

Numéro du rôle : 5183
Arrêt n° 89/2012 du 12 juillet 2012

A R R E T

En cause : le recours en annulation du décret de la Région flamande du 23 décembre 2010 « modifiant le décret sur l'Electricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité », introduit par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG).

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, 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 7 juillet 2011 et parvenue au greffe le 8 juillet 2011, 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, a introduit un recours en annulation du décret de la Région flamande du 23 décembre 2010 « modifiant le décret sur l'Electricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité » (publié au *Moniteur belge* du 20 janvier 2011, deuxième édition).

Le Conseil des ministres et le Gouvernement flamand ont introduit des mémoires, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres et le Gouvernement flamand ont également introduit des mémoires en réplique.

Par ordonnance du 18 avril 2012, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 23 mai 2012. Après avoir constaté que le Gouvernement flamand, dans son mémoire en réponse, avait demandé à la Cour, en ordre infiniment subsidiaire, de maintenir les effets du décret, dans l'intérêt des gestionnaires du réseau de distribution, au moins jusqu'à la date de publication de l'arrêt si le décret attaqué était annulé, la Cour a invité, dans la même ordonnance, les autres parties qui n'avaient pas encore pu s'exprimer sur ce point à faire connaître leur point de vue dans un mémoire complémentaire à introduire au plus tard le 16 mai 2012 et dont elles échangeraient une copie dans le même délai.

La partie requérante et le Conseil des ministres ont introduit des mémoires complémentaires.

A l'audience publique du 23 mai 2012 :

- ont comparu :

. Me D. Verhoeven et Me M. Daelemans *loco* Me D. Lindemans, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;

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

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

- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey 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

En ce qui concerne l'intérêt de la partie requérante

A.1.1. La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : la CREG) soutient que la Cour a déjà confirmé dans d'autres affaires, plus précisément dans les arrêts n^{os} 84/2010 du 8 juillet 2010 et 97/2011 du 31 mai 2011, que la CREG a un intérêt à agir dans des matières relatives au marché de l'électricité et du gaz, compte tenu de ses missions légales.

La partie requérante affirme que le décret attaqué, qui fait suite à deux études dans lesquelles elle concluait au maintien des tarifs d'injection, lui interdit concrètement d'exercer une partie de sa compétence en matière de tarifs d'injection pour l'électricité.

A.1.2. Dans son mémoire en réponse, la partie requérante observe que ni le Gouvernement flamand, ni le Conseil des ministres ne contestent son intérêt.

Quant au fond

En ce qui concerne le premier moyen

A.2.1. La partie requérante invoque la violation des règles répartitrices de compétence, plus particulièrement de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), et § 3, et de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, du devoir de loyauté fédérale et du principe de proportionnalité, en ce que le décret de la Région flamande du 23 décembre 2010 « modifiant le décret sur l'Electricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelable et de cogénération de qualité » (ci-après : le décret du 23 décembre 2010) constitue une mesure tarifaire, alors que la fixation des tarifs de distribution d'électricité (y compris les tarifs d'injection) – et, partant, l'exonération des tarifs (d'injection) – est une matière exclusivement fédérale et, subsidiairement, en ce qu'il aurait fallu, en tout état de cause, organiser une concertation préalable entre les autorités flamande et fédérale, ce qui n'a jamais été le cas.

A.2.2. La CREG fait valoir que la Cour a déjà jugé, dans son arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011, que la réglementation concernant les tarifs d'injection, y compris les tarifs relatifs aux sources d'énergie renouvelables ou à l'énergie produite par la cogénération, relevait des compétences de l'autorité fédérale.

La section de législation du Conseil d'Etat a elle aussi rendu un avis concernant le projet du décret actuellement attaqué, dans lequel elle considérait que l'octroi d'une exonération des tarifs d'injection est une matière fédérale.

La partie requérante soutient qu'en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, seule l'autorité fédérale est compétente pour édicter des règles tarifaires spécifiques ou des prix concrets et que les régions ne peuvent pas intervenir dans les tarifs, pas même pour promouvoir l'utilisation d'énergies renouvelables.

Les tarifs d'injection constituent un élément des tarifs de distribution de l'électricité. C'est donc l'autorité fédérale qui est compétente pour fixer les tarifs d'injection. L'octroi d'une exonération du tarif d'injection, c'est-à-dire déterminer négativement les tarifs, est donc également une matière fédérale.

A.2.3. Selon la CREG, le législateur décrétoal flamand ne peut invoquer, en l'espèce, les compétences implicites visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, étant donné qu'il n'est pas satisfait aux trois conditions prévues à cet effet.

Premièrement, la mesure n'est pas nécessaire. D'autres possibilités, telles qu'un fonds de soutien pour les énergies renouvelables ou une adaptation du prix des certificats verts, s'offrent au législateur décentral.

Deuxièmement, la matière ne se prête pas à un règlement différencié. Il est impossible d'appliquer les tarifs d'injection fixés par l'autorité fédérale et, en même temps, d'exonérer l'injection. Le décret attaqué vise précisément à rendre tout régime différencié impossible.

Enfin, l'impact de la mesure n'est pas purement marginal.

A.2.4. A titre subsidiaire, la partie requérante fait valoir que le principe de proportionnalité est lui aussi violé. Il ressort des travaux préparatoires du décret du 23 décembre 2010 que l'objectif était de réduire à néant la décision fédérale concernant les tarifs d'injection. Le législateur décentral est ainsi intervenu de manière disproportionnée dans la compétence attribuée à l'autorité fédérale.

La loyauté fédérale et la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles empêchent une entité fédérée qui est en désaccord avec le contenu de la réglementation adoptée par une autre autorité d'édicter une norme qui lui est propre dans le seul but d'annihiler les effets de cette réglementation.

A.2.5. A titre encore plus subsidiaire, la CREG fait valoir que le législateur flamand était tout au moins obligé de conclure un accord de coopération avec l'autorité fédérale ou de se concerter avec celle-ci sous une autre forme.

La partie requérante renvoie aux arrêts de la Cour n^{os} 33/2011 du 2 mars 2011 et 132/2004 du 14 juillet 2004. En l'espèce, la suppression des tarifs d'injection est à ce point liée à la compétence fédérale en matière de tarification qu'une coopération est obligatoire.

A.3.1. Le Conseil des ministres expose qu'en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont certes compétentes pour la distribution et le transport local d'électricité au moyen des réseaux à basse tension et, en principe, pour l'énergie renouvelable, mais qu'en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, en ce compris le transport d'électricité au moyen du réseau de transport et les tarifs.

Dans le cadre de cette compétence en matière de tarifs, l'autorité fédérale a permis aux gestionnaires de réseau de distribution d'imposer des tarifs d'injection.

Le Conseil des ministres observe que la Cour a considéré dans son arrêt n^o 97/2011 du 31 mai 2011 que les tarifs d'injection relevaient de la compétence fédérale en matière de tarification.

Selon le Conseil des ministres, le décret attaqué, qui instaure une exonération des tarifs d'injection fixés par l'autorité fédérale, doit donc être annulé pour violation des règles répartitrices de compétence.

A.3.2. Le Conseil des ministres estime qu'il n'est pas satisfait aux conditions prévues pour l'adoption d'une mesure décentral sur la base des compétences implicites visées à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Premièrement, le législateur décentral n'a pas besoin d'adopter la mesure attaquée pour exercer utilement ses propres compétences. Dans son arrêt n^o 97/2011 précité, la Cour a déjà considéré que les tarifs d'injection n'entravaient pas l'exercice utile de la compétence régionale relative aux nouvelles sources d'énergie.

Le Conseil des ministres fait référence aux études réalisées par la CREG, dans lesquelles celle-ci établit que la Région flamande peut compenser l'incidence des tarifs d'injection sur sa propre compétence par d'autres mécanismes. Le Conseil des ministres renvoie également à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, rendu sur le projet du décret actuellement attaqué.

Le Conseil des ministres se rallie à la thèse de la CREG, selon laquelle la politique fédérale relative aux tarifs d'injection ne se prête pas à une approche différenciée.

De plus, l'incidence de la mesure attaquée n'est pas marginale, étant donné que cette mesure va directement à l'encontre de la politique tarifaire menée par l'autorité fédérale. À cet égard aussi, le Conseil des ministres renvoie aux études réalisées par la CREG ainsi qu'à l'avis du Conseil d'Etat.

A.3.3. Selon le Conseil des ministres, le décret attaqué ne respecte pas le principe de proportionnalité. La Région flamande s'oppose directement à la politique menée par l'autorité fédérale. Les gestionnaires de réseau de distribution sont confrontés à des règles contradictoires et ne savent pas s'ils peuvent ou non facturer des tarifs d'injection. Le décret attaqué rend ainsi la mise en œuvre de la politique fédérale en matière de tarifs d'injection exagérément difficile, voire impossible.

A.3.4. Le Conseil des ministres se rallie à la seconde branche du premier moyen invoqué par la CREG, selon laquelle le décret du 23 décembre 2010 est également contraire à l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

À supposer que la Région flamande soit compétente pour instaurer une exonération des tarifs d'injection, cette réglementation serait à ce point liée à la compétence tarifaire de l'autorité fédérale qu'un accord de coopération devait être conclu.

A.4.1. Le Gouvernement flamand estime que le décret attaqué n'instaure pas une mesure tarifaire, mais impose aux gestionnaires de réseau de distribution une obligation de service public, dans le but de promouvoir la production d'énergies renouvelables, ce qui est du ressort des régions, en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, a) et f), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le fait que le décret du 23 décembre 2010 règle une obligation de service public ressort à la fois du texte même du décret et des travaux préparatoires de ce dernier.

Le Gouvernement flamand fait observer que le législateur décrétole a déjà pris une mesure comparable pour promouvoir l'énergie renouvelable, en prévoyant, à l'article 7.3.1 du décret du 8 mai 2009 portant des dispositions générales en matière de politique de l'énergie, que les frais de raccordement sur les mille premiers mètres du domaine public constituent une obligation de service public à charge du gestionnaire de réseau.

Selon le Gouvernement flamand, la Cour a déjà considéré, dans son arrêt n° 36/98 du 1er avril 1998, qu'une obligation de service public incombant aux sociétés de distribution d'eau, plus particulièrement la fourniture gratuite d'une quantité minimale d'eau à leurs abonnés, n'était pas une mesure en matière de tarifs ou de prix.

A.4.2. Subsidièrement, le Gouvernement flamand fait valoir que le décret du 23 décembre 2010 trouve son fondement dans l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le Gouvernement flamand cite les travaux préparatoires de ce décret, dont il ressort, selon lui, que la mesure attaquée est nécessaire (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 624/1, p. 2, et *Ann.*, Parlement flamand, 23 décembre 2010, n° 19, p. 12).

Selon le Gouvernement flamand, la protection de l'énergie renouvelable, d'une part, et la compétence tarifaire, d'autre part, se prêtent à un règlement différencié. Le raisonnement de la CREG, selon lequel il serait impossible d'appliquer les tarifs d'injection et, simultanément, de ne pas les appliquer, néglige la portée de la réglementation fédérale, qui autorise les gestionnaires de réseau de distribution à appliquer des tarifs d'injection, sans toutefois les y obliger.

Enfin, selon le Gouvernement flamand, l'incidence du décret attaqué n'est que marginale. Ainsi qu'il a été exposé dans les travaux préparatoires, le décret ne porte que sur quelques postes tarifaires et n'affecte pas le reste de la structure tarifaire (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 624/3, p. 6). La partie requérante admet d'ailleurs que le montant des tarifs d'injection est relativement peu élevé par rapport à l'ensemble des tarifs des réseaux de distribution.

A.4.3. Le Gouvernement flamand conteste la thèse selon laquelle le législateur décrétole aurait violé le principe de proportionnalité.

Le décret du 23 décembre 2010 implique qu'un poste tarifaire bien déterminé ne peut plus être facturé en ce qui concerne la seule catégorie des exploitants d'énergie renouvelable, ce qui ne rend pas exagérément difficile ou impossible l'exercice de la compétence fédérale permettant de fixer les tarifs.

Selon le Gouvernement flamand, la partie requérante affirme à tort que le législateur décrétaal a pris une mesure tendant à méconnaître la compétence fédérale. Le but de la mesure est, au contraire, de promouvoir l'énergie provenant de sources d'énergie renouvelables.

A.4.4. Le Gouvernement flamand soutient encore qu'il n'y a pas la moindre obligation de conclure un accord de coopération en l'espèce.

En outre, il n'est pas nécessaire d'organiser une concertation sur la base de l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, car le décret attaqué s'inscrit dans le cadre de la compétence régionale relative aux nouvelles sources d'énergie, et donc dans le cadre des matières visées à l'article 6, § 1er, VII, de cette loi spéciale.

Du reste, à la suite d'une résolution adoptée par le Parlement flamand, le Gouvernement flamand a sollicité, en Comité de concertation, un avis de la CREG dans le but de supprimer les tarifs d'injection. La CREG n'a pas donné suite à cette demande et a uniquement examiné si les tarifs d'injection étaient conformes au droit européen.

A.5.1. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que la mesure attaquée ne constitue pas une obligation de service public, mais une mesure tarifaire.

L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (ci-après : la directive 2009/72/CE) énumère de manière restrictive les obligations de service public, et celles-ci portent toutes sur les prix de livraison et non sur les prix de distribution. Parmi les compétences régionales ne figure aucune prestation qui aurait indirectement des effets sur les tarifs. Il existe exclusivement une mesure au niveau tarifaire, dans le cadre de la sphère de compétence fédérale.

Par ailleurs, la mesure attaquée a initialement été présentée comme une mesure purement tarifaire et a, six mois plus tard par voie d'amendement, été définie comme une obligation de service public, dans le but de contourner le contrôle de la CREG.

A.5.2. La CREG estime que les précédents cités par le Gouvernement flamand sont dénués de pertinence.

L'article 7.3.1 du décret du 8 mai 2009 portant les dispositions générales en matière de politique de l'énergie est comparable au régime attaqué, mais il est également contraire aux règles répartitrices de compétence. Il n'appartient pas aux régions d'exonérer certaines installations du paiement des frais de raccordement. Le fait que ce régime n'a pas été attaqué ne signifie pas qu'il est conforme à la Constitution.

Dans les autres exemples, il ne s'agit pas d'une intervention directe dans la compétence tarifaire mais d'une prestation (la fourniture de 100 kW d'électricité, le placement de compteurs ou l'éclairage des espaces publics) et, par conséquent, d'une obligation de service public qui relève des compétences régionales. La CREG conserve à cet égard sa compétence de contrôle sur la répercussion des coûts.

Selon la partie requérante, le renvoi à l'arrêt n° 36/98 précité est également dénué de pertinence. En cas de fourniture d'une quantité d'eau, il y a une contrepartie qui relève de la compétence régionale en matière de distribution d'eau. Et, contrairement à ce qui est le cas pour l'eau, la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles a prévu expressément, en matière d'électricité, une exception à la compétence régionale relative à la distribution, en ce qui concerne la tarification.

Dans cette affaire, la CREG estime qu'il conviendrait plutôt de renvoyer à l'arrêt n° 97/2011 qu'à l'arrêt n° 36/98, qui a été prononcé dans un contexte fondamentalement différent.

A.5.3. La partie requérante soutient qu'à suivre la thèse du Gouvernement flamand selon laquelle il s'agirait, en l'espèce, d'une obligation de service public, le droit européen, combiné avec le principe d'égalité, serait en tout état de cause violé, étant donné que la mesure est contraire à la libre circulation des biens, à l'interdiction d'octroyer des aides d'Etat et à la directive 2009/72/CE.

A.5.4. La CREG soutient également que si les régions pouvaient imposer des obligations de service public concernant directement la fixation des tarifs de distribution, ses compétences d'autorité régulatrice seraient vidées de leur substance.

En outre, la fixation des tarifs des réseaux de distribution ne serait plus une compétence exclusivement fédérale, mais une compétence partagée.

A.5.5. La partie requérante estime par ailleurs que même s'il était question d'une obligation de service public, il s'agirait toujours d'une mesure tarifaire, pour laquelle seule l'autorité fédérale est compétente. A cet égard, la CREG renvoie à nouveau à l'arrêt n° 97/2011.

Elle renvoie également à l'avis rendu conjointement par le « Vlaamse regulator van de elektriciteits- en gasmarkt » (le régulateur flamand du marché de l'électricité et du gaz, VREG) et par la « Vlaams Energie agentschap » (l'Agence flamande de l'énergie, VEA) du 21 octobre 2011, dans lequel ces instances confirment que l'autorité flamande ne peut adapter la réglementation relative aux tarifs d'injection tant que la compétence en matière de tarifs des réseaux de distribution n'a pas été transférée.

A.5.6. La CREG affirme qu'en ce qui concerne les compétences implicites, le Gouvernement flamand se contente de citer les travaux préparatoires, sans discuter des éléments de la requête. La CREG renvoie par conséquent à cette dernière.

A.5.7. La CREG conteste le point de vue du Gouvernement flamand selon lequel la mesure attaquée ne rend pas exagérément difficile ou impossible l'exercice de la compétence fédérale.

Même si l'intention du législateur décretaal est de promouvoir la production d'énergie au départ de sources renouvelables, la mesure a toujours au moins pour effet de neutraliser la règle fédérale, ce qui était le but visé d'après les travaux préparatoires, et ceci est manifestement contraire au principe de proportionnalité, d'autant plus qu'il n'y a pas eu concertation.

A.5.8. Même si aucune disposition ne prévoit l'obligation de conclure un accord de coopération, une réglementation relative à l'exonération des tarifs d'injection est, selon la CREG, à ce point liée à la législation existante fixant ces tarifs qu'une concertation était à tout le moins nécessaire.

Le fait que les deux systèmes se prêteraient à un règlement différencié n'empêche pas qu'une forme de concertation s'impose.

Selon la partie requérante, les modalités de la concertation tenue dans le cadre de l'adoption de la norme fédérale qui a rendu possible les tarifs d'injection ne sont pas pertinentes en la matière. Si le Gouvernement flamand avait des objections à cet égard, il devait attaquer cette norme devant la Cour et non prendre une mesure contraire, sans organiser de concertation.

En dénonçant le fait qu'il n'y ait pas eu de concertation suffisante au niveau fédéral, le Gouvernement flamand reconnaît que les deux compétences sont étroitement liées et que le décret attaqué aurait dû lui aussi faire l'objet d'une concertation préalable.

A.6.1. Le Conseil des ministres souligne que l'objectif européen consistant à encourager la production d'énergie au départ de sources d'énergie renouvelables ne porte pas atteinte à la structure interne des Etats membres. Lorsqu'elle agit dans le cadre de cet objectif, la Région flamande doit aussi respecter les règles répartitrices de compétence.

Le Conseil des ministres partage l'avis de la CREG selon lequel l'obligation d'injecter gratuitement de l'électricité verte dans le réseau ne saurait être considérée comme une obligation de service public. En effet, il ne s'agit pas d'un service d'utilité publique, mais uniquement d'une intervention directe au niveau des tarifs.

En ce que le décret attaqué a pour effet qu'un poste tarifaire bien déterminé ne peut plus être facturé à une catégorie déterminée d'exploitants, le décret contient une mesure discriminatoire, ce qui n'est pas non plus autorisé par l'article 3.2 de la directive 2009/72/CE.

Le Conseil des ministres souligne également qu'il ressort des travaux préparatoires du décret du 23 décembre 2010 qu'une obligation de service public est imposée pour que le régulateur ne puisse ni refuser les coûts ni procéder à une correction négative de la marge bénéficiaire équitable.

Selon le Conseil des ministres, la mesure attaquée doit donc être qualifiée de mesure tarifaire. L'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles est dès lors violé.

A.6.2. Selon le Conseil des ministres, le fait que le décret attaqué serait nécessaire à l'exercice, par les régions, de leurs propres compétences a déjà été réfuté dans l'arrêt n° 97/2011 précité, dans lequel la Cour a considéré que la réglementation relative aux tarifs d'injection, en ce qu'elle est également applicable aux sources d'énergie renouvelables, respecte le principe de proportionnalité et ne rend donc pas exagérément difficile ou impossible l'exercice des compétences régionales.

Le Conseil des ministres demande à la Cour de dire pour droit que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles n'habilitait pas davantage la Région flamande à adopter le décret attaqué.

A.6.3. Selon le Conseil des ministres, le décret du 23 décembre 2010 viole, en toute hypothèse, le principe de proportionnalité, dès lors qu'il empêche ou du moins rend exagérément difficile l'exercice de la compétence fédérale en matière de tarification. Le décret prévoit en effet une exonération, tandis que la réglementation fédérale prévoit la possibilité de facturer les tarifs d'injection.

A.6.4. Le Conseil des ministres maintient que la mesure est en tout cas à ce point liée à la compétence tarifaire de l'autorité fédérale qu'un accord de coopération était nécessaire.

Le considérant 34 de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (ci-après : la directive 2009/28/CE) énonce que, pour obtenir un modèle énergétique favorisant l'énergie produite à partir de sources renouvelables, il est nécessaire d'encourager la coopération stratégique entre les Etats membres, avec, le cas échéant, la participation des régions et des autorités locales. Selon le Conseil des ministres, il s'ensuit que s'il est nécessaire d'encourager une coopération au niveau communautaire, une coopération au sein des Etats membres ne saurait être exclue.

A.7.1. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement flamand soutient que la CREG, en ce qu'elle fait valoir que le décret attaqué, s'il instaurait une obligation de service public, serait contraire au droit européen, invoque un nouveau moyen, ce qui n'est pas recevable.

Subsidiairement, le Gouvernement flamand fait valoir qu'il n'aperçoit pas pourquoi l'article 3 de la directive 2009/72/CE ne serait pas applicable aux gestionnaires de réseau de distribution. Si la CREG estimait que le gestionnaire de réseau de distribution ne fournit pas de prestation et qu'il ne peut donc être considéré comme un service public, elle méconnaîtrait la définition d'une obligation de service public. Le service fourni par le gestionnaire de réseau de distribution est le fait de permettre l'injection dans le réseau de distribution de l'électricité produite à base d'énergie renouvelable et donc de mettre à disposition et d'entretenir l'infrastructure prévue à cet effet.

Le fait que la mesure attaquée n'a pas été qualifiée d'obligation de service public dès le départ n'est pas pertinent : il ne fait aucun doute que le législateur décrétoal souhaitait depuis le début que les coûts ne puissent pas être imputés au groupe vulnérable des producteurs d'énergie renouvelable, ce qui impliquait déjà la notion d'obligation de service public.

A.7.2. Selon le Gouvernement flamand, le décret attaqué qualifie l'accès au réseau de distribution de « prestation », tout comme l'aménagement de conduites électriques visé à l'article 7.3.1 du décret précité du 8 mai 2009. Si la CREG entend par là qu'il doit s'agir d'une prestation qui constitue une obligation de service public « relevant des compétences régionales », on n'aperçoit pas où se situe la violation des règles répartitrices de compétence.

Selon le Gouvernement flamand, l'article 7.3.1 du décret précité du 8 mai 2009 n'est pas davantage contraire aux règles répartitrices de compétence, car il ne constitue pas, à l'instar du décret attaqué, une mesure tarifaire : il ne fait que fixer la répartition des coûts de raccordement de l'unité de production au réseau de distribution entre le propriétaire de l'unité de production et le gestionnaire du réseau de distribution.

A.7.3. Le Gouvernement flamand estime que l'arrêt n° 36/98 de la Cour est bel et bien transposable.

Le gestionnaire de réseau de distribution fournit effectivement une prestation, à savoir l'accès au réseau de distribution, ce qui implique la mise à disposition et l'entretien de l'infrastructure. L'organisation du réseau de distribution relève de la compétence des régions en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Cette loi spéciale prévoit certes une exception en matière de tarifs, mais pas pour les obligations de service public, qui relèvent de la compétence régionale.

A.7.4. L'affirmation de la CREG selon laquelle les conditions fixées par le droit européen dans le cadre d'une obligation de service public seraient violées doit, selon le Gouvernement flamand, être considérée comme un nouveau moyen, qui n'est pas recevable.

Subsidiairement, si l'obligation de service public devait être considérée comme une aide d'Etat, elle ne serait pas contraire à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'obligation de service public a un effet local à ce point marginal qu'il n'y a pas distorsion de la concurrence. En outre, l'aide est marginale.

Selon le Gouvernement flamand, le décret du 23 décembre 2010 n'est pas davantage contraire à la directive 2009/72/CE.

A.7.5. Le Gouvernement flamand maintient son point de vue selon lequel l'obligation de service public ne constitue pas une mesure tarifaire. La mesure a uniquement été prise dans le but de promouvoir la production d'énergie renouvelable, ce qui relève de la compétence exclusive des régions. En outre, la distribution et le transport local d'électricité au moyen des réseaux à basse tension sont des compétences régionales, comme le reconnaît le Conseil des ministres. Une région peut donc imposer des obligations – et donc également des obligations de service public – aux gestionnaires du réseau de distribution, dans le but de promouvoir les sources d'énergie renouvelables.

A.7.6. Subsidiairement, le Gouvernement flamand renvoie à son premier mémoire en ce qui concerne la possibilité de recourir aux compétences implicites en vertu de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

A l'argument du Conseil des ministres selon lequel la Cour a considéré dans son arrêt n° 97/2011 précité que la réglementation des tarifs d'injection respecte le principe de proportionnalité, le Gouvernement flamand répond que la non-violation du principe de proportionnalité ne signifie pas que la condition de nécessité ne saurait être remplie.

A.7.7. Selon le Gouvernement flamand, la CREG et le Conseil des ministres méconnaissent la portée de la réglementation fédérale en soutenant que la Région flamande rend l'exercice de cette dernière exagérément difficile voire impossible.

La réglementation fédérale permet aux gestionnaires de réseau de distribution de facturer des tarifs d'injection, mais ne les y oblige pas. Cette réglementation ne fixe donc pas directement les tarifs, mais détermine les postes tarifaires qui peuvent être facturés. Le décret attaqué a seulement pour effet d'empêcher qu'un poste tarifaire bien déterminé soit facturé à une catégorie déterminée d'exploitants, à savoir les exploitants d'énergie renouvelable. En outre, il ressort d'un avis de la CREG que l'incidence du décret attaqué sur la facture du consommateur ne s'élèverait qu'à 0,5 %.

En ce qui concerne le second moyen

A.8. Dans son second moyen, la CREG invoque, à titre subsidiaire, la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 37, paragraphe 6, et 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE.

La partie requérante estime que le décret attaqué fixe un élément tarifaire à l'égard d'une catégorie bien déterminée de producteurs et non à l'égard des autres catégories, alors que les instances régulatrices sont exclusivement compétentes pour fixer ou du moins approuver les méthodes de calcul ou de fixation des tarifs, y compris les tarifs d'injection.

La CREG se voit aussi imposer une méthode tarifaire, alors que tout Etat membre doit garantir l'indépendance de l'instance régulatrice et ne peut lui donner aucune instruction concernant l'exercice de ses missions.

Selon la partie requérante, le décret attaqué est donc contraire aux dispositions européennes relatives aux missions des organes de régulation, parce que seul un régulateur indépendant, et non le pouvoir politique, est compétent pour fixer et/ou approuver les tarifs.

Cette violation du droit européen va de pair avec une violation du principe d'égalité et de non-discrimination, en ce qu'une distinction est faite entre les producteurs de sources d'énergie renouvelables et les autres producteurs.

A.9.1. Le Conseil des ministres soutient que deux catégories comparables de producteurs d'électricité sont traitées différemment. Cependant, le décret attaqué poursuit à cet égard un but illégitime, en ce qu'il empêche l'autorité fédérale de mener sa politique tarifaire.

Etant donné que le législateur décréte poursuit un but illégitime, il n'est pas nécessaire de vérifier si le critère de distinction est pertinent et si la mesure est proportionnée. Selon le Conseil des ministres, ce n'est, en toute hypothèse, pas le cas.

A.9.2. Le Conseil des ministres renvoie à l'arrêt n° 97/2011 précité, dans lequel la Cour a considéré que la directive 2009/72/CE attribuait au régulateur une compétence étendue et ne souhaite pas examiner plus avant les arguments développés par la CREG en ce qui concerne ses compétences.

A.10.1. Le Gouvernement flamand estime que le moyen manque en fait, parce qu'ainsi qu'il a déjà été exposé dans le cadre du premier moyen, le décret attaqué ne fixe pas les tarifs, mais impose une obligation de service public aux gestionnaires de réseau de distribution.

A.10.2. En ordre subsidiaire, si la Cour considérait tout de même que le décret attaqué constitue une mesure tarifaire, la compétence du régulateur n'aurait pas été violée par une interdiction de facturer des tarifs d'injection aux producteurs d'énergie renouvelable, cette interdiction constituant une orientation générale pouvant être édictée par l'autorité politique.

A.10.3. Le Gouvernement flamand soutient que le décret du 23 décembre 2010 n'est pas contraire au principe d'égalité et de non-discrimination.

Le décret attaqué traite différemment les producteurs d'énergie renouvelable, mais cette différence de traitement est raisonnablement justifiée puisqu'elle vise un but légitime, celui de promouvoir la production d'énergie au départ de sources d'énergie renouvelables.

Cette mesure est en outre pertinente et proportionnée. Il appartient au législateur décréte, et non à la CREG, de juger si la mesure est pertinente pour atteindre l'objectif visé.

Enfin, le Gouvernement flamand estime que la mesure est aussi proportionnée à l'objectif poursuivi, qui n'est pas de méconnaître la compétence fédérale, mais de garantir et de promouvoir la production d'énergie au départ de sources renouvelables en vue de protéger l'environnement.

A.11.1. Dans son mémoire en réponse, la CREG maintient qu'il ressort du texte et des travaux préparatoires du décret attaqué que ce dernier concerne directement une matière tarifaire, puisqu'il instaure une exonération pour certains moyens de production.

La fixation des tarifs des réseaux de distribution est, en vertu de l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE, une compétence du régulateur. L'autorité politique n'a plus la possibilité d'intervenir dans ce processus.

A.11.2. Subsidiairement, la CREG répète que l'obligation de service public ne peut, en tout état de cause, avoir pour effet qu'il soit dérogé aux compétences tarifaires du régulateur.

Seule une dérogation aux dispositions énumérées à l'article 3, paragraphe 14, de la directive 2009/72/CE est autorisée. Les articles 36 et 37 de cette directive n'en font pas partie.

A.11.3. La partie requérante conteste la thèse du Gouvernement flamand selon laquelle le décret du 23 décembre 2010 instaurerait une « orientation générale » autorisée.

La directive ne prévoit pas d'exception à la compétence exclusive du régulateur en ce qui concerne les tarifs et dispose expressément, en son article 35, paragraphe 4, que les orientations générales ne peuvent concerner les compétences réservées, parmi lesquelles les tarifs de réseau.

Par ailleurs, il n'est en toute hypothèse pas question d'orientations générales, mais d'une modalité tarifaire concrète.

La CREG fait valoir que sa compétence tarifaire n'est pas une compétence purement procédurale mais également une compétence matérielle. Elle doit vérifier si les coûts sur la base desquels les tarifs proposés ont été calculés sont raisonnables et s'ils correspondent à la réalité, mais également si ces coûts portent sur le service facturé et si le tarif reflète donc correctement ces coûts. En intervenant dans l'imputation de certains coûts tarifaires pour certains utilisateurs du réseau, la mesure attaquée compromet totalement cet exercice d'équilibrage que la CREG doit réaliser – et pour lequel elle est exclusivement compétente.

La CREG conclut que le décret attaqué est contraire à la directive 2009/72/CE.

A.12. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres confirme son premier mémoire et ne s'attarde pas sur le second moyen.

A.13.1. Le Gouvernement flamand estime, dans son mémoire en réplique, que la CREG méconnaît l'article 3, paragraphe 14, de la directive 2009/72/CE en affirmant que les obligations de service public ne peuvent contenir que des dérogations aux articles 7, 8 et 32 à 34 de cette directive.

A.13.2. Le Gouvernement flamand conteste le fait que le décret attaqué ne puisse pas être une orientation générale et qu'il violerait les compétences matérielles et procédurales de la CREG.

La CREG peut toujours répercuter le coût de l'obligation de service public dans le prix de l'électricité qu'elle approuve. Le décret attaqué n'a pas pour effet que le coût ne serait pas porté en compte : il détermine uniquement qui supporte le coût, en l'occurrence, l'ensemble des consommateurs.

En ce qui concerne les moyens invoqués par le Conseil des ministres

A.14.1. Dans son mémoire, le Conseil des ministres fait valoir, en complément du second moyen de la CREG, que le décret du 23 décembre 2010 est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe européen des tarifs non discriminatoires et représentatifs des coûts, tel qu'il est garanti notamment par les articles 25, paragraphe 2, et 32, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE et à l'article 16, paragraphe 8, de la directive 2009/28/CE.

Selon le Conseil des ministres, la directive 2009/72/CE, qui fixe les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, prévoit expressément que les tarifs d'accès au réseau doivent être transparents, qu'ils ne doivent pas être discriminatoires et qu'ils doivent refléter les coûts. La directive 2008/28/CE vise à promouvoir l'utilisation de sources d'énergie renouvelables et prévoit que les tarifs de distribution ne peuvent entraîner aucune discrimination.

Le Conseil des ministres estime que le décret attaqué instaure non seulement une réglementation discriminatoire mais va également à l'encontre de l'obligation européenne exigeant que les tarifs reflètent les coûts.

A.14.2. Le Conseil des ministres invoque également la violation du principe européen de la libre circulation des biens, garanti par les articles 34 et 35 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et du principe belge de l'union économique et monétaire, consacré par l'article 6, § 1er, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le Conseil des ministres souligne que, dans son avis sur le projet du décret actuellement attaqué, la section de législation du Conseil d'Etat s'interrogeait sur la compatibilité de la réglementation avec les principes précités (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 624/2, p. 12).

A.15.1. Dans son mémoire en réponse, la CREG affirme que les nouveaux moyens du Conseil des ministres sont recevables.

A.15.2. Quant au fond, la CREG souligne que le régulateur flamand du marché de l'électricité et du gaz (VREG) et l'Agence flamande de l'énergie (VEA), dans leur avis commun du 21 octobre 2011, semblent partager le point de vue du Conseil des ministres concernant la possibilité de répercussion des coûts, lorsqu'ils considèrent que « le principe de la facturation des coûts dans les tarifs d'utilisation du réseau requiert que les coûts soient mis à charge (du groupe) des clients qui sont à l'origine de ces coûts. Dans le cas présent, il s'agit des producteurs d'énergie respectueuse de l'environnement ».

Pour le surplus, la CREG s'en remet à la sagesse de la Cour en ce qui concerne les moyens nouveaux.

A.16.1. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres souligne que la Cour doit examiner si le décret du 23 décembre 2010 est contraire aux dispositions de droit européen invoquées, en tenant compte de la primauté du droit de l'Union européenne.

Les Etats membres doivent prévoir les voies de recours nécessaires pour assurer la protection juridictionnelle effective dans le ressort de l'Union européenne.

A.16.2. Pour les éléments complémentaires du second moyen développés par la CREG, le Conseil des ministres renvoie à son premier mémoire.

A.17.1. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement flamand soutient que le décret attaqué ne viole nullement le principe de transparence et de représentativité des tarifs.

Le décret ne fait que mutualiser le coût de l'injection de sources d'énergie renouvelables entre tous les consommateurs au lieu de le faire supporter par les producteurs. Le tarif que paie le consommateur n'en est pas pour autant moins transparent ou moins représentatif des coûts.

Selon le Gouvernement flamand, le principe de la transparence et de la représentativité des tarifs n'a pas du tout la portée que lui donne le Conseil des ministres.

Si la Cour en doutait, elle devrait poser à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle qui, de l'avis du Gouvernement flamand, devrait être formulée comme suit :

« Les articles 25 (2) et 32 (1) de la directive 2009/72/CE et l'article 16 (8) de la directive 2009/28/CE ainsi que le principe de transparence et de représentativité des tarifs contenu dans ces articles doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils ne permettent pas d'imposer à un gestionnaire de réseau, dans le but de promouvoir la production d'énergie renouvelable, l'obligation de service public d'exécuter gratuitement toutes les tâches nécessaires à l'injection d'électricité produite au départ de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité dans le réseau, à l'exception du raccordement au réseau de distribution ou au réseau local de transport, et interdisent dès lors que, le coût des tarifs d'injection soit mutualisé et supporté par tous les consommateurs et non par le groupe de producteurs d'énergie renouvelable ? ».

A.17.2. Selon le Gouvernement flamand, la seconde branche du moyen n'est pas davantage fondée, dans la mesure où elle est prise de la violation du principe européen de la libre circulation et du principe belge de l'union économique et monétaire en ce que l'exonération des tarifs d'injection ne s'appliquerait qu'à l'énergie provenant de sources renouvelables, produite en Région flamande.

Le décret attaqué ne fait pas de distinction selon que cette énergie renouvelable a été produite en Flandre ou ailleurs, même si la première hypothèse semble plus probable que la seconde. Etant donné que le décret attaqué ne fait, sur ce point, aucune distinction et n'exclut donc pas que l'énergie soit produite en dehors de la Région flamande, il n'y a pas violation des principes européen ou belge d'union économique.

Subsidiairement, si la Cour considérait que le décret attaqué n'est applicable qu'à l'énergie renouvelable produite en Région flamande, *quod non*, cela ne signifierait nullement que les principes de l'union économique européenne seraient violés. L'union économique européenne n'interdit pas l'existence d'une réglementation différente en matière de tarifs d'injection.

Par ailleurs, selon le Gouvernement flamand, il ne saurait être question d'une violation de l'union économique et monétaire, compte tenu de l'incidence marginale de la mesure sur les tarifs appliqués à l'égard du consommateur.

A.17.3. A titre extrêmement subsidiaire, le Gouvernement flamand demande à la Cour que, si le décret attaqué était annulé, les effets de ce dernier soient maintenus, dans l'intérêt des gestionnaires du réseau de distribution, au moins jusqu'à la publication de l'arrêt.

Dans le cas contraire, se poseraient en effet des problèmes de facturation insurmontables, étant donné que les gestionnaires de réseau de distribution devraient encore – pour autant que ce soit matériellement possible – répercuter, rétroactivement donc, les tarifs d'injection sur les producteurs d'énergie renouvelable pour la période écoulée entre l'entrée en vigueur du décret attaqué (30 janvier 2011) et la date de publication de l'arrêt et les ristourner aux utilisateurs finaux auxquels ils ont déjà été facturés en tant qu'obligation de service public au cours de cette période.

A.18. Invitée à exposer, dans un mémoire complémentaire, son point de vue concernant la demande, en ordre tout à fait subsidiaire, du Gouvernement flamand, de maintenir les effets du décret en cas d'annulation, la CREG fait valoir qu'il existe des motifs tant formels que matériels pour refuser le maintien des effets.

Tout d'abord, la demande est trop générale. Le Gouvernement flamand ne précise pas si les montants non facturés doivent rester à charge des gestionnaires de réseau de distribution ou en revanche être mis à charge des clients.

Selon la CREG, un premier motif matériel pour ne pas maintenir les effets est le comportement du Gouvernement flamand. Le législateur décretaal a sciemment choisi d'adopter le décret malgré le grief d'incompétence soulevé par le Conseil d'Etat. Le Gouvernement flamand ne doit pas se plaindre ensuite et demander de maintenir encore les effets.

Un second motif est que l'intérêt des gestionnaires de réseau de distribution au maintien des effets, en vue d'éviter des problèmes de facturation, ne saurait être valablement invoqué. Les sociétés Infrax et Eandis, qui coopèrent avec les gestionnaires de réseau de distribution auxquels 99 % des consommateurs d'électricité flamands sont raccordés, étaient au courant d'une possible violation des règles répartitrices de compétence par le décret attaqué. Lors de la facturation, elles ont expressément émis des réserves concernant une éventuelle annulation et ont annoncé les éventuelles modifications tarifaires qui en résulteraient. Il n'a donc pas été créé d'attentes légitimes.

Comme troisième motif pour s'opposer au maintien des effets, la CREG fait valoir qu'une adaptation des tarifs pour les producteurs d'électricité et les consommateurs n'est pas exceptionnelle. D'une part, les tarifs de distribution sont calculés sur la base d'une estimation. Lors du décompte final, les tarifs sont alors corrigés, compte tenu des frais et paramètres effectifs. Il s'agit d'un système propre à la refacturation des tarifs, qui est appliqué chaque année. D'autre part, les consommateurs finaux paient les factures globales d'énergie, en ce compris les tarifs de distribution, sur la base d'avances mensuelles et il est établi une fois par an un décompte final sur la base des paramètres réels. En d'autres termes, en ce qui concerne les prix globaux de l'énergie aussi, il est inhérent aux modalités de facturation que le montant définitif ne soit pas immédiatement connu et soit rectifié par la suite.

Dans ce contexte, la CREG ne voit aucune justification pour maintenir les effets du décret attaqué.

A.19. Le Conseil des ministres s'oppose expressément à un maintien des effets du décret attaqué pour l'avenir. Il ne peut être admis qu'après une éventuelle annulation, la Région flamande interdise aux gestionnaires de réseau de distribution de porter en compte des tarifs d'injection.

En ce qui concerne le maintien des effets jusqu'à la date de publication de l'arrêt, le Conseil des ministres se réfère à l'arrêt de la Cour n° 97/2011 du 31 mai 2011.

Dans cet arrêt, la Cour a annulé 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 confirmait 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 ».

Le Conseil des ministres observe que ces articles 9 et 14 fixaient la structure tarifaire générale pour l'utilisation et le raccordement au réseau de distribution et que la Cour n'a pas jugé nécessaire de maintenir les effets.

Le Conseil des ministres laisse à la Cour le soin de déterminer s'il y a lieu de maintenir en l'espèce les effets du décret attaqué, mais au plus tard jusqu'à la date de publication de l'arrêt.

- B -

B.1. La partie requérante invoque, dans un premier moyen, la violation des règles répartitrices de compétence, et plus particulièrement de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), et § 3, et de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, du devoir de loyauté fédérale et du principe de proportionnalité, en ce que le décret de la Région flamande du 23 décembre 2010 « modifiant le décret sur l'Electricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelable et de cogénération de qualité » (ci-après : le décret du 23 décembre 2010) constitue une mesure tarifaire, alors que la fixation des tarifs de distribution d'électricité (y compris les tarifs d'injection) – et, partant, l'exonération des tarifs (d'injection) – est une matière exclusivement fédérale et, subsidiairement, en ce qu'il aurait fallu, en tout état de cause, organiser une concertation préalable entre les autorités flamande et fédérale, ce qui n'a pas été le cas.

B.2. Les dispositions du décret du 23 décembre 2010 sont ainsi rédigées :

« Article 1er. Le présent décret règle une matière régionale.

Art. 2. Le titre IV, chapitre Ier, section VIII, du décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie est complété par un article 4.1.22/1, rédigé comme suit :

' Art. 4.1.22/1. Le gestionnaire de réseau effectue gratuitement toutes les tâches nécessaires pour l'injection d'électricité, produite au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité, à l'exception du raccordement au réseau de distribution ou au réseau de transport local. Les frais ainsi portés à la charge du gestionnaire de réseau sont considérés comme étant des frais résultant des obligations de service public du gestionnaire de réseau en tant que gestionnaire de réseau. ' ».

B.3.1. La proposition de décret a été justifiée par ses auteurs de la manière suivante :

« Depuis quelques temps, différents gestionnaires de réseau de distribution facturent des tarifs d'injection aux producteurs d'électricité qui injectent leur électricité sur le réseau de distribution. Ils le font après accord de la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) [...]. Pour la facturation des tarifs périodiques relatifs aux composants ci-dessus, les articles 9 à 13 de l'arrêté royal sur les tarifs pluriannuels donnent la possibilité aux gestionnaires de réseau de facturer ces tarifs tant pour l'achat que pour l'injection sur leur réseau. Les tarifs périodiques qui sont facturés par les gestionnaires de réseau pour les composants ci-dessus en raison de l'injection sur leur réseau sont qualifiés de tarifs d'injection.

L'introduction de tarifs d'injection compromet la politique flamande destinée à promouvoir la production d'électricité provenant de sources renouvelables ou de la cogénération de qualité.

L'autorité flamande s'est fixé des objectifs ambitieux en matière de production d'électricité tirée de sources d'énergie renouvelables et de la cogénération de qualité. [...] Les initiatives de la Région flamande visent à promouvoir la production d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables et de la cogénération de qualité. La facturation de tarifs d'injection aux producteurs de celle-ci a justement un effet contre-productif.

[...]

Les tarifs d'injection ne constituent toutefois pas une bonne solution pour optimiser les coûts de raccordement au réseau de distribution des installations décentralisées de production. [...]

Concernant la problématique de frais, socialement difficile à admettre dans certains cas, de raccordement de structures décentralisées de production d'électricité, des mesures plus ciblées sont nécessaires. Comme il est inscrit dans l'accord de gouvernement flamand [...], le Gouvernement flamand veut résoudre ce problème, par exemple en précisant l'obligation de service public mise à charge des gestionnaires de réseau de distribution, concernant le raccordement d'installations décentralisées de production.

La facturation de tarifs d'injection constitue également une discrimination pour la production décentralisée par rapport à la production centralisée, étant donné que les gestionnaires de réseau de distribution ne facturent aucun tarif d'injection pour l'électricité injectée qui provient du réseau de transport. [...]

Pour ces motifs, le Gouvernement flamand a mis ce point à l'ordre du jour du Comité de concertation entre le Gouvernement fédéral et les gouvernements régionaux qui a eu lieu le 14 octobre 2009. Lors du Comité de concertation, il a été décidé que le ministre fédéral de l'Energie demanderait un avis à la CREG sur la possibilité de supprimer les tarifs d'injection applicables et lui demanderait de rédiger une ébauche de projet de loi en ce sens d'ici la fin 2009. [...]

[...]

Entre temps, la CREG a rendu son avis [...]. Dans celui-ci, la CREG plaide ' pour le maintien des tarifs d'injection dans la législation tarifaire '. [...]

Il est à noter que la CREG déclare bien que ‘ lors du calcul du soutien à accorder aux énergies renouvelables (certificats verts), il peut être tenu compte de tarifs d’injection ’ [...]. On peut également déduire de l’étude de la CREG que l’incidence de la suppression des tarifs d’injection sur les coûts d’achat des différentes catégories de clients types est très réduite (jusqu’à 0,5 % du tarif applicable au réseau de distribution, qui ne représente en soi que 30 % à peu près du tarif total). Et ce alors que l’effet négatif sur la rentabilité des installations individuelles de production est, quant à lui, significatif (l’étude de la CREG pointe une diminution de 6 % des recettes pour une installation-type de cogénération de 1,2 MW et une diminution de 88 % des recettes pour une installation photo-voltaïque de 30 kW; p. 98 de l’étude).

Cette proposition de décret tend à insérer, dans le décret sur l’électricité et le décret coordonné sur l’énergie, une disposition qui oblige les gestionnaires flamands de réseau de distribution d’électricité à effectuer gratuitement toutes les tâches qui sont nécessaires pour l’injection d’électricité produite au départ de sources d’énergie renouvelables et de cogénération de qualité, à l’exception du raccordement au réseau de distribution » (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 624/1, pp. 2-4).

B.3.2. En ce qui concerne plus particulièrement la compétence en cette matière, le rapport établi au nom de la commission pour la Politique du logement, la Politique urbaine et l’Energie du Parlement flamand indique :

« La tarification pour l’utilisation du réseau de distribution est en principe une matière fédérale. Si la Région flamande souhaite intervenir, elle doit le faire en recourant aux compétences dites implicites fondées sur l’article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Cet article prévoit que les régions peuvent s’immiscer dans des compétences fédérales si un certain nombre de conditions sont remplies. La première condition est que le législateur décréte doit exercer lui-même les compétences implicites et ne peut donc les déléguer au pouvoir exécutif. Etant donné que la présente initiative est une proposition de décret, cette condition est remplie. Le Conseil d’Etat n’a dès lors soulevé aucune observation sur ce point.

La deuxième condition est que l’exercice des compétences implicites doit être nécessaire à l’exercice des compétences propres de la Région flamande. Dans l’exposé des motifs, les auteurs de la proposition démontrent suffisamment, selon [l’un d’eux], que les tarifs d’injection fédéraux compromettent la politique flamande destinée à promouvoir l’énergie renouvelable. La rentabilité d’un certain nombre de projets d’énergie renouvelable et de cogénération de qualité est mise en péril en raison des tarifs d’injection. La CREG objecte que la Région flamande pourrait compenser cet état de chose à l’aide de subsides supplémentaires. Mais cette proposition conduirait à une situation absurde où la Région flamande subventionnerait de manière complémentaire ce que l’Etat fédéral taxe. La suggestion de la CREG d’augmenter les valeurs garanties des certificats de cogénération néglige également le fait que la majeure partie des certificats est commercialisée sur le marché et n’est pas achetée par les gestionnaires du réseau de distribution à un prix déterminé. En ce qui concerne ces certificats, la suggestion de la CREG n’offre aucune solution. Pour assurer la politique flamande en matière d’énergie renouvelable et durable, le Parlement flamand est donc obligé d’exercer ses compétences implicites.

La troisième condition est que la matière doit se prêter à un règlement différencié. Le Conseil d'Etat ne conteste pas que la proposition de décret remplisse cette condition. La proposition concerne seulement la cogénération de qualité et les sources d'énergie renouvelables. Les autres régions sont libres, quant à elles, d'autoriser des tarifs d'injection. Il s'agit donc clairement d'un règlement différencié.

Enfin, l'article 10 énonce que les compétences implicites ne sont possibles que si l'incidence sur les compétences fédérales est seulement marginale. Le Conseil d'Etat affirme ne pas disposer de suffisamment d'informations pour pouvoir apprécier cette dernière condition et il émet une réserve. [Un des auteurs] essaiera donc de démontrer que cette incidence est effectivement marginale. La proposition de décret ne concerne que quelques postes tarifaires de l'arrêté royal sur les tarifs pluriannuels, notamment la gestion du système, l'activité de mesure et de relevé des compteurs et les services auxiliaires. Le reste de la structure tarifaire reste parfaitement inchangé. En ce sens, l'incidence sur les compétences fédérales est marginale. Le champ d'application de la proposition se limite aussi à la cogénération de qualité et aux installations d'énergie renouvelable. Dans ce sens également, l'impact sur les compétences fédérales est marginal. La dérogation proposée ne porte pas non plus atteinte à des dispositions fédérales essentielles. En effet, la dérogation concerne un aspect moins important de la réglementation fédérale. Le fait qu'actuellement tous les gestionnaires du réseau de distribution n'appliquent pas des tarifs d'injection permet de tirer cette conclusion » (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 624/3, pp. 5-6).

B.3.3. L'article 2 du décret attaqué, et en particulier la phrase insérée *in fine* (« Les frais ainsi portés à la charge du gestionnaire de réseau sont considérés comme étant des frais résultant des obligations de service public du gestionnaire de réseau en tant que gestionnaire du réseau »), est le résultat d'un amendement à la proposition, qui a été justifié comme suit :

« La sécurité juridique nécessaire doit être assurée aux gestionnaires de réseaux auxquels incombe l'obligation d'assurer l'injection gratuite. Lorsqu'en raison de cette obligation, un gestionnaire de réseau ne peut facturer un tarif approuvé par le régulateur compétent et que l'obligation n'est pas explicitement qualifiée d'obligation de service public (OSP), le risque existe que le régulateur compétent n'admette pas les frais (ou la diminution de revenus) et effectue *de facto* une correction négative de la marge bénéficiaire équitable. C'est la principale raison pour laquelle, en ce qui concerne des obligations existantes incombant aux gestionnaires de réseau (par exemple en matière de limitation des frais de raccordement, de placement de compteurs bi-horaire, éclairage public), une référence explicite aux obligations de service public a aussi été inscrite dans l'article concerné (voir les articles 3.1.38, 3.1.41 et 6.4.13 du décret sur l'Energie du 19 novembre 2010).

C'est la raison pour laquelle deux modifications sont apportées :

1. Parce que cet article concerne une OSP, il n'est pas ajouté à la section VI. ' Accès à un réseau de distribution ou au réseau de transport local d'électricité ' du titre IV, chapitre I, mais à la section VIII. ' Obligations de service public imposées au gestionnaire du réseau ' du titre IV, chapitre I.

2. Il est expressément ajouté que ces coûts doivent être considérés comme des coûts découlant d'obligations de service public du gestionnaire de réseau en tant que gestionnaire de réseau » (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 624/4, p. 2).

B.4.1. 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.4.2. 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.4.3. 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, tant pour instaurer de tels tarifs ou pour en prévoir la possibilité que pour les exonérer de l'une ou de l'autre manière, et pour en fixer les modalités.

B.5. Le décret du 23 décembre 2010 tend à neutraliser *de facto* les tarifs d'injection que les gestionnaires de réseau de distribution peuvent appliquer en vertu de la réglementation fédérale, en ce que l'injection d'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité doit s'effectuer gratuitement.

La circonstance que le décret attaqué met ces coûts à charge du gestionnaire de réseau et les qualifie d'obligation de service public n'empêche pas qu'il s'agisse d'une mesure tarifaire qui interdit aux gestionnaires de réseau de distribution de facturer des tarifs d'injection pour certaines sources d'énergie et qui influence le prix facturé au consommateur. Il s'agit par conséquent, en ce qui concerne la politique de l'énergie, d'une matière que le législateur spécial a réservée à l'autorité fédérale.

B.6.1. Le Gouvernement flamand soutient que la compétence de la Région flamande pour l'adoption du décret attaqué du 23 décembre 2010 peut être fondée sur l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui dispose :

« Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

Pour que l'article 10 puisse s'appliquer, il est requis que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la région, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale.

B.6.2. Sans qu'il soit nécessaire d'établir si la mesure attaquée est nécessaire à l'exercice des compétences propres et si la matière se prête à un règlement différencié, il y a lieu de relever que l'incidence du décret du 23 décembre 2010 n'est pas purement marginale.

Le choix de l'autorité fédérale de permettre de facturer des tarifs d'injection est une mesure politique prise dans le cadre de sa compétence en matière de tarifs d'électricité.

Certes, dans l'état actuel de la réglementation, les gestionnaires de réseau de distribution ne sont pas obligés de facturer des tarifs d'injection et, selon une étude de la CREG, « durant la période régulatoire 2009-2012, les coûts d'injection facturés étaient » plutôt limités à savoir « à 0,5 % du budget total » des dépenses pour l'électricité d'un certain nombre de clients types (CREG, étude (F)100401-CDC-959 « relative à l'éventuelle suppression ou exonération des tarifs d'injection pour les installations de production sur la base de l'énergie renouvelable et de la cogénération de qualité », 1er avril 2010, *www.creg.be*, pp. 45 et 51).

Néanmoins, le décret attaqué affecte l'essence même de la compétence de l'autorité fédérale en ce qui concerne les tarifs d'injection en soi, en ce qu'il tend à neutraliser la mesure tarifaire fédérale en ce qui concerne l'électricité produite au départ de sources d'énergie renouvelables et de la cogénération de qualité, production qui, à mesure qu'elle gagne en importance, entraîne des efforts plus importants de la part des gestionnaires de réseau de distribution pour injecter sur le réseau l'énergie ainsi produite, alors que les tarifs énergétiques doivent refléter le plus fidèlement possible les coûts réels.

Il appartient à l'autorité fédérale d'apprécier si, dans le cadre de sa compétence, il est possible de faire en sorte que la politique des régions visant à promouvoir la production d'énergie respectueuse de l'environnement ne soit pas contrecarrée par la politique en matière de tarifs.

B.7. Le moyen pris de la violation de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles est fondé.

Le décret attaqué du 23 décembre 2010 doit être annulé.

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens, étant donné que l'examen de ceux-ci ne pourrait aboutir à une annulation plus étendue.

B.8. Les effets rétroactifs de l'annulation n'étant pas de nature à créer des difficultés administratives et financières insurmontables, il n'y a pas lieu d'accéder à la demande subsidiaire du Gouvernement flamand de maintenir les effets du décret annulé.

Par ces motifs,

la Cour

annule le décret de la Région flamande du 23 décembre 2010 « modifiant le décret sur l'Electricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité ».

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 12 juillet 2012.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt