CONSEIL D'TAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 234.611 du 2 mai 2016

214.477/XV-2706
215.814/XV-2800

En cause : **1. l'a.s.b.l. Groupement de petits producteurs d'énergies vertes,**
2. COMBLIN Daniel,
3. VEREERSTRAETEN Philippe,
ayant élu domicile chez
Me X. CLOSE, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
Me G. BLOCK, avocat,
chaussée de la Hulpe 187
1170 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e^ CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 13 décembre 2014 par l'a.s.b.l. Groupement des petits producteurs d'énergies vertes, Daniel Comblin et Philippe Vereerstraeten, qui tend à l'annulation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 2 octobre 2014 modifiant 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» (214.477/XV-2706);

Vu la requête introduite le 12 mai 2015 par les mêmes requérants, qui tend à l'annulation de l'arrêté du 2 mars 2015 du Ministre wallon des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Énergie «modifiant l'arrêté ministériel du 29 septembre 2011 déterminant le facteur de réduction "k" à partir du 1er octobre 2011» (215.814/XV-2800);

Vu les dossiers administratifs;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. Chr. AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu les ordonnances du 15 mars 2016, notifiées aux parties, fixant les affaires à l'audience du 12 avril 2016 à 9 heures 30;

Entendu, en son rapport, M. M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me X. CLOSE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Mes G. BLOCK, A. FOURREZ et Chr. ROLAIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Chr. AMELYNCK, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Contexte

En vue de limiter la production de gaz à effet de serre et notamment de CO_2, et de satisfaire à des obligations internationales en ce sens, la Région wallonne a mis en place le système des certificats verts, destiné à soutenir la production d'électricité dite «verte», dont les filières de production ne produisent globalement pas ou peu d'émissions de CO_2 et ne participent donc pas à l'augmentation du réchauffement climatique; en outre, elles ne posent pas non plus de problème de déchets sur le long terme. Les filières de production d'électricité verte étant généralement plus coûteuses que les filières classiques, elles nécessitent une aide financière importante pour aider à leur développement. Le système de certificats verts procure une rentrée financière supplémentaire aux producteurs d'électricité verte et garantit un certain pourcentage de production d'électricité verte pour l'ensemble de la Wallonie. Ce système s'articule de la manière suivante.

Chaque site de production d'électricité verte doit disposer d'un certificat de garantie d'origine qui atteste que la production d'électricité permet réellement d'économiser des émissions de CO_2 . Ce certificat procède de la comparaison de la production d'électricité verte avec la production d'électricité par une centrale Turbine-Gaz-Vapeur (TGV) qui émet 456 kg de CO_2 par MWh électrique produit. En principe, un certificat vert correspond à la production d'un MWh électrique sans

émission de CO_2 , soit une économie de 456 kg de CO_2. Dans le cas des énergies hydraulique et éolienne, la production d'un MWh électrique – sans aucun dégagement de CO_2 – donne droit à un certificat vert. Pour d'autres filières de production d'électricité (principalement la biomasse), on applique un taux d'économie de CO_2 qui réduit ou qui augmente le nombre de certificats verts par MWh électrique produit, en tenant compte de la production de chaleur ou des émissions de CO_2 relatives à la préparation de la biomasse.

Pour le photovoltaïque, la Région wallonne a mis en place des coefficients multiplicateurs de certificats verts pour augmenter la rentabilité des investissements photovoltaïques. L'objectif écologique se double ici de préoccupations économiques, à savoir favoriser le développement de la filière photovoltaïque en Wallonie. Ces coefficients varient en fonction de la puissance de l'installation. Dans ce cas, un certificat vert photovoltaïque ne correspond plus directement à une économie de 456 kg de CO_2.

Les certificats verts sont remis au producteur d'électricité verte; ils sont des titres négociables, dont le marché est géré par la CwaPE, et ils ont une durée de validité de 5 ans.

Les fournisseurs d'électricité sont, quant à eux, obligés, sous peine d'amende, de vendre aux clients finaux de l'électricité qui comprend un certain pourcentage d'électricité verte (7 % en 2007, + 1 % par an jusqu'à 12 % en 2012). Ils sont donc tenus d'acheter des certificats verts aux producteurs d'électricité verte et de les remettre à la CwaPE.

Parallèlement aux différents mécanismes mis en place dans les Régions, l'État fédéral a prévu une garantie de rachat des certificats verts à un prix déterminé: le GRTL (Gestionnaire du Réseau de Transport Local, Elia) est obligé de racheter les certificats verts à un prix garanti, pour autant que chaque certificat corresponde à la production électrique d'un MWh. Le Gouvernement wallon a prévu un mécanisme complémentaire destiné à garantir un prix minimum des certificats verts sous certaines conditions. L'achat de certificats verts représentant une charge financière supplémentaire pour le fournisseur, celui-ci en répercute le coût sur ses clients, les gestionnaires de réseaux de distribution, qui, à leur tour, le répercutent sur les clients finaux.

Législation

Le 12 avril 2001, le législateur wallon a adopté un décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (dit «décret électricité»). Dans leur version d'origine, les articles 37, 38 et 40 de ce décret étaient rédigés comme suit:

> « **Art. 37.** Pour encourager la production d'électricité verte produite en Région wallonne, le Gouvernement wallon met en place un système de certificats verts et/ou une procédure d'aide à la production.
>
> **Art. 38. § 1er.** Après avis de la CWAPE, le Gouvernement wallon détermine les conditions d'attribution et fixe les modalités et la procédure d'octroi des certificats verts attribués à l'électricité verte produite en Région wallonne dans le respect des dispositions suivantes.
>
> **§ 2.** Un certificat vert sera attribué pour un nombre de kWh produits correspondant à un MWh divisé par le taux d'économie de dioxyde de carbone.
>
> Le taux d'économie de dioxyde de carbone est déterminé en divisant le gain en dioxyde de carbone réalisé par la filière envisagée par les émissions de dioxyde de carbone de la filière électrique classique dont les émissions sont définies et publiées annuellement par la CWAPE. Ce taux d'économie de dioxyde de carbone est limité à 2.
>
> Les émissions de dioxyde de carbone envisagées à l'alinéa précédent sont celles produites par l'ensemble du cycle de production de l'électricité verte, englobant la production du combustible, les émissions lors de la combustion éventuelle et, le cas échéant, le traitement des déchets. Dans une installation hybride, il est tenu compte de l'ensemble des émissions de l'installation.
>
> Les différents coefficients d'émission de dioxyde de carbone de chaque filière considérée sont approuvés par la CWAPE.
>
> **§ 3.** La CWAPE attribue les certificats verts aux producteurs d'électricité verte. Ces certificats sont transmissibles.
>
> **Art. 40. § 1er.** Après avis de la CWAPE, le Gouvernement wallon détermine les conditions d'attribution et fixe les modalités et la procédure d'octroi du régime d'aide à la production d'électricité verte produite en Région wallonne dans le respect des dispositions suivantes.
>
> Le Gouvernement wallon détermine annuellement, après avis de la CWAPE, le montant à accorder à chaque kWh produit à partir des installations de production d'électricité verte situées en Région wallonne.
>
> Ce montant peut varier selon la source d'énergie renouvelable, la technologie utilisée, la puissance de l'installation, le lieu d'implantation et la quantité de dioxyde de carbone évitée.
>
> **§ 2.** Le régime d'aide à la production est octroyé au producteur pendant la durée d'amortissement de l'installation et au maximum dix ans suivant la mise en service de l'installation. Le montant déterminé lors de l'octroi de l'aide à la production est établi pour toute la durée du régime.
>
> **§ 3.** Le régime d'aide à la production visé aux paragraphes précédents n'est pas cumulable avec le système des certificats verts. Le producteur opte pour l'un ou l'autre de ces mécanismes.»

Le 30 novembre 2006, le Gouvernement wallon a adopté un arrêté relatif à la promotion de l'électricité verte, fondé sur les articles 37, 38, § 1er, 39 et 43, § 2, alinéa 2, 19°, du décret. Dans sa version d'origine, l'article 15 de cet arrêté était rédigé comme suit:

« **Art. 15. § 1er.** Le droit d'obtenir des certificats verts est limité à dix ans à compter de la mise en service de l'unité de production.

Pendant cette période, les rendements énergétiques des installations modernes de référence sont maintenus aux valeurs en vigueur au moment de l'octroi des premiers certificats verts relatifs au site concerné.

Les certificats verts sont octroyés tant pour l'électricité verte consommée par le producteur que pour l'électricité verte injectée sur le réseau ou transmise au moyen de lignes directes.

§ 2. Les labels de garantie d'origine sont octroyés pour l'électricité vendue par le producteur ainsi que pour l'électricité injectée sur le réseau et qui ne fait pas l'objet d'une vente.

§ 3. Les certificats verts et les labels de garantie d'origine sont calculés sur base de l'électricité nette produite mesurée avant la transformation éventuelle vers le réseau et des émissions de dioxyde de carbone définies à l'article 38 du décret.

Les mesures de quantités d'énergie nécessaires au calcul des certificats verts et des labels de garantie d'origine se font en conformité avec le code de comptage prévu à l'article 9.»

Un décret du 4 octobre 2007 a remplacé les articles 38 et 40 du décret du 12 avril 2001 par les dispositions suivantes:

« **Art. 38. § 1er.** Après avis de la CWaPE, le Gouvernement détermine les conditions d'attribution et fixe les modalités et la procédure d'octroi des certificats verts attribués à l'électricité verte produite en Région wallonne dans le respect des dispositions suivantes.

§ 2. Un certificat vert sera attribué pour un nombre de kWh produits correspondant à 1 MWh divisé par le taux d'économie de dioxyde de carbone.

Le taux d'économie de dioxyde de carbone est déterminé en divisant le gain en dioxyde de carbone réalisé par la filière envisagée par les émissions de dioxyde de carbone de la filière électrique classique dont les émissions sont définies et publiées annuellement par la CWaPE. Ce taux d'économie de dioxyde de carbone est limité à 1 pour la production générée par installation au-delà de la puissance de 5 MW. En dessous de ce seuil, il est plafonné à 2.

§ 3. Toutefois, lorsqu'une installation valorisant principalement de la biomasse à l'exception du bois, issue d'activités industrielles développées sur le lieu de l'installation de production, met en œuvre un processus particulièrement innovant et s'inscrit dans une perspective de développement durable, le Gouvernement peut, après avis de la CWaPE sur le caractère particulièrement innovant du processus utilisé, décider de limiter à 2 le taux d'économie de dioxyde de carbone pour l'ensemble de la production de l'installation résultant de la somme des puissances développées sur le même site de production, dans une limite inférieure à 20 MW.

§ 4. Les émissions de dioxyde de carbone envisagées aux paragraphes 2 et 3 sont celles produites par l'ensemble du cycle de production de l'électricité verte, englobant la production et le transport du combustible, les émissions lors de la combustion éventuelle et, le cas échéant, le traitement des déchets. Dans une installation hybride, il est tenu compte de l'ensemble des émissions de l'installation.

Les différents coefficients d'émission de dioxyde de carbone de chaque filière considérée sont approuvés par la CWaPE.

§ 5. Après avis de la CWaPE, le Gouvernement peut diminuer le nombre de certificats verts octroyés conformément aux paragraphes 1er et 2 en fonction de l'âge de l'installation de production d'électricité verte, de sa rentabilité et de la filière de production.

§ 6. Par dérogation au paragraphe 2, le Gouvernement peut, après avis de la CWaPE, appliquer un coefficient multiplicateur, le cas échéant dégressif en fonction du temps, au nombre de certificats verts octroyés conformément aux paragraphes 1er et 2 pour l'électricité produite à partir de panneaux solaires photovoltaïques, selon les modalités qu'il détermine.

§ 7. La CWaPE attribue les certificats verts aux producteurs d'électricité verte. Ces certificats sont transmissibles.

§ 8. En ce qui concerne les installations de production hydroélectriques, de cogénération de qualité ou de production d'électricité à partir de biomasse, les certificats verts sont attribués à l'électricité produite par ces installations jusqu'à une puissance électrique de 20 MW.

Art. 40. Le gestionnaire du réseau de transport local a, durant une période maximale de cent quatre-vingts mois à dater du mois suivant la mise en service de l'installation concernée, une obligation d'acheter, à un prix fixé par le Gouvernement, les certificats verts octroyés aux producteurs d'électricité verte produite en Wallonie. Cette aide à la production, sous la forme d'obligation d'achat, ne s'applique que pour le producteur qui en a obtenu le bénéfice en vertu d'une décision du Gouvernement, après avis de la CWaPE sur la nécessité d'un tel mécanisme de garantie, au regard de la rentabilité du projet.

Les certificats verts détenus par le gestionnaire du réseau de transport local sont supprimés de la banque de données tenue par la CWaPE en application de l'article 43, § 2, 20°.

Après avis de la CWaPE, le Gouvernement détermine les modalités de cette obligation.»

À la suite de ce décret, l'article 15 de l'arrêté du 30 novembre 2006 a été modifié comme suit par l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 décembre 2007:

« **Art. 15. § 1er**. Le droit d'obtenir des certificats verts est limité à quinze ans.

Pendant cette période, les rendements énergétiques des installations modernes de référence sont maintenus aux valeurs en vigueur au moment de l'octroi des premiers certificats verts relatifs au site concerné.

Dix ans après l'obtention du premier certificat vert, le nombre de certificats verts octroyés pour la période restant à courir est réduit par application d'un facteur "k" déterminé par le Ministre sur proposition de la CWaPE, pour chaque filière de production d'électricité verte considérée. Ce facteur "k" est calculé en fonction des critères suivants:

1° le surcoût d'exploitation de la filière de production d'électricité verte considérée, eu égard aux moyens traditionnels de production d'énergie;

2° les perspectives de réduction de coût associées au développement de la filière considérée;

3° le taux de rentabilité de référence, dont les modalités de calcul sont déterminées par le Ministre sur proposition de la CWaPE.

Pour une installation donnée, le facteur "k" applicable est celui en vigueur au moment de l'obtention du certificat de garantie d'origine.

Le facteur "k" est publié au *Moniteur belge* dans les trois mois à dater de l'entrée en vigueur du présent arrêté. Il est adapté tous les trois ans et pour la première fois le 1er janvier 2011;

§ 2. Les certificats verts sont octroyés tant pour l'électricité verte consommée par le producteur que pour l'électricité verte injectée sur le réseau ou transmise au moyen de lignes directes.

§ 3. Les certificats verts sont calculés sur base de l'électricité nette produite mesurée avant la transformation éventuelle vers le réseau et des émissions de dioxyde de carbone définies à l'article 38 du décret.

Les mesures de quantités d'énergie nécessaires au calcul des certificats verts se font en conformité avec le code de comptage prévu à l'article 9.»

Encore que l'arrêté ne soit guère explicite à cet égard, il ressort du dossier que le facteur «k» peut varier de 0 à 100, une valeur de 100 impliquant que le nombre de certificats verts reste inchangé, et une valeur de 0 qu'il n'en est plus attribué aucun.

Le même arrêté du 20 décembre 2007 insère aussi dans l'arrêté du 30 mars 2006 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité des articles 15*quater*, et 24*ter* à 24*septies* rédigés comme suit:

« **Art. 15*quater*.** L'attribution des certificats verts aux installations de production d'électricité à partir de panneaux solaires photovoltaïques se fait selon les modalités suivantes:

1° pour la production d'électricité résultant des cinq premiers kWc[1] installés, sept certificats verts sont attribués par MWh;

2° pour la production d'électricité résultant des cinq kWc installés suivants, cinq certificats verts sont attribués par MWh;

3° pour la production d'électricité résultant des deux cent quarante kWc installés suivants, quatre certificats verts sont attribués par MWh si les conditions suivantes sont cumulativement remplies:

- 50 % au moins de l'électricité photovoltaïque produite est autoconsommée par le producteur sur le lieu de l'installation de production;

- un audit des bâtiments ou des installations susceptibles d'être alimentés en électricité par les panneaux solaires photovoltaïques a été réalisé par un bureau agréé au sens de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 mai 2002 relatif à l'octroi de subventions pour l'amélioration de l'efficience énergétique et la promotion d'une utilisation plus rationnelle de l'énergie du secteur privé, démontrant qu'une unité de cogénération n'est pas réalisable sur le plan technique ou ne permet pas de garantir un temps de retour de l'investissement inférieur à cinq ans établi sur base d'une méthodologie établie et publiée par la CwaPE.

- l'installation de production d'électricité photovoltaïque n'a pas bénéficié d'aide à l'investissement couvrant plus de 40 % du coût de l'investissement. La CWaPE est chargée de vérifier lors de chaque octroi de certificats verts le respect de cette condition.

Si les conditions prévues à l'alinéa 1er, 3° ne sont pas cumulativement remplies, pour la production d'électricité résultant des deux cent quarante kWc installés suivant ceux installés et visés aux points 1° et 2°, un certificat vert est attribué par MWh.

4° pour la production d'électricité résultant de la puissance installée au-delà (de deux cent cinquante kWc), un certificat vert est attribué par MWh.

Tous les deux ans, et chaque fois qu'elle le juge utile, la CWaPE établit à l'attention du Gouvernement un rapport relatif au taux de pénétration de cette filière de production d'électricité verte, des éventuelles avancées technologiques en rapport avec la filière et de la décroissance des coûts d'investissement. Le cas échéant, et sur la base de ce rapport, le Ministre propose au Gouvernement de diminuer le nombre de certificats verts à octroyer aux installations dont la mise en service n'est pas encore intervenue. L'arrêté du Gouvernement décidant de diminuer le nombre de certificats verts octroyés ne peut entrer en vigueur moins de trois mois après sa publication au *Moniteur belge*.

1 kWc = kiloWatt crète, autrement dit, puissance maximale de l'installation.

Art. 24*ter*. § 1er. Moyennant arrêté du Ministre pris après avis de la CWaPE, le producteur d'électricité verte peut remettre directement au gestionnaire du réseau de transport local tout ou partie des certificats verts qui lui ont été octroyés en vertu de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelable ou de cogénération.

§ 2. En vue de bénéficier de la garantie d'achat des certificats verts, le producteur d'électricité verte introduit auprès de l'administration un dossier en deux exemplaires et joint à sa demande:

1° une copie de tous les documents attestant du coût global des investissements relatifs à l'installation de production;

2° si le certificat de garantie d'origine n'a pas encore été octroyé à l'installation, le producteur joint à sa demande, une copie de tous les documents relatifs aux différentes aides perçues pour la réalisation de l'installation, notamment les aides à l'investissement;

3° une analyse financière déterminant le coût de production de l'électricité verte;

4° une déclaration sur l'honneur attestant que les informations communiquées sont complètes et certifiées sincères et véritables.

Lorsque la demande est introduite alors que l'installation n'est pas encore entrée en service, le demandeur joint à la demande une projection des données relatives aux documents visés aux points 1° à 3° ainsi que la planification de l'investissement et la date probable de mise en service de l'installation.

§ 3. Dans les dix jours ouvrables de la réception de la demande, l'administration prend contact avec le demandeur et sollicite auprès de la CWaPE une copie du certificat de garantie d'origine de l'installation concernée si celui-ci a déjà été octroyé.

Si le dossier est complet, et après avoir offert au demandeur la faculté d'être entendu, l'administration sollicite l'avis de la CWaPE dans les trente jours ouvrables de la réception de la demande.

Si le dossier est incomplet, l'administration invite le demandeur à transmettre les documents requis. Lorsque le dossier est complet, et après avoir offert au demandeur la faculté d'être entendu, l'administration sollicite l'avis de la CWaPE dans les trente jours ouvrables de la réception des documents complémentaires.

Dans son avis, la CWaPE détermine la durée de l'obligation d'achat à charge du gestionnaire du réseau de transport local pour les certificats verts issus de l'installation considérée.

Le Ministre attribue, par arrêté, la garantie d'achat des certificats verts dans les trente jours de la réception de l'avis de la CwaPE. L'arrêté reprend la durée de la garantie d'achat fixée par la CWaPE; il est notifié au demandeur et au gestionnaire du réseau de transport local.

Art. 24*quater*. La durée de l'obligation d'achat des certificats verts est déterminée par la CWaPE, sur base d'une méthodologie publiée par celle-ci, en tenant compte des éléments suivants:

1° le montant cumulé du prix d'achat des certificats verts doit permettre de compenser le surcoût de production par rapport au prix du marché pendant la durée d'amortissement de l'installation considérée, en ce compris la rémunération du capital investi au taux de rentabilité de référence visé à l'article 15 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelable ou de cogénération;

2° pour déterminer le surcoût de production, la CWaPE tient compte des éventuelles aides à l'investissement versées pour la réalisation de l'installation.

La durée de l'obligation d'achat prend cours le mois suivant la mise en service de l'installation de production d'électricité verte.

Si l'installation n'est pas encore mise en service à la date de la notification de l'arrêté visé à l'article 24*ter*, la garantie d'achat des certificats verts par le gestionnaire du réseau de transport local ne vaut que si l'installation est mise en service dans les vingt-quatre mois suivant cette date.

Art. 24*quinquies*. Le prix du certificat vert pour lequel le gestionnaire du réseau de transport local se voit imposer une obligation d'achat est fixé à 65 euros.

Art. 24*sexies*. Pendant toute la durée de la garantie d'achat, au moment où le producteur vert transmet les données de comptage en vue de recevoir les certificats verts, il notifie à la CWaPE sa décision de bénéficier de la garantie d'achat pour les certificats verts en question, selon des modalités définies par la CwaPE. La CWaPE vérifie, le cas échéant, en concertation avec l'administration la réalisation des conditions suspensives éventuelles prévues dans l'arrêté ministériel visé à l'article 24*ter*.

À défaut de notification, les certificats verts en question ne pourront bénéficier de la garantie d'achat.

Lorsque la CWaPE octroie les certificats verts pour lesquels le producteur vert a demandé l'application de la garantie d'achat, elle en informe le gestionnaire du réseau de transport local.

Art. 24*septies*. Par dérogation aux articles 24*ter* et 24*quater*, les installations dont la puissance nette développable est inférieure ou égale à 10 kW bénéficient de la garantie d'achat par le GRTL de leurs certificats verts pour une durée de 180 mois. La durée d'obligation d'achat prend cours le mois suivant la mise en service de l'installation de production d'électricité verte.

La CWaPE établit tous les deux ans un rapport sur les surcoûts de production des installations dont la puissance nette développable est inférieure ou égale à 10 kW en vue d'analyser la pertinence de maintenir l'attribution automatique de la garantie visée à l'alinéa premier, pour les nouvelles installations.»

Le 29 septembre 2011, un arrêté ministériel fondé sur l'article 15, § 1er, alinéa 3, de l'arrêté du 30 novembre 2006 détermine le facteur de réduction «k» à partir du 1er octobre 2011, et le fixe notamment:

- pour le photovoltaïque <= 10 kWe[2] jusqu'au 30 novembre 2011, à 100;
- pour le photovoltaïque <= 10 kWe à partir du 1er décembre 2011, à 0;
- pour le photovoltaïque > 10 kWe, à 100.

Le 23 juillet 2013, un autre arrêté ramène à 0 le facteur «k» pour le photovoltaïque > 10 kWe

Le 30 octobre 2013, la partie adverse demande à la CWaPE, en application de l'article 43*bis*, § 1er, du décret du 12 avril 2001, un «avis relatif à l'application d'un facteur k = 0 pour les installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW bénéficiant des modalités d'octroi applicables jusqu'au 30 novembre 2011. La CWaPE donne cet avis le 20 novembre. Le 25 novembre, la partie adverse soumet à la section de législation du Conseil d'État un projet d'arrêté «modifiant

2 kWe = abrévialtion de kiloWatt électrique; pour certaines filières, notamment la cogénération, il y a aussi des kiloWatt thermiques (kWt)

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». Cet avis (n° 54.571/4) est donné le 23 décembre 2013 et porte le passage suivant:

> « 2. La modification prévue par le projet examiné est d'une autre nature que celle des modifications précédentes. Elle consiste pour les installations concernées, c'est-à-dire les installations de panneaux photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW dont le facteur "k" est celui qui prévalait avant le 1er décembre 2011, à prévoir que ce n'est plus le facteur "k" qui était fixé à un moment donné de l'installation qu'il faut prendre en considération pour déterminer la durée d'octroi des certificats verts, mais un nouveau facteur "k" déterminé par le ministre sur proposition de la CwaPE. Il ressort de l'avis de cette dernière sur le projet examiné qu'il est envisagé de ramener ce facteur à "0" de sorte que les installations concernées n'auraient plus droit à des certificats verts que pour la durée initiale de dix ans.
>
> Cette modification a donc pour effet, pour les personnes ayant investi dans des installations concernées par le projet en tenant compte des règles prévues par l'arrêté du 20 décembre 2007 précité, de modifier pour l'avenir la règle selon laquelle la réduction des certificats verts pour les cinq dernières années est fixée par le facteur "k" applicable à un moment donné de l'installation.
>
> 3. S'il est de règle que la loi du changement ou de la mutabilité autorise les gouvernants à adapter le service public aux exigences fluctuantes de l'intérêt général, les effets de cette loi doivent, cependant, être nuancés pour tenir compte du principe de sécurité juridique, lequel est lié au principe de confiance, d'espérance ou d'expectative légitime, principes dont il ressort qu'il doit, dans certains cas, être tenu compte, en cas de modification de la réglementation, de la confiance suscitée ou des attentes légitimes que son auteur a fait naître chez les destinataires de celle-ci.
>
> En conséquence, lorsque le Gouvernement revient sur la confiance légitime créée en la permanence du facteur "k" pour une installation, permanence qu'il a consacrée par l'adoption d'une règle se référant au facteur "k" applicable à un moment donné de l'installation, il doit pouvoir démontrer que cette modification est admissible au regard des principes qui viennent d'être rappelés. Il doit, en d'autres termes, pouvoir justifier, à l'issue d'une mise en balance des intérêts, que la protection de la confiance légitime doit être écartée, du fait que l'intérêt général poursuivi doit primer sur celui des personnes concernées par le maintien de la situation actuelle.
>
> À cet égard, les considérants de l'arrêté en projet justifient l'abrogation de la règle de permanence du facteur "k" pour la durée de l'installation par la nécessité d'éviter une surcharge tarifaire due aux "certificats verts" pour les consommateurs d'électricité, surcharge dont le préambule de l'arrêté en projet indique qu'elle est liée à un volume excédentaire important de certificats verts engendrant un recours massif à la garantie d'achat par Elia et qu'elle "est en constante augmentation". Ce volume excédentaire résulterait tout particulièrement des producteurs d'électricité à partir d'installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW en raison d'une explosion du nombre d'installations sur le marché.
>
> L'objectif poursuivi est donc, tout en préservant "une garantie de rentabilité des installations de production à partir de panneaux photovoltaïques d'une puissance nette inférieure à 10kW", de diminuer celle-ci, par ailleurs présentée comme "très favorable" dans le préambule de l'arrêté en projet, en modifiant "rapidement la durée d'octroi des

certificats verts pour ces mêmes installations, afin de rencontrer l'objectif d'intérêt général de l'ensemble des consommateurs de bénéficier d'une surcharge tarifaire raisonnable".

L'accent est aussi mis, dans le préambule, sur ce que la garantie de rentabilité des installations visées par le dispositif en projet est également rencontrée par l'instauration d'un mécanisme de correction qui vise à assurer que la mesure mise en place est, dans son ensemble, "proportionnelle au but poursuivi".

Il va de soi que le Gouvernement doit être à même de pouvoir dûment justifier, *in concreto*, les divers motifs invoqués dans le préambule en vue d'étayer l'admissibilité du nouveau système qu'il met en place pour les installations existantes visées dans le paragraphe 1er*bis* en projet. Il lui appartient, notamment, d'apprécier et de pouvoir justifier, d'une part, si, ainsi limité, le volume de certificats verts concernés est tel que la diminution en projet aura une influence significative sur le marché des certificats verts et, par voie de conséquence, sur la surcharge tarifaire due aux "certificats verts" pour les consommateurs d'électricité, et, d'autre part, qu'un résultat similaire ne peut pas être atteint par d'autres mesures moins attentatoires aux principes de la sécurité juridique et de légitime confiance que celles mises en place par l'arrêté en projet, en ce compris l'instauration d'un mécanisme correcteur.

4. Dans le cadre du mécanisme correcteur qu'il met en place, le Gouvernement devra par ailleurs veiller à pouvoir justifier les différences de traitement qu'il crée entre ceux qui pourraient conserver le bénéfice du facteur "k" initialement octroyé et les autres titulaires de certificats verts. Ainsi, il est exigé, pour certains, une absence de rentabilité – alors qu'en la matière, il semble plutôt qu'il faut prendre en compte un taux de rentabilité de référence – tandis que pour d'autres, il est exigé un simple "effet externe perturbateur sur des conventions ou contrats en cours", sans allusion à une quelconque absence de rentabilité.

En effet, tel que le projet est rédigé, il suffit de démontrer l'un des deux éléments énumérés au paragraphe 1er*bis*, alinéa 2, en projet, même si ceux-ci sont, en outre, reliés par la coordination "et/ou".

5. La rédaction de certaines dispositions manque également de précision. Ainsi, la portée des mots "au regard" et du mot "soutien" dans la phrase du 1° du paragraphe 1er*bis*, alinéa 2, en projet, qui fait état d'"une absence de rentabilité au regard du soutien octroyé", ainsi que des mots "effet externe perturbateur" qui figurent au 2° de la même disposition, gagnerait à être clarifiée.

6. La section de législation se demande également comment sera organisée l'articulation entre la procédure de contestation individuelle du nouveau facteur "k" prévue au paragraphe 1er*bis*, alinéa 2, en projet, et l'établissement "de catégories de producteurs", prévu par le paragraphe 1er*ter* en projet, "dont les caractéristiques démontrent qu'ils peuvent bénéficier du facteur "k" fixé conformément au paragraphe 1er, alinéa 6". La question se pose, notamment, de savoir si la détermination de la typologie des cas particuliers par le groupe d'experts est un préalable à l'exercice, par le ministre, du pouvoir de dérogation qu'il tient du paragraphe 1er*bis*, alinéas 2 à 4, en projet ou si les deux dispositifs sont, au contraire, autonomes.»

Le 2 octobre 2014, le Gouvernement a adopté l'arrêté attaqué par le recours 214.477/XV-2706, qui modifie l'arrêté du 30 novembre 2006 et insère les deux paragraphes suivants à l'article 15:

« **§ 1er*ter*.** Par dérogation au paragraphe 1er, alinéa 6, pour les installations de production d'électricité à partir de panneaux

photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW dont le facteur "k" en vigueur, conformément au paragraphe 1er, alinéa 6, est celui qui prévalait avant le 1er décembre 2011, le Ministre détermine, sur proposition de la CWaPE, le facteur "k" applicable au regard de l'âge de l'installation et de sa rentabilité.

Tout producteur visé à l'alinéa 1er, peut entre 18 mois et, au plus tard, 6 mois avant la fin de la période d'octroi de certificats verts fixée conformément à l'alinéa 1er, introduire un dossier auprès de la CWaPE afin de bénéficier du facteur "k" initialement fixé conformément au paragraphe 1er, alinéa 6. Le dossier contient, à tout le moins, la démonstration d'un des éléments suivants:

1° la non atteinte par l'installation photovoltaïque, après application du nouveau facteur "k" déterminé par le Ministre visé à l'alinéa 1er, de la rentabilité de référence prévalant au moment de l'installation;

2° un effet externe perturbateur sur des conventions ou contrats en cours résultant de la modification de la période initiale d'octroi fixée conformément au paragraphe 1er, alinéa 6, impactant le producteur financièrement, défavorablement et irrévocablement.

La CWaPE détermine et publie sur son site les modalités et les délais de traitement des dossiers visés à l'alinéa précédent.

Sur la base du dossier, la CWaPE remet un avis sur la rentabilité du projet prenant en considération, notamment, l'énergie économisée valorisée au prix réel de l'énergie et les certificats verts. Si une absence de rentabilité ou un effet externe perturbateur conformément à l'alinéa 2 est démontré, le Ministre accorde le bénéfice du facteur "k" fixé conformément au paragraphe 1er, alinéa 6, au producteur concerné.

§ 1er*quater*. Un groupe d'experts détermine la typologie des cas particuliers susceptibles de bénéficier de la dérogation organisée par le paragraphe 1er*ter*. Ce groupe d'experts est composé de 10 membres désignés par le gouvernement après un appel à manifestation d'intérêt, comme suit:

a) 5 membres représentant les pouvoirs publics;

b) 5 membres représentant les intérêts privés pouvant démontrer de l'existence d'un intérêt objectif dans le soutien à la production d'électricité renouvelable à partir d'installations photovoltaïques de petite puissance et les associations de protection des consommateurs.

Le groupe d'experts transmet un rapport sur la typologie des cas rencontrés dans les 18 mois de l'entrée en vigueur du présent paragraphe au gouvernement wallon.

Sur la base du rapport visé à l'alinéa 2, et après avis de la CWaPE, le gouvernement peut établir des catégories de producteurs dont les caractéristiques démontrent qu'ils peuvent bénéficier du facteur "k" fixé conformément au paragraphe 1er, alinéa 6.»

Cet arrêté a été publié au *Moniteur belge* le 14 octobre 2014. Son préambule comporte la motivation suivante:

« Considérant la situation du marché des certificats verts caractérisée par un volume excédentaire important de certificats verts engendrant un recours massif à la garantie d'achat par Elia organisée par l'article 40, alinéa 1er, du décret du 12 avril 2001, tout particulièrement émanant des producteurs d'électricité à partir d'installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW et résultant, comme l'a souligné notamment la CWaPE dans son rapport annuel spécifique n° CD-12f19-CWaPE "L'évolution du marché des certificats verts", d'une explosion du nombre d'installations sur ce marché;

Que la conséquence de ce recours massif à la garantie d'achat est réelle sur la surcharge tarifaire répercutée aux consommateurs, dans la mesure où cette dernière est en constante augmentation;

Considérant la décision (B)130516-CDC-658E/26 du 16 mai 2013 relative à "la proposition tarifaire rectifiée de ELIA SYSTEM OPERATOR SA du 2 avril 2013 pour la période régulatoire 2012-2015" adoptée en application de l'article 12*quater*, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, de la CREG qui souligne que:

"198. Par son courrier daté du 14 mars 2013, Elia a informé la CREG de la situation actuelle du marché des certificats verts en Région wallonne. Elia a également demandé à la CREG quelles suites, notamment en matière tarifaire, elle entend donner au constat dressé par Elia.

199. À ce jour, aucun élément concret ne permet à la CREG de répondre à la requête d'Elia. De nombreuses informations ont récemment circulé dans la presse ou lors d'échanges entre la CREG et les acteurs impliqués mais aucune décision officielle n'est, à ce jour, venue confirmer ces informations. Toutefois, des évolutions concrètes étant attendues prochainement, la CREG ne juge pas opportun de modifier le tarif pour l'obligation de service public pour le financement des mesures de soutien aux énergies renouvelables en Wallonie dans le cadre de la proposition tarifaire rectifiée.

200. Par conséquent, la CREG décide d'approuver les valeurs proposées par Elia pour les années 2012 et 2013.

201. La CREG invite toutefois Elia à lui soumettre une nouvelle proposition d'adaptation de ce tarif dès que des éléments suffisamment concrets pourront être pris en considération. Dans sa lettre du 26 avril 2013, Elia a confirmé son intention de revenir vers la CREG en ce qui concerne ce tarif.";

Que la volonté claire d'Elia est d'introduire une nouvelle proposition tarifaire à très court terme afin de revoir la surcharge tarifaire "certificats verts" à la hausse, comme souligné dans la décision tarifaire précitée de la CREG;

Qu'une telle volonté s'est traduite dans les faits lorsque, par sa proposition tarifaire du 13 novembre 2013, Elia a sollicité, à nouveau, auprès de la CREG une augmentation de la surcharge tarifaire "certificats verts";

Que cette demande a été suspendue temporairement par Elia au vu de la réforme globale des certificats verts;

Que la CREG a ainsi repris les éléments suivants dans sa décision tarifaire du 19 décembre 2013, n° (B)121219-CDC-658E/28, relative à "la proposition du 13 novembre 2013 de SA ELIA SYSTEM OPERATOR relative à l'adaptation à partir du 1er janvier 2014 des tarifs pour les obligations de service public et des taxes et surcharges et à la demande d'Elia du 17 décembre 2013" prise en application de l'article 12*quater*, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et des articles 9, 10 et 33 de l'arrêté (Z) 130328-CDC-1109/3 du 28 mars 2013 modifiant l'arrêté du 24 novembre 2011 fixant les méthodes provisoires de calcul et établissant les conditions tarifaires de raccordement et d'accès aux réseaux d'électricité ayant une fonction de transport:

"23. Le dossier d'Elia du 13 novembre 2013 comporte dès lors des chiffres clairs sur l'application attendue de l'obligation de service public que la Région wallonne a imposée à Elia en tant que gestionnaire du réseau de transport local:

(i) un déficit global attendu à la fin 2013 de 65.300.000,00 EUR pour l'estimation correcte, dont il faut déduire l'"effet saisonnier" de 25.000.000,00 EUR, soit un déficit structurel de 40.300.000,00 EUR;

(ii) le coût de l'achat de 4.320.000 certificats verts en 2014 au prix minimum de 65,00 EUR/certificat mène à une dépense en 2014 de 280.600.000,00 EUR;

(iii) le coût de l'achat de 4.271.000 certificats verts en 2015 au prix minimum de 65,00 EUR/certificat mène à une dépense en 2015 de 277.600.000,00 EUR;

Cela signifie qu'Elia, en vue de couvrir ses coûts durant la période régulatoire 2012-2015, devra récupérer durant les deux années suivantes un total de 599.500.000,00 EUR, à majorer d'un montant de 2.700.000,00 EUR en frais administratifs et financiers à mettre à charge de la surcharge afin d'éviter les subsides croisés avec les autres activités. Sans adaptations structurelles et sans application de quelque dégressivité, une surcharge sur 2 ans devrait par conséquent couvrir le montant de 602.200.000,00 EUR.

24. Ce montant doit être répercuté proportionnellement aux volumes attendus d'électricité prélevée sur les réseaux du gestionnaire du réseau de transport local de la Région wallonne, respectivement de 16,9 TWh en 2014 et 16,8 TWh en 2015.

25. Il est donc clair que ce n'est pas possible sans mesures supplémentaires avec une surcharge de 13,82 EUR/MWh. Cette valeur ne générerait en effet que 465.734.000,00 EUR de revenus tarifaires durant les années 2014 et 2015, alors que le montant à couvrir pour cette même période s'élève à 602.200.000,00 EUR (cf. numéro 23 supra).

26. Il ressort toutefois clairement de tous les documents dont la CREG dispose que la Région wallonne vise bel et bien une série de mesures structurelles:

[...]

29. En constatant que les éléments factuels nouveaux tendent à démontrer la concrétisation de certaines mesures annoncées par le Gouvernement wallon et la volonté des parties à la réussite des intentions poursuivies par le Gouvernement wallon, Elia mentionne son intention de référer de ces différents éléments lors de la réunion de son conseil d'administration prévue fin mars 2014. Au cours de cette réunion, Elia vérifiera si le décret pérenne est bien entré en vigueur et si la mise en place effective d'une opération de portage est réaliste;

30. C'est pourquoi, dans l'intervalle, Elia a demandé à la CREG de vouloir considérer que la demande d'augmentation dans son dossier du 13 novembre 2013 soit temporairement suspendue.

Elia demande donc de confirmer le tarif d'obligation service public à son niveau actuel du 1er janvier 2014;

31. La CREG suit cette problématique complexe depuis longtemps déjà. Elle constate ce qui suit:

(i) les hypothèses et les calculs proposés par Elia concernant le nombre de certificats sont tout à fait conformes aux évolutions et nombres publiés par la CWAPE;

(ii) le déficit attendu d'Elia à la fin 2013 est conforme à ce qu'a déjà indiqué la comptabilité d'Elia dans le rapport semestriel de 2012 et à son évolution ultérieure dans le courant de 2013, comme le confirment les réviseurs d'Elia;

(iii) la confirmation des mesures du Gouvernement wallon est très récente et clairement toujours incomplète;

(iv) il s'agit de montants importants et, comme mentionné au numéro 15 *supra*, la CREG souhaite éviter d'envoyer un faux signal concernant la politique menée par la Région wallonne en prenant une décision sur un délai trop court;

(v) il y a peu de risque de subsides croisés car Elia impute depuis début 2013 les coûts administratifs et financiers liés à l'obligation de service public au tarif en question (cela constitue un point de contrôle marqué pour la CREG);

(vi) la CREG part du principe que l'obligation de service public wallonne reste dévolue au gestionnaire du réseau de transport local et que l'éventuelle utilisation d'un "portage" n'y porte pas préjudice, si bien que l'opération aura un caractère neutre pour l'utilisateur du réseau;

(vii) Elia demande elle-même (mais aussi *in extremis*) de suspendre temporairement sa demande du 13 novembre 2013 visant à augmenter le tarif;

(viii) dans ce concours de circonstances, le principe de précaution contraint la CREG en tant qu'autorité administrative à une approche prudente. Cependant, la CREG se prononcera une nouvelle fois dans le courant du premier semestre 2014 sur une éventuelle adaptation de ce tarif qui serait demandée par Elia;

32. Dans ces circonstances et dans les conditions mentionnées, la CREG ne voit pas d'objection à la suspension de la demande d'Elia et au maintien de la valeur actuelle de 13,8159 EUR/MWh à compter du 1er janvier 2014.

[...]

LA CREG DÉCIDE de suspendre sa décision relative aux tarifs pour l'obligation de service public pour le financement des mesures de soutien aux énergies renouvelables en Wallonie. Le tarif actuel de 13,8159 EUR/MWh est donc maintenu provisoirement;

Que, par courrier du 15 janvier 2014 adressé à M. le Ministre de l'Énergie, Elia a réitéré ses craintes dans l'hypothèse où la situation sur le marché des certificats verts demeurait en l'état, et a réaffirmé, comme suit, le caractère temporaire de la suspension d'augmentation de la surcharge "certificats verts":

"(...) vous n'êtes pas sans savoir qu'Elia continue d'observer un déficit significatif entre les dépenses qu'elle supporte dans le cadre de l'OSP de rachat de CV wallons à prix minimum garanti et les recettes qu'elle perçoit à travers l'application d'une surcharge dédicacée à cette OSP. Le conseil d'administration d'Elia reste préoccupé par cette situation qui transparaît dans les comptes annuels à fin 2013. Et ce, d'autant plus que récemment, la CREG a accepté, comme nous lui avons proposé à votre insistance, de suspendre temporairement la révision à la hausse de la surcharge en question, dans l'attente d'une adoption imminente de textes réglementaires finalisant le cadre légal relatif à la mise en place des exonérations et des mises en réserve de certificats verts.";

Que l'impact des éléments qui précèdent et les risques d'une augmentation de la surcharge tarifaire "certificats verts" pour les consommateurs d'électricité, et notamment pour les entreprises en situation de concurrence européenne et internationale, sont considérables;

Considérant que la présente mesure s'inscrit dans le cadre global de la réforme des certificats verts visant à permettre le retour à l'équilibre du marché des certificats verts;

Qu'il a notamment été mis en place, dans ce cadre, un mécanisme de mise en réserve ainsi qu'un régime d'exonérations partielles de la surcharge "certificats verts" pour certains clients finals;

Que selon l'avis n° CD-13k07-CWaPE-816 de la CWaPE rendu le 20 novembre 2013, la mesure envisagée par le projet d'arrêté devrait permettre de réduire le nombre de certificats verts octroyés pour ces installations de 12 à 13 millions de certificats verts sur la période 2018-2027; que le volume de certificats verts concernés peut donc être considéré comme ayant une influence significative sur le marché des certificats verts, puisque le marché total estimé de certificats verts via les retours quotas s'élève à 6,5 millions de certificats verts en 2020;

Considérant que le lien entre la limitation du volume de certificats verts issue de l'arrêté en projet et la surcharge tarifaire, a également été

mis en évidence par la CWaPE dans son rapport annuel spécifique de 2012 sur l'évolution du marché des certificats verts. Dans le chapitre 4 de ce rapport consacré à l'évolution du marché des certificats verts sur la période 2013-2020, la CWaPE intègre, dans ses hypothèses, la prise en compte de la décision du Gouvernement wallon, prise en première lecture le 30 mai 2013, de réduire la durée d'octroi des certificats verts de 15 ans à 10 ans pour les installations Solwatt. Sur la base des différentes hypothèses dont celle précitée, la CWaPE observe que:

"un retour à l'équilibre sur le marché des certificats verts est possible en 2020, pour autant que tout le volume de certificats verts produits à partir de 2013 dans le cadre de la filière Solwatt soit racheté par Elia";

Que le lien entre la limitation du volume de certificats verts issue de l'arrêté en projet et l'évolution de la surcharge tarifaire à court terme, est réel et effectif à travers le mécanisme de portage de mise en réserve de certificats verts inséré dans le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après, "décret électricité") par le décret du 11 décembre 2013 contenant le deuxième feuilleton d'ajustement du budget général des dépenses de la Région wallonne pour l'année budgétaire 2013 (publié au *Moniteur belge* le 17 janvier 2014/*Erratum* publié le 5 février 2014);

Que ce mécanisme de 'mise en réserve' de certificats verts excédentaires par un intermédiaire financier est notamment basé sur une perspective de retour sur le marché, avant le terme de la durée maximale de portage, des certificats verts mis en réserve. Dans son avis n° CD-13l19-CWaPE-840 rendu le 20 décembre 2013 "portant sur le projet de décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation régionale du marché de l'électricité, visant à instaurer une base juridique pour le mécanisme de financement externe des certificats verts via un intermédiaire financier ainsi que pour les exonérations de la surcharge Elia", la CWaPE se base, à nouveau, sur l'hypothèse de la durée d'octroi de certificats verts réduite de 15 ans à 10 ans pour les installations Solwatt et estime, sur cette base, le volume de certificats verts à mettre en réserve par l'intermédiaire financier. Dans son analyse, la CWaPE montre qu'avec cette hypothèse et compte tenu de l'évolution des quotas de certificats verts, les certificats verts ayant fait l'objet du portage peuvent sortir de la mise en réserve à partir de 2017 dans le scénario S1 et de 2019 dans le scénario S2. Cette perspective de retour sur le marché, essentielle pour la réussite de l'opération de portage - et partant, pour la stabilisation du niveau de la surcharge Elia à 13,82 €/MWh (le niveau actuel) - est donc intimement liée à la mesure du présent arrêté en projet:

Qu'à défaut de mise en œuvre de l'arrêté en projet, un volume de 12 à 13 millions de certificats verts supplémentaires viendra inonder le marché entre 2018 et 2027, rendant illusoire toute perspective de reprise par le marché des certificats verts mis en réserve;

Considérant la nécessité de préserver une garantie de rentabilité des installations de production à partir de panneaux photovoltaïques d'une puissance nette inférieure à 10kW, tout en modifiant rapidement la durée d'octroi des certificats verts pour ces mêmes installations afin de rencontrer l'objectif d'intérêt général de l'ensemble des consommateurs de bénéficier d'une surcharge tarifaire raisonnable;

Considérant que la CWaPE, dans son avis CD-13g02-CWaPE-537, confirme que la modification du facteur "k" prévue au nouveau paragraphe 1er*bis* du présent arrêté "contribuerait à diminuer la rentabilité très favorable de ces installations et, partant, à réduire l'impact important de la surcharge d'Elia sur les consommateurs";

Considérant qu'une jurisprudence autorise un Gouvernement à réviser un système par des mesures correctrices, afin de revoir les

investissements qui sont au-delà d'un profit normal, lorsque la révision est basée sur des considérations sociales - la protection des consommateurs les plus démunis - et économiques - le retour à un équilibre de marché - (voy. note au Gouvernement, jurisprudence CIRDI du 23 septembre 2010 et Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique du 30 mars 2010 et du 17 juillet 2014). Actuellement, le prix du certificat vert est à 65 € mais rien n'exclut une augmentation de ce prix suite à l'adoption du présent arrêté et donc qu'il soit pallié aux effets perturbateurs temporaires ou à l'absence de rentabilité des installations photovoltaïques grâce à la reprise du marché. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il est procédé à l'examen des conditions qui permettent de bénéficier d'une dérogation à l'application du régime *a posteriori*;

Que l'article 38, § 5, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, lu en combinaison avec l'article 40 du même décret, permet au Gouvernement de "diminuer le nombre de certificats verts octroyés [...] en fonction de l'âge de l'installation de production d'électricité verte, de sa rentabilité et de sa filière de production" dans le respect de l'obligation d'achat des certificats verts à charge du gestionnaire de réseau de transport local laquelle existe pendant "au maximum 180 mois [...] au regard de la rentabilité du projet.";

Que le mécanisme proposé a pour effet de limiter le bénéfice du coefficient modérateur "k", pour l'avenir, pour les installations dont les modalités d'octroi des certificats verts sont celles applicables jusqu'au 30 novembre 2011;

Que, tout en atteignant l'objectif de réduire la bulle des certificats verts, le mécanisme proposé est destiné à garantir également la rentabilité des installations visées en octroyant pour une période de 10 ans des certificats verts aux producteurs à partir d'installations photovoltaïques d'une puissance nette inférieure à 10 kW dont les modalités d'octroi des certificats verts sont celles applicables jusqu'au 30 novembre 2011;

Que la CWaPE dans son avis du 20 novembre 2013 n° CD-13k07-CWaPE-816 relatif à "l'application d'un facteur k = 0 pour les installations photovoltaïques d'une puissance ≤ 10 kW bénéficiant des modalités d'octroi applicables jusqu'au 30 novembre 2011" rendu en application de l'article 43*bis*, § 1er, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, a conclu à un impact significatif de la mesure proposée, comme suit:

"3. Avis

En ce qui concerne l'impact de la mesure proposée par le Gouvernement wallon sur la rentabilité des installations visées (+ 79.000), sur base des hypothèses retenues dans son analyse, la CWaPE estime que les installations SOLWATT qui se verraient affectées d'une réduction de la durée d'octroi de 15 ans à 10 ans (facteur 'k' = 0) garderaient un taux de rentabilité égal ou supérieur au taux de rentabilité de référence pour la filière solaire photovoltaïque (7 %) à l'exception d'un nombre limité d'installations placées en 2008 (à partir de 8 kWc lorsqu'un taux de T.V.A. de 6 % était d'application et à partir de 5 kWc lorsqu'un taux de T.V.A. de 21 % était d'application). À noter toutefois que pour de tels cas, le projet d'arrêté modificatif prévoit que les producteurs concernés pourront introduire un dossier démontrant l'absence de rentabilité au regard du soutien octroyé afin de bénéficier du facteur 'k'initialement fixé.";

Que cette garantie de rentabilité est également rencontrée par la possibilité qu'ont ces mêmes producteurs, dans l'hypothèse où ils rencontreraient des difficultés de rentabilité, après application du nouveau facteur "k" pour l'avenir à leur installation, et n'atteindraient pas la rentabilité de référence initiale; ou encore, dans l'hypothèse où la

réduction de la durée d'octroi entraînerait des effets collatéraux, à savoir des "effets externes perturbateurs", sur des conventions ou contrats en cours et partant, sur les droits des tiers, de bénéficier, sur la base de la présentation d'un dossier individuel motivé, du facteur "k" dont ils pouvaient se prévaloir avant la modification apportée par le présent arrêté; l'"effet externe perturbateur" résultant de la modification de la période initiale d'octroi fixée est "perturbateur" quand il constitue en un impact financier négatif pour le producteur et est "externe" quand il entraîne des effets sur les droits des tiers, comme lorsque l'octroi des certificats verts est lié à la réalisation d'obligations conventionnelles ou contractuelles;

Que le critère de différenciation entre les producteurs pouvant solliciter l'application du facteur 'k' antérieur au présent arrêté, et les autres, est objectif et justifié au regard du critère de la rentabilité de l'installation et de la non-atteinte aux droits des tiers par l'effet de la présente mesure réduisant la durée initiale d'octroi des certificats verts, et partant au regard du principe de proportionnalité;

Que le présent arrêté tend à protéger plusieurs objectifs:

a) il s'agit tout d'abord d'une mesure sociale de protection des consommateurs les plus faibles: en l'espèce, une mesure qui tend à éviter une explosion de la surcharge d'Elia aux fins de ne pas augmenter le prix final de l'électricité qui, conformément à la troisième directive, doit rester un prix abordable à l'ensemble des consommateurs et notamment aux plus démunis, lesquels sont les plus exposés par une augmentation significative de la surcharge Elia; et

b) il s'agit d'une mesure économique, ayant pour effet de lisser dans le temps une bulle d'explosion du nombre des certificats verts, afin que le prix du certificat vert puisse remonter au-delà des 65 €, comme le prévoit la CWaPE dans un horizon à moyen terme, et retrouver, éventuellement, les avantages d'un marché moins perturbé. Dès que le marché offrira un prix des certificats verts au-delà de 65 €, un effet multiplicateur s'opérera puisque les certificats verts ne seront plus rachetés par Elia, avec pour conséquence directe que la surcharge diminuera;

Que la mesure est une mesure correctrice temporaire car on ne peut dissocier économiquement la durée du soutien de la valeur du prix garanti. En effet, puisque le Gouvernement a décidé, à ce stade, de ne pas toucher au prix minimum garanti, rien n'empêche, et c'est le but de cette mesure, que, dans un horizon à moyen terme, le prix du certificat vert remonte et annule les éventuels effets externes perturbateurs et/ou une éventuelle absence de rentabilité. C'est pourquoi, l'examen par dossier est reporté à la fin de la période, lorsque les acteurs auront une vue beaucoup plus claire des éventuels effets externes perturbateurs et/ou d'une éventuelle absence de rentabilité de l'installation;

Que, parallèlement à la procédure d'examen sur dossier individuel, le présent projet prévoit la possibilité pour le Gouvernement, sur la base d'un rapport rendu par un groupe d'experts, représentant les intérêts privés et publics visés par le projet d'arrêté, de prévoir des exemptions par catégories de producteurs, si de telles catégories se dégagent. Les intérêts privés visés par le projet d'arrêté concernent des personnes, des associations ou des groupements d'intérêts pouvant témoigner d'un intérêt objectif dans le soutien à la production d'électricité renouvelable à partir d'installations photovoltaïques de petite puissance. Il peut également s'agir de personnes issues de la société civile (des propriétaires, des ASBL, des organisations de défense des consommateurs, *etc.*), des installateurs de panneaux photovoltaïques, des fédérations (fédérations de consommateurs, fédérations du bâtiment, fédérations des installateurs, *etc.*) ou de personnes privées s'occupant du financement de tels projets (assurances, banques, *etc.*);

Que les autres pistes examinées par le Gouvernement, à savoir une baisse du prix minimum garanti pour l'avenir pour les installations existantes à un niveau compatible avec une rentabilité de référence de 7 pourcents, ou encore la mise en place d'une forme de taxation sur les installations Solwatt, sont de nature à être davantage attentatoire aux producteurs concernés que la mesure proposée;

Qu'en tant que ce projet prévoit, d'une part, une réduction du facteur "k" et partant, de la durée d'octroi des certificats verts pour les installations dont les modalités d'attribution des certificats verts sont celles applicables jusqu'au 30 novembre 2011, afin de répondre à un objectif d'intérêt général de baisse du prix de la surcharge tarifaire, et met en place, d'autre part, une procédure d'examen sur dossier des conditions particulières des producteurs ainsi qu'une possibilité d'exemptions par catégories par le Gouvernement, la mesure proposée par le présent projet d'arrêté est proportionnelle aux buts poursuivis;»

Le 1er décembre 2014, la CWaPE émet, en application de l'article 43*bis*, § 1er, du décret du 12 avril 2001 une proposition relative au «facteur "k" applicable aux installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW bénéficiant d'une durée d'octroi de 15 ans». Le 26 janvier 2015, la partie adverse a soumis à la section de législation du Conseil d'État, un projet d'arrêté ministériel «modifiant l'arrêté ministériel du 29 septembre 2011 déterminant le facteur de réduction "k" à partir du 1er octobre 2011». L'avis (57.031/4), a été donné le 23 février et ne contient que des observations de forme.

Le 2 mars 2015, le ministre prend un arrêté modifiant l'arrêté ministériel du 29 septembre 2011 déterminant le facteur de réduction «k» à partir du 1er octobre 2011. En son article 1er, il remplace l'annexe de cet arrêté ministériel et prévoit notamment que pour les installations d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW, dont la date de référence correspond à une date «à partir du 1er janvier 2009», le facteur «k» se voit attribuer la valeur de «0». Il s'agit de l'acte attaqué par le recours 215.814/XV-2.800. Il a été publié au *Moniteur belge* le 13 mars 2015.

Jonction

Considérant que les deux recours sont introduits par les mêmes parties, attaquent des actes qui s'inscrivent dans le même contexte et développent des moyens largement semblables; qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les joindre;

Recevabilité

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du premier recours au motif que:

- l'acte attaqué ne porte aucun grief et ne modifie pas l'ordonnancement juridique»;
- cet acte «ne fixe ni la valeur du facteur "k" ni ne réduit la durée d'octroi des certificats verts de quinze à dix ans», mais qu'il se borne tout au plus «à indiquer que le ministre "peut" actualiser le facteur "k" des installations visées par l'acte attaqué en fonction de leur rentabilité»;
- «ce n'est que dans l'hypothèse où le ministre actualiserait la valeur du facteur "k" par l'adoption d'un arrêté ministériel qu'il pourrait y avoir un éventuel grief dans le chef des parties requérantes»;
- jusqu'à la fin de la période d'octroi de dix ans de certificats verts, les parties requérantes ne seront pas concernées par un tel hypothétique arrêté ministériel;
- l'arrêté attaqué ne constitue en réalité qu'un acte préparatoire, ne modifiant pas lui-même l'ordonnancement juridique, et un tel acte n'est pas susceptible de recours;
- l'acte attaqué renforce, dans l'hypothèse où le ministre ayant l'Énergie dans ses attributions exercerait son pouvoir de décision, la situation juridique des consommateurs disposant d'installations petits P.V. en leur reconnaissant la possibilité de solliciter, à l'issue de la période de dix ans d'octroi de certificats verts, auprès de la CWaPE et, en définitive, du Ministre, le bénéfice de la valeur du facteur «k» qui leur a été initialement octroyé, mais cette «procédure» ne saurait être appliquée que dans la mesure où la valeur du facteur «k» serait ajustée par le ministre; loin de réduire les «droits» des consommateurs disposant de petits P.V, l'acte attaqué confirme, dans cette hypothèse, que la garantie de la rentabilité de leur installation leur sera assurée, conformément aux articles 38 et 40 du décret électricité, lus en combinaison, ainsi qu'à l'article 15 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006;

Considérant que, dans sa version antérieure à l'arrêté attaqué, l'article 15 de l'arrêté du 30 novembre 2006 portait que, pour les installations photovoltaïques de 10 kW ou moins, le facteur «k» applicable était celui qui était en vigueur lors de l'une des étapes que l'article énumère, et qui reviennent en substance à désigner le moment où la décision de les construire a été prise; qu'à la suite de l'arrêté attaqué, au-delà de la dixième année, ce facteur est déterminé par le ministre; qu'il s'en déduit qu'un facteur fixe et sûr est remplacé par un facteur variable et tributaire d'une décision ministérielle; que, nonobstant les mécanismes correcteurs prévus, le texte établi par l'arrêté attaqué présente pour les propriétaires de petites installations, moins de garanties que le texte précédent; que ceux-ci ont intérêt à l'attaquer; que le recours est recevable;

Fond

Considérant que les requérants prennent un moyen, le premier du premier recours et le deuxième du second recours, de la violation du principe général de non-rétroactivité des lois et des actes administratifs, des principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime, et du principe général de droit selon lequel tous les actes administratifs doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles;

qu'en une première branche ils soutiennent que:

- l'acte attaqué viole le principe général de non-rétroactivité, car il «porte atteinte à des droits irrévocablement fixés»;
- lorsque le Gouvernement wallon, par un arrêté du 20 décembre 2007 modifiant notamment l'article 15 de l'arrêté du gouvernement wallon du 30 novembre 2006, a posé le principe selon lequel «le taux de rentabilité de référence, dont les modalités de calcul sont déterminées par le Ministre sur proposition de la CWaPE» et «pour une installation donnée, le facteur "k" applicable est celui en vigueur au moment de l'obtention du certificat de garantie d'origine», il a entendu accorder des droits aux investisseurs, à la date de l'obtention du certificat de garantie d'origine;
- lorsque des personnes ayant installé une unité de production photovoltaïque ont obtenu un certificat de garantie d'origine sous l'empire de cette disposition, elles ont obtenu un droit «irrévocablement fixé» à un facteur «k» de 100;
- c'est notamment en fonction de ce droit que des particuliers, des P.M.E. et des pouvoirs locaux ont accepté d'investir dans une installation photovoltaïque;
- l'acte attaqué, en autorisant la modification réglementaire par le ministre du facteur «k» pour les installations de production d'électricité à partir de panneaux photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW dont le facteur «k» en vigueur, conformément au paragraphe 1er, alinéa 6, est celui qui prévalait avant le 1er décembre 2011, a remis en cause des droits individuels définitivement fixés;
- l'acte attaqué ne répond à aucune des conditions susceptibles de justifier qu'il soit doté d'une portée rétroactive;

que, synthétisant leur argumentation dans le mémoire en réplique, ils écrivent ce qui suit:

« C'est donc bien à tort que la partie adverse conteste le caractère rétroactif de l'acte attaqué.

Ce caractère rétroactif n'est pas fondé sur l'une des justifications acceptées par la jurisprudence de Votre Conseil (voir le point 26 de la requête en annulation):

- Il porte bien atteinte à des droits acquis et fait grief.
- Il ne s'appuie pas sur une situation constituée dans le passé.
- Il n'est en rien nécessaire à l'exécution d'un décret.
- Il n'est pas nécessaire à la continuité du service public.
- Il ne répond pas à un impératif de régularisation.

Partant, l'acte attaqué est irrégulier au regard du principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs.»;

qu'en une seconde branche, ils soutiennent que

- l’acte attaqué porte atteinte au principe général de sécurité juridique et de légitime confiance;
- les personnes ayant accepté de créer une unité de production photovoltaïque dans le cadre du régime initialement mis en place «pouvaient légitimement espérer le maintien dans le temps des normes créées pour les inciter à réaliser cet investissement»;
- la balance des intérêts à laquelle a procédé la partie adverse n’est pas de nature à autoriser une atteinte au principe général précité;
- les motifs énoncés dans ce préambule peuvent être résumés comme suit:
    - le nombre de certificats verts est trop important, ce qui a provoqué une chute du prix et la nécessité pour Elia de racheter un nombre important de certificats au prix garanti;
    - à situation inchangée, les revenus tarifaires liés à l’actuelle surcharge «certificats verts» ne suffiront pas à couvrir l’obligation de rachat imposée à Elia; un déficit de plus de 100 millions d’euros est prévu pour les années 2014 et 2015, raison pour laquelle Elia pourrait demander une adaptation du tarif à répercuter sur le consommateur; il existe donc un risque d’une augmentation de la surcharge tarifaire «certificats verts» pour les consommateurs d’électricité, et notamment pour les entreprises en situation de concurrence européenne et internationale;
    - la mesure prévue par l’acte attaqué fait partie d’un ensemble plus large de mesures, parmi lesquelles la mise en place d’un mécanisme de mise en réserve et un régime d’exonérations partielles de la surcharge «certificats verts» pour certains clients finaux;
    - selon un avis du 20 novembre 2013 de la CWaPE, la mesure prévue par l’acte attaqué devrait permettre de réduire le nombre de certificats verts octroyés pour ces installations de 12 à 13 millions de certificats verts sur la période 2018-2027; l’influence de cette diminution sera significative sur le marché des certificats verts, et cette diminution aura un effet positif sur l’évolution de la surcharge tarifaire;
    - le succès de l’opération de portage mise en place par la Région wallonne est intimement lié à la mise en œuvre de l’acte attaqué;
    - la jurisprudence autorise un Gouvernement à réviser un système par des mesures correctrices, afin de revoir les investissements qui sont au-delà d’un profit normal, lorsque la révision est basée sur des considérations sociales – la protection des consommateurs les plus démunis – et économiques – le retour à un équilibre de marché;
    - actuellement, le prix du certificat vert est à 65 € mais rien n’exclut une augmentation de ce prix suite à l’adoption du présent arrêté et donc qu’il soit pallié aux effets perturbateurs temporaires ou à l’absence de rentabilité des installations photovoltaïques grâce à la reprise du marché;

- l'article 38, § 5, du décret permet au Gouvernement de diminuer le nombre de certificats verts octroyés, notamment en fonction de la rentabilité des installations;
- le mécanisme proposé garantit la rentabilité des installations existantes; les personnes préjudiciées pourront introduire une demande spécifique d'indemnisation auprès de la Région;
- la mesure poursuit à la fois un objectif social de protection des consommateurs les plus faibles et un objectif économique (lisser dans le temps une bulle d'explosion du nombre de certificats verts);
- les autres pistes examinées par le Gouvernement (une baisse du prix minimum garanti, la mise en place d'une forme de taxation sur les installations) sont de nature à être plus attentatoires aux producteurs concernés que la mesure proposée;

- il résulte du préambule de l'acte attaqué que la Région est consciente d'avoir porté atteinte aux principes généraux de confiance légitime et de sécurité juridique des investisseurs ayant participé au mécanisme; elle a entendu mettre en balance les intérêts des consommateurs, en particulier ceux des entreprises et des personnes aux revenus modestes, avec les intérêts des personnes ayant accepté d'investir dans les panneaux photovoltaïques aux conditions fixées par le Gouvernement en décembre 2007;
- l'atteinte au principe général de sécurité juridique doit être fondée sur un objectif impérieux d'intérêt général, elle doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, et doit être proportionnée au but poursuivi;
- les motifs qui ont présidé à la balance des intérêts réalisée par le Gouvernement wallon sont contestables:
  - la référence faite à l'article 38, § 5, du décret du 12 avril 2001 n'est pas pertinente:
    - les travaux parlementaires expliquent comme suit l'insertion de cette disposition:

« Un paragraphe 5 a été inséré à l'article 38 afin de permettre au Gouvernement de réduire le nombre de certificats verts en fonction de l'âge de l'installation, de sa rentabilité et de la filière de production.

Cet ajout permettra, dans le cadre de la modification de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, de diminuer le nombre de certificats verts octroyés aux installations historiques (coefficient "q"), mais également de prévoir l'octroi de certificats verts pendant une période de quinze ans, tout en tenant compte de l'âge, de la rentabilité et de la filière de l'installation concernée (application d'un coefficient modérateur "k")»;

- Le législateur régional a donc simplement autorisé le Gouvernement à prévoir, sur avis de la CWaPE, un système dégressif d'octroi des certificats verts (les travaux parlementaires mentionnent expressément le coefficient «k», qui n'apparaît toutefois dans les textes qu'à partir de l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 décembre 2007);

- le législateur n'a, ce faisant, pas autorisé le Gouvernement à agir rétroactivement sur les installations dont le facteur «k» aurait déjà été fixé; la référence faite dans le préambule à l'article 38, § 5, du décret est donc dénuée de pertinence;

- l'examen de l'intérêt des investisseurs concernés:
  - le préambule de l'acte attaqué démontre, sur le plan de la prise en compte des intérêts des investisseurs, que le Gouvernement a estimé qu'il était raisonnable de «revoir les investissements qui sont au-delà d'un profit normal»;
  - la mise en balance des intérêts en présence repose donc largement sur l'affirmation que les producteurs ayant installé des panneaux photovoltaïques avant le 1er décembre 2011 bénéficient d'un profit anormal, alors qu'un «taux de rentabilité de référence» de 7 % était prévu;
  - la Région n'a, de ce fait, pas correctement pris en compte la qualité de l'intérêt des personnes ayant investi dans les panneaux photovoltaïques;
  - l'utilisation qui est faite, dans le raisonnement du Gouvernement, du taux de «rentabilité de référence» ne correspond pas au rôle précis qui était, à l'origine, assigné à cette notion: ce taux n'a jamais été une garantie offerte par la Région, ni une limite réglementaire imposée par elle, à la rentabilité d'une installation de production d'électricité; il constitue l'une des trois bases du calcul visé à l'article 15, § 1er, alinéa 3, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, destiné à déterminer un facteur «k» de réduction d'octroi des certificats vers dix ans après la mise en service d'une installation;
  - il constitue donc, dans la logique de l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 décembre 2007, une base de prévision permettant de décider à l'avance, dans un arrêté réglementaire, la diminution du nombre de certificats verts à accorder à des installations dix ans après l'octroi du premier certificat vert;
  - si des investisseurs, parmi lesquels de nombreux particuliers, ont choisi d'installer des panneaux photovoltaïques, c'est en fonction d'un calcul de rentabilité qu'ils ont eux-mêmes effectué, en tenant compte du coût concret de l'installation et du retour sur investissement que permettrait l'octroi de certificats verts (ceux-ci pouvant toujours être revendus à un prix garanti pendant un nombre d'années déterminé à l'avance);
  - en aucun cas le taux fixé par l'arrêté ministériel du 21 mars 2008 déterminant le taux de rentabilité de référence utilisé dans la détermination du facteur «k» n'a-t-il pu être interprété comme une garantie ou une limitation du rendement d'une installation photovoltaïque: dans la perspective qui était celle présentée aux investisseurs, le «taux de rentabilité de référence» ne pouvait pas aboutir à la révision du facteur «k» pour les installations anciennes;

- en considérant désormais, en dépit de son but original, que le «taux de rentabilité de référence» constitue une sorte de ligne directrice de la rentabilité que les investisseurs sont en droit d'attendre et d'exiger, et en considérant comme «anormale» une rentabilité en définitive supérieure à ce taux, le Gouvernement n'a pas correctement évalué les droits en présence dans le cadre de la balance des intérêts qu'il était tenu de réaliser;
- le Gouvernement devait considérer le rendement espéré par chaque investisseur comme une espérance parfaitement légitime, et non comme une anormalité pouvant être rectifiée; la perte de rentabilité imposée par l'acte attaqué aux propriétaires de petites installations photovoltaïques devait être considérée comme une atteinte sérieuse au droit à la sécurité juridique de ces personnes, relativement à un investissement que la Région les avait incitées à réaliser;
- de ce point de vue, la balance des intérêts en présence ne repose pas sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles;

○ l'examen de l'intérêt du consommateur:

- le préambule de l'arrêté fait état de la probable augmentation de la surcharge tarifaire «certificats verts» pour la généralité des consommateurs d'électricité, à défaut pour le Gouvernement de prendre l'acte attaqué; toutefois, l'avis de la CWaPE sur lequel se fonde le Gouvernement wallon date du 2 juillet 2013; depuis cette date, le Gouvernement wallon a adopté un décret du 23 janvier 2014 «modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité» et un arrêté du Gouvernement wallon du 20 février 2014 qui ont eu pour effet de supprimer le mécanisme des certificats verts pour les nouvelles installations photovoltaïques dont la puissance est égale ou inférieure à 10 kW;
- la nécessité de revoir la surcharge tarifaire liée aux «certificats verts» n'a pas été étudiée en tenant compte de cette nouveauté législative; de manière générale, les données sur lesquelles s'est fondé le Gouvernement wallon datent de plus d'un an;
- le préambule de l'acte attaqué reste par ailleurs muet quant à la surcharge qui devrait être appliquée à défaut de prendre l'acte attaqué;
- la Région semble avoir statué sur les intérêts respectifs des consommateurs et des investisseurs sans connaître avec précision le montant de la surcharge tarifaire qui résulterait d'un *statu quo* réglementaire pour les installations bénéficiant des conditions applicables avant le 1er décembre 2011; il n'est donc pas certain qu'une telle surcharge soit nécessaire et, à supposer que cela soit le cas, il n'est pas certain que son montant justifie une atteinte aussi sérieuse à la confiance

légitime et au droit à la sécurité juridique des investisseurs concernés;

- pour cette raison également, la balance des intérêts en présence ne repose pas sur des motifs exacts et pertinents, de sorte que l'atteinte portée aux principes visés au moyen est irrégulière;

- la proportionnalité de l'atteinte portée à la confiance légitime et à la sécurité juridique: puisque le Gouvernement n'a pas fondé la balance des intérêts qu'il a réalisée sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, il n'a pas pu effectuer un examen adéquat de la proportionnalité de l'atteinte qu'il a portée à la sécurité juridique et à la confiance légitime des investisseurs;

Considérant qu'en réplique, outre un développement des arguments de la requête, ils exposent que:

- ils ne contestent pas que l'objectif poursuivi par la partie adverse est lié à l'intérêt général, mais la pertinence, l'exactitude et l'admissibilité de certains des motifs fondant l'acte attaqué, la proportionnalité de la mesure prise au regard de l'atteinte qui est portée à leur sécurité juridique en tant qu'investisseurs et la confiance légitime qu'ils pouvaient avoir que le facteur «k» de leur installation ne serait pas modifié;
- la partie adverse, s'agissant d'évaluer l'importance de l'intérêt auquel sa mesure a porté atteinte, s'est limitée à considérer cet intérêt comme étant lié à la réalisation d'un «profit anormal», et l'acte attaqué est envisagé comme la simple rectification d'une situation jugée anormale; ce faisant, elle perd de vue que le Gouvernement a lui-même incité les particuliers et petites entreprises à réaliser l'investissement dont la rentabilité est aujourd'hui critiquée, présenté en son temps comme un bon investissement;
- dans un tel contexte, le Gouvernement ne peut se contenter de dénigrer l'intérêt qu'ont les petits producteurs d'électricité photovoltaïque à ce que la rentabilité de leur investissement soit respectée: le profit espéré, loin d'être anormal, devait être considéré comme une attente parfaitement légitime;
- lorsqu'il a lancé l'opération, le Gouvernement n'a pas prévu la baisse importante du coût des installations de production d'électricité photovoltaïque et n'a pas correctement envisagé la rentabilité des installations, alors qu'il avait tous les outils, notamment un organisme spécialisé chargé de le conseiller, pour tenir compte du coût réel des installations et pour modifier, en temps opportun, la réglementation afin de diminuer l'attrait de la filière photovoltaïque pour les installations à venir; le fait qu'il ait tardé à réagir, avec pour conséquence un afflux important de certificats verts sur le marché, ne peut aboutir à qualifier *a posteriori* d'illégitime l'investissement réalisé par des particuliers et des petites entreprises;
- le surcoût que l'abondance de certificats verts entraîne pour les ménages est évalué, dans le mémoire en réponse, pour l'ensemble des certificats verts, et non pour ceux qui ne concernent que la filière photovoltaïque; or, ce coût apparaît pourtant essentiel pour contrôler

la validité de la balance des intérêts que la partie adverse est supposée avoir effectué;

- la partie adverse attribue le nombre trop important des certificats verts sur le marché exclusivement aux installations photovoltaïques, alors que des mesures relatives à la cogénération ont également provoqué une entrée sur le marché de certificats verts liés à de l'électricité verte qui n'avait pas encore été produite;
- des mesures permettant à certains «gros clients finaux» de bénéficier, à certaines conditions, d'une facturation de l'électricité consommée ne tenant pas compte de la surcharge liée aux certificats verts ont eu pour effet de diminuer le nombre de certificats verts que les fournisseurs doivent acquérir pour respecter leurs obligations et d'augmenter le nombre de certificats verts qui ne trouvent pas preneur sur le marché, et qui sont donc revendus au prix garanti au gestionnaire du réseau de transport;
- la «bulle des certificats verts» provient pour l'essentiel, d'une série de décisions irréfléchies de la Région wallonne et non uniquement du nombre des installations photovoltaïques;
- en jugeant illégitime le retour sur investissement que pouvaient espérer les propriétaires des installations visées par l'acte attaqué, la Région wallonne n'a pas correctement évalué la valeur de leurs intérêts;

Considérant, sur la première branche, que l'acte attaqué n'a pas de portée rétroactive: que la modification introduite par celui-ci a pour effet de modifier pour l'avenir les règles d'attribution des certificats verts, en fonction d'un facteur «k», pour les cinq dernières années des quinze ans pendant lesquelles de tels certificats peuvent être délivrés; que la validité des certificats verts qui ont été délivrés n'est pas remise en cause; que le principe selon lequel des certificats verts peuvent être délivrés pendant une durée de quinze ans, a été établi par l'arrêté du gouvernement wallon du 20 décembre 2007, entré en vigueur le 1er janvier 2008; qu'en réduisant cette période à dix ans, l'arrêté attaqué ne modifie la situation des propriétaires d'installations photovoltaïques qu'à partir de 2018; que ce n'est pas là un effet rétroactif; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur la seconde branche que l'arrêté attaqué a déçu l'espoir que la législation antérieure a fait naître dans le chef de petits producteurs, que le facteur «k» applicable à leurs unités de productions resterait inchangé pendant 15 ans; que ce délai était toutefois fixé par un règlement, et qu'aucune règle n'interdit qu'un règlement soit modifié pour l'avenir; que la section de législation du Conseil d'État a d'ailleurs observé qu'il n'était pas interdit au Gouvernement de revenir sur la confiance légitime créée en la permanence du facteur «k» pour une installation, permanence qu'il a consacrée par l'adoption d'une règle se référant au facteur «k»

applicable lors de l'installation, s'il peut démontrer que l'intérêt général le commande;

Considérant que le préambule de l'arrêté attaqué, dont un large extrait a été cité plus haut, détaille longuement et précisément les raisons qui ont amené le Gouvernement à l'adopter; qu'il n'est pas allégué que les circonstances de fait qui y sont évoquées seraient inexactes;

Considérant qu'il est vrai que l'origine du problème se situe dans une mauvaise évaluation, lors du lancement du système des certificats verts, du succès que celui-ci rencontrerait; que l'arrêté attaqué tend à remédier, au moins partiellement, aux effets jugés indésirables du point de vue de l'intérêt général, de la mise en circulation d'un nombre excessif de certificats verts;

Considérant qu'en adoptant cette mesure, le Gouvernement s'est rendu compte que certains petits producteurs risquaient d'être mis en difficulté par son application; qu'il leur a permis d'introduire un dossier afin de bénéficier du facteur «k» initialement fixé, pourvu que certaines conditions soient remplies; que ce faisant, il a veillé à ne pas faire peser une charge disproportionnée sur certains producteurs qui pourraient être mis en difficulté; que la circonstance que le mémoire en réponse parle à ce sujet de rentabilité normale n'implique pas qu'une condamnation, au moins morale, de la recherche d'une rentabilité «anormale» soit adressée aux personnes qui ont investi dans le photovoltaïque;

Considérant que les requérants relèvent que d'autres mesures auraient été plus appropriées, que d'autres filières que le photovoltaïque sont en cause; qu'il y a sans doute matière à s'interroger sur les différentes manières dont l'excès de certificats verts pouvait être géré, mais qu'il s'agit là de considérations d'opportunité qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de censurer, particulièrement alors qu'il n'est pas allégué qu'elles procéderaient d'une appréciation manifestement déraisonnable;

Considérant que le souci, affiché au préambule de l'arrêté attaqué, d'assurer un équilibre entre les intérêts des propriétaires de panneaux photovoltaïques et ceux de la généralité des consommateurs a pu justifier l'entorse qui a été portée au principe de la sécurité juridique et à la légitime confiance des administrés, particulièrement alors que des mesures d'accompagnement ont été prises pour en limiter les effets les plus graves; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant que les requérants prennent un moyen, le second du premier recours et le troisième du second recours, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, consacrant les principes d'égalité et de non-discrimination, et du principe général de droit selon lequel tous les actes administratifs doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles; qu'ils exposent que

- l'acte attaqué remet en question «le principe selon lequel "pour une installation donnée, le facteur 'k' applicable est celui en vigueur au moment de l'obtention du certificat de garantie d'origine" et autorise le Ministre à déterminer "sur proposition de la CWaPE, le facteur 'k' applicable au regard de l'âge de l'installation et de sa rentabilité"»;
- si cette remise en question n'est applicable qu'aux installations de production d'électricité à partir de panneaux photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW dont le facteur «k» en vigueur, conformément au paragraphe 1er, alinéa 6, est celui qui prévalait avant le 1er décembre 2011, elle ne s'applique pas «aux installations de production d'électricité à partir de panneaux photovoltaïques d'une puissance supérieure à 10 kW»;
- une différence de traitement est établie entre les installations de production à partir de panneaux photovoltaïques, selon que ces installations sont d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW ou d'une puissance supérieure à 10 kW;
- aucune raison admissible ne permet de justifier valablement cette différence de traitement;

qu'en réplique, ils exposent:

- que la partie adverse ne s'explique guère lorsqu'elle affirme que les «deux catégories d'administrés se trouvent dans des situations non comparables au regard des critères de contrôle généralement appliqués par la Cour constitutionnelle»;
- que les installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui sont dotées d'une puissance supérieure;
- que depuis la mise en place du système des certificats verts, ces installations sont soumises à «des régimes juridiques largement comparables», dont ils détaillent la teneur;
- que la parenté existant entre les installations photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW et les installations photovoltaïques d'une puissance supérieure justifie que «la question de la légitimité d'une différence de traitement entre ces deux catégories d'installations puisse être posée»;
- que l'argumentation de la partie adverse repose sur une mauvaise compréhension de l'arrêté ministériel du 23 juillet 2013: si cet arrêté a ramené le facteur «k» à 0 pour les installations de la filière «photovoltaïque > 10 kWe», il «n'a cependant pas remis en question le principe, imposé par l'article 15, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté du gouvernement wallon du 30 novembre 2006, selon lequel le facteur "k" d'une installation donnée est "celui en vigueur au moment de l'obtention du certificat de garantie d'origine"»; en d'autres termes, l'arrêté ministériel du 23 juillet 2013, s'il a bien ramené le facteur

"k" à 0, ne concerne que les nouvelles installations, et non les anciennes, contrairement à l'acte attaqué, qui affecte également ces dernières;

- que cette habilitation n'a pas été donnée pour les installations d'une puissance supérieure à 10 kW, mais aucune explication n'est donnée dans le préambule de l'acte attaqué, sur la limitation de cette mesure aux seules installations de production d'électricité photovoltaïques dont la puissance est égale ou inférieure à 10 kW, et la différence de traitement n'est pas justifiée;
- que «le fait que l'acte attaqué mette en place un mécanisme permettant aux producteurs dont l'installation n'atteindrait pas le taux de rentabilité de 7 % d'introduire une demande auprès de la CWaPE afin que soit maintenu, en ce qui les concerne, le facteur "k" qui leur était auparavant applicable ne change rien à la discrimination dénoncée»;

Considérant que l'arrêté attaqué par le premier recours établit un régime différent entre, d'une part, ceux qui produisent de l'électricité au moyen de panneaux photovoltaïques d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW, et d'autre part, ceux qui produisent de l'électricité au moyen de tels panneaux d'une puissance supérieure à 10 kW;

Considérant que la motivation de cet arrêté indique, de manière circonstanciée, que l'excès de certificats verts sur le marché est dû en grande partie au grand nombre de petites installations de panneaux photovoltaïques, d'une puissance inférieure ou égale à 10 kW; qu'en effet le régime de soutien aux petites installations – c'est-à-dire celles d'une puissance inférieure à 10 kW – a consisté en nombreux avantages (prime à l'investissement, octroi anticipé de 40 certificats verts, déduction fiscale IPP, taux d'autoconsommation plus important, moindre coût du raccordement, procédures de raccordement simplifiées, régime d'octroi des certificats verts plus favorable, droit à l'activation de la garantie d'achat des certificats verts) dont ne bénéficient pas les installations de «grand» photovoltaïque, et qui ont eu pour effet que le succès du «petit photovoltaïque» a dépassé les prévisions (le nombre de «petites» installations est passé de 2854 en 2008 à 121.000 en 2013) et que la rentabilité des «petits» investissements a souvent excédé le taux de référence de 7 % qui avait été retenu lors du lancement du système;

que la différence de traitement est d'ailleurs limitée du fait que, pour le «grand» photovoltaïque, la valeur du facteur «k» a également été fixée à «0» par arrêté ministériel du 23 juillet 2013, mais uniquement pour les installations nouvelles;

que cette différence est également atténuée par l'instauration, en faveur des «petites» installations, du mécanisme correcteur prévu aux alinéas 2 à 4 de l'article 15, § 1er*ter*, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006, inséré par l'arrêté attaqué pour le cas où, à l'issue des dix premières années d'octroi

de certificats verts, leur rentabilité n'atteindrait pas le taux de référence de 7 %, alors que ceux qui produisent de l'électricité au moyen de panneaux photovoltaïques d'une puissance supérieure à 10 kW ne bénéficient pas d'un tel mécanisme correcteur;

Considérant que les ajustements du facteur «k» différents dans le temps pour les installations de «petit» et de «grand» photovoltaïque font suite aux constats de la CWaPE quant à l'évolution de la rentabilité de ces installations; qu'au total, la différence de régime est limitée, et qu'elle est en rapport avec la situation à laquelle l'arrêté attaqué entend remédier; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que les requérants prennent, dans le second recours, un premier moyen de l'incompétence de l'auteur de l'acte, du défaut de base réglementaire et en conséquence de l'annulation de l'arrêté du Gouvernement wallon 2 octobre 2014 modifiant 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;

qu'ils exposent que l'acte attaqué trouve son fondement réglementaire dans l'arrêté du Gouvernement wallon du 2 octobre 2014 «modifiant 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», lequel fait l'objet d'un recours en annulation, et qu'en cas d'annulation de cet arrêté, que l'acte attaqué par le second recours doit être annulé par voie de conséquence, le ministre de l'Énergie n'étant en effet pas compétent pour réduire le facteur «k» des installations photovoltaïques à défaut d'un arrêté du Gouvernement wallon l'y autorisant;

Considérant qu'il résulte de l'examen du premier recours que celui-ci doit être rejeté; que, par voie de conséquence, ce moyen n'est pas fondé;

D É C I D E :

Article 1er.

Les affaires portant les numéros 214.477/XV-2706 et 215.814/XV-2800 sont jointes.

Article 2

Les requêtes sont rejetées.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 1200 euros, sont mis à charge des parties requérantes à concurrence de 400 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^{e} chambre, le deux mai deux mille seize par :

M.	M.	LEROY,	président de chambre,
M.	I.	KOVALOVSZKY,	conseiller d'État,
Mme	D.	DÉOM,	conseiller d'État,
Mme	N.	ROBA,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

N. ROBA M. LEROY