

Numéro du rôle : 3887
Arrêt n° 193/2006 du 5 décembre 2006

A R R E T

---

*En cause* : le recours en annulation de l'article 62 (production d'électricité à partir des vents dans les espaces marins) de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, introduit par l'ASBL « EDORA » et autres.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents M. Melchior et A. Arts, et des juges R. Henneuse, M. Bossuyt, J.-P. Snappe, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Melchior,

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 30 janvier 2006 et parvenue au greffe le 31 janvier 2006, un recours en annulation de l'article 62 (production d'électricité à partir des vents dans les espaces marins) de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (publiée au *Moniteur belge* du 29 juillet 2005, troisième édition) a été introduit par l'ASBL « EDORA – Fédération de l'électricité d'origine renouvelable et alternative », dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, rue de la Révolution 7, l'ASBL « Association pour la promotion des énergies renouvelables » (APERe), dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, rue de la Révolution 7, la SA « Air Energy », dont le siège social est établi à 1300 Wavre, avenue Pasteur 6, bâtiment H, la SA « Merytherm », dont le siège social est établi à 4130 Méry-Tilff, Promenade du Déversoir 26, la SA « Promeole », dont le siège social est établi à 5640 Mettet, rue Saint Donat 15, la SPRL « Renewable Power Company », dont le siège social est établi à 6680 Amberloup, route de Libramont 17, et B. Pevee, demeurant à 4607 Dalhem, rue Fernand Henroteaux 41.

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire, les parties requérantes ont introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 4 octobre 2006 :

- ont comparu :
  - . Me D. Brusselmans, avocat au barreau de Namur, pour les parties requérantes;
  - . Me M. Vanderhelst, qui comparaisait également *loco* Me P. Hofströssler, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs R. Henneuse et E. Derycke 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 d'arbitrage relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *En droit*

- A -

*Quant à l'intérêt des parties requérantes*

A.1.1. La première partie requérante est une fédération professionnelle indépendante qui a pour but de promouvoir et de défendre les intérêts de la filière de l'électricité produite à partir de sources d'énergie

renouvelables (filière E-SER); elle couvre plus de 90 p.c. de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables en Wallonie et à Bruxelles.

La deuxième partie requérante est une association qui a pour but la promotion des énergies renouvelables.

Les troisième, cinquième et sixième parties requérantes sont des sociétés qui sont à l'origine de différents projets de parcs éoliens en Wallonie. La septième partie requérante est une personne physique qui est également à l'origine d'un projet de parc éolien en Wallonie.

La quatrième partie requérante est une société productrice d'électricité qui utilise l'énergie hydraulique en Wallonie.

A.1.2. Les parties requérantes justifient leur intérêt à agir par leur qualité d'opérateurs dans le domaine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, objet de la disposition attaquée.

Elles estiment que la disposition attaquée est susceptible de créer un déséquilibre de concurrence et de les discriminer par rapport aux producteurs d'électricité qui peuvent bénéficier de la disposition attaquée, à savoir les producteurs d'électricité produite à partir d'éoliennes situées dans la mer territoriale, habituellement qualifiées d'éoliennes « off-shore ».

A.2.1. Dans son mémoire, le Conseil des ministres estime que les parties requérantes n'ont aucun intérêt au premier moyen, en ce qui concerne les mesures introduites aux paragraphes 2 et 4 de l'article 7 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, puisque ces mesures ne sont susceptibles de concerner que des exploitants d'éoliennes off-shore. Pour le surplus, les critiques adressées à la disposition attaquée relèvent de considérations de politique générale, les requérants se bornant à contester l'opportunité de la politique suivie par des organes démocratiquement élus.

A.2.2. Par ailleurs, le Conseil des ministres estime que la quatrième partie requérante, qui est active dans le domaine de la production d'électricité d'origine hydraulique, n'est pas dans une situation comparable à la production d'électricité d'origine éolienne, et ne justifie dès lors pas d'un intérêt au recours.

A.3.1. Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes constatent que la contestation du Conseil des ministres ne porte que sur l'intérêt au premier moyen, et non sur l'intérêt au recours.

Par ailleurs, le premier moyen porte sur le financement discriminatoire du câble de raccordement et non sur les caractéristiques (sous-marin ou non) de ce câble. Et si les parcs éoliens situés à l'intérieur des terres (habituellement qualifiés d'« on-shore ») ne sont pas éloignés de plus d'une vingtaine de kilomètres du réseau électrique existant, c'est en raison de l'absence de rentabilité de pareil projet, notamment en l'absence de cofinancement du câble.

Enfin, les parties requérantes ne critiquent pas l'opportunité d'une politique, mais la différence de traitement instaurée entre les installations éoliennes off-shore et les autres modes de production d'électricité de la filière E-SER, en particulier les éoliennes on-shore. Les deux premières parties requérantes sont d'ailleurs appelées à promouvoir l'énergie renouvelable, tant off-shore qu'on-shore.

A.3.2. En ce qui concerne l'intérêt de la quatrième partie requérante, il convient de rappeler qu'il n'existe qu'un seul marché de l'électricité, qu'il s'agisse du marché physique (énergie électrique) ou du marché virtuel (certificats verts).

Puisque la réglementation actuellement en vigueur prévoit un système de reconnaissance automatique en Wallonie des certificats verts émanant de l'Etat fédéral et des autres régions, l'impact du mécanisme prévu par la disposition attaquée pour le seul projet de parc éolien off-shore présente un risque de déséquilibre manifeste au détriment de tous les producteurs d'électricité wallons de la filière E-SER, en ce compris la production d'électricité à partir d'énergie hydraulique, ce qui établit donc l'intérêt au recours de la quatrième partie requérante.

A.4.1. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime, en ce qui concerne l'intérêt au premier moyen pour l'article 7, §§ 2 et 4, de la loi du 29 avril 1999, que les parties requérantes omettent l'importance du caractère sous-marin du raccordement des éoliennes off-shore, situées à plus de vingt kilomètres

du réseau électrique, contrairement aux éoliennes on-shore qui peuvent s'installer, à moindres coûts, près du réseau électrique.

A.4.2. En ce qui concerne l'intérêt de la quatrième partie requérante, le Conseil des ministres estime que l'argumentation développée par les parties requérantes concerne bien plus une éventuelle discrimination entre éoliennes off-shore et éoliennes on-shore qu'un déséquilibre potentiel pour le marché des certificats verts, de sorte qu'une société productrice d'électricité à partir de l'énergie hydraulique ne justifie pas d'un intérêt au recours.

#### *Quant au fond*

##### *En ce qui concerne le premier moyen*

A.5.1. Les parties requérantes développent un premier moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 11, paragraphe 7, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, et de la violation des règles de répartition des compétences respectives de l'Etat et des régions, en particulier des articles 39 et 134 de la Constitution et de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

A.5.2. En instaurant une plage de tolérance relative aux écarts de production (le *balancing*), l'article 7, § 3, de la loi précitée du 29 avril 1999, tel qu'il a été modifié par la disposition attaquée, vise à limiter le surcoût des déséquilibres relatifs à la production des éoliennes off-shore, alors que pareil mécanisme n'est prévu ni pour les éoliennes on-shore ni pour les autres modes de production d'énergie renouvelable, sans que cette différence de traitement soit raisonnablement justifiée.

Dans le domaine des tarifications qui intègrent le coût du *balancing*, l'autorité fédérale est en effet seule compétente pour toutes les productions d'électricité et ne peut les discriminer.

Par ailleurs, en ce qui concerne le problème de la rentabilité et l'imprévisibilité qui frapperait les installations off-shore, les parties requérantes constatent que la prévisibilité de la production dépend essentiellement des outils de prédiction du vent, qui sont exactement les mêmes pour l'off-shore et pour l'on-shore, identiques au niveau du fonctionnement, et que les petites différences techniques existant entre éoliennes off-shore et on-shore ne sont pas susceptibles de justifier une différence de traitement. Au contraire, la régularité et la meilleure qualité du vent en mer sont de nature à conduire à une plus grande stabilité et prévisibilité de la production d'énergie éolienne off-shore par rapport à l'énergie éolienne on-shore. Enfin, d'autres modes d'énergie qui souffrent de cette imprévisibilité caractéristique des sources d'énergie fluctuantes, sont aussi discriminés par la disposition attaquée.

A.5.3. En ce qui concerne l'intervention dans le coût de raccordement, il est cohérent que le législateur prévoie un financement public, au moins partiel, du raccordement des installations de production d'énergie au réseau. Cependant, il est de la compétence du pouvoir fédéral d'intégrer dans les obligations de service public du gestionnaire de réseau la contribution au financement du raccordement, non seulement des éoliennes off-shore, mais également de toutes les installations de production d'électricité de sources renouvelables, ces installations étant considérées comme d'utilité publique.

Enfin, il n'existe aucun motif technique ou économique qui puisse expliquer la limitation du bénéfice des dispositions attaquées aux projets off-shore d'une puissance de 216 MW maximum, ce qui crée une discrimination injustifiable. Selon les parties requérantes, le dimensionnement des dispositions attaquées traduit au contraire la volonté du législateur de créer un cadre légal sur mesure pour le projet off-shore déposé par la société « C-POWER ».

Par ailleurs, il n'est pas clairement stipulé si le seuil de 216 MW concerne la totalité de l'électricité produite par l'énergie éolienne off-shore ou si elle doit être considérée par concession domaniale. La question de la discrimination injustifiée se pose donc en fonction de l'interprétation incertaine à donner à la disposition attaquée.

A.6.1. Dans son mémoire, le Conseil des ministres rappelle que la disposition attaquée se situe dans un contexte international et politique en matière d'encouragement de certaines sources d'énergie renouvelables et

que les éoliennes off-shore relèvent entièrement de la compétence de l'autorité fédérale, alors que les éoliennes on-shore ne relèvent que partiellement de sa compétence.

A.6.2. La différence de financement entre les éoliennes off-shore et les éoliennes on-shore n'est pas discriminatoire, puisqu'elles constituent des catégories qui, d'un point de vue technique, ne sont pas dans une situation comparable, les éoliennes on-shore ne nécessitant pas un câble sous-marin pour être reliées au réseau, contrairement aux éoliennes off-shore.

A supposer même que ces éoliennes soient comparables, la différence de traitement repose sur un critère objectif et pertinent puisque le coût des installations d'éoliennes off-shore, notamment en raison de leur éloignement et de leur isolement (à plus de vingt kilomètres des côtes), est bien plus élevé que pour les éoliennes on-shore.

En ce qui concerne la critique portant sur le seuil de 216 MW, la différence de traitement ne concerne que les éoliennes off-shore et l'intervention ne pouvant être illimitée, il n'était donc pas déraisonnable d'instaurer un plafond.

Enfin, en ce qui concerne la suggestion d'une éventuelle mise à charge du gestionnaire du réseau du financement du raccordement des installations de production d'électricité de sources d'énergie renouvelables, il n'appartient pas aux parties requérantes d'apprécier l'opportunité de mesures à prendre ou d'en suggérer au législateur.

A.6.3. La distinction quant aux écarts de production entre éoliennes off-shore et éoliennes on-shore repose également sur un critère objectif, à savoir, comme les travaux préparatoires l'ont souligné, l'imprévisibilité renforcée de la production caractéristique des éoliennes off-shore.

Et à supposer que les éoliennes off-shore soient comparables aux éoliennes on-shore, l'article 61 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses a également modifié l'article 4 de la loi précitée du 29 avril 1999, de sorte que des conditions particulières en matière d'écarts de production sont également envisagées pour les autres sources d'énergie renouvelables, telle que les éoliennes on-shore, mais ces conditions seront déterminées par le Roi. Le Conseil des ministres estime qu'on peut dès lors appliquer le raisonnement suivi dans l'arrêt n° 33/97 pour conclure que cette situation n'est pas discriminatoire.

A titre subsidiaire, la mesure de *balancing* pour les installations off-shore relève de l'entière compétence de l'autorité fédérale, alors que pour les installations on-shore, elle aurait eu un impact sur la compétence des régions et aurait dû faire l'objet d'une concertation. Cette mesure, pour le surplus, est justifiée par l'imprévisibilité renforcée de la production caractéristique des éoliennes off-shore.

A.7.1. Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes rappellent qu'elles n'ont jamais contesté la compétence de l'Etat fédéral en la matière, mais qu'elles critiquent un exercice discriminatoire de cette compétence.

Par ailleurs, aucune comparaison entre les coûts de raccordement des éoliennes off-shore et des éoliennes on-shore n'a été effectuée en termes de puissance et de rendement, et il n'est nullement démontré que l'imprévisibilité frappe davantage les éoliennes off-shore que les éoliennes on-shore.

Si un régime de financement similaire à celui prévu dans la disposition critiquée pouvait s'appliquer au parc éolien on-shore, la rentabilité de l'infrastructure pourrait devenir comparable à celle des installations off-shore bénéficiant du financement.

Enfin, l'existence d'un seul marché de l'électricité en Belgique est également un élément déterminant qui justifie un traitement non discriminatoire des éoliennes off-shore et on-shore, la mesure risquant de porter atteinte à l'équilibre du marché wallon de certificats verts.

Quant au chiffre de 216 MW, on ne peut identifier aucun critère qui ait incité le législateur à le retenir.

A.7.2. Compte tenu de la grande imprévisibilité de la production d'électricité au départ de sources d'énergie renouvelables, un mécanisme de compensation des écarts de production plus souple que pour l'énergie

non renouvelable se justifie; il n'est toutefois nullement démontré que l'imprévisibilité serait plus grande pour les installations d'éoliennes off-shore que pour les installations d'éoliennes on-shore.

A titre subsidiaire, l'habilitation portée par l'article 4 de la loi du 29 avril 1999 permet au Roi de déterminer les conditions de la compensation des écarts de production, quelle que soit la nature de l'énergie primaire utilisée, alors que la disposition attaquée a pour objectif de favoriser les installations éoliennes off-shore. L'article 4 de la loi du 29 avril 1999 n'a donc pas la même portée que la disposition attaquée, puisqu'il n'habilite le Roi ni à déterminer un régime spécifique aux installations éoliennes on-shore lié au critère de prévisibilité de la production, ni encore moins à adopter des mesures semblables pour les éoliennes on-shore à celles prévues dans la disposition critiquée pour les éoliennes off-shore.

Aucune déclaration scientifiquement validée émise dans les travaux préparatoires ne permet de justifier la discrimination entre les deux types d'installations.

A.8.1. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres ne peut admettre que la crédibilité des travaux préparatoires et des avis de la CREG (Commission de régulation de l'électricité et du gaz) en ce qui concerne la distinction entre éoliennes on-shore et éoliennes off-shore soit ainsi remise en cause par les parties requérantes.

Par ailleurs, le Conseil des ministres présente une liste des différences techniques existant entre les éoliennes on-shore et les éoliennes off-shore, qui démontre l'absence de comparabilité entre ces éoliennes, confirmée d'ailleurs par une analyse établie dans une circulaire datée du 17 juillet 2000, qui illustre que, même si elles produisent davantage d'électricité, la rentabilité des éoliennes off-shore est affectée par leur coût d'installation.

Les parties requérantes omettent l'importance du caractère sous-marin du raccordement des éoliennes off-shore, situées à plus de vingt kilomètres du réseau électrique, contrairement aux éoliennes on-shore qui peuvent s'installer, à moindres coûts, près du réseau électrique.

En ce qui concerne le risque de déséquilibre du marché de l'énergie, à supposer qu'un tel risque existe, ce n'est pas la disposition attaquée qui le crée, mais le régime des certificats verts, qui n'est cependant pas remis en cause par les parties requérantes. Par ailleurs, l'octroi d'une concession domaniale pour la réalisation du projet « C-Power », ne découle nullement de la disposition attaquée, mais l'a au contraire largement précédée.

Enfin, l'objectif de la disposition attaquée s'inscrit dans le contexte d'obligations internationales en la matière. A cet égard, les éoliennes off-shore sont les seules à relever entièrement et uniquement de la compétence de l'Etat fédéral, et rien n'interdit aux régions - ce qu'elles ont déjà fait d'ailleurs - d'adopter des mesures en vue de soutenir le développement des autres sources d'énergie renouvelables.

Quant à la limitation à 216 MW, les parties requérantes restent en défaut de démontrer son caractère déraisonnable; cette limite constitue un choix en opportunité, auquel la Cour ne peut substituer son appréciation.

A.8.2. En ce qui concerne l'écart de production, le Conseil des ministres estime que les éoliennes sont, davantage que les autres installations, soumises aux circonstances météorologiques, et qu'en cas de dysfonctionnement, leur accessibilité réduite risque de provoquer la perte totale de la quantité nominée pour la journée, ce qui justifie ainsi, à la supposer établie, la différence de traitement entre les éoliennes off-shore et les autres sources d'énergie.

Enfin, l'article 4, § 4, de la loi du 29 avril 1999 prévoit également que le Roi peut adopter une mesure de compensation de l'écart de production pour les autres sources d'énergie renouvelables. La relative incertitude quant à la répartition des compétences a pu conduire le législateur à fixer des critères dans la loi pour les éoliennes off-shore, pour lesquelles aucun doute n'existait en matière de compétence, et à laisser au Roi la détermination de ces critères pour les autres sources d'énergie renouvelables, après une concertation avec les régions.

*En ce qui concerne le deuxième moyen*

A.9. Les parties requérantes développent un deuxième moyen pris de la violation de l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui impose une concertation entre les gouvernements régionaux et l'autorité fédérale sur toute mesure au sujet de la politique de l'énergie et les grands axes de la politique énergétique nationale.

Citant l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, les parties requérantes constatent que la concertation, bien qu'entamée, n'a pas été clôturée à la date d'adoption de la disposition attaquée, pas plus qu'un accord de coopération n'a été conclu avant cette date, et que, pour le surplus, la section de législation du Conseil d'Etat n'a pas été consultée ensuite de cette concertation. Les parties requérantes se réfèrent notamment aux notifications du Comité de concertation du 25 mai 2005 et du 6 juillet 2005.

Il apparaît ainsi que des éléments essentiels d'études (telles que l'étude sur le *balancing* des projets on-shore et off-shore) manquaient au dossier pour permettre l'adoption de dispositions pertinentes et non discriminatoires.

A.10. Dans son mémoire, le Conseil des ministres constate qu'il est contradictoire pour les parties requérantes d'invoquer dans le premier moyen que la disposition relève de l'autorité fédérale et dans le deuxième moyen, d'invoquer un défaut de concertation avec les régions. En toute hypothèse, les travaux préparatoires ont exposé que la concertation a eu lieu, la notification du Comité de concertation du 25 mai 2005 précisant que « la procédure de concertation a été finalisée », et les citations des parties requérantes quant à des éléments essentiels faisant défaut ne concernaient pas la disposition attaquée.

A.11. Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes constatent que si la procédure de concertation a été finalisée, le problème de la tarification *balancing* projets on-shore et projets off-shore n'est toutefois pas encore réglé. Or, cette question du *balancing* est le point le plus déterminant de cette concertation et est directement liée à l'objet de la disposition en cause.

A.12. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres rappelle que la concertation avec les régions a été finalisée et que les considérations des parties requérantes relatives au *balancing* ne sont pas pertinentes, car elles concernent l'article 4, § 4, de la loi du 29 avril 1999, et non la disposition attaquée.

- B -

*Quant au contexte de la disposition entreprise*

B.1. L'article 6 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : la loi du 29 avril 1999) prévoit la possibilité d'octroyer des concessions domaniales en vue de la construction et l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'eau, des courants ou des vents dans les zones maritimes sur lesquelles la Belgique peut exercer sa juridiction.

Sont notamment visées par cette disposition, les installations d'éoliennes qualifiées d'« off-shore », à savoir les éoliennes situées au large des côtes belges, « dans la mer territoriale (donc dans la zone de 12 milles marins à partir de la laisse de basse mer de la côte) » (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, DOC 49-1933/001, p. 14).

L'article 6 de la loi du 29 avril 1999 dispose :

« § 1er. Dans le respect des dispositions arrêtées en vertu du § 2 et sans préjudice des dispositions de la loi du 20 janvier 1999 visant la protection du milieu marin dans les espaces marins sous juridiction de la Belgique, le ministre peut, sur proposition de la commission, accorder des concessions domaniales d'une durée renouvelable de trente ans au plus en vue de la construction et de l'exploitation d'installations de production d'électricité à partir de l'eau, des courants ou des vents dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit maritime international.

§ 2. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la commission, le Roi fixe les conditions et la procédure d'octroi des concessions visées au § 1er, et notamment :

1° les restrictions visant à empêcher que la construction ou l'exploitation des installations en cause ne gêne indûment l'utilisation des routes maritimes régulières, la pêche maritime ou la recherche scientifique marine;

2° les mesures à prendre en vue de la protection et de la préservation du milieu marin, conformément aux dispositions de la loi du 20 janvier 1999 précitée;

3° les prescriptions techniques auxquelles doivent répondre les îles artificielles, installations et ouvrages en cause;

4° la procédure d'octroi des concessions en cause en veillant à assurer une publicité appropriée de l'intention d'octroyer une concession ainsi que, le cas échéant, une mise en concurrence effective des candidats;

5° les règles en matière de transfert et de retrait de la concession.

Les mesures visées au premier alinéa, 2°, sont arrêtées sur proposition conjointe du ministre et du ministre fédéral qui a la protection du milieu marin dans ses attributions.

§ 3. L'article 4 ne s'applique pas aux installations visées au § 1er ».

Cette disposition met ainsi en place le « cadre juridique nécessaire à la construction du plus grand parc éolien *off shore* d'Europe, au large des côtes belges » (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, DOC 49-1933/010, p. 51).

B.2.1. Avant sa modification par la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, l'article 7 de la loi du 29 avril 1999 disposait :

« Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la commission et concertation avec les gouvernements de région, le Roi peut :

1° prendre des mesures d'organisation du marché, dont la mise en place d'un système d'octroi de certificats verts pour l'électricité produite conformément à l'article 6 ainsi que l'obligation de rachat à un prix minimal et de revente par le gestionnaire du réseau de certificats verts octroyés par les autorités fédérale ou régionales, en vue d'assurer l'écoulement sur le marché, à un prix minimal, d'un volume minimal d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables;

2° établir un mécanisme pour financer tout ou partie des charges nettes qui découlent des mesures visées au 1°.

Le mécanisme visé au premier alinéa, 2°, est, le cas échéant, géré par la commission et peut être alimenté en tout ou partie par une surcharge appliquée sur les tarifs visés à l'article 12 ou par un prélèvement sur l'ensemble, ou des catégories objectivement définies, de consommateurs d'énergie ou d'opérateurs sur le marché, selon les modalités fixées par le Roi en application du premier alinéa, 2°.

Tout arrêté établissant une surcharge ou un prélèvement visés au deuxième alinéa est censé ne jamais avoir produit d'effets s'il n'a pas été confirmé par la loi dans les douze mois de sa date d'entrée en vigueur ».

B.2.2. En application de cette disposition, 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 », confirmé par l'article 427 de la loi-programme du 24 décembre 2002, a, d'une part, instauré une procédure d'octroi et de délivrance des certificats verts pour l'électricité produite par les titulaires de concessions domaniales visées à l'article 6 de la loi du 29 avril 1999 et, d'autre part, établi un système de prix minima de rachat en vue d'assurer l'écoulement sur le marché d'un volume minimal d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

B.3.1. L'article 62 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (ci-après : la loi du 20 juillet 2005), dispose que le texte actuel de l'article 7 de la loi du 29 avril 1999 formera le paragraphe 1er de cet article et le complète comme suit :

« § 2. Pour les nouvelles installations de production d'électricité à partir des vents dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit maritime international, faisant l'objet d'une concession domaniale visée à l'article 6, le gestionnaire du réseau finance à hauteur d'un tiers le coût du câble sous-marin, et ce pour un montant maximum de 25 millions d'euros pour un projet de 216 MW ou supérieur. Ce financement de 25 millions d'euros est réduit proportionnellement lorsque le projet est de moins de 216 MW. Dans ce montant est compris l'achat, la livraison et la pose du câble sous-marin, ainsi que les installations de raccordement, les équipements et les jonctions de

raccordement des installations de production mentionnées. Ce financement est étalé sur cinq ans, à raison d'un cinquième par an prenant cours à la date de commencement des travaux. La commission contrôle le coût total à prendre en considération pour la contribution, sur base de l'offre, ou des offres, que le titulaire de la concession domaniale visée à l'article 6, § 1er, prend en compte en application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et de services. La commission exerce ce contrôle dans une période d'un mois après la présentation de la dite offre, ou des dites offres, par le titulaire de la concession domaniale visée à l'article 6, § 1er. La contribution est versée en cinq tranches égales à partir du mois suivant le commencement des premiers travaux, et à la même date les années suivantes.

Dans le cas où les 216 MW projetés ne sont pas atteints, dans les cinq ans du début des travaux, un montant au pro rata des 25 millions d'euros est réclamé à l'initiative du ministre, après avis de la commission.

Le paiement de chaque tranche est effectué après demande du titulaire de la concession domaniale visée à l'article 6, § 1er. Cette demande comprend :

1° la preuve de la réalisation du programme d'investissement autorisé que la commission peut contrôler soit sur base des pièces transmises par le titulaire soit sur place;

2° la production de la preuve du respect des législations et des réglementations fiscales et sociales pendant l'exercice comptable clôturé précédant la demande de paiement.

A défaut du respect des conditions visées à l'alinéa 3, sur proposition de la commission, le ministre suspend le versement de la tranche annuelle. En cas de non-respect de ces conditions dû à un cas de force majeure et si l'activité économique de l'entreprise se poursuit, le versement de la tranche annuelle peut être maintenu par le ministre.

En cas de retrait de la décision d'octroi de paiement, la récupération des versements contestés s'effectue à l'initiative du ministre par toutes voies de droit.

Les modalités de ce financement seront déterminées par contrat entre le gestionnaire du réseau et le titulaire de la concession domaniale. Le coût de cette contribution financée par le gestionnaire du réseau est un coût imputable aux tâches visées à l'article 8.

§ 3. Pour les installations visées au § 2, l'écart de production est déterminé pour chaque unité de temps (en kW). Le Roi fixe les modalités de calcul de l'écart de production sur proposition du gestionnaire du réseau et sur l'avis de la commission, en ce compris la manière dont le surcoût est intégré dans les tarifs du gestionnaire du réseau, compte tenu des dispositions suivantes :

1° la quantité d'énergie correspondant à un pourcentage d'écart de production positif inférieur ou égal à 30 % est achetée par le gestionnaire du réseau au prix de référence du marché, diminué de 10 %;

2° la quantité d'énergie correspondant à un pourcentage d'écart de production négatif dont la valeur absolue est inférieure ou égale à 30 % est fournie par le gestionnaire de réseau au concessionnaire au prix de référence du marché, augmenté de 10 %;

3° la quantité d'énergie correspondant à un pourcentage d'écart de production dont la valeur absolue dépasse 30 % est calculée sur la base du tarif du gestionnaire du réseau pour la compensation des déséquilibres ou, le cas échéant, conformément aux conditions du marché pour l'énergie de déséquilibre.

§ 4. Pour les projets d'installations visées au § 2, introduits jusqu'au 31 décembre 2007, et en cas de retrait de la concession domaniale mentionnée à l'article 6, § 1er, ou de tout autre permis ou autorisation octroyé par le gouvernement fédéral et nécessaire à la réalisation complète du projet, ou en cas d'arrêt au cours de la période d'édification du projet, par suite d'un arrêté non fondé sur une réglementation, pris ou non sur avis de l'instance compétente, sans qu'il puisse être reproché au titulaire de la concession domaniale, une négligence démontrable ou manquement, une mesure, telle que décrite à l'alinéa 4, est prévue afin de garantir la sécurité d'investissement du projet, compte tenu de l'aspect novateur du projet.

Au moment de l'entrée en vigueur du retrait ou arrêt tel que décrit à l'alinéa 1er, une évaluation est faite par la commission. Cette évaluation prend en compte :

1° le coût total annuel couvrant les investissements, frais d'exploitation et charges financières;

2° les différents revenus découlant du cadre réglementaire en vigueur et des possibilités de rachats de l'énergie.

La commission propose, sur base de l'évaluation de l'alinéa 2, les adaptations nécessaires au prix des certificats verts, applicables à ce projet, afin d'assurer une rentabilité équivalente à celle d'un investissement à long terme présentant des risques similaires, conformément aux meilleures pratiques des marchés financiers internationaux.

Dans un délai de soixante jours après réception de la proposition de la commission, le Roi fixe, sur base de la proposition de la commission, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les adaptations nécessaires au prix des certificats verts applicables à ce projet.

La commission veille à ce que sa proposition soit compatible avec la réglementation en vigueur ».

B.3.2. Selon les travaux préparatoires, cette disposition « complète la politique européenne en matière d'encouragement de certaines sources d'énergie renouvelables » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/001, p. 50).

Cette disposition produit ses effets le 1er juillet 2005; elle fait l'objet de l'actuel recours.

*Quant à la recevabilité du recours*

B.4. Les deux premières parties requérantes, deux associations sans but lucratif, sont respectivement une fédération professionnelle indépendante et une association qui ont pour objet social de promouvoir la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables (filière E-SER).

Les troisième, cinquième et sixième parties requérantes sont des sociétés qui sont à l'origine de différents projets de parcs éoliens en Wallonie. La septième partie requérante est une personne physique qui est également à l'origine d'un projet de parc éolien en Wallonie.

La quatrième partie requérante est une société productrice d'électricité qui utilise l'énergie hydraulique en Wallonie.

B.5. Le Conseil des ministres conteste l'intérêt au recours de la quatrième partie requérante. Il conteste également l'intérêt des parties requérantes en ce qui concerne certains aspects du premier moyen.

B.6. La Constitution et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage imposent à toute personne physique ou morale qui introduit un recours en annulation de justifier d'un intérêt. Ne justifient de l'intérêt requis que les personnes dont la situation pourrait être affectée directement et défavorablement par la norme entreprise.

B.7.1. Sans qu'il soit besoin d'examiner si chaque partie requérante justifie d'un intérêt à agir en annulation, il suffit à la Cour de constater qu'une des parties requérantes justifie d'un intérêt au recours pour que celui-ci soit recevable.

B.7.2. Lorsqu'une association sans but lucratif se prévaut d'un intérêt collectif, il est requis que son objet social soit d'une nature particulière et, dès lors, distinct de l'intérêt général; que l'intérêt collectif ne soit pas limité aux intérêts individuels de ses membres; que la norme attaquée soit susceptible d'affecter l'objet social; qu'il n'apparaisse pas, enfin, que cet objet social n'est pas ou n'est plus réellement poursuivi.

B.7.3. En l'espèce, en tant que fédération professionnelle et association sans but lucratif ayant pour objet social, notamment, de promouvoir le développement de l'utilisation de sources d'énergie renouvelables, les deux premières parties requérantes satisfont à l'ensemble des conditions qui viennent d'être énumérées pour demander l'annulation de la disposition attaquée; elles sont en effet susceptibles d'être affectées directement et défavorablement dans leurs activités par une disposition qui risque d'influencer le marché des énergies renouvelables, en l'espèce une disposition relative aux installations d'éoliennes off-shore.

Ces parties requérantes justifient dès lors de l'intérêt à poursuivre l'annulation de la disposition attaquée, de sorte que le recours est recevable.

B.8. Dès lors que les parties requérantes ont démontré un intérêt à l'annulation de la disposition attaquée, il n'y a pas lieu d'examiner en outre si elles possèdent un intérêt à chacun des moyens qu'elles invoquent.

#### *Quant au fond*

B.9. Dans un premier moyen, les parties requérantes estiment que la disposition attaquée crée une différence de traitement injustifiée entre les producteurs d'électricité produite à partir d'installations d'éoliennes off-shore et les producteurs d'électricité produite à partir d'autres sources d'énergie renouvelables, plus particulièrement à partir d'éoliennes situées à l'intérieur des terres (habituellement qualifiées d'éoliennes « on-shore », par opposition aux éoliennes « off-shore »).

Dans un second moyen, les parties requérantes invoquent le non-respect de la concertation obligatoire avec les régions, imposée par l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.10. L'examen de la conformité d'une disposition attaquée aux règles de compétence doit précéder l'examen de sa compatibilité avec les dispositions du titre II de la Constitution et avec les articles 170, 172 et 191 de celle-ci.

*En ce qui concerne le second moyen*

B.11. Les parties requérantes développent un second moyen, pris de la violation de l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

L'article 6, § 3, 2° et 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles impose une concertation entre les gouvernements régionaux concernés et l'autorité fédérale pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors des compétences énumérées à l'article 6, § 1er, VII, et sur les grands axes de la politique énergétique nationale.

Selon les parties requérantes, cette concertation a été entamée, mais n'était pas clôturée au moment de l'adoption de la disposition litigieuse, de sorte que les formalités requises n'ont pas été respectées.

Par ailleurs, les parties requérantes estiment que des éléments essentiels d'études manquaient au dossier.

B.12. En ce qui concerne le respect des formalités préalables, la section de législation du Conseil d'Etat a fait remarquer, dans son avis sur l'avant-projet devenu la loi du 20 juillet 2005, ce qui suit :

« 1. En vertu de l'article 6, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, une concertation associant les gouvernements (régionaux) concernés et l'autorité fédérale s'impose pour toute mesure au sujet de la politique de l'énergie, en dehors de

compétences énumérées à l'article 6, § 1er, VII, de cette loi (2°) et sur les grands axes de la politique énergétique nationale (3°).

Comme le projet contient en tout cas des mesures dans le domaine de la politique de l'énergie qui ne sont pas expressément énumérées à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, définissant un certain nombre de compétences fédérales, celui-ci - ou du moins les dispositions contenant les mesures précitées - devait faire l'objet d'une concertation avec les régions.

Le fonctionnaire délégué a confirmé que cette formalité n'avait pas été accomplie, ce à quoi il y a lieu de remédier.

A cet égard, le Conseil d'Etat, section de législation, juge utile d'attirer l'attention sur la disposition de l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, en vertu de laquelle la méconnaissance, entre autres, d'une obligation de concertation instaurée par la loi spéciale du 9 août 1980 de réformes institutionnelles, est considérée comme une méconnaissance d'une règle répartitrice de compétence, dont le respect est contrôlé par la Cour d'arbitrage.

2. Quoique la loi ne l'impose pas, mieux vaudrait, compte tenu de l'importance du projet qui, en outre, charge le Commission de nombre de missions nouvelles, soumettre ce dernier pour avis à la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/001, pp. 152-153).

B.13.1. La concertation prescrite par l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles doit être considérée comme une règle répartitrice de compétences au sens de l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

La Cour est donc compétente pour connaître d'un moyen critiquant le non-respect de la formalité précitée.

B.13.2. La concertation a pour but d'obliger l'autorité investie du pouvoir de décision à prendre en considération l'opinion d'une autre autorité, sans toutefois que l'autorité compétente pour décider perde sa liberté d'agir. Elle n'a de sens que si elle intervient avant la décision.

B.14.1. Interrogé au sujet de la formalité obligatoire de la concertation, le ministre de l'Energie a toutefois précisé « qu'au moment où le conseil d'Etat a rendu son avis, aucun

dialogue n'était encore engagé avec les Régions et Communautés mais il a entre temps eu lieu » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/021, pp. 14-15).

B.14.2. Il ressort donc des travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 2005 que la concertation avec les gouvernements régionaux exigée par l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles a bien eu lieu.

B.15. Pour le surplus, le moyen est dirigé contre l'absence de mesures qui auraient dû entourer sa préparation. La Cour n'est pas compétente pour apprécier si l'adoption d'une loi aurait dû être précédée de consultations, d'études ou d'expertises.

B.16. Le second moyen n'est pas fondé.

*En ce qui concerne le premier moyen*

B.17. Les parties requérantes développent un premier moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 11, paragraphe 7, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, et de la violation des règles de répartition des compétences respectives de l'Etat et des régions, en particulier des articles 39 et 134 de la Constitution et de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.18.1. Les parties requérantes ne contestent pas la compétence de l'Etat fédéral pour adopter la disposition litigieuse, mais se bornent à critiquer l'exercice de cette compétence, qui créerait une différence de traitement injustifiée entre les producteurs d'électricité produite à partir de l'énergie éolienne off-shore et les producteurs d'électricité produite à partir d'autres sources d'énergie renouvelables, plus particulièrement à partir d'éoliennes situées à l'intérieur des terres (habituellement qualifiées d'éoliennes « on-shore », par opposition aux éoliennes « off-shore »).

B.18.2. Dès lors que le premier moyen se borne à alléguer une discrimination, les règles de répartition des compétences invoquées dans le moyen ne sont pas pertinentes pour l'examen de celui-ci.

B.19.1. La disposition attaquée met à charge du gestionnaire du réseau une partie du financement des installations d'éoliennes off-shore, pour un montant maximum de 25 millions d'euros (article 7, § 2, de la loi du 29 avril 1999) et prévoit une mesure destinée à garantir la sécurité d'investissement du projet, en cas de retrait de la concession domaniale ou d'arrêt du projet, pour des motifs non imputables à la négligence du concessionnaire (article 7, § 4, de la loi du 29 avril 1999).

Ces mesures peuvent être considérées comme des mesures de promotion ou de financement au sens large de l'utilisation de la source d'énergie renouvelable que constituent les vents marins.

B.19.2. Par ailleurs, la disposition attaquée prévoit la fixation par le Roi des modalités de calcul de l'écart de production pour les installations d'éoliennes off-shore, compte tenu de différents critères fixés par la loi (article 7, § 3, de la loi du 29 avril 1999).

Cette mesure constitue une règle d'organisation du marché de l'électricité, l'écart de production étant défini par l'article 1er, 38°, de la loi du 29 avril 1999 comme : « la différence, positive ou négative, entre, d'une part, la puissance injectée et, d'autre part, la nomination de la puissance injectée pour une unité de temps donnée, à un moment précis, exprimée en kilowatt (kW) ».

B.19.3. Compte tenu de leur portée distincte, les différentes mesures prévues par la disposition entreprise doivent faire l'objet d'un examen distinct.

*Les règles de financement des installations d'éoliennes off-shore (article 7, §§ 2 et 4, de la loi du 29 avril 1999)*

B.20. Les parties requérantes estiment qu'il est cohérent de prévoir un financement public, au moins partiel, du raccordement de production d'énergie au réseau, mais qu'en ne prévoyant ce financement que pour les installations d'éoliennes off-shore, la disposition attaquée discrimine les autres installations de production d'électricité de sources d'énergie renouvelables, alors qu'aucun élément ne démontre que les éoliennes off-shore souffriraient davantage d'un problème de rentabilité ou d'imprévisibilité que les autres sources d'énergie renouvelables.

Par ailleurs, les parties requérantes soutiennent qu'il est discriminatoire de limiter le bénéfice de la disposition entreprise aux projets off-shore d'une puissance de 216 MW maximum.

B.21. Dans l'appréciation de la différence de traitement critiquée, force est de constater que la promotion des sources d'énergie renouvelables n'implique pas que les différentes sources d'énergie renouvelables doivent être promues de manière strictement identique.

A cet égard, la Cour ne saurait faire abstraction ni du contexte dans lequel s'inscrit la disposition attaquée, ni des caractéristiques techniques et géographiques propres aux différentes sources d'énergie renouvelables, ni des règles de compétences en matière d'énergie.

B.22.1. La promotion des sources d'énergie renouvelables s'inscrit dans le cadre d'obligations internationales et européennes.

Il convient de rappeler à cet égard la nécessité d'atteindre les exigences fixées par le Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, approuvé par la décision 2002/358/CE du Conseil relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies citée ci-dessus, et ratifié par la Belgique le 31 mai 2002.

B.22.2. Compte tenu notamment des exigences fixées dans le Protocole de Kyoto, le développement de l'utilisation des sources d'énergie renouvelables pour la production d'électricité figure « parmi les objectifs prioritaires que la Communauté et ses Etats membres entendent poursuivre » (arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 mars 2001, *PreussenElektra AG et autres c. Allemagne* - affaire C-379/98, point 74).

Afin de promouvoir les sources d'énergie renouvelables, l'article 1er de la décision n° 646/2000/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2000 « arrêtant un programme pluriannuel pour la promotion des sources d'énergie renouvelables dans la Communauté (Altener) (1998-2002) » fixe l'objectif global de la Communauté de limiter les émissions en CO<sub>2</sub> en augmentant la part des sources d'énergie renouvelables afin d'atteindre l'objectif indicatif de 12 p.c. de la consommation d'énergie intérieure brute dans la Communauté en 2010.

A cette fin, l'article 3 de la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 « relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité », d'une part, fixe à 22,1 p.c. la part indicative d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans la consommation totale d'électricité de la Communauté en 2010, et, d'autre part, détermine pour chaque Etat membre des objectifs indicatifs nationaux concernant la part de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dans la consommation brute d'électricité en 2010, la valeur de référence pour la Belgique étant fixée à 6 p.c. en 2010.

B.22.3. Ces quotas peuvent inciter le législateur à promouvoir davantage des sources d'énergie renouvelables dont la rentabilité est considérée comme très importante.

Dans la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 mai 2004, intitulée « La part des sources d'énergie renouvelables dans l'UE - Rapport de la Commission conformément à l'article 3 de la directive 2001/77/CE - évaluation des incidences des instruments législatifs et autres politiques communautaires visant à augmenter la part des sources d'énergie renouvelables dans l'UE et propositions d'actions concrètes », on peut ainsi lire :

« L'énergie éolienne en mer deviendra de plus en plus importante à mesure que les bons sites éoliens terrestres seront utilisés. L'énergie éolienne en mer présente plusieurs avantages. En mer, le vent est plus fort et plus régulier (les sites des eaux européennes septentrionales devraient fournir entre 20 et 40 % d'énergie éolienne de plus que les sites terrestres). Il y a également moins de voisins susceptibles de se plaindre. Cependant l'électricité produite par des centrales en mer est plus chère que l'électricité produite par des centrales terrestres.

Le Danemark, qui est l'Etat membre où l'énergie éolienne est la plus développée, fait œuvre de pionnier dans le domaine de l'énergie éolienne en mer. En juillet 2003, le Royaume-Uni a annoncé qu'il allait soutenir des projets installés en mer. Ces développements positifs constituent des exemples que les autres Etats membres pourraient suivre » (COM (2004) 366 final - non publié au *J.O.*, point 2.8.1, pp. 22-23).

La communication précitée conclut qu'une politique communautaire en faveur de l'énergie éolienne en mer devra renforcer les infrastructures de réseau nécessaires et soutenir la recherche et le développement des installations en mer (*ibid.*, point 4.3.3, pp. 43-44).

B.22.4. Ainsi, le point 3.51 de l'annexe III de la décision n° 1229/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 « établissant un ensemble d'orientations relatif aux réseaux transeuropéens dans le secteur de l'énergie, et abrogeant la décision n° 1254/96/CE » cite de « nouvelles connexions éoliennes *offshore* en Belgique » parmi les projets d'intérêt commun pour la Communauté, au profit desquels les Etats membres prennent, en vertu de l'article 6, paragraphe 6, de ladite décision, toutes les mesures qu'ils estiment nécessaires pour faciliter et accélérer leur réalisation.

Dans son avis du 1er septembre 2005 sur le projet d'arrêté royal modifiant 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, la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG) a d'ailleurs souligné :

« L'énergie éolienne off-shore occupe en effet une place très importante sur le plan du respect des obligations belges en matière de développement d'énergie renouvelable » (point 7, p. 6).

B.23.1. Une promotion efficace d'un secteur de l'énergie renouvelable ne peut faire abstraction des caractéristiques techniques et géographiques liées aux installations de production de cette énergie.

L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2001/77/CE précitée prévoit en effet que la proposition éventuelle de cadre communautaire relatif aux régimes de soutien de l'électricité produite à partir de sources renouvelables devrait notamment « tenir compte des caractéristiques des différentes sources d'énergie renouvelables ainsi que des différentes technologies, et des différences géographiques ».

La disposition attaquée permet ainsi de compléter le cadre juridique qui avait été mis en place par l'article 6 de la loi du 29 avril 1999, en s'inspirant de la politique européenne d'encouragement de certaines sources d'énergie renouvelables.

B.23.2. La circonstance que les éoliennes off-shore soient situées dans la mer territoriale implique la nécessité de relier ces installations au réseau terrestre, ce qui engendre des coûts spécifiques qui ne peuvent être utilement comparés à ceux liés aux autres sources d'énergie renouvelables, notamment les éoliennes on-shore.

Le législateur fédéral peut donc estimer nécessaire, afin de favoriser le développement encouragé au niveau européen des éoliennes de mer, de mettre à charge du gestionnaire du réseau une partie du financement des investissements considérables imposés pour l'installation d'éoliennes off-shore, ce financement étant limité quant à son montant et limité dans le temps, ainsi que de prévoir des compensations financières en cas de retrait de la concession domaniale ou d'arrêt du projet, pour des motifs non imputables à la négligence du concessionnaire.

B.23.3. Il ressort d'ailleurs du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 5 octobre 2005 « modifiant 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 » que la stimulation du développement des projets d'éoliennes off-shore est également nécessaire « suite à la décision de fin 2003 du gouvernement fédéral de n'autoriser les concessions domaniales, pour des raisons d'environnement, que dans des espaces distants d'une vingtaine

de km de la côte, ce qui augmente les coûts d'installations et d'entretien » (*Moniteur belge*, 14 octobre 2005, p. 44.334).

B.24.1. Par ailleurs, la situation particulière des éoliennes off-shore les distingue aussi fondamentalement, du point de vue des règles répartitrices de compétences, des autres sources d'énergie renouvelables.

En effet, la promotion des sources d'énergie renouvelables - dont les éoliennes on-shore - relève en principe de la compétence des régions, puisque l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles énumère notamment parmi les aspects régionaux de l'énergie « les sources nouvelles d'énergie » et « l'utilisation rationnelle de l'énergie ».

Cette compétence en matière de promotion des sources d'énergie renouvelables a été mise en œuvre par le décret flamand du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité, le décret wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale.

Les différentes régions prévoient notamment la mise en place d'un système de « certificats verts » ou de « certificats d'électricité écologique » et d'aide à la production « d'électricité verte », ainsi que la possibilité de mettre à charge du ou des gestionnaires du réseau des obligations de service public liées à la promotion des sources d'énergie renouvelables.

B.24.2. Contrairement à ce qui est le cas des autres sources d'énergie renouvelables, notamment les éoliennes on-shore, qui sont en principe promues par les régions, la circonstance que les éoliennes off-shore soient situées dans la mer territoriale implique qu'elles relèvent intégralement, tant en ce qui concerne les règles de production d'énergie qu'en ce qui concerne les règles de financement des installations, de la compétence de l'Etat fédéral.

Cette compétence n'est d'ailleurs nullement remise en cause par les parties requérantes.

Dans les travaux préparatoires, le ministre a d'ailleurs rappelé, concernant une éventuelle discrimination envers les éoliennes on-shore, ce qui suit :

« [Tout] ce qui concerne la mer du Nord relève de la compétence de l'Etat fédéral, tandis que les éoliennes continentales relèvent de la compétence des Régions et Communautés. Le Gouvernement a marqué sa volonté, en vue de réaliser les objectifs de Kyoto, d'investir dans ce type d'énergie plus coûteuse. Les impacts positifs pour l'environnement justifient un tel surcoût » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 16).

B.24.3. Les règles de financement des installations de production d'électricité à partir d'éoliennes off-shore (article 7, §§ 2 et 4, de la loi du 29 avril 1999), par la mise à charge du gestionnaire du réseau d'une obligation de service public ou par une garantie de la sécurité de l'investissement, ne peuvent donc être utilement comparées aux règles de financement des installations de production d'électricité à partir d'autres sources d'énergie renouvelables, dès lors qu'elles relèvent de législateurs différents.

B.24.4. En outre, on ne peut comparer les différentes sources d'énergie renouvelables quant au bénéfice d'une mesure fédérale, dès lors qu'il existe des mesures régionales d'aide à la production d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables autres que les vents marins, et dont ne bénéficient pas les installations d'éoliennes off-shore.

B.24.5. Une différence de traitement dans des matières où l'Etat fédéral et les régions disposent de compétences propres est la conséquence possible de politiques distinctes permises par l'autonomie qui leur est accordée par la Constitution ou en vertu de celle-ci; une telle différence ne peut en soi être jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Cette autonomie serait dépourvue de signification si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires de règles s'appliquant à une même matière était jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

B.25. Tant du point de vue technique que du point de vue des règles de compétence, la situation des éoliennes situées en mer territoriale ne peut donc être comparée, en ce qui concerne leur financement, ni avec la situation des éoliennes situées sur terre, ni avec celle des autres sources d'énergie renouvelables.

B.26. Pour le surplus, contrairement à ce que les parties requérantes allèguent, la puissance des projets ne constitue pas un critère susceptible d'engendrer la perte du financement, mais seulement un critère d'application proportionnelle de ce financement.

La différence de traitement, alléguée par les parties requérantes, entre les projets de parcs éoliens off-shore en fonction de leur puissance, n'existe donc pas.

*Les règles relatives à l'écart de production (article 7, § 3, de la loi du 29 avril 1999)*

B.27.1. Les parties requérantes estiment qu'en instaurant une plage de tolérance relative à l'écart de production, qui vise à limiter les déséquilibres de la production des éoliennes off-shore, le législateur fédéral discrimine les autres modes de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, puisque pareil mécanisme n'est pas prévu pour les autres sources d'énergie renouvelables, notamment les éoliennes on-shore.

Or, selon les parties requérantes, aucun élément ne démontre que les éoliennes off-shore souffriraient davantage d'un problème de rentabilité ou d'imprévisibilité que les autres sources d'énergie renouvelables, notamment les éoliennes on-shore.

B.27.2. Elles invoquent notamment l'article 11, paragraphe 7, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE », qui dispose :

« Les règles adoptées par les gestionnaires de réseaux de transport pour assurer l'équilibre du réseau électrique doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires, y compris les règles de tarification pour les redevances à payer par les utilisateurs de réseau en cas de déséquilibre. Les conditions, y compris les règles et les prix, applicables pour la prestation de ces services par les gestionnaires du réseau de transport sont établis d'une manière non discriminatoire et en tenant compte des coûts, selon une méthode compatible avec l'article 23, paragraphe 2, et sont publiés ».

B.28.1. Il résulte de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, que, sans préjudice de ce qui est dit à l'article 6, §§ 3 et 4, de la loi spéciale du 8 août 1980, l'autorité fédérale a conservé une compétence étendue en matière de politique de l'énergie, notamment des mesures d'organisation du marché et de tarification qui peuvent favoriser le développement des sources d'énergie renouvelables.

En tant que règles d'organisation du marché de l'électricité, les mesures relatives au calcul de l'écart de production relèvent de la compétence de l'Etat fédéral, et ne peuvent aboutir à créer une différence de traitement injustifiée entre les différentes sources d'énergie renouvelables.

B.28.2. En ce qui concerne les installations d'éoliennes off-shore, la disposition attaquée prévoit que le Roi fixe les modalités de calcul de l'écart de production, compte tenu de critères énumérés dans la loi (article 7, § 3, de la loi du 29 avril 1999).

Les travaux préparatoires exposent comme suit les motifs justifiant des dispositions spécifiques concernant la marge de tolérance applicable pour l'équilibre des éoliennes off-shore :

« L'électricité est négociée sur le marché de gros sur la base des quantités nominées la veille, ou au plus tard quelques heures avant la production effective. Si des écarts apparaissent par rapport aux nominations et entraînent des différences entre énergie injectée (production ou importation) et prélevée (consommation ou exportation) des acteurs du marché (déséquilibre), ces écarts sont facturés par le biais d'un mécanisme tarifaire pour l'énergie de déséquilibre du gestionnaire du réseau ou par le biais d'un mécanisme de marché pour l'énergie de déséquilibre. Les deux types de mécanismes entraînent un surcoût pour les producteurs. Ce surcoût apparaît parce que, de par leur caractère imprévisible, le prix de déséquilibre pour les déficits est en moyenne supérieur au prix du marché et le prix de déséquilibre pour les excédents est en moyenne inférieur au prix du marché.

Les dispositions de l'article 7, § 3, de la loi Electricité, introduites par le présent article, constituent une mesure de soutien qui permet de limiter ce surcoût, étant donné qu'elles tendent à compenser les écarts à des conditions qui s'approchent du prix du marché. La marge de 10% qui est retenue par rapport au prix du marché est nécessaire pour encourager le concessionnaire à tendre vers une qualité maximale des nominations dans l'intérêt de la sécurité et de la fiabilité de l'approvisionnement en électricité. Le coût de cette mesure de soutien est intégré dans les tarifs du gestionnaire du réseau » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/001, pp. 50-51).

L'élargissement de la marge de tolérance est donc justifié « car l'énergie électrique éolienne ne peut pas être produite avec la même régularité que l'énergie électrique classique » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 4, et *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1302/4, p. 4).

B.28.3. En ce qui concerne les autres installations de production d'électricité, l'article 4, § 4, de la loi du 29 avril 1999, tel qu'il a été inséré par l'article 61 de la loi du 20 juillet 2005, dispose :

« Après avis de la commission, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le Roi détermine les conditions particulières relatives à l'écart de production applicables à des nouvelles installations de production, quelle que soit la nature de l'énergie primaire utilisée, lorsque le titulaire de l'autorisation de la nouvelle installation n'a pas alimenté, seul ou avec les installations des sociétés qui lui sont liés, pour plus de 10 pour cent l'énergie consommée en Belgique au cours de l'année précédente. Pour les installations de productions mentionnées ci-avant, fonctionnant à base d'énergies renouvelables ou de co-génération, ces conditions particulières sont déterminées après concertation avec les Régions ».

Cette disposition permet donc au Roi de déterminer des règles relatives à l'écart de production pour les nouvelles installations de production d'électricité autres que les éoliennes off-shore, que ces installations utilisent ou non des sources d'énergie renouvelables.

L'objectif de cette mesure était de « faciliter l'accès au marché de nouveaux producteurs d'énergie » (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1302/4, p. 4), « en apportant un soutien aux petits producteurs d'électricité (ceux apportant moins de 10% de l'énergie consommée en Belgique) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/021, p. 4).

Selon les travaux préparatoires, cette mesure « consiste à permettre, moyennant le respect de conditions déterminées par le Roi, que les nouvelles installations de production bénéficient d'une plage de tolérance relative à l'équilibre. [...] L'arrêté est pris après avis de la commission, qui comporte une étude sur l'impact tarifaire de cette disposition » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/001, pp. 49-50).

B.28.4. Contrairement à ce que les parties requérantes allèguent, le Roi est donc habilité à déterminer les modalités de calcul de l'écart de production, tant pour les nouvelles installations d'éoliennes off-shore que pour les autres nouvelles installations fonctionnant à base d'autres énergies renouvelables.

La circonstance que certains critères soient définis dans la loi pour les éoliennes off-shore et non pour les autres sources d'énergie renouvelables ne constitue pas en soi une discrimination, mais vise au contraire à tenir compte de la compétence de principe des régions pour les autres sources d'énergie renouvelables, le Roi ne pouvant à leur égard déterminer les conditions relatives à l'écart de production qu'après concertation avec les régions.

Il convient de rappeler d'ailleurs qu'un amendement déposé à la Chambre visant à étendre la disposition de l'article 7, § 3, de la loi du 29 avril 1999 à « toutes les autres installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/023) a été rejeté à l'unanimité, en tenant compte du fait que « seuls les parcs à éoliennes *offshore* sont de la compétence de l'autorité fédérale » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, DOC 51-1845/027, p. 3).

B.28.5. Par ailleurs, lorsqu'un législateur délègue, il faut supposer, sauf indication contraire, qu'il n'entend habiliter le délégué qu'à faire de son pouvoir un usage conforme au principe d'égalité et de non-discrimination.

Il appartiendra dès lors au juge compétent de contrôler que l'usage par le Roi des habilitations données par les articles 4, § 4, et 7, § 3, de la loi du 29 avril 1999 respectera, compte tenu des caractéristiques propres aux différentes formes d'énergies renouvelables, le principe d'égalité et de non-discrimination.

B.29. Le premier moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Ainsi prononcé en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 5 décembre 2006.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior