

Numéro du rôle : 4825
Arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010

A R R E T

En cause : la question préjudicielle concernant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en particulier ses articles 23, § 2, alinéa 2, 15°, et 31, posée par le Conseil d'Etat.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Melchior et M. Bossuyt, et des juges R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, 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 de la question préjudicielle et procédure*

Par arrêt n° 198.369 du 30 novembre 2009 en cause de la ville de Wavre contre la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 8 décembre 2009, le Conseil d'Etat a posé la question préjudicielle suivante :

« La loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en tant qu'elle confie des prérogatives d'autorité administrative à la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, comme celui de contrôler la comptabilité des entreprises du secteur de l'électricité (article 23, § 2, alinéa 2, 15° de la loi du 29 avril 1999) ou celui de prononcer une amende administrative (article 31 de la loi du 29 avril 1999), alors que la direction de cette Commission n'est pas assurée directement par le pouvoir exécutif, celui-ci ne pouvant exercer sur la Commission un contrôle suffisant pour pouvoir assumer devant les Chambres législatives la responsabilité politique des actes qu'elle pose, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution, pris isolément et combinés avec les articles 33 et 37 de la Constitution dans la mesure où ceux qui sont destinataires de décisions prises par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, contrairement aux autres citoyens qui font l'objet d'une décision administrative, ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif, celui-ci pouvant exercer sur l'autorité administrative un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer la responsabilité politique devant les Chambres législatives ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- la ville de Wavre, représentée par son collègue des bourgmestre et échevins;
- la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, dont les bureaux sont établis à 1040 Bruxelles, rue de l'Industrie 26-38;
- le Conseil des ministres.

La ville de Wavre et la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz ont introduit des mémoires en réponse.

A l'audience publique du 15 septembre 2010 :

- ont comparu :
 - . Me J. Bourtembourg, avocat au barreau de Bruxelles, pour la ville de Wavre;
 - . Me M. Daelemans *loco* Me D. Lindemans, et Me D. Verhoeven, avocats au barreau de Bruxelles, pour la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz;
 - . Me J.-F. De Bock, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J.-P. Snappe et L. Lavrysen 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. *Les faits et la procédure antérieure*

Depuis un arrêté du Gouvernement wallon du 9 janvier 2003, la Régie de l'électricité de la ville de Wavre, qui est une régie non personnalisée, est gestionnaire du réseau de distribution d'électricité sur le territoire de la ville de Wavre.

Le 6 mai 2004, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) décide d'imposer à la ville de Wavre, en application de l'article 31 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, une amende administrative de 1 239,46 euros par jour calendrier à partir du 15 février 2004. Cette amende est motivée par le caractère tardif et incomplet du rapport semestriel concernant les résultats d'exploitation du réseau de distribution au cours du semestre précédent, déposé par la Régie. Cette décision fait l'objet d'un recours en annulation introduit le 13 juillet 2004 devant le Conseil d'Etat, procédure dans le cadre de laquelle intervient la question préjudicielle en cause.

Par un arrêt du 31 janvier 2006, le Conseil d'Etat décide que la requête est recevable et qu'il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre aux membres de l'auditorat désignés par l'auditeur général de poursuivre l'instruction de la cause.

La requérante devant le Conseil d'Etat soulève un premier moyen pris « de la violation des articles 10, 11, 33 et 37 de la Constitution, du principe selon lequel les pouvoirs ne peuvent être délégués à des personnes dont les activités échappent au contrôle des autorités publiques, de l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir ». La ville de Wavre soutient que la décision qu'elle attaque est l'œuvre d'une autorité dont la direction n'est pas assurée directement par le pouvoir exécutif et sur laquelle celui-ci ne peut exercer un contrôle suffisant. Elle observe qu'en l'absence de mécanismes permettant de maintenir la responsabilité politique du pouvoir exécutif sur l'action de la CREG, ceux qui sont frappés par une sanction administrative infligée par cette Commission ne bénéficient pas, comme tous ceux qui sont frappés d'une sanction administrative infligée par toute autre autorité administrative, de la garantie de voir le pouvoir exécutif exercer un pouvoir hiérarchique ou un contrôle de tutelle sur une telle autorité lui permettant d'assumer la responsabilité politique des décisions prises par cette autorité et que le contrôle juridictionnel qui peut être exercé sur les décisions de la CREG n'est en rien de nature à permettre au Gouvernement d'assumer une telle responsabilité politique.

Le 22 juillet 2009, l'auditeur-rapporteur dépose un rapport tendant à ce que soit posée à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle formulée par la partie requérante dans son mémoire en réplique.

En conséquence, la Cour est saisie, par l'arrêt n° 198.369 du 30 novembre 2009, de la question reproduite ci-dessus.

III. *En droit*

- A -

Position de la ville de Wavre

A.1.1. La ville de Wavre estime que la CREG dispose d'un important pouvoir de décision, dont celui de pouvoir contrôler les comptes des entreprises du secteur de l'électricité. Elle peut aussi, en application de l'article 31 de la loi du 29 avril 1999, infliger, dans certaines hypothèses, une amende administrative.

Les décisions prises par la CREG pouvaient, jusqu'à la loi du 27 juillet 2005 « organisant les voies de recours contre les décisions prises par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz », faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Désormais, ces recours sont portés soit devant la Cour d'appel de Bruxelles, soit devant le Conseil de la concurrence.

La CREG est une autorité indépendante. Les membres du comité de direction sont toutefois tenus de faire, chaque année, rapport au ministre compétent. Le ministre communique ensuite ce rapport annuel, notamment, aux Chambres législatives. Le projet de budget de la CREG est soumis à l'approbation du Conseil des ministres tandis que la situation financière de la CREG est vérifiée annuellement par un réviseur d'entreprises. Depuis la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, le Conseil des ministres a également la possibilité de suspendre l'exécution des décisions de la CREG.

L'article 23 de la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité précise que les autorités doivent être « totalement indépendantes du secteur de l'électricité ». L'indépendance qui doit être celle de la CREG est donc une indépendance vis-à-vis « du secteur de l'électricité » dont ne fait évidemment pas partie le Gouvernement. Par conséquent, l'indépendance vis-à-vis du secteur de l'électricité se concilierait parfaitement avec l'exercice d'un pouvoir de tutelle.

La ville de Wavre observe, en conséquence, que les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés, à défaut d'organiser un mécanisme de contrôle politique par le Parlement des décisions, prises par le pouvoir exécutif, relatives à la CREG.

A.1.2. Dans son mémoire en réponse, la ville de Wavre considère que la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009, sur laquelle s'étend la CREG dans son mémoire, ne doit pas être prise en considération dans la mesure où elle est postérieure à l'amende administrative infligée par la CREG.

Position de la CREG

A.2.1. A titre principal, la CREG estime que la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat est sans objet, dès lors que le Gouvernement exercerait sur elle un contrôle suffisant pour pouvoir assumer la responsabilité politique de ses actes devant le Parlement. Le Gouvernement approuve notamment la note de politique générale de la CREG (*ex ante*), il peut lui imposer (*ex post*) des mesures concrètes pour sanctionner l'exécution ou compléter cette note et il peut même directement suspendre et imposer la modification de décisions de la CREG. La CREG rappelle que ce pouvoir de contrôle est effectivement mis en œuvre. En outre, la responsabilité politique qui découle de ce pouvoir de contrôle du Gouvernement est effective dès lors que le ministre ayant l'énergie dans ses attributions est fréquemment questionné à la Chambre au sujet des actes de la CREG.

A.2.2. La CREG considère, à titre subsidiaire, que la question amène une réponse négative dans la mesure où les modalités de contrôle de la CREG sont conformes au principe d'égalité. La CREG soutient que la question préjudicielle revient à remettre en cause la notion même d'autorité administrative indépendante dans la mesure où le législateur a entendu reconnaître à ce type d'autorité administrative une marge d'autonomie incompatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou de tutelle. La CREG souligne, par conséquent, que l'indépendance des autorités administratives vis-à-vis du Gouvernement est une dimension qui leur est

consubstantielle et que la question préjudicielle revient à remettre en cause la notion d'autorité administrative indépendante.

Ensuite, la CREG estime que les catégories visées par la question préjudicielle - les destinataires d'une décision de la CREG, d'une part, et les destinataires d'une décision d'une administration placée sous l'autorité directe d'un ministre, d'autre part - ne sont pas comparables, eu égard aux spécificités du secteur. En effet, les entités vis-à-vis desquelles la CREG exerce sa compétence tarifaire sont des monopolistes légaux. Cette situation de monopole différencie les gestionnaires des autres opérateurs économiques qui agissent dans un contexte concurrentiel. Elle justifie une régulation différente qui implique, le cas échéant, des mesures différentes.

Enfin, la mesure n'est pas, selon la CREG, disproportionnée. Le destinataire des mesures prises par la CREG ne semble pas bénéficier d'une protection moindre que le destinataire des mesures d'une autorité administrative soumise à une tutelle ordinaire.

Dès lors, la CREG ne voit pas en quoi le fait que le ministre de l'Energie supporte ou non de façon directe la responsabilité politique, devant la Chambre, des mesures prises par la CREG constituerait une situation plus ou moins favorable pour le gestionnaire de réseau concerné. Il n'est pas davantage manifeste en quoi la réclamation de documents comptables ou l'imposition d'une amende administrative par la CREG serait plus préjudiciable que la prise de mesures identiques par des administrations classiques.

A.2.3. A titre infiniment subsidiaire, la question serait sans effet dans la mesure où l'appréciation des modalités de contrôle de la CREG ne peut mener à remettre en cause le droit européen. Dans le cadre de la troisième directive « électricité » du 13 juillet 2009, l'indépendance du régulateur vis-à-vis du Gouvernement doit être quasi totale, ce dernier ne pouvant donner aucune instruction concrète au régulateur. Même sous l'empire de la deuxième directive « électricité », l'indépendance du régulateur doit exister par rapport aux acteurs du secteur.

A.2.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG explique pourquoi, en Belgique, le législateur a opté pour l'octroi d'une certaine autonomie à l'autorité de régulation, qui est plus poussée que celle d'une administration ordinaire. Cette circonstance se justifie notamment par le fait que, bien davantage que dans le secteur des télécommunications, les autorités publiques disposent d'intérêts directs dans le secteur de l'électricité. La ville de Wavre en est l'illustration aboutie, puisqu'elle cumule les statuts de collectivité locale et de gestionnaire de réseau de distribution, sans même passer par le truchement d'une structure juridique distincte ou d'une prise de participation.

Par ailleurs, les propos de la ville de Wavre doivent être nettement relativisés lorsqu'elle dépeint le pouvoir de la CREG en matière d'amendes administratives comme lui laissant un large pouvoir d'appréciation. La CREG ne peut imposer une amende que pour faire respecter des dispositions existantes de la loi ou de ses arrêtés d'exécution. Pour ce qui est du taux, la CREG ne peut fixer l'amende que dans une fourchette établie par le législateur.

Position du Conseil des ministres

A.3.1. Le Conseil des ministres rappelle, dans un premier temps, que la Belgique était tenue de transposer les dispositions des directives 96/92/CE et 2003/54/CE. Les dispositions qui confient des prérogatives d'autorité administrative à la CREG sont donc la conséquence directe d'une transposition obligatoire des directives. Même si les prérogatives d'autorité administrative de la CREG devaient violer les articles 10 et 11, pris isolément et combinés avec les articles 33 et 37, de la Constitution, *quod non*, le Conseil des ministres remarque qu'il échappe à la compétence de la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé, dont font partie les directives en cause. Pour ce motif, le Conseil des ministres considère que la question préjudicielle n'appelle pas de réponse.

A.3.2. Subsidièrement, le Conseil des ministres observe que la CREG est soumise à des mécanismes de contrôle politique et juridictionnel complexes qui ménagent la nécessaire tutelle sur son action et les impératifs d'indépendance. Selon le Conseil des ministres, le préalable à la question préjudicielle, à savoir la prétendue absence de contrôle de l'action de la CREG, à l'instar du contrôle effectué sur le pouvoir exécutif, manque en fait. Pour ce motif, le Conseil des ministres estime que la question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.3.3. Plus subsidiairement encore, le Conseil des ministres considère que les articles de la Constitution invoqués dans la question préjudicielle ne sont pas violés.

Tout d'abord, le Conseil des ministres remarque que la CREG n'est pas une autorité administrative comme les autres. En effet, en tant qu'autorité administrative indépendante, la CREG répond à des exigences particulières qui nécessitent notamment une indépendance plus ou moins importante par rapport au pouvoir exécutif.

Ensuite, il ne fait aucun doute, selon le Conseil des ministres, que la création de la CREG, à l'initiative des législations européennes et dans un but d'harmonisation des législations des Etats membres quant à la libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité, poursuit un but légitime. Eu égard aux compétences de la CREG, le Conseil des ministres estime qu'il est justifié de prévoir que la tutelle du pouvoir exécutif sur les décisions de la CREG sera limitée et qu'elle rendra directement compte de son activité devant les Chambres législatives. Il paraît aussi justifié d'organiser son indépendance, dès lors notamment que le pouvoir exécutif prend part à l'activité du secteur.

Le critère de distinction entre activité de régulation, d'une part, et pouvoirs généraux d'exécution, d'autre part, est, eu égard à ce qui précède, objectif.

Enfin, le Conseil des ministres considère qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre le but légitime poursuivi et les moyens utilisés, à savoir le fait de confier certaines prérogatives d'autorité administrative à la CREG. Cette proportionnalité est encore assurée par l'économie du système de contrôle de la CREG.

L'indépendance par rapport au pouvoir exécutif est limitée dès lors que celui-ci dispose d'une tutelle sur certaines décisions de la CREG.

Pour le reste, le Conseil des ministres rappelle que les décisions de la CREG sont soumises soit à un contrôle de type juridictionnel, soit au contrôle du Parlement, devant lequel elle doit se justifier politiquement de ces décisions.

- B -

B.1.1. L'article 23 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, tel qu'il était applicable aux faits soumis au juge du fond, disposait :

« [...] »

§ 2. La commission est investie d'une mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du marché de l'électricité, d'une part, et d'une mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y relatifs, d'autre part.

A cet effet, la commission :

[...]

15° contrôle la comptabilité des entreprises du secteur de l'électricité en vue notamment de vérifier le respect des dispositions de l'article 22 et l'absence de subsides croisés entre les activités de production, de transport et de distribution;

[...] ».

L'article 31 de la loi précitée disposait :

« Sans préjudice des autres mesures prévues par la présente loi, la commission peut enjoindre à toute personne physique ou morale établie en Belgique de se conformer à des dispositions déterminées de la présente loi ou de ses arrêtés d'exécution dans le délai que la commission détermine. Si cette personne reste en défaut à l'expiration du délai, la commission peut, la personne entendue ou dûment convoquée, lui infliger une amende administrative. L'amende ne peut être, par jour calendrier, inférieure à cinquante mille francs ni supérieure à quatre millions de francs, ni, au total, supérieure à quatre-vingts millions de francs ou 3 pour-cent du chiffre d'affaires que la personne en cause a réalisé sur le marché belge de l'électricité au cours du dernier exercice clôturé, si ce dernier montant est supérieur. L'amende est recouvrée au profit du Trésor par l'Administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines. Les amendes administratives imposées par la commission au gestionnaire du réseau ne sont pas reprises dans les coûts visés à l'article 12, § 2, 2^o, mais sont déduites de la marge bénéficiaire équitable visée à l'article 12, § 2, 3^o ».

Il s'agit des dispositions en cause.

B.1.2. L'article 22 de la même loi disposait :

« § 1er. La loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises et ses arrêtés d'exécution, ainsi que les articles 64 à 66, 77 (à l'exception de son sixième alinéa), 80, 80*bis* et 177*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales sont applicables au gestionnaire du réseau et aux gestionnaires des réseaux de distribution, producteurs, distributeurs, fournisseurs et intermédiaires qui sont des sociétés ou organismes de droit belge, quelle que soit leur forme juridique. Les comptes annuels de ces entreprises indiquent, dans leur annexe, toutes opérations significatives effectuées avec des entreprises liées ou associées au cours de l'exercice en cause.

§ 2. Les entreprises visées au § 1er qui sont intégrées verticalement ou horizontalement tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour leurs activités de production, de transport et de distribution et, le cas échéant, pour l'ensemble de leurs activités en dehors du secteur de l'électricité, de la même façon que si ces activités étaient exercées par des entreprises juridiquement distinctes.

[...]

Les comptes annuels des entreprises visées au premier alinéa reprennent, dans leur annexe, un bilan et un compte de résultats pour chaque catégorie d'activités, ainsi que les règles d'imputation des postes d'actif et de passif et des produits et charges qui ont été appliquées pour établir les comptes séparés. Ces règles ne peuvent être modifiées qu'à titre exceptionnel et ces modifications doivent être indiquées et dûment motivées dans l'annexe aux comptes annuels.

§ 3. La commission peut prescrire que les entreprises visées au § 1er ou certaines catégories de celles-ci lui transmettent périodiquement des informations chiffrées ou descriptives concernant leurs comptes séparés ou leurs relations financières ou commerciales avec des entreprises liées ou associées en vue de permettre à la commission de vérifier que ces rapports ne sont pas susceptibles de nuire aux intérêts essentiels des consommateurs ou à la bonne exécution des obligations de service public de l'entreprise concernée.

[...]

Tout arrêté pris en vertu de l'article 11, 2°, de la loi du 17 juillet 1975 précitée pour le secteur de l'électricité et toute dérogation accordée à des entreprises relevant de ce secteur en application de l'article 15 de la même loi sont soumis à l'avis préalable de la commission ».

B.1.3. La loi précitée du 29 avril 1999 a fait l'objet de modifications successives. La loi du 1er juin 2005 « portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité » (*Moniteur belge* du 14 juin 2005) vise à transposer 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 ». Elle redéfinit notamment les missions dévolues aux autorités compétentes en matière de libéralisation du marché de l'électricité et a pour objectif d'opérer une distinction entre les missions de préparation de la politique par l'administration et les missions de surveillance du fonctionnement du marché par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : CREG). L'article 6 de la loi du 27 juillet 2005 « organisant les voies de recours contre les décisions prises par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz » (*Moniteur belge* du 29 juillet 2005) a confié à la Cour d'appel de Bruxelles, siégeant comme en référé, la compétence de connaître des recours formés, notamment, contre les décisions de la CREG infligeant des amendes administratives. La Cour d'appel est saisie du fond du litige et dispose d'une compétence de pleine juridiction. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi, ces recours étaient ceux prévus par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, qui pouvait sanctionner les illégalités ou les erreurs manifestes d'appréciation des décisions de la CREG.

B.1.4. Il apparaît des données de l'affaire que le litige pendant devant le Conseil d'Etat a pour objet une demande d'annulation de la décision de la CREG qui a infligé une amende

administrative pour une infraction commise avant l'entrée en vigueur des lois des 1er juin et 27 juillet 2005 précitées.

La Cour répond à la question préjudicielle à la lumière des dispositions en vigueur au moment où l'acte administratif attaqué devant le Conseil d'Etat a été pris.

B.2. La Cour est interrogée sur la compatibilité des articles 23, § 2, alinéa 2, 15°, et 31 précités de la loi du 29 avril 1999 avec les articles 10 et 11, combinés ou non avec les articles 33 et 37, de la Constitution, en ce que le destinataire d'une décision de la CREG, dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ferait l'objet d'une différence de traitement injustifiée par rapport au destinataire d'une décision des autorités administratives dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif, les décisions de la CREG échappant au contrôle du pouvoir exécutif et, par conséquent, à la possibilité d'assumer devant la Chambre des représentants la responsabilité politique des actes qu'elle pose.

B.3.1. La Commission de Régulation de l'Electricité a été créée par l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 « relative à l'organisation du marché de l'électricité ». Dans la loi du 29 avril 1999 « relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité » (*Moniteur belge* du 11 mai 1999), des compétences complémentaires en matière du marché du gaz lui ont été octroyées; la Commission est dès lors désignée à l'article 15 de cette dernière loi comme étant la « Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz » ou CREG. La CREG est un organisme autonome ayant la personnalité juridique dont le siège est établi dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale.

Aux termes de l'article 23 de la loi en cause du 29 avril 1999 et de l'article 15/14 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, la CREG est investie d'une mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz, d'une part, et d'une mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y

relatifs, d'autre part. L'article 31 de la même loi du 29 avril 1999 autorise notamment la CREG à infliger des sanctions sous la forme d'amendes administratives en cas de violation des dispositions de la loi précitée ou de ses arrêtés d'exécution.

B.3.2. La création de la CREG s'inscrit dans le contexte de la libéralisation du marché de l'électricité réalisée en exécution de directives de l'Union européenne.

Ces directives tendent à assurer l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence au bénéfice des entreprises et des consommateurs. Elles ont imposé la création, dans chaque Etat membre, d'une autorité nationale de régulation qui a notamment pour mission d'exercer un contrôle sur les gestionnaires de réseau et sur leurs tarifs et qui peut aussi être chargée du contrôle de leur comptabilité. La CREG est l'autorité fédérale belge de régulation des marchés de l'électricité et du gaz.

B.4. La CREG est une autorité administrative qui dispose d'une large autonomie qui n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative. Elle est instituée dans le but d'accomplir certaines missions que le législateur souhaitait soustraire à l'autorité du Gouvernement fédéral.

B.5. L'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative n'est pas contraire à la Constitution. L'article 37 de la Constitution, invoqué aussi dans la question préjudicielle, ne s'oppose pas non plus à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire. Par ailleurs, dans le considérant 34 de la directive 2009/72/CE, il est dit que l'indépendance du régulateur de l'énergie « n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des Etats membres ».

B.6.1. Les actes administratifs de la CREG peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 2005 précitée, ils étaient soumis aux recours prévus par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

B.6.2. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'il procède à un contrôle juridictionnel approfondi, tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit. Le Conseil d'Etat examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée au fait établi. Lorsqu'il annule cette dernière, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil d'Etat : si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision; si elle s'en tient à l'annulation, l'acte attaqué est réputé ne pas avoir existé.

B.6.3. En outre, le Conseil d'Etat peut, dans les conditions prévues par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ordonner la suspension de l'exécution de la décision qui a imposé des sanctions, le cas échéant, en statuant en extrême urgence.

B.6.4. Les justiciables d'une décision prise par la CREG disposaient donc devant le Conseil d'Etat, au moment où l'affaire en cause a été introduite devant lui, d'un recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale.

B.7. En exécution et dans les limites du droit de l'Union européenne, le législateur est compétent pour régler les missions et le fonctionnement de la CREG. Il lui appartient aussi d'approuver son budget. La CREG doit transmettre annuellement au ministre un rapport portant notamment sur l'exécution de ses missions et le ministre communique ce rapport annuel aux Chambres législatives fédérales et aux Gouvernements de région (article 23, § 3, de la loi du 29 avril 1999 en cause). Ces chambres législatives peuvent par ailleurs, en usant des moyens de contrôle dont elles disposent, appeler le ministre compétent ou le Gouvernement fédéral à se justifier.

Il ressort de ce qui précède qu'il existe bien un contrôle parlementaire.

B.8.1. Dans la mesure où ce qui précède ne suffirait pas pour justifier que les personnes qui font l'objet d'une décision de la CREG « ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir

exécutif », cette situation est justifiée, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par les exigences découlant du droit de l'Union européenne.

B.8.2. Le fait que la CREG exerce ses missions avec un degré élevé d'autonomie découle en effet des exigences du droit de l'Union européenne, qui est progressivement devenu plus explicite en l'espèce.

B.8.3.1. L'article 20, paragraphe 3, de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité », applicable à l'époque des faits de l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle, disposait que les Etats membres devaient désigner une autorité compétente, indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question. L'article 22 de la directive disposait que les Etats membres devaient créer des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs, et tout comportement prédateur.

B.8.3.2. En vertu de l'article 23 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 » - directive qui devait être intégrée pour le 1er juillet 2004 -, les Etats membres désignent un ou plusieurs organes compétents chargés d'exercer les fonctions d'autorités de régulation. Ces organes sont totalement indépendants des intérêts du secteur de l'électricité. Ils sont au minimum chargés d'assurer la non-discrimination, une concurrence effective et le fonctionnement efficace du marché en ce qui concerne les matières précisées par la suite dans cette disposition, parmi lesquelles la dissociation comptable, afin d'éviter des subventions croisées entre les activités de production, de transport, de distribution et de fourniture.

B.8.3.3. L'article 35 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 « concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE » - directive qui doit être intégrée pour le 3 mars 2011 - dispose :

« 1. Chaque Etat membre désigne une seule autorité de régulation nationale au niveau national.

[...]

4. Les Etats membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. À cet effet, les Etats membres veillent à ce que, dans l'exécution des tâches de régulation qui lui sont conférées par la présente directive et la législation connexe :

a) l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée;

b) l'autorité de régulation veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion :

i) agissent indépendamment de tout intérêt commercial; et

ii) ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation. Cette exigence est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées ou d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation visées à l'article 37.

5. Afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les Etats membres veillent notamment à ce que :

a) l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique, bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une autonomie dans l'exécution du budget alloué, et dispose de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations; et

b) les membres du conseil de l'autorité de régulation ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs de l'autorité de régulation soient nommés pour une période déterminée comprise entre cinq et sept ans maximum, renouvelable une fois.

En ce qui concerne le premier alinéa, point b), Les Etats membres assurent un système approprié de rotation pour le conseil ou les cadres supérieurs. Les membres du conseil ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs ne peuvent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne satisfont plus aux conditions fixées par le présent article ou ont commis une faute selon le droit national ».

A cet égard, il est exposé ce qui suit dans les considérants 33 et 34 de cette directive :

« (33) La directive 2003/54/CE a instauré l'obligation pour les Etats membres d'établir des régulateurs dotés de compétences spécifiques. Pourtant, l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes. C'est la raison pour laquelle le Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 a

invité la Commission à élaborer des propositions législatives de nature à assurer une plus grande harmonisation des pouvoirs et le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux de l'énergie. Il devrait être possible que ces autorités de régulation nationales couvrent tant le secteur de l'électricité que celui du gaz.

(34) Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des Etats membres. Par ailleurs, le fait que le budget du régulateur soit approuvé par le législateur national ne fait pas obstacle à l'autonomie budgétaire. Il convient que les dispositions relatives à l'autonomie de l'autorité de régulation en ce qui concerne la mise en œuvre du budget qui lui est alloué soient appliquées dans le cadre défini par la législation et la réglementation budgétaires nationales. Tout en contribuant par un système approprié de rotation à l'indépendance de l'autorité de régulation nationale à l'égard de tout intérêt économique ou politique, il convient que les Etats membres puissent tenir dûment compte de la disponibilité en ressources humaines et de la taille du conseil ».

B.9. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Les articles 23, § 2, alinéa 2, 15°, et 31 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité ne violent pas les articles 10 et 11, combinés ou non avec les articles 33 et 37, de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 18 novembre 2010.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior