa publication au *Moniteur belge*, conformément à l'article 56 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

Le dispositif en projet sera complété en conséquence.

OBSERVATION PARTICULIÈREDISPOSITIFArticle unique

De manière générale, dans la disposition à l'examen, ou par le biais d'une ou plusieurs annexes à l'avant-projet, mieux vaut reproduire la teneur des annexes 3 et 5 des lignes directrices et non pas simplement renvoyer à celles-ci.

Par ailleurs, il y a lieu de mentionner une date précise en lieu et place de « la date d'entrée en vigueur des lignes directrices de la Commission européenne [...] ».

Enfin, il convient de définir la notion d'« électro-intensité ».

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET