

Numéro du rôle : 5268
Arrêt n° 135/2012 du 30 octobre 2012

A R R E T

---

*En cause* : le recours en annulation des articles 5, 6, 7 et 10 du décret de la Région flamande du 6 mai 2011 « modifiant le décret relatif à l’Energie du 8 mai 2009 » et des articles 38 et 39 du décret de la Région flamande du 8 juillet 2011 « portant modification de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d’énergie électrique et du décret Energie du 8 mai 2009, concernant la transposition de la Directive 2009/72/CE et de la Directive 2009/73/CE », introduit par la SA « Stora Enso Langerbrugge ».

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 F. Meersschaut, 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 8 décembre 2011 et parvenue au greffe le 9 décembre 2011, la SA « Stora Enso Langerbrugge », dont le siège social est établi à 9000 Gand, Wondelgemkaai 200, a introduit un recours en annulation des articles 5, 6, 7 et 10 du décret de la Région flamande du 6 mai 2011 « modifiant le décret relatif à l’Energie du 8 mai 2009 » (publié au *Moniteur belge* du 10 juin 2011) et des articles 38 et 39 du décret de la Région flamande du 8 juillet 2011 « portant modification de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d’énergie électrique et du décret Energie du 8 mai 2009, concernant la transposition de la Directive 2009/72/CE et de la Directive 2009/73/CE » (publié au *Moniteur belge* du 16 août 2011).

Le Gouvernement flamand a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Gouvernement flamand a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 18 septembre 2012 :

- ont comparu :

. Me D. Haverbeke et Me J. Debièvre, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;

. Me B. Martel *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*

A.1. Selon la SA « Stora Enso Langerbrugge », le recours est recevable *ratione temporis*, étant donné que le législateur décretaal a exprimé la volonté de légiférer à nouveau dans la présente matière et que son intervention a pour effet de modifier le contenu du texte initial. Depuis la précédente manifestation de volonté du législateur, le secteur professionnel concerné a pourtant attiré l’attention sur l’importante différence de traitement en matière d’aide minimale et les prix du marché des certificats verts et des certificats de cogénération ont baissé.

A.1.2.1. Selon le Gouvernement flamand, le recours en annulation est partiellement irrecevable, faute de griefs. En effet, aucun grief ne serait articulé à l'encontre de l'article 10 du décret du 6 mai 2011.

A.1.2.2. La SA « Stora Enso Langerbrugge » observe que l'article 10 du décret du 6 mai 2011 fixe l'entrée en vigueur des dispositions attaquées au jour de leur publication au *Moniteur belge* et exclut donc tout délai transitoire. Un requérant qui a un intérêt à l'annulation d'une disposition matérielle aurait aussi un intérêt à l'annulation de la disposition qui en règle l'entrée en vigueur.

#### *Quant à l'intérêt*

A.2.1. La SA « Stora Enso Langerbrugge » soutient qu'elle justifie de l'intérêt requis. Elle serait personnellement affectée par les dispositions attaquées, étant donné qu'elle est propriétaire d'installations qui sont raccordées au réseau de transmission et que pareilles installations, à la différence des installations raccordées au réseau de distribution, ne peuvent pas bénéficier du prix minimum régional des gestionnaires de réseau. Elle serait directement affectée par l'avantage concurrentiel dont bénéficient, par rapport à elle, les producteurs qui peuvent vendre leurs certificats verts et leurs certificats de cogénération à un prix minimum au gestionnaire de réseau. L'exclusion de la partie requérante du bénéfice de l'aide minimale régionale l'affecterait en outre de manière défavorable. L'intérêt ne serait pas non plus uniquement hypothétique, étant donné que la partie requérante acquerra maintenant et dans les années à venir une grande quantité de certificats verts et de certificats de cogénération mais n'est en aucune manière assurée, en raison de l'effondrement du marché des certificats, d'obtenir un prix de vente qui soit au moins aussi élevé que le prix minimum régional. Son exclusion du système prévu par la disposition attaquée la placerait du reste dans une position de négociation défavorable lors de la vente de ses certificats.

A.2.2.1. Selon le Gouvernement flamand, la partie requérante ne dispose pas de l'intérêt requis. En effet, l'annulation des dispositions attaquées n'aurait pour effet que de faire revivre la réglementation antérieure. Cette réglementation ne prévoyait pas davantage une aide minimale, pour les certificats verts et pour les certificats de cogénération, en faveur des exploitants raccordés au réseau de transmission.

A.2.2.2. Selon la SA « Stora Enso Langerbrugge », la circonstance qu'après une annulation, d'anciennes dispositions qui affecteraient le requérant de manière identique ou même de manière plus défavorable reprennent vie ne porte pas atteinte à l'intérêt du requérant. Ceci ressortirait d'une jurisprudence constante de la Cour.

#### *Quant au premier moyen*

A.3.1. Dans le premier moyen, la SA « Stora Enso Langerbrugge » soutient que les articles 5, 6, 7 et 10 du décret du 6 mai 2011 violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe de la sécurité juridique, avec le principe de la motivation et avec le principe de la confiance légitime, en ce qu'ils accordent le droit à une aide minimale, pour les certificats verts et pour les certificats de cogénération, aux installations raccordées au réseau de distribution mais n'accordent pas ce droit aux installations raccordées au réseau de transmission.

A.3.2. Les deux catégories seraient équivalentes, étant donné que toutes deux sont situées dans la Région flamande, développent et appliquent les mêmes technologies, fournissent de l'électricité et de la chaleur qui sont tout autant durables, sont tout aussi (peu) contraignantes pour les réseaux et sont habituellement entretenues par le même gestionnaire de réseau.

Les installations raccordées au réseau de transmission sont toutefois traitées différemment par rapport aux installations raccordées au réseau de distribution, sur la base du critère de distinction que constitue le niveau de tension.

A.3.3. La SA « Stora Enso Langerbrugge » soutient que la mesure attaquée n'est pas adéquate pour atteindre l'objectif poursuivi, qui est d'encourager la production d'électricité verte en offrant une certaine garantie de rapport pour les certificats verts et pour les certificats de cogénération. La garantie de rapport et la sécurité d'investissement ne seraient toutefois pas assurées par une mesure qui exclut certaines installations produisant de l'électricité verte du bénéfice de l'aide accordée à d'autres installations comparables.

Le défaut de pertinence serait encore mieux attesté par le fait que les articles 7.1.10 et 7.1.11 du décret du 8 mai 2009 sur l'Énergie tiennent compte, dans le calcul du nombre de certificats à rendre par les fournisseurs, non seulement de l'électricité fournie au réseau de distribution mais aussi de l'électricité fournie au réseau de transmission.

A.3.4. Selon la SA « Stora Enso Langerbrugge », la mesure attaquée n'est pas proportionnée, étant donné que la hauteur de l'aide minimale accordée pour les certificats verts et pour les certificats de cogénération dépend non seulement du caractère vert de la technologie de production mais aussi de la tension du réseau. Le préjudice concurrentiel causé aux installations raccordées au réseau de transmission et le défaut de sécurité d'investissement ne sauraient raisonnablement être justifiés par la référence au système de la cascade : en effet, celui-ci a uniquement trait aux tarifs, lesquels doivent être distingués de la politique en matière de soutien à l'énergie renouvelable. Le système de la cascade cause du reste surtout des différences de tarification entre les clients du niveau de distribution et non à l'égard des clients du niveau de transmission.

A.3.5. A titre subsidiaire, la SA « Stora Enso Langerbrugge » soutient que les dispositions attaquées violent le principe de la sécurité juridique, le principe de la confiance légitime et le principe de la motivation, parce que l'autorité flamande a créé l'attente légitime que le système d'aide minimale serait aussi étendu aux installations du niveau de transmission. En effet, un consensus aurait été obtenu le 18 mars 2010, lors d'une réunion entre le secteur, le régulateur flamand (VREG) et l'administration flamande, pour modifier le décret sur l'Énergie sur ce point. Pourtant, dans les dispositions attaquées, le législateur décréte a de nouveau écarté les installations du niveau de transmission du champ d'application de cette réglementation, sans donner de justification à cet égard. Le principe selon lequel le justiciable doit pouvoir se fier aux engagements que l'administration a pris ou aux promesses qu'elle a faites constituerait un principe de bonne administration. En outre, la SA « Stora Enso Langerbrugge » relève que tant le SERV que le « Minaraad » ont recommandé, au cours des travaux préparatoires des dispositions attaquées, de faire disparaître la discrimination en cause et que le régulateur flamand se serait rallié à cette recommandation.

A.3.6. A titre plus subsidiaire, la SA « Stora Enso Langerbrugge » soutient que le principe d'égalité et de non-discrimination est violé par suite d'une lacune législative. En effet, l'exclusion de l'aide minimale pour les certificats des installations au niveau de transmission serait due au fait que le législateur décréte n'a pas réglé cet aspect. Il s'agirait d'une lacune autoréparatrice, parce que rien n'empêcherait la Cour de prononcer l'annulation de telle manière que la disposition attaquée devienne applicable aux exploitants d'installations reliées au réseau de transmission.

A.4.1. Le Gouvernement flamand relève que le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire, de sorte qu'il n'est question d'une violation du principe d'égalité que si la réglementation attaquée est manifestement déraisonnable. Cette liberté politique existerait certainement sur le plan de l'énergie renouvelable, plus précisément sur le plan du soutien jugé nécessaire de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables.

A.4.2. Selon le Gouvernement flamand, ce qui est en cause en l'espèce est un régime de subvention au second degré, étant donné que l'achat forcé des certificats par le gestionnaire du réseau à un prix minimum n'est favorable que dans la mesure où le prix du marché de ces certificats n'est pas supérieur à ce prix minimum. L'autorité publique disposerait également d'une liberté politique particulièrement étendue en ce qui concerne le subventionnement, parce que la subvention ne vise pas seulement à financer une initiative privée mais poursuit aussi un objectif social. Dans sa politique de subventionnement, le législateur décréte doit tenir compte de restrictions budgétaires impératives.

A.4.3. Le Gouvernement flamand observe qu'en vertu de l'article 14 de l'arrêté royal du 16 juillet 2002 relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables, les producteurs raccordés au réseau de transmission peuvent invoquer une obligation similaire du gestionnaire du réseau de transmission. Le Gouvernement flamand ajoute cependant que le législateur fédéral n'était pas compétent pour mettre cette réglementation sur pied.

A.4.4. Selon le Gouvernement flamand, le raccordement au réseau de distribution ou au contraire au réseau de transmission n'est pas sans conséquences. Vu la cascade des tarifs et la circonstance que les coûts de transmission sont également répercutés sur les coûts d'utilisation du réseau de distribution, les clients du réseau à basse tension supportent environ 80 % des coûts, tandis que les utilisateurs du réseau de transmission participent aux coûts dans une mesure bien moindre. Pour cette raison, il ne serait pas manifestement déraisonnable que le législateur décréte n'ait pas prévu, en faveur des exploitants raccordés au réseau de transmission, une

réglementation en matière de valeur minimale des certificats verts et des certificats de cogénération. En effet, l'aide minimale est basée sur ce qui est appelé la « partie non rentable », à savoir le niveau d'aide qui, compte tenu des autres primes et allocations, est nécessaire pour offrir à l'investisseur potentiel en énergie renouvelable un rendement raisonnable. Les tarifs à payer auraient une incidence sur la partie non rentable. En outre, l'obligation pour le gestionnaire du réseau de transmission d'acheter les certificats entraînerait aussi, vu le système de la cascade, des coûts supplémentaires pour les gestionnaires du réseau de distribution. En fin de compte, ce coût serait facturé à l'utilisateur final. Enfin, ce sont surtout les producteurs industriels d'électricité verte qui sont suffisamment importants pour être directement raccordés au réseau de transmission, de sorte que l'obligation pour le gestionnaire du réseau de transmission d'acheter leurs certificats aurait un grand impact sur les tarifs de transmission et de distribution.

A.4.5. Selon le Gouvernement flamand, le principe de la sécurité juridique et le principe de la confiance légitime ne seraient pas violés, étant donné qu'une violation de ces principes supposerait qu'une réglementation antérieure n'aurait, à tort, pas été maintenue à titre transitoire. Pareille réglementation n'existe toutefois pas en l'espèce. Les promesses faites par l'administration ne sauraient par ailleurs engager le législateur décentral.

A.4.6. Il n'est pas question non plus, selon le Gouvernement flamand, d'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination par suite d'une lacune législative. Ces griefs ne constitueraient qu'une paraphrase de la violation précédemment alléguée de ce principe. En outre, le Gouvernement flamand souligne que la Cour ne peut annuler que des normes législatives, mais qu'elle n'est pas compétente pour remédier au silence de la loi. En l'espèce, il ne serait d'ailleurs pas question d'une lacune autoréparatrice, étant donné qu'il n'est pas possible de formuler l'annulation d'une manière suffisamment précise et complète. En outre, le mode de calcul des prix minimaux aboutirait à un résultat différent pour l'injection au niveau de la transmission, par rapport à l'injection au niveau de la distribution. Au cas où la Cour constaterait une discrimination, la déclaration d'inconstitutionnalité doit par conséquent se limiter au constat de l'absence d'une réglementation en ce qui concerne le gestionnaire du réseau de transmission.

A.4.7. A titre subsidiaire, le Gouvernement flamand expose que s'il y a lieu d'annuler une des dispositions attaquées, il doit être fait application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. En effet, une annulation non modulée ferait naître une insécurité juridique pour les gestionnaires des réseaux de distribution qui, sur la base des dispositions attaquées, ont déjà payé l'aide minimale et pour les producteurs qui, sur la base des dispositions attaquées, ont déjà reçu l'aide minimale. Une éventuelle annulation ne pourrait avoir pour effet que l'aide minimale accordée doive être remboursée et que les parties qui se sont fondées de bonne foi sur la disposition annulée soient mises en difficulté. Le Gouvernement flamand suggère une période de deux ans au moins après l'arrêt d'annulation.

#### *Quant au second moyen*

A.5.1. Dans le second moyen, la SA « Stora Enso Langerbrugge » soutient que les articles 38 et 39 du décret du 8 juillet 2011 violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec le principe de la sécurité juridique, avec le principe de la motivation et avec le principe de la confiance légitime, en ce qu'ils étendent le système de l'aide minimale pour les certificats verts et les certificats de cogénération aux installations raccordées aux réseaux de distribution fermés mais ne l'étendent pas aux installations raccordées au réseau de transmission.

L'exposé du second moyen par la SA « Stora Enso Langerbrugge » est identique à celui du premier moyen.

A.5.2. Le Gouvernement flamand a traité ensemble le premier et le second moyen.

- B -

B.1.1. Les dispositions attaquées modifient les articles 7.1.6 et 7.1.7 du décret de la Région flamande du 8 mai 2009 portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie (ci-après : le décret sur l'Energie) sur différents points. Après ces modifications, les dispositions en question énoncent :

« Art. 7.1.6. § 1er. Les gestionnaires du réseau octroient une aide minimale pour la production d'électricité de sources d'énergie renouvelables, provenant d'installations raccordées à leur réseau et sur les réseaux de distribution fermés connectés à leur réseau, dans la mesure où le producteur même le demande. Comme preuve de sa production d'électricité de sources d'énergie renouvelables, le producteur transfère le nombre correspondant de certificats d'écologie électrique au gestionnaire du réseau concerné.

Un certificat d'énergie écologique ne peut être transféré qu'une seule fois à un gestionnaire de réseau. Aucune aide ne peut être octroyée pour l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables pour laquelle le certificat d'électricité écologique concerné ne peut être accepté dans le cadre de l'article 7.1.10. Pour chaque installation d'énergie solaire pour laquelle il résulte du rapport de l'examen de conformité ou du contrôle des installations techniques, tels que définis au règlement général sur les Installations électriques, que celle-ci a été installée en grande partie en 2009 mais n'était pas encore opérationnelle, et pour laquelle il résulte d'un deuxième contrôle avant le 1er mars 2010 qu'elle est entièrement installée, et n'a pas de capacité augmentée par rapport au contrôle premier, la date de ce premier contrôle est considérée comme date de mise en service.

L'aide minimale est fixée en fonction de la source d'énergie renouvelable utilisée et la technologie de production utilisée.

Pour des installations mises en service avant le 1er janvier 2010, l'aide minimale s'élève :

1° pour l'énergie solaire : à 450 euros par certificat transféré;

2° pour l'énergie hydroélectrique, l'énergie marémotrice et houlomotrice et l'énergie géothermique : à 95 euros par certificat transféré;

3° pour l'énergie éolienne à terre et pour des substances organo-biologiques en appliquant oui ou non la co-incinération, pour la fermentation de substances organo-biologiques en décharges, et pour la partie organo-biologique des déchets : à 80 euros par certificat transféré. Pour le biogaz provenant de la fermentation de flux principalement relatés aux engrais et/ou à l'horticulture et à l'agriculture, et biogaz provenant de la fermentation LFJ avec compostage : à 100 euros par certificat transféré.

Pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2010, l'aide minimale s'élève :

1° pour l'énergie hydroélectrique, l'énergie marémotrice et houlomotrice, pour l'énergie géothermique, pour l'énergie éolienne à terre, pour la biomasse solide ou liquide, les déchets de biomasse et le biogaz, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas repris sous 2° : à 90 euros par certificat transféré;

2° pour le gaz de décharge, le biogaz provenant de la fermentation des (boues d'épuration des) eaux usées ou (des boues) de l'épuration des eaux des égouts et pour l'incinération des déchets résiduels : à 60 euros par certificat transféré;

3° pour d'autres techniques : à 60 euros par certificat transféré;

4° pour les installations au biogaz qui ne sont pas mentionnées dans l'alinéa cinq, 2° : à 90 euros par certificat transféré. Pour le biogaz provenant de la fermentation de flux principalement relatés aux engrais et/ou à l'horticulture et à l'agriculture, et biogaz provenant de la fermentation LFJ avec compostage :

a) lorsque ces installations ont été mises en service avant le 1er janvier 2012 : à 100 euros par certificat transféré;

b) lorsque ces installations ont été mises en service après le 1er janvier 2012 et lorsqu'une prime écologique leur a été accordée : à 100 euros par certificat transféré;

c) lorsque ces installations ont été mises en service après le 1er janvier 2012 et lorsqu'aucune prime écologique ne leur a été accordée : à 110 euros par certificat transféré;

5° l'aide minimale pour l'énergie solaire par certificat transféré s'élève :

a) pour les installations mises en service pendant l'année 2010 : à 350 euros;

b) pour les installations ayant une puissance de pointe d'au maximum 250 kW :

1) pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2011 jusqu'au 30 juin 2011 compris : à 330 euros;

2) pour les installations mises en service à partir du 1er juillet 2011 jusqu'au 30 septembre 2011 compris : à 300 euros;

3) pour les installations mises en service à partir du 1er octobre 2011 jusqu'au 31 décembre 2011 compris : à 270 euros;

4) pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2012 jusqu'au 31 mars 2012 compris : à 250 euros;

5) pour les installations mises en service à partir du 1er avril 2012 jusqu'au 30 juin 2012 compris : à 230 euros;

6) pour les installations mises en service à partir du 1er juillet 2011 jusqu'au 31 décembre 2012 compris : à 210 euros;

7) pour les installations mises en service pendant l'année 2013 : à 190 euros;

- 8) pour les installations mises en service pendant l'année 2014 : à 150 euros;
  - 9) pour les installations mises en service pendant l'année 2015 : à 110 euros;
  - 10) pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2016 : à 90 euros;
- c) pour les installations ayant une puissance de pointe de plus de 250 kW :
- 1) pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2011 jusqu'au 30 juin 2011 compris : à 330 euros;
  - 2) pour les installations mises en service à partir du 1er juillet 2011 jusqu'au 30 septembre 2011 compris : à 240 euros;
  - 3) pour les installations mises en service à partir du 1er octobre 2011 jusqu'au 31 décembre 2011 compris : à 150 euros;
  - 4) pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2012 : 90 euros.

Si une installation d'énergie solaire est agrandie pendant une période qui donne droit à une aide minimale autre que l'aide minimale à la date de la mise service d'installation originale ou de l'extension précédente, un compteur de production et un transformateur séparés doivent être installés pour mesurer la production des panneaux solaires ajoutés. L'aide minimale pour les certificats d'électricité écologique octroyée pour la production à l'aide de ces panneaux solaires supplémentaires est égale à l'aide minimale à la date de la mise en service de l'extension de l'installation.

L'obligation visée à l'alinéa premier, prend cours à la mise en service d'une nouvelle installation de production et s'applique pendant une période de 10 ans. Pour les installations existantes et nouvelles de fermentation LFJ avec postcompostage, cette obligation s'applique pendant une période de vingt ans à partir de la mise en service. Dans le cas d'énergie solaire l'obligation s'applique pour des installations mises en service à partir du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2012 inclus et s'applique pendant une période de vingt ans. Pour des installations d'énergie solaire mises en service à partir du 1er janvier 2013 l'obligation s'étend sur une période de quinze ans à moins que le Gouvernement flamand décide autrement sur la base d'un rapport d'évaluation qui est communiqué au Gouvernement flamand et au Parlement flamand.

Par dérogation à l'alinéa précédent, les nouvelles installations de productions qui doivent disposer d'une autorisation urbanistique et d'une autorisation écologique, peuvent bénéficier de l'aide minimale applicable au moment de l'obtention de la dernière de ces autorisations et moyennant la mise en service de l'installation dans les trois années suivant l'octroi de cette autorisation.

§ 2. Les gestionnaires de réseau lancent régulièrement les certificats transférés à eux, sur le marché afin de récupérer les frais liés à l'obligation, visée au § 1er. La VREG assure la transparence et la régularité de la vente de ces certificats par les gestionnaires de réseau.



Les listes des certificats transférés et des certificats lancés sur le marché par les gestionnaires de réseau sont communiquées mensuellement à la VREG par les gestionnaires de réseau.

A partir de l'année 2010 les gestionnaires de réseau, à l'exception du gestionnaire de réseau qui a également été désigné en tant que gestionnaire de réseau de transmission conformément à la Loi fédérale sur l'électricité, règlent entre eux chaque année dans l'année n le coût de l'obligation, visée au § 1er, au prorata des quantités d'électricité distribuée dans l'année n-1. Le coût à répartir est limité par gestionnaire de réseau à un pourcentage du budget de distribution, qui correspond à la part que représente le coût de l'obligation pour tous les gestionnaires de réseau ensemble dans le budget total de distribution, plus 5 %.

§ 3. Au cas où l'aide, visée au § 1er, ne serait plus octroyée suite à une décision des autorités flamandes, le Gouvernement flamand répare les dommages subis pour des installations existantes.

Art. 7.1.7. § 1er. Les gestionnaires de réseau octroient une aide minimale pour la production d'électricité qui est produite à partir d'installations de cogénération qualitative raccordées à leur réseau et sur les réseaux de distribution fermés connectés à leur réseau, dans la mesure où le producteur même le demande. Comme preuve de sa production d'électricité à partir de cogénération qualitative, le producteur transfère le nombre correspondant de certificats de cogénération au gestionnaire de réseau concerné.

Un certificat de cogénération ne peut être transféré à un gestionnaire de réseau qu'une seule fois. Aucune aide ne peut être octroyée pour l'électricité à partir de cogénération qualitative pour laquelle le certificat de cogénération en question ne peut être accepté dans le cadre de l'article 7.1.11.

L'aide minimale s'élève à 27 euros par certificat de cogénération transféré. Pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2012, l'aide minimale s'élève à 31 euros par certificat de cogénération.

L'obligation visée au premier alinéa ne s'applique qu'aux installations de chaleur-force pour lesquelles la demande de certificat est introduite après le 30 juin 2006 et s'étale sur une période de dix ans à partir de la mise en service de l'installation de chaleur-force.

§ 2. Les gestionnaires de réseau lancent régulièrement les certificats de cogénération transférés à eux, sur le marché afin de récupérer les frais liés à l'obligation, visée au § 1er. La VREG assure la transparence et la régularité de la vente de ces certificats par les gestionnaires de réseau.

Les listes des certificats de cogénération transférés et des certificats de cogénération lancés sur le marché par les gestionnaires de réseau, sont communiquées mensuellement à la VREG par les gestionnaires de réseau.

A partir de l'année 2010 les gestionnaires de réseau, à l'exception du gestionnaire de réseau qui a également été désigné en tant que gestionnaire de réseau de transmission conformément à la Loi fédérale sur l'électricité, règlent entre eux chaque année dans l'année n le coût supplémentaire de l'obligation, visée au § 1er, au prorata des quantités d'électricité distribuées dans l'année n-1. Le coût à répartir est limité par gestionnaire de réseau à un

pourcentage du budget de la distribution, qui correspond à la partie que représente le coût de l'obligation pour tous les gestionnaires de réseau concernés dans le budget total de distribution, plus 5 %.

§ 3. Au cas où l'aide, visée au § 1er, ne serait plus octroyée suite à une décision des autorités flamandes, le Gouvernement flamand répare les dommages subis pour des installations existantes.

§ 4. Au cas où la valeur marchande des certificats de cogénération diminue suite à une décision du Gouvernement flamand à moins de 27 euros, le Gouvernement flamand dédommage le préjudice subi pour les installations de cogénération qualitative raccordées au réseau de transmission qui sont en service depuis moins de dix ans ».

B.1.2. Ces dispositions visent à assurer aux producteurs d'énergie renouvelable un certain rapport garanti des certificats verts (article 7.1.6) et des certificats de cogénération (article 7.1.7) qui leur sont accordés. A cette fin, elles imposent aux gestionnaires de réseau de racheter ces certificats à un prix minimum, si les producteurs en font la demande. Elles ont ainsi pour objectif de donner une impulsion à la production d'énergie renouvelable.

B.1.3. Bien que les dispositions attaquées des décrets du 6 mai 2011 et du 8 juillet 2011 aient une portée analogue à celle des articles 7.1.6 et 7.1.7 du décret sur l'Energie, le législateur décrétoal, en adoptant les dispositions attaquées, a manifesté sa volonté de légiférer à nouveau. Il a maintenu, dans les dispositions attaquées, la différence de traitement dénoncée, qui découlait déjà du décret sur l'Energie et même du décret du 7 mai 2004 « modifiant le décret sur l'électricité du 17 juillet 2000, en ce qui concerne le système des certificats d'électricité écologique, et portant interprétation de l'article 37, § 2, du même décret ». Il s'est de la sorte approprié le contenu de la mesure attaquée et cette mesure peut être contestée devant la Cour dans le délai légal.

B.1.4. La Cour doit déterminer l'étendue du recours à partir du contenu de la requête. L'examen du recours est limité aux dispositions attaquées dans la mesure où elles concernent la partie requérante et pour autant que celle-ci invoque des griefs contre ces dispositions.

La partie requérante invoque uniquement des griefs contre les articles 5, 6 et 7 du décret du 6 mai 2011 et contre les articles 38 et 39 du décret du 8 juillet 2011 mais non contre

l'article 10 du décret du 6 mai 2011. La Cour limite par conséquent son examen aux articles 5, 6 et 7 du décret du 6 mai 2011 et aux articles 38 et 39 du décret du 8 juillet 2011.

### *Quant à l'intérêt*

B.2. La partie requérante produit de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et a pour cela droit à des certificats verts et à des certificats de cogénération. Etant donné qu'elle injecte l'électricité qu'elle produit dans le réseau de transmission, elle a un intérêt à attaquer une réglementation décrétole qui limite le droit à l'aide minimale, pour de tels certificats, aux producteurs qui injectent leur énergie renouvelable dans le réseau de distribution.

Le fait qu'une annulation éventuelle rendrait vigueur à des dispositions qui limiteraient tout autant sinon davantage les possibilités de la partie requérante que ne le font les dispositions décrétoles attaquées n'y change rien. En effet, la partie requérante recouvre une chance de voir régir plus favorablement sa situation.

### *Quant au fond*

B.3. Le premier moyen est dirigé contre les articles 5, 6 et 7 du décret du 6 mai 2011, tandis que le second moyen est dirigé contre les articles 38 et 39 du décret du 8 juillet 2011. Les deux normes attaquées modifient toutefois les mêmes dispositions du décret sur l'Energie. En outre, les deux moyens sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec « le principe de la sécurité juridique, avec le principe de la motivation et avec le principe de la confiance légitime ». Les arguments invoqués à l'appui des deux moyens sont également identiques. Par conséquent, la Cour examine les deux moyens ensemble.

B.4.1. Les articles 7.1.6 et 7.1.7 du décret sur l'Energie disposent que l'aide minimale est payée par les « gestionnaires du réseau » et ce, pour la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables générée dans des installations « raccordées à leur réseau et sur les réseaux de distribution fermés connectés à leur réseau ».

L'article 1.1.3, 90°, du décret sur l'Energie définit un gestionnaire de réseau comme « un gestionnaire de réseau de distribution d'électricité, un gestionnaire de réseau de distribution de gaz naturel ou le gestionnaire du réseau de transport local d'électricité ». Il découle de cette définition que l'obligation de payer l'aide minimale ne pèse pas sur le gestionnaire du réseau de transmission.

B.4.2. Ainsi, les producteurs d'énergie renouvelable qui injectent l'énergie qu'ils produisent dans le réseau de transmission sont traités différemment des producteurs d'énergie renouvelable qui injectent l'énergie qu'ils produisent dans le réseau de distribution ou dans un réseau de distribution fermé, aucune forme d'aide minimale n'étant prévue pour la première catégorie de personnes citée.

B.4.3. Le réseau de distribution d'électricité est défini par l'article 1.1.3, 32°, du décret sur l'Energie comme l' « ensemble de conduites électriques mutuellement reliées ayant une tension nominale égale ou inférieure à 70 kilovolts et les installations y afférentes, nécessaires pour la distribution d'électricité à des clients au sein d'une zone géographiquement délimitée dans la Région flamande, qui n'est pas un réseau de distribution fermé, un réseau de distribution privé ou une ligne directe ».

Pour une définition du réseau de transmission, l'article 1.1.3, 125°, du décret sur l'Energie renvoie à l'article 2, 7°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. En vertu de cette disposition, le réseau de transmission est « le réseau national de transport d'électricité à très haute tension et à haute tension interconnecté aux fins de fourniture à des clients finals ou à des gestionnaires de réseau de distribution, mais ne comprenant pas la fourniture, qui comprend les lignes aériennes, câbles souterrains et installations servant au transport d'électricité échangée de pays à pays liés par une interconnexion, au transport de l'électricité échangée par les producteurs, les clients finals et les gestionnaires de réseau de distribution établis en Belgique, et au transport de l'électricité échangée sur le réseau situé dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction, ainsi qu'à l'interconnexion entre centrales électriques et entre réseaux électriques ».

Le critère de distinction entre les deux catégories d'installations qui produisent de l'énergie renouvelable est par conséquent le fait qu'elles soient raccordées à un réseau dont la tension est inférieure à 70 kilovolts (réseau de distribution) ou supérieure à 70 kilovolts (réseau de transmission).

B.4.4. Les installations qui sont raccordées au réseau de distribution ne diffèrent toutefois pas fondamentalement des installations qui sont raccordées au réseau de transmission. En effet, les deux sortes d'installations sont situées dans la Région flamande, produisent de l'énergie renouvelable sur la base des mêmes technologies et produisent par conséquent une énergie qui est tout aussi durable.

B.5.1. Pour justifier la différence de traitement, le Gouvernement flamand attire l'attention sur la « cascade des tarifs » établie par l'article 18, 2°, c), de l'arrêté royal du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire générale et aux principes de base et procédures en matière de tarifs de raccordement aux réseaux de distribution et d'utilisation de ceux-ci, de services auxiliaires fournis par les gestionnaires de ces réseaux et en matière de comptabilité des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité.

Le système de la cascade suppose que les niveaux de tension les plus bas ont besoin des niveaux de tension plus élevés, alors que l'inverse n'est pas vrai. Pour cette raison, une partie des coûts de transmission doit être répercutée sur les coûts d'utilisation du réseau de distribution et doit dès lors être incorporée dans les tarifs du gestionnaire du réseau de distribution. Par conséquent, les exploitants d'installations qui injectent l'énergie qu'ils produisent dans le réseau de distribution payent des rétributions plus élevées que les exploitants d'installations qui injectent l'énergie qu'ils produisent dans le réseau de transmission.

B.5.2. Bien que ce système, dans la mesure où il joue un rôle, puisse justifier que l'aide minimale accordée pour l'énergie renouvelable injectée dans le réseau de transmission soit inférieure à celle qui est accordée pour l'énergie renouvelable injectée dans le réseau de distribution, il ne peut justifier qu'aucun droit à une aide minimale n'existe pour l'énergie renouvelable injectée dans le réseau de transmission.

B.5.3. Les moyens sont fondés en ce qu'ils sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Les articles 5, 6 et 7 du décret du 6 mai 2011 et les articles 38 et 39 du décret du 8 juillet 2011 doivent être annulés.

*Quant au maintien des effets*

B.6. L'inconstitutionnalité constatée ne porte pas sur le texte même des articles 7.1.6 et 7.1.7 du décret sur l'Energie, dans la mesure où ceux-ci prévoient une aide minimale pour l'énergie renouvelable injectée dans le réseau de distribution ou dans des réseaux de distribution fermés, mais sur l'absence d'une aide minimale comparable pour la production d'électricité générée à partir de sources d'énergie renouvelables dans des installations qui sont raccordées au réseau de transmission.

Comme l'observe à juste titre le Gouvernement flamand, l'insécurité juridique qui découlerait en l'espèce d'une annulation non modulée doit être évitée. En effet, pareille annulation pourrait avoir pour conséquence que les gestionnaires du réseau de distribution qui ont payé l'aide minimale sur la base des dispositions attaquées auraient effectué un paiement indu et que certains producteurs qui ont reçu l'aide minimale sur la base des dispositions attaquées pourraient être confrontés à une action en répétition.

Par conséquent, les effets des dispositions annulées doivent être maintenus jusqu'au moment où le législateur décrétera aura fait entrer en vigueur une nouvelle réglementation de cette matière, et au plus tard jusqu'au 1er juillet 2013.

Par ces motifs,

la Cour

- annule les articles 5, 6 et 7 du décret de la Région flamande du 6 mai 2011 « modifiant le décret relatif à l’Energie du 8 mai 2009 » et les articles 38 et 39 du décret de la Région flamande du 8 juillet 2011 « portant modification de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d’énergie électrique et du décret Energie du 8 mai 2009, concernant la transposition de la directive 2009/72/CE et de la directive 2009/73/CE » en ce que les obligations qu’ils contiennent ne s’appliquent pas de manière comparable au gestionnaire du réseau de transmission;

- maintient les effets des dispositions annulées jusqu’au moment où le législateur décrétera aura fait entrer en vigueur une nouvelle réglementation de cette matière, et au plus tard jusqu’au 1er juillet 2013.

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 30 octobre 2012.

Le greffier,

Le président,

F. Meersschaut

M. Bossuyt