

Numéro du rôle : 4969
Arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011

A R R E T

---

*En cause* : le recours en annulation de l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », introduit par la SA « Electrawinds » et autres.

La Cour constitutionnelle,

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

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*

## I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 22 juin 2010 et parvenue au greffe le 23 juin 2010, un recours en annulation de l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » (publiée au *Moniteur belge* du 23 décembre 2009) a été introduit par la SA « Electrawinds », la SA « Electrawinds West-Vlaanderen » et la SA « Electrawinds Brugge », ayant toutes trois leur siège social à 8400 Ostende, John Cordierlaan 9.

Des mémoires ont été introduits par :

- la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG), dont le siège est établi à 1040 Bruxelles, rue de l'Industrie 26-38;

- le Conseil des ministres.

Les parties requérantes ont introduit un mémoire en réponse; la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) et le Conseil des ministres ont également introduit des mémoires en réplique.

A l'audience publique du 16 mars 2011 :

- ont comparu :

. Me B. Schutyser, avocat au barreau de Bruxelles, pour les parties requérantes;

. Me D. Verhoeven, qui comparaisait également *loco* Me D. Lindemans, avocats au barreau de Bruxelles, pour la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG);

. Me J.-F. De Bock et Me V. De Schepper, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs L. Lavrysen et J.-P. Moerman 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 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *En droit*

- A -

### *Quant à la recevabilité*

A.1.1. Les parties requérantes font valoir qu'elles sont affectées directement et défavorablement par la norme attaquée, parce que la validation attaquée crée une base légale pour imposer des tarifs d'injection aux deuxième et troisième parties requérantes, toutes deux filiales de la première partie requérante. Bien qu'elles produisent de l'énergie renouvelable, les parties requérantes se voient tout de même imposer de tels tarifs d'injection, vu que, d'après le gestionnaire du réseau de distribution, elles sont raccordées à des éléments de l'infrastructure pour lesquels elles génèrent des coûts supplémentaires considérables. La répercussion de ces tarifs d'injection sur leurs clients rendrait impossible toute concurrence avec l'énergie nucléaire et avec l'énergie fossile.

Si les dispositions de l'arrêté royal du 2 septembre 2008, jugées illégales par la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 8 juin 2009, n'avaient pas été confirmées rétroactivement par les dispositions attaquées, les parties requérantes seraient exonérées des tarifs d'injection, du moins pour l'année 2009. A tout le moins disposeraient-elles des voies de recours pour attaquer, devant le juge ordinaire ou devant le Conseil d'Etat, les tarifs d'injection qui leur sont imposés.

A.1.2. La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (dénommée ci-après : « la CREG ») soutient qu'elle pourrait être affectée directement, dans sa situation, par la décision de la Cour, puisqu'elle doit approuver au préalable chaque tarif de distribution, conformément à l'article 12octies, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. Cette compétence relève de la CREG, par suite de la transposition de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (ci-après : « la deuxième directive sur l'électricité »). L'arrêté royal du 2 septembre 2008, confirmé par la disposition attaquée, aurait été élaboré sur avis de la CREG. La CREG serait ainsi partie aux litiges pendants dans lesquels sont attaquées des décisions tarifaires de la CREG, alors que les parties requérantes attaquent justement l'impact de la disposition attaquée sur les litiges pendants.

A.1.3. Le Conseil des ministres estime que le présent recours est irrecevable en ce qui concerne la première partie requérante, puisque cette dernière ne fait que produire de l'électricité, sans l'injecter dans le réseau de distribution.

Le recours serait irrecevable en ce qui concerne les deuxième et troisième parties requérantes, parce que la base légale des tarifs d'injection ne peut être rattachée à la disposition attaquée. Du reste, l'imposition d'un tarif d'injection dépendrait avant tout d'une décision des gestionnaires du réseau de distribution. Par ailleurs, la confirmation attaquée ne priverait ces parties requérantes d'aucune voie de recours devant une juridiction ordinaire ou administrative. En effet, elles n'ont pas saisi l'opportunité d'attaquer, par un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, l'arrêté royal confirmé. Par ailleurs, les tarifs d'injection seraient conformes aux directives européennes en matière d'électricité.

A.1.4. Le Conseil des ministres souligne que les moyens formulés dans la requête ne peuvent conduire à l'annulation de la disposition attaquée que dans la mesure où cette dernière confirme les dispositions de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatives aux tarifs d'injection, notamment l'article 11, § 1er, alinéa 5, de cet arrêté royal. Aucun grief n'est en effet invoqué contre les autres dispositions de cet arrêté royal.

En ce qui concerne les tarifs d'injection eux-mêmes, le Conseil des ministres souligne encore que les parties requérantes n'invoquent aucun motif concret, tel que leur caractère discriminatoire. Vu qu'il serait dès lors impossible de vérifier les dispositions qui font l'objet du présent recours, la requête serait irrecevable, faute d'un exposé des moyens.

A.1.5. Les parties requérantes exposent que la première partie requérante contrôle les deuxième et troisième parties requérantes. La circonstance qu'une partie requérante n'a pas antérieurement demandé l'annulation d'une norme qui est modifiée par les dispositions qu'elle attaque n'est pas de nature à la priver de

son intérêt. Par ailleurs, la portée du présent recours serait suffisamment claire, étant donné qu'il ne concerne qu'un seul article, lequel confirme un arrêté royal, et que l'exposé des moyens ferait apparaître que cette confirmation est inconstitutionnelle. Enfin, le contenu de cet arrêté royal serait effectivement critiquable, notamment en ce qui concerne sa conformité au droit de l'Union européenne.

#### *Quant au premier moyen*

A.2.1. Dans leur premier moyen, les parties requérantes font valoir que la disposition attaquée viole le principe d'égalité et de non-discrimination, combiné ou non avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 2 du Code civil, avec le principe général d'interdiction de la rétroactivité, avec le principe de la sécurité juridique et avec le principe du respect de l'autorité de la chose jugée, en ce qu'elle confirme, à compter de son entrée en vigueur, un arrêté royal qu'un juge a considéré comme illégal et a refusé d'appliquer.

A.2.2. Les parties requérantes exposent que, dans un arrêt du 8 juin 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que l'arrêté royal du 2 septembre 2008 était illégal parce qu'il avait été demandé à tort au Conseil d'Etat de rendre un avis dans l'urgence et parce que la concertation avec les représentants des régions n'avait pas eu lieu au sein du Comité de concertation. A la suite de cet arrêt, tout producteur d'énergie renouvelable pouvait invoquer l'illégalité des tarifs d'injection qui lui étaient imposés.

A.3.1. Selon les parties requérantes, il y a violation du principe d'égalité et de non-discrimination, en ce que le législateur aurait privé la catégorie de personnes à laquelle appartiennent les parties requérantes de la possibilité juridique de faire valoir, devant le juge civil et devant le juge administratif, les moyens de défense relatifs à l'illégalité de l'arrêté royal du 2 septembre 2008.

A.3.2. Cette différence de traitement ne serait pas raisonnablement justifiée, étant donné que la justification donnée dans l'exposé des motifs ne ferait apparaître aucune circonstance extraordinaire ni aucun motif impérieux d'intérêt général.

Selon les parties requérantes, l'argument selon lequel il convient de lutter contre l'insécurité juridique n'est pas recevable, étant donné que l'arrêt rendu le 8 juin 2009 par la Cour d'appel de Bruxelles ne crée pas d'insécurité juridique mais, au contraire, apporte la sécurité juridique en constatant l'illégalité de l'arrêté royal du 12 septembre 2008. Selon les parties requérantes, ce constat fait naître l'obligation juridique, pour l'autorité, d'écarter l'application de cet arrêté et de prendre un nouvel arrêté royal, mais non de confirmer rétroactivement l'arrêté illégal. De plus, selon les parties requérantes, il n'existe pas de jurisprudence contraire et il n'y a, par conséquent, pas d'insécurité juridique. Dans la ligne de la jurisprudence constante de la Cour, il y aurait bien davantage d'insécurité juridique si un arrêté illégal était soustrait à toute critique de légalité.

L'argument selon lequel la compétitivité des entreprises doit être préservée ne serait pas davantage fondé, puisque l'obligation de prendre un nouvel arrêté plutôt que de valider un arrêté illégal ne compromettrait pas la compétitivité des entreprises.

Le véritable objectif du législateur serait dès lors de remédier aux effets financiers néfastes de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 8 juin 2009 et d'endosser la discrimination entre les productions centralisées et décentralisées d'énergie contenue dans l'arrêté royal.

A.3.3. Les parties requérantes font valoir qu'il convient de considérer les circonstances précitées en tenant compte du fait que c'est déjà la deuxième fois, consécutivement, que le législateur fait usage de la technique de la validation législative dans cette matière. En effet, avant l'arrêté royal du 2 septembre 2008, il avait déjà pris l'arrêté royal du 11 juillet 2002 relatif à la même matière. Cet arrêté royal avait également été considéré comme illégal et il a aussi été validé par le législateur. Selon les parties requérantes, le recours à la technique de la validation législative se justifiait davantage dans ces circonstances, étant donné que le fondement juridique de l'arrêté royal du 11 juillet 2002 avait été modifié dans l'intervalle. Cette justification n'existerait pas en ce qui concerne la disposition attaquée.

A.4. Les parties requérantes font valoir que, même si les motifs invoqués pouvaient justifier le recours à la technique de la validation législative, ces mêmes motifs ne pourraient cependant pas justifier la rétroactivité de cette validation. Etant donné que le législateur ne pouvait pas savoir si des litiges relatifs à l'arrêté royal du

2 septembre 2008 étaient pendants, la rétroactivité devait, selon les parties requérantes, être justifiée par des circonstances exceptionnelles ou par des motifs impérieux d'intérêt général.

Pourtant, les travaux préparatoires ne contiendraient aucune justification de la rétroactivité octroyée à la disposition attaquée. Par conséquent, le caractère indispensable de cette rétroactivité ne saurait être justifié par des circonstances exceptionnelles ou par des motifs impérieux d'intérêt général. La compétitivité des entreprises et la volonté d'éviter des effets néfastes pour les gestionnaires du réseau de distribution ne constitueraient pas de tels motifs.

A.5.1. Selon la CREG, la disposition attaquée est contraire aux normes de contrôle invoquées par les parties requérantes, non pas en raison des motifs formulés par les parties requérantes, dont la CREG ne traite pas, mais en raison d'un argument supplémentaire portant sur une prétendue violation du droit de l'Union européenne. Selon la CREG, la confirmation résout les problèmes de droit interne mais n'enlève rien au fait que le contenu de la norme est contraire au droit de l'Union européenne. La Cour pourrait examiner ces arguments au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, sans étendre le premier moyen, étant donné que l'instauration de régimes distincts pour les tarifs de transport et de transit est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Par ailleurs, la Cour pourrait parfaitement recevoir un moyen lié au moyen formulé dans la requête. Du reste, la compétence du régulateur de l'énergie serait d'ordre public, de sorte que la Cour constitutionnelle doit, le cas échéant, soulever ce moyen d'office. La Cour constitutionnelle devrait aussi soulever d'office un tel moyen, eu égard au principe de la primauté du droit de l'Union européenne. La prorogation ou la confirmation de règles contraires au droit de l'Union européenne serait en soi contraire au droit de l'Union européenne. Tout juge a l'obligation d'appliquer intégralement le droit de l'Union européenne et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers.

A.5.2. Les dispositions du droit de l'Union européenne prétendument violées en l'espèce sont les paragraphes 2 et 3 de l'article 23 de la deuxième directive sur l'électricité. En vertu de ces dispositions, le régulateur fixe lui-même les tarifs; si tel n'est pas le cas, il doit au moins fixer les méthodes de tarification. Certes, la fixation des méthodes de tarification peut être soumise à une autre instance, mais uniquement si cette instance n'a d'autre pouvoir que celui d'approuver ou de désapprouver les propositions du régulateur, sans pouvoir les modifier. Cette large autonomie de la CREG, qui n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative et qui découle du droit de l'Union européenne, aurait encore été reconnue récemment par la Cour.

Dans l'arrêté royal du 2 septembre 2008, le Roi se serait substitué au régulateur en modifiant fondamentalement les propositions de la CREG sur plusieurs aspects de la méthode de tarification. Ces modifications concernent notamment l'actif régulé (article 4), les modalités de maîtrise des coûts par l'accroissement de l'efficacité des gestionnaires du réseau (articles 31 et 32), les modalités d'appréciation du caractère raisonnable des coûts (article 33), la valeur du facteur bêta (article 7) et les délais d'exécution des différentes démarches prévues dans le cadre de la procédure tarifaire (article 17, § 1er, alinéa 2). Le ministre compétent aurait d'ailleurs reconnu que les propositions de la CREG ont été substantiellement modifiées.

A.5.3. Selon la CREG, la confirmation de cet arrêté royal par la disposition attaquée ne remédie pas à la violation du droit communautaire. D'une part, le législateur est également un « organe compétent » au sens de l'article 23, paragraphe 3, de la deuxième directive sur l'électricité; d'autre part, le législateur, tout comme le Roi, ne dispose d'aucun pouvoir pour déroger à la directive en modifiant la proposition de la CREG. Cette confirmation violerait donc en soi le droit de l'Union européenne.

A.5.4. Enfin, la CREG renvoie, dans ce cadre, à la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, qui devait être transposée pour le 3 mars 2011. Cette directive supprime la possibilité de soumettre la méthode de tarification à un organe compétent et considère désormais la fixation de cette méthode de tarification comme une compétence exclusive du régulateur. Selon la CREG, toute juridiction doit tenir compte d'une directive qui est entrée en vigueur, même avant l'expiration du délai de transposition.

A.6.1. Concernant le moyen formulé par les parties requérantes, le Conseil des ministres fait tout d'abord valoir que la confirmation de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 ne traite pas différemment des situations identiques, puisque les effets de la confirmation valent *erga omnes*. Tous les justiciables auraient donc pu, au cours de la même période, épuiser toutes les voies de recours à leur disposition et les producteurs d'électricité

décentralisés n'auraient pas spécifiquement été privés de ces possibilités. Par ailleurs, ils n'auraient jamais mis en œuvre ces voies de recours, puisqu'ils n'ont soulevé aucune exception d'illégalité devant le juge civil et n'ont introduit aucun recours en annulation auprès du Conseil d'Etat. En outre, les parties requérantes n'auraient pas été privées de toutes les voies de recours, puisqu'un recours peut encore être introduit devant la Cour – comme le présent recours – et qu'il est toujours possible d'interroger cette dernière par voie préjudicielle.

A.6.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres fait valoir que la confirmation attaquée poursuit un but légitime, à savoir le rétablissement de la sécurité juridique. En effet, la décision de ne pas appliquer un arrêté royal ne vaut qu'*inter partes* et ne touche pas à l'existence même de l'arrêté proprement dit, dont l'application pourrait être écartée ou non dans le cadre d'un autre litige. La Cour aurait déjà considéré antérieurement, dans un tel contexte, que le législateur peut remédier à cette insécurité juridique.

Une telle insécurité juridique était née en l'espèce, parce que le fondement des tarifs relatifs à la période réglementaire 2009-2012 était devenu précaire à la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 8 juin 2009. Les conséquences de ce vide juridique seraient néfastes pour tout le monde, aussi bien pour les gestionnaires du réseau de distribution que pour l'ensemble des utilisateurs. Il s'agirait dès lors d'un motif impérieux d'intérêt général.

A.6.3. Le Conseil des ministres souligne en outre que la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas remis en cause le contenu de l'arrêté royal du 2 septembre 2008, mais qu'elle n'a fait que sanctionner plusieurs vices de forme. Le législateur pouvait donc considérer, selon le Conseil des ministres, qu'un nouvel arrêté royal n'était pas requis mais que ces vices pouvaient être rectifiés par une confirmation de l'arrêté royal précaire.

Selon le Conseil des ministres, cette confirmation a effectivement été élaborée dans le respect des deux formalités requises. Le Conseil d'Etat aurait été saisi pour avis et la concertation prévue avec les régions aurait eu lieu, et ce, non seulement avec des représentants des ministres compétents, mais aussi au sein du Comité de concertation. L'avis de la CREG aurait été demandé au cours de cette concertation, mais cet avis ne ferait pas apparaître que le régime des tarifs d'injection doit être supprimé.

Le contenu de la réglementation attaquée ne serait donc pas critiquable du point de vue juridique, vu que les formalités ont été accomplies.

A.6.4. Selon le Conseil des ministres, ces mêmes considérations justifient suffisamment la rétroactivité de la disposition attaquée. La rétroactivité au 2 septembre 2008 garantirait en effet l'application des arrêtés dont l'application a été écartée par la Cour d'appel de Bruxelles. Cette rétroactivité n'aurait aucune incidence sur l'issue de procédures en cours et n'empêcherait aucune juridiction de se prononcer sur une question de droit, de sorte qu'il n'y a pas lieu de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles.

A.6.5. Selon le Conseil des ministres, la circonstance que c'est la deuxième fois déjà que la technique de la validation législative est appliquée dans le cadre des tarifs d'injection ne permet pas de conclure que les pouvoirs publics banalisent cette technique. On devrait bien davantage en déduire l'intérêt que le législateur attache à la sécurité juridique en ce qui concerne la tarification de l'électricité et du gaz. Le Conseil des ministres observe en outre que la première validation, par la loi du 21 décembre 2007, n'a pas été attaquée devant la Cour constitutionnelle, bien qu'elle rétroagissait aussi à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 11 juillet 2002.

En outre, la confirmation n'implique aucune modification du contenu de l'arrêté royal, de sorte que le législateur n'aurait fait que confirmer des dispositions dont les destinataires connaissaient la portée.

A.7.1. Le Conseil des ministres estime que la Cour doit déclarer irrecevable le premier moyen tel qu'il est complété par la CREG dans son mémoire en intervention, vu qu'il constitue en réalité un nouveau moyen. La Cour ne pourrait pas déclarer recevable un moyen suggéré par une partie intervenante, mais elle pourrait effectivement le soulever d'office s'il touche à l'ordre public. En l'espèce, la prétendue violation des paragraphes 2 et 3 de l'article 23 de la deuxième directive sur l'électricité n'aurait aucun lien avec le premier moyen formulé dans la requête, étant donné que celui-ci n'invoque que la confirmation rétroactive d'un arrêté royal. La CREG le démontrerait elle-même en admettant que la technique de la validation législative ne pose, selon elle, aucun problème et en n'alimentant pas, par ailleurs, le débat sur le premier moyen formulé par les

parties requérantes. Le problème soulevé par la CREG, à savoir que le Roi aurait modifié la proposition de la CREG avant de l'approuver, n'aurait aucun rapport avec cette confirmation.

En outre, le problème évoqué par la CREG ne toucherait pas à l'ordre public, de sorte que la Cour n'est absolument pas tenue de le soulever d'office. La CREG violerait du reste les droits de la défense en affirmant que ses griefs touchent à l'ordre public, sans fournir d'argument à cet égard. Les tâches d'un régulateur ne seraient pas d'ordre public et le fait qu'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination soit en cause ne suffit pas non plus pour conclure que l'affaire présente touche à l'ordre public. L'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité ne toucherait pas à l'ordre public.

Le Conseil des ministres souligne que la CREG avait d'ailleurs la possibilité d'introduire elle-même un recours en annulation contre la disposition attaquée, mais qu'elle a omis de le faire. Le délai de recours de six mois serait prévu par souci de sécurité juridique et serait donc d'ordre public.

Enfin, le Conseil des ministres fait valoir que la Cour ne doit pas soulever d'office la violation d'une disposition du droit de l'Union européenne sur la base du seul principe de la primauté du droit de l'Union européenne. La disposition attaquée n'entraverait du reste pas le plein effet du droit de l'Union européenne.

A.7.2. Selon le Conseil des ministres, l'affirmation selon laquelle le Roi aurait modifié la proposition de la CREG avant de l'approuver est dirigée contre l'arrêté royal du 2 septembre 2008 et non contre la disposition attaquée.

A.7.3. Le Conseil des ministres fait valoir que la CREG a déjà approuvé, en 2008, les tarifs pluriannuels relatifs à la période régulatoire 2009-2012, de sorte qu'une modification de ces tarifs ne serait possible que pour la période 2013-2016.

A.7.4. Le Conseil des ministres explique également que le Roi a adapté la proposition de la CREG parce que cette dernière n'était pas suffisamment complète, claire et applicable. En outre, en ce qui concerne les tarifs d'injection, la modification se limiterait à des questions de forme.

A.7.5. Enfin, il n'y aurait pas de violation du droit de l'Union européenne, étant donné que la deuxième directive sur l'électricité ne conférerait pas directement au régulateur des compétences dont la CREG serait privée en vertu de l'arrêté royal confirmé ou de la disposition de confirmation attaquée.

A.8. Selon les parties requérantes, peu importe qu'une confirmation vaille *erga omnes*, étant donné que ce sont en particulier les personnes lésées par l'arrêté confirmé qui sont affectées par cette confirmation. Selon les parties requérantes, même si le contenu de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 n'était pas susceptible de critique, cela ne changerait rien en l'espèce, étant donné que le principe d'égalité et de non-discrimination ne l'exige pas. Le présent recours contre la disposition de confirmation ne démontrerait pas que l'arrêté royal peut encore être attaqué, puisqu'il n'est pas formellement dirigé contre cet arrêté royal.

Le Conseil des ministres ne peut raisonnablement contester, selon les parties requérantes, que la confirmation attaquée avait pour but de garantir la compétitivité des entreprises, étant donné que les travaux préparatoires formulent explicitement ce but. Il serait impossible de comprendre en quoi l'obligation légale, pour l'autorité publique, de ne plus appliquer un arrêté royal illégal relatif aux tarifs d'injection et de préparer un nouvel arrêté compromettrait la compétitivité des entreprises.

#### *Quant au second moyen*

A.9.1. Dans leur second moyen, les parties requérantes font valoir que la disposition attaquée viole l'article 6, § 1er, VII, et § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, combiné avec le principe de proportionnalité en matière de répartition des compétences, en ce que le législateur fédéral a pris une mesure qui relève de la compétence des régions en matière d'énergie.

A.9.2. Bien que la fixation des tarifs soit toujours du ressort de l'autorité fédérale, en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale de réformes institutionnelles, les tarifs d'injection pour l'utilisation du réseau de distribution seraient du ressort des régions. Selon les parties requérantes, eu égard à l'emploi des

termes « à savoir » dans le préambule de l'alinéa 2 de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale précitée, les compétences fédérales en matière d'énergie doivent être interprétées de manière restrictive. En outre, les seules compétences fédérales en matière d'énergie seraient celles dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène au niveau fédéral. Par conséquent, la production d'énergie, telle qu'elle est visée à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, c), de la loi spéciale précitée, ne serait une matière fédérale que dans la mesure où cette production a une importance à l'échelle nationale. La production décentralisée d'énergie verte ne serait donc pas visée. La même règle devrait s'appliquer aux tarifs : l'autorité fédérale est compétente pour fixer non pas tous les tarifs, mais uniquement ceux dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, ce qui exclurait sa compétence pour les tarifs d'injection relatifs à la production décentralisée d'énergie verte.

A.9.3. Ainsi, selon les parties requérantes, l'arrêté royal confirmé contrecarrerait la réglementation flamande relative aux certificats verts ainsi que les efforts fournis par la Région flamande pour promouvoir l'énergie verte. Les objectifs poursuivis par l'autorité fédérale pourraient certes rejoindre des objectifs poursuivis par les régions, mais ils ne pourraient constituer que l'objectif accessoire de cette mesure fédérale et ne pourraient jamais rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice de leurs compétences par les régions.

Pourtant, les mesures flamandes en matière d'énergie verte perdraient en l'espèce toute pertinence, puisque les producteurs de cette énergie verte doivent malgré tout payer au niveau fédéral pour l'injection dans le réseau de distribution. Le Parlement flamand a adopté à l'unanimité une résolution constatant ce problème et le Parlement wallon et le régulateur wallon de l'énergie, la CWaPE, auraient formulé les mêmes griefs. Selon les parties requérantes, rien ne justifie que l'on rende impossible l'exercice des compétences régionales en matière de promotion de l'énergie renouvelable.

A.10. Selon la CREG, l'autorité fédérale est effectivement compétente en matière de tarifs d'injection relatifs à la production décentralisée d'énergie renouvelable. Tout d'abord, la compétence en matière de tarification relèverait exclusivement de l'autorité fédérale. Les tarifs d'injection fédéraux viseraient en effet toutes les formes de production décentralisée et ne concerneraient pas spécifiquement la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables. Dans son avis relatif à l'élaboration de l'arrêté royal confirmé, le Conseil d'Etat n'aurait du reste relevé aucun problème de compétence.

La CREG fait également valoir qu'il ne peut être démontré que les tarifs d'injection fédéraux rendraient exagérément difficile l'exercice des compétences régionales. Si les régions estiment que les tarifs fédéraux ont des effets indésirables, elles disposent de mécanismes suffisants pour y remédier.

Les sources citées par les parties requérantes constitueraient une critique purement politique mais n'auraient aucune pertinence sur le plan juridique. Un exercice complémentaire de compétences dans des matières étroitement liées n'empêcherait du reste nullement l'exercice des compétences respectives. Les sources d'énergie renouvelables et la cogénération qualitative en-deçà du seuil de cinq mégawatts seraient du reste traitées sur le même pied que l'électricité produite selon les méthodes classiques et, au-delà de ce seuil, la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et par cogénération serait même favorisée, en ce qu'elle est exonérée du tarif d'injection si le raccordement au réseau de distribution n'engendre pas des frais considérables.

Enfin, la CREG renvoie à un avis rendu le 9 novembre 2010 par le Conseil d'Etat, section de législation, au sujet d'une proposition de décret visant à exonérer des tarifs d'injection l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable et par cogénération qualitative. Dans cet avis, le Conseil d'Etat aurait considéré que les tarifs d'injection sont du ressort de l'autorité fédérale, même s'ils portent sur des sources d'énergie renouvelables et sur la cogénération qualitative.

A.11. Le Conseil des ministres expose que la politique énergétique est conçue comme une compétence exclusive partagée. Les tarifs seraient du ressort de l'autorité fédérale. Le fait que les régions soient compétentes pour les nouvelles sources d'énergie n'y changerait rien. La compétence fédérale ne saurait en effet être interprétée en ce sens que les tarifs ne peuvent être réglés par le législateur fédéral que s'ils concernent des sources d'énergie indivisibles sur le plan technique et économique. Il conviendrait plutôt de constater que l'indivisibilité est inhérente à tous les tarifs, de sorte que les tarifs d'injection sont eux aussi du ressort de l'autorité fédérale.



Selon le Conseil des ministres, l'exercice de cette compétence par l'autorité fédérale ne rend pas l'exercice des compétences régionales exagérément difficile. En juger autrement viderait de sa substance la compétence fédérale en matière de tarification. Ces tarifs d'injection n'auraient d'ailleurs pas pour but de pénaliser la production décentralisée mais de répercuter les coûts d'injection dans le réseau de distribution de l'électricité produite, conformément au principe de la répercussion des coûts. Une compétence régionale en matière de tarifs d'injection aurait bien davantage un impact disproportionné sur la politique tarifaire fédérale.

A.12. Selon les parties requérantes, le Conseil des ministres et la CREG minimisent l'impact de la disposition attaquée et de l'arrêté royal sous-jacent sur la politique régionale. En vertu de ces normes, il est en effet possible d'imposer un tarif d'injection aux producteurs décentralisés d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, ce qui va directement à l'encontre de la politique régionale en matière de subventions destinées à promouvoir les sources d'énergie renouvelables. Du fait de la disposition attaquée, les mesures d'aide accordées par la Région flamande doivent en effet être reversées par les bénéficiaires aux gestionnaires du réseau de distribution, sous la forme de tarifs d'injection. Le législateur fédéral rendrait ainsi la politique régionale totalement inefficace et impossible à exécuter en pratique.

- B -

### *Quant à la disposition attaquée*

B.1.1. L'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » dispose :

« L'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et l'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité est confirmé. La présente disposition produit ses effets le 12 septembre 2008 ».

B.1.2. Les articles 9 à 14 de l'arrêté royal ainsi confirmé fixent la structure tarifaire générale qui, en vertu de l'article 9, § 1er, de cet arrêté royal, comprend les tarifs suivants :

« 1° Les tarifs non-périodiques de raccordement au réseau de distribution, visés à l'article 10 du présent arrêté;

2° Les tarifs périodiques tels que visés à l'article 11 :

2° 1. Les tarifs de l'utilisation du réseau;

2° 2. le tarif des obligations de service public;

2° 3. le tarif lié à l'utilisation du réseau de transport;

3° les tarifs périodiques des services auxiliaires, visés à l'article 12 du présent arrêté ».

L'article 11, § 1er, de cet arrêté royal dispose :

« Les tarifs de l'utilisation du réseau de distribution comprennent :

1° le tarif de base d'utilisation du réseau (tarif de la puissance souscrite et de la puissance complémentaire);

2° le tarif pour la gestion du système;

3° le tarif rémunérant la mise à disposition des équipements de comptage ainsi que l'activité de mesure, relève et comptage.

Les tarifs visés au § 1er, 1°, rémunèrent les études de réseau, les frais généraux de gestion, y compris les frais de gestion du système, les amortissements, les frais de financement, les frais d'entretien.

Le tarif de base pour l'utilisation du réseau pour les groupes de clients TR HT, 26-1kV, en TR BT dépend partiellement de la puissance prélevée par l'utilisateur du réseau et partiellement de l'énergie active injectée ou prélevée par un utilisateur du réseau dans le réseau de distribution et de la période tarifaire (heures normales/heures creuses).

Pour les utilisateurs du réseau du groupe de clients BT, le tarif de base pour l'utilisation du réseau est fonction de l'énergie active injectée ou prélevée par un utilisateur du réseau sur le réseau de distribution et de la période tarifaire. Pour cette même catégorie de clients, afin d'éviter des extensions de capacité inutiles et de garantir l'optimisation de ces capacités, un terme de puissance lié aux pics de consommation réellement mesurés peut être appliqué aux raccordements existants possédant ce type de mesure de pointe, selon des critères à définir.

Le tarif de base pour l'utilisation du réseau n'est pas applicable aux unités de production dotées d'une puissance inférieure ou égale à 5 MWe.

La disposition prévue à l'alinéa précédent est également applicable aux unités de production produisant de l'électricité à partir d'énergies renouvelables ou à partir de cogénération qualitative dont la puissance installée est supérieure à 5 MWe, sauf lorsque ces unités de production sont raccordées à des parties d'infrastructure pour lesquelles l'importance de ce type d'unités génère d'importants frais supplémentaires.

Pour le tarif visé au § 1er, 1°, le gestionnaire du réseau de distribution prend les mesures nécessaires pour que la consommation d'électricité de tout client final raccordé au réseau de distribution qui dispose d'un compteur bi-horaire, soit enregistrée le week-end sur le compteur-nuit du compteur bi-horaire et par conséquent facturée conformément au tarif applicable à la période de nuit. Ni les gestionnaires de réseau de distribution ni les fournisseurs ne sont autorisés à répercuter les éventuels inconvénients liés à l'enregistrement

sur le compteur de nuit de la consommation d'électricité pendant le week-end sur les clients finals du réseau basse tension disposant d'un compteur simple.

Le tarif visé au § 1er, 2°, rémunère la gestion du système, les amortissements et le financement de l'actif pour la gestion du système. Ce tarif est fonction de l'énergie active injectée ou prélevée par un utilisateur du réseau sur le réseau de distribution.

Les coûts spécifiques de gestion du système engendrés pour l'accompagnement et le suivi des autoproducteurs, raccordés au réseau de distribution, sont facturés dans un tarif supplémentaire à ces utilisateurs du réseau.

Ce tarif est fonction de l'énergie brute limitée injectée ou prélevée sur une base quart-horaire par un utilisateur du réseau et du groupe de clients et est facturé par le gestionnaire du réseau au titulaire d'un contrat d'accès ou au gestionnaire du réseau de distribution.

Le tarif visé au § 1er, 3°, rémunère le service se rapportant à la mise à disposition des équipements de mesure de comptage ainsi que l'activité de mesure et de comptage, y compris la collecte et le transfert de données et informations relatives à un client éligible lorsque celui-ci change de fournisseur.

Le tarif se compose d'un terme fixe en fonction du type de compteur : compteurs AMR en lecture continue, compteurs MMR relevés mensuellement ou compteurs relevés annuellement ».

#### *Quant à la recevabilité du recours*

B.1.3. Les tarifs dits « d'injection » peuvent être imposés aux parties requérantes, en application de l'article 11 de l'arrêté royal précité, si la puissance de leurs unités de production n'est pas inférieure ou égale à 5 MWe et si leurs unités de production sont raccordées à des parties d'infrastructure pour lesquelles l'importance de ce type d'unités génère d'importants frais supplémentaires.

Il ressort des pièces soumises à la Cour que le gestionnaire du réseau de distribution facture effectivement des tarifs d'injection aux parties requérantes pour la période régulatoire 2009-2012.

B.1.4. Par un arrêt du 8 juin 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a écarté l'application de l'arrêté royal précité en vertu de l'article 159 de la Constitution, étant donné que le Roi a

demandé à tort un avis en extrême urgence au Conseil d'Etat et que la concertation obligatoire avec les régions n'a pas eu lieu au sein du Comité de concertation.

En raison de cette illégalité, les parties requérantes disposaient d'une voie de recours pour contester les tarifs d'injection qui leur étaient imposés. La confirmation opérée par la disposition attaquée, qui rétroagit à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal confirmé, a pour objectif de rendre ces voies de recours inopérantes en prévoyant une base légale pour ces tarifs d'injection.

Par conséquent, les parties requérantes justifient de l'intérêt requis à l'annulation de cette disposition.

B.2.1. Pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les moyens de la requête doivent faire connaître, parmi les règles dont la Cour garantit le respect, celles qui seraient violées ainsi que les dispositions qui violeraient ces règles et exposer en quoi ces règles auraient été transgressées par ces dispositions.

Cette disposition exige donc que les parties requérantes elles-mêmes indiquent quels sont les articles qui, selon elles, violent les normes mentionnées dans les moyens, dont la Cour garantit le respect.

B.2.2. La requête est dirigée contre une seule disposition législative, en tant que celle-ci confirme l'arrêté royal précité. Il ressort de l'exposé du premier moyen que les parties requérantes estiment que la confirmation législative attaquée est inconstitutionnelle en ce qu'elle les prive de leurs voies de recours à l'encontre de l'arrêté royal précité. Par conséquent, la portée du présent recours est suffisamment claire.

L'exception est rejetée.

*Quant au fond*

B.3. L'examen de la conformité de la disposition en cause aux règles répartitrices de compétence doit en principe précéder l'examen de la compatibilité avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

Par conséquent, la Cour examine d'abord le second moyen.

*En ce qui concerne le second moyen*

B.4. Les parties requérantes font valoir que la disposition attaquée viole l'article 6, § 1er, VII, et § 3, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et le principe constitutionnel de proportionnalité.

Cependant, elles ne tirent aucun grief de l'article 6, § 3, 2°, de cette loi spéciale, de sorte que le moyen est irrecevable en ce qui concerne la violation de cette disposition.

B.5.1. En vertu de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont compétentes pour :

« En ce qui concerne la politique de l'énergie :

Les aspects régionaux de l'énergie, et en tout cas :

a) La distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts;

b) La distribution publique du gaz;

c) L'utilisation du grisou et du gaz de hauts fourneaux;

d) Les réseaux de distribution de chaleur à distance;

e) La valorisation des terrils;

f) Les sources nouvelles d'énergie à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire;

g) La récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs.

h) L'utilisation rationnelle de l'énergie.

Toutefois, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, à savoir :

- a) Le plan d'équipement national du secteur de l'électricité;
- b) Le cycle du combustible nucléaire;
- c) Les grandes infrastructures de stockage; le transport et la production de l'énergie;
- d) Les tarifs ».

B.5.2. Le législateur spécial a donc conçu la politique de l'énergie comme une compétence exclusive partagée, au sein de laquelle la fixation des tarifs continue à relever de la compétence du législateur fédéral. Le terme « tarifs » recouvre aussi bien les tarifs pour la fourniture au consommateur ordinaire que ceux pour la fourniture de gaz et d'électricité aux industries (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/6, p. 145).

B.5.3. Les tarifs que les gestionnaires de réseau de distribution peuvent porter en compte aux producteurs d'électricité relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. En effet, ces tarifs influencent le prix qui est facturé au client.

Par conséquent, la réglementation relative aux tarifs d'injection ressortit à la compétence de l'autorité fédérale.

B.6.1. Toutefois, la Cour doit encore examiner si la réglementation relative aux tarifs d'injection, pour autant qu'elle s'applique également aux producteurs d'énergie renouvelable, respecte le principe de proportionnalité inhérent à tout exercice d'une compétence et si elle ne rend dès lors pas impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences régionales.

B.6.2. Plus particulièrement, les régions sont compétentes pour les sources nouvelles d'énergie (article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, f), de la loi spéciale du 8 août 1980), une compétence que la Région flamande a exercée entre autres en prévoyant à l'article 25<sup>ter</sup> du

décret du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité une aide minimale pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables.

B.6.3. Il faut considérer que le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées. Sauf dispositions contraires, le législateur spécial a transféré aux communautés et aux régions l'ensemble de la politique relative aux matières qu'il a attribuées.

B.6.4. Le simple constat que les tarifs d'injection sont applicables à toutes les formes de production décentralisée d'électricité, et donc pas seulement aux « sources nouvelles d'énergie », ne permet pas de conclure que le principe de proportionnalité ne serait pas applicable. En effet, ce n'est que dans la mesure où la réglementation fédérale concerne les nouvelles sources d'énergie que le principe de proportionnalité est mis en cause.

B.6.5. L'applicabilité des tarifs d'injection aux producteurs d'électricité générée à partir de sources d'énergie renouvelables ne porte, pour le surplus, pas atteinte à l'exercice de la compétence de la Région flamande dans le domaine des nouvelles sources d'énergie.

B.6.6. Le second moyen n'est pas fondé.

*En ce qui concerne le premier moyen*

B.7.1. Les parties requérantes soutiennent que la disposition en cause viole le principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec le principe de la sécurité juridique et avec l'autorité de la chose jugée, en ce que la confirmation qu'elle contient a pour conséquence que les justiciables ne peuvent plus s'opposer à l'application de tarifs d'injection par une exception d'illégalité, alors que des décisions judiciaires ont déjà écarté l'application de l'arrêté royal confirmé.

B.7.2. Dans son mémoire en intervention, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : la CREG) soutient, d'une part, que le moyen, dans l'interprétation qu'en donnent les parties requérantes, n'est pas fondé, mais que, d'autre part, dans une autre interprétation, le moyen serait effectivement fondé. La confirmation attaquée serait inconstitutionnelle au motif que la disposition confirmée est contraire à une obligation de droit européen, à savoir l'obligation pour l'autorité, découlant de l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE » (ci-après : la deuxième directive sur l'électricité), d'approuver ou de rejeter la proposition de méthodes tarifaires émanant du régulateur, mais de ne pas la modifier.

B.7.3. L'article 87 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle ne permet pas que de nouveaux moyens soient formulés dans un mémoire en intervention.

Etant donné que les griefs formulés par la partie intervenante reposent sur une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, combiné avec l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité, ils ne se rattachent pas au premier moyen pris par les parties requérantes, qui ne contient aucun aspect de droit européen.

Il y a lieu toutefois d'examiner d'office ce moyen au sujet duquel les parties se sont exprimées.

B.8. Selon le cinquième considérant de la deuxième directive sur l'électricité, la tarification constitue l'un des principaux obstacles à l'achèvement d'un marché intérieur tout à fait opérationnel et compétitif en matière d'électricité. Pour le bon fonctionnement de la concurrence, il est requis, selon le sixième considérant de cette directive, que l'accès au réseau soit non discriminatoire, transparent et disponible au juste prix. A cet égard, le septième considérant de la deuxième directive sur l'électricité dispose que l'accès au réseau du gestionnaire de réseau de transport ou de distribution revêt « une importance primordiale ».

La deuxième directive sur l'électricité est abrogée à partir du 3 mars 2011, date à laquelle la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 « concernant



des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE » (ci-après : la troisième directive sur l'électricité) devait être transposée.

Les troisième à sixième considérants de la troisième directive sur l'électricité énoncent :

« Les libertés que le traité garantit aux citoyens de l'Union - entre autres, la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services - ne peuvent être effectives que dans un marché entièrement ouvert qui permet à tous les consommateurs de choisir librement leurs fournisseurs et à tous les fournisseurs de fournir librement leurs produits à leurs clients.

Cependant, à l'heure actuelle, il existe des obstacles à la vente de l'électricité dans des conditions identiques et sans subir de discrimination ni de désavantages dans la Communauté. Il reste notamment à mettre en place un accès non discriminatoire aux réseaux et un niveau comparable de surveillance réglementaire dans chaque Etat membre.

La sécurité d'approvisionnement en électricité revêt une importance vitale pour le développement de la société européenne, pour la mise en œuvre d'une politique durable en matière de changement climatique ainsi que pour la promotion de la compétitivité sur le marché intérieur. A cette fin, il convient de développer davantage les interconnexions transfrontalières pour garantir l'offre de toutes les sources d'énergie aux prix les plus bas possibles pour les consommateurs et pour les entreprises de la Communauté.

Un marché intérieur de l'électricité qui fonctionne bien devrait donner aux producteurs les incitations appropriées à l'investissement dans les nouvelles capacités de production d'énergie, y compris d'électricité produite à partir de sources renouvelables, en accordant une attention particulière aux pays et régions les plus isolés sur le marché communautaire de l'énergie. Un marché qui fonctionne bien devrait également offrir aux consommateurs des mesures adéquates pour promouvoir une utilisation plus efficace de l'énergie, la sécurité de l'approvisionnement en énergie en étant une condition préalable ».

Les 33e et 34e considérants de la troisième directive sur l'électricité énoncent :

« La directive 2003/54/CE a instauré l'obligation pour les Etats membres d'établir des régulateurs dotés de compétences spécifiques. Pourtant, l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes. C'est la raison pour laquelle le Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 a invité la Commission à élaborer des propositions législatives de nature à assurer une plus grande harmonisation des pouvoirs et le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux de l'énergie. Il devrait être possible que ces autorités de régulation nationales couvrent tant le secteur de l'électricité que celui du gaz.

Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des Etats membres. [...] ».

B.9.1. L'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité dispose :

« 2. Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodologies utilisées pour calculer ou établir :

a) les conditions de connexion et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution. Ces tarifs, ou méthodologies, doivent permettre de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux;

b) les conditions de la prestation de services d'équilibrage.

3. Nonobstant le paragraphe 2, les Etats membres peuvent prévoir que les autorités de régulation soumettent à l'organe compétent de l'Etat membre, en vue d'une décision formelle, les tarifs ou au moins les méthodologies visées dans ce paragraphe, ainsi que les modifications visées au paragraphe 4. L'organe compétent a, dans un tel cas, le pouvoir d'approuver ou de rejeter le projet de décision qui lui est soumis par l'autorité de régulation. Les tarifs, les méthodologies ou les modifications qui y sont apportées sont publiés avec la décision lors de l'adoption formelle. Tout rejet formel d'un projet de décision est aussi rendu public, avec sa justification ».

B.9.2. Par un arrêt du 29 octobre 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que la réglementation belge en matière d'approbation des tarifs de transport et de distribution était contraire à l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité. Dans cet arrêt, la Cour de Justice a notamment considéré ce qui suit :

« Il convient de constater que, dans un tel contexte, l'intervention du Roi dans la détermination d'éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir » (CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08, point 29).

B.9.3. Les méthodes tarifaires contenues dans l'arrêté royal confirmé ont été fixées par le Roi en vertu de la procédure visée à l'article 120<sup>octies</sup> de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. En vertu de cette disposition, les tarifs de

raccordement au réseau de distribution doivent être fixés par le Roi, sur proposition de la CREG.

En vertu de l'article 23, paragraphe 3, de la deuxième directive sur l'électricité, une telle procédure n'est conforme au droit de l'Union européenne que si le Roi n'a d'autre compétence que celle d'approuver ou de rejeter intégralement la proposition, mais cette procédure viole le droit de l'Union européenne si le Roi dispose de la possibilité de modifier la proposition.

B.9.4. Les propositions de la CREG ayant conduit à l'arrêté royal confirmé ont été modifiées par le ministre compétent avant d'être soumises à la signature du Roi, ainsi qu'il ressort du compte rendu intégral de la séance du 27 janvier 2009 de la commission de l'Economie (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, CRIV 52 COM 429, p. 29).

Par conséquent, le Roi s'est substitué à la CREG, en violation de l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité.

B.9.5. L'article 37, paragraphe 6, point a), de la troisième directive sur l'électricité dispose :

« Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir:

a) les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes. Ces tarifs ou méthodes permettent de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux ».

Par suite de cette disposition, le Roi ne peut plus fixer les tarifs de distribution sur la proposition de la CREG, dès lors que cette compétence appartient désormais exclusivement à la CREG. Pour les raisons exposées en B.9.4, l'arrêté royal confirmé viole *a fortiori* l'article 37, paragraphe 6, point a), de la troisième directive sur l'électricité.

B.9.6. La confirmation législative d'un arrêté royal contraire au droit de l'Union européenne ne couvre pas l'irrégularité de cette réglementation. Dès lors, comme le Conseil d'Etat l'a déjà observé (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-2191/001, pp. 14-15), la disposition attaquée viole l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité, dans la mesure où la confirmation porte sur les articles 9 à 14 de l'arrêté royal confirmé.

B.9.7. Le moyen soulevé d'office est fondé.

B.10. L'examen du premier moyen, tel qu'il a été formulé par les parties requérantes, ne peut conduire à une annulation plus étendue.

Par ces motifs,

la Cour

- annule l'article 41 de la loi du 15 décembre 2009 « portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », en ce qu'il confirme les articles 9 à 14 de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 « relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité »;

- rejette le recours pour le surplus.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française, et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 31 mai 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt