

|                                     |
|-------------------------------------|
| Numéro du rôle : 4443               |
| Arrêt n° 52/2009<br>du 19 mars 2009 |

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles concernant l'article 37, § 2, du décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité, tel qu'il a été remplacé par l'article 50 du décret du 5 juillet 2002 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2002, posées par le Tribunal de première instance de Bruxelles.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges P. Martens, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*

## I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par jugement du 6 mars 2008 en cause de la société de droit allemand « RWE Solutions Aktiengesellschaft » contre la « Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt » (Autorité de régulation flamande pour le marché de l'électricité et du gaz), la Région flamande et l'Etat belge, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 13 mars 2008, le Tribunal de première instance de Bruxelles a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'article 37, § 2, du décret flamand du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité viole-t-il les règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat et des régions, et/ou l'article 170, § 2, de la Constitution ? »;

2. « L'article 37, § 2, du décret flamand du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité viole-t-il l'article 170, § 1er, de la Constitution ? ».

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la société de droit allemand « RWE Solutions Aktiengesellschaft », dont le siège est établi à D-63755 Alzenau, Industriestraße;

- la « Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt », dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 20 ;

- le Gouvernement flamand;

- le Conseil des ministres;

- le Gouvernement wallon.

A l'audience publique du 14 janvier 2009 :

- ont comparu :

. Me S. Boullart, qui comparaisait également *loco* Me X. Remy, avocats au barreau de Bruxelles, pour la société « RWE Solutions Aktiengesellschaft »;

. Me F. Horions *loco* Me S. Vernailen, avocats au barreau d'Anvers, pour la « Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt »;

. Me S. Depré, qui comparaisait également *loco* Me D. Philippe, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement wallon;

. Me B. Martel *loco* Me P. Van Orshoven, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement flamand;

. Me E. Jacobowitz, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et P. Martens ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

La « Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt » (Autorité de régulation flamande pour le marché de l'électricité et du gaz, ci-après : VREG) a décidé le 19 mai 2003 d'infliger à la société « RWE Solutions Aktiengesellschaft » (ci-après : RWE), par application de l'article 37, § 2, du décret flamand du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : le décret relatif à l'électricité), une amende administrative, au motif que cette société n'a pas donné suite à la sommation de la VREG de produire des certificats verts avant le 31 mars 2003.

La société RWE attaque cette décision devant le juge *a quo*. Elle soutient notamment que l'amende administrative infligée est en réalité un impôt.

Le Tribunal estime que l'amende administrative n'est pas une sanction mais une mesure à caractère régulateur et compensatoire, qui peut être considérée comme un impôt au sens de l'article 170 de la Constitution.

Le Tribunal conclut qu'il y a lieu de poser à la Cour des questions préjudicielles concernant la compétence du législateur décretaal et le respect du principe de légalité en matière fiscale.

## III. *En droit*

- A -

A.1.1. Le Gouvernement flamand fait valoir en ordre principal que les questions préjudicielles n'appellent pas de réponse, étant donné qu'elles reposent sur une lecture manifestement erronée de la disposition en cause.

Contrairement à ce que considère le juge *a quo*, la disposition en cause n'instaure pas un impôt mais une sanction administrative, étant donné qu'elle sanctionne un manquement à l'obligation de remettre des certificats verts. Selon le Gouvernement flamand, c'est ce qui ressort également des travaux préparatoires et de la *ratio legis* de la disposition en cause.

Le Gouvernement flamand affirme qu'en ce qui concerne les années civiles antérieures à 2004, il convient d'admettre que la VREG pouvait décider discrétionnairement d'infliger ou non l'amende administrative, ce qui n'est pas possible pour un impôt.

Le fait que la mesure a un caractère incitatif, régulateur et compensatoire ne change rien, selon le Gouvernement flamand, à la circonstance que la mesure en cause instaure effectivement une sanction administrative et non un impôt.

A.1.2. En ordre subsidiaire, le Gouvernement flamand fait valoir que ni les règles répartitrices de compétence ni l'article 170 de la Constitution ne sont violés.

Selon le Gouvernement flamand, le législateur décrétoal dispose d'une compétence accessoire pour imposer des sanctions administratives, qui ne relèvent pas du droit pénal, dans le cadre de sa compétence matérielle relative à la politique de l'énergie, notamment pour les nouvelles sources d'énergie et l'utilisation rationnelle de l'énergie (article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, f) et h), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

En ce qui concerne le contrôle au regard de l'article 170 de la Constitution également, le Gouvernement flamand estime que la question préjudicielle appelle une réponse négative, au motif que le prélèvement en cause n'est pas un impôt mais une sanction administrative à laquelle la disposition constitutionnelle précitée n'est pas applicable.

A.1.3. A titre tout à fait subsidiaire, pour autant que la Cour estimerait que le prélèvement imposé à la société RWE est un impôt, le Gouvernement flamand fait valoir que le législateur décrétoal dispose d'une compétence fiscale autonome, en vertu de l'article 170, § 2, de la Constitution, et que la matière imposable n'a, en l'espèce, pas encore fait l'objet d'une imposition fédérale.

Le Gouvernement flamand ajoute que la disposition en cause satisfait au principe de légalité en matière fiscale – qui, à l'égard des législateurs décrétoaux, n'est pas inscrit à l'article 170, § 1er, mais à l'article 170, § 2, de la Constitution – puisque tous les éléments essentiels de l'imposition ont été déterminés par le législateur décrétoal lui-même.

A.2.1. La VREG est également d'avis que la première question préjudicielle n'appelle pas de réponse ou appelle à tout le moins une réponse négative.

Selon la VREG, l'amende administrative n'est pas un impôt mais une sanction administrative qui vise à compenser l'obligation de quota que l'article 23 du décret relatif à l'électricité impose aux fournisseurs d'électricité afin que ceux-ci remplissent leur obligation de contribuer au développement de la production d'électricité verte. Il s'agit d'une sanction, infligée par l'autorité administrative, pour cause d'infraction à une norme législative, et non d'un impôt.

La VREG fait valoir que la sanction administrative en cause ne peut être qualifiée de sanction à caractère pénal. Le juge *a quo* comme la Cour (arrêt n° 150/2005 du 28 septembre 2005, B.14 et B.15) ont déjà tranché cette question. La VREG observe que le juge *a quo* a lui aussi déjà considéré que l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles n'était pas violé.

Selon la VREG, la sanction administrative peut être imposée par le législateur décrétoal dans le cadre de ses compétences matérielles et la disposition en cause est dès lors conforme aux règles répartitrices de compétence. Etant donné qu'il s'agit d'une sanction administrative et non d'un impôt, l'article 170 de la Constitution n'est pas applicable, de sorte que la première question préjudicielle appelle une réponse négative.

Même si la Cour devait considérer que les amendes imposées à la société RWE sont un impôt, il n'en demeure pas moins qu'il est satisfait, selon la VREG, à l'article 170, § 2, de la Constitution.

A.2.2. Selon la VREG, la seconde question préjudicielle n'appelle pas davantage de réponse, parce que le juge *a quo* se fonde sur une lecture erronée de la disposition en cause.

En ordre subsidiaire, si la Cour devait estimer qu'il s'agit néanmoins d'un impôt, la VREG estime que l'article 170, § 1er, de la Constitution n'est pas violé, étant donné que cette disposition concerne le législateur fédéral – et non le législateur décrétoal – et qu'elle n'est donc pas applicable en l'espèce.

A.3.1. Le Gouvernement wallon déclare que le législateur décrétoal a voulu instaurer une amende pour les fournisseurs d'électricité qui ne remettent pas le nombre requis de certificats verts. Il observe qu'en Région wallonne, il existe un système comparable et que le Conseil d'Etat, dans le cadre des travaux préparatoires du décret wallon du 12 avril 2001, a considéré que les amendes administratives prévues par le décret étaient des sanctions administratives à caractère répressif.

Le Gouvernement wallon estime dès lors que les questions préjudicielles appellent une réponse négative, étant donné que les dispositions de contrôle (l'article 170, § 1er et 2, de la Constitution) ne visent que les impôts, à l'exclusion des amendes.

A.3.2. Si la Cour devait estimer qu'il ne s'agit pas d'une sanction administrative, il faut néanmoins admettre, selon le Gouvernement wallon, qu'il ne s'agit pas d'un impôt, mais d'une redevance visée à l'article 173 de la Constitution, étant donné qu'elle est la contrepartie d'un avantage personnel. Le paiement du prélèvement en cause compense en effet la possibilité dont dispose un producteur d'électricité de ne pas remettre de certificats verts à la VREG.

A titre encore plus subsidiaire, si la Cour devait qualifier la mesure d'impôt, le Gouvernement wallon fait valoir que le législateur décréteil a lui-même fixé la base de l'impôt, la matière imposable et le montant du prélèvement et qu'il est dès lors satisfait aux exigences de l'article 170 de la Constitution.

A.3.3. Le Gouvernement wallon observe qu'il n'est pas contesté que les régions sont compétentes en matière d'énergie. Selon le Gouvernement wallon, les règles répartitrices de compétence ne sont pas violées, étant donné que la compétence matérielle des régions comprend celle de fixer des amendes, des redevances ou des impôts.

Enfin, le Gouvernement wallon fait valoir que l'article 170, § 1er, de la Constitution, qui concerne uniquement le législateur fédéral, ne s'applique pas en l'espèce et que la seconde question préjudicielle appelle par conséquent une réponse négative.

A.4.1. La société RWE, partie demanderesse dans l'affaire soumise au juge *a quo*, estime que la disposition en cause instaure un impôt déguisé.

Elle observe que le juge *a quo* a déjà considéré que l'amende administrative imposée n'a pas de caractère pénal.

Selon cette société, une amende suppose une sanction pour un comportement répréhensible, la personne concernée ayant eu la possibilité de choisir de respecter ou non la règle, sachant que le manquement à celle-ci pouvait être sanctionné.

La société RWE déclare qu'en 2002, il n'y avait pas suffisamment de certificats verts sur le marché et qu'elle n'avait pas le choix de remettre ou non le nombre de certificats verts requis, étant donné qu'elle était dans l'impossibilité matérielle de satisfaire à cette obligation. Selon la société RWE, cette absence de choix n'a pas pour but de sanctionner un comportement déviant ou malhonnête mais vise à lever des fonds, en vue de financer la politique menée par les pouvoirs publics en matière de sources d'énergie renouvelables.

A.4.2. La société RWE fait valoir que toutes les caractéristiques d'un impôt sont présentes en l'espèce :

- il s'agit d'un prélèvement imposé d'autorité par les pouvoirs publics. En raison de l'absence de certificats verts, il n'était pas possible d'échapper à l'amende. Les décideurs politiques savaient dès le départ que l'objectif poursuivi n'était pas réaliste, qu'il ne pourrait être atteint et que, par conséquent, le « Fonds voor Hernieuwbare Energiebronnen » (Fonds des énergies renouvelables) serait alimenté de cette façon;

- l'« amende » affecte les moyens financiers des fournisseurs d'électricité;

- l'« amende » est destinée à des services d'utilité publique afin d'alimenter le « Fonds voor Hernieuwbare Energiebronnen ».

En outre, selon la société RWE, l'« amende » ne constitue nullement la contrepartie d'un service fourni individuellement.

La société RWE conclut que l'amende administrative imposée pour le manquement à l'obligation de remettre des certificats verts est en fait un impôt.

A.4.3. La société RWE déclare que les régions disposent en principe uniquement des compétences fiscales particulières qui leur ont été octroyées par la Constitution ou par la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions. En dehors des trois impôts régionaux mentionnés dans cette loi spéciale, les régions ne peuvent, selon la société RWE, créer de nouveaux impôts. Le législateur décréteil a donc excédé sa compétence en l'espèce.

A.4.4. La société RWE fait valoir que si l'on pouvait admettre que les régions puissent lever des impôts en matière d'énergie, le législateur décrétaal aurait, quoi qu'il en soit, dû déterminer lui-même tous les éléments essentiels de l'impôt.

La société RWE déclare qu'en l'espèce toutefois, tant la base imposable que la date d'entrée en vigueur ont été fixées par un arrêté du Gouvernement flamand, en violation de l'article 170, § 2, de la Constitution.

A.4.5. La société RWE observe que les régions ne peuvent établir un impôt dans une matière qui fait déjà l'objet d'un impôt fédéral. Or, l'impôt perçu par le législateur décrétaal sur les fournitures d'électricité aux clients reliés au réseau de distribution est déjà soumis à la taxe fédérale sur la valeur ajoutée.

A.4.6. La société RWE conclut que les questions préjudicielles appellent une réponse affirmative.

A.5.1. Le Gouvernement flamand répond que la circonstance que le juge *a quo* a déjà considéré que l'amende administrative infligée n'a pas un caractère pénal n'est pas pertinente. L'élément fondamental d'une sanction administrative consiste en ce que l'infraction à la norme est sanctionnée par l'administration elle-même et non par le juge pénal.

A.5.2. Selon le Gouvernement flamand, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'absence de choix signifie que le prélèvement est un impôt. Pour lui, il suffit de constater que les justiciables disposaient effectivement de la faculté de choisir soit de présenter suffisamment de certificats verts, soit de ne pas le faire, avec pour conséquence qu'une sanction administrative pouvait être imposée. Le Gouvernement flamand observe qu'une grande partie des fournisseurs d'électricité sont apparus en mesure de satisfaire à cette obligation, même au 31 mars 2003.

En outre, les fournisseurs d'électricité avaient non seulement le choix de remettre ou non des certificats verts, mais également celui de produire eux-mêmes de l'électricité verte.

Selon le Gouvernement flamand, le fait qu'il y ait eu, en 2002, insuffisamment de certificats verts ne peut être imputé à la Région, laquelle ne peut se charger de la production d'électricité provenant de sources renouvelables mais peut uniquement stimuler cette production en prévoyant notamment une sanction en cas de manquement à l'obligation de présenter des certificats verts. Le Gouvernement flamand déclare que le manque de certificats verts est dû notamment au comportement des acteurs sur le marché de l'électricité, dont certains thésaurisent leurs certificats verts afin de satisfaire à leurs obligations les années suivantes.

A.5.3. A la thèse de la société RWE selon laquelle toutes les caractéristiques d'un impôt sont présentes en l'espèce, le Gouvernement flamand répond que la définition donnée implique que toute amende administrative constitue d'emblée un impôt, étant donné que toute amende administrative est perçue d'autorité par les pouvoirs publics, touche aux moyens financiers de l'intéressé et revient aux pouvoirs publics, pour servir ensuite à financer des services d'intérêt général.

Selon le Gouvernement flamand, il ne découle pas de la simple circonstance que le produit de l'amende administrative contestée soit également affecté à des services d'utilité publique que la mesure en cause soit une mesure fiscale.

A.5.4. Le Gouvernement flamand fait valoir que la société RWE ignore l'autonomie fiscale des communautés et des régions. Selon le Gouvernement flamand, la société RWE méconnaît la distinction classique entre les « véritables » impôts communautaires et régionaux, qui peuvent être établis de façon autonome en vertu de l'article 170, § 2, de la Constitution, et les impôts « non proprement » communautaires et régionaux, qui sont en réalité des impôts fédéraux mais dont le produit est attribué aux communautés et aux régions en vertu de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions.

A.5.5. Concernant la thèse de la société RWE selon laquelle la taxe fédérale sur la valeur ajoutée est déjà perçue en l'espèce, le Gouvernement flamand répond que le « prélèvement » en cause ne concerne pas une matière imposable sujette à la TVA.

A.5.6. Au grief formulé par la société RWE, disant que le législateur décrétaal, en violation du principe de légalité en matière fiscale, n'a pas fixé lui-même la date d'entrée en vigueur, le Gouvernement flamand répond en ordre principal que la seconde question préjudicielle ne porte que sur l'article 170, § 1er, de la Constitution,

qui n'est pas applicable en l'espèce. En ordre subsidiaire, le Gouvernement flamand soutient qu'il a déjà été démontré dans son premier mémoire que le législateur décrétoal a déterminé tous les éléments essentiels de la mesure, en ce compris le champ d'application temporel du « prélèvement ». Le Gouvernement n'a fait qu'exécuter les dispositions décrétoales, comme il se doit.

Le Gouvernement flamand fait valoir que le législateur décrétoal a également fixé lui-même la base imposable du « prélèvement ». Cette base imposable est le nombre de certificats verts manquants au 31 mars de chaque année, soit la différence entre le nombre total de certificats verts à présenter et le nombre de certificats verts effectivement remis.

A.6.1. La VREG répond que la société RWE affirme à tort que l'amende litigieuse serait un impôt déguisé. Pour la VREG, il ne s'agit pas d'un impôt mais d'une sanction administrative pour une infraction à une norme de droit. Selon la VREG, on ne saurait affirmer que la disposition litigieuse a uniquement été créée en vue de récolter des fonds. Le législateur décrétoal entendait seulement instaurer une sanction administrative afin de punir ceux qui ne satisfont pas à l'obligation de quota fixée à l'article 23 du décret relatif à l'électricité.

La VREG fait valoir que la société RWE ne démontre pas qu'elle se trouvait dans l'impossibilité matérielle d'obtenir suffisamment de certificats verts sur le marché. La VREG observe qu'il s'avère que la RWE n'a pas remis de certificats verts et ne démontre même pas qu'elle a tenté d'en obtenir.

La VREG affirme que la disposition en cause est clairement une sanction administrative que le législateur a pu instaurer dans le cadre de sa compétence matérielle.

A.6.2. La VREG conteste la thèse de la société RWE selon laquelle les régions ne peuvent percevoir d'impôts en matière d'énergie verte. Selon la VREG, le législateur décrétoal pouvait, dans le cadre de sa compétence relative aux sources d'énergie renouvelables, prendre également des mesures fiscales.

A la thèse de la société RWE selon laquelle un impôt fédéral est déjà perçu en l'espèce, la VREG répond que la taxe sur la valeur ajoutée porte sur une matière imposable - la fourniture de biens et de services - qui diffère clairement de la matière sur laquelle porte la mesure en cause.

A.6.3. Selon la VREG, on ne peut pas non plus affirmer que tous les éléments essentiels ne sont pas compris dans le système des certificats verts institué par le décret, en particulier la base imposable. Pour la VREG, il suffit de lire les articles 37, § 2, et 23, § 1er, du décret relatif à l'électricité pour constater que la base imposable porte sur le non-respect de l'article cité en dernier lieu.

A.6.4. A l'instar du Gouvernement flamand, la VREG conclut que la première question préjudicielle n'appelle pas de réponse ou appelle en tout cas une réponse négative.

A.6.5. En ce qui concerne la seconde question préjudicielle, la VREG répète que l'article 170, § 1er, de la Constitution ne s'applique pas en l'espèce, de sorte que cette question n'appelle pas davantage de réponse ou appelle à tout le moins une réponse négative.

A.7.1. Le Gouvernement wallon répond que la disposition en cause n'établit pas un impôt mais sanctionne un comportement répréhensible.

Le Gouvernement wallon conteste la thèse de la société RWE selon laquelle cette société était dans l'impossibilité de remettre des certificats verts. Il observe que le nombre de certificats verts est proportionnel à la quantité d'électricité fournie. Si un fournisseur ne souhaite pas payer d'amende, il lui suffit de diminuer sa quantité d'électricité fournie et de réduire ainsi *de facto* le nombre de certificats verts.

Pour le Gouvernement wallon, il est clair que l'intention du législateur décrétoal était d'ériger en un comportement répréhensible le fait de ne pas fournir des certificats verts et, à travers cela, de ne pas produire une quantité suffisante d'énergie verte. Cette intention ressort également des travaux préparatoires du décret relatif à l'électricité.

Le Gouvernement wallon répète que la Région wallonne connaît un système comparable et que le Conseil d'Etat n'a à aucun moment mis en doute la nature d'amende administrative de ce prélèvement.

A.7.2. En ordre subsidiaire, dans l'hypothèse où il ne s'agirait pas d'une sanction administrative, le Gouvernement wallon répète qu'il s'agit alors d'une rétribution au sens de l'article 173 de la Constitution et que la première question préjudicielle, qui porte sur l'article 170 de la Constitution, appelle dès lors une réponse négative.

A.7.3. A titre encore plus subsidiaire – dans l'hypothèse où il s'agirait néanmoins d'un impôt –, le Gouvernement wallon répond que les régions sont effectivement dotées d'une compétence fiscale autonome en vertu de l'article 170, § 2, de la Constitution et qu'il n'existe, en l'espèce, aucune loi fédérale qui limiterait cette compétence.

Le Gouvernement wallon expose que c'est la fourniture d'électricité qui est soumise à la TVA, ce qui est totalement étranger au prélèvement pour cause de non-remise de certificats verts.

A.7.4. En ce qui concerne la seconde question préjudicielle, le Gouvernement wallon répète, en ordre principal, qu'il ne s'agit, en l'espèce, pas d'un impôt.

En ordre subsidiaire, le Gouvernement wallon répète que l'article 170, § 1er, de la Constitution concerne uniquement le législateur fédéral et n'est pas applicable en l'espèce.

A.7.5. Le Gouvernement wallon conclut que les deux questions préjudicielles appellent une réponse négative.

A.8. Le Conseil des ministres qui, dans son premier mémoire, déclarait attendre le mémoire du Gouvernement flamand avant de prendre position, se rallie dans son mémoire en réponse aux mémoires du Gouvernement flamand et du Gouvernement wallon.

A.9.1. La société RWE répond que les questions préjudicielles appellent bien une réponse.

Elle rappelle qu'une amende ou une sanction implique la possibilité de choisir entre deux comportements et qu'elle n'avait toutefois pas de choix, parce qu'en 2002, il n'y avait pas suffisamment de certificats verts sur le marché.

Selon elle, il ressort des travaux préparatoires du décret relatif à l'électricité que le législateur décrétoal savait que le respect de l'article 23, § 1er, du décret serait quasiment impossible pour la très large majorité des acteurs du marché.

Elle persiste dans l'idée que la disposition en cause instaure un impôt déguisé, étant donné que tous les caractères de la notion d'impôt sont réunis.

A.9.2. En ce qui concerne la première question préjudicielle, la société RWE confirme sa thèse selon laquelle les régions ont uniquement les compétences fiscales particulières qui leur sont attribuées et qu'elles ne peuvent établir de nouveaux impôts.

Elle rappelle également que la fourniture d'électricité aux clients finaux fait déjà l'objet de la taxe fédérale sur la valeur ajoutée et que le législateur décrétoal ne pouvait dès lors instaurer un système d'amendes en cas de non-remise de certificats verts.

La société RWE conclut que la première question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

A.9.3. La société RWE conteste la thèse de la VREG et du Gouvernement flamand selon laquelle le législateur décrétoal aurait déterminé tous les éléments essentiels d'un impôt.

Elle soutient que tant la base imposable que la date d'entrée en vigueur ont été fixées par un arrêté et que celui-ci viole l'article 170, § 2, de la Constitution au motif que le législateur décrétoal a, de manière inconstitutionnelle, délégué sa compétence au Gouvernement flamand.

La société RWE conclut que la seconde question préjudicielle appelle elle aussi une réponse affirmative.



- B -

*Quant à la disposition en cause*

B.1.1. La question préjudicielle porte sur l'article 37, § 2, du décret de la Région flamande du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : le décret sur l'électricité), qui dispose, dans la version remplacée par l'article 50 du décret du 5 juillet 2002 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2002 :

« Sans préjudice du § 2 [lire : 1er], le tarif de l'amende administrative pour une infraction à l'article 23, § 1er, est de 1,75 euro [lire : 75 euros] par certificat manquant le 31 mars 2003 et de 100 euros par certificat manquant le 31 mars 2004. A partir du 31 mars 2005, l'amende est portée à 125 euros par certificat manquant ».

B.1.2. L'article 23, § 1er, auquel se réfère la disposition en cause, énonce, dans la version remplacée par l'article 49 du décret précité du 5 juillet 2002 :

« Chaque gestionnaire du réseau et chaque titulaire d'une autorisation de fourniture pour la fourniture d'électricité via le réseau de distribution aux clients finals, est tenu de soumettre à l'autorité de régulation chaque année avant le 31 mars le nombre de certificats d'électricité écologique déterminé en application du § 2. Les certificats d'électricité seront soumis pour la première fois en l'an 2003 ».

B.2. Dans l'affaire soumise au juge *a quo*, la partie demanderesse conteste l'« amende administrative » qu'a infligée la « Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt » (Autorité de régulation flamande pour le marché de l'électricité et du gaz, ci-après : VREG) par application de la disposition en cause à défaut de la remise de 2 393 certificats verts au 31 mars 2003.

Selon la même partie, il s'agit d'un impôt déguisé pour lequel le législateur décrétole n'est pas compétent et qui a été levé en méconnaissance du principe de légalité en matière fiscale.

*Quant à la qualification de la disposition en cause*

B.3.1. Le juge *a quo* estime que l'« amende administrative » visée à l'article 37, § 2, du décret sur l'électricité n'est pas une sanction, mais une mesure à caractère régulateur et

compensatoire, qui peut être considérée comme un impôt au sens de l'article 170 de la Constitution.

Il pose des questions préjudicielles concernant le respect, d'une part, des règles répartitrices de compétence, et, d'autre part, du principe de légalité en matière fiscale.

B.3.2. Le juge *a quo* peut interpréter la disposition en cause et préciser quelles règles répartitrices de compétence et quelles dispositions constitutionnelles sont, selon lui, les normes de référence. En l'espèce, est alléguée la violation de règles répartitrices de compétence et de l'article 170 de la Constitution. Afin de déterminer les normes de référence au regard desquelles elle doit exercer son contrôle, la Cour doit qualifier la disposition en cause.

B.4.1. La qualification de la mesure prescrite par la disposition en cause, soit comme un impôt, soit comme une rétribution, soit comme une sanction administrative, requiert un examen du contexte dans lequel la disposition a été adoptée.

B.4.2. Le décret sur l'électricité a instauré un système de « certificats verts » destiné à encourager l'utilisation de sources d'énergie renouvelables. Un certificat vert est un bien immatériel cessible faisant apparaître qu'un producteur a produit, au cours d'une année déterminée, une quantité déterminée d'électricité en faisant usage de sources d'énergie renouvelables.

Le système des certificats verts comprend deux volets :

- d'une part, les producteurs d'« électricité verte », c'est-à-dire l'électricité issue de sources d'énergie renouvelables, peuvent recevoir de la VREG, par 1 000 kW/heure d'électricité produite, un certificat vert qui est commercialisable sur un marché concurrentiel;

- d'autre part, les fournisseurs d'électricité doivent, au 31 mars de chaque année, fournir à la VREG un nombre de certificats verts qui correspond à un pourcentage d'électricité verte proportionnel au total de l'électricité qu'ils ont fournie aux clients finaux au cours de l'année

civile précédente. Ce pourcentage suit une progression pluriannuelle, afin d'atteindre les objectifs internationaux et européens applicables à la Belgique et à la Région flamande en matière d'énergie renouvelable. Les fournisseurs peuvent satisfaire à cette obligation en produisant eux-mêmes de l'électricité verte afin d'obtenir le nombre requis de certificats verts de la VREG ou en acquérant des certificats verts sur le marché.

B.4.3. L'obligation, prévue à l'article 23, § 1er, du décret sur l'électricité, de remettre des certificats verts est renforcée par la disposition en cause, qui fixe le montant qui doit être payé par certificat pour la non-remise, au 31 mars de chaque année, du nombre de certificats verts fixé par la VREG.

Comme la Cour l'a déjà jugé dans son arrêt n° 150/2005 du 28 septembre 2005, le législateur décrétoal a fixé ce montant, tant en fonction du surcoût escompté pour la production d'électricité verte en comparaison d'autres formes d'électricité qu'en fonction de la nécessité d'encourager en permanence les intéressés à acquérir suffisamment de certificats verts, plutôt que de se contenter de payer l'« amende » imposée par la VREG en vertu de la disposition en cause.

Dans l'arrêt précité, la Cour a également précisé que la mesure inscrite à l'article 37, § 2, du décret sur l'électricité a un caractère non seulement incitatif mais également compensatoire, en ce que ses recettes devaient être versées au « Fonds Hernieuwbare Energiebronnen » pour financer des projets et des mesures favorisant l'utilisation d'énergie renouvelable.

B.5.1. La circonstance que la disposition en cause a un caractère régulateur et compensatoire, comme le constate également le juge *a quo*, n'implique cependant pas nécessairement qu'il s'agit d'un impôt au sens de l'article 170 de la Constitution.

Un « impôt » au sens des articles 170 et 172 de la Constitution est un prélèvement unilatéral opéré par l'Etat fédéral, les communautés, les régions, les provinces ou les communes afin de couvrir une dépense d'utilité publique. La circonstance que le produit du

prélèvement soit affecté à une dépense publique spécifique ou soit versé dans un fonds distinct – comme en l’espèce – ne priverait pas pareil prélèvement de son caractère d’impôt au sens des dispositions constitutionnelles précitées.

Toutefois, lorsqu’il s’agit – comme en l’espèce – de distinguer un impôt d’une amende administrative, une distinction supplémentaire s’impose, étant donné que toute sanction pécuniaire dont le « produit » profite finalement au Trésor serait également, selon la définition précitée, un impôt.

Cette distinction tient au caractère de sanction de l’amende administrative : un impôt est perçu sur le simple fait imposable qui, lorsqu’il se produit, ne doit pas en soi être répréhensible, tandis que la mesure prévue par la disposition en cause réprime un manquement à une obligation.

En outre, cette mesure ne vise pas en premier lieu à acquérir des moyens afin de couvrir une dépense d’intérêt général, même si son produit est destiné à des projets et mesures visant à promouvoir l’utilisation d’énergie renouvelable.

Il apparaît de la nature de la mesure en cause qu’il ne s’agit pas d’un impôt mais d’une amende administrative.

La mesure ne peut pas davantage être considérée comme une rétribution, dès lors qu’elle n’est pas la contrepartie d’un service offert par un organe public à un particulier qui utilise ce service.

B.5.2. La partie demanderesse devant le juge *a quo* fait toutefois valoir qu’elle était dans l’impossibilité de satisfaire à l’obligation de remettre des certificats verts.

La Cour se prononce sur des dispositions législatives et non sur leur exécution. Il découle du régime des certificats verts, tel qu’il est organisé par le décret sur l’électricité, qu’il appartenait aux intéressés, soit de produire eux-mêmes de l’électricité verte et d’obtenir ainsi un nombre correspondant de certificats verts de la VREG, soit d’acquérir des certificats verts

sur le marché libre et d'en remettre un nombre suffisant à la VREG, proportionnellement à la quantité totale d'électricité qu'ils ont fournie l'année précédente au client final.

La disposition en cause est conçue comme une sanction pour le non-respect de cette obligation. Le juge compétent statue sur les faits de la cause qui lui est soumise en ce compris sur l'absence de force majeure.

#### *Quant aux questions préjudicielles*

B.6. Il découle de ce qui précède que la mesure prévue à l'article 37, § 2, du décret sur l'électricité ne peut être qualifiée d'impôt au sens de l'article 170 de la Constitution, ni de rétribution, mais est une disposition qui habilite la VREG à imposer une amende administrative, disposition que le législateur décrétole a pu adopter en tant que mesure accessoire dans le cadre de ses compétences matérielles relatives à la politique de l'énergie, telles qu'elles ont été attribuées aux régions par l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.7. Les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 37, § 2, du décret du 17 juillet 2000 de la Région flamande relatif à l'organisation du marché de l'électricité, tel qu'il a été remplacé par l'article 50 du décret du 5 juillet 2002 contenant diverses mesures d'accompagnement du budget 2002, ne viole ni les règles répartitrices de compétence, ni l'article 170 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 19 mars 2009.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt