

| |
|-------------------------------------|
| Numéro du rôle : 5424 |
| Arrêt n° 117/2013 du 7 août 2013 |

A R R E T

En cause : le recours en annulation partielle de la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », introduit par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG).

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents J. Spreutels et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, et, conformément à l'article 60bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, du président émérite R. Henneuse, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président émérite R. Henneuse,

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 15 juin 2012 et parvenue au greffe le 18 juin 2012, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG), dont le siège est établi à 1040 Bruxelles, rue de l'Industrie 26-38, a introduit un recours en annulation partielle de la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » (publiée au *Moniteur belge* du 11 janvier 2012).

Des mémoires ont été introduits par :

- la SA « Marcinelle Energie », dont le siège social est établi à 6030 Marchienne-au-Pont, rue de la Providence 150;
- l'association chargée de mission « Intercommunale voor Energie » (IVEG), dont le siège est établi à 2660 Hoboken, Antwerpsesteenweg 260, et l'association chargée de mission « Infrax West », dont le siège est établi à 8820 Torhout, Noordlaan 9;
- le Conseil des ministres.

La partie requérante a introduit un mémoire en réponse, la SA « Marcinelle Energie », l'association chargée de mission « Intercommunale voor Energie » (IVEG), l'association chargée de mission « Infrax West » et le Conseil des ministres ont également introduit des mémoires en réplique.

A l'audience publique du 16 avril 2013 :

- ont comparu :
 - . Me P. de Bandt, Me D. Verhoeven et Me D. Vaxelaire, *loco* Me D. Lindemans, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;
 - . Me L. Depré, avocat au barreau de Bruxelles, pour la SA « Marcinelle Energie »;
 - . Me T. Chellingsworth et Me D. Vanherck, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'association chargée de mission « Intercommunale voor Energie » (IVEG) et pour l'association chargée de mission « Infrax West »;
 - . Me G. Block, Me L. Cozigou et Me L. Hage, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J. Spreutels 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. *En droit*

- A -

Quant aux dispositions attaquées

A.1.1. La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : la CREG) et le Conseil des ministres indiquent que la loi attaquée modifie la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : « la loi sur l'électricité ») et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : « la loi sur le gaz ») afin de transposer et de donner exécution aux directives et règlements européens suivants :

- la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (ci-après : « la directive 2009/72/CE »);

- la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (ci-après : « la directive 2009/73/CE »);

- la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (ci-après : « la directive 2009/28/CE »);

- le règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ci-après : « le règlement (CE) n° 713/2009 »);

- le règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003 (ci-après : « le règlement (CE) n° 714/2009 »);

- le règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005 (ci-après : « le règlement (CE) n° 715/2009 »).

A.1.2. Les deux premières directives et les règlements font partie de ce qui est communément appelé le « troisième paquet énergie » qui entend permettre la réalisation du marché intérieur.

La directive 2009/72/CE vise à instaurer des règles communes en matière de production, de transport, de distribution et de fourniture d'électricité. Elle définit également les obligations de service universel et les droits des consommateurs. Enfin, elle clarifie les obligations de concurrence, tandis que la directive 2009/73/CE vise à instaurer des règles communes en matière de transport, de distribution, de fourniture et de stockage de gaz.

A.1.3. Le Conseil des ministres ajoute que ces mesures, qui avaient été précédées en 2003 de directives relatives à la libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz, visent à accroître l'indépendance des autorités nationales de régulation (la loi attaquée investit ainsi la CREG de la compétence de fixer les méthodologies tarifaires qui ne seront plus fixées par arrêté royal – conformément à l'arrêt n° 97/2011 – et prévoit qu'elle ne devra plus rendre compte que devant la Chambre des représentants), à renforcer la protection des consommateurs (la loi attaquée renforce à cette fin les compétences de la CREG) et à dissocier les gestionnaires de réseaux de transport d'électricité et de gaz naturel, à savoir l'« *unbundling* » (ce qui était déjà réalisé en Belgique, de sorte que la loi attaquée se limite à cet égard à des modifications de forme et à prévoir des procédures de certification).

A.1.4. Le Conseil des ministres indique aussi que la loi attaquée est issue d'un processus de consultation intense au cours duquel la CREG a proposé, sous le couvert d'une étude que les lois sur le gaz et sur l'électricité l'habilitent à réaliser, des modifications devant être apportées à la législation, alors que ce pouvoir relève du seul législateur. Certaines de ces propositions ont été adoptées, d'autres non, ce qui explique sans doute le présent recours, alors pourtant que la loi attaquée a pleinement mis en œuvre les mesures prévues par les normes européennes.

A.1.5. Dans son mémoire en réponse, la CREG indique que l'étude en question visait uniquement à contribuer, par des analyses fouillées, à la qualité du travail législatif. Les erreurs de transposition sont en effet fréquentes et le nombre de « fautes de frappe » du législateur admises par le Conseil des ministres montre que ces analyses étaient pertinentes.

A.1.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres se réfère aux questions préjudicielles qu'il a, dans son mémoire, proposé de poser à la Cour de justice de l'Union européenne et dont la réponse serait déterminante pour statuer sur la validité de la transposition des directives en droit belge. Il s'étonne que l'autorité de régulation nationale, partie requérante, ne soutienne pas la proposition d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne, à défaut de l'avoir proposé elle-même, et demande que ces questions préjudicielles soient posées.

Il indique par ailleurs que les erreurs matérielles contenues dans le texte seront corrigées.

Quant à la recevabilité

En ce qui concerne l'intérêt à agir de la partie requérante

A.2.1. La CREG expose qu'en tant qu'institution fédérale pour la régulation des marchés du gaz naturel et de l'électricité, chargée de missions de conseil, de surveillance et de contrôle et habilitée à prendre toutes les mesures pour atteindre les objectifs fixés à l'article 23, § 1er, de la loi sur l'électricité et à l'article 15/14, § 1er, de la loi sur le gaz, elle a intérêt à demander l'annulation de dispositions qui contreviennent aux normes européennes dont elles prétendent assurer la transposition et l'exécution, qui portent atteinte aux pouvoirs que le législateur est censé lui attribuer lors de cette transposition et qui ne transposent pas correctement des directives lui permettant d'assurer l'application correcte du cadre réglementaire européen. Elle ajoute que compte tenu de la jurisprudence de l'arrêt « Fratelli Costanzo » de la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-103/88), elle est tenue, comme tous les organes de l'administration, d'écarter les dispositions de droit national qui sont contraires à des dispositions suffisamment inconditionnelles et précises des directives concernées; l'insécurité juridique qui en résulte lui permet de justifier de l'intérêt à demander l'annulation de ces dispositions par un arrêt ayant un effet *erga omnes et ex tunc*.

En ce qui concerne l'intérêt à agir des parties intervenantes

A.2.2.1. La SA « Marcinelle Energie » justifie son intérêt à l'intervention par la circonstance qu'elle estime pouvoir bénéficier du mécanisme instauré par l'article 4, 6°, de la loi attaquée dont l'annulation est demandée par la partie requérante.

Elle indique avoir construit et exploiter une centrale électrique dite « TGV » (turbine gaz-vapeur) de 420 MW. En vertu d'un contrat de raccordement au réseau conclu avec le gestionnaire du réseau de transport d'électricité ELIA, elle injecte depuis 2011 l'électricité qu'elle produit dans le réseau à haute tension (150 kV). Elle expose que l'article 4, 6°, attaqué tend à encourager l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché belge de la production électrique en atténuant les risques de pénalité qu'ils encourent de la part du gestionnaire de réseau de transport en cas d'écart entre le volume de la production prévue et celui de la production effective, ce gestionnaire leur imposant de notifier *a priori*, quart d'heure par quart d'heure, le volume prévu. Un nouvel entrant est d'autant plus pénalisé que, lors de la période des essais, la production est sujette à certains aléas et que, lorsque, comme en l'espèce, il n'a qu'une seule unité de production, il ne peut compenser l'absence de la production notifiée en ayant recours à une autre unité de production. La partie intervenante remplit les conditions prévues par la disposition attaquée pour prétendre au bénéfice de celle-ci puisqu'elle n'a pas produit d'électricité en 2010 et a lancé une nouvelle unité de production en 2011, avec une première injection le 7 mai 2011. Elle a demandé au gestionnaire de réseau de se voir reconnaître le bénéfice de la disposition précitée.

A.2.2.2. Les associations prestataires de services IVEG et INFRAX WEST, parties intervenantes, indiquent qu'elles sont des gestionnaires de réseau de distribution de gaz ou d'électricité soumis à un régime de tarifs réglementés de distribution, aujourd'hui régi par l'article 12*bis* de la loi sur l'électricité et par l'article 15/5*ter* de la loi sur le gaz.

Elles estiment justifier de l'intérêt requis pour demander, comme la CREG, l'annulation de dispositions relatives aux tarifs de distribution, ceux-ci représentant la plus grande part de leurs recettes, lorsque ces dispositions sont contraires à celles invoquées par la CREG. La sécurité juridique tarifaire est en effet essentielle et il est préférable d'annuler dès maintenant des dispositions, même favorables aux parties intervenantes, plutôt que de les censurer après plusieurs années d'application.

Elles estiment aussi justifier d'un intérêt suffisant pour défendre certaines des dispositions qui sont attaquées par la CREG et qui règlent la procédure tarifaire qu'elle doit suivre tant pour établir la méthode que les gestionnaires de réseau de distribution doivent appliquer pour calculer les tarifs que pour approuver ensuite ces tarifs. Les interventions de la CREG sont de nature à porter atteinte aux garanties que constitue le respect de ces procédures.

Quant à la compétence de la Cour

A.3.1. La CREG soutient que la Cour est compétente pour connaître du recours parce que la violation du cadre réglementaire européen par le législateur fédéral emporte nécessairement la violation des principes d'égalité et de non-discrimination, garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution, dès lors que les dispositions nationales n'assurent pas aux personnes qui se les voient appliquer les droits et libertés reconnus sans discrimination par les dispositions européennes, alors que les autres sujets de droit se voient en principe appliquer des règles de droit conformes au droit européen.

A.3.2. Le Conseil des ministres soutient à différentes reprises que des moyens sont, en leurs branches ou sous-branches, irrecevables ou ne relèvent pas de la compétence de la Cour en ce qu'ils ne tendent pas à démontrer une quelconque discrimination, omettant toute démonstration dans ce sens et ne se rattachant pas utilement aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Quant au fond

Premier moyen (statut et compétences de la CREG)

A.4. Le premier moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 1, 11 et 14, de la directive 2009/72/CE, avec les articles 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 1, 4, 11 et 14, de la directive 2009/73/CE, et avec l'article 16 de la Constitution *juncto* l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne

des droits de l'homme (première branche) et avec les articles 9, 10, 11, 15, paragraphe 2, 35, paragraphes 4 et 5, 36, point g), et 37, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/72/CE, avec les articles 9, 10, 11, 36, 39, paragraphes 4 et 5, 40, point g), 41, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/73/CE, ainsi qu'avec les articles 15, paragraphe 2, 16, paragraphe 6, alinéa 2, et 17, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 715/2009, avec les articles 1er, paragraphe 10, 2, paragraphes 6 et 13, 5, paragraphes 2 et 4, 6, paragraphe 1, et suivants de l'annexe I dudit règlement, et avec l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2009/28/CE (deuxième branche).

Première branche

A.5. La CREG soutient qu'en ne transposant pas correctement les dispositions du chapitre VIII de la directive 2009/73/CE, le législateur crée des discriminations entre la CREG et les autres autorités de régulation nationale dont l'indépendance, les compétences et les pouvoirs ont été définis conformément au droit européen, entre acteurs sur le marché de l'énergie suivant qu'ils sont établis en Belgique ou dans d'autres Etats membres et entre acteurs dans l'économie belge suivant qu'ils sont actifs dans le secteur du gaz et de l'électricité ou dans d'autres secteurs pour lesquels, tel celui des télécommunications, les droits et garanties découlant du droit européen ont été transposés correctement.

A.6. La CREG indique que l'indépendance, vis-à-vis de toute entité publique ou privée, de l'autorité de régulation nationale, inscrite à l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/72/CE et à l'article 39, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/73/CE - dont les dispositions ne sont pas exhaustives - est une option claire du législateur européen et a été consacrée par la Cour constitutionnelle (arrêt n° 130/2010) comme par la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 9 mars 2010, C-518/07, point 30, *mutatis mutandis*).

Première sous-branche

A.7.1. Selon la CREG, l'article 38, 1°, de la loi attaquée viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il modifie l'article 24, § 1er, de la loi sur l'électricité pour créer un conseil général au sein de la CREG qui en fait partie et qui comprend des représentants du Gouvernement fédéral et de diverses organisations représentatives, telles celles des travailleurs, des employeurs, des classes moyennes et des consommateurs qui, selon le Conseil d'Etat, n'ont pas la même indépendance que celle requise des membres du comité de direction de la CREG, alors que le conseil général peut, en vertu de l'article 24, § 3, alinéa 2, 1°, de la loi sur l'électricité, définir les orientations pour l'exécution de la loi. Il est ainsi portée atteinte à l'indépendance du comité de direction de la CREG.

A.7.2. Le Conseil des ministres estime que le grief procède d'une lecture erronée de l'article 38 de la loi attaquée, qui distingue clairement le conseil général du comité de direction dont par ailleurs il garantit, parmi les sous-structures de la CREG, l'indépendance. Rien n'interdit au comité de direction de recourir à des avis externes complémentaires et la note interprétative de la Commission européenne indique que rien ne s'oppose à ce que les Etats membres prévoient plusieurs sous-structures, ayant même un pouvoir décisionnel, au sein du régulateur, pour autant que leur indépendance soit garantie. Il en est ainsi dans plusieurs Etats membres. Le législateur belge a assuré l'indépendance du comité de direction, habilité à fixer le budget du conseil général qui ne peut adresser d'instructions et dont le rôle a été réduit à un seul rôle d'avis non contraignant; il ne dispose donc pas d'un pouvoir de décision, de sorte que l'indépendance de ses membres n'avait pas à être garantie.

Le Conseil des ministres indique encore qu'il est envisagé de modifier la loi afin de créer un organe consultatif totalement distinct.

A.7.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que les critères d'indépendance de l'autorité de régulation prévus par les directives doivent être respectés pour ses sous-structures, quelles que soient leurs compétences; cette autorité n'est pas constituée que des seuls comité de direction et chambre des litiges, ainsi que l'indique l'article 35, paragraphe 4, point b), de la directive 2009/72/CE. Les autorités qui regroupent diverses compétences de régulation sectorielle ou de concurrence créées par d'autres Etats membres ne sont ni des autorités au sein desquelles le législateur aurait érigé un organe consultatif constitué de représentants du secteur ni des autorités qui ne seraient pas indépendantes à l'égard du secteur public ou privé; de toute manière,

la circonstance qu'un Etat membre ne se conforme pas à une directive ne justifie pas qu'un autre Etat ne s'y conforme pas non plus. Quant au budget du conseil général, il fait partie du budget de la CREG, ce qui confirme qu'il n'y a pas d'indépendance structurelle de l'un vis-à-vis de l'autre. Enfin, un projet de loi correctrice ne prive pas le moyen de son fondement.

A.7.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres fait valoir que le conseil général est un lieu de dialogue et de réflexion qui ne peut avoir d'influence sur l'autorité de régulation nationale : même s'il fait partie de celle-ci, il ne remplit aucune mission de régulation et ne dispose d'aucun pouvoir de décision contraignant.

Deuxième sous-branche

A.8.1. Selon la CREG, l'article 38, 1^o, et l'article 43 de la loi attaquée violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils modifient les articles 24 et 29 de la loi sur l'électricité et créent une chambre des litiges auprès de la CREG qui n'en fait pas partie intégrante et qui n'offre pas les mêmes garanties d'indépendance et de compétence que les membres de cette dernière ou de son personnel.

A.8.2. Elle indique que selon l'article 29 de la loi sur l'électricité, la chambre des litiges, tout en étant instituée comme organe de la CREG, est conçue, tant dans sa composition que dans son fonctionnement, comme un organe n'ayant aucun lien avec l'autorité de régulation nationale et ses activités : ses membres ne peuvent relever de la CREG (le président étant un magistrat de l'ordre judiciaire) et elle dispose de pouvoirs autonomes et distincts de ceux du comité de direction, alors que l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE a entendu conférer une compétence de règlement des litiges à l'autorité de régulation nationale elle-même et non à une instance de recours séparée et indépendante, comme l'a relevé le Conseil d'Etat. Le souci d'impartialité évoqué dans les travaux préparatoires n'est pas fondé puisque les litiges relevant de cette chambre ont trait, non aux décisions de l'autorité de régulation mais aux différends entre les gestionnaires de réseaux et les utilisateurs des réseaux, vis-à-vis desquels l'impartialité des membres (du personnel) de la CREG est précisément garantie. L'article 29, § 1er, alinéa 1er, excepte par ailleurs les litiges de type contractuel de la compétence de la chambre des litiges alors que l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE ne permet pas cette exception. Enfin, la loi impose aux membres de cette chambre des obligations d'indépendance qui ne sont pas les mêmes que celles prévues pour le personnel de l'autorité de régulation.

A.8.3. Les mêmes critiques sont adressées à l'article 91 de la loi attaquée, qui remplace l'article 15/18 de la loi sur le gaz et porte la même atteinte, *mutatis mutandis*, aux droits garantis par l'article 41, paragraphe 11, *juncto* l'article 39, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/73/CE.

A.8.4. Le Conseil des ministres se réfère à son argumentation reproduite en A.7.2 pour soutenir que la chambre des litiges peut, comme dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, constituer une sous-structure de la CREG, pour autant que les critères d'indépendance fixés par la directive soient respectés. Les exigences d'indépendance et d'impartialité imposées par la directive sont respectées par la loi attaquée qui, précisément, évite que le comité de direction de la CREG puisse à la fois être juge et partie lors de prises de décisions à l'égard du secteur : ces litiges, en matière de tarifs ou d'accès, concernent des gestionnaires de réseau et le comité de direction a pu être amené à émettre antérieurement un avis qui l'empêcherait de répondre aux critères d'impartialité s'il avait à trancher lesdits litiges. Il en est d'autant plus ainsi que la chambre des litiges peut infliger des amendes administratives assimilées à des sanctions pénales par la Cour européenne des droits de l'homme. Ces éléments ne semblent pas avoir été perçus par le Conseil d'Etat.

Par ailleurs, la fixation de critères d'indépendance différents pour le comité de direction et pour la chambre des litiges est conforme à l'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE, qui fixe les conditions d'indépendance du régulateur, dont relève la chambre des litiges.

Enfin, si la loi attaquée exclut les différends portant sur des droits contractuels de la compétence de la chambre des litiges, c'est parce que de telles contestations sont exclusivement du ressort des tribunaux en vertu de l'article 144 de la Constitution.

Pour les mêmes raisons, les reproches analogues adressés aux dispositions de la loi sur le gaz ne sont pas fondés.

A.8.5. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que les litiges en question sont ceux portant sur le respect des obligations imposées aux gestionnaires de réseau par les directives, voire par la loi et les règlements. Même si la CREG a déjà eu connaissance antérieurement d'une problématique, elle devra dans tous les cas appliquer la législation. Il est ensuite exclu que les membres du comité de direction puissent se trouver dans une position de juge et partie puisque l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE porte sur les seuls litiges entre les utilisateurs et le gestionnaire de réseau et que la CREG n'est pas partie au litige; l'article 37, paragraphe 17, de cette directive prévoit en outre l'existence d'un organisme indépendant des parties concernées lorsque sont attaquées des décisions adoptées par l'autorité de régulation nationale. L'existence, dans d'autres Etats membres, de dispositions similaires à celles qui sont attaquées ne constitue pas une justification; la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'oppose pas, de plus, à ce qu'une contestation soit préalablement soumise à un organe qui ne répond pas à toutes les exigences de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsque des impératifs de souplesse et d'efficacité le justifient. Enfin, l'article 144 de la Constitution ne constitue pas un argument pour priver la CREG d'une compétence de règlement des litiges, même portant sur des droits et obligations contractuels, dès lors que cette disposition constitutionnelle délimite la compétence des cours et tribunaux par rapport à celle des juridictions administratives; or, la CREG est une autorité administrative et non une juridiction administrative.

A.8.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres considère que les arguments avancés par la partie requérante dans son mémoire aboutissent à décider que la chambre des litiges ne pouvait faire l'objet d'une sous-structure auprès de la CREG. C'est pourtant l'autorité de régulation nationale qui doit connaître des différends opposant les utilisateurs de réseau et les gestionnaires. La circonstance que les décisions de la CREG peuvent faire l'objet de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles n'est par ailleurs pas de nature à empêcher le législateur, faisant usage du pouvoir d'appréciation qui est le sien, de prévoir, dès le premier degré de juridiction, que la chambre des litiges, qui est habilitée à prononcer des amendes administratives, qui constitue une autorité administrative indépendante, qui exerce un pouvoir répressif et qui tombe dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, soit constituée d'une manière conforme à ce que requiert cette disposition.

Troisième sous-branche

A.9.1. Selon la CREG, l'article 38, 5°, de la loi attaquée, modifiant l'article 24, § 2bis, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il permet d'engager des poursuites disciplinaires à l'encontre des membres du comité de direction de la CREG en cas de violation de toute clause légale ou réglementaire qui leur sont applicables en vertu de la loi sur l'électricité et de la loi sur le gaz. Or, selon l'article 35, paragraphe 5, deuxième alinéa, de la directive 2009/72/CE, il doit, compte tenu des différentes versions linguistiques de cette disposition, s'agir d'infractions particulièrement graves, comme l'a relevé le Conseil d'Etat. La définition trop large de la loi attaquée ouvre la voie à des pressions et à des intimidations exercées à l'encontre des membres du comité de direction et va ainsi à l'encontre de leur indépendance.

A.9.2. Le Conseil des ministres soutient qu'en permettant que les membres du conseil puissent être démis de leurs fonctions s'ils ont « commis une faute selon le droit national », la directive laisse aux Etats membres le soin de déterminer quelle faute peut être prise en compte, dans le respect du principe de subsidiarité. L'article 38, 5°, de la loi attaquée s'inscrit dans le strict respect des règles de la responsabilité civile des pouvoirs publics en droit belge, telles qu'elles ressortent de la jurisprudence de la Cour de cassation, de sorte que la notion de faute n'est pas illimitée. Il serait discriminatoire que la CREG ne soit pas soumise aux règles de la responsabilité civile alors qu'elle constitue une autorité administrative indépendante et que d'autres autorités étatiques y sont soumises.

A.9.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que le Conseil des ministres confond les règles relatives à la responsabilité civile et celles relatives à l'action disciplinaire. Permettre que des poursuites disciplinaires puissent être engagées contre un membre du comité de direction de la CREG lorsqu'il enfreint une disposition légale et que sa faute risque d'engager la responsabilité civile de l'Etat ouvrirait la voie à la possibilité d'exercer des pressions sur les intéressés, ce qui serait contraire à la directive. Or, selon celle-ci, la limitation des cas pouvant entraîner la démission des membres du comité de direction est essentielle pour assurer

l'indépendance de celui-ci. Il ne peut par ailleurs être admis que le conseil disciplinaire puisse imposer des sanctions civiles et pénales qui iraient bien au-delà de ce qu'autorise le droit administratif.

A.9.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres réplique que les règles relatives à la responsabilité civile et celles relatives à l'action disciplinaire sont en l'occurrence bel et bien liées puisque la responsabilité de l'autorité de régulation nationale est engagée par la faute commise par l'un de ses organes et que l'article 35, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE prévoit que les personnes qu'il vise peuvent être démis de leur fonction lorsqu'elles ont commis une faute selon le droit national. L'hypothèse de pressions ne peut être sérieusement envisagée dès lors que la procédure disciplinaire est exercée par un organe indépendant et impartial et suppose l'établissement d'une faute ou d'un manquement prévu à l'article 38, 5°, de la loi attaquée.

A.10.1. Selon la CREG, l'article 38, 5°, de la loi attaquée, insérant l'article 24, § 2bis, alinéa 4, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il permet au conseil disciplinaire de décider de la caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sortie contractuellement convenues avec les membres du comité de direction.

Il s'agit d'une ingérence dans le droit de propriété garanti par l'article 16 de la Constitution et par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme à propos duquel la Cour européenne des droits de l'homme décide que les avantages analogues à ceux en cause constituent des biens au sens de cette disposition. Or, la disposition attaquée ne peut être considérée comme visant un objectif légitime d'intérêt général et est disproportionnée puisque la sanction peut être imposée pour cause de violation de toute clause légale ou réglementaire applicable aux intéressés en vertu des « lois Gaz et Electricité » : ils peuvent dès lors être privés d'un élément substantiel de leur contrat alors qu'aucune limite n'est fixée au pouvoir du conseil disciplinaire de conclure à la démission avec caducité des droits acquis.

A.10.2. Le Conseil des ministres soutient que la procédure disciplinaire doit répondre aux exigences des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et que l'absence d'un conseil disciplinaire au sein de la CREG créerait une discrimination entre les membres du comité de direction de la CREG et les membres d'autres autorités administratives.

Selon lui, les indemnités de rupture des membres du comité de direction ne constituent pas un droit acquis et à supposer que tel soit le cas, un tel droit supposerait l'absence de toute infraction aux normes d'exercice des fonctions, comme pour tout autre haut fonctionnaire. A défaut, reconnaître un tel droit ne serait pas légitime.

A.10.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que la sanction de la caducité des droits est une mesure excessive qui ne pourra jamais répondre à l'exigence de proportionnalité si elle est imposée pour toute violation des clauses légales et réglementaires applicables aux membres du comité de direction.

A.10.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime qu'il n'est pas question de mesure excessive puisqu'elle fait l'objet d'une appréciation par le conseil disciplinaire, qui est un organe indépendant et impartial.

Quatrième sous-branche

A.11.1. Selon la CREG, l'article 36, 16°, de la loi attaquée, insérant l'article 23, § 2bis, dans la loi sur l'électricité, serait contraire aux dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il oblige la CREG à motiver ses décisions et à en transmettre le projet aux entreprises concernées afin de leur permettre de faire valoir leurs commentaires. Cela menace le processus décisionnel de la CREG et est contraire, comme l'a observé le Conseil d'Etat, à l'article 35, paragraphe 4, point b), de la directive 2009/72/CE qui lui interdit de demander ou de recevoir des instructions des autorités ou d'entités privées. La Commission européenne a indiqué elle-même que cette disposition n'implique une consultation que pour les décisions importantes.

A.11.2. La même critique est adressée à l'article 87, 10^o, de la loi attaquée, modifiant l'article 15/14, § 4, de la loi sur le gaz, compte tenu des articles 39, paragraphe 4, et 41, paragraphe 4, de la directive 2009/73/CE.

A.11.3. Selon le Conseil des ministres, les dispositions attaquées ne requièrent pas que l'entreprise appelée à faire part de ses observations à la CREG le fasse sur le vu d'un projet de décision : la consultation pourrait se faire, par exemple, sur la base d'un questionnaire.

Plus généralement, l'obligation de consultation s'inscrit dans une volonté d'améliorer la « gouvernance » dans le secteur de l'énergie et est à rapprocher d'une initiative similaire menée au niveau des institutions de l'Union européenne, formalisée dans un accord interinstitutionnel. Cela ne constitue pas une charge disproportionnée dès lors que la prise de décisions adéquates peut être favorisée et éviter des recours tels que ceux qui sont pendants devant la Cour d'appel de Bruxelles à l'encontre des décisions de la CREG et qui semblent avoir été motivés par la volonté d'avoir une première discussion avec celle-ci.

Quant à l'obligation de motivation, elle résulte tout à la fois des directives (tel l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE), du principe constitutionnel selon lequel chacun a droit à un procès juste et équitable et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, à laquelle la CREG est soumise non seulement en sa qualité d'autorité administrative soumise à un contrôle juridictionnel mais aussi en vertu de son propre règlement d'ordre intérieur actuel. L'obligation de publicité des décisions de la CREG s'inscrit dans le cadre de l'obligation de transparence des décisions administratives exprimée à l'article 32 de la Constitution et à l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE. Les actes préparatoires d'une décision permettent de comprendre les raisons de son adoption – la CREG a elle-même prévu, dans son règlement d'ordre intérieur, de les publier – et d'assurer l'égalité des administrés.

A.11.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG dit ne contester en rien les obligations de motivation et de transparence qui s'imposent à elle. Elle limite sa critique à l'obligation de consultation préalable, tout en indiquant qu'elle a elle-même prévu une telle consultation à l'article 8 de son règlement d'ordre intérieur mais en prévoyant des exceptions que la disposition attaquée s'abstient, à tort, de prévoir : les mesures d'enquêtes et les sanctions se concilient mal avec une obligation de consultation préalable et le Conseil des ministres ne démontre pas que celle-ci ne menace pas l'efficacité de l'action de la CREG et son indépendance.

Contrairement encore à ce que soutient le Conseil des ministres, c'est bien le projet de décision qui doit être communiqué aux entreprises et non un questionnaire, puisque la disposition attaquée renvoie aux « commentaires » que celles-ci formuleraient.

La CREG estime que les principes de consultation préalable inscrits dans la réglementation européenne n'ont trait qu'au processus législatif au niveau européen et ne s'appliquent qu'aux institutions européennes; les « principes visant à mieux légiférer » invoqués par le Conseil des ministres n'impliquent pas un processus participatif pour toute décision de l'autorité de régulation et l'obligation de transparence consacrée par le « troisième paquet énergie » n'implique une obligation de consultation préalable que pour les décisions importantes – à savoir uniquement celles à portée générale – de l'autorité. La disposition attaquée est bel et bien discriminatoire puisque les autres autorités administratives belges ne sont pas soumises à une telle obligation de consultation préalable et systématique.

A.11.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que l'obligation faite à la CREG ne porte que sur les décisions importantes qui concernent ceux qui doivent être consultés et que rien n'empêche le législateur de prendre une telle mesure. La circonstance que l'obligation de consultation ne serait assortie d'aucune exception ne justifie pas de censurer la mesure. Les hypothèses visées par l'article 8 du règlement d'ordre intérieur de la CREG sont celles des sanctions administratives et des mesures d'investigation, lesquelles font l'objet de dispositions spécifiques dans la loi sur le gaz et dans de la loi sur l'électricité.

Pour le surplus, la disposition attaquée ne porte atteinte ni aux compétences ni à l'indépendance de la CREG puisque celle-ci n'est pas liée par les commentaires émis par les entreprises.

Cinquième sous-branche

A.12.1. Selon la CREG, l'article 40 de la loi attaquée, modifiant l'article 26, § 1er, de la loi sur l'électricité, serait contraire aux dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il oblige la CREG à motiver les demandes d'information qu'elle adresse aux entreprises et l'empêche dès lors de remplir sa mission de manière efficace et rapide alors que l'article 37, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE implique qu'il revient uniquement à la CREG de juger si l'information qu'elle demande est nécessaire pour l'exécution de sa mission (ainsi que l'indique la note interprétative de la Commission européenne) et alors que la loi du 29 juillet 1991 contient déjà une obligation de motiver les décisions définitives qui ont pour but de produire des effets juridiques.

A.12.2. L'article 40, 2°, de la loi attaquée, complétant l'article 26, § 1er, de la loi sur l'électricité, serait aussi contraire aux dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il n'autorise l'utilisation, par la CREG, des informations qu'elle recueille qu'aux fins des rapports, avis et recommandations visés aux articles 23bis et 23ter de cette loi : elle n'est donc autorisée à les utiliser ni lorsqu'elle exerce les missions de surveillance (visant à éviter les comportements anticoncurrentiels et les pratiques commerciales déloyales) dont l'investit l'article 37, paragraphe 1, points i) et j), de la directive 2009/72/CE (transposé dans les articles 23, § 2, 3°, 3°bis, 5° et 21°, 23bis et 23ter de la loi sur l'électricité), ni lorsqu'elle prend à l'égard des entreprises d'électricité les décisions contraignantes qu'impliquent ces missions de surveillance. L'article 26, § 1erbis, permet certes au Roi d'étendre cette disposition aux décisions contraignantes pouvant être visées par les articles 23bis et 23ter mais ce qui n'est ainsi qu'une possibilité n'est pas conciliable avec le principe selon lequel les autorités de la CREG ne peuvent accepter d'instructions d'aucune autorité publique.

A.12.3. Les mêmes critiques sont adressées à l'article 89, 2°, de la loi attaquée, modifiant les articles 15/14bis et 15/14ter de la loi sur le gaz, compte tenu des articles 39, paragraphe 4, point b), ii), et 41, paragraphes 1, points i) et j), et 4, de la directive 2009/73/CE.

A.12.4. Selon le Conseil des ministres, l'obligation de motiver les demandes d'information vise à préserver les acteurs du secteur de mesures d'instruction à caractère exploratoire et est liée au pouvoir d'enquête du régulateur qui est prévu par les dispositions des directives (tel l'article 37, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE) et qui, selon la note interprétative de la Commission européenne, doit respecter les droits de la défense des compagnies concernées, afin d'éviter que des mesures d'instruction n'aient pour objet d'obtenir des moyens de preuve qui ne seraient pas destinés à être utilisés dans une procédure judiciaire engagée ou envisagée. Des règles analogues existent en ce qui concerne l'obtention de preuves dans les procédures judiciaires transfrontalières (article 1er du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 « relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale ») et dans le droit de la concurrence (article 18 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 « relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité »).

A.12.5. Selon le Conseil des ministres, l'interdiction d'utiliser des informations recueillies à la suite d'une demande aux seules fins de la rédaction d'avis, de recommandations ou de rapports procède du même souci : à défaut, la demande d'information pourrait s'apparenter à un mode indu de l'obtention de preuves contraire aux droits et libertés et être discriminatoire. L'interdiction formulée par la loi est assortie de la possibilité pour le Roi d'étendre le champ d'application possible de l'utilisation des informations et de l'obligation de motiver la demande d'information. Les dispositions attaquées ne menacent en rien la possibilité, pour la CREG, d'exercer ses compétences et de prendre des décisions contraignantes puisque la plénitude des pouvoirs pour obtenir des informations de la part du secteur lui est garantie par les dispositions qui lui sont applicables, tel l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 modifié par l'article 36 de la loi attaquée.

A.12.6. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que l'obligation de motivation, qui ne trouve aucun fondement dans la directive, ne peut être justifiée ni sur la base du règlement (CE) 1206/2001 précité, celui-ci ne conférant de pouvoirs qu'aux juridictions, ni sur la base de l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 précité qui a trait aux demandes d'informations adressées par la Commission européenne en matière d'infractions à la concurrence, les compétences de la CREG ne portant pas sur de telles infractions mais sur la bonne application de la réglementation en matière d'énergie.

Elle conteste aussi que le mécanisme d'information puisse violer le droit à la vie privée et le droit à un procès équitable dès lors que le personnel de la CREG est tenu de respecter la confidentialité des informations commercialement sensibles et que toute décision de la CREG peut faire l'objet d'un recours auprès de la Cour d'appel de Bruxelles. Elle conteste encore l'application de la loi du 29 juillet 1991 précitée aux demandes d'informations de la CREG, celles-ci ne pouvant, en vertu de la loi sur le gaz et de la loi sur l'électricité, être utilisées aux fins de décisions contraignantes alors que la loi de 1999 ne vise que les actes destinés à produire des effets juridiques qui ont un caractère unilatéral et une portée individuelle.

A.12.7. Elle soutient par ailleurs que dès lors qu'elle doit pouvoir prendre des décisions contraignantes à l'égard des entreprises d'électricité dans le cadre de la surveillance de la transparence et de la concurrence sur le marché de l'électricité (article 23bis de la loi sur l'électricité), d'une part, et de l'appréciation du caractère objectivement justifié de la relation entre les prix et les coûts des entreprises d'électricité (article 23ter de la loi sur l'électricité), d'autre part, le législateur a manqué à son obligation de transposition correcte des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE en limitant l'utilisation des informations recueillies aux seules fins d'avis, de recommandations et de rapports : ces informations ne visent pas à l'obtention de preuves dans le cadre des contentieux civils, commerciaux ou de la concurrence et la CREG est tenue d'assurer la confidentialité de toutes les informations commercialement sensibles. En outre, aucune obligation de motivation n'est imposée par d'autres réglementations relatives aux contrôles des entreprises, telle celle concernant la Commission bancaire, financière et des assurances.

A.12.8. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que le respect par les membres de la CREG de la confidentialité des données commercialement sensibles et la possibilité d'adresser un recours à la Cour d'appel de Bruxelles ne sont pas suffisants pour préserver les entreprises des demandes d'informations évoquées plus haut et garantir leurs droits de défense. L'obligation de motivation critiquée par la CREG constitue dès lors une mesure nécessaire.

Quant à la limitation de l'utilisation des informations ainsi recueillies, elle est d'autant plus justifiée que ces informations sont transmises aux autorités de la concurrence (articles 23bis et 23ter de la loi sur l'électricité). L'exemple de la Commission bancaire, financière et des assurances est à cet égard mal choisi parce que l'article 35 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers prévoit également une telle limitation.

Sixième sous-branche

A.13.1. Selon la CREG, l'article 40, 3°, de la loi attaquée, modifiant l'article 26, § 2, de la loi sur l'électricité, serait contraire aux dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il étend l'obligation de secret professionnel, imposée aux organes et au personnel de la CREG, aux informations à caractère personnel. L'obligation de confidentialité portait jusqu'à présent sur les informations commercialement sensibles dont la CREG prend connaissance et qui sont visées par les articles 10, paragraphe 8, 30, paragraphe 2, et 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE et 10, paragraphe 8, 30, paragraphe 2, et 41, paragraphe 16, de la directive 2009/73/CE. L'article 26, § 2, précité, transposé de manière incorrecte, prévoit désormais des sanctions pénales réprimant la divulgation non seulement d'informations confidentielles, mais également d'informations à caractère personnel, alors que les directives visent les informations confidentielles commercialement sensibles et que toutes les informations à caractère personnel ne sont pas nécessairement commercialement sensibles. Cette extension, qui est d'autant moins justifiée que d'autres dispositions législatives protègent les données à caractère personnel, constitue une transposition incorrecte de l'article 37, paragraphes 4 et 14, de la directive 2009/72/CE et de l'article 41, paragraphes 4 et 17, de la directive 2009/73/CE qui, respectivement, chargent les Etats de veiller à ce que des mesures administratives ou pénales adéquates soient prises lorsque ces règles de confidentialité prévues par la directive ne sont pas respectées et chargent l'autorité que constitue la CREG de missions que les dispositions attaquées l'empêcheront de remplir de manière efficace et rapide.

A.13.2. Selon le Conseil des ministres, l'obligation critiquée par la partie requérante s'inscrit dans celle imposée à l'Agence (européenne) de coopération des régulateurs de l'énergie (ci-après : ACER) par le règlement (CE) n° 45/2001 du 18 décembre 2000 et dans le cadre plus large tant de la Convention européenne des droits de l'homme (en vertu de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme décide qu'il existe un principe de protection de la vie privée des entreprises) que du droit de l'Union européenne qui prévoit le droit à la protection

des données à caractère personnel. La directive 2009/72/CE prévoit également une protection des entreprises conformément à la Convention européenne des droits de l'homme et au droit de l'Union européenne (considérant 68 de la directive 2009/72/CE). A défaut de prévoir une telle protection, la loi belge serait contraire aux normes internationales précitées, comme la Cour l'a indiqué dans son arrêt n° 118/2007. Le règlement d'ordre intérieur de la CREG consacre lui-même l'obligation de confidentialité. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la définition du droit fondamental de protection de la vie privée est très large et ne se limite ni à la sphère privée de la personne ni à un type d'informations particulières, mais s'étend aux secrets d'affaires et aux données personnelles. La directive précitée a cette portée dès lors qu'elle s'inscrit dans le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

A.13.3. Le Conseil des ministres soutient qu'en ce qui concerne la loi sur le gaz, le moyen n'est pas recevable faute d'indiquer celles des dispositions de la loi attaquée qui seraient contraires aux dispositions des directives auxquelles cette loi donne exécution.

Si la Cour considérait que le moyen est néanmoins recevable, il y aurait lieu de constater qu'en ce qui concerne les articles 70, 71, 72, 73, 85, 87 et 96 de la loi attaquée, modifiant la loi sur le gaz, le moyen n'est pas fondé, pour les mêmes motifs que ceux indiqués en A.13.2.

A.13.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG souligne que son règlement d'ordre intérieur prévoit des obligations de confidentialité strictes. La loi attaquée vise cependant les données à caractère personnel, même lorsqu'il s'agit de données qui ne sont pas confidentielles, alors qu'il s'agit de deux choses différentes : la protection des données à caractère personnel protège les seules personnes physiques. Or, dans le secteur de l'énergie, il s'agira presque exclusivement d'informations transmises par des personnes morales. En outre, contrairement à la notion d'informations commercialement sensibles, la notion de données à caractère personnel porte également sinon principalement sur des données qui ne sont pas confidentielles et il y aura assurément des informations commercialement sensibles parmi les informations à caractère personnel et vice versa. La définition très large de la notion de données à caractère personnel auxquelles s'étend l'obligation de secret professionnel est de nature à entraver l'exercice des missions de la CREG alors que, par ailleurs, l'utilisation de toute donnée à caractère personnel n'est pas nécessairement de nature à porter atteinte à la vie privée de la personne concernée.

Contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, l'ACER n'est tenue à aucune obligation de confidentialité ayant trait à des informations à caractère personnel. L'ACER est soumise au règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données », lequel offre une protection quasi identique à celle offerte par la loi belge du 8 décembre 1992 « relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements à caractère personnel » à laquelle la CREG est soumise, de sorte que les obligations auxquelles l'une et l'autre sont tenues sont quasi identiques. Quant aux entreprises des autres secteurs faisant l'objet de normes réglementaires, elles ne sont tenues au respect du secret professionnel que pour les informations commercialement sensibles.

A.13.5. Contrairement au Conseil des ministres, la CREG estime que le moyen est également recevable en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz : l'article 15/16, § 2, de celle-ci opérant un renvoi à l'article 26, § 2, de la loi sur l'électricité, modifié par l'article 40, 3°, de la loi attaquée, l'annulation de cette disposition doit être étendue à l'article 15/16 précité. Il s'agit en tout état de cause d'une disposition indissolublement liée à la disposition attaquée, ce qui justifie son annulation.

A.13.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que la partie requérante méconnaît les règles relatives au secret d'affaires et l'arrêt n° 118/2007. Il n'y a donc pas lieu de distinguer les informations dites « commercialement sensibles » relevant *in fine* de la vie privée des entreprises de toutes autres informations à caractère personnel dont le traitement est protégé par la loi du 8 décembre 1992 précitée. La partie requérante méconnaît aussi le considérant 68 de la directive 2009/72/CE qui indique que les directives du « troisième paquet énergie » s'inscrivent, notamment, dans le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le respect des règles imposées par le droit européen n'implique pas la lourdeur dénoncée par la partie requérante et la dispense du respect de l'obligation qu'elle critique serait discriminatoire vis-à-vis des entreprises des divers

secteurs régulés pour lesquels ces informations sont protégées, tel celui des postes et télécommunications (article 23, § 1er, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges).

Septième sous-branche

A.14.1. Selon la CREG, l'article 53, 2°, de la loi attaquée, modifiant l'article 31, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il ne transpose pas correctement l'article 37, paragraphe 4, point d), de la directive 2009/72/CE. Celui-ci prévoit que les Etats veillent à confier à l'autorité de régulation le pouvoir d'infliger aux exploitants qu'il vise des sanctions pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel pour non-respect de leurs obligations. En limitant à 3 % de ce chiffre d'affaires le montant maximal de la sanction que la CREG peut infliger, la loi attaquée n'est pas conforme à la directive, comme le Conseil d'Etat l'a indiqué.

A.14.2. L'article 53, 1°, de la loi attaquée, modifiant l'article 31 de la loi sur l'électricité, constitue également une transposition incorrecte de l'article 37, paragraphe 4, point d), de la directive 2009/72/CE, en ce qu'il limite la compétence de la CREG pour infliger des sanctions pour cause de violation des dispositions législatives et réglementaires dont elle assure le respect et ne prévoit rien de tel pour la violation des décisions juridiquement contraignantes prises par la CREG, alors que l'article 37, paragraphe 4, point d), prévoit qu'elle doit disposer d'un tel pouvoir.

A.14.3. Les mêmes critiques sont adressées à l'article 103, 1° et 2°, de la loi attaquée, modifiant l'article 20/2 de la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 41, paragraphe 4, point d), de la directive 2009/73/CE.

A.14.4. Le Conseil des ministres soutient à titre principal, en ce qui concerne le montant maximal de l'amende que peut infliger la CREG, que le moyen n'est pas recevable car le plafond de 3 % qu'il critique était déjà inscrit dans la loi du 29 avril 1999 dans sa rédaction originale, de sorte que le recours est tardif. La Cour n'est de surcroît pas compétente pour constater un manquement comme le font la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne.

A.14.5. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres soutient que la version française et la version néerlandaise des directives (tel l'article 37, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE) ne concordent pas parfaitement et constate que les travaux préparatoires montrent que le législateur n'en a pas fait la même lecture que les parties requérantes. La question est celle de l'étendue du pouvoir de subsidiarité de l'Etat membre : peut-il ou non prévoir un seuil maximal de sanction inférieur au maximum de 10 % fixé par la directive ou doit-il fixer un seuil maximal de 10 % ? Dans la mesure où la première possibilité est conforme à la directive, le moyen manque en droit.

Si un doute subsistait, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait être interrogée.

A.14.6. En ce qui concerne la possibilité pour la partie requérante d'infliger des amendes en cas de non-respect de ses décisions ou de celles de l'ACER, le Conseil des ministres estime que la partie requérante fait une lecture restrictive de l'exposé des motifs et de l'article 53, 1°, de la loi attaquée : le pouvoir de contrôle de la CREG a été étendu par cette disposition et implique que son corollaire – le droit de sanctionner – soit rendu effectif dans la même proportion, en ce compris vis-à-vis des décisions juridiques contraignantes de la CREG et de l'ACER.

Pour le surplus, la partie requérante ne justifie pas de l'existence d'une discrimination au sens des articles 10 et 11 de la Constitution.

A.14.7. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient, en ce qui concerne la recevabilité du grief relatif au seuil maximal de l'amende, que la limite de 3 % du chiffre d'affaires est indissolublement liée à la première branche de l'alternative, à savoir le maximum de 2 millions d'euros, qui a été modifiée par la loi attaquée, de sorte que la nouvelle disposition doit être appréciée dans son intégralité.

A.14.8. En ce qui concerne le seuil maximal lui-même, la CREG estime que les différentes versions linguistiques des directives sur le gaz et sur l'électricité confirment que les autorités de régulation doivent « au moins » se voir conférer le pouvoir d'infliger des sanctions pouvant aller jusqu'à 10 % des chiffres d'affaires. Il n'y a là aucune difficulté d'interprétation pouvant justifier d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne.

A.14.9. La CREG prend acte de ce que l'article 53, 1^o, lui permet, selon le Conseil des ministres, d'infliger également des sanctions en cas de non-respect de ses décisions juridiquement contraignantes et de celles de l'ACER. Mais elle estime que la loi ne se réfère nullement à de telles décisions mais aux seules obligations découlant de la loi et de ses arrêtés d'exécution, ainsi que des autres dispositions applicables, ce qui ne comprend donc pas les décisions de la CREG et de l'ACER. Cette limitation est problématique dans tous les cas où la CREG dispose d'un pouvoir d'appréciation et où sa décision ne se limite pas à une simple exécution de la réglementation applicable.

A.14.10. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient, en ce qui concerne le pourcentage maximal, que la modification intervenue n'est que la conséquence du passage à l'euro et n'implique aucune volonté de limiter les compétences de la CREG.

A titre subsidiaire, il propose de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

« L'article 37, paragraphe 4, point d, 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 électricité) et l'article 41, paragraphe 4, point d, de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (directive gaz) lus en combinaison avec l'article 5 du Traité sur l'Union européenne consacrant le principe de subsidiarité, permettent-ils à un Etat membre, lorsqu'il confère à l'autorité de régulation nationale le ' pouvoir d'infliger ou de proposer d'infliger au gestionnaire de réseau de transport ou à l'entreprise verticalement intégrée, selon le cas, des sanctions allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel du gestionnaire de réseau de transport ou de l'entreprise verticalement intégrée, pour non-respect des obligations qui leur incombent en vertu de la présente directive ' de fixer comme sanction un pourcentage maximum du chiffre d'affaires inférieur au maximum de 10 % visé par la directive ? »

Quant à la possibilité, pour la CREG, d'infliger des amendes en cas de non-respect de ses décisions ou de celles de l'ACER, elle n'est pas limitée à la seule hypothèse d'un arrêté d'exécution, le libellé de l'article 32, § 2, alinéa 2, 8^o, de la loi sur l'électricité étant beaucoup plus large.

Deuxième branche

A.15. Le moyen, en sa deuxième branche, est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 9, 10, 11, 15, paragraphe 2, 36, point g), et 37, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/72/CE, avec les articles 9, 10, 11, 36, 40, point g), et 41, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/73/CE, ainsi qu'avec les articles 15, paragraphe 2, 16, paragraphe 6, alinéa 2, et 17, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 715/2009, avec les articles 1er, paragraphe 10, 2, paragraphe 6, 2, paragraphe 13, 5, paragraphes 2 et 4, et 6, paragraphe 1 et suivants, de l'annexe I dudit règlement, et avec l'article 16 de la directive 2009/28/CE.

Première sous-branche

A.16.1. Selon la CREG, la loi attaquée viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'elle ne transpose pas correctement les articles 9, 10 et 11 de la directive 2009/72/CE, relatifs à la certification des gestionnaires de réseau de transport (ci-après : GRT), laquelle relève de la CREG. L'article 9 requiert une indépendance de ces gestionnaires vis-à-vis des activités de production et de fourniture d'électricité ou de gaz naturel mais a une portée plus large que celle de la loi; or, cette loi ne prévoit pas que les obligations relatives à la confidentialité des informations commercialement sensibles et au personnel du gestionnaire, prévues par la

directive, sont des exigences auxquelles la certification de celui-ci est subordonnée. Les articles 10 et 11 de la directive ne sont pas non plus correctement transposés en ce que la loi réduit les obligations de notification et prévoit un mécanisme d'extinction automatique de la procédure de certification sans intervention de la CREG à propos de la réévaluation de la certification et de la certification des pays tiers et en ce qu'elle prévoit une clause permettant à un gestionnaire désigné avant la publication de la loi d'être réputé certifié.

A.16.2. Des critiques analogues sont adressées à la loi en ce qui concerne le marché du gaz, compte tenu de l'article 9, paragraphes 1, points c) et d), et 5, et des articles 10 et 11 de la directive 2009/73/CE : les trois premiers sont transposés de manière trop restreinte tandis que la procédure de certification prévue par les deux derniers ne s'applique pas au gestionnaire réputé certifié sur la base de sa désignation antérieure à l'entrée en vigueur de la loi attaquée.

A.16.3. Le Conseil des ministres entend répondre en même temps, pour des raisons de clarté, à la deuxième branche du troisième moyen.

A.16.4. Il soutient que la partie requérante se méprend sur les dispositions applicables en matière de certification. Le législateur a certifié *pro forma* des GRT déjà définitivement désignés avant l'entrée en vigueur du « troisième paquet Energie » dans le respect des conditions de dissociation des structures de propriété, respectant ainsi l'équilibre entre les pouvoirs de la CREG (qui peut lancer une procédure de certification même à l'encontre d'un GRT déjà désigné) et les « droits acquis » des GRT sur leur concession.

A.16.5. Selon le Conseil des ministres, le premier moyen, en sa deuxième branche, première sous-branche, est irrecevable ou n'est pas fondé, en ce que la partie requérante omet de viser une disposition de la loi attaquée. Elle le fait en revanche dans le troisième moyen, en sa deuxième branche, auquel il est renvoyé (les A.44.3, A.45.3, A.45.4 et A.46.4 présentent l'argumentation défendue par le Conseil des ministres à propos du premier moyen, deuxième branche, première sous-branche).

A.16.6. Dans son mémoire en réponse, la CREG conteste l'irrecevabilité du moyen dénoncée par le Conseil des ministres en faisant valoir que le dispositif de la requête indique, à propos du premier moyen, les dispositions qu'elle attaque en précisant qu'elles portent atteinte aux compétences de la CREG en matière de certification du gestionnaire de réseau et que l'exposé figurant dans la requête se réfère explicitement aux numéros de celle-ci qui ont trait à la dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport et à la procédure de certification. De plus, le Conseil des ministres ne s'est pas mépris sur les dispositions attaquées puisqu'il répond dans le cadre du présent moyen aux arguments invoqués par la partie requérante dans le cadre de la deuxième branche du troisième moyen.

Deuxième sous-branche

A.17.1. Selon la CREG, l'article 36, 8°, de la loi attaquée, modifiant l'article 23, § 2, alinéa 2, 9°, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il prévoit que la CREG contrôle l'application du règlement technique et approuve les documents visés par celui-ci.

En effet, l'article 37, paragraphes 6, point c), et 9, de la directive 2009/72/CE et l'article 41, paragraphes 6, point c), et 9, de la directive 2009/73/CE confèrent aux autorités de régulation nationales des compétences exclusives en matière d'infrastructures transfrontalières, notamment quant aux procédures de gestion de la congestion des réseaux et chargent ces autorités de la surveillance de cette gestion. Le règlement (CE) n° 714/2009 leur confie d'importantes compétences dans cette matière.

Or, le règlement technique visé par la disposition attaquée et par l'article 11 de la loi sur l'électricité est établi par le Roi, après avis de la CREG et en concertation avec le gestionnaire du réseau et il définit notamment les règles auxquelles ce gestionnaire est soumis en vue, notamment, de remédier aux problèmes de congestion. La lecture combinée des articles 11 et 23, § 2, alinéa 2, 9°, nouveau, de la loi sur l'électricité implique que la CREG doit veiller à l'application des conditions définies par l'arrêté royal du 19 décembre 2002 pris en exécution de l'article 11; il en résulte une contradiction avec la loi attaquée qui, tout à la fois, confère à la CREG

les compétences exclusives d'approuver les méthodes d'accès aux infrastructures transfrontalières (article 23, § 2, alinéa 2, 35° et 36°) et la charge d'approuver des documents visés par le règlement technique selon des conditions établies par le Roi portant sur des méthodes ayant un objet analogue. La compétence que la CREG tire de la directive en matière de conditions d'accès aux infrastructures frontalières est ainsi subordonnée aux conditions établies en vertu d'un arrêté royal et portant sur la congestion au sens large, y compris des méthodes d'évaluation de la capacité qui relèvent pourtant de la compétence exclusive de la CREG. Le législateur n'a pas saisi la portée de l'avis que le Conseil d'Etat avait donné en cette matière.

A.17.2. Selon la CREG, les articles 65, 4°, et 87, 9°, de la loi attaquée, qui insèrent respectivement à l'article 15/4, § 2, alinéa 2, de la loi sur le gaz, un 29° et un 30°, et à l'article 15/1, § 3, de la même loi un 7°, violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils imposent à la CREG une concertation avec la Direction générale de l'Energie. L'article 15/4, § 2, alinéa 2, charge la CREG d'approuver les méthodes utilisées pour établir l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris en matière de gestion de la congestion (29°), et de surveiller la mise en œuvre des règles qui y ont trait en concertation avec la Direction générale de l'Energie (30°). Ces règles sont proposées par le gestionnaire du réseau de transport. Or, en vertu de l'article 41, paragraphe 9, de la directive 2009/73/CE, aucune intervention de l'administration n'est acceptable et celle que prévoit la loi attaquée ne permet pas d'exclure un risque d'atteinte à la compétence de la CREG.

A.17.3. Selon la CREG, l'article 87, 9°, de la loi attaquée, qui insère un 15° à l'article 15/14, § 2, alinéa 2, de la loi sur le gaz, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il impose à la CREG de contrôler l'application du code de bonne conduite. Celui-ci a fait l'objet d'un arrêté royal du 23 décembre 2010 pris sur la base de l'article 15/5undecies de la loi sur le gaz et il est évident que ce code concerne des compétences exclusives de l'autorité de régulation nationale telles que les prévoit l'article 41, paragraphes 6, point c), et 9, de la directive 2009/73/CE qui n'a donc pas été correctement transposée par le législateur. De plus, la disposition attaquée limite à tort le contrôle de l'application du code aux règles relatives à la sécurité et à la fiabilité du réseau de transport de gaz naturel, sans viser l'installation de stockage de gaz naturel et l'installation de gaz naturel liquéfié (GNL).

A.17.4. Le Conseil des ministres invoque en ce qui concerne le règlement technique l'article 37, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/72/CE pour soutenir que celle-ci ne requiert pas que ce règlement soit établi par le régulateur. Il fait valoir en outre qu'en matière de gestion de la congestion, la directive s'inscrit dans le cadre plus large du règlement (CE) n° 714/2009 qui vise notamment à l'instauration de codes de réseau applicables à l'ensemble de l'Union européenne en vue de la mise en place d'un marché intérieur de l'électricité concurrentiel et efficace. Cela implique l'uniformisation des procédures internes des Etats membres. En attendant que cela soit fait (en 2013), le législateur ne pouvait faire autrement, à peine de créer un vide juridique, que de maintenir le règlement technique fédéral existant, faute de pouvoir remplacer celui-ci par un autre code ou règlement pouvant être opérationnel immédiatement. Les dispositions du règlement fédéral contraires aux nouvelles normes européennes seront *de facto* abrogées et les autres seront régies par le principe de subsidiarité; il appartiendra évidemment à la CREG d'approuver, comme le prévoit la directive, les conditions de raccordement et d'accès au réseau de transport ainsi que les conditions de « la responsabilité d'équilibre » dans la zone de réglage, d'une part, et les questions transfrontalières, d'autre part.

A.17.5. En ce qui concerne la surveillance de la congestion et l'obligation de concertation avec la Direction générale de l'Energie, le Conseil des ministres soutient que la concertation prévue par la loi sur le gaz n'implique ni partage du pouvoir de décision ni atteinte à l'indépendance de la CREG : il s'agit plutôt d'une obligation d'informer l'administration qui doit savoir comment est gérée la congestion, ainsi que l'indique d'ailleurs l'article 23, § 2, alinéa 2, 36°, de la loi sur l'électricité, en fonction duquel les dispositions attaquées peuvent être lues.

A.17.6. En ce qui concerne le code de bonne conduite prévu par la loi sur le gaz en matière d'accès au réseau de transport, à l'installation de stockage et à l'installation de GNL, le Conseil des ministres se réfère à ce qu'il a déjà indiqué (A.17.4) : c'est parce que des codes de réseau européens sont en préparation que le législateur a maintenu inchangé l'article 15/5undecies, alinéa 1er, de la loi sur le gaz chargeant le Roi d'établir le code de bonne conduite (la CREG étant appelée, comme en matière d'électricité, à exercer la compétence d'approbation prévue par la directive). Pour les mêmes motifs, un vide juridique aurait été créé si la CREG avait été investie du pouvoir d'établir elle-même ce code.

Enfin, contrairement à ce que soutient la CREG, sa compétence de contrôle n'est nullement limitée au seul réseau de transport de gaz naturel dès lors que l'article 15/14, § 2, alinéa 2, 15°, de la loi sur le gaz, inséré par l'article 87, 9°, de la loi attaquée, lui octroie deux missions distinctes : le contrôle de l'application du code de bonne conduite et l'évaluation, en exécution de celui-ci, des performances passées en matière de sécurité et de fiabilité du réseau de transport de gaz naturel.

A.17.7. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que l'abrogation du règlement technique visé en A.17.1 ne mènerait pas à un vide juridique et que cela ne justifie pas une transposition incorrecte des dispositions de la directive.

Elle relève que sa compétence ne porte pas sur l'établissement du règlement technique dans son ensemble, mais uniquement sur les méthodes et plans relatifs à la gestion de la congestion, même si un souci de cohérence justifie qu'elle soit compétente pour le tout.

Elle conteste aussi que les codes de réseau, dont les délais d'élaboration sont invoqués par le Conseil des ministres pour justifier la disposition attaquée, puissent rendre obsolète le règlement technique : en effet, les codes de réseau ne sont élaborés que pour des questions transfrontalières ayant trait au réseau et à l'intégration du marché (article 8, paragraphe 7, du règlement (CE) n° 714/2009) et ce, sans préjudice du pouvoir, pour les Etats, d'établir des codes de réseaux nationaux. La circonstance que la CREG bénéficierait d'un pouvoir d'approbation - que la loi ne prévoit pas - ne peut occulter le fait que le législateur a maintenu le règlement technique.

A.17.8. La CREG prend acte de ce que le Conseil des ministres reconnaît que l'obligation de concertation avec la Direction générale de l'Energie n'est pas compatible avec la directive 2009/73/CE puisqu'il entend interpréter cette obligation comme un devoir d'information. Une telle interprétation ne correspond cependant pas au texte de loi.

A.17.9. Quant au code de bonne conduite, la CREG s'en réfère à ce qu'elle a déjà indiqué (A.17.7) à propos du règlement technique. Les codes de réseau, dont le processus d'élaboration est long, ne concerneront que le transport de gaz naturel et non le stockage de gaz et le gaz naturel liquéfié et n'interdisent pas aux Etats d'adopter des codes nationaux.

Elle prend acte, enfin, de l'interprétation donnée par le Conseil des ministres à l'article 15/14, § 2, alinéa 2, 15°, indiquée en A.17.6, mais estime qu'elle ne trouve aucun appui dans le texte de la disposition attaquée.

A.17.10. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que la partie requérante n'a pas saisi la volonté du législateur en ce qui concerne le règlement technique et le code de bonne conduite, à savoir s'inscrire dans le cadre de l'actualité européenne en matière d'uniformisation des codes de réseau. La loi attaquée a correctement transposé la directive.

Il ajoute en ce qui concerne les codes de réseau que l'article 8, paragraphe 7, du règlement (CE) n° 714/2009 confirme le souci d'uniformisation du législateur européen; conférer à la CREG la compétence de rédiger le règlement technique aurait été au-delà du prescrit des directives. La préparation des codes de réseau se fait pour le surplus au cours de discussions préalables au sein de l'ACER, auxquelles ce n'est pas le Gouvernement mais la CREG qui assiste et qui est donc en mesure de solliciter une modification du règlement technique afin de le mettre en conformité avec les futurs textes.

Quant à la concertation avec la Direction générale de l'Energie, il estime qu'elle n'entraîne aucune obligation de mettre en œuvre un projet commun.

Enfin, quant au code de bonne conduite, le Conseil des ministres invoque l'article 4, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/73/CE, pour soutenir que celle-ci n'octroie pas, en la matière, le pouvoir extensif et illimité que revendique la partie requérante. En outre, la partie requérante ne démontre pas en quoi consisterait la discrimination qu'elle dénonce.

Troisième sous-branche

A.18.1. Selon la CREG, l'article 8, 1°, de la loi attaquée, qui modifie l'article 8, § 1er, alinéa 3, 5°, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il délègue au Roi la compétence de préciser les critères à respecter par une installation de production qui utilise des énergies renouvelables pour pouvoir bénéficier d'une priorité et de déterminer les conditions techniques et financières à appliquer par le gestionnaire de réseau de transport à propos des installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables.

L'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE confère en effet aux autorités de régulation nationale la compétence exclusive de fixer ou d'approuver les méthodes utilisées pour calculer ou établir les conditions de la prestation de services d'ajustement visée à l'article 15, paragraphe 2, de la même directive tandis que l'article 15, paragraphe 3, de celle-ci impose aux Etats membres de contraindre les gestionnaires de réseau de transport à donner la priorité aux installations de production d'électricité qui utilisent des sources d'énergie renouvelables. En habilitant le Roi à préciser les critères et les conditions à respecter par une installation de production qui utilise ces sources après avis de la CREG, la loi attaquée porte atteinte aux compétences que les articles 15, paragraphe 2, et 37, paragraphe 6, de la directive réservent à la CREG pour fixer les conditions en matière de services d'ajustement et pour définir les critères objectifs visant à garantir la coordination de l'appel des installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions.

A.18.2. Le Conseil des ministres soutient à titre principal que la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 « relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE » (article 16, paragraphe 2) confère au régulateur le seul pouvoir de définir les critères relatifs au maintien de la fiabilité et de la sécurité du réseau, et non celui de déterminer les critères que doivent remplir les installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables; le législateur a donc correctement transposé la directive en chargeant la CREG d'approuver les critères objectifs sur la base desquels se réalisent l'appel aux installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions.

A.18.3. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres suggère à la Cour d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation de la directive visée en A.18.2 et de la directive 2009/72/CE si elle estime que l'interprétation conciliante de ces deux directives au regard du droit primaire que constitue l'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (lequel vise tant le fonctionnement du marché que la promotion et le développement de l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables) ne permet pas de déterminer dans quelle mesure la transposition des directives par le législateur belge est conforme à leur prescrit. Cette question serait libellée comme suit :

« L'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'article 15, paragraphes 2 et 3, 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 (ci-après, directive électricité) et l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE permettent-ils aux Etats membres de prévoir que, d'une part, l'autorité de régulation nationale approuve les critères objectifs sur lesquels repose la coordination de l'appel aux installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions et que, d'autre part, les Etats membres précisent, après avis de l'autorité de régulation nationale, les critères à respecter par une installation de production qui utilise des sources d'énergie renouvelables ? »

A.18.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres méconnaît le texte clair des directives et que les compétences reconnues aux Etats membres par l'article 16 de la directive 2009/28/CE ne peuvent être exercées au détriment de celles reconnues aux autorités de régulation nationale par la directive 2009/72/CE. Elle confirme le caractère discriminatoire de la disposition attaquée et juge inutile d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne dès lors que les dispositions à prendre en considération ne soulèvent pas de difficultés d'interprétation.

A.18.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que la partie requérante ne dispose en aucun cas d'une compétence exclusive pour fixer les critères de l'appel des installations de production et de l'utilisation des interconnexions, ainsi que les conditions de la prestation de services d'ajustement : la directive

permet aux Etats d'octroyer aux régulateurs soit la compétence de fixer les règles applicables en la matière, soit celle de les approuver (article 15, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE).

Quatrième sous-branche

A.19.1. Selon la CREG, l'article 24, 3°, de la loi attaquée, modifiant l'article 18, § 1er, 2°, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il habilite le Roi à arrêter des règles de conduite applicables aux intermédiaires et fournisseurs, notamment en matière de transaction et d'ajustement.

Or, l'article 37, paragraphe 6, point b), de la directive réserve à l'autorité de régulation nationale la compétence en matière de conditions de prestation des services d'ajustement en général, en ce compris celles relatives aux règles et prix applicables aux services prestés par les gestionnaires de réseaux pour assurer l'équilibre du réseau électrique. Cette compétence de la CREG a donc été méconnue par le législateur, comme l'a relevé le Conseil d'Etat.

A.19.2. Le Conseil des ministres soutient que la partie requérante fait une lecture erronée de la disposition attaquée : celle-ci vise, non pas l'hypothèse envisagée par la CREG, mais celle de la fixation de la manière dont les fournisseurs et intermédiaires doivent répondre aux conditions du marché en matière de transaction et d'ajustement et constitue donc la transposition de l'article 3, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE. Il ne s'agit donc pas des règles adoptées par le GRT ou la CREG en matière de déséquilibre (articles 15, paragraphe 7, et 37, paragraphe 6, point b), de la directive 2009/72/CE).

A.19.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG rejette l'interprétation du Conseil des ministres : elle fait valoir que l'article 3, paragraphe 4, précité, a trait au droit des clients de s'adresser au fournisseur de leur choix, quel que soit l'Etat dans lequel il est enregistré, moyennant le respect des règles en matière de transaction et d'ajustement; mais cela ne peut être interprété comme conférant au Roi le pouvoir de déterminer des règles de conduite en matière d'ajustement, lesquelles relèvent de la seule autorité de régulation nationale.

A.19.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres rappelle son argumentation et ajoute que l'article 37, paragraphe 6, point b), de la directive précitée n'octroie pas à l'autorité nationale de régulation la compétence exclusive que la partie requérante veut y voir.

Cinquième sous-branche

A.20.1. Selon la CREG, l'article 29 de la loi attaquée, insérant un article *20bis* dans la loi sur l'électricité (modifié ensuite par l'article 27 de la loi du 29 mars 2012), viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il impose à la CREG une intervention de la Banque nationale de Belgique (ci-après : BNB) dans son processus décisionnel, une négociation entre le fournisseur d'électricité, d'une part, et la CREG et la BNB, d'autre part, précédée d'une concertation entre ces deux parties, et en ce qu'il prévoit que la constatation provisoire effectuée par la CREG quant à l'application des mécanismes d'indexation peut être contestée devant un membre de l'Institut belge des réviseurs d'entreprises accepté par les deux parties.

L'article *20bis* prévoit un nouveau mécanisme visant à réduire la volatilité des prix de l'énergie dans les hypothèses qu'il vise et réserve à cet effet à la CREG un pouvoir de contrôle de l'application de la formule d'indexation par les fournisseurs, sur avis de la BNB et avec la possibilité, pour le fournisseur, d'adresser un recours à un membre de l'Institut belge des réviseurs d'entreprises contre les constatations effectuées par la CREG (article 20, §§ 3 et 4). Les fournisseurs doivent aussi notifier de façon motivée à la CREG les hausses de prix visées par la loi. Si la hausse n'est pas justifiée, une négociation réunit la CREG, la BNB et le fournisseur; à défaut d'accord, la CREG peut, sur avis de la BNB, rejeter la hausse (article 20, § 5).

La disposition attaquée ne transpose aucune disposition de la directive 2009/72/CE mais applique la possibilité offerte aux Etats membres par son article 3, paragraphe 3, de prévoir des obligations de service public. La CREG ne conteste pas cette option du législateur mais estime qu'il a, ce faisant, porté atteinte à son

indépendance. Celle-ci n'empêche certes pas une collaboration avec d'autres autorités publiques mais le caractère systématique de l'intervention de la BNB n'est pas conciliable avec le principe de cette indépendance consacré par l'article 35, paragraphe 4, point b), (ii), de la directive 2009/72/CE. La négociation imposée par la loi est entachée du même vice, comme l'a fait observer le Conseil d'Etat, tout comme la possibilité de contrôle de la décision provisoire de la CREG par un membre de l'Institut belge des réviseurs d'entreprises, contre les décisions duquel aucun recours n'est possible alors que la décision définitive de la CREG peut être contestée devant la cour d'appel.

A.20.2. Selon la CREG, l'article 29 de la loi attaquée, insérant l'article 20*bis*, § 2, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce que les formules d'indexation ne doivent être publiées par les fournisseurs que pour les clients finaux résidentiels alors que le mécanisme de contrôle des prix s'applique aussi aux PME. Cette différence de traitement incompréhensible est d'autant plus injustifiée que l'article 15/10*bis* de la loi sur le gaz prévoit cette publication pour les uns comme pour les autres.

A.20.3. Les mêmes critiques que celles rapportées en A.20.1 sont adressées par la CREG à l'article 82 de la loi attaquée modifiant l'article 15/10*bis*, § 4, alinéas 1er et 3, § 5, alinéas 4 à 8, et § 7, de la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 39, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/73/CE.

A.20.4. Le Conseil des ministres soutient, en ce qui concerne le grief tiré de l'atteinte à l'indépendance de la CREG, que la directive 2009/72/CE confère aux Etats membres – sauf s'ils en décident autrement – la mission de faire bénéficier les clients finals résidentiels (et, s'ils le décident, les PME) du service universel à des prix raisonnables, comparables, transparents et non discriminatoires (le « filet de sécurité » au regard de la volatilité des prix). C'est donc des seuls Etats membres que relève la protection des consommateurs. Le législateur belge, dans l'article 29 de la loi attaquée, a choisi - sans y être tenu - de conférer à la CREG, en raison de sa connaissance du marché et de son expérience, plusieurs compétences dans la mise en œuvre du filet de sécurité. Celui-ci n'est pas prévu par la directive 2009/72/CE et ne relève pas des compétences attribuées ou exclusives du régulateur, de sorte que le législateur pouvait y faire intervenir tant la Banque nationale de Belgique (dont les compétences ont été revues par la loi du 25 août 2012 portant des dispositions diverses en matière d'énergie, de sorte que le moyen n'est plus recevable en ce qui la concerne) que l'Institut des réviseurs d'entreprises, tout comme il aurait pu, conformément à l'article 3 de la directive précitée, confier cette matière à sa seule administration.

A.20.5. En ce qui concerne la cohérence entre la loi sur l'électricité et la loi sur le gaz, le Conseil des ministres fait valoir qu'il s'agit d'une faute de frappe du législateur fédéral, l'article 29 de la loi attaquée devant être interprété, comme l'indique l'exposé des motifs, comme visant aussi les PME.

A.20.6. Dans son mémoire en réponse, la CREG relève que la loi du 25 août 2012 portant des dispositions diverses en matière d'énergie apporte à l'article 20*bis* de la loi sur l'électricité des modifications qui privent d'objet les griefs exposés dans cette cinquième sous-branche, sous réserve, cependant, de ce que 1) l'article 20*bis*, § 5, alinéa 7, continue de prévoir une négociation de la CREG avec le fournisseur lorsqu'elle estime que l'adaptation à la hausse de la compétence énergétique n'est pas justifiée; 2) la mission parallèle de la Banque nationale de Belgique et de la CREG en matière de monitoring et d'évaluation du mécanisme du filet de sécurité est maintenue; 3) le droit du fournisseur de contester devant un membre de l'IRE (Institut des réviseurs d'entreprises) la constatation préalable effectuée par la CREG (article 20*bis*, § 4, alinéa 3) est maintenu.

Elle rejette le point de vue du Conseil des ministres selon lequel le « troisième paquet énergie » ne réserverait en matière de protection des consommateurs aucune compétence à l'autorité de régulation nationale, de sorte que le législateur pourrait organiser cette protection sans égard au principe d'indépendance de l'autorité de régulation : cela est en effet contraire à l'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE, qui garantit cette indépendance pour toutes les activités de l'autorité. Le mécanisme du filet de sécurité est fondé sur l'article 3, paragraphe 3, de cette directive et relève donc bien d'une tâche de régulation conférée par la directive et supposant le respect de l'indépendance de l'autorité de régulation.

A.20.7. La CREG estime qu'en qualifiant la référence aux clients résidentiels figurant à l'article 29 de la loi attaquée de faute de frappe, le Conseil des ministres ne met pas fin à la discrimination qu'elle dénonce et que l'interprétation qu'il propose se heurte au texte de la disposition.

A.20.8. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que l'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE n'est pas applicable et que, même s'il l'était, il n'empêcherait pas les Etats membres de confier conjointement à l'autorité de régulation et à une autre autorité une mission de *monitoring*; il se réfère à cet égard à l'article 37, paragraphe 2, premier alinéa, de la même directive qui, dans une telle hypothèse, requiert de l'autre autorité qu'elle transmette à l'autorité de régulation nationale toutes les informations à la source des conclusions de son *monitoring*.

Quant à la Banque nationale de Belgique, sa mission n'avait pas à être supprimée par la loi du 25 août 2012; celle-ci s'est bornée à limiter cette mission à un *monitoring* annuel, compte tenu de ce que la Banque ne disposait pas d'effectifs suffisants pour assurer les missions que la loi attaquée lui avait confiées; ces missions s'inscrivent dans le cadre évoqué plus haut et ne violent donc pas l'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE.

Sixième sous-branche

A.21.1.1. Selon la CREG, l'article 76, 2°, de la loi attaquée modifiant l'article 15/5*duodecies*, § 1er*ter*, de la loi sur le gaz viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il habilite le Roi, sur proposition du ministre et après avis de la CREG, à accorder des dérogations de durée déterminée en ce qui concerne notamment les règles de dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport et les règles d'accès aux réseaux. Or, l'article 36, paragraphe 7, de la directive 2009/73/CE, qui permet certes aux Etats membres d'habiliter une autre instance que l'autorité de régulation à accorder ces dérogations, prévoit que celle-ci doit soumettre son avis à cette instance et ce, uniquement aux fins de la décision formelle; cet avis est donc décisif et il appartient uniquement à l'instance compétente de le formaliser dans une décision définitive. La disposition attaquée ne prévoyant pas cette limitation, elle transpose l'article 36, paragraphe 7, de manière incorrecte.

A.21.1.2. Le Conseil des ministres rappelle que la directive sur le gaz vise à garantir la sécurité d'approvisionnement – ce qui relève des seuls Etats membres – et permet de déroger pour une période limitée au régime de la dissociation des structures de propriété et ce, sous le contrôle, en principe, du régulateur. Cette dérogation n'est que le moyen d'atteindre l'objectif de la directive, de sorte que le législateur a octroyé un rôle important au ministre de l'Energie.

A.21.1.3. Il soutient que la directive ne traduit aucune volonté du législateur européen de rendre l'avis du régulateur contraignant pour l'instance compétente en matière de dérogation et habilitée à prendre, selon l'article 36, paragraphe 7, visé en A.21.1.1, la décision formelle après avis du régulateur.

A.21.1.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que l'avis de l'autorité de régulation est contraignant parce que cela ressort des termes de l'article 36 et parce que cet avis porte sur des dérogations qui concernent les règles d'accès aux réseaux et la dissociation des structures de propriété des réseaux de transport et des gestionnaires de ceux-ci; or, ces matières relèvent de la compétence exclusive de l'autorité de régulation nationale (articles 10 et 41, paragraphe 6, point a), de la directive 2009/73/CE).

A.21.1.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres répond que les dispositions invoquées par la CREG ne lui confèrent pas la compétence exclusive qu'elle y voit.

A.21.2.1. Selon la CREG, l'article 76, 3°, de la loi attaquée insérant l'article 15/5*duodecies*, § 1er*bis*, dans la loi sur le gaz viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il prévoit que la demande de dérogation visée en A.21.1 doit être introduite auprès du ministre compétent, alors que l'article 36, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE prévoit qu'elle doit l'être auprès de l'autorité de régulation nationale, qui en transmet copie à la Commission européenne. La disposition attaquée n'assure pas non plus une transposition correcte de cet article 36, paragraphe 4, de la directive en ce qu'en prévoyant que chaque demande de dérogation devrait être instruite conformément à l'article 15/5*duodecies*, § 1er*ter*, de la loi sur le gaz (qui vise les demandes relatives à des installations situées sur le territoire de plusieurs Etats membres), la disposition attaquée fait abstraction de la procédure visée à l'article 15/5*duodecies*, § 1er, de la loi sur le gaz, qui concerne les installations situées sur le territoire belge.

A.21.2.2. Le Conseil des ministres soutient que l'article 36, paragraphe 8, de la directive ne permet pas de déduire que l'autorité de régulation nationale est l'autorité auprès de laquelle la demande de dérogation doit être introduite, de sorte que la partie requérante fait une lecture erronée de cette disposition; rien n'empêche le ministre de recevoir la demande et de la communiquer ensuite à la CREG chargée d'en envoyer copie à la Commission européenne.

Il soutient, en ce qui concerne la procédure applicable, que l'article 15/5*duodecies*, § 1er, de la loi sur le gaz prévoit la possibilité d'une demande de dérogation et fixe les conditions que doit respecter la nouvelle infrastructure alors que les paragraphes 1er à 4 règlent le processus d'instruction de la demande de dérogation, que les installations soient situées sur le territoire belge ou sur celui de plusieurs Etats membres. L'article 15/5*duodecies*, § 1er*bis*, renvoyant à la procédure d'instruction, le grief manque en fait.

A.21.2.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG renvoie aux développements de sa requête.

A.21.3.1. Selon la CREG, l'article 76, 3°, de la loi attaquée modifiant l'article 15/5*duodecies*, § 1er, de la loi sur le gaz viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il prévoit que la décision du ministre portant sur une nouvelle infrastructure située sur le territoire de plusieurs Etats membres est précédée d'un avis consultatif de l'ACER et élude ainsi complètement le rôle de la CREG, alors que l'article 36, paragraphe 4, de la directive 2009/73/CE prévoit que cet avis doit être soumis aux autorités de régulation concernées, qui peuvent l'utiliser comme base de leur décision.

La disposition attaquée reste aussi en défaut de transposer correctement l'article 36, paragraphe 5, de la directive en ce qu'elle peut être interprétée comme permettant à d'autres autorités que la CREG de demander une prorogation de délai et d'être consultées, alors que la directive limite ces prérogatives à la seule autorité de régulation nationale.

A.21.3.2. Le Conseil des ministres considère qu'en tant qu'il confère au ministre la qualité d'autorité concernée en droit interne en ce qui concerne les nouvelles infrastructures transfrontalières, l'article 76, 3°, est le résultat d'une erreur de frappe du législateur et doit être interprété conformément à l'article 36, paragraphe 4, de la directive 2009/73/CE, qui réserve cette qualité au régulateur, de sorte que le moyen manque en fait.

A.21.3.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres propose une interprétation *contra legem* qui doit être rejetée.

A.21.4.1. Selon la CREG, l'article 76, 7°, de la loi attaquée modifiant l'article 15/5*duodecies*, § 3, de la loi sur le gaz viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il permet au Roi, avant d'accorder la dérogation visée en A.21.1.1, d'arrêter, sur proposition du ministre et après avis de la CREG, les règles et les mécanismes relatifs à la gestion et à l'attribution des capacités. Or, l'article 41, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/73/CE confie aux autorités de régulation nationale des compétences exclusives en matière d'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion, et l'article 36, paragraphes 6 et 7, de la même directive confirme cette compétence exclusive et interdit de la confier à une autre autorité compétente.

A.21.4.2. Le Conseil des ministres estime, comme il est dit en A.21.3.2, qu'il s'agit d'une erreur de frappe et que la disposition attaquée doit être interprétée, conformément à la directive, comme conférant les compétences qu'elle vise au régulateur, de sorte que le moyen manque en fait.

A.21.4.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres propose une interprétation *contra legem* qui doit être rejetée.

A.21.5.1. Selon la CREG, l'article 76, 7°, de la loi attaquée modifiant l'article 15/5*duodecies*, § 4, de la loi sur le gaz viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il élude le rôle essentiel de la CREG tel qu'il découle de l'article 36, paragraphes 8 et 9, de la directive 2009/73/CE; ces dispositions prévoient que l'autorité de régulation nationale doit communiquer à la Commission européenne chaque demande et chaque décision de dérogation et doit se conformer à la décision de la Commission européenne de modifier ou de retirer cette décision de dérogation. En réservant ce rôle au ministre, la disposition attaquée n'opère pas correctement la transposition en droit belge de la directive.

A.21.5.2. Le Conseil des ministres estime, comme il est dit en A.21.3.2, qu'il s'agit d'une erreur de frappe et que la disposition attaquée doit être interprétée, conformément à la directive, comme conférant les compétences qu'elle vise au régulateur, de sorte que le moyen manque en fait.

A.21.5.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres propose une interprétation *contra legem* qui doit être rejetée.

Septième sous-branche

A.22.1. Selon la CREG, l'article 36, 2°, de la loi attaquée, insérant l'article 23, § 1er, alinéa 2, 7°, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il limite aux clients finals l'objectif général de la CREG d'assurer le bénéfice d'un fonctionnement efficace des marchés nationaux, alors que l'article 36, point g), de la directive 2009/72/CE vise l'ensemble des clients, qu'il s'agisse de clients grossistes ou de clients finals (article 2, paragraphe 7). La transposition de la directive n'est donc pas correcte, comme l'a observé le Conseil d'Etat.

A.22.2. Les mêmes critiques que celles rapportées en A.22.1 sont adressées par la CREG à l'article 87, 1°, de la loi attaquée, modifiant l'article 15/14, § 1er, alinéa 2, 7°, de la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 40, point g), de la directive 2009/73/CE.

A.22.3. Le Conseil des ministres estime que le moyen n'est pas fondé parce que le texte néerlandais des dispositions attaquées emploie le mot « afnemers » qui ne contient pas la limitation existant dans le texte français et qui permet de considérer que la loi est conforme à la directive.

A.22.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres propose une interprétation *contra legem* qui doit être rejetée. Il n'est en outre pas possible de faire prévaloir une version linguistique sur l'autre.

Deuxième moyen (compétences tarifaires de la CREG)

A.23. Le moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35 et 37 de la directive 2009/72/CE, avec les articles 39 et 41 de la directive 2009/73/CE et avec les articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009.

Première branche (procédure d'élaboration)

Première sous-branche

A.24.1. Selon la CREG, les articles 15, 16, 71 et 72 de la loi attaquée, insérant, respectivement, les articles 12, § 2, et 12bis, § 2, de la loi sur l'électricité, violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils fixent le contenu minimal de la procédure d'élaboration des méthodologies tarifaires, à défaut d'accord sur ce point avec les seuls gestionnaires de réseau, alors que la CREG en tant qu'autorité de régulation indépendante doit pouvoir établir elle-même les règles procédurales d'adoption de ses décisions, conformément aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 2, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE, et 39, paragraphes 4 et 5, 41, paragraphes 2, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/73/CE, ainsi qu'aux articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009.

Tant la Commission européenne que le Conseil d'Etat ont souligné que l'indépendance de l'autorité de régulation s'opposait à ce que de telles instructions lui soient adressées.

A.24.2. La CREG estime que le processus d'adoption prévu par les dispositions attaquées réserve un rôle trop important aux seuls gestionnaires de réseau. Ils disposent d'abord d'un délai raisonnable pour mettre en œuvre les étapes prévues par la loi, de sorte qu'ils maîtrisent en partie le timing d'adoption des méthodologies, alors qu'il revient à la CREG de mettre en œuvre sa compétence tarifaire de manière « efficace et rapide ».

Ensuite, une dérogation aux normes d'élaboration des méthodologies tarifaires est subordonnée à leur accord, ce qui rend le régulateur dépendant des entreprises qu'il est censé contrôler et dont il doit être indépendant.

Enfin, la CREG est tenue à de lourdes obligations procédurales, lui imposant de reprendre les arguments des gestionnaires de réseau dans les procès-verbaux des réunions et dans une annexe à sa décision.

A.24.3. A supposer que le législateur puisse fixer la procédure d'élaboration en cause, il ne pourrait le faire de manière discriminatoire. Or, la CREG estime que les gestionnaires de réseau et les utilisateurs du réseau auxquels ils sont liés sont favorisés sans justification par rapport aux autres acteurs intéressés par les tarifs de réseau : ils bénéficient de garanties procédurales en matière d'adoption de méthodes tarifaires et ont seuls la possibilité de conclure un accord avec la CREG en vue de fixer la méthodologie, contrairement aux utilisateurs.

A.24.4. La CREG estime aussi qu'en ce qu'il impose que la méthodologie tarifaire précise « les catégories des coûts sur lesquelles porte, le cas échéant, la régulation incitative », les articles 12, § 2, alinéa 2, et 12*bis*, § 2, alinéa 2, de la loi sur l'électricité et les dispositions correspondantes de la loi sur le gaz précisent directement les éléments de fond de cette méthodologie. Ce faisant, le législateur considère que les gestionnaires de réseau ne doivent pas être incités par le régulateur à être efficaces sur toutes les catégories de coût, voire qu'il serait possible qu'aucune catégorie de coût ne soit soumise à une « régulation incitative ». Le Conseil d'Etat avait souligné que les articles 37, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE et 41, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE interdisaient d'exclure certains coûts de la « régulation incitative » (notion qui n'est définie nulle part).

Les dispositions attaquées sont aussi contraires aux règlements précités, qui prévoient que les tarifs reflètent les coûts réels dans la seule mesure où ils correspondent à un gestionnaire de réseau efficace.

A.24.5. Le Conseil des ministres fait valoir que c'est en conformité avec les principes du législateur européen visant à mieux légiférer que la loi attaquée a instauré la procédure de concertation critiquée par la CREG et se réfère notamment aux articles 37, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE et 41, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

Il en va ainsi en ce qui concerne tant la procédure de concertation préalable en vue de la conclusion d'un accord entre les parties que la procédure de concertation minimale fixée par la loi à défaut d'accord entre les parties qui tend à assurer un dialogue constructif entre les parties et à éviter les difficultés liées à l'emploi d'une tarification provisoire. Cette procédure n'entame en rien les compétences de la CREG qui, à défaut d'accord, peut procéder à toutes les modifications qu'elle estime nécessaires dans l'exercice de sa compétence tarifaire; elle doit cependant, comme toute autorité administrative belge, respecter les principes de bonne administration et de transparence.

A.24.6. En ce qui concerne le délai raisonnable octroyé aux gestionnaires de réseau, le Conseil des ministres considère qu'il est requis par les investissements auxquels ces gestionnaires de réseau doivent faire face lors de l'élaboration de la méthodologie tarifaire.

En ce qui concerne l'absence de dispositions prévoyant une concertation avec les utilisateurs du réseau, le Conseil des ministres s'interroge sur l'intérêt de la partie requérante à cette sous-branche du moyen et soutient qu'elle est dès lors, à cet égard, irrecevable. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que le choix des acteurs participant à la concertation préalable relève des seuls Etats membres, ainsi que l'indique la note interprétative de la Commission européenne. Cette note indique aussi que les utilisateurs du réseau sont également associés, dans une certaine mesure, à une concertation que le régulateur doit organiser, par souci de transparence, avant la prise de décisions importantes. Il ne peut être déduit de ce que le législateur impose une concertation avec les gestionnaires de réseau que le régulateur serait dispensé de consulter les consommateurs, comme le prévoient les considérants 51 de la directive 2009/72/CE et 48 de la directive 2009/73/CE.

A.24.7. Le Conseil des ministres conteste aussi toute discrimination entre utilisateurs du réseau suivant qu'ils sont ou non liés à un gestionnaire en faisant valoir que la partie requérante semble ignorer les règles de dissociation des structures de propriété imposées par le législateur européen entre les gestionnaires du réseau de transport et les gestionnaires du réseau de distribution et les activités de fourniture et de production.

A.24.8. En ce qui concerne l'introduction du principe de la régulation incitative au sein de la méthodologie tarifaire, le Conseil des ministres estime qu'elle constitue une partie intégrante de toute méthodologie tarifaire parce qu'elle a pour but de promouvoir l'efficacité technico-économique des activités des gestionnaires de réseau et de garantir un prix abordable pour les utilisateurs de ce réseau, comme cela est prévu par les articles 37, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE et 41, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE.

A.24.9. Dans son mémoire en réponse, la CREG défend son intérêt au moyen en se référant à la jurisprudence de la Cour et en indiquant être concernée par la procédure d'élaboration de la méthodologie tarifaire qui relève de sa compétence.

A.24.10. Elle fait valoir que la référence au « principe de mieux légiférer » ne constitue pas un « prescrit » établi par les dispositions citées ou une obligation distincte de celles qui y sont prévues. Le texte prévoit « [qu'en] conformité avec les principes de mieux légiférer », il existe une obligation de consultation. La référence à ce principe est donc uniquement contextuelle. Le texte anglais de la directive, plus précis, permet de considérer que ce sont des principes de « meilleure régulation » qui sont visés. Quoi qu'il en soit, ces dispositions ne concernent que le législateur et ne lui permettent pas de porter atteinte à l'indépendance et aux compétences du régulateur. Ni ce principe ni le considérant 36 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE ne confèrent au législateur la compétence de fixer la procédure tarifaire. La possibilité pour les gestionnaires de réseau, agissant seuls ou en accord avec les utilisateurs, d'établir une proposition tarifaire ne porte pas atteinte à la compétence du régulateur puisque cette proposition est soumise à son approbation. C'est ce que confirme la note interprétative de la Commission européenne qui, si elle ne constitue certes pas un document contraignant, est cependant la source interprétative la plus crédible des directives.

A.24.11. La CREG rejette les arguments pris, d'une part, du souci d'éviter toute confrontation entre elle et les gestionnaires de réseau (lequel ne constitue pas un motif pour porter atteinte à ses compétences et à son indépendance) et, d'autre part, des obligations de transparence et de non-discrimination des gestionnaires de réseau : ces obligations s'imposent aux gestionnaires de réseau lorsqu'ils mettent en œuvre leurs propres compétences et sont étrangères aux procédures auxquelles ils sont soumis; elles n'impliquent pas que le législateur serait habilité à porter atteinte à l'indépendance de la CREG. De plus, il y a une différence essentielle entre devoir consulter les intéressés et être tenu à une procédure de concertation lors de l'adoption des décisions que l'on prend conformément à des dispositions d'une loi qui s'applique quelles que soient les circonstances d'espèce. Ce processus est d'ailleurs excessivement lourd en ce qu'il oblige la CREG à motiver deux fois au cours d'une même procédure la prise en compte des observations déposées.

A.24.12. La CREG estime que si les délais raisonnables imposés par la loi sont prévus pour protéger les intérêts financiers des gestionnaires de réseau, et sont ainsi laissés à leur appréciation, ils portent atteinte à sa compétence; elle observe que le Conseil des ministres reconnaît en effet que les dispositions attaquées ont pour conséquence de geler l'exercice de cette compétence.

A.24.13. La CREG estime, quant aux discriminations entre les différentes catégories d'acteurs, que l'argument tiré de ce qu'elle aurait pour objectif premier de garantir les intérêts des consommateurs est certes en phase avec la logique qui sous-tend les dispositions attaquées mais est erroné puisqu'elle n'est pas le protecteur des utilisateurs de réseau mais est chargée de garantir le meilleur équilibre entre les différents intérêts en présence, par exemple en permettant le développement de réseaux sûrs et performants ou en approuvant des tarifs qui reflètent les coûts. De toute manière, les dispositions attaquées rendent malaisée la mission de la CREG qui est de veiller à l'intérêt des consommateurs, et l'on ne voit pas pourquoi ceux-ci devraient être traités différemment des autres acteurs. La circonstance que les uns et les autres sont représentés au sein du conseil général de la CREG ou que celle-ci aurait l'obligation de contrôler toutes les parties intéressées n'est pas de nature à faire disparaître la discrimination dénoncée.

A.24.14. La CREG conteste encore que les règles de dissociation des structures de propriété prévues à l'article 9 des directives excluent l'existence d'une discrimination entre utilisateurs de réseau liés ou non aux gestionnaires de réseau. Ces règles sont en effet transposées de manière incomplète, comme le soutient le troisième moyen; elles ne s'appliquent qu'aux gestionnaires de réseau de transport et ne forment surtout qu'une partie des prescriptions qui leur sont applicables.

A.24.15. Quant aux réglementations incitatives, la CREG estime que le Conseil des ministres reconnaît que la loi fixe bien des limites de fond à l'exercice de la compétence tarifaire qui, selon l'arrêt n° 97/2011, relève de la CREG, alors que les articles 37, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE et 41, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE réservent au régulateur le soin de prévoir des mesures incitatives appropriées. Le Conseil des ministres s'abstient en outre de se prononcer sur les articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009.

A.24.16. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres, revenant sur le principe de « mieux légiférer », soutient qu'il n'est pas réservé aux seuls régulateurs mais qu'il est au contraire inscrit dans une directive qui doit faire l'objet d'une transposition, de sorte que les Etats membres sont compétents pour déterminer la procédure à appliquer au régulateur. La concertation prévue par la loi attaquée est conforme au considérant 68 de la directive 2009/72/CE et constitue une règle de procédure que les Etats membres sont habilités à fixer.

Il relève que la CREG ne conteste pas qu'elle peut recevoir des propositions tarifaires de la part des gestionnaires de réseau, ce qui correspond largement au principe de la consultation préalable prévue par la loi. Les parties intervenantes indiquent aussi que la méthodologie tarifaire est une compétence exclusive de la CREG mais que la procédure d'élaboration de cette méthodologie relève du législateur fédéral.

Quant aux délais fixés par la loi attaquée en conformité avec le principe du délai raisonnable, ils ne limitent pas l'action du régulateur mais lui permettent de disposer d'une marge de manœuvre plus large et de flexibilité tant pour déterminer que pour approuver les méthodes d'élaboration des tarifs et les tarifs eux-mêmes.

Le Conseil des ministres maintient que le premier rôle de l'autorité de régulation nationale est d'assurer la protection des utilisateurs du réseau. La concertation prévue entre les gestionnaires et le régulateur de réseau vise à ce que celui-ci puisse valablement représenter les intérêts des consommateurs pour aboutir à des décisions satisfaisantes et équilibrées pour l'ensemble des parties.

Quant aux régulations incitatives, il soutient que la loi ne fixe pas les catégories de coûts sur lesquels portent celles-ci mais se borne à préciser les indicateurs spécifiques sur lesquels le régulateur doit exercer un contrôle plus particulier. Il ne s'agit donc pas d'une atteinte à son indépendance ou aux conséquences de celle-ci mais cela s'inscrit dans la perspective tracée par la note interprétative de la Commission européenne.

Deuxième sous-branche

A.25.1. Selon la CREG, les articles 15 et 16 de la loi attaquée insérant un article 12, § 3, alinéa 1er, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité) et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant un article 15/5bis, § 3, alinéa 1er, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils obligent la CREG à soumettre un projet de méthodologie tarifaire à la Chambre des représentants, avec tous les documents nécessaires à la motivation de sa décision, alors que l'autorité de régulation, exclusivement compétente en matière tarifaire, doit exercer des compétences de manière indépendante par la voie de décisions directement exécutoires sans possibilité de contrôle par un organe politique et que l'exercice d'un contrôle régulateur indépendant constitue une condition de l'accès non discriminatoire au réseau, et ce, conformément aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 2, 4, point a), et 10, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4 et 5, 41, paragraphes 2, 4, point a), et 10, de la directive 2009/73/CE, ainsi qu'aux articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009.

A.25.2. La CREG indique que l'observation du Conseil d'Etat relative à cette intervention de la Chambre des représentants n'a pas complètement été suivie par le législateur. Les dispositions attaquées instaurent une forme de révision d'un projet de décision qui, de surcroît, est discriminatoire puisqu'elle risque d'avantager les gestionnaires de réseau ayant des collectivités politiques comme actionnaires et les utilisateurs de réseau qui sont structurellement liés à ces gestionnaires.

A.25.3. Le Conseil des ministres invoque les considérants 34 et 30 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE pour soutenir que le contrôle parlementaire institué par la loi attaquée est conforme à ces directives (ce que confirme la note interprétative de la Commission européenne) et avait été admis par l'arrêt n° 131/2010 (B.5 et B.7). Le rôle de la Chambre des représentants a par ailleurs été réduit à un examen *ex ante* à la suite des observations du Conseil d'Etat et l'on ne saurait aller plus loin sans menacer le principe fondamental de notre organisation constitutionnelle que constitue l'exercice d'un contrôle démocratique par le pouvoir législatif.

Quant à la critique fondée sur une prétendue discrimination dont profiteraient les gestionnaires de réseau ayant des collectivités politiques comme actionnaires et les utilisateurs de réseau qui leur sont liés, elle n'est pas fondée, pour le même motif que celui indiqué en A.24.7.

A.25.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres se méprend sur la critique qu'elle formule. Elle ne met pas en cause le contrôle parlementaire mais les modalités concrètes de la mesure, qui constitue une atteinte prohibée à son indépendance. L'arrêt n° 130/2010 ne s'est pas prononcé sur les dispositions attaquées mais a admis la délégation de souveraineté du Parlement lors de la mise en place d'autorités indépendantes sous l'impulsion de la législation européenne. Ceci n'exclut pas le maintien d'un contrôle démocratique, mais implique néanmoins de se départir de réflexes liés à un cadre de référence traditionnel qui n'est plus d'actualité. L'arrêt n° 97/2011 a en outre censuré une loi validant un arrêté royal modifiant la méthodologie tarifaire proposée par la CREG. L'intervention parlementaire doit donc être examinée cas par cas et si l'on ne trouve rien à redire au fait que la Chambre des représentants se prononce sur un projet de méthodologie tarifaire, il reste que les dispositions attaquées paraissent contraires au droit européen. Leur régularité ne résulte pas de ce que la mesure de contrôle a lieu *ex ante*.

Quant à la discrimination dont profitent les gestionnaires de réseau ayant des collectivités politiques comme actionnaires et les utilisateurs de réseau qui leur sont liés, elle ne peut être niée, selon la CREG, sur la base des dispositions relatives à la dissociation des structures de propriété dès lors que ces dispositions visent la dissociation entre l'activité de transport et celles de production ou de fourniture et non les liens entre les gestionnaires de réseau et les collectivités politiques.

A.25.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que le projet transmis par la CREG à la Chambre des représentants amènera celle-ci à établir un rapport qui peut être assimilé en tous points à un avis qui n'est pas contraignant pour le régulateur. Pour le surplus, il estime que la partie requérante méconnaît les prescriptions européennes relatives à la dissociation des structures de propriété qui écartent tout risque de discrimination entre gestionnaires de réseau.

Troisième sous-branche

A.26.1. Selon la CREG, les articles 15 et 16 de la loi attaquée, insérant un article 12, § 4, alinéa 1er, première phrase, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant un article 15/5^{ter}, § 4, alinéa 1er, première phrase, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils prévoient que la CREG est tenue de communiquer la méthodologie tarifaire aux gestionnaires de réseau au plus tard six mois avant la date à laquelle ces derniers doivent introduire leur proposition tarifaire, alors que l'autorité de régulation, exclusivement compétente en matière tarifaire, ne peut recevoir d'instructions et doit pouvoir prendre rapidement des décisions contraignantes et demander la modification des méthodologies appliquées et que l'exercice de son contrôle ne peut être discriminatoire, conformément aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/73/CE.

A.26.2. La CREG estime que les dispositions attaquées ne sont pas une orientation de politique générale mais une injonction qui avantage, de surcroît, les seuls gestionnaires de réseau et les utilisateurs qui leur sont liés puisqu'il n'est pas prévu de transmettre les méthodologies aux (autres) utilisateurs de réseau qui peuvent avoir un intérêt à ce que cette méthodologie tienne compte de la situation dans les six mois précédant l'introduction des propositions tarifaires. L'inconstitutionnalité dénoncée dans la sous-branche du moyen est d'autant plus évidente que les directives prévoient uniquement que les tarifs ou méthodes doivent être déterminés « suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur ».

A.26.3. Le Conseil des ministres se réfère ici encore au prescrit européen visant à « mieux légiférer » pour justifier le délai de six mois prévu par les dispositions attaquées et indique qu'un tel délai est permis pour s'assurer d'une concertation effective entre les parties portant sur des éléments permettant aux gestionnaires de réseau de quantifier au mieux leurs investissements et de formuler des propositions tarifaires satisfaisantes pour toutes les parties. Il n'y a pas non plus de discrimination vis-à-vis des utilisateurs de réseau puisque la CREG a pour objectif de garantir et de défendre les intérêts du consommateur; le Conseil des ministres se réfère, ici aussi, à ce qu'il a été indiqué en A.24.7.

A.26.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG se réfère à ce qu'il a été indiqué en A.24.10 en ce qui concerne la prétendue obligation de mieux légiférer et en A.24.14 et A.25.4 en ce qui concerne les discriminations entre les gestionnaires de réseau et les autres parties intéressées par les tarifs.

Contrairement à ce que fait apparaître le mémoire du Conseil des ministres, le grief ne porte pas sur la concertation obligatoire entre la CREG et les gestionnaires de réseau, mais sur le délai entre l'adoption des méthodologies et leur entrée en vigueur, au cours duquel la loi interdit à la CREG de modifier ces méthodologies.

A.26.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres rejette cette argumentation de la partie requérante en indiquant que le délai de six mois vise à assurer une parfaite concertation entre les gestionnaires de réseau et l'autorité de régulation nationale. Il s'agit d'un délai de réflexion permettant d'aboutir à une proposition tarifaire correspondant au mieux à la méthodologie tarifaire et non, par conséquent, d'une entrave à l'exercice, par le régulateur, de ses compétences.

Quatrième sous-branche

A.27.1. Selon la CREG, les articles 15 et 16 de la loi attaquée, insérant un article 12, §§ 7 et 8, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant un article 15/5bis, §§ 7 et 8, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils imposent à la CREG une procédure d'approbation des tarifs à défaut d'accord avec les gestionnaires de réseau et portent ainsi une atteinte à l'indépendance fonctionnelle du régulateur qui est contraire aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/73/CE.

A.27.2. La CREG indique que la Commission européenne a expressément confirmé que le régulateur devait fixer lui-même ses procédures de décision; or, la lourde procédure prévue par la loi attaquée empêche le régulateur d'avoir le plein contrôle sur l'élaboration des tarifs en raison des « délais raisonnables » qui sont laissés aux gestionnaires de réseau à chaque étape de la procédure. Le Conseil d'Etat avait lui-même relevé que cette disposition s'écarterait des normes communautaires et la modification du projet, faisant suite à cette observation, par laquelle un délai exprimé en nombre de jours est remplacé par un délai « raisonnable », accentue le problème. La circonstance que la procédure puisse faire l'objet d'un accord entre la CREG et les seuls gestionnaires de réseau n'enlève rien à cette critique puisque l'indépendance du régulateur ne peut dépendre d'un accord avec des entreprises privées.

Par ailleurs, en fixant un régime de tarifs provisoires, la loi impose à la CREG les cas dans lesquels de tels tarifs sont applicables et pour combien de temps ils le sont. Ce sont là des décisions qui relèvent du régulateur.

Enfin, ici encore, les dispositions attaquées accordent aux gestionnaires de réseau et aux utilisateurs qui leur sont liés des garanties qu'elles n'accordent ni aux autres utilisateurs, ni aux consommateurs.

A.27.3. Le Conseil des ministres se réfère au principe européen consistant à mieux légiférer, déjà évoqué, pour justifier la procédure d'approbation des tarifs, et aux articles 37, paragraphe 2, et 41, paragraphe 2, des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE, qui déterminent les pouvoirs du régulateur, pour réfuter l'argument selon lequel seuls les gestionnaires de réseau disposeraient du plein contrôle du processus d'élaboration et d'approbation des tarifs: le processus participatif permet simplement d'aboutir à des décisions tarifaires

négociées et équilibrées entre les parties; il ne porte atteinte ni à l'indépendance du régulateur ni à sa compétence tarifaire, la décision finale lui étant soumise, et est de nature à réduire le nombre de recours.

A.27.4. En ce qui concerne les « délais raisonnables » prévus par la loi attaquée, le Conseil des ministres indique qu'ils sont octroyés tant aux gestionnaires du réseau qu'à la CREG elle-même et, en ce qui concerne les premiers, se justifient par la nécessité de leur permettre de mesurer les aspects économiques essentiels d'une nouvelle proposition tarifaire et les coûts dont, par ailleurs, la prise en compte est imposée aux régulateurs par les directives. Ceux-ci ne sont pas pour autant privés de leur pouvoir de prendre des décisions contraignantes vis-à-vis des entreprises d'électricité dès lors qu'ils ne disposent d'un tel pouvoir que lorsque ces entreprises ne respectent pas les obligations qui leur incombent et qu'aucune obligation n'est imposée à l'égard des gestionnaires de réseau en matière d'approbation de tarifs (voy. le considérant 37 de la directive 2009/72/CE).

En ce qui concerne les tarifs provisoires, le Conseil des ministres soutient que la partie requérante fait une lecture inexacte de la loi : celle-ci se limite à prévoir le recours à des tarifs provisoires lorsque les gestionnaires de réseau ne respectent pas leurs obligations en matière de concertation préalable ou minimale ou lorsque leur proposition tarifaire est refusée par le régulateur. Ces deux seules circonstances peuvent causer un retard dans le processus d'adoption des tarifs, mais elles font référence aux exigences des directives en matière de tarifs provisoires (articles 37, paragraphe 10, et 41, paragraphe 10, des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE). Quant à la durée d'application de ces tarifs, le législateur l'a limitée en prévoyant qu'elle se termine lors de l'adoption de tarifs définitifs, ce qui est conforme à l'exigence de tarifs stables et prévisibles qui est requise par la nécessité de garantir l'approvisionnement.

Enfin, à supposer que la partie requérante ait un intérêt à défendre un tel argument – *quod non* –, il ne peut être admis que la loi créerait une discrimination au détriment des utilisateurs et des consommateurs puisqu'il appartient, on l'a dit, au régulateur de veiller aux intérêts de ceux-ci.

A.27.5. Dans son mémoire en réponse, la CREG se réfère à ce qu'elle a indiqué à propos des trois premières sous-branches du moyen; elle souligne en outre que ni le pouvoir de décision final qui lui revient ni l'obligation, pour les tarifs, de refléter les coûts ne suffisent à établir que son indépendance et ses compétences tarifaires n'ont pas été violées (il s'agit du contenu des tarifs). Quant à la possibilité d'infliger des amendes administratives - prévue par des dispositions qui ne transposent pas correctement les directives, comme l'indique le premier moyen en sa première branche, septième sous-branche - elle ne constitue pas davantage un argument pertinent : l'on imagine mal que la CREG sanctionne un acteur qui a respecté la procédure d'approbation des tarifs et le pouvoir d'imposer des amendes ne restaure pas celui de pouvoir adopter des décisions tarifaires de manière rapide et efficace.

Quant aux tarifs provisoires, la réponse du Conseil des ministres constitue une reconnaissance du fondement du moyen et l'argument tiré de la compétence des Etats en matière de sécurité d'approvisionnement énergétique est fondamentalement erroné : c'est en effet en raison d'interventions politiques trop fréquentes et couvertes par des motifs aussi malléables que celui-là que le législateur européen a entendu garantir une indépendance fonctionnelle du régulateur et sa compétence exclusive en matière de tarifs. Les hypothèses strictes dans lesquelles les directives permettent aux Etats de déroger à leurs dispositions en se fondant sur la nécessité d'assurer l'approvisionnement énergétique ne sont pas celles dans lesquelles le Conseil des ministres invoque cet argument pour justifier les dispositions attaquées. Et même dans les cas où la sécurité d'approvisionnement justifie une obligation de service public dérogatoire, encore faut-il que celle-ci soit notifiée à la Commission européenne et proportionnée. Dès lors que les directives contiennent déjà des dispositions en matière de sécurité d'approvisionnement, il paraît exclu que celle-ci puisse encore justifier une obligation de service public dérogatoire. Une autre possibilité de dérogation aux directives est prévue par l'article 42 de la directive 2009/72/CE et par l'article 46 de la directive 2009/73/CE en cas de crise soudaine. Mais une telle circonstance n'est pas invoquée. Il n'y a, en réalité, plus de place pour des mesures régaliennes en matière de tarifs de réseau, même justifiées par un motif de sécurité d'approvisionnement. Si celle-ci justifie que des mesures soient prises, elles doivent l'être dans d'autres domaines, où elles seront bien plus efficaces qu'en matière tarifaire. Enfin, comme la section de législation du Conseil d'Etat, la Cour, dans son arrêt n° 97/2011, a censuré des dispositions par lesquelles le législateur intervenait dans l'élaboration de la méthodologie tarifaire.

A.27.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que l'exercice par le législateur fédéral de sa compétence en matière de procédure d'élaboration et d'approbation des tarifs n'est pas de nature à empiéter sur la compétence de la CREG et ne peut être confondu avec l'exercice de la compétence tarifaire de celle-ci. Quant à la nécessité d'adopter des tarifs qui reflètent les coûts, elle est expressément visée par le considérant 36 de la directive 2009/72/CE et par le considérant 32 de la directive 2009/73/CE.

Quant aux tarifs provisoires, le Conseil des ministres estime que le législateur est compétent pour s'assurer d'une procédure de concertation entre les parties - il ne s'agit pas de permettre au Roi de fixer les tarifs, comme dans l'hypothèse censurée par l'arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011 (B.9.5) - et pour fixer des politiques d'orientation générales visant à garantir l'approvisionnement du pays et ce, conformément à l'article 3 de la directive 2005/89/CE et à l'article 4 et aux considérants 5 et 25 de la directive 2009/72/CE.

A titre subsidiaire, le Conseil des ministres invite la Cour à interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE au regard de la directive 2005/89/CE précitée en lui adressant la question préjudicielle suivante :

« L'article 194, paragraphes 1, point b) et 2, alinéa 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lu en combinaison avec l'article 35, paragraphes 4 et 5, l'article 37, paragraphes 1, 4, 6 et 10, de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, l'article 39, paragraphes 4 et 5, l'article 41, paragraphes 1, 4, 6, point a) et 10, de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, ainsi qu'avec l'article 3, paragraphes 2 et 3, de la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les infrastructures, permettent-ils à un Etat membre, en vue d'assurer sa sécurité d'approvisionnement énergétique, de fixer un cadre politique relatif à la sécurité d'approvisionnement et dans le cadre duquel l'autorité de régulation nationale doit exercer sa compétence tarifaire ? ».

Sur les quatre sous-branches

A.27.7. Les associations prestataires de services IVEG et INFRA WEST estiment que les quatre sous-branches sont fondées sur les mêmes arguments. Elles soutiennent que la définition des procédures tarifaires n'est pas une compétence réservée du régulateur. Les directives lui réservent certes des compétences tarifaires minimales bien définies (articles 37, paragraphes 4, 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et 41, paragraphes 4, 6 et 10, de la directive 2009/73/CE), à savoir approuver ou définir les tarifs ou la méthode de calcul de ceux-ci, exiger que les gestionnaires de réseau modifient les tarifs ou les méthodes de calcul, fixer provisoirement ou approuver les tarifs, les méthodes de calcul en cas de retard et, le cas échéant, les mesures compensatoires et mettre en œuvre ces compétences de manière rapide et efficace. Ces compétences ne relèvent donc pas du législateur, mais elles ne font pas des procédures tarifaires une compétence exclusive de la CREG. Cela est confirmé par la jurisprudence constante de la Cour d'appel de Bruxelles, dont la CREG ne parle pas. Elle se réfère certes à une « note interprétative de la Commission européenne » mais cette note est en réalité un document de travail de fonctionnaires de la Commission qui n'a donc ni la valeur juridique que la CREG lui attribue ni même, quant au contenu, la portée qu'elle lui donne : cette note n'indique nulle part que le régulateur doit pouvoir définir lui-même les règles de procédures tarifaires mais, bien au contraire, impose au régulateur, dans un souci de transparence, de faire connaître ses propres règles de procédure, c'est-à-dire son règlement d'ordre intérieur. Contrairement à ce que soutient la CREG, l'avis du Conseil d'Etat ne permet pas non plus d'affirmer que la procédure tarifaire relève du seul régulateur : l'avis se borne à indiquer, comme la doctrine, que le législateur ne peut adopter des règles à ce point contraignantes qu'elles limiteraient la compétence de la CREG. Les dispositions de l'avant-projet de loi avaient certes ce caractère mais elles ont ensuite été amendées pour tenir compte de l'avis du Conseil d'Etat : les délais prévus par la procédure tarifaire doivent être des « délais raisonnables », ce qui leur ôte le caractère contraignant qui privait la CREG de sa liberté d'action. L'on en est revenu ainsi au régime précédent, qui avait été proposé par la CREG elle-même. Les exigences imposées à la CREG en matière de rédaction de procès-verbal et de motivation n'ont rien d'exorbitant et ne constituent en rien un carcan limitant ses pouvoirs. Dès lors en outre qu'elle exerce des compétences réglementaires importantes sans avoir de légitimité démocratique, l'exigence d'une motivation est tout sauf injustifiée.

A.27.8. Les associations prestataires de services IVEG et INFRAX WEST contestent aussi l'interprétation que la CREG donne de l'article 12*bis*, § 2, alinéa 3, et § 8, de la loi sur l'électricité et de l'article 15/5*ter*, § 2, alinéa 3, et § 8, de la loi sur le gaz selon laquelle le gestionnaire de réseau pourrait s'autoriser de la notion de « délai raisonnable » pour retarder les procédures de décision et empêcher le régulateur d'exercer ses compétences de manière rapide et efficace. Ces dispositions n'indiquent certes pas qui détermine ce délai raisonnable mais elles doivent, en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, recevoir une interprétation conforme à la directive et, par conséquent, être interprétées comme signifiant que c'est toujours à la CREG qu'il revient de fixer le délai raisonnable.

Elles contestent aussi la discrimination dont les utilisateurs de réseau seraient victimes vis-à-vis des gestionnaires de réseau au regard des garanties procédurales et des possibilités de conclure un accord avec la CREG qui seraient réservées aux seconds. Il ne s'agit en effet pas de catégories comparables en ce qui concerne la réglementation tarifaire : les seconds sont en effet tenus à de multiples obligations et les tarifs de distribution représentent l'essentiel de leurs revenus, ils doivent établir leurs propositions tarifaires conformément aux méthodes de calcul établies par la CREG et doivent lui faire rapport sur leurs coûts. Il est essentiel qu'ils soient étroitement associés à l'établissement de ces méthodes de calcul, à peine de rendre celles-ci impraticables. Rien de tel ne peut être dit des utilisateurs du réseau qui disposent déjà, enfin, d'un « protecteur », en la personne de la CREG. La part que les gestionnaires de réseau prennent dans les procédures tarifaires n'est de surcroît en rien disproportionnée puisqu'ils ne disposent pas d'un droit de véto et qu'ils ne peuvent que formuler des points de vue ou introduire des propositions. Rien n'interdit par ailleurs à la CREG d'entendre aussi les utilisateurs du réseau.

A.27.9. Selon les parties intervenantes, c'est à tort que la CREG soutient que l'exercice de ses compétences tarifaires serait tributaire d'un accord avec les gestionnaires de réseau puisque les dispositions précitées de la loi sur l'électricité et de la loi sur le gaz prévoient, à défaut d'accord, des « procédures standard » que la CREG doit appliquer.

C'est aussi à tort que la CREG critique l'obligation qui lui est faite de transmettre à la Chambre des représentants ses propositions de méthodologie tarifaire. Il va de soi que les députés pourront formuler des remarques mais la CREG est libre d'en tenir compte ou non. Il n'est pas non plus exact de prétendre que les gestionnaires de réseaux de distribution dont les actionnaires sont des autorités locales sont avantagés car ils n'ont pas plus d'influence auprès des parlementaires que les fournisseurs ou les organisations de consommateurs, qui disposent en outre de relais fiables. L'on ne saurait admettre que le Parlement n'ait même pas la possibilité d'examiner et de faire des remarques sur les propositions de la CREG alors qu'il n'est déjà pas conforme à la tradition constitutionnelle belge que la réglementation qu'elle élabore soit soustraite à la compétence du législateur démocratiquement élu.

A.27.10. Les associations prestataires de services IVEG et INFRAX WEST soutiennent, contrairement à la CREG, que l'obligation imposée à celle-ci de communiquer ses méthodes tarifaires aux gestionnaires de réseau de distribution six mois avant le délai dont ils disposent pour introduire leurs propositions de tarifs, ne porte pas atteinte à l'indépendance de la CREG et est justifiée par la nécessité de permettre aux gestionnaires de réseau de tenir compte de ces éléments pour le calcul de leurs tarifs et pour adapter leur comptabilité. Il n'est pas discriminatoire que cette obligation ne soit prévue qu'en faveur des gestionnaires de réseau et non des utilisateurs de réseau, ceux-ci n'ayant à se conformer à aucune obligation au regard de ces méthodes tarifaires et ayant par ailleurs la possibilité de les consulter sur le site « web » de la CREG. S'il est vrai que la CREG peut vouloir tenir compte d'une baisse possible de différents paramètres au cours de la période de six mois en cause, il lui est loisible de le prévoir dans ses méthodes tarifaires.

A.27.11. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles invoquée par les parties requérantes ne représente que quelques arrêts prononcés dans un cadre juridique qui n'est plus pertinent et qui ont été contredits ensuite par l'arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011. Il est renvoyé, pour le surplus, à ce qui a été exposé en A.24.9 à A.24.15, A.25.4, A.26.4 et A.27.5.

A.27.12. En ce qui concerne l'obligation de communiquer les méthodologies six mois à l'avance, la CREG estime que la fixation de paramètres abstraits en fonction de leur valeur au cours du mois précédant l'introduction de propositions tarifaires en vue d'anticiper les modifications qui se produiraient durant la période

de communication n'apporte aucune solution en fait et ne fait évidemment pas disparaître la violation du droit européen. Il en est de même de l'argument selon lequel les dispositions attaquées seraient de nature procédurale dès lors qu'elles portent atteinte aux compétences et à l'indépendance de la CREG.

A.27.13. Dans leur mémoire en réponse, les parties intervenantes IVEG et INFRA WEST estiment que les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE ne confèrent à la CREG aucune « compétence exclusive du régulateur en matière tarifaire » comme le laisse entendre ses écrits. Les directives prévoient uniquement que le régulateur est compétent pour fixer ou approuver la méthodologie tarifaire des tarifs de distribution.

A.27.14. Les parties intervenantes contestent la portée limitée que la CREG attribue à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles : celle-ci juge que la compétence de la CREG porte sur la seule méthodologie tarifaire et sa jurisprudence est constante puisqu'il s'agit de quatre arrêts rendus en deux ans. Les deux premiers portent certes sur les directives précédentes mais l'objet de la compétence du régulateur (les méthodologies tarifaires) n'a pas été modifié par les nouvelles directives qui n'en ont modifié que la nature en supprimant l'exigence d'une approbation des méthodologies tarifaires par l'autorité politique. Les deux autres arrêts, rendus en 2012, portent bien sur la directive 2009/72/CE et la jurisprudence des quatre arrêts n'est pas contredite par l'arrêt n° 97/2011 dès lors que celui-ci ne décide nullement que le régulateur disposerait d'une compétence plus large que celle de définir les méthodologies tarifaires mais fait clairement apparaître que cette compétence n'est pas une compétence tarifaire exclusive. Cet arrêt n'a annulé que les dispositions relatives à la structure générale des tarifs et non celles relatives aux règles tarifaires de procédure.

A.27.15. Les parties requérantes estiment que ce n'est pas parce que les directives ne chargent pas le législateur de régler la procédure tarifaire que cette compétence relèverait du seul régulateur et que le législateur ne pourrait intervenir parce que cela serait contraire aux articles 36 et 37 de la Constitution : le législateur n'a pas besoin d'une habilitation qui lui serait conférée par le droit européen pour adopter des dispositions dans une matière déterminée. De plus, l'article 33 de la Constitution interdit au législateur de déléguer au régulateur la compétence d'arrêter les règles de procédure en matière tarifaire, en particulier en ce qu'il s'agit d'une compétence normative. Il n'en irait autrement, suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que si le droit européen imposait de le faire, comme le décide l'arrêt n° 130/2010 en se référant à l'article 34 de la Constitution. L'enseignement de cet arrêt n'est cependant pas transposable dans la présente affaire puisqu'il ne portait pas sur une compétence normative et que l'habilitation qu'il vise était imposée par le droit européen.

A.27.16. Les parties intervenantes soutiennent que l'indépendance du régulateur n'implique pas sa compétence tarifaire exclusive. L'on ne peut soutenir sérieusement qu'un organe ne peut être indépendant s'il ne peut pas fixer lui-même les règles de procédures qui régissent ses relations avec les justiciables. L'exemple de la Cour et des cours et tribunaux démontre le contraire.

A.27.17. Les parties intervenantes estiment que les règles de procédure en matière tarifaire prévues par les articles 12*bis* de la loi sur l'électricité et 15/5*ter* de la loi sur le gaz ne menacent pas l'exercice, par la CREG, de ses compétences. Ces dispositions ne déterminent pas le moment auquel la CREG doit transmettre son projet de méthodologie tarifaire à la Chambre des représentants, de telle sorte que cela pourrait être fait même après qu'elle a pris sa décision. Une simple photocopie du dossier administratif suffira. Quant à l'obligation de transmettre la méthodologie tarifaire aux gestionnaires de réseau six mois avant l'expiration du délai prévu pour introduire des propositions tarifaires, elle ne limite en rien la compétence de la CREG pour définir cette méthodologie ou la modifier. Certes, la loi attaquée ne confère pas à la CREG, comme le requièrent les articles 37, paragraphe 10, et 41, paragraphe 10, des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE, la compétence de modifier de sa propre initiative les méthodes tarifaires (deuxième moyen, troisième branche, première sous-branche). Mais cette question est distincte de celle du délai dans lequel ces modifications doivent être portées à la connaissance des gestionnaires de réseau et ceux-ci doivent pouvoir disposer du temps nécessaire à l'établissement d'une proposition tarifaire.

Quant à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 octobre 2009 (C-474/08), il ne décide pas, contrairement à ce que soutient la CREG, que le régulateur devrait pouvoir fixer les règles de procédure en matière tarifaire. Il se garde au contraire de valider l'expression contestable de la CREG invoquant « la compétence tarifaire exclusive du régulateur » et se réfère à la seule méthodologie tarifaire.

Deuxième branche (lignes directrices)

A titre principal

A.28.1. Selon la CREG, les articles 15, 16 et 18 de la loi attaquée, insérant un article 12, §§ 5 et 14, et un article 12^{quater}, § 2, deuxième phrase, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71, 72 et 74 de la loi attaquée, insérant un article 15/5^{bis}, §§ 5 et 14, et un article 15/5^{quinquies}, § 2, deuxième phrase, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils imposent à la CREG de respecter des « lignes directrices » lors de l'élaboration de la méthodologie tarifaire ou lors de l'adoption de mesures provisoires en matière tarifaire, ce qui est contraire aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 1, 4, point a), et 6, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 1, 4, point a), et 6, de la directive 2009/73/CE, ainsi qu'aux articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009. Or, le législateur ne peut adopter de règles tarifaires allant au-delà d'orientations de politique générale et ne peut en tout cas, en les adoptant, ne tenir compte que des intérêts des seuls gestionnaires de réseau.

La CREG fait valoir que les directives s'opposent à toute orientation du législateur en matière tarifaire, de sorte que les dispositions attaquées ne sont pas compatibles avec ces directives. Elles sont aussi discriminatoires en ce qu'elles visent les seuls gestionnaires de réseau et les utilisateurs qui leur sont liés, alors que les autres utilisateurs et les consommateurs ne bénéficient pas des garanties accordées aux premiers.

Le Conseil d'Etat a reconnu cette discrimination mais le législateur s'est borné à atténuer la portée des dispositions concernées.

A.28.2.1. Le Conseil des ministres soutient, à titre principal, que les lignes directrices sont prises en exécution du droit européen, à savoir les articles 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 4, de la directive 2009/73/CE qui prévoient des orientations générales déterminées par le Gouvernement. C'est dans le même sens que vont la note interprétative de la Commission européenne et la législation d'autres Etats membres, comme le relèvent les travaux préparatoires et la doctrine. Il soutient que les dispositions relatives aux lignes directrices sont prises dans le respect du droit belge (dès lors qu'elles rappellent les principes de bonne administration) et s'inscrivent dans la continuité de la pratique de la CREG puisque la législation contenait déjà, antérieurement, de telles dispositions et n'avait été contestée ni par la doctrine ni par la jurisprudence; elles ne sont pas des règles de fond en matière tarifaire. Le projet de loi a, à cet égard, été modifié pour tenir compte de l'avis du Conseil d'Etat et ce, à l'issue de discussions avec la Commission européenne qui, dans sa note interprétative, admettait la possibilité pour les Etats d'adopter des lignes directrices et qui n'a pas émis d'objection.

A.28.2.2. Selon le Conseil des ministres, les dispositions attaquées ne sauraient être discriminatoires puisque les principes d'exhaustivité et de transparence, de couverture des coûts, de sécurité quant à la période couverte, de non-discrimination et de proportionnalité s'appliquent à tous les utilisateurs du réseau. Des lignes directrices applicables à d'autres utilisateurs de réseau ne pourraient être adoptées sans que cela constitue une intervention prohibée dans les tâches de régulation du marché dont est chargé le régulateur.

A.28.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que ni le Conseil des ministres ni les parties intervenantes ne répondent à l'argument tiré de ce que ni l'article 35, paragraphe 4, point b), ii), de la directive 2009/72/CE ni l'article 39, paragraphe 4, point b), ii), de la directive 2009/72/CE ne permettent aux Etats de formuler des orientations qui concernent les missions et compétences de régulation, en ce compris la compétence tarifaire. Une question préjudicielle qui serait adressée à ce sujet à la Cour de justice de l'Union européenne serait dès lors sans objet et retarderait la présente procédure.

Les axes de défense du Conseil des ministres et des parties intervenantes sont au surplus sans pertinence. Les dispositions de la directive étant claires, elles ne réclament pas l'interprétation d'une note de la Commission européenne; une pratique qui ne serait pas conforme à ces dispositions ne peut être justifiée ni par des orientations tarifaires existant dans d'autres Etats membres, ni par des principes de bonne administration qui ne s'assimilent pas à des orientations édictées par le législateur dans le domaine tarifaire, ni par la conformité de

ladite pratique avec le droit belge, ni par la circonstance qu'elle préexistait aux directives du « troisième paquet énergie ». La doctrine est partagée sur la question de la compétence du législateur.

A.28.4. Le caractère discriminatoire des lignes directrices est, selon la CREG, confirmé par le Conseil des ministres, qui se contredit en soutenant, d'une part, qu'une ligne directrice destinée à satisfaire l'intérêt de gestionnaires de réseau constitue une intervention régulière du législateur en matière tarifaire, et, d'autre part, que l'existence de pareilles « garanties légales » au profit d'autres catégories d'acteurs constituerait une intervention injustifiable dans les tâches de régulation du marché qui relèvent de l'autorité de régulation.

De plus, l'application de lignes directrices aux utilisateurs comme aux gestionnaires n'empêche pas que bon nombre d'entre elles favorisent les intérêts de ces derniers en ce qu'elles ont pour objet des éléments tarifaires qui ont donné lieu à des contestations des décisions de la CREG par ces gestionnaires. Même si l'on admet l'intervention d'une instance politique dans l'exercice des compétences de régulation par le biais de lignes directrices, celles-ci ne peuvent aller au-delà d'orientations de politique générale.

A.28.5. La CREG rejette aussi l'argument selon lequel un choix lui serait laissé par les lignes directrices relatives à l'exhaustivité de la méthodologie tarifaire, à la couverture des coûts, aux impôts, taxes, contributions de toute nature et surcharges, aux soldes consécutifs à l'application des tarifs, aux paramètres qualitatifs en matière de comparaison des coûts et à l'électricité de secours des installations de cogénération. Les lignes directrices ne sauraient d'ailleurs être justifiables par cela seul qu'elles offrent un choix au régulateur lors de leur mise en œuvre. Les critiques de la Commission européenne et du Conseil d'Etat n'ont pas suffisamment été prises en compte, contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres.

A.28.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres invoque la note interprétative de la Commission européenne du 22 janvier 2010 pour soutenir que l'intention était bien de permettre aux Etats d'édicter des lignes directrices de politique générale, notamment pour la structure et la méthodologie tarifaire. Celles-ci faisaient jadis l'objet d'un arrêté royal; elles sont aujourd'hui prévues par la loi, ce qui élargit la marge de manœuvre de la CREG. Il soutient également que les compétences du régulateur sont limitées, d'une part, par les articles 37, paragraphe 6, et 41, paragraphe 6, des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE, qui habilite le régulateur à fixer ou à approuver les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes (ce qui est alternatif et non cumulatif) et, d'autre part, par les articles 37, paragraphe 10, et 41, paragraphe 10, des mêmes directives, qui habilite le régulateur à demander aux gestionnaires de modifier les tarifs ou les méthodologies de manière à ce qu'ils soient proportionnés et appliqués de manière non discriminatoire. Les règles de procédure ne relèvent donc pas de la compétence exclusive du régulateur.

A.28.7. Le Conseil des ministres estime que les directives ne font pas obstacle à l'application, à la CREG, des principes de bonne administration dont les lignes directrices sont l'émanation. Elles s'appliquent à tous les utilisateurs du réseau, lesquels ne se trouvent pas, par ailleurs, dans la même situation que celle des gestionnaires, de sorte qu'il ne saurait y avoir de discrimination. Les lignes directrices ne peuvent s'adresser qu'au régulateur et violeraient les compétences de celui-ci si elles s'adressaient aux utilisateurs et il n'y a là aucune contradiction.

A titre subsidiaire

A.28.8.1. A titre subsidiaire, la CREG soutient que même si la Commission européenne admet, *contra legem*, que l'autorité publique dispose, en matière tarifaire, d'une faculté limitée d'intervention par le biais « d'orientations de politique générale », cette faculté est très limitée, les orientations ne pouvant être des prescriptions concrètes et devant être générales (et non précises) et de nature politique (et non technique). Or, les lignes directrices examinées ci-après ne constituent en rien de telles orientations de politique générale.

A.28.8.2. Le Conseil des ministres soutient, à titre subsidiaire, que les lignes directrices constituent bien des orientations de politique générale qui ne limitent pas les compétences du régulateur en matière de contrôle des coûts.

A.28.9.1. Selon la CREG, les lignes directrices concernant l'exhaustivité et la transparence de la méthodologie tarifaire imposent à la CREG de tout anticiper, dès l'élaboration de la méthodologie, et de communiquer anticipativement celle-ci aux gestionnaires de réseau. Elles constituent une instruction précise alors que, selon l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 octobre 2009, Commission c. Suède, C-274/08 (point 40), rendu sous l'empire d'une directive précédente, la méthodologie ne doit pas être exhaustive mais uniquement revêtir un degré de prévisibilité suffisant pour que les opérateurs puissent estimer leurs coûts d'accès aux réseaux. Elles portent dès lors atteinte à l'indépendance de la CREG.

A.28.9.2. Selon le Conseil des ministres, en prévoyant que la méthodologie doit être exhaustive et transparente, la loi attaquée garantit à tous un cadre intangible et prévisible permettant aux administrés et aux gestionnaires de réseau d'établir leurs propositions tarifaires mais n'interdit pas à la CREG d'intégrer un nouvel élément ou une circonstance exceptionnelle qui surviendrait au cours de la période régulatoire.

A.28.9.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres reconnaît le fondement du moyen. Il reconnaît que les lignes directrices portent atteinte à l'indépendance de la CREG en exposant qu'elles ont pour but d'influencer de manière directe le contenu et la durée de l'application des tarifs. L'argument de la sécurité juridique n'est pas plus fondé que celui relatif à la sécurité d'approvisionnement, réfuté comme il est dit en A.27.5. Le Conseil des ministres ne répond pas, enfin, aux arguments tirés de l'article 37, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2009/72/CE et de l'article 41, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2009/73/CE.

A.28.9.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres rejette l'argument tiré de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 octobre 2009, qui a été rendu sur la base de l'ancienne directive sur l'électricité, dont l'esprit et la lettre diffèrent de ceux des nouvelles.

A.28.10.1. Selon la CREG, les lignes directrices relatives à la couverture de l'ensemble des coûts nécessaires et efficaces constituent aussi une instruction technique et précise. Or, l'article 37, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE dispose que les tarifs contiennent des mesures incitatives. Celles-ci peuvent avoir pour effet, fût-ce dans certains cas exceptionnels, que certains coûts non nécessaires soient couverts par les tarifs, ou au contraire que certains coûts nécessaires ne soient pas couverts. Les lignes directrices sont en outre contraires aux articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009, en ce qu'elles auraient pour effet de permettre la couverture de coûts qui, même réels, ne correspondent pas à ceux d'un gestionnaire de réseau efficace.

A.28.10.2. Selon le Conseil des ministres, la ligne directrice imposant que l'ensemble des coûts soient couverts dans la méthodologie tarifaire n'empêche pas une révision de la proposition tarifaire lorsqu'une circonstance exceptionnelle survient au cours de la période régulatoire, comme l'indiquent l'article 12, § 8, 8°, de la loi sur l'électricité et l'article 15/5ter, § 5, 8°, de la loi sur le gaz; elle n'empêche pas non plus la CREG d'exercer son pouvoir d'appréciation sur le caractère nécessaire ou non des coûts.

A.28.10.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres se réfère à tort aux circonstances imprévues qui sont une modalité de modification des tarifs approuvés sur la base de la méthodologie tarifaire alors que le moyen vise la circonstance, peu fréquente mais prévue dès le départ, que le régulateur peut estimer devoir ne pas couvrir certains coûts nécessaires, ce qui constitue un élément de fixation de la méthodologie tarifaire elle-même. Indépendamment de cette erreur, le Conseil des ministres ne fait que confirmer le bien-fondé de l'argument de la partie requérante, le législateur ne pouvant anticiper une hypothèse tarifaire; il s'abstient de discuter la violation de dispositions spécifiques invoquées par le moyen.

A.28.10.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que l'on ne peut imaginer que la CREG rejette des coûts nécessaires ou efficaces. Il s'agit de règles de bon sens qui sont applicables à la CREG. L'orientation générale n'empêche ni la couverture des coûts résultant des obligations imposées par les régions aux gestionnaires de réseau, ni celle des coûts qui seraient induits par des améliorations au-dessus du niveau des coûts nécessaires, la CREG ayant le pouvoir d'apprécier leur caractère nécessaire.

A.28.11.1. La CREG estime aussi que les lignes directrices imposant que le coût net des obligations de service public soit pris en compte dans les tarifs semblent avoir pour effet que la CREG ne pourrait complètement contrôler le coût des obligations de service public, alors que la Commission européenne exige que les Etats membres définissent ce qu'est une obligation de service public et garantissent la possibilité de ce contrôle. Le Conseil d'Etat a aussi critiqué la limitation de la possibilité, pour la CREG, de vérifier le coût des obligations de service public.

Les lignes directrices, qui sont aussi contraires aux règlements visés en A.28.10.1, et pour les mêmes motifs, confondent l'obligation de service public, imposée par l'autorité, et son coût, fonction des moyens budgétaires consacrés à cette fin. Or, bien souvent, le coût n'est pas fixé par la définition des obligations de service public. La question n'est pas théorique parce que le coût des obligations de service public représente une part substantielle du budget des gestionnaires de réseau : en imposant au régulateur une ligne directrice selon laquelle le coût net des obligations de service public serait nécessairement répercuté dans les tarifs, les dispositions attaquées restreignent fortement le champ d'application du contrôle tarifaire.

A.28.11.2. En prévoyant que les coûts nets des obligations de service public soient pris en compte de manière transparente et exhaustive dans les tarifs, la loi n'est, selon le Conseil des ministres, pas ambiguë puisque l'obligation de service public est définie par les lois et règlements visés par la disposition attaquée et ne porte pas atteinte à la compétence de la CREG de vérifier le coût des obligations de service public et la manière dont les gestionnaires de réseau le reportent dans les tarifs. Il en est d'autant plus ainsi que les obligations de service public ne font souvent qu'imposer un résultat, sans en fixer le coût.

A.28.11.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG prend acte de l'interprétation du Conseil des ministres mais observe qu'il n'est pas investi du pouvoir interprétatif de la loi. La loi étant ambiguë, il conviendrait que la Cour adopte un dispositif alternatif distinguant les interprétations qui peuvent être faites des lignes directrices examinées ici.

A.28.11.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres ajoute que l'orientation générale en cause n'est que la transposition de principes généraux de bonne administration applicables à la CREG.

A.28.12.1. La CREG critique aussi les lignes directrices, qui prévoient que les impôts, taxes, « contributions de toute nature » et « surcharges imposées par la loi, le décret ou l'ordonnance et leurs arrêtés d'exécution » sont ajoutés aux tarifs, en faisant valoir que, comme celles visées en A.28.11.1, elles sont ambiguës et semblent l'empêcher de procéder à autre chose qu'un simple contrôle de légalité vis-à-vis des éléments concernés; elles sont aussi contraires, et pour les mêmes raisons, aux règlements visés en A.28.10.1. Les termes « surcharge » et « contribution de toute nature » qu'elles emploient permettent de contourner le contrôle du régulateur, au préjudice des utilisateurs de réseau.

A.28.12.2. Selon le Conseil des ministres, la disposition imposant que les lignes directrices ajoutent aux tarifs les impôts, taxes, contributions de toute nature et surcharges imposées par la loi, le décret ou l'ordonnance n'est en rien ambiguë dès lors qu'il s'agit là de notions bien connues non seulement dans le système juridique belge mais aussi sur le site internet de la CREG elle-même. Son rôle se limite, à cet égard, à vérifier si les gestionnaires de réseau respectent le but poursuivi par le législateur lors de l'adoption de ces différentes taxes qui ont elles-mêmes fait l'objet d'un vote annuel et d'un contrôle parlementaire.

A.28.12.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG conteste le caractère clair de ces lignes directrices et soutient que le texte de la loi ne confère à la CREG aucun pouvoir de contrôle des éléments tarifaires qu'elles visent. En cet aspect, le moyen n'a rien d'hypothétique, l'objet de ces lignes directrices ayant été à l'origine de plusieurs litiges.

A.28.12.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres ajoute que les notions visées par la disposition attaquée doivent être, comme par le passé, interprétées par la CREG, étant entendu que son interprétation doit être conforme aux dispositions législatives qui y ont trait et peut être contrôlée par un juge.

A.28.13.1. Selon la CREG, les lignes directrices qui prévoient que « les achats de biens et de services réalisés dans le respect de la législation sur les marchés publics sont réputés réalisés au prix du marché, sous

réserve, le cas échéant, du pouvoir d'appréciation de la commission » ne constituent pas des orientations de politique générale mais des interventions du législateur dans la compétence tarifaire réservée au régulateur. Cette intervention renforce la charge de la preuve de la CREG pour procéder au rejet de coûts de ce type.

A.28.13.2. Selon le Conseil des ministres, les lignes directrices relatives au respect de la législation sur les marchés publics se limitent à avertir, de manière générale, que la législation relative à ceux-ci est bien applicable et l'on ne voit pas comment la CREG pourrait écarter cette législation d'ordre public.

A.28.13.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le point de vue du Conseil des ministres est inconciliable avec le texte de la loi et confirme que le législateur a pris possession de la matière tarifaire, ce qui ne relève plus de sa compétence.

A.28.13.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres se réfère au texte de la disposition attaquée qui réserve expressément le pouvoir d'appréciation de la CREG.

A.28.14.1. Selon la CREG, les lignes directrices relatives à l'établissement et à la répartition des soldes sur les périodes régulatrices suivantes ne constituent pas des orientations de politique générale mais l'empêchent de prendre des décisions en fonction des circonstances d'espèce, selon un choix régulateur qui fait la juste balance entre les intérêts des gestionnaires de réseau et ceux de leurs utilisateurs. Dans certains cas, la CREG doit pouvoir décider d'imputer les soldes en cours de période régulatrice (au bénéfice notamment des gestionnaires de réseau) ou d'imputer certaines parties des soldes sur les coûts des gestionnaires de réseau, en vue d'assurer le caractère non discriminatoire des tarifs.

A.28.14.2. Selon le Conseil des ministres, les lignes directrices relatives à la détermination et à la répartition des soldes se bornent à exiger que ces soldes et, s'il y en a une, leur répartition sur les périodes régulatrices suivantes, soient déterminés de manière transparente et non discriminatoire; elles n'imposent en rien que ces soldes soient imputés sur les périodes régulatrices suivantes, ce qui relève de la seule compétence de la CREG.

A.28.14.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG considère que l'interprétation formaliste défendue par le Conseil des ministres aboutit à reconnaître en tout cas que s'il existe des soldes à répercuter, le législateur impose qu'ils le soient sur la période régulatrice suivante. Cela constitue un choix en opportunité qui relève du seul régulateur, ainsi qu'il en a déjà été fait sans être contredit par la Cour d'appel de Bruxelles. Aucune préoccupation d'opportunité n'autorise le législateur à s'écarter des directives.

A.28.14.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres confirme qu'il appartient à la CREG de déterminer s'il y a répartition ou non.

A.28.15.1. Selon la CREG, les lignes directrices limitant les possibilités de comparaison des coûts des gestionnaires de réseau que la CREG peut mettre en œuvre sont des instructions prohibées, qui sont en outre contraires aux règlements visés en A.28.10, et pour les mêmes motifs. Elles imposent en effet des paramètres qualitatifs pour toute technique de comparaison des gestionnaires de réseau et empêchent en l'occurrence la CREG d'utiliser la méthode qu'elle utilisait scientifiquement, mais se prêtant peu à l'intégration de critères qualitatifs. Ceux-ci ne peuvent, de surcroît, pas être matériellement intégrés car il n'y a en Belgique qu'un seul gestionnaire de réseau (gaz ou électricité) et la CREG est sans compétence pour réclamer à l'étranger des informations qualitatives comparatives. Elle ne saurait davantage vérifier les aspects qualitatifs des réseaux de distribution, cet élément relevant des compétences régionales.

Enfin, en matière de distribution, les lignes directrices prévoient que les comparaisons doivent porter sur des sociétés ayant des activités similaires et opérant dans des circonstances analogues et que les gestionnaires de réseau de distribution dont l'efficacité se situe dans la moyenne du marché peuvent recouvrer la totalité de leurs coûts. Ces dispositions sont des prescriptions techniques précises et sont contraires au droit européen, le législateur étant sans compétence pour décider que les coûts de certains de ces gestionnaires ne peuvent être contrôlés.

Les mêmes critiques sont adressées aux lignes directrices spécifiques interdisant à la CREG de soumettre une série de coûts à une comparaison entre gestionnaires de réseau ou à une « régulation incitative ».

A.28.15.2. Selon le Conseil des ministres, les lignes directrices imposant une technique de comparaison qui intègre des paramètres qualitatifs et fondée sur des données homogènes, transparentes, fiables et publiées ou communicables ne constituent pas des instructions techniques et n'excluent aucune méthode de comparaison. Conformément à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE et à l'annexe I à celle-ci, la loi attaquée se borne à rappeler la qualité du service public pour le bien-être du consommateur final : il appartient à la CREG de contrôler cette qualité et d'intégrer les paramètres qu'elle choisira, le cas échéant en demandant à l'étranger les informations requises, comme l'article 38 de la directive précitée le lui permet. En prévoyant que les comparaisons doivent porter sur des sociétés ayant des activités similaires et opérant dans des circonstances analogues, la disposition attaquée respecte le principe de non-discrimination.

A.28.15.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le point de vue du Conseil des ministres est inconciliable avec le texte de la loi et est lacunaire. La directive n'impose aucun paramètre qualitatif au régulateur. De plus, la CREG ne pourrait procéder à une comparaison qualitative des gestionnaires de réseaux de distribution sans exercer des compétences régionales. Quant à l'obligation de collaboration et d'échange d'informations entre régulateurs, elle n'aboutit ni à imposer à la CREG de réaliser de telles comparaisons entre gestionnaires belges et étrangers ni à les rendre possibles, dès lors que les prescriptions relatives à cette obligation ont un cadre limité et que les régulateurs sont tenus à une obligation de confidentialité. L'expérience montre la difficulté d'obtenir les informations requises. A supposer que les méthodes de comparaison des coûts actuellement utilisées par la CREG seraient contraires aux exigences des directives - *quod non* -, cela ne justifierait pas que le législateur puisse intervenir en matière tarifaire.

L'interprétation du Conseil des ministres relative à la comparaison à réaliser entre sociétés ayant des activités similaires et opérant dans des circonstances analogues ne trouve aucun fondement dans la loi attaquée. Les autres arguments soulevés par la requête sont laissés sans réponse.

A.28.15.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que la CREG fait une lecture extensive des dispositions attaquées qui, pourtant, ne contiennent pas d'instruction technique et n'excluent ni les méthodes utilisées par la CREG ni leurs coûts. C'est l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE qui requiert des données homogènes, transparentes, fiables et publiées.

A.28.16.1. La CREG fait valoir que les lignes directrices selon lesquelles les tarifs de l'électricité de secours des installations de cogénération de qualité doivent être classés parmi les tarifs des services auxiliaires et principalement en fonction de la consommation sont une instruction technique et précise, qui constitue une intervention directe du législateur dans la détermination de la méthodologie tarifaire.

A.28.16.2. Selon le Conseil des ministres, les lignes directrices relatives au classement des tarifs pour l'électricité de secours au sein des tarifs auxiliaires est le simple reflet de la volonté du législateur d'assurer l'application de la directive 2009/28/CE « relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE », en vertu de laquelle il est tenu de promouvoir celle-ci, le cas échéant par le biais d'aides publiques et qui, en l'espèce, l'a amené à promouvoir l'insertion des tarifs concernés dans la méthodologie du régulateur : cela permet de garantir qu'en cas de défaillance énergétique, il y ait suffisamment d'incitants pour promouvoir au maximum ces sources renouvelables et, par là, l'approvisionnement du pays, par exemple en cas de fermeture de centrales nucléaires. Il ne peut s'agir là que d'une orientation de politique générale.

A.28.16.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que la directive 2009/28/CE s'applique à l'énergie produite à partir de sources renouvelables et ne vise pas les installations de cogénération, de sorte que l'argument qui en est tiré n'est pas pertinent. La circonstance que les Etats soient tenus de promouvoir les énergies renouvelables ou même les installations de cogénération de qualité n'implique pas que le législateur puisse prendre n'importe quelle mesure et ne respecte pas les attributions et les compétences des différentes autorités.

A.28.16.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que l'énergie issue de la cogénération est considérée comme énergie renouvelable au sens de la directive précitée si l'installation qui la produit est alimentée à partir de sources d'énergie renouvelables; tout dépend des filières utilisées et de la reconnaissance de celles-ci par les régions. En Région wallonne, les certificats verts sont identiques pour l'énergie issue de la cogénération et pour les énergies renouvelables.

Le Conseil des ministres examine ensuite les compétences respectives de l'Etat fédéral et des régions en matière d'énergie en indiquant que si la qualification des énergies nouvelles relève des régions, la mise en œuvre de la priorité des installations sur le réseau de transport et les lignes tarifaires sont des compétences fédérales. Les éléments définis par les autorités régionales dans les tarifs doivent être pris en compte par l'autorité fédérale et la disposition attaquée n'y fait pas obstacle. La partie requérante n'invoque pas non plus de violation de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

A.28.17. De manière générale, le Conseil des ministres conclut que permettre au régulateur de fixer la méthodologie tarifaire sans un cadre législatif préalable méconnaîtrait les directives concernées. L'intervention du législateur ne constitue pas une contrainte imposée à la CREG mais vise à assurer, *a minima*, une méthodologie tarifaire en concertation avec les gestionnaires de réseau en vue d'éviter les recours et de se conformer au prescrit visant à mieux légiférer.

A.28.18. A titre infiniment subsidiaire, le Conseil des ministres indique que, si la Cour avait un doute sur la question de l'étendue du pouvoir pour un Etat membre de prendre des lignes directrices en matière de méthodologie tarifaire, elle pourrait adresser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

« Les articles 35, paragraphe 4, 37, paragraphes 1, 4, point a), et 6, de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (directive électricité) et les articles 37, paragraphe 4, 41, paragraphes 4, point a) et 6, de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (la directive gaz), lus en combinaison avec l'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permettent-ils à un Etat membre d'édicter des lignes directrices en matière de méthodologie tarifaire ? Les dispositions permettent-elles à un Etat membre de confier l'édiction de lignes directrices en matière de méthodologie tarifaire au pouvoir législatif ? ».

A.28.19. Les associations prestataires de services IVEG et INFRAX WEST considèrent, en invoquant la doctrine, que toutes les lignes directrices en matière tarifaire ne sont pas contraires aux directives 2009/72/CE et 2009/73/CE : elles peuvent être admises lorsqu'il s'agit d'inviter la CREG à poursuivre un objectif d'intérêt général ou de rappeler des principes constitutionnels ou de bonne administration (article 12*bis*, § 5, 4° à 7°, de la loi sur l'électricité et article 15/5*ter*, § 5, 4° à 7°, de la loi sur le gaz). Les lignes directrices spécifiquement mises en cause par la CREG sont en revanche effectivement contraires aux directives précitées. Il en va ainsi : (1) de l'obligation d'établir une méthodologie tarifaire « exhaustive et transparente » alors que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 octobre 2009 (C-274/08) requiert non pas que cette méthodologie permette de calculer les tarifs d'une manière automatique mais simplement qu'elle garantisse une mesure suffisante de prévisibilité; (2) de l'obligation d'établir une méthodologie tarifaire qui permette de couvrir un niveau déterminé de frais, ce qui paraît empêcher la CREG d'exiger que l'efficacité soit améliorée au-delà de ce niveau; (3) de l'obligation d'établir une méthodologie tarifaire qui prenne en compte le coût net des obligations de service public, ce qui empêche la CREG de vérifier si ces coûts sont raisonnables alors pourtant que, dans certains cas, le gestionnaire de réseau est en mesure de contrôler ces coûts; (4) de l'obligation de prendre en compte dans la méthodologie tarifaire des « contributions de toute nature » ou des « surcharges » parce que cela permettrait à d'autres autorités que le régulateur d'instaurer des tarifs de distribution ne disant pas leur nom; (5) de l'obligation de tenir compte du prix du marché en ce qui concerne les marchés publics, ce qui constitue une règle précise et technique qui va au-delà du principe du raisonnable; (6) des règles relatives à l'imputation des soldes sur les périodes réglementaires suivantes qui, si elles se justifient de manière générale, peuvent aussi devoir être écartées en fonction de choix qu'il appartient à la CREG de définir; (7) de l'obligation de faire application de prescriptions détaillées dans les techniques de comparaison et d'utiliser comme norme de contrôle des paramètres déterminés (article 12*bis*, § 5, 1°, 2°, 10°, 11°, 12°, 14°, 15° et 20°, de la loi sur l'électricité et article 15/5*ter*, § 5, 1°, 2°, 10°, 11°, 12°, 14°, 15° et 20°, de la loi sur le gaz).

Troisième branche (intangibilité des méthodologies tarifaires et des tarifs)

Première sous-branche

A.29.1. Selon la CREG et selon les associations prestataires de services IVEG et INFRA WEST, les articles 15 et 16 de la loi attaquée, insérant les articles 12, § 4, alinéa 2, et 12bis, § 4, alinéa 2, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant les articles 15/5bis, § 4, alinéa 2, et 15/5ter, § 4, alinéa 2, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils prévoient que la méthodologie tarifaire reste en vigueur durant toute la période tarifaire, en ce compris pour la clôture des soldes relatifs à cette période. Par ailleurs, des modifications de la méthodologie ne peuvent s'appliquer qu'à partir de la période tarifaire suivante, sauf accord entre la CREG et les gestionnaires de réseau concernés.

Ces dispositions sont contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 2, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et aux articles 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 2, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/73/CE parce que le législateur ne dispose pas de compétences en matière tarifaire et que les directives réservent au régulateur la possibilité de modifier les méthodologies tarifaires, même pendant la période régulatoire en cours.

Il est également contraire aux directives de faire dépendre l'application de nouveaux tarifs de l'accord des gestionnaires de réseau; le Conseil d'Etat a d'ailleurs fait observer que les dispositions attaquées violaient le droit européen.

Elles sont en outre discriminatoires puisque parmi les acteurs concernés par les tarifs, tels les utilisateurs de réseau et les consommateurs, seuls les gestionnaires de réseau peuvent rendre possible une modification de la méthodologie en cours de période régulatoire, moyennant un accord avec la CREG.

L'atteinte aux normes violées est d'autant plus disproportionnée que, selon la loi de transposition : (1) les gestionnaires de réseau disposent d'un droit d'initiative de demander une modification des tarifs en cours de période régulatoire, en cas de nouveaux services, d'adaptation des services existants ou « à tout moment de la période régulatoire » en cas de circonstances exceptionnelles; (2) la CREG est tenue de modifier « automatiquement » les tarifs en cours de période régulatoire pour tenir compte de l'évolution des obligations de service public; (3) la CREG est tenue de maintenir la continuité des décisions qu'elle a prises au cours des périodes régulières antérieures; (4) le ministre dispose d'un droit de formuler une demande à la CREG en vue d'une modification des méthodes.

A.29.2. Le Conseil des ministres estime que l'intangibilité des méthodologies tarifaires ne porte pas atteinte à la compétence tarifaire du régulateur parce qu'elle respecte les différentes exigences des articles 37, paragraphes 6 et 8, de la directive 2009/72/CE et 41, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE qui imposent au régulateur de prendre des mesures incitatives visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement, ce qui suppose des investissements à long terme qui sont favorisés par la stabilité et la prévisibilité des prix au cours d'une période régulatoire. Cet objectif de stabilité et de prévisibilité de la régulation tarifaire est aussi un fondement de la politique énergétique européenne et nationale, comme l'indiquent 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 la loi du 1er juin 2005 modifiant la loi sur l'électricité. L'intangibilité des tarifs est aussi un moyen d'atteindre l'objectif de protection du client final, poursuivi par l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE, dès lors que la prévisibilité au cours de la période régulatoire garantit aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution la possibilité d'améliorer la qualité de leurs services et leur engagement vis-à-vis des consommateurs sur plusieurs années. Pour le surplus, le régulateur reste habilité, en vertu de l'article 15 de la loi attaquée, à modifier la méthodologie tarifaire pendant la période régulatoire compte tenu de l'évolution et de l'émergence de nouvelles obligations de service public ainsi qu'en cas de circonstances exceptionnelles ou de modifications des services, même si le pouvoir d'initiative appartient au gestionnaire de réseau.

A.29.3. Selon le Conseil des ministres, ce régime n'est en rien discriminatoire dès lors qu'il procède d'un souci d'équilibre entre l'indépendance du régulateur et la nécessité d'assurer une sécurité d'approvisionnement en soumettant les modifications tarifaires - susceptibles de porter atteinte à la stabilité et à la prévisibilité des prix et donc à la politique d'investissement des gestionnaires de réseau - à l'accord desdits gestionnaires.

A.29.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que le Conseil des ministres se borne à démontrer que la stabilité des tarifs est souhaitable, ce qui n'est pas contesté, et à reconnaître la portée exacte des dispositions attaquées. En invoquant des dispositions visant la prévisibilité et la stabilité des tarifs, le Conseil des ministres se réfère à des normes relatives à l'exercice des compétences conférées au seul régulateur ou n'ayant pas de portée normative. Elles ne confèrent aucune habilitation au législateur. La continuité des normes antérieures n'est pas invoquée de manière plus pertinente puisque les nouvelles directives que la loi attaquée transpose confèrent au régulateur une indépendance nettement plus poussée que celle imposée jusque-là. Le souci de protéger le client final ou les gestionnaires de réseau ne suffit pas non plus à subordonner la mise en œuvre par le régulateur de ses compétences à un pouvoir d'appréciation en opportunité du législateur.

A.29.5. Selon la CREG, la sécurité d'approvisionnement et la protection des clients finaux ne justifient pas la discrimination entre, d'une part, gestionnaires du réseau et, d'autre part, utilisateurs du réseau (tels les producteurs, aussi indispensables que les premiers à l'approvisionnement des consommateurs) et consommateurs (qui sont concernés par la sécurité d'approvisionnement et par les tarifs).

A.29.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres invoque le considérant 15 de la directive 2005/89/CE précitée ainsi que les considérants 5 et 25 et les articles 3 et 4 de la directive 2009/72/CE pour soutenir ce qu'il a défendu dans son mémoire en ce qui concerne l'intangibilité de la méthodologie tarifaire et des tarifs durant la période régulatoire : la responsabilité pour la sécurité de l'approvisionnement est déléguée aux Etats, de sorte que les orientations générales relatives à la stabilité et à la prévisibilité des prix, essentielles pour cette sécurité, n'empiètent pas sur les compétences du régulateur. Elles sont par ailleurs nécessaires pour protéger le client final en termes de prix et de qualité du service.

Le considérant 25 précité permet également de ne pas juger l'exigence d'un accord préalable des gestionnaires de réseau discriminatoire vis-à-vis des utilisateurs du réseau et des consommateurs : les gestionnaires sont directement concernés par la méthodologie tarifaire qui est fixée par la CREG et sur la base de laquelle sont arrêtés des tarifs visant à rémunérer des services et à assurer un retour sur les investissements nécessaires dans le réseau.

Deuxième sous-branche

A.30.1. Selon la CREG et selon les associations prestataires de services IVEG et INFRAX WEST, les articles 15 et 16 de la loi attaquée, insérant les articles 12, § 9, et 12bis, § 9, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant les articles 15/5bis, § 9, et 15/5ter, § 9, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils imposent à la CREG d'assurer la continuité de ses décisions tarifaires, alors que celles-ci doivent pouvoir être prises, si cela s'impose, en rupture avec le passé, conformément aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 2, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 2, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/73/CE.

A.30.2. La CREG renvoie à la première sous-branche et ajoute que le régulateur doit pouvoir prendre des décisions tarifaires en rupture avec le passé, par exemple en cas de constat de fraude dans la valorisation des actifs, d'adaptation du caractère incitatif des tarifs, voire de changement de politique. L'instruction émanant de la loi ne semble viser que l'intérêt des gestionnaires de réseau.

A.30.3. Le Conseil des ministres renvoie à la première sous-branche en ce qui concerne l'intangibilité des tarifs. Quant à l'obligation d'assurer la continuité des décisions prises au cours des périodes régulières précédentes, elle permet d'inciter les gestionnaires de réseau, conformément aux exigences européennes, à procéder aux investissements nécessaires. L'équilibre ainsi réalisé entre l'indépendance du régulateur et la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché énergétique en rassurant les gestionnaires du réseau amenés à procéder à des investissements ne permet pas de considérer que les dispositions attaquées soient discriminatoires.

A.30.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG se réfère à ce qu'elle a indiqué plus haut en matière de sécurité d'approvisionnement. Le Conseil des ministres fait de même dans son mémoire en réplique.

Troisième sous-branche

A.31.1. Selon la CREG, les articles 21 et 64 de la loi attaquée, insérant respectivement l'article 13, § 3, dans la loi sur l'électricité et l'article 15/1, § 5, alinéa 3, dans la loi sur le gaz, violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils prévoient que le ministre de l'Energie peut demander à la CREG de se prononcer sur la nécessité de réviser les méthodologies en matière de tarifs de transport, alors que la compétence tarifaire relève exclusivement du régulateur, qui ne peut pas être influencé par l'autorité politique, conformément aux articles 35, paragraphes 4, 5 et 6, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4, 5 et 6, de la directive 2009/73/CE.

A.31.2. La CREG souligne que les dispositions attaquées ont été jugées superflues et, le cas échéant, contraires au droit européen par le Conseil d'Etat et que les modifications apportées au projet à la suite de cet avis n'éliminent pas le risque évoqué. Elles sont en outre discriminatoires parce que l'on ne voit pas ce qui justifie qu'elles s'appliquent aux seuls gestionnaires de réseaux de transport (et non de distribution).

A.31.3. Le Conseil des ministres soutient que le pouvoir du ministre n'empiète pas sur les compétences de la CREG parce qu'il n'a pas de nature contraignante; il est justifié par le souci de garantir la sécurité de l'approvisionnement en énergie, comme l'indiquent les travaux préparatoires de la loi attaquée et ce, conformément aux dispositions des directives précitées - tel l'article 4 de la directive 2009/72/CE - et à la note interprétative de la Commission européenne. Le pouvoir reconnu au ministre s'inscrit ainsi dans le cadre de la politique énergétique et environnementale qui relève de la compétence régaliennne de l'Etat membre et ne vise donc pas à interférer dans les compétences de la CREG.

A.31.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime, ici aussi, que les préoccupations relatives à la sécurité d'approvisionnement et à la politique environnementale ne suffisent pas à habiliter le législateur à déroger aux directives.

Quatrième sous-branche

A.32.1. Selon la CREG, les articles 15 et 16 de la loi attaquée, insérant les articles 12, § 8, 7°, 8°, 9°, et 12bis, § 8, 7°, 8°, 9°, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant les articles 15/5bis, § 8, 7°, 8°, 9°, et 15/5ter, § 8, 7°, 8°, 9°, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce que ces dispositions confèrent aux gestionnaires le droit de demander une modification des tarifs en cours de période régulatoire en cas de modification des services ou de circonstances exceptionnelles et en ce que ces dispositions fixent la procédure applicable à de telles modifications tarifaires. Or, c'est du régulateur que relèvent ces compétences, conformément aux articles 35, paragraphes 4 et 5, 37, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/73/CE.

A.32.2. La CREG renvoie à ce qui a été exposé en A.24.1 et en A.29.1 et ajoute que le législateur ne peut imposer au régulateur d'adapter les tarifs à la lumière de l'évolution des obligations de service public du gestionnaire de réseau. En outre, les dispositions attaquées sont discriminatoires en ce que la possibilité qu'elles prévoient n'est offerte qu'aux seuls gestionnaires de réseau.

A.32.3. Les associations prestataires de services IVEG et INFRAX WEST estiment qu'il doit appartenir au régulateur de pouvoir prendre l'initiative d'une modification des tarifs, conformément à l'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE et à l'article 41, paragraphe 10, de la directive 2009/73/CE. Cela ne justifie cependant pas, contrairement à ce que soutient la CREG, que les gestionnaires de réseau ne puissent eux-mêmes prendre une telle initiative en demandant l'intervention du régulateur.

A.32.4. Le Conseil des ministres soutient que le pouvoir octroyé aux gestionnaires de réseau ne porte en rien atteinte aux compétences de la CREG en ce que leur initiative, soumise à des conditions strictement limitées par la loi attaquée, est laissée à l'entière discrétion du régulateur. Ce pouvoir se justifie, ici encore, par le souci de la sécurité d'approvisionnement des Etats membres qui relève de ceux-ci et requiert que la politique

d'investissement des gestionnaires de réseau soit assise sur une visibilité et une prévisibilité des tarifs. Il est de nature à promouvoir un dialogue constructif entre ceux-ci et le régulateur, conformément à l'objectif de « mieux légiférer » poursuivi par les normes européennes.

A.32.5. Le Conseil des ministres ajoute que l'obligation d'adapter les tarifs à l'évolution des obligations de service public du gestionnaire de réseau découle directement des dispositions des directives que la loi attaquée met en œuvre, tels le considérant 46 et l'article 36 de la directive 2009/72/CE.

Dès lors enfin que le législateur a fait une stricte application des dispositions des directives ayant trait à la sécurité de l'approvisionnement du pays, il ne saurait avoir adopté une disposition discriminatoire.

A.32.6. Dans son mémoire en réponse, la CREG se réfère à ce qu'elle a déjà indiqué au sujet de la sécurité d'approvisionnement et du principe européen visant à mieux légiférer. La loi ne limite d'ailleurs pas les hypothèses dans lesquelles les gestionnaires de réseau peuvent demander une modification des tarifs à celle de la nécessité de garantir l'approvisionnement que, de surcroît, les travaux préparatoires n'invoquent pas. Réserver cette faculté aux seuls gestionnaires de réseau en raison du risque d'investissement ne se justifie pas, ce risque étant un élément de la méthodologie tarifaire, et l'on voit mal en quoi cela protégerait l'intérêt du consommateur. La note interprétative de la Commission européenne permet certes aux Etats, *contra legem*, d'avoir une politique dans le contexte tarifaire mais cela ne saurait permettre au législateur de porter atteinte à l'indépendance et à l'autonomie du régulateur. Il en va de même de l'obligation imposée au régulateur de contribuer à assurer un service public et universel de grande qualité, et la circonstance que la CREG dispose du pouvoir de décision finale ne suffit pas à établir qu'elle ne serait pas privée de ses compétences tarifaires.

Elle estime qu'en ce qui concerne la discrimination qu'elle dénonce, le Conseil des ministres n'avance aucun motif pertinent pour la justifier puisque les motifs invoqués valent aussi pour les autres catégories d'acteurs.

A.32.7. La CREG estime que les parties intervenantes font une lecture inexacte du moyen, qui ne conteste pas le fait que les gestionnaires de réseau puissent demander une modification des tarifs mais les modalités de ce pouvoir déterminées par la loi.

Quatrième branche (motifs spécifiques)

A.33.1. Selon la CREG, les articles 15 et 16 de la loi attaquée, insérant les articles 12, § 14, et 12*bis*, § 14, dans la loi sur l'électricité (en matière de transport et de distribution d'électricité), et les articles 71 et 72 de la loi attaquée, insérant les articles 15/5*bis*, § 14, et 15/5*ter*, § 14, dans la loi sur le gaz (en matière de transport et de distribution de gaz), violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils permettent l'introduction de recours contre les décisions tarifaires de la CREG notamment sur la base de certains motifs de contestation qui impliquent une appréciation discrétionnaire en opportunité alors que l'exercice de la compétence tarifaire relève pourtant des prérogatives exclusives du régulateur et que les appréciations discrétionnaires en opportunité d'une autorité indépendante ne peuvent par ailleurs être remises en question par un organe juridictionnel (hormis le cas d'une erreur manifeste d'appréciation); cela implique une violation du principe général de la séparation des pouvoirs, de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution, des articles 35, paragraphes 1 et 4, et 37, paragraphes 2, premier alinéa, 6 et 17, de la directive 2009/72/CE et des articles 39, paragraphes 1 et 4, et 41, paragraphes 2, premier alinéa, 6 et 17, de la directive 2009/73/CE.

A.33.2. La CREG estime que les critiques tirées par le Conseil d'Etat de la violation du principe de la séparation des pouvoirs par les dispositions du projet qui lui était soumis restent pertinentes au regard des dispositions finalement adoptées en ce que le recours qu'elles prévoient peut être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles, notamment lorsque la décision tarifaire de la CREG (i) ne respecte pas les « orientations » visées aux articles concernés, (ii) ne respecte pas la politique générale de l'énergie (définie dans la législation et la réglementation européenne, fédérale et régionale) ou (iii) ne garantit pas les moyens nécessaires pour la réalisation des investissements du gestionnaire de réseau concerné et le maintien en l'état de l'infrastructure ou l'exécution de sa mission légale. Il est contraire au principe de séparation des pouvoirs qu'un juge soit amené à contrôler l'appréciation discrétionnaire que fait une instance administrative. L'arrêt n° 37/2012 du 8 mars 2012 a

censuré une telle approche et est d'autant plus pertinent dans la présente affaire que l'indépendance garantie aux régulateurs par les directives s'oppose à ce que l'opportunité de leurs décisions soit remise en cause par un juge qui ne dispose pas des compétences techniques, des moyens d'instruction et de l'expérience de régulation nécessaires à cette fin. La circonstance que le régulateur soit tenu de rendre compte de son action ne permet pas de porter atteinte à son indépendance.

A.33.3. La CREG soutient aussi que les dispositions attaquées sont discriminatoires en ce que le recours qu'elles ouvrent l'est à toutes les personnes intéressées par les tarifs, alors que ces personnes ne tirent pas les mêmes avantages des décisions du régulateur et que leur qualité pourrait leur conférer un accès préférentiel aux réseaux. Certains motifs de contestation (bien que leur invocabilité ne soit pas limitée à certaines parties intéressées) visent du reste en première instance le respect des intérêts des gestionnaires de réseau et ne trouvent pas d'équivalent au bénéfice des autres parties concernées par les tarifs. Il y a en outre une discrimination entre les parties intéressées par les tarifs des réseaux (à savoir une catégorie de justiciables qui se voit appliquer un régime juridique qui permet de remettre en cause l'opportunité d'une décision administrative) et les autres justiciables (dont les voies de recours juridictionnelles sont soumises au principe de la séparation de pouvoirs).

A.33.4. Le Conseil des ministres conteste l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. L'article 29*bis* de la loi sur l'électricité - et la disposition correspondante dans la loi sur le gaz - octroyait déjà à la Cour d'appel de Bruxelles un pouvoir de pleine juridiction auquel la loi attaquée ne change rien. Ce pouvoir n'implique pas nécessairement une appréciation en opportunité, car le principe de la séparation des pouvoirs ne fait obstacle ni à ce que la légalité externe de l'acte administratif soit contrôlée, ni à ce que le juge vérifie si l'acte est fondé en droit et en fait; l'arrêt n° 130/2010 de la Cour n'en a pas décidé autrement et la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles confirme que le pouvoir de pleine juridiction du juge est compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs. Le contrôle qu'elle exerce, tant en fait qu'en droit, sur les décisions tarifaires de la CREG ne porte en rien sur l'opportunité et le contrôle de pleine juridiction est pratiqué tant par les juridictions d'autres Etats de l'Union européenne que par la Cour de justice de l'Union européenne et son exercice est, en Belgique contrôlé par la Cour de cassation.

A.33.5. Le Conseil des ministres conteste aussi l'atteinte au principe d'unicité et d'indépendance du régulateur. Le recours juridictionnel et l'exercice du contrôle que ce recours suppose sont prévus par les considérants 34 et 30 et par les articles 37, paragraphe 17, et 40, paragraphe 17, respectivement, des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE; la note interprétative de la Commission européenne va dans le même sens.

A.33.6. Le Conseil des ministres conteste enfin l'atteinte au principe de non-discrimination : les dispositions attaquées ont pour but d'ouvrir à tous l'accès à un tribunal indépendant et impartial et non de se prononcer sur les avantages que retirerait l'un ou l'autre acteur du marché.

A.33.7. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que la loi attaquée, contrairement à ce que défend le Conseil des ministres, contient des dispositions spécifiques concernant les décisions tarifaires qui modifient bel et bien le contrôle juridictionnel de la Cour d'appel de Bruxelles en l'habilitant à se prononcer sur le plan de l'opportunité. Il n'est par ailleurs pertinent d'invoquer ni l'arrêt n° 130/2010 (puisque'il ne se prononce pas sur les dispositions attaquées) ni la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles (qui est antérieure à la loi attaquée), ni le contrôle de la Cour de cassation, celle-ci étant contrainte d'appliquer une loi qui, en l'espèce, conférerait au juge un pouvoir d'appréciation en opportunité.

Elle soutient que l'indépendance du régulateur n'empêche pas le contrôle juridictionnel mais que celui-ci ne peut limiter celle-là. Enfin, s'il est exact que les voies de recours sont ouvertes à toute personne justifiant d'un intérêt, il reste que les dispositions attaquées prévoient des motifs spécifiques de recours qui bénéficient, fût-ce pour partie, aux seuls gestionnaires de réseau qui peuvent contester une décision tarifaire de la CREG ne leur garantissant pas les moyens nécessaires, alors que les autres acteurs ne peuvent attaquer des tarifs qu'ils jugent trop élevés.

A.33.8. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime, quant à la séparation des pouvoirs, que la section de législation du Conseil d'Etat n'a pas saisi, dans son avis précédant la loi attaquée, la portée de la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions tarifaires de la CREG : celui-ci existe depuis 2005 (article 29*bis* de la loi sur l'électricité) et n'implique nullement la création d'une instance pouvant revoir les

décisions tarifaires de la CREG; une instance de recours n'implique nullement une scission du pouvoir de décision.

S'il est vrai que l'arrêt n° 130/2010 se prononce sur des faits antérieurs à la loi du 1er juin 2005, il reste qu'il se prononce sur le principe même du droit du justiciable à un recours effectif, indépendamment de la juridiction compétente pour connaître de ce recours. Ce qui est dit du contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'Etat peut être transposé au juge judiciaire. Rendu dans une autre matière, l'arrêt n° 37/2012 du 8 mars 2012 confirme que le contrôle de légalité interne et externe exercé par le juge n'est pas un contrôle d'opportunité. Si la Cour d'appel exerçait un tel contrôle, ses décisions pourraient être cassées et le contrôle de la Cour de cassation, qui ne connaît que du droit, ne serait pas non plus un contrôle en opportunité.

Enfin, quant à la violation du principe d'égalité, le Conseil des ministres indique que la liste des motifs de recours contre les décisions de la CREG est une liste exemplative et non exhaustive, de sorte que l'utilisateur de réseau ou le consommateur justifiant d'un intérêt peut aussi contester ces décisions.

Cinquième branche (nouveaux entrants)

A.34.1. Selon la CREG, l'article 4, 6°, de la loi attaquée, insérant l'article 4, § 5, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il prévoit un régime préférentiel de compensation des « déséquilibres quart horaire » au bénéfice de « certains titulaires d'autorisations de production de nouvelles installations de production » d'un certain type, avec effet rétroactif pour l'année 2011. Or, le régulateur est seul compétent pour le service d'ajustement et de tarifs et pour déterminer si de nouveaux entrants doivent bénéficier d'un régime de compensation des déséquilibres, conformément aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 2, premier alinéa, et 6, points a) et b), de la directive 2009/72/CE et aux articles 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 2, premier alinéa, et 6, points a) et b), de la directive 2009/73/CE.

A.34.2. Selon la CREG, la disposition attaquée vise à favoriser les nouveaux entrants, de manière à renforcer la sécurité d'approvisionnement et à promouvoir la concurrence, mais se heurte aux objections que le Conseil d'Etat avait soulevées lors de l'examen du projet, les modifications apportées ensuite n'étant pas de nature à y répondre. La loi donne en effet des injonctions techniques et précises à la CREG en ce qui concerne les tarifs pour la compensation des déséquilibres, en ce compris les paramètres de fixation du facteur de correction à appliquer à la situation que le législateur a lui-même circonscrite; la loi est rétroactive puisque ces dispositions sont applicables « pour l'année 2011 » alors qu'elle a été promulguée le 8 janvier 2012; elle crée une discrimination entre producteurs puisque seul le régime de compensation est réservé à ceux qui n'ont pas produit l'année précédente plus de 5 % de la part de production totale de la zone de réglage belge, alors que ne sont justifiés ni le seuil de 5 % ni la limitation de l'énergie produite à 125 MWh.

A.34.3. Selon la SA « Marcinelle Energie », la directive 2009/72/CE ne porte pas atteinte aux compétences des autorités législatives et réglementaires pour déterminer le cadre général de ces missions. En vertu de son article 35, paragraphe 4, point b), ii, les gouvernements sont habilités à édicter des orientations générales en matière notamment de tarifs (article 27, paragraphe 1, point a)), et de surveillance des investissements dans les capacités de production sous l'angle de la sécurité d'approvisionnement (article 37, paragraphe 1, point r)), lesquels ne relèvent donc pas des autorités de régulation; la Commission européenne a en outre indiqué, dans sa note interprétative, que les missions du régulateur ne portent pas atteinte à la compétence des Etats d'édicter des lignes directrices de politique générale destinées à être traduites par les autorités de régulation dans la structure et la méthodologie tarifaires et d'établir une politique nationale en matière d'énergie. Les travaux préparatoires indiquent que cet équilibre a été pris en compte par le législateur et que la rétroactivité de la mesure est justifiée par l'objectif d'intérêt général poursuivi par la disposition attaquée et visé par les considérants 5, 25 et 57 de la directive 2009/72/CE. Ils justifient aussi le choix du seuil de 5 % de la part de la production totale par le fait que la mise en œuvre doit être conciliée avec la nécessité de garantir la stabilité du réseau électrique qui implique que la mesure soit réservée aux nouveaux entrants ne disposant pas d'unités existantes pouvant compenser un déséquilibre induit par leurs essais sur une nouvelle unité.

A.34.4. Le Conseil des ministres indique que les problèmes structurels du marché de l'énergie ont été soulignés par les constats de la CREG elle-même, comme le montrent les travaux préparatoires des dispositions attaquées. Celles-ci visent à favoriser l'arrivée de nouvelles capacités de production au sein de la zone de réglage belge et à renforcer la concurrence, conformément à ce que prévoient les dispositions des directives auxquelles la loi attaquée donne exécution, tels les considérants 5, 6, 25, 39 et 44 de la directive 2009/72/CE et les articles 4 et 8 de celle-ci, qui font de la sécurité d'approvisionnement une compétence régalienne des Etats membres, de sorte que c'est bien au législateur et non à la CREG qu'il appartient de régler le soutien aux nouveaux entrants.

De plus, le législateur a octroyé à la CREG la faculté de fixer le facteur de correction appliqué au prix du marché en cas de déséquilibre d'un nouvel entrant.

A.34.5. Le Conseil des ministres conteste l'atteinte au principe de la non-rétroactivité des lois en indiquant que le retard dans la publication au *Moniteur belge* (11 janvier 2012) de la loi attaquée ne traduit aucunement la volonté de donner un effet rétroactif à une loi dont le projet avait été voté au Parlement les 15 et 22 décembre 2011. La loi rétroactive n'est pas anticonstitutionnelle et la loi nouvelle peut s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous celui de la nouvelle, sauf si l'application de la nouvelle porte atteinte à des situations antérieures définitivement accomplies. La jurisprudence de la Cour permet au législateur de se fonder sur une réalité antérieure pour calculer un impôt mais requiert que le droit soit prévisible et accessible. En l'espèce, la disposition attaquée est issue d'un amendement soumis au Conseil d'Etat le 29 août 2011, déposé le 3 novembre 2011 et adopté les 15 et 22 décembre 2011, de sorte que le mécanisme de soutien aux nouveaux entrants était connu de l'ensemble des intéressés lorsque la loi fut publiée le 11 janvier 2012. Elle n'emporte aucun inconvénient pour le gestionnaire de réseau de transport puisque les coûts de cette correction sont intégrés dans ses tarifs et sont répercutés sur l'ensemble des consommateurs et que le gestionnaire équilibre ses coûts sur plusieurs années. Quant au fait générateur, seuls les nouveaux entrants répondant aux critères fixés par la disposition attaquée à la date de l'entrée en vigueur de la loi peuvent bénéficier de son application pour l'année 2011, d'autant plus que la régularisation peut se faire en début d'année 2012, à l'instar de la régularisation classique des tarifs que le gestionnaire effectue sur une base annuelle.

A.34.6. Quant au choix du seuil de 125 MWh et de 5 % de la production dans la zone de réglage belge, les travaux préparatoires montrent que le législateur a considéré que ce seuil de 5 % permettait de garantir la stabilité du réseau de transport; il n'est pas discriminatoire puisqu'il permet, conformément à l'objectif de la disposition attaquée, de créer une catégorie distincte de producteurs - les nouveaux entrants - ne bénéficiant pas de plusieurs unités de production pour compenser le déséquilibre.

A.34.7. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que l'argument tiré du manque de capacité de production et celui, rejeté par le Conseil d'Etat, tiré de la nécessité de garantir la sécurité d'approvisionnement, ne suffisent pas à justifier la mesure attaquée dont il n'est pas démontré qu'elle ne va pas au-delà d'une orientation de politique générale. Elle va au contraire au-delà puisqu'elle oblige le régulateur à appliquer un facteur de correction sur les « tarifs de déséquilibre quart horaire » et le fixe elle-même pour l'année 2011.

A.34.8. La CREG estime que l'effet rétroactif de la loi, qui porte atteinte aux droits des consommateurs, résulte d'une disposition qui, introduite par la voie d'un amendement, ne répondait donc pas à une nécessité à ce point criante (elle aurait sinon été introduite dans le projet de loi dès le début de 2011); elle ne pouvait être que rétroactive puisqu'elle n'a été adoptée que le 22 décembre 2011 et, faute de dispositions prévoyant l'entrée en vigueur immédiate, ne pouvait donc plus entrer en vigueur en 2011.

Plus fondamentalement, ni le souci de développer la capacité de production ni celui d'assurer la sécurité de l'approvisionnement ne peuvent justifier la rétroactivité de la mesure : celle-ci s'applique en effet à des unités de production qui sont déjà construites et connectées au réseau et l'incitant financier qu'elle constitue ne conduit pas à développer la capacité de production. Ni le Conseil des ministres ni les parties intervenantes ne justifient la mesure au regard de l'article 32 de la directive 2009/72/CE qui requiert la publication du tarif avant l'entrée en vigueur de celui-ci. Or, la CREG avait fixé les tarifs pour quatre ans le 22 décembre 2011 et, faute de « régularisation » annuelle des tarifs, il sera difficile de procéder à une rectification des tarifs compte tenu de ce que les tarifs arrêtés à cette date prévoyaient eux-mêmes un régime de faveur sur lequel l'on pourrait devoir

revenir, avec les difficultés que cela suppose. L'absence d'effet rétroactif n'aurait, en revanche, créé aucune discrimination, le régulateur ayant la possibilité de prévoir un régime favorable aux nouveaux entrants, comme la CREG l'a fait dans sa décision du 22 décembre 2011.

A.34.9. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que la mesure attaquée s'inscrit dans le respect de la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 « concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les investissements dans les infrastructures », dont les principes sont ainsi transposés dans la loi attaquée, le législateur européen n'ayant pour le surplus pas précisé quelle directive devait primer les autres; la mesure s'inscrit ainsi dans une politique de sécurité de l'approvisionnement qui relève des Etats.

Quant à la rectification des tarifs évoquée par la partie requérante, le Conseil des ministres invoque l'article 12, § 8, 8°, de la loi sur l'électricité, modifié par l'article 15 de la loi attaquée, qui permet au gestionnaire de réseau de soumettre à la CREG une demande de révision tarifaire lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles indépendantes de sa volonté. Le nouveau mécanisme peut donc être pris en considération même si les tarifs ont été adoptés avant l'entrée en vigueur de la mesure attaquée.

A.34.10. Dans son mémoire en intervention, la SA « Marcinelle Energie » soutient que la CREG se méprend sur l'étendue de ses compétences et estime que la décision prise par elle le 22 décembre 2011 de dispenser du paiement des tarifs d'injection les centrales récentes qui ne dépassent pas une certaine capacité ne permet pas aux nouveaux entrants de s'imposer et de rentabiliser leur unité de production parce que la mesure qu'elle a prise, qui consiste à exempter toutes les centrales récentes du paiement d'une contribution (dénommée « timbre ») destinée notamment à financer le déficit tarifaire, aboutit à faire bénéficier toutes les centrales récentes d'un tarif d'injection allégé, de sorte que les nouveaux entrants sont confrontés à une concurrence encore accrue. Faute de disposer d'autres actifs de production dans la zone de réglage belge, ils ne pourront remédier à une défaillance qui se produit très souvent dans la période d'essai et à laquelle la réduction des barrières à l'entrée, prévue par la loi attaquée, entendait remédier. En outre, la mesure prise par la CREG est beaucoup moins ciblée puisqu'elle porte sur une période de production entamée en 2002 et concerne des tarifs à l'injection et non le prix pour la compensation des déséquilibres.

A.34.11. Selon la SA « Marcinelle Energie », la mesure attaquée relève bien de la compétence du législateur; s'il est vrai que le régulateur doit faciliter l'accès au réseau des nouvelles capacités de production, il doit le faire en collaboration avec les autorités nationales et sans préjudice de leur compétence (article 36, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE) et se limiter à surveiller le niveau et l'efficacité atteints en termes d'ouverture des marchés et de la concurrence (article 37, paragraphe 1, j), de la même directive). A supposer que le législateur ait empiété sur les pouvoirs de la CREG, la mesure qu'il a prise reste proportionnée compte tenu de ce qu'elle est nécessaire à l'exercice de ses compétences, de ce que la matière se prête à un règlement différencié et de ce que son impact sur celle-ci n'est que marginal.

A.34.12. A titre subsidiaire, la SA « Marcinelle Energie » défend la compétence de l'Etat fédéral, la directive 2009/72/CE ne portant pas atteinte aux compétences de celui-ci en ce qui concerne la définition du cadre général des missions du régulateur et n'investissant pas celui-ci de la mission de définir les objectifs ou les instruments permettant de favoriser les investissements nécessaires à la sécurité de l'approvisionnement.

Elle se réfère aux considérants 5, 25 et 57 de la même directive pour défendre l'effet rétroactif de la mesure attaquée et fait valoir que la production d'électricité relève de l'intérêt général.

Troisième moyen (organisation de la gestion des réseaux de transport de gaz naturel et d'électricité)

A.35. Le moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 9, 10 et 11 de la directive 2009/72/CE et avec les articles 9, 10 et 11 de la directive 2009/73/CE.

Première branche (Dissociation – « unbundling » - des réseaux de transport et indépendance des gestionnaires de réseaux de transport)

A.36. Selon la CREG, l'article 9 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE visées par le moyen entend séparer les activités de production et de fourniture des activités de gestion des réseaux et prévoit à cette fin trois schémas différents dont l'un – la dissociation des structures de propriété – a été retenu par la loi belge. Cela suppose la disparition de toute relation de contrôle ou de pouvoir entre producteurs et fournisseurs, d'une part, et gestionnaires de réseaux de transport, d'autre part. Les dispositions des articles 9 précités prévoient à cette fin quatre exigences cumulatives qui n'ont pas été transposées correctement par la loi attaquée, comme l'a souligné la Commission européenne lors des travaux préparatoires de la loi.

Première sous-branche

A.37. Selon la CREG, les exigences relatives à l'exercice d'un contrôle simultané sur le gestionnaire du réseau de transport et sur une entreprise assurant la production ou la fourniture d'électricité ou de gaz, formulées par l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/72/CE, n'ont pas été transposées correctement par la loi attaquée en ce qui concerne le marché de l'électricité (alors que les dispositions relatives au marché du gaz reprennent *expressis verbis* celles de la directive).

A.38.1. La CREG reproche en premier lieu à l'article 9, 4° et 5°, de la loi attaquée d'être trop limitatif en ne visant que les participations que détiennent le gestionnaire du réseau de transport dans le capital d'un producteur ou d'un fournisseur (ou inversement), alors que l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/72/CE couvre tous les cas où une même personne peut exercer simultanément un contrôle sur le gestionnaire du réseau de transport et sur le producteur ou le fournisseur. La loi belge ne vise donc pas, par exemple, la société holding, et le projet en a été critiqué par le Conseil d'Etat.

A.38.2. La CREG reproche en deuxième lieu aux mêmes dispositions de prohiber uniquement la possession par le gestionnaire du réseau de transport « des droits d'associé, quelle qu'en soit la forme », alors que l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/72/CE utilise les notions voulues plus larges de « contrôle » (visée à l'article 2, paragraphe 34, de la même directive et couvrant toute situation où une influence décisive peut être exercée) et de « pouvoirs » (définie à l'article 9, paragraphe 2, de la directive et couvrant des droits qui, tout en ne conférant pas un pouvoir de contrôle, permettent d'exercer une certaine influence, comme l'exercice de droits de vote ou de désignation de membres des organes de l'entreprise).

Elle reproche aussi à l'article 9, 5°, qui insère un alinéa 3 dans l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité, d'imposer aux entreprises d'électricité ou de gaz de ne détenir « aucune part du capital » et « aucune action » du gestionnaire du réseau de transport alors que ces notions sont moins étendues que celle de contrôle définie par la directive. La circonstance que les actions du gestionnaire de réseau ou de ses filiales, détenues par des entreprises d'électricité ou de gaz naturel, ne peuvent être assorties d'aucun droit de vote ni de droits particuliers (article 9, § 1er, alinéas 3 et 4, de la loi sur l'électricité) n'est pas suffisante pour couvrir les notions de contrôle et de pouvoirs visées par l'article 9, paragraphes 1, point b), et 2, de la directive 2009/72/CE.

A.38.3. En troisième lieu, la CREG reproche à la loi de transposition d'interdire la seule détention, par des entreprises d'électricité ou de gaz naturel, de participations dans le capital de gestionnaires du réseau de transport, alors que l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/72/CE interdit aussi un contrôle ou un pouvoir sur « un réseau de transport », ce qui va plus loin que la loi belge.

A.38.4. Le Conseil des ministres soutient que l'hypothèse de la société de type « holding » est bien visée, contrairement à ce que prétend la partie requérante, par l'article 9, alinéas 2 et 3, de la loi sur l'électricité. L'exposé des motifs montre qu'il n'était pas nécessaire d'étendre les notions d'entreprise d'électricité et d'entreprise de gaz naturel aux entreprises contrôlant celles-ci puisque la loi interdit le contrôle tant direct qu'indirect.

A.38.5. Rien ne permet d'affirmer, selon le Conseil des ministres, que le législateur aurait limité les obligations à charge du gestionnaire de réseau et des entreprises d'électricité et de gaz naturel en n'utilisant pas les termes de « contrôle » et de « pouvoir » : l'article 9, alinéas 2 et suivants, précité, vise en effet les droits

d'associé « quelle qu'en soit la forme » et la détention directe ou indirecte de parts de capital ou d'actions du gestionnaire du réseau. Quant à la notion de contrôle utilisée par la directive, elle est expressément reprise du règlement CE n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, lequel a effet direct en droit interne, de sorte que, faute d'indication contraire du législateur, la loi doit être interprétée dans le même sens; la CREG pouvant donner aux notions de contrôle et de pouvoir la signification la plus large, elle n'a pas d'intérêt à ce moyen.

A.38.6. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime qu'il ne ressort pas de l'article 9, 4° et 5°, de la loi attaquée qu'il vise l'hypothèse des sociétés de type « *holding* » : il ne vise que les participations détenues par le gestionnaire du réseau de transport ou les entreprises et non par d'autres personnes détenant simultanément des parts dans un gestionnaire de réseau de transport et dans une société de production ou de fourniture; de plus, les notions d'entreprise d'électricité et d'entreprise de gaz naturel utilisées par la loi sur l'électricité et la loi sur le gaz n'incluent sûrement pas celle de « *holding* ». Une interprétation large des dispositions attaquées serait inconciliable avec leur libellé. Quant au règlement CE n° 139/2004, il ne s'applique pas à la matière visée par les dispositions attaquées dès lors que les situations qu'elles visent ne relèvent pas de l'appréciation de la notion de « concentration » sur laquelle porte ce règlement.

A.38.7. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que la définition de la notion d'entreprise dans la loi attaquée est identique à celle figurant dans les directives que cette loi transpose. Le reproche tiré de ce que le législateur n'aurait pas repris la même terminologie que les directives en ce qui concerne les notions de contrôle et de pouvoir n'indique pas qu'il aurait voulu restreindre les obligations à charge des gestionnaires de réseaux de transport. Quant au règlement (CE) n° 139/2004 dont est tirée la notion de contrôle, c'est la note interprétative de la Commission européenne qui s'y réfère elle-même, de sorte que la partie requérante se trompe manifestement dans son interprétation.

A.39.1. Selon la CREG, les articles 8, 3°, et 9, 2°, de la loi attaquée qui, respectivement, insèrent un alinéa 2 à l'article 8, § 2, de la loi sur l'électricité et modifient l'article 9, § 1er, alinéa 1er, de la même loi, ne transposent pas correctement la directive en ce qu'ils permettent au gestionnaire du réseau de transport, d'une part, d'exercer, sur le territoire belge ou en dehors de celui-ci, toute autre activité, sans préjudice des dispositions de l'article 9, § 1er, de cette loi, à condition que ces activités n'aient pas d'influence sur l'indépendance du gestionnaire du réseau de transport ou sur l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées par la loi et, d'autre part, de s'engager dans des activités de « production dans la zone de réglage belge dans les limites de puissance de ses besoins en termes de services auxiliaires ».

Or, l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/72/CE tend à supprimer tous conflits d'intérêts entre producteurs, fournisseurs et gestionnaires de réseau et les conditions d'indépendance du gestionnaire établies par l'article 9 sont plus précises que les conditions générales établies par la loi belge.

A.39.2. Le Conseil des ministres indique que l'article 8, 3°, précité, fait application de l'article 29 de la directive 2009/72/CE qui permet à un gestionnaire, aux conditions qu'il fixe, l'exploitation d'un réseau combiné de transport et de distribution. Comme l'indiquent les travaux préparatoires, le législateur a voulu tenir compte de la réalité. Dès lors que le gestionnaire respecte les conditions de l'article 9 de la directive, il n'y a pas de discrimination.

Quant à l'article 9, 2°, le reproche de la CREG est surprenant puisqu'elle avait elle-même suggéré que le GRT puisse s'engager dans des activités de production nécessaires à son activité ou à celle d'autres gestionnaires. Son intérêt au moyen est contestable. Le législateur, en suivant cette suggestion, a élargi là le principe de spécialité du GRT pour réduire les risques liés à la sécurité d'approvisionnement et pour pallier l'absence structurelle d'investissement que connaît le pays : il est nécessaire de permettre au GRT, non pas d'exercer une compétence de production mais de disposer, en cas de besoin et en dernier recours, de l'accès aux services auxiliaires à un moindre coût afin de pouvoir rétablir, en cas de forte tension sur le réseau, l'équilibre entre l'offre et la demande et garantir ainsi la qualité sur le réseau.

A.39.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient que l'article 8, § 2, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité va au-delà de ce que permet l'article 29 de la directive 2009/72/CE et est contraire aux exigences en matière d'« *unbundling* ». Les exigences prévues par cet article 8, § 2, sont plus générales que les exigences précises figurant à l'article 9, paragraphe 1, de la directive précitée.

Les termes de l'article 9, § 1er, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité ne permettent pas, en outre, de soutenir qu'il ne vise pas des activités de production à proprement parler mais la gestion du réseau de transport. Ni la sécurité de l'approvisionnement ni les coûts des services auxiliaires ne justifient la mesure attaquée.

Enfin, la circonstance que cette mesure serait issue d'une proposition de la CREG ne prive pas celle-ci de son intérêt à agir.

Deuxième sous-branche

A.40.1. Selon la CREG, l'article 9, 5°, de la loi attaquée, modifiant l'article 9, § 1er, alinéa 5, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il limite aux entreprises actives directement ou indirectement dans la production ou la fourniture d'électricité ou de gaz naturel l'interdiction de désigner les membres des organes représentant le gestionnaire de réseau alors que l'article 9, paragraphe 1, point c), de la directive 2009/72/CE vise aussi les personnes – et non les seules entreprises – exerçant un contrôle ou un quelconque pouvoir sur une entreprise de production ou de fourniture d'électricité, telle une société holding.

A.40.2. Selon la CREG, le même reproche peut être adressé à l'article 62, 3°, de la loi attaquée insérant un alinéa 2 dans l'article 8/3, § 1er/1, de la loi sur le gaz; cette conclusion n'est pas remise en cause par le nouvel article 8/3, § 1er/2, inséré par l'article 62, 4°, de la loi attaquée.

A.40.3. Le Conseil des ministres soutient, comme il est dit en A.38.5, qu'en visant l'activité directe ou indirecte dans la production ou la fourniture d'électricité, les dispositions attaquées transposent adéquatement les notions de « pouvoir » et de « contrôle » utilisées par la directive.

Quant à la notion d'entreprise, elle n'est pas moins large que celle de personne dès lors qu'en droit de la concurrence, la Cour de justice l'entend, dans son arrêt du 23 décembre 1991, de toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.

Cette conception large est partagée par la Commission européenne, par l'article 2, paragraphe 35, de la directive 2009/72/CE et par l'article 1er, 1°, de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique.

A.40.4. Le Conseil des ministres rejette l'argumentation de la CREG relative à l'article 62, 3°, de la loi attaquée pour les mêmes motifs que ceux indiqués en A.40.3. Quant à l'article 62, 4°, il transpose l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/73/CE et, par conséquent, vise une tout autre situation que celle visée à l'article 9, paragraphe 1, point c). Il n'y a là aucune confusion.

A.40.5. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que les dispositions attaquées ne satisfont pas aux exigences de clarté et de précision requises pour les lois de transposition. Ici encore, elles ne visent que les entreprises et non le cas des sociétés holding, des organismes ou des personnes exerçant un contrôle ou un pouvoir sur ces entreprises.

Elle rejette l'interprétation des notions de « personnes » et d'« entreprises » tirée du droit de la concurrence en soutenant que la loi de transposition doit respecter la portée que les directives qu'elle met en œuvre donnent à de tels termes. Or, l'article 9, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE fait une différence entre ces notions en les utilisant à des endroits différents pour désigner des situations différentes, de sorte que la notion de « personnes » est manifestement plus large que celle d'« entreprises ». Au sens du droit de la concurrence, celle-ci exclut les personnes dont les activités sont non économiques, ce qui n'est pas conforme aux directives 2009/72/CE et 2009/73/CE.

A.40.6. Quant à l'article 62, 3°, de la loi attaquée, la CREG constate qu'en exposant que l'article 62, 4°, de celle-ci vise à transposer l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/73/CE, le Conseil des ministres confirme le bien-fondé de son argumentation : l'article 9, paragraphe 1, point c), de la directive 2009/73/CE a une portée plus large que celle donnée à l'article 8/3, § 1er/2, par l'article 62, 4°, précité, qui ne peut donc remédier à la transposition incorrecte de la directive par l'article 62, 3°.

A.40.7. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que, l'article 9, 5°, de la loi attaquée visant les entreprises actives directement ou indirectement dans la production ou la fourniture d'électricité, toutes les entreprises, telles qu'elles sont définies par la loi sur l'électricité, pourraient être considérées comme ayant cette activité et se voir, par conséquent, empêchées de désigner les membres des organes en question; il maintient que la notion d'entreprise est une notion à tout le moins aussi étendue que la notion de personne; seul le critère de l'activité économique constituant un facteur déterminant, il ne semble pas permettre de différencier notablement les deux notions.

Troisième sous-branche

A.41.1. Selon la CREG, l'article 9, 5°, de la loi attaquée, insérant un alinéa 6 à l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il limite aux seules personnes physiques l'interdiction d'être simultanément membre, d'une part, d'un organe représentant légalement l'entreprise et, d'autre part, d'une entreprise qui produit ou fournit de l'électricité ou gère le réseau de transport d'électricité, alors que l'article 9, paragraphe 1, point d), de la directive 2009/72/CE vise toute « personne ».

A.41.2. La même critique est adressée, pour le même motif, à l'article 62, 3°, *in fine*, de la loi attaquée, insérant un nouvel alinéa à l'article 8/3, § 1er/1, de la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 9, paragraphe 1, point d), de la directive 2009/73/CE.

A.41.3. Le Conseil des ministres indique que l'expression « une même personne physique » dans les dispositions attaquées procède d'une erreur de frappe. Si ces dispositions sont interprétées conformément aux directives précitées qui visent « une même personne », le moyen manque en droit.

A.41.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG prend acte de l'aveu du Conseil des ministres mais estime qu'il ne met pas fin à l'incompatibilité des dispositions attaquées avec les directives et que l'interprétation suggérée se heurte aux termes de la loi.

Quatrième sous-branche

A.42.1. Selon la CREG, l'article 12, lu en combinaison avec l'article 13, 5°, de la loi attaquée, insérant respectivement un article *9quater* et un paragraphe *2ter* à l'article 10 de la loi sur l'électricité, violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il ne prévoit pas que les exigences relatives aux informations commercialement sensibles soient prises en considération lors de la procédure de certification menée par la CREG. Or, l'article 9, paragraphe 7, de la directive impose aux Etats membres de veiller à ce que ni les informations commercialement sensibles visées à l'article 16 et détenues par un gestionnaire de réseau de transport ayant appartenu à une entreprise verticalement intégrée ni le personnel dudit gestionnaire de réseau de transport ne soient transférés à des entreprises assurant une fonction de production ou de fourniture. L'article 9, paragraphe 7, de la directive 2009/73/CE a un contenu identique. De plus, l'article 10 de la directive 2009/72/CE prévoit que les autorités de régulation veillent au respect constant des exigences prévues à l'article 9 par les gestionnaires de réseau de transport.

A.42.2. Le Conseil des ministres estime que l'article 12 constitue la parfaite transposition de la directive, qui ne se limite pas au cadre exceptionnel de la procédure de certification mais prévoit une obligation constante et continue, pouvant être sanctionnée à tout moment par le régulateur. La CREG ne peut confondre l'obligation constante de confidentialité avec les paramètres spécifiques et limités dont elle doit tenir compte lors de la procédure de certification.

A.42.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime qu'elle ne dispose d'aucune base pour vérifier le respect de l'obligation de confidentialité visée en A.42.1 : l'article 10, §2^{ter}, de la loi sur l'électricité ne reprend en effet pas l'article 9^{quater} de celle-ci parmi les dispositions dont la CREG doit assurer le respect. Elle nie en outre qu'il y ait une différence entre l'obligation constante de confidentialité et les paramètres spécifiques et limités dont elle doit tenir compte lors de la procédure de certification.

A.42.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres soutient que les articles 9, paragraphe 7, et 16 de la directive 2009/72/CE fixent de manière générale les règles à respecter en matière de confidentialité et ne prévoient pas de procédure particulière à respecter dans le cadre de la certification, de sorte que le législateur définissant ce cadre n'a commis aucune erreur de transposition.

Deuxième branche (Désignation et certification des gestionnaires de réseau)

A.43.1. La CREG expose que la certification, préalable à l'agrément et à la désignation d'une entreprise comme gestionnaire de réseau, a pour objectif de vérifier que celle-ci respecte les exigences de dissociation et d'indépendance et, lorsque l'entreprise provient d'un pays tiers, l'exigence de la sécurité de l'approvisionnement énergétique de l'Etat membre ou de la Communauté. Cette mission de certification a été conférée à la CREG mais la loi attaquée ne transpose pas correctement les dispositions des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE.

A.43.2. Le Conseil des ministres renvoie à ce qu'il a indiqué en réponse à la deuxième branche du premier moyen.

Première sous-branche

A.44.1. Selon la CREG, l'article 13, 1^o, de la loi attaquée, insérant une clause dite « grand fathering » dans l'article 10, § 1^{er}, dernier alinéa, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il prévoit que le gestionnaire de réseau définitivement désigné avant la publication de la loi attaquée est réputé certifié.

Or, l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE requiert une certification par le régulateur national avant l'agrément et la désignation comme gestionnaire de réseau de transport, afin de permettre à ce régulateur de veiller au « respect constant » des exigences rappelées en A.43. Cette exigence est absolue, de sorte que la loi est contraire à la directive qui l'impose. Les travaux préparatoires font état de ce que cette exigence, selon la Commission européenne, ne s'appliquerait qu'aux futures désignations et de ce que l'on ne saurait remettre en cause la désignation des gestionnaires actuels sans porter atteinte au droit de propriété, mais le projet a été critiqué par le Conseil d'Etat et la note interprétative de la Commission européenne dément ce qu'affirment les travaux préparatoires. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 décembre 2009, Commission c. Belgique (C-475/08), avait déjà établi une jurisprudence dans le même sens.

La circonstance que l'article 10, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi sur l'électricité permet à la CREG d'ouvrir à tout instant une procédure de certification n'est pas de nature à établir la conformité de la disposition attaquée à la directive. Cette procédure ne peut d'ailleurs être ouverte que dans les limites prévues par l'article 10, paragraphe 4, point b), de la directive (repris à l'article 10, § 2^{ter}, alinéa 1^{er}, c), de la loi sur l'électricité), de sorte que la CREG ne peut s'assurer que le gestionnaire existant possède le réseau de transport conformément à l'article 9, paragraphe 1, point a), de la directive 2009/72/CE.

A.44.2. Les mêmes reproches sont adressés à l'article 61, 2^o, de la loi attaquée, insérant un article 8, § 4^{bis}, alinéa 3, dans la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 10, paragraphes 1 et 4, de la directive 2009/73/CE.

A.44.3. Le Conseil des ministres soutient que la certification *pro forma* du GRT définitivement désigné répond à la nécessité, indiquée dans les travaux préparatoires, de ne pas remettre en cause les droits acquis de ces GRT. Pas plus que la requérante, la Commission européenne n'a compris les motivations légitimes du législateur qui a pris en compte les droits acquis des GRT déjà désignés, sous l'empire des anciennes dispositions, pour une

durée de 20 ans et dans le respect du régime de dissociation des structures de propriété qui avait précédé le « troisième paquet Energie ». Ne pas les prendre en compte eût créé un vide juridique catastrophique pour la gestion des réseaux. La certification *pro forma*, pratiquée dans d'autres Etats membres, permet d'éviter ce vide et une contradiction tant avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qu'avec l'article 16 de la Constitution, la notion de « biens » visée par la première de ces dispositions recevant une interprétation large dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il ressort en outre du droit de l'Union européenne que les droits fondamentaux et les droits acquis sont garantis afin de protéger, notamment, les investissements et de permettre une certaine prévisibilité du cadre juridique applicable, comme l'indiquent les lignes directrices de l'ACER en matière d'allocation des capacités.

La situation eût été différente si les GRT avaient fait l'objet d'une désignation provisoire, hypothèse censurée par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 décembre 2009 (C-475/08), dès lors qu'ils n'auraient pu, dans ce cas, invoquer de droits acquis et auraient dû se soumettre à une procédure de certification intégrale. La certification *pro forma* critiquée par la CREG ne l'empêche pas d'ouvrir une procédure de certification, conformément à la note interprétative de la Commission européenne; il revient d'ailleurs au Conseil des ministres que c'est ce que la CREG vient de faire à l'encontre d'un GRT définitivement désigné.

A.44.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que la possibilité qui lui est offerte d'ouvrir une procédure de certification de sa propre initiative ne suffit pas à pallier l'absence de transposition correcte de la directive. L'article 10, § 2^{ter}, alinéa 1er, c), de la loi sur l'électricité et l'article 8, § 4^{ter}, alinéa 1er, c), de la loi sur le gaz ne lui ouvrent d'ailleurs pas cette possibilité de manière illimitée et font peser sur elle la charge de la preuve des éléments justifiant la mise en œuvre de cette procédure.

La question du respect des droits acquis n'est pas pertinente dès lors que les gestionnaires qui satisfont aux nouvelles exigences en matière de dissociation et d'indépendance pourront faire l'objet d'une certification par la CREG. Il n'y a donc pas de risque de vide juridique ou d'atteinte à la propriété. En outre, l'arrêt VEMW de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 juin 2005 (C-17/03) décide que dans le cadre d'un processus de libéralisation, la protection des droits acquis est limitée.

Les exemples de certification « *pro forma* » relevés dans d'autres Etats membres ne sont pas plus pertinents, faute d'éléments spécifiques appuyant ces obligations, et ne justifient en tout cas pas qu'une pratique contraire au droit européen soit multipliée. La référence à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 décembre 2009 est, elle, bien pertinente, puisque la Cour y a censuré la prolongation des autorisations accordées avant l'entrée en vigueur de la loi transposant la directive 2003/55/CE jusqu'à l'aboutissement de la procédure de désignation établie conformément aux exigences de celle-ci.

A.44.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres rejette l'argument tiré de l'arrêt VEMW précité de la Cour de justice de l'Union européenne en indiquant que cet arrêt portait sur une situation, survenue en amont du « premier paquet énergie » et de la libéralisation, relative à des contrats à long terme; ce n'est donc pas comparable à la situation actuelle où les droits découlant de la désignation définitive des gestionnaires de réseau de transport émanent d'une « concession » octroyée par l'Etat pour une durée de 20 ans. De plus, l'arrêt invoqué requiert lui-même que les Etats tiennent compte des situations particulières des opérateurs économiques et prévoient des adaptations à l'application des nouvelles règles.

Invoquer l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 décembre 2009 (C-475/08) n'est pas plus pertinent puisque le Royaume de Belgique y était condamné pour n'avoir pas procédé à la désignation définitive des gestionnaires des installations de transport, de stockage et de gaz naturel liquéfié, ce qui, depuis, a été fait.

Enfin, le mécanisme prévu par la loi attaquée permet à la CREG d'exercer pleinement ses compétences : elle a récemment lancé une procédure de certification à l'encontre d'ELIA (gestionnaire d'électricité définitivement désigné) sur la base de la disposition attaquée.

Deuxième sous-branche

A.45.1. Selon la CREG, l'article 13, 5°, de la loi attaquée, insérant l'article 10, § 2*bis*, alinéa 1er, dans la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il ne couvre pas les transactions qui sont le fait d'autres personnes que les gestionnaires du réseau de transport et prévoit un mécanisme d'extinction automatique de la procédure de certification, sans aucune intervention de la part de l'autorité de régulation.

Or, l'article 10, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE impose aux gestionnaires de réseau de transport de notifier au régulateur toute transaction, envisagée par eux ou par d'autres, telle la société-mère du gestionnaire, pouvant justifier une réévaluation de la manière dont ils se conforment aux exigences de l'article 9.

De plus, l'article 10, § 2*bis*, alinéa 2, de la loi sur l'électricité prévoit que la procédure de certification devient automatiquement caduque lorsque le gestionnaire notifie à la CREG l'abandon de la transaction visée à l'article 10, § 2*bis*, alinéa 1er, ce que confirme l'article 10, § 2*ter*, alinéa 8, a). Une telle automaticité, qui ne se retrouve pas dans la loi sur le gaz (où l'article 8, § 4*ter*, alinéa 8, b), prévoit une décision de la CREG) et n'est pas prévue par la directive, limite les compétences de la CREG.

A.45.2. Le même reproche que celui adressé à l'article 10, § 2*bis*, alinéa 1er, est adressé à l'article 61, 2°, de la loi attaquée, insérant l'article 8, § 4*bis*, alinéas 4 et 5, et § 4*ter*, alinéa 8, point a), dans la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 10, paragraphe 3, de la directive 2009/73/CE.

A.45.3. En ce qui concerne la procédure de « re-certification », le Conseil des ministres rejette l'interprétation de la partie requérante selon laquelle l'article 13, 5°, de la loi attaquée aurait une portée moins large que celle des dispositions des directives (tel l'article 10, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE), faute de viser les transactions envisagées par d'autres personnes que le GRT. D'une part, parce qu'en visant toute transaction prévue qui peut justifier une réévaluation de la manière dont le GRT se conforme aux exigences de cette directive en matière de dissociation des structures de propriété, l'article 10, paragraphe 3, précité vise une réévaluation qui est propre au GRT et non à des sociétés-mères ou à des succursales. D'autre part, parce que la loi attaquée ne réduit nullement la notion de transaction mais vise toute transaction pouvant justifier une réévaluation de la manière dont le GRT se conforme aux exigences de la directive et pouvant avoir une influence sur son indépendance. La loi transpose donc parfaitement la directive et la CREG a en outre à tout moment le pouvoir d'entamer une procédure de « re-certification » s'il lui revient qu'une modification prévue des pouvoirs exercés sur le GRT risque d'entraîner une infraction à la directive.

Pour le surplus, la partie requérante n'invoque les articles 10 et 11 de la Constitution qu'à titre cosmétique.

A.45.4. Le Conseil des ministres admet l'erreur de plume dans la loi sur l'électricité en ce qui concerne la caducité de la procédure de « re-certification ». L'exposé des motifs indique cependant que l'intention du législateur est bel et bien de conférer à la CREG le pouvoir d'examiner si les conditions de dissociation des structures de propriété sont adéquatement remplies, de sorte qu'il convient d'interpréter la loi sur l'électricité en ce sens et en se référant à la loi sur le gaz et de considérer que la CREG dispose implicitement dudit pouvoir.

A.45.5. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que l'interprétation limitant la notion de transaction aux seules transactions envisagées par le gestionnaire de réseau de transport est manifestement contraire à l'article 10, paragraphe 3, des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE. La possibilité pour la CREG de lancer une procédure de certification ne saurait faire disparaître l'erreur de transposition, pas plus que l'erreur de plume avouée par le Conseil des ministres.

A.45.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que l'interprétation restrictive de la notion de transaction défendue par la partie requérante ne peut se déduire du seul texte de la disposition attaquée. Quant à la caducité de la procédure, elle ne limite pas les compétences de la CREG en matière de « re-certification ».

Troisième sous-branche

A.46.1. Selon la CREG, l'article 13, 5°, de la loi attaquée, insérant l'article 10, § 2^{quater}, alinéa 3, dans la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il ne s'applique qu'en cas de transaction et en ce qu'il prévoit un mécanisme d'extinction automatique de la procédure de certification, sans aucune intervention de l'autorité de régulation nationale.

Or, l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE impose au gestionnaire de réseau de notifier au régulateur « toute situation » ayant pour effet que des personnes de pays tiers acquièrent le contrôle du réseau de transport ou de son gestionnaire, de manière à permettre au régulateur d'entamer une procédure de certification visant à vérifier, notamment, si l'octroi de la certification ne menacera pas l'approvisionnement énergétique de l'Etat membre ou de la Communauté. Dès lors qu'il y a des « situations » qui, sans être des transactions, peuvent avoir l'effet décrit par la directive, celle-ci n'est pas correctement transposée par la loi attaquée qui ne vise que les transactions et non, par exemple, le renoncement par une autre partie à certains droits à l'égard du gestionnaire de réseau de transport d'électricité.

A.46.2. Selon la CREG, l'article 10, § 2^{quater}, alinéa 4, de la loi sur l'électricité est aussi incompatible avec la directive précitée en ce qu'il prévoit un mécanisme d'extinction automatique de la procédure de certification qui limite les compétences de la CREG.

A.46.3. Les mêmes critiques sont adressées à l'article 61, 2°, de la loi attaquée, qui insère un article 8, § 4^{quater}, alinéa 3, dans la loi sur le gaz, compte tenu de l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

A.46.4. En ce qui concerne la procédure de certification concernant des pays tiers, le Conseil des ministres soutient que la notion de transaction doit être entendue dans un sens large, de sorte que toute « situation » dans laquelle une ou plusieurs personnes d'un pays tiers acquièrent le contrôle d'un réseau de transport ou d'un GRT devrait être signalée par le GRT à la CREG. Cette « situation » est celle visée par les dispositions des directives (tel l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE) et doit d'ailleurs être elle-même notifiée par la CREG à la Commission européenne.

A.46.5. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que l'interprétation proposée par le Conseil des ministres est une interprétation *contra legem* qui ne fait pas disparaître l'erreur commise lors de la transposition de la loi.

A.46.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime qu'aucun élément tangible ne fonde la critique de la partie requérante, dont les compétences ne sont pas limitées.

Quatrième moyen (organisation du secteur du gaz naturel et de l'électricité)

A.47. Le moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 40 de la directive 2009/72/CE et les articles 32, 35, paragraphe 1, 36, 41, paragraphes 6, point c) et 9, 42 et 48 de la directive 2009/73/CE.

Première branche (obligation de conserver les données)

A.48.1. Selon la CREG, l'article 27, 12°, de la loi attaquée, modifiant l'article 18, § 14, de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il s'applique seulement aux « intermédiaires » et fournisseurs.

Or, l'article 40 de la directive 2009/72/CE requiert des Etats membres qu'ils imposent aux entreprises de fourniture d'électricité l'obligation de tenir à la disposition des autorités nationales, du régulateur et de la Commission européenne les données pertinentes relatives aux contrats et instruments dérivés passés avec des « clients grossistes » et des gestionnaires de réseau de transport. En utilisant le terme « intermédiaires » au lieu de « clients grossistes », la loi attaquée ne couvre pas les producteurs ni les gestionnaires de réseau de distribution.

A.48.2. A titre principal, le Conseil des ministres estime que le moyen est irrecevable en ce qu'il vise l'article 27, 12°, de la loi attaquée et non l'article 24, 12°, de celle-ci.

A.48.3. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que l'obligation faite aux fournisseurs et intermédiaires par l'article 24, 12°, correspond à celle faite aux entreprises de fourniture par l'article 40, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE et que la notion d'intermédiaire transpose adéquatement la notion de client grossiste. En effet, l'article 2, paragraphe 8, de la directive précitée définit le client grossiste comme toute personne physique ou morale qui achète de l'électricité pour la revendre à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elle est installée, définition que le législateur a transposée dans la notion d'intermédiaire définie à l'article 2, 7°, de la loi attaquée comme toute personne physique ou morale, autre qu'un producteur ou un gestionnaire de réseau de distribution, qui achète de l'électricité en vue de la revente.

La loi attaquée ne pourrait couvrir les gestionnaires de réseau de distribution puisque ceux-ci ne peuvent acheter de l'électricité pour la revendre, en raison des règles applicables en matière de dissociation. Un producteur ne peut pas non plus se trouver en position d'acheter de l'électricité pour la revendre, dès lors que l'article 2, 1°, de la loi sur l'électricité le définit comme toute personne physique ou morale qui produit de l'électricité, y compris un autoproducteur.

Il appartiendra, pour le surplus, à la Commission européenne de préciser les orientations applicables en matière de traitement des données.

A.48.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG admet la faute de frappe dans sa requête mais estime que les indications qu'elle contient permettent de considérer que la disposition visée est bien l'article 24, 12°, de la loi de transposition. Le Conseil des ministres ne s'y est d'ailleurs pas trompé.

A.48.5. Elle rejette l'argumentation présentée à titre subsidiaire par le Conseil des ministres en faisant valoir que son grief porte sur la notion d'intermédiaire figurant à la fin de l'article 18, § 4, alinéa 1er, et non au début. Ce terme exclut, contrairement à celui de client grossiste, les producteurs d'électricité et les gestionnaires de réseaux de distribution. Or, contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, des producteurs pourraient - lorsque par exemple la production qu'ils se seraient engagés à fournir serait insuffisante - aussi agir comme revendeurs de l'électricité d'un autre producteur. Un gestionnaire de réseau de distribution pourrait aussi être amené à revendre de l'électricité soit en étant tenu d'en fournir à un client d'un fournisseur initial qui résilierait le contrat pour défaut de paiement, soit en faisant usage de la possibilité offerte par l'article 8, § 2, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité, d'exercer, à certaines conditions, des activités de production ou de fourniture.

Par ailleurs, la directive impose la conservation des données relatives à toutes les transactions passées avec des clients grossistes, sans distinguer entre les contrats de fourniture conclus avec les clients raccordés au réseau de transport et ceux conclus avec les clients finals, alors que la loi ne vise que les premiers.

Enfin, l'article 40, paragraphe 1, invoqué par la CREG est d'application immédiate et ne requiert pas d'intervention de la Commission européenne à l'instar de ce qui est prévu par l'article 40, paragraphe 5.

A.48.6. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres laisse à titre principal à la discrétion de la Cour l'appréciation de la recevabilité du moyen.

A.48.7. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que puisque la partie requérante ne conteste pas le champ d'application *ratione personae* de la disposition attaquée, le moyen, vidé de sa substance, doit être rejeté. Par ailleurs, en se référant à l'article 8, § 2, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité, la partie requérante confond le gestionnaire de réseau de transport et le gestionnaire de réseau de distribution en reprochant au législateur de ne pas avoir pris en considération les missions du premier au titre d'intermédiaire dans la définition de ce dernier. Or, le législateur fédéral n'a en rien exclu le gestionnaire de réseau de transport de la définition d'intermédiaire.

Enfin, la limitation, par la disposition attaquée, de l'obligation de conserver les données qu'elle vise aux seuls clients raccordés au réseau de transport s'explique par la répartition des compétences entre l'Etat et les régions, compétentes en matière de distribution et appelées, elles aussi, à amender leur législation au regard des nouvelles directives.

Deuxième branche (régime dérogatoire de l'IZT)

A.49.1. Selon la CREG, l'article 65, 5°, de la loi attaquée viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il supprime la dérogation prévue à l'article 15/1, § 4, de la loi sur le gaz en ce qui concerne les installations de l'« Interconnector Zeebrugge Terminal » (ci-après : IZT) mais omet de supprimer la dérogation prévue par l'article 25 de la loi sur le gaz pour ces mêmes installations.

La CREG expose que le régime dérogatoire auquel était soumis l'IZT en vertu de l'article 15/1, § 4, de la loi sur le gaz ne peut être maintenu par l'effet de la mise en vigueur du « troisième paquet énergie » pour l'installation de transport que constitue l'IZT : la directive 2009/73/CE suppose en effet qu'elle soit désormais soumise aux dispositions pertinentes de cette directive en matière de certification du gestionnaire (article 10), d'accès des tiers au réseau de transport de gaz, de tarification (article 32) et de compétences du régulateur (articles 36, 41, paragraphes 6, point c) et 9, et 42). Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs souligné la nécessité d'une intervention législative, tout comme la SA « Fluxys » lors des travaux préparatoires de la loi attaquée. Le législateur a alors modifié l'article 15/1, § 4, de la loi sur le gaz, pour supprimer la dérogation visant l'IZT mais n'a pas supprimé celle figurant à l'article 25 de la même loi, prévoyant l'exemption de l'application des chapitres *IVter* et *IVquater* de la loi sur le gaz, alors que ces dispositions devraient s'appliquer à l'IZT.

La CREG souligne que la Cour est compétente pour censurer l'inconstitutionnalité découlant d'une lacune de la loi.

A.49.2. Le Conseil des ministres soutient que la CREG se méprend sur la volonté du législateur. La référence à l'IZT a été supprimée de l'article 15/1, § 4, de la loi sur le gaz parce que le législateur a choisi de soumettre ces installations à la compétence de certification de la CREG, en concertation avec le correspondant britannique de la CREG. La dérogation aux chapitres *IVter* et *IVquater* de la loi sur le gaz est cependant maintenue en ce qui concerne l'IZT parce que, comme l'indique l'exposé des motifs, cette interconnexion, réalisée avant la libéralisation du marché et ayant présenté de grands risques pour les investisseurs, a fait l'objet d'un traité international et que le législateur a souhaité éviter une remise en cause du traité et maintenir une certaine cohérence entre le régime applicable au Royaume-Uni et celui applicable en Belgique; la Commission européenne a confirmé le maintien des dérogations déjà octroyées dans le passé à de grandes infrastructures, même après l'entrée en vigueur de la directive 2009/73/CE, comme l'indique le considérant 35 de celle-ci.

A.49.3. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres invite la Cour, si elle doute de la validité de l'exemption dont bénéficie l'IZT, à adresser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

« Les articles 36, 41, paragraphes 6, point c) et 9, et 42 de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (ci-après, directive gaz) ainsi que l'article 8 du règlement 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ci-après : « règlement ACER ») lus en combinaison avec l'article 194 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permettent-ils aux Etats membres de prévoir le maintien d'un régime dérogatoire afin de préserver les acquis d'un traité bilatéral conclu entre deux Etats membres de l'Union européenne avant l'entrée en vigueur de ces dispositions ?

Une directive, telle qu'elle est définie par l'article 288 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, [qui] « lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens », peut-elle avoir pour effet de par sa seule entrée en vigueur d'anéantir un traité bilatéral entre deux Etats membres de l'Union européenne et d'entraîner un non-respect par ces Etats membres du droit de la propriété au sens de l'article 1er du Premier Protocole de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme lue en combinaison avec les articles 2 et 6 du Traité sur l'Union européenne et l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, résultant du non-respect des droits acquis d'une entreprise ? ».

A.49.4. Dans son mémoire en réponse, la CREG indique que l'argumentation du Conseil des ministres est dénuée de pertinence en ce qu'elle a trait à la question du maintien de l'article 25 de la loi sur le gaz; dans sa requête, elle a démontré que la suppression de la dérogation prévue à l'article 15/1, § 4, sans prévoir une suppression simultanée de la dérogation prévue à l'article 25, était contraire à la directive. L'accord du 10 décembre 1997 entre la Belgique et le Royaume-Uni est invoqué à tort puisque cet accord ne peut, selon ses termes, être interprété comme limitant l'application des lois d'un des deux Etats, telle une loi de transposition des directives européennes. Invoquer des droits acquis n'est pas plus pertinent dès lors que l'accord permet à tout moment aux deux Gouvernements de le revoir ou de le résilier et que la jurisprudence déjà évoquée de la Cour de justice de l'Union européenne limite la protection des droits acquis en matière d'énergie. L'Interconnector n'a d'ailleurs jamais bénéficié d'une dérogation sur la base de l'article 22 de la directive 2003/55/CE ou de l'article 36 de la directive 2009/73/CE. De surcroît, la Cour de justice de l'Union européenne a, dans son arrêt du 7 juin 2005, VEMW, C-17/03, censuré une situation analogue à celle dénoncée ici.

A.49.5. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres admet que l'accord invoqué par la partie requérante permet aux gouvernements belge et du Royaume-Uni de s'accorder à tout moment sur l'amendement ou la résiliation de cet accord mais indique que, pour l'heure, un tel accord n'existe pas, de sorte que le législateur a laissé le soin aux régulateurs des deux pays de s'accorder sur le régime de l'IZT et s'est abstenu de préjuger de leur décision conjointe : il n'aurait pu imposer unilatéralement un modèle d'« *ownership unbundling* » à une interconnexion par nature transfrontalière qui, du reste, n'a pas non plus été soumise à ces règles au Royaume-Uni. Quant au respect des droits acquis en vertu de cet accord, il s'inscrit dans la promotion des investissements dans de nouvelles grandes infrastructures à laquelle tendent, comme les traités antérieurs, les directives mises en œuvre par la loi attaquée.

L'argument tiré par la partie requérante de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 7 juin 2005 n'est, pour le surplus, pas pertinent : il se rapporte à une situation découlant de contrats à long terme conclus avant le « premier paquet énergie » alors qu'en l'espèce, les droits acquis résultent d'un traité bilatéral qui est antérieur aux directives mises en œuvre par la loi attaquée et n'a pas été dénoncé. La directive ne prévoit pas une telle situation. Si la partie requérante conteste la solution retenue par le législateur belge, c'est à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur l'ambiguïté résultant de la directive.

Troisième branche (certificats verts « offshore »)

A.50.1. Selon la CREG, l'article 7 de la loi attaquée, modifiant l'article 7 de la loi sur l'électricité, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il crée une différence de traitement entre les exploitants de différents parcs éoliens « *offshore* », selon que leur parc est raccordé à un réseau de transport ou à un réseau de distribution.

En effet, seuls les exploitants dont le parc est raccordé au réseau de transport sont soumis au régime d'octroi des certificats verts; or, le législateur fédéral semble compétent pour prévoir une obligation de rachat des certificats verts à charge du gestionnaire de réseau de transport, quel que soit le réseau sur lequel l'énergie produite par les parcs éoliens « *offshore* » a été injectée. La critique du Conseil d'Etat à cet égard a été rejetée au motif qu'elle était théorique, ce qui est inexact puisqu'il existe désormais un parc éolien « *offshore* » relié à un réseau d'une tension de 36 kV, qui ne fait donc pas partie du réseau de transport.

A.50.2. Le Conseil des ministres estime que la demande d'étendre l'obligation de rachat des certificats verts pour des injections sur le réseau de distribution est purement théorique puisque tous les parcs sont raccordés au réseau de transport. De plus, une telle extension aurait été contraire à l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles qui réserve aux régions tout ce qui a trait aux réseaux de distribution.

A.50.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG rejette l'argumentation du Conseil des ministres en se référant à sa requête. Elle indique qu'un parc éolien a été connecté au réseau de 36 kV entre 2008 et 2012 et n'aurait sans doute jamais vu le jour s'il n'avait pu, pendant cette période, bénéficier d'un prix de certificat vert garanti. Une telle situation pourrait se reproduire.

A.50.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que la situation temporaire évoquée par la partie requérante n'est pas de nature à altérer son analyse : cette situation peut varier en fonction de l'acteur concerné, d'éléments externes à celui-ci et du temps nécessaire à la mise en œuvre d'un parc éolien.

Quatrième branche (réseaux fermés industriels)

A.51. Le moyen vise, en matière d'électricité, l'article 2 de la loi attaquée, en ce qu'il insère un article 2, 41° et 43°, dans la loi sur l'électricité, lu en combinaison avec l'article 25 de la loi attaquée, en ce qu'il insère un article 18*bis* dans la loi sur l'électricité. En matière de gaz, il vise l'article 55 de la loi attaquée, en ce qu'il insère un article 1er, 56° et 57°, dans la loi sur le gaz, lu en combinaison avec l'article 80 de la loi attaquée, en ce qu'il insère un article 15/9*bis* dans la loi sur le gaz.

La CREG estime que ces dispositions violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec les articles 28 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE (réseaux fermés de distribution), avec les articles 32 des directives 2009/72/CE et 2009/73/CE (accès des tiers aux réseaux à des tarifs approuvés), avec les articles 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 4, de la directive 2009/73/CE (indépendance fonctionnelle du régulateur de toute autre entité), ainsi qu'avec les articles 35, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE et 39, paragraphe 5, de la directive 2009/73/CE (décisions autonomes du régulateur, indépendamment du pouvoir politique).

Première sous-branche

A.52.1. Selon la CREG, l'article 18*bis* de la loi sur l'électricité et l'article 15/9*bis* de la loi sur le gaz violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils prévoient que la qualité de gestionnaire du réseau fermé industriel s'obtient automatiquement pour les réseaux existants, par le simple effet d'une déclaration auprès des autorités compétentes, alors que, conformément à l'article 28 de la directive 2009/73/CE et à l'article 28 de la directive 2009/72/CE, cette qualité doit être établie de manière expresse par une autorité, qui vérifie que les conditions qu'ils prévoient sont remplies. Les dispositions attaquées créent en outre une discrimination entre gestionnaires de réseau fermé industriel, ceux des réseaux mis en service après l'entrée en vigueur de la loi attaquée devant se faire reconnaître par l'autorité compétente.

A.52.2. Le Conseil des ministres invoque l'article 18*bis* de la loi du 29 avril 1999 pour soutenir que, contrairement à ce qu'affirme la CREG, un contrôle est exercé (par la Direction générale de l'énergie) sur les déclarations tendant à l'octroi du statut de réseau fermé industriel. L'on rencontre ainsi les exigences de la représentante de la Commission européenne lors de son audition par la Chambre des représentants à l'occasion de l'examen du projet de loi. De plus, les Etats sont libres de régler l'octroi du statut précité puisque les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE ne contiennent à cet égard aucune précision.

Enfin, la différence de traitement qui est fonction de la date de mise en service du réseau fermé avant ou après celle de l'entrée en vigueur de la loi est justifiée compte tenu de la situation différente dans laquelle se situent les uns et les autres et du souci de permettre la reconnaissance des réseaux existants dans les meilleurs délais afin de se conformer à la jurisprudence de l'arrêt *Citiworks* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-439/06.

Il en va de même pour le marché du gaz.

A.52.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG rejette l'argumentation du Conseil des ministres : elle soutient qu'en prévoyant que, par la déclaration visée à l'article 18*bis*, § 1er, alinéa 1er, le déclarant acquiert la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel, cette disposition ne permet pas l'interprétation défendue par le Conseil des ministres. De plus, la Direction générale de l'énergie n'est chargée que de vérifier la conformité technique du réseau fermé industriel au réseau de transport et non le respect des conditions visées à l'article 28 de la directive 2009/72/CE et à l'article 28 de la directive 2009/73/CE. Même si ces directives n'imposent pas de procédure particulière pour la reconnaissance des gestionnaires des réseaux fermés industriels, la loi ne peut aboutir à court-circuiter les dispositions prévoyant des conditions à l'existence de réseaux fermés de distribution.

Elle considère, quant à la discrimination, que la loi attaquée n'établit pas la différence de traitement décrite par le Conseil des ministres entre gestionnaires de réseaux opérationnels ou non au jour de la publication de la loi : celle-ci se borne à leur offrir la possibilité de procéder à la déclaration qu'elle prévoit dans les six mois de l'entrée en vigueur; le critère de distinction est donc la réalisation de la déclaration dans ce délai et non l'existence du réseau, de sorte qu'une même situation relative à des réseaux opérationnels lors de l'entrée en vigueur de la loi peut aboutir à des situations différentes suivant que la déclaration sera faite ou non. Le Conseil des ministres se méprend aussi sur la portée de l'arrêt *Citiworks*, celui-ci ayant été rendu à l'époque où il n'existait pas de régime spécifique pour les réseaux fermés et où ceux-ci étaient considérés comme des réseaux de droit commun. Rien ne permet donc de déduire de cet arrêt que les réseaux fermés industriels doivent être soumis aux réseaux fermés de distribution ou que la disposition transitoire attaquée serait nécessaire.

A.52.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime que la partie requérante se méprend sur la portée de l'article 18*bis*, § 1er, de la loi sur l'électricité puisqu'une des conditions pour la désignation d'un gestionnaire de réseau fermé industriel est la vérification des conditions applicables.

Deuxième sous-branche

A.53.1. Selon la CREG, l'article 18*bis* de la loi sur l'électricité et l'article 15/9*bis* de la loi sur le gaz violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils prévoient que la reconnaissance de la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel implique la dispense automatique de plusieurs obligations et la soumission à un statut dérogatoire *ad hoc*, alors que les articles 28 des deux directives précitées prévoient que la dispense est octroyée par le régulateur, comme l'indiquent tant la Commission européenne que le Conseil d'Etat.

A.53.2. Cette violation du droit européen se joint à plusieurs discriminations.

En effet, il existe une discrimination entre les gestionnaires de réseaux de distribution (au sens du droit européen). Les gestionnaires d'un réseau fermé de distribution ne se voient dispensés automatiquement que du respect des dispositions tarifaires de droit commun (article 18*bis*, § 3, de la loi sur l'électricité et article 15/9*bis*, § 3, de la loi sur le gaz) alors que les gestionnaires de réseaux fermés industriels se voient pour leur part dispensés d'une série plus large d'obligations (par le paragraphe 2 des mêmes dispositions).

Il y a par ailleurs une discrimination entre gestionnaires d'un réseau fermé industriel « ordinaire » et gestionnaires d'un réseau fermé « mixte » (au sens de l'article 18*bis*, § 4, de la loi sur l'électricité et de l'article 15/9*bis*, § 4, de la loi sur le gaz). En effet, ces derniers ne bénéficient pas de la dispense automatique d'obligations par l'effet de la loi; leur statut doit faire l'objet d'une concertation entre autorité fédérale et entités fédérées.

Le contrôle réglementaire par une autorité de régulation indépendante est en outre considéré par le législateur européen comme une condition à un accès non discriminatoire aux réseaux. Le non-respect des compétences de régulation dans le cas de certains acteurs uniquement (à savoir les gestionnaires de réseaux fermés industriels) est donc discriminatoire. Il y a en l'occurrence une discrimination entre utilisateurs d'un réseau fermé, qui sont traités de la même façon alors que seul le gestionnaire de ce réseau bénéficie des dispenses automatiques prévues par la loi.

A.53.3. Le Conseil des ministres soutient que la partie requérante se méprend sur la portée des dispositions attaquées : celles-ci ne transposent pas les articles 28, paragraphes 2 et 3, des directives mais imposent des obligations aux gestionnaires de réseaux industriels comme aux autres gestionnaires de réseau. Toutefois, conformément aux dispositions de la directive (tel le considérant 30 de la directive 2009/72/CE) et à la note interprétative de la Commission européenne, ces obligations sont adaptées aux spécificités du gestionnaire de réseau industriel. Il en va de même des lignes directrices en matière tarifaire. La CREG dispose pour sa part de la possibilité d'exercer son pouvoir général de contrôle, prévu notamment par l'article 23 de la loi sur l'électricité.

A.53.4. La différence de traitement en ce qui concerne les obligations imposées aux gestionnaires de réseaux fermés industriels et les gestionnaires de réseaux fermés de distribution se justifie par la circonstance que pour les seconds, la matière tarifaire visée par les dispositions attaquées relève actuellement de l'Etat fédéral alors que les autres matières relèvent des régions. Le législateur ne pouvait donc prévoir, en ce qui concerne ces réseaux, qu'une dispense des obligations en matière tarifaire.

A.53.5. La différence de traitement entre gestionnaires de réseaux fermés industriels et gestionnaires de réseaux fermés « mixtes » est justifiée par cela que le niveau de tension implique, en vertu des dispositions attaquées, à la fois des compétences fédérales et des compétences régionales; or, cela implique une concertation préalable à l'octroi du régime particulier qui est requise par l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée pour toute mesure au sujet de la politique d'énergie, sous réserve des exceptions qui sont prévues par ces dispositions mais qui ne comprennent pas les gestionnaires de réseaux fermés mixtes.

A.53.6. La différence de traitement entre utilisateurs et gestionnaires de réseaux fermés industriels est justifiée, les uns et les autres ne constituant pas des catégories comparables : la loi prévoit à leur égard une définition, des droits et des obligations distincts et le fait de ne pas avoir prévu de régime dérogatoire applicable aux utilisateurs du réseau fermé industriel leur offre la garantie d'une protection adéquate à l'égard du gestionnaire de ce réseau.

A.53.7. Enfin, le grief portant sur une différence de traitement entre les gestionnaires de réseaux industriels et les autres acteurs en ce qui concerne le respect des compétences de régulation n'est pas fondé puisque ces compétences sont exercées, dans les deux cas, sous réserve de dérogations qui sont justifiées par la situation des premiers et admissibles au regard des exigences européennes et qui n'empêchent en rien la CREG d'exercer son pouvoir de contrôle.

A.53.8. Dans son mémoire en réponse, la CREG soutient qu'en ce qu'il déroge aux dispositions de la loi, l'article 18*bis*, §§ 2 et 3, prévoit l'octroi automatique de dispenses, alors que l'article 28, paragraphe 2, des directives réserve ce pouvoir au régulateur. Rien ne justifie, par ailleurs, que les gestionnaires des réseaux fermés industriels qui sont aussi les utilisateurs du réseau qu'ils gèrent soient seuls à bénéficier des dispositions attaquées alors qu'en cette seconde qualité, ils sont bel et bien dans une situation identique à celle des autres utilisateurs du réseau fermé.

A.53.9. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres, se référant à nouveau à l'article 23 de la loi sur l'électricité, ajoute que la CREG dispose aussi de la faculté d'édicter des lignes directrices complémentaires applicables au gestionnaire d'un réseau fermé industriel.

Troisième sous-branche

A.54.1. Selon la CREG, l'article 2, 41°, de la loi sur l'électricité et l'article 1er, 56°, de la loi sur le gaz violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils ne reprennent pas la précision relative aux clients résidentiels figurant à l'article 28, paragraphe 4, des deux directives précitées, prévoyant que l'usage accessoire par un petit nombre de clients résidentiels employés par le propriétaire du réseau de distribution, ou associés à lui de façon similaire, et situés dans la zone desservie par le réseau fermé de distribution n'interdit pas d'accorder une exemption en vertu de l'article 28, paragraphe 2.

Les dispositions en cause sont aussi discriminatoires pour les mêmes motifs, *mutatis mutandis*, que ceux indiqués en A.53.2.

A.54.2. Le Conseil des ministres indique que l'article 2, 41°, de la loi sur l'électricité (comme la disposition correspondante de la loi sur le gaz) définit certes le réseau fermé industriel comme n'approvisionnant pas de clients résidentiels, mais prévoit qu'il est destiné « en premier lieu » à desservir les clients finals établis sur le site industriel, commercial ou de partage de services que ce réseau dessert. Le régulateur peut donc interpréter cette disposition à la lumière de l'article 28, paragraphe 4, de la directive, de sorte que l'existence de clients résidentiels admis par cette disposition n'empêchera pas que le réseau puisse être qualifié de réseau fermé de distribution au sens de l'article 28, paragraphe 2, de la directive et bénéficier de l'exemption prévue par cette disposition.

A.54.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que les dispositions attaquées ne pourraient être conformes aux directives que si la Cour juge qu'elles peuvent être interprétées comme le suggère le Conseil des ministres.

Quatrième sous-branche

A.55.1. Selon la CREG, l'article 2, 41°, de la loi sur l'électricité et l'article 1er, 56°, de la loi sur le gaz violent les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'ils définissent le réseau fermé industriel par référence à un réseau à l'intérieur d'un site géographiquement limité destiné « en premier lieu » à desservir les clients finals qui y sont établis, ce qui laisse entendre que le réseau pourrait desservir des clients finals qui ne sont pas établis sur ce site. Cette possibilité n'est pas prévue par l'article 28, paragraphe 1, des deux directives précitées.

Les dispositions en cause sont aussi discriminatoires pour les mêmes motifs, *mutatis mutandis*, que ceux indiqués en A.53.2.

A.55.2. Le Conseil des ministres soutient que la partie requérante donne des dispositions attaquées une interprétation qui n'est pas conciliable avec les travaux préparatoires de la loi, de sorte que le moyen manque en fait.

A.55.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que les dispositions attaquées ne pourraient être compatibles avec la Constitution que si elles sont interprétées comme le suggère le Conseil des ministres.

Cinquième sous-branche

A.56.1. Selon la CREG, l'article 55 de la loi attaquée, insérant l'article 1er, 57°, dans la loi sur le gaz, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il exclut de la notion de gestionnaire de réseau fermé industriel, la personne physique ou morale qui, aux termes d'un « *wheeling agreement* », laisse passer sans prestation ni contrepartie financière quelconque un client final situé en aval de son point de raccordement au réseau de transport de gaz naturel.

La disposition analogue prévue en matière d'électricité a été abandonnée à la suite d'une observation du Conseil d'Etat mais celle relative au gaz a été maintenue malgré l'observation identique faite par renvoi par le Conseil d'Etat. L'on ne voit pas ce qui justifie cette différence de traitement. La disposition crée en outre une discrimination entre les utilisateurs de réseaux fermés industriels, selon qu'ils ont ou non conclu un « *wheeling agreement* » avec le propriétaire du réseau concerné, en ce que les premiers ne bénéficieront pas du régime juridique - même allégé - prévu par la directive 2009/73/CE (notamment le droit d'accès des tiers et le droit de choisir son fournisseur).

A.56.2. Le Conseil des ministres soutient, en invoquant les travaux préparatoires de l'article 55 précité, que celui-ci doit être interprété en se référant à la définition de gestionnaire de réseau fermé industriel prévue à l'article 2, 43°, de la loi sur l'électricité, inséré par l'article 2, 21°, de la loi attaquée.

A.56.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG juge originale la suggestion du Conseil des ministres mais estime qu'un juge ayant à trancher une contestation à ce sujet ne fera pas preuve du même pragmatisme. Plaider pour l'uniformisation des deux régimes semble aller dans le sens de la reconnaissance des discriminations dénoncées par la partie requérante.

A.56.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres juge contradictoire la position de la partie requérante qui, d'une part, dans sa requête, dénonce une différence de traitement entre gestionnaires de réseaux fermés industriels suivant qu'ils sont soumis à la loi sur le gaz ou à la loi sur l'électricité alors qu'ils sont placés dans des situations similaires et, d'autre part, dans son mémoire en réponse, estime que l'uniformisation des régimes aboutit à reconnaître l'existence des discriminations.

Cinquième branche (réseau de traction ferroviaire)

A.57.1. Selon la CREG, l'article 2 lu en combinaison avec l'article 26 de la loi attaquée, insérant respectivement les articles 2, 42°, et 18^{ter} de la loi sur l'électricité, viole les dispositions indiquées par le moyen en ce qu'il octroie au réseau de traction ferroviaire le régime des réseaux fermés (industriels ou de distribution).

La CREG soutient que s'il faut considérer que le réseau électrique de traction ferroviaire tombe dans le champ d'application de la directive 2009/72/CE, les dispositions attaquées violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus seuls ou en combinaison avec l'article 28 de la directive 2009/72/CE, parce qu'elles rendent sous certaines conditions le régime des réseaux fermés industriels applicables au réseau de traction ferroviaire, alors qu'il n'est pas un réseau fermé de distribution, faute d'être un site géographiquement limité.

Cette violation du droit européen se double d'une discrimination, les gestionnaires de réseaux industriels ne pouvant bénéficier du régime dérogatoire en cause que s'il s'agit d'un réseau fermé, cependant que le réseau de traction ferroviaire en bénéficie alors pourtant qu'il ne s'agit pas d'un réseau fermé.

A.57.2. Le Conseil des ministres fait valoir que le réseau de traction ferroviaire ne constitue pas, comme l'indiquent les travaux préparatoires, une catégorie distincte de réseaux fermés et que l'article 28 de la directive 2009/72/CE doit être lu de manière constructive et compatible avec la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 « concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité », en application de laquelle la notion de réseau ferroviaire a vocation à couvrir l'ensemble du territoire belge. Dès lors que les trains roulent à l'électricité, il existe un lien entre les deux directives et l'on doit admettre que le réseau fermé industriel ferroviaire se trouve par nature dans un « site géographiquement limité » au sens de l'article 28 de la directive 2009/72/CE; celui-ci ne limite nullement la superficie minimale ou maximale de ce site, de sorte que le réseau de traction est la partie de l'infrastructure ferroviaire qui doit être considérée comme un tout. En décider autrement en morcelant le réseau fermé industriel pourrait être une source d'accidents, dans l'hypothèse d'un problème électrique, faute de point de prélèvement unique.

A.57.3. Dans son mémoire en réponse, la CREG estime que l'argumentation du Conseil des ministres constitue une reconnaissance implicite du non-respect du droit européen parce qu'une définition de droit interne ne peut justifier qu'il soit dérogé à celui-ci. Les préoccupations d'opportunité sont sans pertinence et l'existence d'un seul réseau n'est pas liée à son caractère fermé. Il est en tout cas inexact de prétendre que le réseau de traction ferroviaire s'étendrait à tout le territoire belge ou serait clairement délimité et qu'un réseau qui s'étendrait à l'ensemble du territoire d'un Etat membre serait un réseau fermé. A défaut, d'importantes prescriptions des directives seraient inapplicables.

A.57.4. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres estime qu'une interprétation mettant sur pied d'égalité deux directives n'est pas une reconnaissance implicite du non-respect du droit européen et soutient qu'au contraire, le législateur doit, si cela est possible, concilier les deux directives. Il estime par ailleurs que la partie requérante ne démontre pas en quoi qualifier de réseau fermé le réseau de traction ferroviaire violerait l'article 28 de la directive 2009/72/CE ou nierait le caractère fermé du réseau.

- B -

Quant aux dispositions attaquées

B.1. La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : « CREG ») introduit un recours en annulation de plusieurs dispositions de la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations ».

B.2. La loi attaquée modifie la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : la loi sur l'électricité) et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : la loi sur le gaz) afin de transposer ou de mettre en œuvre en droit belge diverses dispositions de droit de l'Union européenne, à savoir :

- la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (ci-après : directive 2009/72/CE);

- la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (ci-après : directive 2009/73/CE);

- la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (ci-après : directive 2009/28/CE);

- le règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ci-après : règlement (CE) n° 713/2009);

- le règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003 (ci-après : règlement (CE) n° 714/2009);

- le règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005 (ci-après : règlement (CE) n° 715/2009).

Quant à la recevabilité

B.3. Le Conseil des ministres soutient, à propos du premier moyen, deuxième branche, deuxième sous-branche, que la Cour ne pourrait connaître d'un moyen qui ne démontrerait pas une discrimination évoquée par la partie requérante sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution; à propos de la troisième sous-branche de cette même branche, il estime, pour le même motif, que le moyen serait, en ce qui la concerne, irrecevable. Des objections analogues sont aussi formulées en ce qui concerne le premier moyen, première branche, septième sous-branche.

B.4.1. En vertu de l'article 142, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la Cour est compétente pour statuer sur les recours en annulation d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution pour cause de violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions ou pour cause de violation des articles du titre II (« Des Belges et de leurs droits ») et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

B.4.2. La Cour n'est pas compétente pour contrôler directement des normes législatives au regard de principes généraux ou de dispositions conventionnelles. Elle peut tenir compte de ceux-ci dans le contrôle de constitutionnalité qu'elle exerce dans les limites précisées ci-

dessus, mais uniquement lorsque sont aussi invoquées des dispositions au regard desquelles la Cour peut exercer un contrôle direct, soit les articles 10 et 11 de la Constitution, soit, lorsqu'une disposition conventionnelle est invoquée, une disposition constitutionnelle qui garantit des droits ou libertés analogues.

B.5. Tous les moyens sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec d'autres dispositions constitutionnelles, avec des dispositions du droit de l'Union européenne ou avec des principes généraux du droit. Même si la plupart d'entre eux dénoncent la manière dont les dispositions du droit de l'Union européenne indiquées en B.2 ont été transposées en droit belge par la loi attaquée, ces moyens sont pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution lus isolément ou en combinaison avec une ou plusieurs dispositions du droit de l'Union européenne ou de droit international, en ce que la partie requérante, soumise à son estime à une loi qui ne serait pas conforme aux directives européennes que celle-ci transpose, serait discriminée par rapport aux sujets de droit soumis à des lois qui seraient conformes aux directives européennes qu'elles transposent.

La Cour est donc compétente pour connaître du recours en annulation et les moyens en cause sont recevables, sous la réserve qu'il sera examiné au fond si une différence de traitement est effectivement établie.

Quant au fond

En ce qui concerne l'objet de la loi attaquée

B.6. La CREG estime, de manière générale, que les dispositions dont elle demande l'annulation transposent des dispositions du droit de l'Union européenne, ou leur donnent exécution en droit belge, d'une manière qui ne lui permet pas de s'acquitter correctement de la mission de contrôle qui lui est impartie, compte tenu du cadre européen définissant le rôle des autorités de régulation nationales.

B.7. La CREG est l'autorité fédérale de régulation des marchés de l'électricité et du gaz naturel en Belgique. Elle est un organisme autonome, doté de la personnalité juridique.

En vertu de la loi sur le gaz et de la loi sur l'électricité, 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 naturel, 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.

B.8. La loi attaquée a notamment pour objet de transposer en droit belge des directives européennes adoptées à la suite de celles adoptées en 2003 et relatives à la libéralisation du marché de l'électricité et du gaz. Les travaux préparatoires indiquent à cet égard :

« Vu les retours d'expérience depuis la libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz naturel en Belgique ainsi que pour répondre aux nouvelles exigences imposées par les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE en la matière, le présent avant-projet de loi renforce l'autorité de régulation de ces marchés au niveau fédéral, à savoir la CREG.

Ce renforcement s'opère à trois niveaux :

- accroissement de l'indépendance de la CREG;
- extension des compétences et moyens de la CREG, particulièrement en matière de tarifs;
- coopération de la CREG avec l'Agence de coopération des régulateurs de l'Energie (ci-après ' ACER ') » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 10).

Selon les mêmes travaux préparatoires, les nouvelles dispositions ont notamment pour but :

1) de renforcer l'indépendance de la CREG :

« Le présent avant-projet de loi accroît l'indépendance de la CREG par rapport aux intérêts tant du secteur privé que du secteur public. Il est notamment prévu que le budget de la CREG sera adopté par la Chambre des représentants, sur proposition du Comité de direction de la CREG. Il est également prévu que la CREG veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion agissent indépendamment de tout intérêt commercial et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'un gouvernement ou d'une autre entité publique ou privée dans l'exécution de leurs missions » (*ibid.*, p. 10).

2) de renforcer les pouvoirs de la CREG :

« Le présent avant-projet de loi précise tout d'abord les objectifs auxquels la CREG est tenue dans le cadre de l'exercice de ses missions. Ces objectifs ont notamment trait aux domaines suivants :

- la contribution au développement de marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel concurrentiels, sûrs et durables pour l'environnement;
- la garantie de la protection des clients finals et du retour des bénéfices de la libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz naturel à ces clients finals;
- la promotion de l'efficacité énergétique ainsi que de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables.

Le présent avant-projet de loi renforce ensuite les compétences de la CREG, notamment dans les domaines suivants :

- la fixation des méthodologies tarifaires applicables pour la détermination des tarifs régissant le raccordement, l'utilisation et le cas échéant les services offerts par les gestionnaires sur les réseaux de transport et/ou de distribution d'électricité et de gaz naturel ainsi que pour les installations de stockage de gaz naturel et de GNL [gaz naturel liquéfié];
- le contrôle du respect par les GRT [gestionnaires de réseau de transport] et les gestionnaires d'installation de stockage de gaz naturel et d'installation de GNL des règles régissant l'accès des tiers, de leurs obligations en matière de dissociation, des mécanismes d'équilibrage, de la gestion de la congestion et de la gestion des interconnexions;
- la surveillance de la sécurité et de la fiabilité du réseau ainsi que l'évaluation des règles régissant la sécurité et la fiabilité du réseau;
- la surveillance des programmes d'investissements établis par les GRT et l'évaluation de la compatibilité de ce programme avec le plan décennal de développement du réseau pour l'ensemble de l'Europe;
- le contrôle du respect des obligations en matière de transparence;
- la surveillance du degré d'ouverture des marchés et de concurrence et la promotion d'une concurrence effective, en coopération avec le Conseil de la concurrence;
- la garantie du plein effet des mesures de protection des clients finals » (*ibid.*, pp. 11 et 12).

3) d'améliorer la protection des consommateurs :

« Le présent avant-projet de loi renforce encore davantage la protection de ces consommateurs, dans la limite des compétences de l'autorité fédérale en la matière. Ce renforcement se traduit notamment par l'extension des compétences et pouvoirs de la CREG, par l'augmentation des obligations imposées aux fournisseurs en matière de transparence et d'information, particulièrement dans leurs contrats de fourniture et leurs factures et par les obligations mises à charge des GRT électricité et gaz naturel en matière de réseaux et de compteurs intelligents » (*ibid.*, p. 13).

En ce qui concerne la présentation des dispositions attaquées et l'examen des moyens

B.9. La loi attaquée modifie la loi sur le gaz et la loi sur l'électricité en y insérant des dispositions souvent identiques ou en modifiant leurs dispositions de manière identique. Les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE contiennent elles-mêmes des dispositions souvent rédigées de manière identique. Les griefs que les parties adressent aux dispositions nouvelles de l'une des lois précitées sont souvent identiques à ceux qu'elles adressent à celles de l'autre.

Lorsque tel est le cas, la Cour se référera, dans la suite de l'arrêt, à l'ensemble de ces dispositions dans l'exposé du moyen et ensuite aux seules dispositions de la loi sur l'électricité ou de la directive 2009/72/CE et ce, afin de simplifier la lecture de l'arrêt. Elle indiquera ensuite, le cas échéant, que le même raisonnement vaut pour ce qui concerne la loi sur le gaz et la directive 2009/73/CE.

Dans le cas contraire, la Cour se référera distinctement aux unes ou aux autres de ces dispositions.

En ce qui concerne le premier moyen

B.10. Le premier moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 1, 11 et 14, de la directive 2009/72/CE, avec les articles 39, paragraphes 4 et 5, et 41, paragraphes 1, 4, 11 et 14, de la directive 2009/73/CE, et avec l'article 16 de la Constitution combiné avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (première branche) et avec les articles 9, 10, 11, 15, paragraphe 2, 35,

paragraphes 4 et 5, 36, point g), et 37, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/72/CE, avec les articles 9, 10, 11, 36, 39, paragraphes 4 et 5, 40, point g), et 41, paragraphes 6 et 9, de la directive 2009/73/CE, ainsi qu'avec les articles 15, paragraphe 2, 16, paragraphe 6, deuxième alinéa, et 17, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 715/2009, « avec les articles 1er, paragraphe 10, 2, paragraphes 6 et 13, 5, paragraphes 2 et 4, 6, paragraphe 1, et suivants de l'annexe I dudit règlement », et avec l'article 16, paragraphe 2, de la directive 2009/28/CE (deuxième branche).

Première branche

B.11.1. Dans une première sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 38, 1°, de la loi attaquée, modifiant l'article 24, § 1er, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE et de porter ainsi atteinte à l'indépendance du comité de direction de la CREG en créant un conseil général qui fait partie de la CREG, est habilité à définir les orientations pour l'exécution de la loi et est composé de membres qui ne sont pas soumis aux exigences d'indépendance prévues pour les membres du comité de direction. L'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE ne serait ainsi pas correctement transposé.

B.11.2. L'article 24, §§ 1er et 3, de la loi sur l'électricité, modifié par l'article 38 de la loi attaquée, dispose :

« § 1er. Les organes de la commission sont le comité de direction et la Chambre des litiges visée à l'article 29. Il est également créé un conseil général. Le comité de direction et le conseil général établissent chacun un règlement d'ordre intérieur qui est transmis pour information à la Chambre des représentants.

[...]

§ 3. Le conseil général est composé de représentants du gouvernement fédéral, des organisations représentatives des travailleurs, des employeurs, des classes moyennes et des associations environnementales, et des producteurs, du gestionnaire du réseau, des gestionnaires des réseaux de distribution, des intermédiaires, des fournisseurs et des consommateurs. Les gouvernements de région seront invités à déléguer des représentants. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après consultation des gouvernements de région, le Roi détermine la composition et le fonctionnement du conseil général.

Le conseil général a pour missions :

1° d'initiative ou à la demande du ministre, de définir des orientations pour l'application de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution;

2° de formuler, dans les 40 jours suivant la réception de la demande du comité de direction, un avis sur toute question qui lui est soumise par le comité de direction; le comité de direction peut demander de façon motivée au conseil général d'émettre cet avis dans des délais raccourcis pour les questions relatives à des avis demandés dans le cadre des articles 19 et 32; à cette fin, des réunions extraordinaires du conseil général peuvent être organisées; s'il ne rend pas son avis en temps voulu, cet avis est considéré comme favorable en ce qui concerne les positions adoptées le cas échéant par le comité de direction;

3° d'être un forum de discussion sur les objectifs et les stratégies de la politique énergétique.

Le conseil général peut demander des études ou avis au comité de direction.

Le conseil général peut effectuer des études et soumettre des avis à la demande du ministre.

Le conseil général dispose pour l'exercice de ses missions d'un budget adéquat.

Le comité de direction agit indépendamment du conseil général et n'accepte aucune instruction de sa part ».

B.11.3. Selon l'article 24 de la loi sur l'électricité, qui fait partie du chapitre VI (« Autorité de régulation, règlement de différends ») de cette loi, le conseil général est un organe de la CREG. Le conseil général est composé de représentants du Gouvernement fédéral, des organisations représentatives des travailleurs, des employeurs et des classes moyennes, des associations environnementales, des producteurs, des gestionnaires du réseau, des gestionnaires des réseaux de distribution, des intermédiaires, des fournisseurs et des consommateurs et des Gouvernements de région. Comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a observé, « il s'agit, [en d'autres termes] de divers acteurs du secteur de l'énergie et de la société civile qui n'ont manifestement pas l'indépendance requise pour faire partie de l'autorité de régulation conformément à l'article 35, paragraphe 4, b), i), de la directive 2009/72/CE (et à la disposition parallèle de l'article 39, paragraphe 4, b), i), de la directive 2009/73/CE) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 312-313).

L'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE dispose :

« 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. A 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 ».

L'article 39, paragraphe 4, de la directive 2009/73/CE contient un régime analogue.

Bien que ces dispositions ne s'opposent pas à la création de plusieurs organes au sein des autorités de régulation nationales compétentes, elles requièrent toutefois, comme la Commission européenne le signale dans sa note interprétative concernant ces dispositions (*Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas. The Regulatory Authorities*, Brussels, 22 January 2010, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, p. 4), que tous ces organes remplissent les conditions d'indépendance mentionnées. L'on peut du reste déduire de l'article 24, § 3, alinéa 2, 1°, de la loi sur l'électricité, lequel prévoit que le conseil peut, « d'initiative ou à la demande du ministre, [...] définir des orientations pour l'application de la [...] loi et de ses arrêtés d'exécution », que la compétence du conseil général n'est pas limitée à la formulation d'avis qui ne seraient pas du tout contraignants pour le régulateur. Il appartient au législateur, ainsi qu'il a l'intention de le faire d'après le mémoire du Conseil des ministres, de créer le conseil général indépendamment de la CREG, d'une manière qui garantisse l'indépendance complète de celle-ci.

B.11.4. Le premier moyen en sa première branche, première sous-branche, est fondé. En conséquence, il y a lieu d'annuler la phrase « Il est également créé un conseil général. » et les mots « et le conseil général » dans l'article 38, 1°, de la loi attaquée, ainsi que l'article 38, 6°, de la même loi.

B.12.1. Dans une deuxième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche aux articles 38, 1°, et 43 de la loi attaquée, modifiant les articles 24 et 29 de la loi sur l'électricité, d'être contraires à l'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE en ce qu'ils font de la chambre des litiges un organe n'ayant aucun lien avec la CREG, disposant de pouvoirs distincts de ceux du conseil de direction, et dont les membres ne sont pas soumis aux mêmes exigences d'indépendance que le personnel de l'autorité de régulation.

B.12.2. L'article 29 de la loi sur l'électricité, modifié par la loi attaquée, dispose :

« § 1er. Il est créé au sein de la commission une Chambre de litiges qui, à la demande de l'une des parties, statue sur les différends entre le gestionnaire et les utilisateurs du réseau relatifs aux obligations imposées au gestionnaire du réseau, aux gestionnaires de réseaux de distribution et aux gestionnaires de réseaux fermés industriels en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, à l'exception des différends portant sur des droits et obligations contractuels.

§ 2. La Chambre de litiges est composée d'un président, de deux autres membres et de trois suppléants nommés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres pour un terme renouvelable de six ans. Par dérogation à ce qui précède, lors de la constitution de la Chambre de litiges un membre et un suppléant sont nommés pour un terme initial de deux ans et un membre et un suppléant pour un terme initial de quatre ans.

Le président et un suppléant sont désignés parmi les magistrats de l'ordre judiciaire; les autres membres et suppléants sont désignés en raison de leur compétence en matière de concurrence. Les membres et les suppléants ne peuvent être choisis parmi les membres des organes et les employés de la commission. Le Roi fixe le montant des allocations qui leur sont attribuées.

§ 2bis. Les membres des Chambres législatives, du Parlement européen et des parlements des Communautés et Régions, les ministres, les secrétaires d'Etat, les membres d'un gouvernement de Communauté ou de Région, les membres du cabinet d'un membre du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement de Communauté ou de Région et les membres des députations permanentes des conseils provinciaux ne peuvent pas exercer les fonctions de président, de membre ou de suppléants de la Chambre des litiges.

Le président, les membres et suppléants de la Chambre des litiges ne peuvent exercer aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service du gestionnaire du réseau, de l'un des propriétaires du réseau, d'un producteur, d'un distributeur ou d'un intermédiaire, tels que définis à l'article 2, ou d'une entreprise de gaz, telle que définie à l'article 1er de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

L'interdiction prévue à l'alinéa 2 subsiste pendant un an après la fin du mandat du président, des membres et des suppléants de la Chambre des litiges.

Les allocations visées au § 2 peuvent prévoir le paiement, à la fin du mandat du président, des membres ou des suppléants de la Chambre des litiges, d'une indemnité compensatoire en considération de l'interdiction visée aux alinéas 2 et 3. Cette indemnité ne peut excéder la moitié de l'allocation brute du président, des membres ou des suppléants pour les douze mois qui précèdent la fin de leur mandat.

Le président, les membres et les suppléants de la Chambre des litiges ne peuvent détenir des actions, ou autres valeurs assimilables à des actions, émises par des entreprises d'électricité (autres que les autoproducteurs) ou des entreprises de gaz, ni des instruments financiers permettant d'acquérir ou de céder de telles actions ou valeurs ou donnant lieu à un règlement en espèces en fonction principalement de l'évolution de la valeur de telles actions ou valeurs.

Si le président, un membre ou un suppléant a, directement ou indirectement, un intérêt opposé dans un différend soumis à la Chambre des litiges, il ne peut assister aux délibérations de la Chambre des litiges y relatives, ni prendre part au vote. Il doit en informer préalablement le président, les autres membres et/ou les autres suppléants de la Chambre des litiges, qui doit en faire état dans sa décision.

Les mandats du président, des membres et des suppléants de la Chambre des litiges prennent fin lorsqu'ils ont atteint l'âge de soixante-cinq ans accomplis.

§ 3. La Chambre de litiges statue par une décision administrative motivée sur les affaires dont elle est saisie, après avoir entendu les parties en cause. Elle peut procéder ou faire procéder à toutes investigations utiles et peut au besoin désigner des experts et entendre des témoins. Elle peut ordonner des mesures conservatoires en cas d'urgence.

Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le Roi fixe les règles de procédure applicables devant la Chambre de litiges.

La Chambre de litiges statue dans les deux mois suivant sa saisine. Ce délai peut être prolongé de deux mois en cas de demande, par la Chambre des litiges, d'informations complémentaires. Une nouvelle prolongation de ce délai est possible moyennant l'accord du demandeur.

La décision de la Chambre des litiges est contraignante, pour autant qu'elle ne soit pas annulée à la suite d'un recours devant les juridictions compétentes ».

B.12.3. L'article 37, paragraphe 11, de la directive 2009/72/CE prévoit que l'autorité de régulation agit en tant qu'autorité de règlement des litiges entre gestionnaires de réseau et utilisateurs. Or, l'article 24, § 1er, de la loi sur l'électricité, modifié par la loi attaquée, prévoit que la chambre des litiges est, comme le comité de direction, un organe de la CREG, de sorte qu'il peut être admis que celle-ci agit en tant qu'autorité de règlement des litiges. Il peut également être admis que le législateur ait fait de la chambre des litiges un organe distinct dont les membres sont tenus à des exigences distinctes d'indépendance et d'impartialité compte tenu de ce que cet organe doit, selon l'article 37, paragraphe 11, précité, être chargé des litiges portant sur les obligations imposées aux gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution et de ce que le comité de direction a pu être amené à se prononcer, antérieurement, sur de telles obligations ou sur leur portée. Les travaux préparatoires indiquent à cet égard :

« Suite à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 49.570/3 du 31 mai 2011, il convient de relever que, en ce qui concerne les compétences de la CREG au sein de la Chambre des litiges, celles-ci répondent au souci de garantir l'impartialité de cette chambre. L'intervention de la CREG dans le règlement des litiges ne respecterait pas les principes d'impartialité, la CREG pouvant alors être juge et partie.

Le règlement de litiges relatifs aux obligations des gestionnaires (notamment tarifaires où le Comité de direction de la CREG aurait peut-être émis officieusement son avis ou en ce qui concerne des litiges en matière d'accès) peut présupposer que la CREG a déjà pris position. Elle ne saurait dès lors être vue comme indépendante au sens de l'article 6 de la CEDH et devrait se décharger. L'exigence d'impartialité impose de désigner, certes au sein de l'instance de régulation, des personnes impartiales vis-à-vis du Comité de direction de la CREG, telles des magistrats tandis que le secrétariat de cette instance est maintenu auprès de la CREG. La présence de magistrats dans cette instance est de nature à renforcer son indépendance. La remarque de la section de législation du Conseil d'Etat n'a dès lors pas pu être suivie » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 79).

Le grief de la partie requérante selon lequel la loi exclurait à tort de la compétence de la chambre des litiges les différends portant sur les droits contractuels n'est pas davantage fondé, compte tenu de ce que prévoit l'article 37, paragraphe 11, précité de la directive. En effet, cette disposition limite la compétence de l'autorité de régulation au « grief à faire valoir

contre un gestionnaire de réseau de transport ou de distribution en ce qui concerne les obligations imposées audit gestionnaire » sans viser les différends portant sur les droits contractuels.

B.12.4. En sa première branche, deuxième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B.12.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.13.1. Dans une troisième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 38, 5°, de la loi attaquée, modifiant l'article 24, § 2*bis*, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 35, paragraphe 5, deuxième alinéa, de la directive 2009/72/CE en ce qu'il étendrait abusivement à la violation de toute clause légale ou réglementaire la notion d'infraction particulièrement grave pouvant conduire à engager des poursuites disciplinaires à l'encontre des membres du comité de direction de la CREG en vertu de cette disposition.

B.13.2. L'article 24, § 2*bis*, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 2*bis*. Par décision du Conseil des ministres prise à la suite d'une proposition formulée par le ministre, sur la base de l'avis du Conseil disciplinaire suivant la procédure fixée au présent paragraphe, il peut être mis fin au mandat du président, de l'un ou des membres du comité de direction de la commission responsables d'une des infractions suivantes :

- la violation des conditions d'indépendance prévues par la présente loi et par la loi du 12 avril 1965 concernant le transport de produits gazeux et autres par canalisations, ainsi que par les arrêtés pris en exécution de ces lois;
- la violation, dans l'exercice de leurs mandats, de toutes autres clauses légales et réglementaires applicables au président et/ou aux membres du comité de direction en vertu de la présente loi et de la loi du 12 avril 1965 concernant le transport de produits gazeux et autres par canalisations, ainsi que des arrêtés pris en exécution de ces lois.

Suite à la constatation d'une violation, visée à l'alinéa 1er, et dans le mois suivant la prise de connaissance de cette violation, le ministre saisit le Conseil de discipline, instauré par le § 2*ter*, par lettre recommandée avec accusé de réception. Ce courrier décrit notamment la nature des faits qui sont réputés constituer la violation. Aucune mention n'est faite dans ce courrier des suites devant être réservées à cette violation.

Dans les trois mois suivant l'envoi du courrier visé à l'alinéa 2, le Conseil disciplinaire convoque les parties, à savoir le ministre et la personne à l'encontre de laquelle la violation a été constatée, pour audition. La convocation à cette audition est envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception au plus tard dix jours avant ladite audition. Les parties peuvent être assistées durant l'audition ou être représentées par un conseil.

Dans le mois suivant l'audition, le Conseil disciplinaire remet un avis contraignant au ministre. Cet avis peut conclure :

- soit qu'il y a une raison de mettre fin prématurément au mandat, avec caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sortie contractuellement prévues;
- soit qu'il y a une raison de mettre fin prématurément au contrat, sans qu'il ne soit nécessaire de prononcer la caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sorties contractuellement prévues;
- soit qu'il n'y a pas de raison de mettre fin prématurément au mandat ».

B.13.3. Il ressort de l'article 35, paragraphe 5, deuxième alinéa, de la directive précitée, que celle-ci laisse aux Etats membres le soin de définir la notion de faute « selon le droit national », de sorte que le législateur n'était pas tenu de prendre en compte le concept d'infraction particulièrement grave auquel se réfère la partie requérante.

Comme l'indique le Conseil des ministres, il peut être admis que, la CREG constituant, nonobstant son statut particulier et l'indépendance qui lui est reconnue, un organe de l'Etat, elle soit soumise, ainsi que les membres de son conseil de direction, aux règles qui définissent la responsabilité pour faute de l'Etat et que ces membres puissent faire l'objet de poursuites disciplinaires sur les mêmes bases.

B.14.1. Le reproche adressé par la partie requérante aux mêmes dispositions en ce qu'elles permettent au conseil disciplinaire de décider de la caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sortie contractuellement prévues lorsqu'il est mis fin prématurément au mandat en raison de la violation de toute clause légale ou réglementaire et en ce qu'elles porteraient dès lors atteinte au droit de propriété n'est pas fondé : le législateur a pu estimer que le maintien de tels avantages n'est pas justifié lorsqu'il est établi que le mandat de ceux en faveur desquels ils sont prévus a pris fin à la suite d'une faute qu'ils ont commise et qui a été établie.

B.14.2. En sa première branche, troisième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B.15.1. Dans une quatrième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 36, 16°, de la loi attaquée, insérant l'article 23, § 2*bis*, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 35, paragraphe 4, point b), de la directive 2009/72/CE en ce qu'il oblige la CREG à motiver ses décisions et à en transmettre le projet aux entreprises concernées.

B.15.2. L'article 23, § 2*bis*, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 2*bis*. La commission motive et justifie pleinement ses décisions afin d'en permettre le contrôle juridictionnel.

Les modalités applicables pour ces motivations et justifications sont précisées dans le règlement d'ordre intérieur du comité de direction, eu égard notamment aux principes suivants :

- la motivation reprend l'ensemble des éléments sur lesquels est basée la décision;
- les entreprises d'électricité ont la possibilité, préalablement à la prise d'une décision les concernant, de faire valoir leurs commentaires;
- la suite donnée à ces commentaires est justifiée dans la décision finale;
- les actes de portée individuelle ou collective adoptés en exécution de ses missions ainsi que tout acte préparatoire, rapport d'experts, commentaire des parties consultées y afférents sont publiés sur le site de la commission, dans le respect de la confidentialité des informations commercialement sensibles et/ou des données à caractère personnel ».

B.15.3. La disposition attaquée constitue la transposition de l'article 37, paragraphe 16, de la directive, qui dispose :

« Article 37 - Missions et compétences de l'autorité de régulation

[...]

16. Les autorités de régulation motivent et justifient pleinement leurs décisions afin de permettre un contrôle juridictionnel. Les décisions sont rendues publiques tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles ».

Les travaux préparatoires de la loi attaquée indiquent à ce propos :

« Le présent article transpose aussi l'article 37.16 de la directive 2009/72/CE relatif à la motivation et la justification des décisions des autorités de régulation afin d'en permettre le contrôle juridictionnel, en tenant compte des observations formulées par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis n° 49.570/3 du 31 mai 2011. Des exigences identiques à celles imposées à l'ACER sont ainsi prévues : la CREG est tenue à la confidentialité des informations commercialement sensibles ainsi que des données à caractère personnel.

Cette disposition doit par ailleurs se lire à la lumière [de] la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (*M.B.*, 12 septembre 1991) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 67-68).

B.15.4. Il résulte de ce qui précède que c'est l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE qui impose aux autorités de régulation, telles que la CREG, de motiver et de justifier leurs décisions. Cette disposition peut être mise en rapport avec les obligations prévues par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La possibilité que donne la disposition attaquée aux entreprises d'électricité, préalablement à la prise d'une décision les concernant, de faire valoir leurs commentaires, n'implique d'aucune manière que la CREG soit tenue de leur communiquer ses projets de décision mais s'inscrit dans la perspective tracée par l'article 37, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2009/72/CE, qui dispose :

« Tout en préservant leur indépendance, sans préjudice des compétences qui leur sont propres et en conformité avec les principes visant à mieux légiférer, l'autorité de régulation consulte, le cas échéant, les gestionnaires de réseau de transport et, si besoin en est, coopère étroitement avec les autres autorités nationales concernées dans l'exécution des missions visées au paragraphe 1 ».

De telles dispositions procèdent du souci de permettre que les décisions soient prises à l'issue d'une concertation qui n'a pas pour objet de porter atteinte à l'indépendance de celui qui exerce le pouvoir de décision mais qui est de nature à permettre que des décisions adéquates soient prises.

B.15.5. En sa première branche, quatrième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B.15.6. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.16.1. Dans une cinquième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 40 de la loi attaquée, modifiant l'article 26, §§ 1er et 1erbis, de la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 35, paragraphe 4, point b), ii), et 37, paragraphes 1, points i) et j), et 4, de la directive 2009/72/CE en ce qu'il oblige la CREG à motiver les demandes d'informations qu'elle adresse aux entreprises et à limiter l'utilisation des informations qu'elle obtient aux seules fins de rapports, avis et recommandations visés aux articles 23bis et 23ter de la loi sur l'électricité.

B.16.2. L'article 26, §§ 1er, 1erbis et 2, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 1er. Dans l'accomplissement des missions qui lui sont assignées, la commission peut requérir le gestionnaire du réseau et les gestionnaires de réseaux de distribution ainsi que les producteurs, fournisseurs et intermédiaires intervenant sur le marché belge, toute entreprise liée ou associée ainsi que toute entreprise gérant ou exploitant une plate-forme commerciale multilatérale sur laquelle sont négociés des blocs d'énergie ou des instruments financiers ayant trait aux blocs d'énergie, entretenant un lien direct avec le marché belge de l'électricité ou ayant un impact direct sur celui-ci, de lui fournir toutes les informations nécessaires, y compris la justification de tout refus de donner accès à un tiers, et toute information sur les mesures nécessaires pour renforcer le réseau, pour autant qu'elle motive sa demande. Elle peut procéder à un contrôle de leurs comptes sur place.

A partir du 1er janvier 2003, la commission peut également requérir de ceux-ci et du comité de contrôle de l'Electricité et du Gaz, sans préjudice des missions dévolues à ce dernier, les informations utiles à la préparation de sa politique tarifaire dans le cadre de l'application de la mission qui lui est assignée à l'article 23, 14°bis, 15° et 16°.

§ 1erbis. Dans l'accomplissement des missions qui lui sont assignées aux articles 23bis et 23ter, la Commission dispose en outre des pouvoirs et droits décrits ci-après :

1° obtenir des entreprises d'électricité tout renseignement sous quelque forme que ce soit sur les matières relevant de sa compétence et de sa mission, dans les trente jours suivants sa demande;

2° obtenir de celles-ci des rapports sur leurs activités ou certains aspects de celles-ci;

3° déterminer les informations qui doivent lui être communiquées par les entreprises d'électricité périodiquement et la périodicité dans laquelle ces informations doivent lui être transmises;

4° en cas de refus de transmettre les informations demandées dans les trente jours, procéder à une visite sur place au cours de laquelle elle peut consulter tous les renseignements et les documents susvisés nécessaires à l'accomplissement des missions qui lui sont dévolues et, le cas échéant, les copier.

Les informations recueillies par la commission dans le cadre du présent paragraphe peuvent uniquement être utilisées aux fins des rapports, avis et recommandations visés aux articles 23*bis* et 23*ter*. Le Roi peut, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, étendre le présent article à des décisions contraignantes qui pourraient être visées par les articles 23*bis* et 23*ter*.

§ 2. Les membres des organes et les employés de la commission sont soumis au secret professionnel; ils ne peuvent divulguer à quelque personne que ce soit les informations confidentielles et/ou à caractère personnel dont ils ont eu connaissance en raison de leurs fonctions auprès de la commission, hormis le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et sans préjudice du § 3 et de l'échange d'informations avec les autorités de régulation pour l'électricité et pour le gaz des régions et d'autres Etats membres de l'Union européenne.

Toute infraction au premier alinéa est punie des peines prévues par l'article 458 du Code pénal. Les dispositions du livre premier du même Code sont applicables ».

B.16.3. Il est vrai que l'article 37, paragraphe 4, c), de la directive précitée permet à l'autorité de régulation nationale « d'exiger des entreprises d'électricité toute information nécessaire à l'exécution de ses tâches ». L'exercice de ce pouvoir est cependant soumis aux dispositions qui, notamment, protègent le droit à un procès équitable et les droits de défense des entreprises concernées, lesquels impliquent que celles-ci ne soient pas soumises à des mesures d'instruction à caractère exploratoire visant à obtenir des preuves qui ne seraient pas destinées à être utilisées dans une procédure judiciaire qui est engagée ou envisagée. Le pouvoir reconnu à l'autorité de régulation nationale par l'article 37, paragraphe 4, précité est proche de son pouvoir d'enquête et suppose dès lors que les entreprises puissent bénéficier de

garanties comparables à celles prévues notamment par l'article 1er du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

B.16.4. C'est le même souci qui justifie que les informations qui sont ainsi recueillies ne puissent être utilisées qu'aux fins définies par la loi. Une telle mesure n'est pas disproportionnée puisque la loi habilite le Roi à étendre la mesure dans laquelle elles peuvent être utilisées.

B.16.5. En sa première branche, cinquième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B.16.6. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.17.1. Dans une sixième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 40, 3°, de la loi attaquée, modifiant l'article 26, § 2, de la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 37, paragraphes 4 et 14, de la directive 2009/72/CE en ce qu'il étendrait l'obligation de confidentialité qu'il impose à la CREG aux informations à caractère personnel en ne se limitant pas aux informations commercialement sensibles.

B.17.2. L'article 26, § 2, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 2. Les membres des organes et les employés de la commission sont soumis au secret professionnel; ils ne peuvent divulguer à quelque personne que ce soit les informations confidentielles et/ou à caractère personnel dont ils ont eu connaissance en raison de leurs fonctions auprès de la commission, hormis le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et sans préjudice du § 3 et de l'échange d'informations avec les autorités de régulation pour l'électricité et pour le gaz des régions et d'autres Etats membres de l'Union européenne.

Toute infraction au premier alinéa est punie des peines prévues par l'article 458 du Code pénal. Les dispositions du livre premier du même Code sont applicables ».

B.17.3. Les travaux préparatoires indiquent que l'Agence (européenne) de coopération des régulateurs de l'énergie (ci-après : ACER) est tenue aux mêmes obligations de confidentialité en ce qui concerne les informations commercialement sensibles et les données

à caractère personnel (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 76). Le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 protège en effet les personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes de l'Union européenne.

De même, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre un droit à la protection des données à caractère personnel qui est un aspect du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.17.4. Le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations au-delà de son cercle intime, y compris sur le plan professionnel ou commercial (CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 29; 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*, § 47).

Il s'ensuit que les secrets d'affaires détenus par une personne physique peuvent constituer une part intégrante de sa vie privée.

Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales. A ce titre, le siège social, l'agence ou les locaux professionnels d'une personne morale peuvent être considérés, dans certaines circonstances, comme son domicile (CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, § 41).

Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires.

Pour le surplus, la protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans la sphère d'activité privée d'une personne physique ou morale constitue un principe général du droit de l'Union européenne (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, C-46/87 et C-227/88, § 19, *Rec.*, 1989, p. 2859; 22 octobre 2002, *Roquette Frères S.A.*, C-94/00, § 27, *Rec.*, 2002, p. I-9011). Il n'est pas exclu, enfin, que des secrets d'affaires incluent des informations à caractère personnel ou que de telles informations comprennent des secrets d'affaires.

B.17.5. La disposition en cause ne saurait dès lors être considérée comme imposant à la CREG une obligation excessive.

B.17.6. En sa première branche, sixième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B.17.7. La partie requérante ne précise pas, en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz, celle de ces dispositions qui serait modifiée par la loi attaquée; elle ne vise pas non plus cette loi alors pourtant qu'elle se réfère aux dispositions de la directive 2009/73/CE qui correspondent aux dispositions précitées de la directive 2009/72/CE. Le moyen est irrecevable en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

Dans son mémoire en réponse, la partie requérante expose certes que l'article 15/16, § 2, de la loi sur le gaz se réfère à l'article 26, § 2, de la loi sur l'électricité et soutient que les deux dispositions sont indissolublement liées. L'article 15/16, § 2, n'a toutefois pas été modifié par la loi attaquée et, à supposer que la référence faite à la seconde disposition par la première puisse permettre de considérer que l'une et l'autre seraient indissolublement liées, le moyen qui n'est pas fondé en ce qui concerne l'article 26, § 2, ne saurait l'être en ce qui concerne l'article 15/16, § 2.

B.18.1. Dans une septième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 53, 1° et 2°, de la loi attaquée, modifiant l'article 31 de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 37, paragraphe 4, point d), de la directive 2009/72/CE en ce qu'il limite à un maximum de 3 p.c. du chiffre d'affaires annuel le montant de l'amende administrative que peut imposer la CREG et en ce qu'il ne permet pas à celle-ci d'infliger des amendes pour non-respect des décisions juridiquement contraignantes de la CREG ou de l'ACER.

B.18.2. L'article 53, 1° et 2°, de la loi attaquée dispose :

« A l'article 31 de la même loi, modifié par la loi du 14 janvier 2003, les modifications suivantes sont apportées :

1° à l'alinéa 1er, les mots ' de la présente loi ou de ses arrêtés d'exécution ' sont remplacés par les mots ' de la présente loi, de ses arrêtés d'exécution, de lois subséquentes

relatives aux tarifs ou relatives à la cotisation visée à l'article 21*bis*, ou de toutes autres dispositions dont elle surveille l'application en vertu de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8° »;

2° à l'alinéa 1er, les mots ' inférieure à cinquante mille francs ni supérieure à quatre millions de francs, ni, au total, supérieure à quatre-vingts millions de francs ' sont remplacés par les mots ' inférieure à mille deux cent quarante euros ni supérieure à cent mille euros, ni, au total, supérieure à deux millions d'euros ' ».

B.18.3. L'article 31 de la loi sur l'électricité dispose :

« 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, de ses arrêtés d'exécution, de lois subséquentes relatives aux tarifs ou relatives à la cotisation visée à l'article 21*bis*, ou de toutes autres dispositions dont elle surveille l'application en vertu de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8° 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 mille deux cent quarante euros ni supérieure à cent mille euros, ni, au total, supérieure à deux millions d'euros 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 ses coûts, mais sont déduites de sa marge bénéficiaire équitable.

Les amendes administratives imposées par la commission aux gestionnaires de réseau de distribution ne sont pas reprises dans leurs coûts, mais sont déduites de leurs marges bénéficiaires équitables.

Les entreprises d'électricité ne peuvent pas refacturer à leurs clients le montant des amendes administratives que leur impose la commission ».

B.18.4. L'article 31, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité disposait, avant sa modification par la loi attaquée :

« 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 » (*Moniteur belge* du 11 mai 1999, p. 16276).

B.18.5. Il ressort de la comparaison des deux dispositions citées en B.18.3 et B.18.4 que, comme le fait observer le Conseil des ministres, la loi attaquée (article 53, 2°) n'a pas modifié l'article 31, alinéa 1er, en ce qu'il fixe à 3 p.c. le montant maximal de l'amende qu'il vise. Le moyen, en cette sous-branche, n'est donc pas recevable en ce qui concerne ce montant. La circonstance que ce plafond constitue l'une des branches de l'alternative prévue par l'article 31 pour la fixation du montant de l'amende et que la disposition attaquée modifie l'autre branche ne suffit pas à établir que ces deux éléments seraient indissociablement liés comme le prétend la partie requérante.

B.18.6. Quant au pouvoir d'infliger des amendes, il s'étend désormais, en vertu de l'article 31, alinéa 1er, précité, à toutes dispositions dont la CREG surveille l'application en vertu de l'article 23, § 2, alinéa 2, 8°, de la loi sur l'électricité, qui dispose :

« § 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 :

[...]

8° contrôle le respect par le gestionnaire du réseau et les entreprises d'électricité des obligations qui leur incombent en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, ainsi que des autres dispositions législatives et réglementaires applicables pour le marché de l'électricité, notamment en ce qui concerne les questions transfrontalières et les matières visées par le Règlement (CE) n° 714/2009 ».

Les travaux préparatoires de la loi attaquée indiquent à propos de cette disposition :

« Il étend par ailleurs les compétences de la CREG d'infliger des sanctions à l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires dont elle assure le contrôle, et particulièrement les règlements européens, en ligne avec l'avis motivé précité de la Commission européenne » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 82).

La CREG dispose ainsi du pouvoir d'infliger des amendes pour le non-respect des décisions visées en B.18.1. Ces décisions trouvent en effet leur base juridique dans les dispositions visées par l'article 23, § 2, alinéa 2, 8°, précité. Dès lors, le premier moyen, en sa première branche, septième sous-branche, n'est pas fondé.

Seconde branche

B.19.1. Dans une seconde branche, première sous-branche, la partie requérante reproche à la loi attaquée d'être contraire à l'article 9 de la directive 2009/72/CE en ce qu'elle porterait atteinte aux compétences et aux missions de la CREG en matière de certification des gestionnaires de réseaux de transport.

B.19.2. Le premier moyen, en cette sous-branche de la seconde branche, n'est pas recevable, la partie requérante s'abstenant de préciser les dispositions de la loi attaquée auxquelles elle adresse ses griefs.

Elle indique certes, dans son mémoire en réponse, que le dispositif de la requête permet d'identifier ces dispositions et que l'exposé du moyen se réfère à d'autres numéros de la requête traitant spécifiquement des dispositions de la loi relatives à la dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseaux de transport et à la certification de ceux-ci. La Cour examine dès lors ces griefs en B.43.1 et suivants, à l'occasion de l'examen du moyen pour lequel les dispositions législatives critiquées seront spécifiées.

B.19.3. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.20.1. Dans une deuxième sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche aux articles 36, 8°, 65, 4°, et 87, 9°, de la loi attaquée, modifiant respectivement l'article 23, § 2, alinéa 2, 9°, de la loi sur l'électricité et les articles 15/1, § 3, et 15/4, § 2, alinéa 2, de la loi sur le gaz, d'être contraires à l'article 37, paragraphes 6, point c), et 9, de la directive 2009/72/CE et à l'article 41, paragraphes 6, point c), et 9, de la directive 2009/73/CE, en ce qu'ils porteraient atteinte aux compétences de la CREG en matière de gestion de la congestion.

B.20.2. Un premier grief est tiré par la partie requérante de ce que l'article 36, 8°, de la loi attaquée, remplaçant l'article 23, § 2, alinéa 2, 9°, de la loi sur l'électricité, la charge de contrôler l'application du règlement technique du réseau visé par cette disposition, qui est établi par le Roi alors que l'article 23, § 2, alinéa 2, 35° et 36°, de cette loi, modifié par l'article 36, 15°, de la loi attaquée, lui confère la compétence exclusive d'approuver les méthodes utilisées pour établir l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion, et de surveiller la gestion de la congestion et la mise en œuvre des règles y afférentes.

Ce faisant, la partie requérante reproche à la loi attaquée de ne pas lui avoir confié l'établissement du règlement technique.

B.20.3. Il ne ressort pas de l'article 37, paragraphes 6, point c), et 9, de la directive 2009/72/CE que l'établissement du règlement technique relève de la compétence de l'autorité nationale de régulation. La compétence qui est certes conférée à celle-ci par l'article 37, paragraphe 6, point c), de fixer les méthodes utilisées pour calculer ou établir l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion, s'inscrit cependant dans le cadre plus large du règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 « sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité et abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003 », qui prévoit l'élaboration de « codes de réseau » applicables uniformément dans l'Union européenne et « régissant la fourniture et la gestion d'un accès transfrontalier effectif et transparent aux réseaux de transport » afin, notamment, de mettre en place un accès non discriminatoire au réseau (considérants 3, 6 et 7 du règlement précité).

Ces « codes de réseau » qui, en vertu de l'article 8, paragraphe 6, point g), du règlement précité, couvrent les règles d'attribution des capacités et de gestion de la congestion n'étant pas encore adoptés par les autorités européennes compétentes, il peut être admis que le législateur ait, par souci d'éviter l'insécurité juridique, maintenu dans l'ordre juridique le règlement technique établi par le Roi (arrêté royal du 19 décembre 2002 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci). La circonstance, évoquée par la partie requérante dans son mémoire en réponse, que l'article 8, paragraphe 7, du même règlement permettrait aux Etats d'élaborer des codes de réseau nationaux ne suffit pas à invalider l'appréciation du législateur qui a pu estimer qu'il était inopportun de mettre cette compétence en œuvre alors que les codes de réseau transfrontaliers n'étaient pas encore adoptés.

B.20.4. Un deuxième grief est tiré par la partie requérante de ce que les articles 65, 4°, et 87, 9°, de la loi attaquée, qui insèrent respectivement un 7° à l'article 15/1, § 3, de la loi sur le gaz et un 29° et un 30° à l'article 15/14, § 2, alinéa 2, de la même loi, menacent son indépendance en ce qu'ils prévoient une concertation avec la Direction générale de l'énergie dans sa mission de surveillance de la gestion de la congestion du réseau de transport de gaz naturel.

B.20.5. Les articles 15/1, § 3, 7°, et 15/14, § 2, 29° et 30°, de la loi sur le gaz disposent :

« Art. 15/1. [...]

§ 3. Le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel est tenu :

[...]

7° d'établir un projet de règles de gestion de la congestion qu'il notifie à la commission et à la Direction générale de l'Energie. La commission approuve ce projet et peut lui demander, de façon motivée, de modifier ces règles dans le respect des règles de congestion fixées par les pays voisins dont l'interconnexion est concernée et en concertation avec l'ACER. La commission publie sur son site Internet les règles de gestion de la congestion. La mise en œuvre de ces règles est surveillée par la commission en concertation avec la Direction générale de l'Energie;

[...]

Art. 15/14. [...]

§ 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 du gaz naturel, d'une part, et d'une mission de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y relatifs, d'autre part.

A cet effet, la Commission :

[...]

29° approuve, sur proposition du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, les méthodes utilisées pour établir l'accès aux infrastructures transfrontalières, y compris les procédures d'attribution des capacités et de gestion de la congestion. Ces méthodes sont transparentes et non discriminatoires. La commission publie sur son site Internet les méthodes approuvées;

30° surveille, en concertation avec la Direction générale de l'Energie, la gestion de la congestion du réseau de transport de gaz naturel, y compris les interconnexions, et la mise en œuvre des règles de gestion de la congestion, en conformité avec l'article 15/1, § 3, 7° ».

L'article 23, § 2, alinéa 2, 36°, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 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 :

[...]

36° surveille la gestion de la congestion du réseau de transport, y compris les interconnexions, et la mise en œuvre des règles de gestion de la congestion. La commission en informe la Direction générale de l'Energie. Le gestionnaire du réseau soumet à la commission, aux fins du présent point, son projet de règles de gestion de la congestion, en ce compris l'attribution de capacités. La commission peut lui demander, de façon motivée, de modifier ses règles dans le respect des règles de congestion fixées par les pays voisins dont l'interconnexion est concernée et en concertation avec l'ACER ».

Il s'agit d'une disposition, analogue à celles qui sont attaquées, qui se limite à mettre à charge de la CREG une obligation d'information de la Direction générale de l'énergie. Cette rédaction a été adoptée à la suite d'une observation de la section de législation du Conseil d'Etat, afin de conférer à la seule CREG la compétence de surveillance en cause (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 67).

B.20.6. S'il est vrai qu'une concertation n'implique pas un partage du pouvoir de décision dont l'exercice est assorti de cette concertation, il reste qu'elle est de nature à porter atteinte à l'exigence de l'indivisibilité du régulateur à laquelle la section de législation du Conseil d'Etat s'est référée (*ibid.*, p. 307). Le Conseil des ministres ne peut être suivi lorsqu'il soutient que les dispositions attaquées sont à interpréter à la lumière de l'article 23, § 2, alinéa 2, 36°, précité dès lors qu'il ne se justifie pas de donner, dans la même loi, le même sens à des dispositions rédigées dans des termes différents.

Le grief est fondé dans la mesure où il porte sur les mots « en concertation avec la Direction générale de l'Energie » à l'article 15/1, § 3, 7°, de la loi sur le gaz et sur les mots « , en concertation avec la Direction générale de l'Energie », à l'article 15/14, § 2, 30°, de la même loi, respectivement insérés par l'article 65, 4°, et par l'article 87, 9°, de la loi attaquée. Il n'est pas fondé pour le surplus, l'article 15/14, § 2, 29°, de cette loi n'ayant pas pour objet de prévoir la concertation critiquée par la partie requérante.

B.20.7. Un troisième grief est tiré par la partie requérante de ce que l'article 87, 9°, de la loi attaquée, qui insère un 15° à l'article 15/14, § 2, alinéa 2, de la loi sur le gaz, impose à la CREG de contrôler l'application du code de bonne conduite qui fait l'objet de l'arrêté royal du 23 décembre 2010 « relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel, à l'installation de stockage de gaz naturel et à l'installation de GNL et portant modification de l'arrêté royal du 12 juin 2001 relatif aux conditions générales de fourniture de gaz naturel et aux conditions d'octroi des autorisations de fourniture de gaz naturel » et qui porte atteinte aux compétences de la CREG.

B.20.8. Les articles 15/5^{undecies}, § 1er, et 15/14, § 2, alinéa 2, 15°, de la loi sur le gaz disposent :

« Art. 15/5^{undecies}. § 1er. Sur proposition de la Commission, le Roi établit un code de bonne conduite en matière d'accès au réseau de transport de gaz naturel, à l'installation de stockage de gaz naturel et à l'installation de GNL.

Le code de bonne conduite définit :

1° les procédures et modalités de demande d'accès au réseau;

2° les informations à fournir par les utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, de l'installation de stockage de gaz naturel et de l'installation de GNL au gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, au gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et au gestionnaire d'installation de GNL;

3° les précautions à prendre par le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, le gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et le gestionnaire d'installation de GNL en vue de préserver la confidentialité des données commerciales relatives aux utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, de l'installation de stockage de gaz naturel ou de l'installation de GNL;

4° les délais dans lesquels le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, le gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et le gestionnaire d'installation de GNL doivent répondre aux demandes d'accès à leur réseau et à leur installation;

5° les mesures visant à éviter toute discrimination entre des utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, de l'installation de stockage de gaz naturel ou de l'installation de GNL;

6° les exigences minimales relatives à la séparation juridique et opérationnelle des fonctions de transport de gaz naturel et de fourniture de gaz naturel au sein des gestionnaires de réseau de transport de gaz naturel, de stockage de gaz naturel ou de GNL intégrés;

7° les principes de base relatifs aux droits et obligations, d'une part, du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, du gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et du gestionnaire d'installation de GNL et, d'autre part, des utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, de l'installation de stockage de gaz naturel ou de l'installation de GNL, pour l'accès à ceux-ci;

8° les principes de base en matière de facturation;

9° les principes de base relatifs aux droits et obligations, d'une part, du gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel, du gestionnaire d'installation de stockage de gaz naturel et du gestionnaire d'installation de GNL et, d'autre part, les utilisateurs du réseau de transport de gaz naturel, de l'installation de stockage de gaz naturel ou de l'installation de GNL en matière d'utilisation de ceux-ci, notamment en matière de négociation pour l'accès aux capacités de transports, pour la gestion des congestions et pour la publication d'information;

10° les mesures qui doivent être reprises dans le programme d'engagements pour garantir que toute pratique discriminatoire est exclue et pour veiller au contrôle approprié de son respect. Le programme énumère les obligations spécifiques imposées aux employés pour que cet objectif soit atteint. La personne ou l'organisme chargé du suivi du programme d'engagements doit présenter tous les ans un rapport décrivant les mesures prises à la Commission. Ce rapport est publié;

11° les exigences en matière d'indépendance du personnel des gestionnaires à l'égard des producteurs, distributeurs, fournisseurs et intermédiaires.

12° les règles et l'organisation du marché secondaire visées à l'article 15/1, § 1er, 9°bis;

13° les principes de base relatifs à l'organisation de l'accès aux hubs.

L'octroi et le maintien de toute autorisation de transport ou de fourniture sont subordonnés au respect du code de bonne conduite ».

« Art. 15/14. [...]

§ 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 du gaz naturel, d'une part, et d'une mission de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y relatifs, d'autre part.

A cet effet, la Commission :

[...]

15° contrôle l'application du code de bonne conduite et évalue les performances passées en exécution des règles de ce code relatives à la sécurité et à la fiabilité du réseau de transport de gaz naturel ».

B.20.9. La compétence de contrôler l'application du code de bonne conduite conférée à la CREG par l'article 15/14, § 2, alinéa 2, de la loi sur le gaz s'inscrit, comme celle relative au règlement technique visé en B.20.3, dans le cadre plus large du règlement (CE) n° 714/2009 précité et de l'élaboration de « codes de réseau » uniformément applicables dans l'Union européenne. Il peut être admis que le même souci d'éviter l'insécurité juridique que celui évoqué en B.20.3 ait pu amener le législateur, dans l'attente de la mise en œuvre de ces codes de réseau, à maintenir l'arrêté royal précité dans l'ordre juridique. La circonstance évoquée par la CREG dans son mémoire en réponse que les codes de réseau ne concernent que le transport de gaz naturel ne suffit pas à invalider l'appréciation du législateur qui a pu estimer inopportun de mettre en œuvre une compétence relative aux autres aspects du marché du gaz alors que des dispositions relatives au transport du gaz devaient encore être arrêtées.

Pour le surplus, la partie requérante reproche à tort à la même disposition de limiter le contrôle et l'évaluation de l'application du Code qui relèvent de la CREG aux règles relatives à la sécurité et à la fiabilité du réseau de transport de gaz naturel, sans viser l'installation de stockage de gaz naturel et l'installation de gaz naturel liquéfié (GNL) dès lors que cette disposition doit être lue comme conférant à la CREG, d'une part, une compétence de contrôle du code de bonne conduite (en ce compris ce qui a trait aux installations précitées) et, d'autre

part, une compétence d'évaluation des performances concernant la sécurité et la fiabilité du réseau de transport de gaz naturel.

B.20.10. En sa deuxième branche, deuxième sous-branche, le premier moyen est fondé dans la mesure indiquée en B.20.6.

B.21.1. Dans une troisième sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche à l'article 8, 1^o, de la loi attaquée, remplaçant l'article 8, § 1er, alinéa 3, de la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 15, paragraphe 2, et 37, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE et à l'article 16, paragraphe 2, point c), de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 « relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE » en ce que la disposition attaquée délègue au Roi la compétence de préciser les critères à respecter par une installation de production qui utilise des énergies renouvelables pour pouvoir bénéficier d'une priorité et de déterminer les conditions techniques et financières à appliquer par le gestionnaire de réseau de transport relativement aux installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables, alors que les articles 15, paragraphe 2, et 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE réserveraient à la CREG la compétence de fixer les conditions en matière de services d'ajustement et de définir les critères objectifs visant à garantir la coordination de l'appel des installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions.

B.21.2. L'article 8, § 1er, alinéa 3, 5^o, b), de la loi sur l'électricité auquel se réfère la partie requérante dispose :

« § 1er. La gestion du réseau de transport est assurée par un gestionnaire unique, désigné conformément à l'article 10.

Le gestionnaire du réseau est responsable de l'exploitation, de l'entretien et du développement du réseau de transport, y compris ses interconnexions avec d'autres réseaux électriques, en vue d'assurer la sécurité d'approvisionnement.

A cet effet, le gestionnaire du réseau est notamment chargé des tâches suivantes :

[...]

5° assurer la coordination de l'appel aux installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions sur la base de critères objectifs approuvés par la commission. Ces critères tiennent compte :

a) de l'ordre de préséance économique de l'électricité provenant des installations de production disponibles ou de transferts par interconnexion, ainsi que des contraintes techniques pesant sur le réseau;

b) de la priorité à donner aux installations de production qui utilisent des sources d'énergie renouvelables, dans la mesure où la gestion en toute sécurité du réseau de transport le permet et sur la base de critères transparents et non discriminatoires, ainsi qu'aux installations qui produisent de la chaleur et de l'électricité combinée. Le Roi, après avis de la commission et en concertation avec les Régions, peut préciser les critères à respecter par une installation de production qui utilise des sources d'énergie renouvelables pour pouvoir bénéficier de cette priorité et déterminer les conditions techniques et financières à appliquer par le gestionnaire du réseau en la matière ».

B.21.3. L'article 16 de la directive 2009/28/CE dispose :

« Article 16 - Accès aux réseaux et gestion des réseaux

1. Les Etats membres prennent les mesures appropriées pour développer l'infrastructure du réseau de transport et de distribution, des réseaux intelligents, des installations de stockage et le réseau électrique de manière à permettre la gestion du réseau électrique en toute sécurité et à tenir compte des progrès dans le domaine de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, notamment l'interconnexion entre Etats membres, et entre Etats membres et pays tiers. Les Etats membres prennent également des mesures appropriées pour accélérer les procédures d'autorisation pour l'infrastructure de réseau et pour coordonner l'approbation de l'infrastructure de réseau et les procédures administratives et d'aménagement.

2. Sous réserve des exigences relatives au maintien de la fiabilité et de la sécurité du réseau, reposant sur des critères transparents et non discriminatoires définis par les autorités nationales compétentes :

a) les Etats membres veillent à ce que les opérateurs de systèmes de transport et de distribution présents sur leur territoire garantissent le transport et la distribution de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables;

b) les Etats membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables;

c) les Etats membres font en sorte que, lorsqu'ils appellent les installations de production d'électricité, les gestionnaires de réseau de transport donnent la priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables, dans la mesure où la gestion en toute sécurité du réseau national d'électricité le permet et sur la base de critères transparents et non discriminatoires. Les Etats membres veillent à ce que les mesures concrètes appropriées concernant le réseau et le marché soient prises pour minimiser l'effacement de l'électricité produite à partir de

sources d'énergie renouvelables. Si des mesures significatives sont prises pour effacer les sources d'énergie renouvelables en vue de garantir la sécurité du réseau national d'électricité ainsi que la sécurité d'approvisionnement énergétique, les Etats membres veillent à ce que les gestionnaires du réseau responsables rendent compte devant l'autorité nationale de régulation compétente de ces mesures et indiquent quelles mesures correctives ils entendent prendre afin d'empêcher toute réduction inappropriée.

3. Les Etats membres font obligation aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution d'élaborer et de rendre publiques leurs règles types concernant la prise en charge et le partage des coûts des adaptations techniques, telles que les connexions au réseau, le renforcement des réseaux et une meilleure gestion du réseau, et les règles relatives à la mise en œuvre non discriminatoire des codes de réseau, qui sont nécessaires pour intégrer les nouveaux producteurs qui alimentent le réseau interconnecté avec de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables.

Ces règles se fondent sur des critères objectifs, transparents et non discriminatoires qui tiennent compte en particulier de tous les coûts et avantages liés à la connexion de ces producteurs au réseau et de la situation particulière des producteurs implantés dans des régions périphériques ou à faible densité de population. Les règles peuvent prévoir différents types de connexion.

4. Le cas échéant, les Etats membres peuvent faire obligation aux gestionnaires de réseau de transport et aux gestionnaires de réseau de distribution de supporter, entièrement ou en partie, les coûts visés au paragraphe 3. Au plus tard le 30 juin 2011, puis tous les deux ans, les Etats membres réévaluent les cadres et règles de prise en charge et de partage des coûts visés au paragraphe 3 et prennent les mesures nécessaires pour les améliorer, de manière à assurer l'intégration des nouveaux producteurs comme le prévoit ledit paragraphe.

5. Les Etats membres font obligation aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution de fournir à tout nouveau producteur d'énergie à partir de sources renouvelables souhaitant être connecté au réseau les informations complètes et nécessaires qui sont requises, y compris :

- a) une estimation complète et détaillée des coûts associés à la connexion;
- b) un calendrier raisonnable et précis pour la réception et le traitement de la demande de connexion au réseau;
- c) un calendrier indicatif pour toute connexion au réseau proposée.

Les Etats membres peuvent permettre aux producteurs d'électricité utilisant des sources d'énergie renouvelables qui souhaitent se connecter au réseau de lancer un appel d'offres pour les travaux de connexion.

6. Le partage des coûts visé au paragraphe 3 est appliqué sous la forme d'un mécanisme fondé sur des critères objectifs, transparents et non discriminatoires tenant compte des avantages que tirent des connexions les producteurs connectés initialement ou ultérieurement ainsi que les gestionnaires de réseau de transport et les gestionnaires de réseau de distribution.

7. Les Etats membres veillent à ce que l'imputation des tarifs de transport et de distribution n'engendre aucune discrimination à l'égard de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, y compris notamment l'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables produite dans les régions périphériques, telles que les régions insulaires et les régions à faible densité de population. Les Etats membres veillent à ce que l'imputation des tarifs de transport et de distribution n'engendre aucune discrimination à l'égard du gaz provenant de sources d'énergie renouvelables.

8. Les Etats membres veillent à ce que les tarifs imputés par les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution pour le transport et la distribution de l'électricité provenant d'installations utilisant des sources d'énergie renouvelable tiennent compte des réductions de coût réalisables grâce au raccordement de l'installation au réseau. Ces réductions de coût peuvent découler de l'utilisation directe du réseau basse tension.

9. Le cas échéant, les Etats membres évaluent la nécessité d'étendre l'infrastructure de réseau de gaz existante afin de faciliter l'intégration du gaz provenant de sources d'énergie renouvelables.

10. Le cas échéant, les Etats membres font obligation aux gestionnaires de réseaux de transport et de distribution basés sur leur territoire de publier des règles techniques conformément à l'article 6 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel en particulier des règles de connexion au réseau comportant des prescriptions en matière de qualité, d'odoration et de pression du gaz. Les Etats membres peuvent également exiger des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution de publier leurs tarifs de connexion afin de connecter des sources renouvelables de gaz, lesquels doivent se fonder sur des critères transparents et non discriminatoires.

11. Les Etats membres, dans leurs plans d'action nationaux en matière d'énergies renouvelables, évaluent la nécessité de mettre en place de nouvelles structures pour le chauffage et le refroidissement urbains produits à partir de sources d'énergies renouvelables, afin d'atteindre l'objectif national de 2020 visé à l'article 3, paragraphe 1. En fonction de cette évaluation, les Etats membres prennent, le cas échéant, des mesures pour développer des infrastructures de chauffage urbain adaptées au développement de la production du chauffage et du refroidissement à partir d'importantes installations solaires, géothermiques et de biomasse ».

B.21.4. Il ressort de cette disposition qu'un partage des compétences est organisé par la directive entre, d'une part, les Etats membres chargés d'accorder des priorités aux installations de production d'électricité utilisant des sources d'énergie renouvelables (en ce compris lorsque les gestionnaires de réseau appellent ces installations (article 16, paragraphe 2, c), précité) et, d'autre part, les autorités de régulation nationales chargées de définir des critères de fiabilité et de sécurité du réseau (article 16, paragraphe 2, première phrase). Le législateur a donc pu, en tenant compte de cette disposition et de l'article 15, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE, conférer au Roi la compétence de déterminer les

critères de priorité en cause. Une telle mesure n'est pas disproportionnée puisqu'elle prévoit que l'avis de la CREG soit demandé lorsque cette compétence est exercée.

B.21.5. En sa deuxième branche, troisième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé.

B.22.1. Dans une quatrième sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche à l'article 24, 3°, de la loi attaquée, modifiant l'article 18, § 1er, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 37, paragraphe 6, point b), de la directive 2009/72/CE en ce qu'il méconnaîtrait les compétences de la CREG en matière de transaction et d'ajustement.

B.22.2. L'article 18, § 1er, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 1er. Sans préjudice de l'application de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires financiers et conseillers en placements, le Roi peut, après avis de la commission :

1° soumettre les fournitures d'électricité effectuées en Belgique au moyen du réseau de transport ou de lignes directes par des intermédiaires et fournisseurs à une procédure d'autorisation ou de déclaration préalable;

2° arrêter des règles de conduite applicables aux intermédiaires et fournisseurs, notamment en matière de transaction et d'ajustement;

3° déterminer, sur proposition conjointe du ministre et du ministre des Finances, après avis de la commission et de la Commission bancaire, financière et des assurances et délibération en Conseil des Ministres, les règles relatives à l'établissement, à l'accès et au fonctionnement de marchés d'échange de blocs d'énergie ».

B.22.3. Les articles 3, paragraphe 4, et 37, paragraphe 6, point b), de la directive 2009/72/CE disposent :

« Article 3 - Obligations de service public et protection des consommateurs

[...]

4. Les Etats membres veillent à ce que tous les clients aient le droit de se procurer leur électricité auprès du fournisseur de leur choix, sous réserve de son accord, indépendamment de l'Etat membre dans lequel il est enregistré, aussi longtemps que le fournisseur suit les règles applicables en matière de transactions et d'ajustement. A cet égard, les Etats membres

prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir que les procédures administratives ne constituent pas une discrimination envers les entreprises déjà enregistrées en tant que fournisseurs dans un autre Etat membre ».

« Article 37 - Missions et compétences de l'autorité de régulation

[...]

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

[...]

b) les conditions de la prestation de services d'ajustement, qui sont assurés de la manière la plus économique possible et qui fournissent aux utilisateurs du réseau des éléments d'incitation appropriés pour qu'ils équilibrent leur apport et leur consommation. Les services d'ajustement sont équitables et non discriminatoires et fondés sur des critères objectifs ».

B.22.4. Il ressort des dispositions reproduites en B.22.3 que les autorités de régulation nationales sont, notamment, chargées de l'établissement des méthodes utilisées pour calculer ou établir les conditions de la prestation de services d'ajustement (article 37, paragraphe 6, point b)) et que les Etats membres sont habilités, aux fins de veiller à ce que le client puisse s'adresser au fournisseur de son choix, à s'assurer que celui-ci suit les règles applicables en matière de transaction et d'ajustement (article 3, paragraphe 4).

B.22.5. Ces dispositions ne prévoient pas que les Etats membres puissent arrêter des règles de conduite applicables aux fournisseurs et intermédiaires en matière de transaction et d'ajustement.

B.22.6. En sa deuxième branche, quatrième sous-branche, le premier moyen est fondé. En conséquence, il y a lieu d'annuler l'article 24, 3°, de la loi attaquée.

B.23.1. Dans une cinquième sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche à l'article 29 de la loi attaquée, insérant l'article 20bis dans la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 34, paragraphe 4, et 35, paragraphe 5, de la directive 2009/72/CE en ce qu'il prévoit l'intervention de la Banque nationale de Belgique et d'un membre de l'Institut des réviseurs d'entreprises.

B.23.2. L'article 20bis, §§ 4 à 7, de la loi sur l'électricité, modifié par la loi du 8 janvier 2012 faisant l'objet du recours, disposait :

« § 4. La commission constate, après avis de la Banque nationale de Belgique, si la formule d'indexation visée au § 1er, de la composante énergétique pour la fourniture d'électricité à prix variable de l'énergie aux clients finals résidentiels et PME a été correctement appliquée.

La commission fait de sa propre initiative une constatation si un fournisseur ne déclare pas les données visées au § 2 dans les délais précités, après qu'il a été mis en demeure de respecter son devoir de déclaration en vertu du § 3.

La commission transmet, par recommandé avec accusé de réception, sa constatation au fournisseur dans les cinq jours ouvrables suivant sa déclaration visée au § 3 ou suivant la date à laquelle elle est intervenue de sa propre initiative conformément à l'alinéa 2. Le fournisseur a le droit de contester la constatation effectuée par la commission dans les cinq jours ouvrables suivant la réception de la constatation. Les contestations sont soumises à un membre neutre et accepté par les deux parties de l'Institut belge des réviseurs d'entreprises, qui effectue dans un délai de trente jours et aux frais de la partie succombante une constatation contraignante établissant si la formule d'indexation de la composante énergétique pour la fourniture d'électricité à prix variable de l'énergie aux clients résidentiels et P.M.E. a été correctement appliquée.

Lorsque la constatation visée à l'alinéa 1er est définitive, la commission peut mettre en demeure le fournisseur de créditer les clients concernés pour la partie de la composante énergétique facturée en trop. Si le fournisseur omet de le faire dans un délai de trois mois suivant cette mise en demeure, la commission peut lui infliger une amende administrative, par dérogation à l'article 31. L'amende ne peut excéder 150.000 euros.

§ 5. Le fournisseur notifie à la commission, par recommandé avec accusé de réception, toute hausse du prix variable de l'énergie applicable aux clients finals résidentiels et aux P.M.E., qui ne résulte pas d'une décision de l'autorité compétente, du régulateur, du gestionnaire du réseau, d'un gestionnaire de réseau de distribution ou qui ne découle pas de l'application des §§ 2 à 4.

La notification à la commission s'accompagne d'une motivation de la hausse du prix variable, mentionné dans le premier alinéa.

L'entrée en vigueur de la hausse telle que visée au premier alinéa est suspendue pendant la durée de la procédure prévue au présent paragraphe.

La commission, après avis de la Banque nationale de Belgique, juge si la motivation de la hausse est justifiée à l'aune de paramètres objectifs, notamment sur la base d'une comparaison permanente de la composante énergétique pour la fourniture d'électricité et de gaz aux clients finals résidentiels et aux P.M.E. avec la moyenne de la composante énergétique dans la zone d'Europe du Nord-Ouest.

A l'initiative de la commission, après avis de la Banque nationale de Belgique, une décision est prise par la commission à défaut de notification par un fournisseur, après l'avoir mis en demeure par recommandé avec accusé de réception de respecter son devoir de notification en vertu de l'alinéa 1er.

La commission, après avis de la Banque nationale de Belgique, communique sa décision au fournisseur dans les cinq jours ouvrables suivant sa déclaration visée à l'alinéa 1er ou suivant la date à laquelle elle est intervenue de sa propre initiative conformément à l'alinéa 5.

Si l'adaptation à la hausse de la composante énergétique n'est pas justifiée, le fournisseur entre en négociation avec la commission et avec la Banque nationale de Belgique en vue de conclure un accord sur le prix variable de la composante énergétique pour la fourniture aux clients finals résidentiels et aux P.M.E. La commission se concerta avec la Banque nationale de Belgique.

En cas d'échec des négociations dans un délai de vingt jours à compter de la réception par la commission de la notification précitée, la commission peut rejeter, après avis de la Banque nationale de Belgique, tout ou partie de la hausse prévue. La commission motive et transmet sa décision au fournisseur par recommandé avec accusé de réception et sans préjudice des voies de recours des fournisseurs conformément à l'article 29bis.

Les fournisseurs publient la hausse approuvée de leur composante énergétique pour la fourniture d'électricité aux clients finals résidentiels et aux P.M.E. sur leur site internet à l'issue de cette procédure, dans les cinq jours ouvrables suivant la prise de connaissance de la décision de la commission.

En cas de constat par la commission du non-respect par les fournisseurs de leurs obligations en vertu du présent paragraphe dans un délai de deux mois suivant la communication de sa décision au fournisseur concerné, la commission peut mettre en demeure ledit fournisseur de se conformer à ses obligations. Si le fournisseur omet de le faire dans un délai de trois mois suivant cette mise en demeure, la commission peut lui infliger une amende administrative, par dérogation à l'article 31. Cette amende ne peut excéder 150.000 euros.

Pour la mise en œuvre de ce paragraphe, la commission communique à la Banque nationale de Belgique toutes les informations et tous les documents dont elle dispose, en application de l'article 26, § 1er. La commission et la Banque nationale de Belgique respectent la stricte confidentialité des données sensibles sur le plan commercial et/ou des données personnelles.

§ 6. Un Fonds destiné à réduire la cotisation fédérale est institué sous l'égide et sous la gestion de la commission.

Les amendes administratives sont injectées dans le Fonds de réduction de la cotisation fédérale, institué par l'article 20bis, § 6.

7. Le mécanisme instauré par le présent article fait l'objet d'un monitoring et d'un rapport annuel de la commission et de la Banque nationale de Belgique afin notamment d'identifier les risques d'effets perturbateurs sur le marché.

Jusqu'au 31 décembre 2014, en présence d'importants effets perturbateurs sur le marché, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, à tout instant décider de mettre fin au mécanisme du présent article sur la base du monitoring et du rapport annuel visés l'alinéa 1er.

Au plus tard six mois avant le 31 décembre 2014, la commission et la Banque nationale de Belgique réalisent un rapport d'évaluation du mécanisme instauré par le présent article. Sur la base de ce rapport, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, prolonger d'une nouvelle période de trois ans, au besoin renouvelable selon une procédure identique, s'il constate que les conditions de transparence et de concurrence ne sont toujours pas remplies et que la protection du consommateur n'est ainsi toujours pas garantie. Sur la base du monitoring et du rapport annuel de la commission et de la Banque nationale visés à l'alinéa 1er, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre, à tout instant, décider de mettre fin au mécanisme du présent article en présence d'importants effets perturbateurs sur le marché ».

B.23.3. Les lois des 29 mars 2012 et 25 août 2012 ont, dans l'article 20*bis*, inséré un paragraphe 4*bis* et modifié les paragraphes 4 et 5, qui disposent désormais :

« § 4. La commission constate si la formule d'indexation visée au § 1er, de la composante énergétique pour la fourniture d'électricité à prix variable de l'énergie aux clients finals résidentiels et PME a été correctement appliquée. La commission détermine également si la formule d'indexation visée au § 1er, est conforme à la liste exhaustive de critères admis visée au § 4*bis*.

La commission fait de sa propre initiative une constatation si un fournisseur ne déclare pas les données visées au § 2 dans les délais précités, après qu'il a été mis en demeure de respecter son devoir de déclaration en vertu du § 3.

La commission transmet, par recommandé avec accusé de réception, sa constatation au fournisseur dans les cinq jours ouvrables suivant sa déclaration visée au § 3 ou suivant la date à laquelle elle est intervenue de sa propre initiative conformément à l'alinéa 2. Le fournisseur a le droit de contester la constatation effectuée par la commission dans les cinq jours ouvrables suivant la réception de la constatation. Les contestations sont soumises à un membre neutre et accepté par les deux parties de l'Institut belge des réviseurs d'entreprises, qui effectue dans un délai de trente jours et aux frais de la partie succombante une constatation contraignante établissant si la formule d'indexation de la composante énergétique pour la fourniture d'électricité à prix variable de l'énergie aux clients résidentiels et P.M.E. a été correctement appliquée et si cette formule d'indexation est conforme à la liste exhaustive fixant les critères admis, visée au § 4*bis*.

Lorsque la constatation de la commission visée à l'alinéa 1er est définitive, la commission met en demeure le fournisseur de créditer les clients concernés pour la partie de la composante énergétique facturée en trop. La commission impose également au fournisseur une amende administrative à hauteur du montant total devant être crédité aux clients concernés.

§ 4bis. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le Roi adopte, après proposition de la commission, une liste exhaustive de critères admis en vue de l'élaboration par chacun des fournisseurs des paramètres d'indexation afin que ceux-ci répondent à des critères transparents, objectifs et non-discriminatoires et soient représentatifs des coûts réels d'approvisionnement.

A des fins de monitoring, la commission transmet annuellement au gouvernement un rapport relatif à l'évolution des paramètres d'indexation des fournisseurs.

§ 5. Le fournisseur notifie à la commission, par recommandé avec accusé de réception, toute hausse du prix variable de l'énergie applicable aux clients finals résidentiels et aux P.M.E., qui ne résulte pas d'une décision de l'autorité compétente, du régulateur, du gestionnaire du réseau, d'un gestionnaire de réseau de distribution ou qui ne découle pas de l'application des §§ 2 à 4.

La notification à la commission s'accompagne d'une motivation de la hausse du prix variable, mentionné dans le premier alinéa.

L'entrée en vigueur de la hausse telle que visée au premier alinéa est suspendue pendant la durée de la procédure prévue au présent paragraphe.

La commission juge si la motivation de la hausse est justifiée à l'aune de paramètres objectifs, notamment sur la base d'une comparaison permanente de la composante énergétique pour la fourniture d'électricité et de gaz aux clients finals résidentiels et aux P.M.E. avec la moyenne de la composante énergétique dans la zone d'Europe du Nord-Ouest.

A l'initiative de la commission, une décision est prise par la commission à défaut de notification par un fournisseur, après l'avoir mis en demeure par recommandé avec accusé de réception de respecter son devoir de notification en vertu de l'alinéa 1er.

La commission communique sa décision au fournisseur dans les cinq jours ouvrables suivant sa déclaration visée à l'alinéa 1er ou suivant la date à laquelle elle est intervenue de sa propre initiative conformément à l'alinéa 5.

Si l'adaptation à la hausse de la composante énergétique n'est pas justifiée, le fournisseur entre en négociation avec la commission en vue de conclure un accord sur le prix variable de la composante énergétique pour la fourniture aux clients finals résidentiels et aux P.M.E.

En cas d'échec des négociations dans un délai de vingt jours à compter de la réception par la commission de la notification précitée, la commission peut rejeter tout ou partie de la hausse prévue. La commission motive et transmet sa décision au fournisseur par recommandé avec accusé de réception et sans préjudice des voies de recours des fournisseurs conformément à l'article 29bis.

Les fournisseurs publient la hausse approuvée de leur composante énergétique pour la fourniture d'électricité aux clients finals résidentiels et aux P.M.E. sur leur site internet à l'issue de cette procédure, dans les cinq jours ouvrables suivant la prise de connaissance de la décision de la commission.

En cas de constat par la commission du non-respect par les fournisseurs de leurs obligations en vertu du présent paragraphe dans un délai de deux mois suivant la communication de sa décision au fournisseur concerné, la commission peut mettre en demeure ledit fournisseur de se conformer à ses obligations. Si le fournisseur omet de le faire dans un délai de trois mois suivant cette mise en demeure, la commission peut lui infliger une amende administrative, par dérogation à l'article 31. Cette amende ne peut excéder 150.000 euros.

La commission respecte la stricte confidentialité des données sensibles sur le plan commercial et/ou des données personnelles ».

B.23.4. Dans son mémoire en réponse, la partie requérante indique que les griefs énoncés dans sa requête en annulation n'ont plus lieu d'être, compte tenu des modifications apportées à l'article 20*bis* de la loi sur l'électricité par la loi du 25 août 2012, mais elle maintient ses critiques portant sur les interventions de la Banque nationale de Belgique et d'un membre de l'Institut des réviseurs d'entreprises qui ont été maintenues dans la nouvelle rédaction de l'article 20*bis*.

B.23.5. Comme le relève la partie requérante, l'article 20*bis* ne transpose aucune disposition spécifique de la directive 2009/72/CE. Il s'inscrit dans un mécanisme, le « filet de sécurité », par lequel le législateur entend garantir aux consommateurs, conformément à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE, des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires en les protégeant contre la volatilité des prix. Le considérant 51 de la directive indique à cet égard :

« Il convient que les intérêts des consommateurs soient au cœur de la présente directive et que la qualité du service constitue une responsabilité centrale pour les entreprises d'électricité. Les droits existants des consommateurs doivent être renforcés et garantis, et ils devraient inclure une plus grande transparence. La protection du consommateur devrait garantir, dans le contexte de la Communauté au sens large, que tous les consommateurs bénéficient d'un marché compétitif. Les Etats membres ou, si un Etat membre le prévoit, les autorités de régulation, devraient veiller au respect des droits des consommateurs ».

B.23.6. Le législateur pouvait donc, sans porter atteinte aux obligations que lui impose la directive, veiller lui-même au respect des droits des consommateurs mais a préféré investir la CREG de cette compétence et a pu, compte tenu de l'option dont il disposait, choisir de prévoir aussi l'intervention de la Banque nationale de Belgique et d'un membre de l'Institut des réviseurs d'entreprises. Les travaux préparatoires de la loi attaquée montrent, de surcroît,

que les dispositions relatives à l'intervention de la Banque nationale de Belgique ont été adoptées à la suite de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 62).

B.23.7. En sa deuxième branche, cinquième sous-branche, le premier moyen n'est pas fondé en ce qui concerne le grief indiqué en B.23.1.

B.23.8. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.23.9. La partie requérante fait cependant valoir que l'article 20*bis*, § 2, alinéa 2, de la loi sur l'électricité limite l'obligation de publier les formules d'indexation aux seules formules concernant les clients résidentiels alors que l'article 15/10*bis* de la loi sur le gaz, inséré par l'article 82 de la loi attaquée, prévoit une telle publication en ce qui concerne non seulement les clients résidentiels mais aussi les PME.

B.23.10. Dès lors que rien ne justifie cette disparité et que les travaux préparatoires indiquent au contraire que le législateur entendait que les formules en cause soient aussi publiées en ce qui concerne les PME, il peut être admis que la disposition attaquée présente une lacune qui peut être le fruit d'une erreur matérielle. Il convient donc d'annuler l'article 20*bis*, § 2, alinéa 2, précité, inséré par l'article 29 de la loi attaquée, mais uniquement en ce qu'il ne prévoit pas la publication des formules d'indexation pour la fourniture d'électricité aux PME.

B.23.11. Dès lors que le constat de la lacune qui a été fait en B.23.9 est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre l'application de la disposition attaquée dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge et à l'autorité compétents de mettre fin à la violation de ces normes.

B.24.1. Dans une sixième sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche à l'article 76 de la loi attaquée, modifiant l'article 15/5*duodecies* de la loi sur le gaz, d'être contraire à l'article 36 de la directive 2009/73/CE.

B.24.2.1. Un premier grief est tiré par la partie requérante de ce que l'article 15/5*duodecies*, § 1er, de la loi sur le gaz octroie au Roi, après avis de la CREG, un pouvoir de dérogation temporaire au régime de dissociation de structures de propriété (imposé aux gestionnaires de réseau et contrôlé par la CREG) en ce qui concerne les nouvelles infrastructures gazières, alors que l'article 36, paragraphe 7, de la directive réserverait ce pouvoir à l'autorité de régulation nationale.

B.24.2.2. L'article 36, paragraphe 7, de la directive 2009/73/CE dispose :

« Article 36 - Nouvelles infrastructures

[...]

7. Par dérogation au paragraphe 3, les Etats membres peuvent prévoir que leur autorité de régulation ou l'agence, selon le cas, soumette à l'instance compétente de l'Etat membre, aux fins de la décision formelle, son avis sur la demande de dérogation. Cet avis est publié en même temps que la décision ».

B.24.2.3. Il ressort du libellé de cette disposition que la procédure qu'elle prévoit confère à l'autorité de régulation une compétence d'avis et que le pouvoir de décision relève de l'instance compétente de l'Etat membre; le grief repose donc sur une lecture inexacte de cette disposition; celle-ci prévoit d'ailleurs une publication simultanée de l'avis et de la décision, ce qui suppose que l'avis et la décision pourraient ne pas concorder.

B.24.3.1. Un deuxième grief est tiré par la partie requérante de ce que l'article 15/5*duodecies*, § 1er*bis*, de la loi sur le gaz prévoit que les demandes de dérogation visées en B.24.2.1 sont introduites auprès du ministre compétent alors que l'article 36, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE prévoit qu'elles le sont auprès de l'autorité de régulation nationale, chargée de les transmettre à la Commission européenne.

B.24.3.2. L'article 36, paragraphe 8, de la directive 2009/73/CE dispose :

« Article 36 - Nouvelles infrastructures

[...]

8. L'autorité de régulation transmet sans délai à la Commission une copie de chaque demande de dérogation, dès sa réception. L'autorité compétente notifie sans délai à la Commission la décision ainsi que toutes les informations utiles s'y référant. Ces informations peuvent être communiquées à la Commission sous une forme agrégée pour lui permettre de fonder convenablement sa décision. Ces informations comprennent notamment :

a) les raisons détaillées sur la base desquelles l'autorité de régulation ou l'Etat membre a octroyé ou refusé la dérogation, ainsi qu'une référence au paragraphe 1 comprenant le ou les points pertinents dudit paragraphe sur lequel cette décision se base, y compris les données financières démontrant qu'elle était nécessaire;

b) l'analyse effectuée quant aux incidences de l'octroi de la dérogation sur la concurrence et le bon fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel;

c) les raisons justifiant la durée et la part de la capacité totale de l'infrastructure gazière concernée pour laquelle la dérogation est octroyée;

d) si la dérogation concerne une interconnexion, le résultat de la concertation avec les autorités de régulation concernées; et

e) la contribution de l'infrastructure à la diversification de l'approvisionnement en gaz ».

B.24.3.3. S'il ressort de cette disposition qu'il appartient à l'autorité de régulation nationale de transmettre à la Commission européenne une copie de chaque demande de dérogation, il ne peut en être déduit que les demandes doivent lui être adressées; le grief repose donc sur une lecture erronée de cet article 36, paragraphe 8, étant entendu, par ailleurs, qu'il appartient à l'instance - en l'espèce le ministre - recevant la demande de la transmettre à la CREG afin de permettre à celle-ci de se conformer à cette disposition et de statuer sur la demande de dérogation, ainsi qu'elle est habilitée à le faire en vertu de l'article 36, paragraphe 3. Le grief n'est pas fondé.

B.24.3.4. La partie requérante reproche aussi à l'article 15/5*duodecies*, § 1er*bis*, de la loi sur le gaz de prévoir que la procédure d'instruction des demandes de dérogation est déterminée par le paragraphe 1er*ter* qui vise les demandes relatives à des installations situées sur le territoire de plusieurs Etats membres et de faire ainsi abstraction de la procédure prévue par l'article 15/5*duodecies*, § 1er, pour les installations situées sur le territoire belge.

B.24.3.5. L'article 15/5*duodecies*, §§ 1er à 4, dispose :

« § 1er. Les nouvelles grandes installations de gaz naturel, c'est-à-dire les interconnexions avec les Etats voisins, les installations de GNL et de stockage, ainsi que les augmentations significatives de la capacité des installations existantes et les modifications de ces installations permettant le développement de nouvelles sources d'approvisionnement en gaz, peuvent bénéficier d'une dérogation aux dispositions du présent chapitre et à celles de la méthodologie tarifaire, à l'exception des articles 15/7, 15/8 et 15/9. Cette dérogation est octroyée par le Roi, sur proposition du ministre et après avis de la Commission dans la mesure où :

1° l'investissement doit renforcer la concurrence dans la fourniture de gaz naturel et améliorer la sécurité d'approvisionnement;

2° le niveau de risque lié à l'investissement est tel que cet investissement ne serait pas réalisé si une dérogation n'était pas accordée;

3° l'installation appartient à une personne physique ou morale qui est distincte, au moins sur le plan de la forme juridique, des gestionnaires de réseau au sein desquels cette installation est construite;

4° les tarifs sont perçus auprès des utilisateurs de l'installation concernée;

5° la dérogation ne porte pas atteinte à la concurrence ou au bon fonctionnement du marché national du gaz naturel, ni à l'efficacité du fonctionnement du réseau auquel l'installation est reliée.

§ 1er*bis*. La demande de dérogation en vertu du § 1er est introduite auprès du ministre qui l'instruit sur la base de la procédure fixée aux §§ 1er*ter* à 4.

§ 1er*ter*. Si l'installation concernée est située sur le territoire de plusieurs Etats membres, l'ACER peut soumettre au ministre ainsi qu'aux autorités compétentes des autres Etats membres concernés un avis consultatif, que celles-ci peuvent utiliser comme base de leur décision, dans un délai de deux mois à compter de la date de réception de la demande de dérogation par la dernière de ces autorités.

Si toutes les autorités concernées parviennent à un accord sur la demande de dérogation dans un délai de six mois à compter de la date de réception de celle-ci par la dernière des autorités, elles informent l'ACER de leur décision.

L'ACER exerce les responsabilités que le présent article confère aux autorités concernées :

a) si toutes les autorités concernées ne sont pas parvenues à un accord dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la demande de dérogation a été reçue par la dernière de ces autorités; ou

b) à la demande conjointe des autorités concernées.

Toutes les autorités concernées peuvent demander conjointement que le délai visé à l'alinéa 3, a), soit prolongé d'une durée de trois mois au maximum.

Avant de prendre une décision, l'ACER consulte les autorités concernées et les demandeurs.

§ 2. La dérogation peut couvrir tout ou partie, respectivement, de la nouvelle installation ou de l'installation existante augmentée de manière significative.

Dans la décision concernant l'octroi d'une dérogation, il convient de prendre en compte, au cas par cas, la nécessité d'imposer des conditions concernant la durée de la dérogation et l'accès sans discrimination à l'infrastructure.

Il est tenu compte, en particulier, de la capacité additionnelle à construire ou de la modification de la capacité existante, de la perspective du projet et des circonstances nationales.

§ 3. Avant d'accorder une dérogation, le Roi, sur proposition du ministre et après avis de la commission, peut arrêter les règles et les mécanismes relatifs à la gestion et à l'attribution des capacités. Les règles exigent que tous les utilisateurs potentiels de l'infrastructure soient invités à manifester leur souhait de contracter des capacités avant que l'allocation de la capacité de la nouvelle infrastructure n'ait lieu, y compris pour leur propre usage.

Les règles de gestion de la congestion incluent l'obligation d'offrir les capacités inutilisées sur le marché et exigent que les utilisateurs de l'infrastructure puissent négocier leurs capacités souscrites sur le marché secondaire. Dans l'appréciation des critères visés au § 1er, 1°, 2° et 5°, il est tenu compte des résultats de cette procédure d'attribution des capacités.

La décision de dérogation, y compris les conditions visées au § 2, est dûment motivée et publiée au *Moniteur belge*, accompagnée de l'avis de la commission.

§ 4. Le ministre transmet sans délai à la Commission européenne une copie de chaque demande de dérogation, dès sa réception. Il notifie sans délai à la Commission européenne la décision ainsi que toutes les informations utiles y afférentes. Ces informations peuvent être communiquées à la Commission européenne sous une forme agrégée pour lui permettre de fonder convenablement sa décision. Ces informations comprennent notamment :

a) les raisons détaillées sur la base desquelles la dérogation a été octroyée ou refusée, ainsi qu'une référence au § 1er comprenant le ou les points pertinents dudit paragraphe sur lequel cette décision se base, y compris les données financières, démontrant qu'elle était nécessaire;

b) l'analyse effectuée quant aux incidences de l'octroi de la dérogation sur la concurrence et le bon fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel;

c) les raisons justifiant la durée et la part de la capacité totale de l'installation gazière concernée pour laquelle la dérogation est octroyée;

d) si la dérogation concerne une interconnexion, le résultat de la concertation avec les autorités des autres Etats membres de l'Union européenne concernés; et

e) la contribution de l'installation à la diversification de l'approvisionnement en gaz.

Dans un délai de deux mois à compter du jour suivant la réception d'une notification, la Commission européenne peut arrêter une décision exigeant que la décision d'accorder une dérogation soit modifiée ou retirée. Ce délai de deux mois peut être prolongé d'une période supplémentaire de deux mois si la Commission européenne sollicite un complément d'informations. Ce délai supplémentaire court à compter du jour suivant celui de la réception du complément d'informations. Le délai initial de deux mois peut aussi être prorogé par accord mutuel entre la Commission européenne et le ministre.

Si les renseignements demandés ne sont pas fournis dans le délai prévu dans la demande, la notification est réputée avoir été retirée, à moins que le délai ait été prorogé avant son expiration par accord mutuel entre la Commission européenne et le ministre, ou que le ministre ait informé la Commission européenne, avant l'expiration du délai fixé, et par une déclaration dûment motivée, qu'il considère la notification comme étant complète.

Le ministre se conforme à la décision de la Commission européenne demandant la modification ou le retrait de la décision de dérogation dans un délai d'un mois et en informe la Commission européenne.

L'approbation d'une décision de dérogation par la Commission européenne perd effet deux ans après son adoption si la construction de l'installation n'a pas encore commencé, et cinq ans à compter de son adoption si l'installation n'est pas devenue opérationnelle, sauf si la Commission européenne décide qu'un retard est dû à des obstacles majeurs échappant au contrôle de la personne bénéficiant de la dérogation ».

B.24.3.6. Il ressort des dispositions reproduites en B.24.3.5 que l'article 15/5*duodecies*, § 1er, se borne à déterminer les conditions que doit respecter la nouvelle infrastructure et que la procédure prévue aux paragraphes 1er à 4 concerne les deux types d'installations visés en B.24.3.4, de sorte que le grief n'est pas fondé.

B.24.4.1. Trois autres griefs sont tirés de ce que l'article 15/5*duodecies*, §§ 1er à 3 et 4, de la loi sur le gaz – reproduit en B.24.3.5 – octroie au Roi ou au ministre compétent des pouvoirs qui devraient relever de la CREG en vertu de l'article 36, paragraphes 4, 6, 8 et 9, de la directive 2009/73/CE.

B.24.4.2. L'article 36, paragraphes 4, 6, 8 et 9, de la directive précitée dispose :

« Article 36 - Nouvelles infrastructures

[...]

4. Si l'infrastructure concernée est située sur le territoire de plusieurs Etats membres, l'agence peut soumettre aux autorités de régulation des Etats membres concernés un avis consultatif, que celles-ci peuvent utiliser comme base de leur décision, dans un délai de deux mois à compter de la date de réception de la demande de dérogation par la dernière de ces autorités de régulation.

Si toutes les autorités de régulation concernées parviennent à un accord sur la demande de dérogation dans un délai de six mois à compter de la date de réception de celle-ci par la dernière des autorités de régulation, elles informent l'agence de leur décision.

L'agence exerce les responsabilités conférées aux autorités de régulation des Etats membres concernés par le présent article :

a) si toutes les autorités de régulation concernées ne sont pas parvenues à un accord dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la demande de dérogation a été reçue par la dernière de ces autorités; ou

b) à la demande conjointe des autorités de régulation concernées.

Toutes les autorités de régulation concernées peuvent demander conjointement que le délai visé au troisième alinéa, point a), soit prolongé d'une durée de trois mois au maximum.

[...]

6. Une dérogation peut couvrir tout ou partie de la capacité de la nouvelle infrastructure ou de l'infrastructure existante augmentée de manière significative.

En décidant d'octroyer une dérogation, il convient de prendre en compte, au cas par cas, la nécessité d'imposer des conditions concernant la durée de la dérogation et l'accès sans discrimination à l'infrastructure. Lors de l'adoption de la décision sur ces conditions, il est tenu compte, en particulier, de la capacité additionnelle à construire ou de la modification de la capacité existante, de la perspective du projet et des circonstances nationales.

Avant d'accorder une dérogation, l'autorité de régulation arrête les règles et les mécanismes relatifs à la gestion et à l'attribution des capacités. Les règles exigent que tous les utilisateurs potentiels de l'infrastructure soient invités à manifester leur souhait de contracter des capacités avant que l'allocation de la capacité de la nouvelle infrastructure n'ait lieu, y compris pour leur propre usage. L'autorité de régulation exige que les règles de gestion de la congestion incluent l'obligation d'offrir les capacités inutilisées sur le marché et exige que les utilisateurs de l'infrastructure puissent négocier leurs capacités souscrites sur le marché

secondaire. Dans son appréciation des critères visés au paragraphe 1, points a), b) et e), l'autorité de régulation tient compte des résultats de cette procédure d'attribution des capacités.

La décision de dérogation, y compris les conditions visées au deuxième alinéa du présent paragraphe, est dûment motivée et publiée.

[...]

8. L'autorité de régulation transmet sans délai à la Commission une copie de chaque demande de dérogation, dès sa réception. L'autorité compétente notifie sans délai à la Commission la décision ainsi que toutes les informations utiles s'y référant. Ces informations peuvent être communiquées à la Commission sous une forme agrégée pour lui permettre de fonder convenablement sa décision. Ces informations comprennent notamment :

a) les raisons détaillées sur la base desquelles l'autorité de régulation ou l'Etat membre a octroyé ou refusé la dérogation, ainsi qu'une référence au paragraphe 1 comprenant le ou les points pertinents dudit paragraphe sur lequel cette décision se base, y compris les données financières démontrant qu'elle était nécessaire;

b) l'analyse effectuée quant aux incidences de l'octroi de la dérogation sur la concurrence et le bon fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel;

c) les raisons justifiant la durée et la part de la capacité totale de l'infrastructure gazière concernée pour laquelle la dérogation est octroyée;

d) si la dérogation concerne une interconnexion, le résultat de la concertation avec les autorités de régulation concernées; et

e) la contribution de l'infrastructure à la diversification de l'approvisionnement en gaz.

9. Dans un délai de deux mois à compter du jour suivant la réception d'une notification, la Commission peut arrêter une décision exigeant que l'autorité de régulation modifie ou retire la décision d'accorder une dérogation. Ce délai de deux mois peut être prolongé d'une période supplémentaire de deux mois si la Commission sollicite un complément d'informations. Ce délai supplémentaire court à compter du jour suivant celui de la réception du complément d'informations. Le délai initial de deux mois peut aussi être prorogé par accord mutuel entre la Commission et l'autorité de régulation.

Si les renseignements demandés ne sont pas fournis dans le délai prévu dans la demande, la notification est réputée avoir été retirée, à moins que le délai ait été prorogé avant son expiration par accord mutuel entre la Commission et l'autorité de régulation, ou que l'autorité de régulation ait informé la Commission, avant l'expiration du délai fixé, et par une déclaration dûment motivée, qu'elle considère la notification comme étant complète.

L'autorité de régulation se conforme à la décision de la Commission demandant la modification ou le retrait de la décision de dérogation dans un délai d'un mois et en informe la Commission.

La Commission veille à préserver la confidentialité des informations commercialement sensibles.

L'approbation d'une décision de dérogation par la Commission perd effet deux ans après son adoption si la construction de l'infrastructure n'a pas encore commencé, et cinq ans à compter de son adoption si l'infrastructure n'est pas devenue opérationnelle, sauf si la Commission décide qu'un retard est dû à des obstacles majeurs échappant au contrôle de la personne bénéficiant de la dérogation ».

B.24.4.3. Même s'il s'agit d'une inadvertance du législateur que le Conseil des ministres qualifie d'« erreur de frappe », les dispositions attaquées ne transposent pas correctement la disposition correspondante de la directive, de sorte que le premier moyen en sa seconde branche, sixième sous-branche, est fondé dans cette mesure. En conséquence, il y a lieu d'annuler l'article 76, 3° et 7°, de la loi attaquée en ce qu'il insère les paragraphes 1er, 3 et 4 dans l'article 15/5*duodecies* de la loi sur le gaz.

B.25.1. Dans une septième sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche à l'article 36, 2°, de la loi attaquée, complétant l'article 23, § 1er, de la loi sur l'électricité, de limiter aux clients finals l'objectif qu'il assigne à la CREG d'assurer que ceux-ci bénéficient du fonctionnement efficace du marché, alors que l'article 36, point g), de la directive 2009/72/CE ne contiendrait pas cette limitation.

B.25.2. La section de législation du Conseil d'Etat a indiqué dans son avis :

« Pour que le texte concorde avec l'article 36, g), de la directive 2009/72/CE, il faut remplacer les mots ' clients finals ' figurant au début de l'article 23, § 1er, alinéa 2, 7°, en projet, par ' clients ', et il faut écrire *in fine* ' ... et contribuer à garantir la protection des consommateurs ' » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 305).

B.25.3. Par l'effet vraisemblable d'une inadvertance, cette observation a été suivie d'effets dans le texte néerlandais de l'article 23, § 1er, alinéa 2, 7°, mais non dans le texte français. Il s'agit donc d'une erreur matérielle qui, compte tenu du libellé de la directive et de l'intention du législateur, n'empêche pas d'interpréter la disposition attaquée comme ne se limitant pas aux clients finals.

B.25.4. Sous réserve de l'interprétation indiquée en B.25.3, le premier moyen, en sa deuxième branche, septième sous-branche, n'est pas fondé.

B.25.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

En ce qui concerne le deuxième moyen

B.26. Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35 et 37 de la directive 2009/72/CE, avec les articles 39 et 41 de la directive 2009/73/CE et avec les articles 14 du règlement (CE) n° 714/2009 et 13 du règlement (CE) n° 715/2009.

Première branche

B.27.1. Dans une première sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée insérant les articles 12, § 2, et 12bis, § 2, dans la loi sur l'électricité d'être contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 2, 4, 6 et 10, de la directive 2009/72/CE et à l'article 14 du règlement (CE) n° 714/2009 en ce que les dispositions attaquées imposeraient, en matière de méthodologie tarifaire, une concertation minimale et un cadre législatif qui porteraient atteinte à son indépendance.

B.27.2. L'article 12, § 2, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 2. Après concertation structurée, documentée et transparente avec le gestionnaire du réseau, la commission établit la méthodologie tarifaire que doit utiliser ce gestionnaire pour l'établissement de sa proposition tarifaire.

La méthodologie tarifaire précise notamment :

- (i) la définition des catégories de coûts qui sont couverts par les tarifs;
- (ii) les catégories de coûts sur lesquelles porte, le cas échéant, la régulation incitative;

(iii) les règles d'évolution au cours du temps des catégories de coûts visées en (i), y compris la méthode de détermination des paramètres figurant dans les formules dévolution;

(iv) les règles d'allocation des coûts aux catégories d'utilisateurs du réseau;

(v) la structure tarifaire générale et les composants tarifaires.

La concertation avec le gestionnaire du réseau fait l'objet d'un accord entre la commission et ledit gestionnaire. A défaut d'accord, la concertation est tenue au minimum comme suit :

1° la commission envoie au gestionnaire du réseau la convocation aux réunions de concertation visées au § 2, 1er alinéa, ainsi que la documentation relative aux points mis à l'ordre du jour de ces réunions dans un délai raisonnable avant lesdites réunions. La convocation mentionne le lieu, la date et l'heure de la réunion, ainsi que les points mis à l'ordre du jour;

2° à la suite de la réunion, la commission établit un projet de procès-verbal de réunion reprenant les arguments avancés par les différentes parties et les points d'accords et de désaccords constatés qu'elle transmet, pour approbation, au gestionnaire du réseau dans un délai raisonnable suivant la réunion;

3° dans un délai raisonnable suivant la réception du procès-verbal de la commission approuvé par les parties, le gestionnaire du réseau envoie à la commission son avis formel sur la méthodologie tarifaire résultant de cette concertation, en soulignant le cas échéant les éventuels points de désaccords subsistants.

Par dérogation aux dispositions qui précèdent, la méthodologie tarifaire peut être établie par la commission suivant une procédure déterminée de commun accord avec le gestionnaire du réseau sur la base d'un accord explicite, transparent et non-discriminatoire ».

L'article 12bis, § 2, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.27.3. L'article 37, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE a lui-même tracé le cadre de la concertation prévue en matière tarifaire. Il dispose :

« Article 37 - Missions et compétences de l'autorité de régulation

1. L'autorité de régulation est investie des missions suivantes :

a) fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul;

[...]

Tout en préservant leur indépendance, sans préjudice des compétences qui leur sont propres et en conformité avec les principes visant à mieux légiférer, l'autorité de régulation consulte, le cas échéant, les gestionnaires de réseau de transport et, si besoin en est, coopère étroitement avec les autres autorités nationales concernées dans l'exécution des missions visées au paragraphe 1.

[...] ».

Les mêmes principes ont été pris en compte par le législateur (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 44).

B.27.4. Compte tenu de ce qui est dit en B.27.3, ni la concertation préalable en vue de la conclusion d'un accord entre les parties, ni la concertation minimale prévue à défaut d'un tel accord ne peuvent être tenues pour une atteinte à l'indépendance de la CREG mais apparaissent comme l'expression d'un principe de bonne administration qui ne limite en rien l'exercice de sa compétence tarifaire dès lors qu'à défaut d'accord entre les parties, l'article 12, § 2, alinéa 4, permet à la CREG d'établir elle-même la méthodologie tarifaire. L'obligation qui lui est faite à cette occasion de permettre aux gestionnaires de réseau de disposer d'un « délai raisonnable » pour faire connaître leur avis n'apparaît pas comme excessive compte tenu de ce que lesdits gestionnaires ne sauraient utilement émettre un tel avis sans avoir pu disposer du temps nécessaire à des études leur permettant de déterminer, notamment, comment évaluer leurs prestations et la valeur de celles-ci.

B.27.5. La partie requérante critique aussi les dispositions attaquées en ce qu'elles réserveraient la concertation qu'elles prévoient aux gestionnaires de réseau, à l'exclusion des utilisateurs de celui-ci.

Le Conseil des ministres soulève à tort l'irrecevabilité de ce grief fondée sur le défaut d'intérêt de la partie requérante : celle-ci justifiant de l'intérêt requis pour demander l'annulation des dispositions attaquées, l'exception n'est pas fondée.

Pour le surplus, les dispositions attaquées ne peuvent être tenues pour contraires aux dispositions invoquées en ce qui concerne le rôle des utilisateurs du réseau dès lors, d'une part, qu'il ressort du considérant 36 de la directive 2009/72/CE que la décision relative à ce rôle est laissée aux Etats membres et, d'autre part, que, de manière générale, les autorités de

régulation nationales sont elles-mêmes invitées à veiller au respect des droits des consommateurs (considérant 51 de la directive 2009/72/CE). Au surplus, les règles de dissociation des structures de propriété imposées en la matière par le droit de l'Union européenne sont de nature à éviter que certains utilisateurs du réseau soient favorisés par les liens qu'ils auraient avec des gestionnaires de réseau.

B.27.6. La partie requérante reproche enfin aux dispositions attaquées de prévoir que la méthodologie tarifaire doit préciser les catégories de coûts sur lesquelles porte la régulation incitative (article 12, § 2, alinéa 2, ii), et article 12*bis*, § 2, alinéa 2, ii), de la loi sur l'électricité).

L'article 37, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE indique l'objectif des régulations incitatives :

« Article 37 - Missions et compétences de l'autorité de régulation

[...]

8. Lors de la fixation ou de l'approbation des tarifs ou des méthodes et des services d'ajustement, les autorités de régulation prévoient des mesures incitatives appropriées, tant à court terme qu'à long terme, pour encourager les gestionnaires de réseau de transport et de distribution à améliorer les performances, à favoriser l'intégration du marché et la sécurité de l'approvisionnement et à soutenir les activités de recherche connexes ».

Il peut être déduit de cette disposition que les autorités de régulation nationales sont tenues de prévoir des mesures incitatives, mais elle n'habilite pas les Etats membres à déterminer sur quels coûts ces mesures portent.

B.27.7. Le deuxième moyen en sa première branche, première sous-branche, est dès lors fondé en ce qu'il porte sur les articles 12, § 2, alinéa 2, ii), et 12*bis*, § 2, alinéa 2, ii), de la loi sur l'électricité.

B.27.8. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.27.9. En conséquence, il y a lieu d'annuler, d'une part, les articles 15 et 16 de la loi attaquée en ce qu'ils modifient respectivement les articles 12, § 2, alinéa 2, ii), et 12*bis*, § 2, alinéa 2, ii), de la loi sur l'électricité et, d'autre part, les articles 71 et 72 de la loi attaquée en

ce qu'ils modifient respectivement les articles 15/5*bis*, § 2, alinéa 2, ii), et 15/5*ter*, § 2, alinéa 2, ii), de la loi sur le gaz.

B.28.1. Dans une deuxième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, § 3, alinéa 1er, et 12*bis*, § 3, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux dispositions de la directive 2009/72/CE garantissant l'indépendance de l'autorité de régulation nationale en ce qu'ils obligent la CREG à soumettre à la Chambre des représentants un projet de méthodologie tarifaire.

B.28.2. L'article 12, § 3, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 3. La commission communique à la Chambre des représentants son projet de méthodologie tarifaire, l'intégralité des pièces relatives à la concertation avec le gestionnaire du réseau ainsi que tous les documents qu'elle estime nécessaires à la motivation de sa décision relative à la méthodologie tarifaire, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles concernant des fournisseurs ou des utilisateurs du réseau, des données à caractère personnel et/ou des données dont la confidentialité est protégée en vertu de législations spécifiques.

La commission publie sur son site la méthodologie tarifaire applicable, l'intégralité des pièces relatives à la concertation avec le gestionnaire du réseau et tous documents qu'elle estime utiles à la motivation de sa décision relative à la méthodologie tarifaire, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles concernant des fournisseurs ou des utilisateurs du réseau, des données à caractère personnel et/ou des données dont la confidentialité est protégée en vertu de législations spécifiques ».

L'article 12*bis*, § 3, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.28.3. Les dispositions attaquées ne sont pas de nature à porter atteinte à l'indépendance de la CREG dès lors que l'obligation qu'elles prévoient est limitée à une obligation de communication qui n'implique aucune limitation des pouvoirs de la CREG et qui s'inscrit dans la mise en œuvre du contrôle parlementaire que la Chambre des représentants exerce sur les autorités publiques; l'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi attaquée a, en l'espèce, présenté cette obligation dans les termes suivants :

« Le présent article prévoit également que la CREG est tenue d'informer la Chambre des représentants de son projet de méthodologie en lui communiquant copie de ce projet. La Chambre des représentants peut examiner ces documents en commission parlementaire et peut

établir un rapport, en veillant à respecter la confidentialité des données commercialement sensibles et/ou à caractère personnel » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 45).

Le considérant 34 de la directive 2009/72/CE a lui-même admis l'exercice d'un tel contrôle :

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

B.28.4. En sa deuxième branche, deuxième sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.28.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.29.1. Dans une troisième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, § 4, alinéa 1er, première phrase, et 12bis, § 4, alinéa 1er, première phrase, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphe 4, et 37, paragraphes 1, 4, 6, point a), et 10, de la directive 2009/72/CE en lui imposant six mois à l'avance la communication aux gestionnaires de réseau de ses méthodes d'élaboration de la méthodologie tarifaire et en ce qu'ils constituent ainsi une injonction du Gouvernement dans l'exercice des compétences de la CREG.

B.29.2. L'article 12, § 4, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 4. La méthodologie tarifaire fixée en vertu du § 3 et applicable à l'établissement de la proposition tarifaire est communiquée au gestionnaire du réseau au plus tard six mois avant la date à laquelle la proposition tarifaire doit être introduite auprès de la commission. Les modifications doivent être motivées ».

L'article 12bis, § 4, alinéa 1er, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.29.3. De telles dispositions ne constituent pas une injonction qui serait adressée à la CREG par le législateur et qui serait de nature à menacer son indépendance. Elles s'inscrivent dans la perspective tracée par l'article 37, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE et des « principes visant à mieux légiférer » déjà évoqués en B.15.4 en ce qu'elles permettent aux gestionnaires de réseau de disposer du temps nécessaire pour proposer des tarifs équilibrés.

B.29.4. En sa première branche, troisième sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.29.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.30.1. Dans une quatrième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, §§ 7 et 8, et 12*bis*, §§ 7 et 8, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées porteraient atteinte à son indépendance en lui imposant une procédure d'approbation des tarifs et un régime de tarifs provisoires. Elles conféreraient en outre aux gestionnaires de réseau et aux utilisateurs qui leur sont liés un avantage discriminatoire à l'égard des autres utilisateurs et des consommateurs.

B.30.2. L'article 12, §§ 7 et 8, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 7. La commission examine la proposition tarifaire, décide de l'approbation de celle-ci et communique sa décision motivée au gestionnaire du réseau dans le respect de la procédure d'introduction et d'approbation des tarifs.

§ 8. La procédure d'introduction et d'approbation des propositions tarifaires fait l'objet d'un accord entre la commission et le gestionnaire du réseau. A défaut d'accord, la procédure est la suivante :

1° le gestionnaire du réseau soumet, dans un délai raisonnable avant la fin de la dernière année de chaque période régulatoire en cours, sa proposition tarifaire accompagnée du budget pour la période régulatoire suivante sous la forme du modèle de rapport fixée par la commission conformément au § 5;

2° la proposition tarifaire, accompagnée du budget, est transmise en trois exemplaires par porteur avec accusé de réception à la commission. Le gestionnaire du réseau transmet également une version électronique sur laquelle la commission peut au besoin retravailler la proposition tarifaire accompagnée du budget;

3° dans un délai raisonnable suivant la réception de la proposition tarifaire accompagnée du budget, la commission confirme au gestionnaire du réseau, par lettre par porteur avec accusé de réception, ainsi que par courrier électronique, que le dossier est complet ou elle lui fait parvenir une liste des informations complémentaires qu'il devra fournir. Dans un délai raisonnable suivant la réception de la lettre susvisée dans laquelle des informations complémentaires lui ont été demandées, le gestionnaire du réseau transmet ces informations à la commission en trois exemplaires par lettre par porteur avec accusé de réception. Le gestionnaire du réseau transmet également une version électronique des réponses et des renseignements complémentaires à la commission;

4° dans un délai raisonnable suivant la réception de la proposition tarifaire visée au 2° ou, le cas échéant, dans un délai raisonnable suivant la réception des réponses et des informations complémentaires du gestionnaire du réseau visées au 3°, la commission informe le gestionnaire du réseau par lettre par porteur avec accusé de réception, de sa décision d'approbation ou de son projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget concerné.

Dans son projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget, la commission indique de manière motivée les points que le gestionnaire du réseau doit adapter pour obtenir une décision d'approbation de la commission. La commission est habilitée à demander au gestionnaire du réseau de modifier sa proposition tarifaire pour faire en sorte que celle-ci soit proportionnée et appliquée de manière non-discriminatoire;

5° si la commission refuse la proposition tarifaire accompagnée du budget du gestionnaire du réseau dans son projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget, le gestionnaire du réseau peut communiquer ses objections à ce sujet à la commission dans un délai raisonnable suivant la réception de ce projet de décision.

Ces objections sont transmises à la commission par porteur avec accusé de réception, ainsi que sous forme électronique.

Le gestionnaire du réseau est entendu, à sa demande, par la commission, dans un délai raisonnable après réception du projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget.

Le cas échéant, le gestionnaire du réseau soumet, dans un délai raisonnable suivant la réception du projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget, à la commission, par porteur avec accusé de réception, en trois exemplaires sa proposition tarifaire adaptée accompagnée du budget. Le gestionnaire du réseau remet aussi une copie électronique à la commission.

Dans un délai raisonnable suivant l'envoi par la commission du projet de décision de refus de la proposition tarifaire avec budget ou, le cas échéant, dans un délai raisonnable après réception des objections ainsi que de la proposition tarifaire adaptée accompagnée du budget, la commission informe le gestionnaire du réseau, par lettre par porteur avec accusé de réception, ainsi que par voie électronique, de sa décision d'approbation ou de sa décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget.

6° si le gestionnaire du réseau ne respecte pas ses obligations dans les délais visés aux points 1° à 5°, ou si la commission a pris la décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget ou de la proposition tarifaire adaptée accompagnée du budget adaptée, des tarifs provisoires sont d'application jusqu'à ce que toutes les objections du gestionnaire du réseau ou de la commission soient épuisées ou jusqu'à ce qu'un accord soit atteint entre la commission et le gestionnaire du réseau sur les points litigieux. La commission est habilitée, après concertation avec le gestionnaire du réseau, à arrêter des mesures compensatoires appropriées lorsque les tarifs définitifs s'écartent de ces tarifs provisoires;

7° en cas de passage à de nouveaux services et/ou d'adaptation de services existants, le gestionnaire du réseau peut soumettre une proposition tarifaire actualisée à l'approbation de la commission dans la période régulatoire. Cette proposition tarifaire actualisée tient compte de la proposition tarifaire approuvée par la commission, sans altérer l'intégrité de la structure tarifaire existante.

La proposition actualisée est introduite par le gestionnaire du réseau et traitée par la commission conformément à la procédure applicable, visée aux points 1° à 6°, étant entendu que les délais visés sont réduits de moitié;

8° si des circonstances exceptionnelles surviennent au cours d'une période régulatoire indépendamment de la volonté du gestionnaire du réseau, celui-ci peut à tout moment de la période régulatoire soumettre à l'approbation de la commission une demande motivée de révision de sa proposition tarifaire, pour ce qui concerne les années suivantes de la période régulatoire.

La demande motivée de révision de la proposition tarifaire est introduite par le gestionnaire du réseau et traitée par la commission suivant la procédure applicable visée aux points 1° à 6° qui précèdent, étant entendu que les délais visés sont réduits de moitié;

9° la commission adapte, sans préjudice de sa possibilité de contrôler les coûts avec les dispositions légales et réglementaires applicables, le niveau des surcharges pratiquées par le gestionnaire du réseau à toutes modifications des obligations de service public, notamment régionales, qui lui sont applicables au plus tard dans les trois mois de la transmission par le gestionnaire du réseau de telles modifications. Le gestionnaire du réseau transmet ces modifications à la commission dans le meilleur délai dès qu'elles sont entrées en vigueur;

10° la commission publie sur son site Internet, de manière transparente, l'état de la procédure d'adoption des propositions tarifaires ainsi que, le cas échéant, les propositions tarifaires déposées par le gestionnaire du réseau ».

L'article 12bis, §§ 7 et 8, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.30.3. Les dispositions attaquées s'inscrivent dans la perspective tracée par l'article 37, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE et des « principes visant à mieux légiférer » déjà évoqués. Elles ne portent atteinte en aucune de leurs prescriptions au pouvoir de décision de la CREG; les conditions de délai et de motivation qu'elles prévoient dans la procédure

d'approbation des tarifs constituent l'expression d'un principe de bonne administration et sont de nature à favoriser la prise de décisions adéquates. Celles-ci doivent être prises en considération, notamment, des coûts supportés par les gestionnaires de réseau, comme l'indique le considérant 36 de la directive 2009/72/CE. Une telle exigence suppose que le gestionnaire dispose de délais raisonnables lui permettant de les évaluer.

B.30.4. Les articles 12, § 8, 6°, et 12bis, § 8, 6°, de la loi sur l'électricité prévoient certes les cas dans lesquels des tarifs provisoires seront appliqués et la durée de leur application dans des termes plus précis que ceux de l'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE, qui dispose :

« Article 37 - Missions et compétences de l'autorité de régulation

[...]

10. [...] En cas de retard dans l'établissement des tarifs de transport et de distribution, les autorités de régulation sont habilitées à fixer ou approuver provisoirement des tarifs de transport et de distribution ou des méthodes de calcul et à arrêter des mesures compensatoires appropriées si les tarifs ou méthodes finaux de transport et de distribution s'écartent de ces tarifs ou méthodes provisoires ».

Il peut cependant être admis que le législateur, après avoir mis en place des procédures d'élaboration des tarifs et de concertation minimale dans les dispositions attaquées, pouvait préciser au regard de celles-ci les « cas de retard dans l'établissement des tarifs » visés par l'article 37, paragraphe 10, et la durée d'application des tarifs provisoires : ces procédures étant de nature à garantir l'établissement des tarifs dans des délais raisonnables, le législateur pouvait se limiter à ne prévoir l'application de tarifs provisoires que jusqu'à l'application de tarifs définitifs.

B.30.5. L'argument du Conseil des ministres selon lequel la partie requérante ne disposerait pas d'un intérêt au moyen lorsqu'elle reproche aux dispositions attaquées de ne prévoir une concertation qu'entre la CREG et les gestionnaires de réseau doit être rejeté pour les mêmes motifs que ceux indiqués en B.27.5.

Quant au fond, l'argument de la partie requérante n'est pas davantage fondé dès lors que, comme il a été indiqué en B.27.5 également, les droits des consommateurs et des utilisateurs du réseau sont protégés par la CREG.

B.30.6. En sa deuxième branche, quatrième sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.30.7. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.31.1. Dans une deuxième branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, §§ 5 et 14, et 12*bis*, §§ 5 et 14, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 1, 4 et 6, point b), de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées imposeraient à la CREG le respect de « lignes directrices ».

B.31.2. L'article 12, §§ 5 et 14, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 5. La commission établit la méthodologie tarifaire dans le respect des lignes directrices suivantes :

1° la méthodologie tarifaire doit être exhaustive et transparente, de manière à permettre au gestionnaire du réseau d'établir sa proposition tarifaire sur cette seule base. Elle comprend les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans la proposition tarifaire. Elle définit les modèles de rapport à utiliser par le gestionnaire du réseau;

2° la méthodologie tarifaire doit permettre de couvrir de manière efficiente l'ensemble des coûts nécessaires ou efficaces pour l'exécution des obligations légales ou réglementaires qui incombent au gestionnaire du réseau ainsi que pour l'exercice de son activité de gestion de réseau de transport ou de réseaux ayant une fonction de transport;

3° la méthodologie tarifaire fixe le nombre d'années de la période régulatoire débutant au 1er janvier. Les tarifs annuels qui en résultent sont déterminés en application de la méthodologie tarifaire applicable pour cette période;

4° la méthodologie tarifaire permet le développement équilibré du réseau de transport et des réseaux ayant une fonction de transport, conformément au plan de développement du gestionnaire du réseau visé à l'article 13 et aux plans d'investissement tels qu'approuvés le cas échéant par les autorités compétentes;

5° les éventuels critères de rejet de certains coûts sont non-discriminatoires et transparents;

6° les tarifs sont non discriminatoires et proportionnés. Ils respectent une allocation transparente des coûts;

7° la structure des tarifs favorise l'utilisation rationnelle de l'énergie et des infrastructures;

8° les différents tarifs sont uniformes sur le territoire desservi par le réseau du gestionnaire du réseau;

9° la rémunération normale des capitaux investis dans les actifs régulés doit permettre au gestionnaire du réseau de réaliser les investissements nécessaires à l'exercice de ses missions.

En cas de différence de traitement des capitaux, ou des durées d'amortissement entre gestionnaires du réseau, la différence est dûment motivée par la commission;

10° les services de compensation des déséquilibres de la zone de réglage belge sont assurés de la manière la plus efficace en termes de coûts et fournissent aux utilisateurs du réseau des éléments d'incitation appropriés pour qu'ils équilibrent leur injection et leur prélèvement. Les tarifs associés à ces services sont équitables, non discriminatoires et fondés sur des critères objectifs;

11° les coûts nets des missions de service public imposées par la présente loi, le décret ou l'ordonnance et leurs arrêtés d'exécution, sont pris en compte dans les tarifs de manière transparente et non discriminatoire, conformément aux dispositions législatives et réglementaires applicables;

12° les impôts, ainsi que les taxes et contributions de toute nature, et les surcharges imposées par la présente loi et ses arrêtés d'exécution, le décret ou l'ordonnance et de leurs arrêtés d'exécution sont ajoutés aux tarifs de manière transparente et non discriminatoire, en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires applicables;

13° les achats de biens et de services réalisés dans le respect de la législation sur les marchés publics sont réputés réalisés au prix du marché, sous réserve, le cas échéant, du pouvoir d'appréciation de la commission et moyennant le respect, pour les services auxiliaires, des dispositions de l'article 12^{quinquies};

14° la méthodologie détermine les modalités d'intégration et de contrôle des coûts échoués constitués par les charges de pension complémentaire ou de pension du secteur public non capitalisées, versées à des agents ayant presté une activité régulée de transport ou à vocation de transport d'électricité, dues pour les années antérieures à la libéralisation en vertu des statuts, de conventions collectives du travail ou d'autres conventions suffisamment formalisées, approuvés avant le 30 avril 1999, ou versées à leurs ayants droits ou remboursées à leur employeur par un gestionnaire du réseau, qui peuvent être intégrés dans les tarifs;

15° les soldes ainsi que leurs répartitions sur les périodes réglementaires suivantes sont déterminés de manière transparente et non discriminatoire;

16° les différences objectives existant entre gestionnaires du réseau de transport et qui ne peuvent être éliminées à l'initiative du gestionnaire du réseau sont prises en compte.

Toute décision utilisant des techniques de comparaison intègre des paramètres qualitatifs et est basée sur des données homogènes, transparentes, fiables et publiées ou intégralement communicables dans la motivation de la décision de la commission.

Le caractère raisonnable des coûts est apprécié par comparaison avec les coûts correspondants d'entreprises ayant des activités similaires dans des conditions analogues, en tenant compte notamment des spécificités réglementaires ou réglementaires existant dans les comparaisons internationales effectuées;

17° les tarifs pour l'utilisation du réseau de transport ou des réseaux ayant une fonction de transport applicables à des unités de production peuvent être différenciés selon la technologie de ces unités et leur date de mise en service. Ces tarifs sont déterminés en tenant compte de tout critère considéré comme pertinent par la commission, tel un benchmarking avec les pays voisins, afin de ne pas mettre en péril la sécurité d'approvisionnement du pays par une baisse de compétitivité des unités de production concernées. Dans la proposition tarifaire accompagnée du budget visée au § 8, le gestionnaire du réseau motive ces différenciations;

18° les efforts de productivité éventuellement imposés au gestionnaire du réseau ne peuvent mettre en péril, à court ou à long terme, la sécurité des personnes ou des biens ni la continuité de la fourniture;

19° la subsidiation croisée entre activités régulées et non régulées n'est pas autorisée;

20° les tarifs encouragent le gestionnaire du réseau à améliorer les performances, à favoriser l'intégration du marché et la sécurité de l'approvisionnement ainsi qu'à mener la recherche et le développement nécessaires à ses activités;

21° les tarifs pour l'électricité de secours pour les installations de cogénération de qualité raccordées au réseau de transport ou aux réseaux ayant une fonction de transport figurent parmi les tarifs des services auxiliaires. Ces tarifs sont principalement fonction de la consommation d'électricité pour les besoins de secours et d'entretien des installations de cogénération;

22° Pour les extensions d'installations ou les nouvelles installations de transport d'électricité reconnues comme d'intérêt national ou européen, la méthodologie tarifaire visée au § 2 peut prévoir des dispositions spécifiques en matière de rémunération des capitaux nécessaires à leur financement plus favorables que la rémunération normale des capitaux

visée au § 5, 9°, ainsi qu'en matière de couverture des coûts en vue de favoriser leur réalisation et de manière à permettre leur développement à long terme.

Sont reconnus comme étant d'intérêt national ou européen, les investissements réalisés par le gestionnaire du réseau qui contribuent à la sécurité d'approvisionnement du pays et/ou à l'optimisation du fonctionnement des interconnexions transfrontalières, en ce compris l'installation de transformateurs déphaseurs, facilitant ainsi le développement du marché intérieur national et européen ou qui contribuent à l'accueil national de la production à partir de sources d'énergie renouvelables qu'elle soit raccordée directement au réseau de transport ou indirectement via les réseaux de distribution. Les investissements d'intérêt national ou européen portent sur les installations qui :

- renforcent des liaisons existantes ou créent de nouvelles liaisons du réseau gère par le gestionnaire du réseau utilisant la technologie du courant continu (DC);

- renforcent des liaisons existantes ou créent de nouvelles liaisons gérées par le gestionnaire du réseau situées dans les espaces marins sur lesquels la Belgique exerce sa juridiction;

- renforcent des interconnexions existantes ou créent de nouvelles interconnexions transfrontalières ou résultent de l'extension de capacité de ces interconnexions;

23° les coûts visés aux points 11°, 12° et 14°, les charges financières, les coûts des services auxiliaires ainsi que les coûts autres que ceux visés au § 2 (ii) ne sont pas soumis à une régulation incitative;

24° les tarifs visent à offrir un juste équilibre entre la qualité des services prestés et les prix supportés par les clients finals.

La commission peut contrôler les coûts du gestionnaire du réseau sur la base des dispositions législatives et réglementaires applicables.

[...]

§ 14. La méthodologie tarifaire fixée par la commission ainsi que les décisions relatives aux propositions tarifaires prises par elle en application de cette méthodologie tarifaire peuvent faire l'objet d'un recours par toute personne justifiant d'un intérêt devant la cour d'appel de Bruxelles en application de l'article 29*bis*.

Un tel recours peut notamment être introduit lorsque :

- la décision de la commission ne respecte pas les orientations visées au présent article;
- la décision de la commission ne respecte pas la politique générale de l'énergie telle que définie dans la législation et la réglementation européenne, fédérale et régionale;

- la décision de la commission ne garantit pas les moyens nécessaires pour la réalisation des investissements du gestionnaire du réseau et le maintien en l'état de l'infrastructure ou l'exécution de sa mission légale ».

L'article 12*bis*, §§ 5 et 14, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.31.3. L'article 35, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE garantit l'indépendance des autorités de régulation nationales mais permet aux gouvernements des Etats membres de définir, dans les limites qu'il prévoit, des « orientations générales ».

Il dispose :

« Article 35 - Désignation et indépendance des autorités de régulation

[...]

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. A cet effet, les États 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 ».

B.31.4. L'exposé des motifs du projet de loi devenu la loi attaquée indique l'objectif que poursuivait le législateur en adoptant les dispositions relatives aux lignes directrices :

« Les lignes directrices générales prévues par le présent article [...] s'inspirent de celles prévues dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, particulièrement en France et en Allemagne ainsi que de l'expérience de la Belgique en la matière depuis la libéralisation du

marché de l'électricité. Elles tiennent compte des observations formulées par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis n° 49 570/3 du 31 mai 2011 aux fins de garantir la complète indépendance de la CREG.

Elles visent particulièrement à garantir la couverture de l'ensemble des coûts nécessaires au GRT pour la gestion efficace de son réseau ainsi que le développement équilibré de ce réseau.

[...]

En ligne avec le Troisième Paquet Energie ainsi que la directive 2009/28/CE, ces lignes directrices visent également à favoriser l'utilisation rationnelle de l'énergie ainsi que la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables en prévoyant la possibilité de tarifs différenciés pour l'utilisation du réseau de transport selon le mix énergétique des installations de production d'électricité. La directive 2009/72/CE fixe ainsi parmi les objectifs des autorités de régulation celui de 'faciliter l'accès au réseau des nouvelles capacités de production, notamment en supprimant les obstacles qui pourraient empêcher l'arrivée de nouveaux venus sur le marché et l'intégration de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables'. La directive 2009/28/CE impose également aux Etats membres l'adoption de mesures pour favoriser l'accès et le raccordement d'unités de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables aux réseaux électriques. Aux fins de tels tarifs différenciés, tout critère pertinent est pris en compte par la CREG, tels la politique générale de l'énergie ainsi que tous prélèvements ou taxes déjà imposées en Belgique aux différentes unités de production.

Ces lignes directrices favorisent également la protection des consommateurs. Les tarifs doivent ainsi tendre à offrir un juste équilibre entre la qualité des services prestés et les prix supportés par les clients finals » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 43-44).

B.31.5.1. Il convient de vérifier si les différents aspects des lignes directrices contenues dans les dispositions attaquées par la CREG portent atteinte à ses pouvoirs ou à son indépendance.

B.31.5.2. En ce qu'elles prévoient que la méthodologie tarifaire doit être exhaustive et transparente, les dispositions attaquées font écho à l'exigence de transparence formulée à l'article 35, paragraphe 4, premier alinéa, première phrase, précité, de la directive 2009/72/CE, qui requiert que les tarifs soient fixés selon des critères transparents, et à un principe de bonne administration qui suppose que les gestionnaires de réseau puissent élaborer leurs propositions tarifaires en disposant de tous les éléments nécessaires à cet effet.

B.31.5.3. En ce qu'elles prévoient que la méthodologie tarifaire doit permettre de couvrir l'ensemble des coûts du gestionnaire, les dispositions attaquées n'impliquent pas,

contrairement à ce que soutient la partie requérante, que les tarifs couvrent des coûts qui ne seraient pas nécessaires ou ne couvrent pas des coûts qui le seraient dès lors que ces dispositions visent les « coûts nécessaires [...] pour l'exécution des obligations légales ou réglementaires qui incombent au gestionnaire du réseau ». Indépendamment même de ce que les articles 12, § 8, 8°, et 12*bis*, § 8, 8°, de la loi sur l'électricité permettent au gestionnaire de soumettre à la CREG une demande de révision de sa proposition tarifaire « si des circonstances exceptionnelles surviennent », ce qui est de nature à permettre la prise en compte de coûts qui s'avéreraient nécessaires, il appartient à la CREG d'apprécier le caractère nécessaire de ces coûts. S'il est établi, ces coûts doivent être couverts par les tarifs.

B.31.5.4. En ce qu'elles prévoient que les tarifs prennent en compte les coûts nets des missions de service public imposées par les lois et règlements, les dispositions attaquées n'empêchent pas la CREG de vérifier, au regard de ce que supposent ces missions, comment les gestionnaires de réseau répercutent ces coûts sur leurs tarifs; ces missions de service public pouvant être définies par les régions, il ne peut par ailleurs être reproché au législateur fédéral de ne pas l'avoir fait.

B.31.5.5. En ce qu'elles prévoient que soient ajoutés aux tarifs les impôts, taxes, contributions et surcharges imposés par les lois et les règlements, les dispositions attaquées n'empêchent pas la CREG de veiller à ce que les gestionnaires de réseau se conforment aux dispositions qui établissent ces charges financières; les notions d'impôts, de taxes, de contributions et de surcharges employées par ces dispositions ne peuvent par ailleurs être qualifiées d'ambiguës puisque les lois et des règlements prévoient les charges financières qui sont à prendre en considération et que, par ailleurs et comme le fait observer le Conseil des ministres, la CREG a l'expérience de ces notions.

B.31.5.6. En ce qu'elles prévoient que la méthodologie tarifaire est établie en réputant réalisés au prix du marché les achats de biens et de services effectués dans le respect de la législation sur les marchés publics, les dispositions attaquées ne constituent pas une intervention du législateur dans la compétence tarifaire de la CREG : dès lors qu'il appartient tant à la CREG qu'aux gestionnaires de réseau de prendre en compte la législation sur les marchés publics et de s'y conformer, la présomption établie par les dispositions attaquées est justifiée.

B.31.5.7. En ce qu'elles prévoient que les soldes et la répartition de ceux-ci sur les périodes réglementaires suivantes sont déterminés de manière transparente et non discriminatoire, les dispositions attaquées sont conformes à l'exigence de transparence évoquée plus haut : elles se bornent à indiquer comment déterminer les éventuels soldes; elles n'impliquent nullement que les soldes soient répartis nécessairement sur les périodes réglementaires suivantes et n'empêchent pas la CREG d'exercer sa compétence sur la répartition éventuelle de ceux-ci.

B.31.5.8. En ce qu'elles prévoient que les techniques de comparaison des gestionnaires de réseau utilisées par la CREG pour prendre ses décisions intègrent des « paramètres qualitatifs » et sont fondées sur des données homogènes, transparentes, fiables et indiquées dans la motivation de ces décisions, les dispositions attaquées font écho à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE et à l'annexe I de celle-ci, qui requiert que le consommateur dispose, notamment, de services de qualité et de données homogènes, transparentes, fiables et publiées; les dispositions attaquées ne limitent pas le choix des paramètres que la CREG utilise, et les informations qu'elle peut obtenir sur la base de l'article 38 de la directive précitée peuvent être des informations qualitatives comparatives qui lui sont nécessaires. De même, en ce qu'elles requièrent que les comparaisons se fassent entre des sociétés ayant des activités similaires et opérant dans des circonstances analogues, les dispositions attaquées se fondent sur l'exigence d'homogénéité évoquée plus haut, la comparaison de situations qui ne sont pas comparables ne se justifiant pas. Enfin, les griefs relatifs aux recouvrements par les gestionnaires de réseaux de distribution des coûts relatifs aux missions de service public et aux impôts, taxes, contributions et surcharges et les griefs relatifs aux régulations incitatives appellent les mêmes réponses que celles données en B.27.6, B.31.5.4 et B.31.5.5.

B.31.5.9. En ce qu'elles prévoient, enfin, que les tarifs pour l'électricité de secours figurent parmi les tarifs des services auxiliaires, les dispositions attaquées ne portent pas atteinte aux compétences de la CREG : l'insertion des tarifs de l'électricité de secours des installations de source d'énergie renouvelables et de cogénération dans la méthodologie tarifaire constitue en effet un incitant à la promotion des sources d'énergie renouvelables, conformément à la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 « relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources

renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE », dont les considérants 22 et 27 énoncent :

« (22) La réalisation des objectifs de la présente directive exige que la Communauté et les Etats membres consacrent des ressources financières considérables à la recherche et au développement dans le domaine des technologies liées aux énergies renouvelables. En particulier, l'Institut européen d'innovation et de technologie devrait accorder un degré élevé de priorité à la recherche et au développement dans le domaine des technologies liées aux énergies renouvelables.

[...]

(27) L'aide publique est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Communauté en ce qui concerne le développement de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, en particulier aussi longtemps que les prix de l'électricité sur le marché intérieur ne refléteront pas l'intégralité des coûts et des avantages environnementaux et sociaux des sources d'énergie utilisées ».

S'il est vrai, comme l'indique la partie requérante, que les installations de cogénération ne sont pas explicitement visées par la directive 2009/28/CE précitée, il n'en demeure pas moins que, comme l'indique le Conseil des ministres, lorsque l'énergie qu'elles produisent l'est à l'aide d'énergies renouvelables, cette énergie est une énergie renouvelable au sens de l'article 2, point a), de cette directive.

B.31.6. En sa deuxième branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.31.7. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

Troisième branche

B.32.1. Dans une première sous-branche de la troisième branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, § 4, alinéa 2, et 12bis, § 4, alinéa 2, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 2, 4, 6 et 10, de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées prévoient l'intangibilité des méthodologies tarifaires pendant la période régulatoire et que, sauf accord des gestionnaires de réseau, les modifications apportées à la méthodologie ne peuvent s'appliquer qu'à partir de la période tarifaire suivante.

B.32.2. L'article 12, § 4, alinéa 2, de la loi sur l'électricité dispose :

« Cette méthodologie tarifaire reste en vigueur pendant toute la période tarifaire, en ce compris la clôture des soldes relatifs à cette période. Des modifications apportées à la méthodologie tarifaire en cours de période, conformément aux dispositions du § 2, s'appliquent seulement à partir de la période tarifaire suivante, sauf accord explicite transparent et non-discriminatoire entre la commission et le gestionnaire du réseau ».

L'article 12*bis*, § 4, alinéa 2, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.32.3. Il ressort de l'article 37, paragraphes 6 et 8, de la directive 2009/72/CE que les autorités de régulation nationales sont tenues, d'une part, de prévoir des mesures incitatives à long terme pour encourager les gestionnaires de réseau, notamment, à améliorer les performances et la sécurité d'approvisionnement et, d'autre part, de déterminer suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur les méthodologies tarifaires. Ces dispositions impliquent que les gestionnaires de réseau doivent pouvoir procéder à des investissements à long terme et, dès lors, être assurés d'une certaine stabilité ou prévisibilité des prix et des méthodologies tarifaires. Cette exigence de prévisibilité, déjà présente dans 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 - Déclarations concernant les opérations de déclassement et de gestion des déchets » (article 23, paragraphe 2), justifie l'intangibilité des tarifs pendant la période régulatoire, et cette intangibilité est elle-même de nature à protéger le consommateur conformément à l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE. Elle ne constitue pas une mesure disproportionnée dès lors que l'article 12, § 8, 9°, nouveau, de la loi sur l'électricité permet l'adaptation de la méthodologie tarifaire au cours de la période régulatoire pour tenir compte de nouvelles obligations de service public ou à la demande des gestionnaires de réseau, lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles ou que sont offerts de nouveaux services ou que les services existants sont modifiés.

B.32.4. Quant à l'accord des gestionnaires de réseau auquel est subordonnée l'application d'une modification des méthodologies tarifaires en cours de période régulatoire, il n'est pas de nature à conférer à ceux-ci un privilège qui serait discriminatoire vis-à-vis des utilisateurs de réseau et des consommateurs compte tenu de ce que ceux-ci ne sont pas tenus

aux impératifs d'investissement et de garantie d'approvisionnement auxquels sont tenus les gestionnaires de réseau.

B.32.5. En sa troisième branche, première sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.32.6. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.33.1. Dans une deuxième sous-branche de la troisième branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, § 9, et 12*bis*, § 9, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 2, 4, 6 et 10, de la directive 2009/72/CE en ce qu'ils imposeraient l'intangibilité des tarifs et l'obligation d'assurer la continuité des tarifs au cours des périodes réglementaires suivantes.

B.33.2. L'article 12, § 9, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 9. La commission établit la méthodologie tarifaire et exerce sa compétence tarifaire de manière à favoriser une régulation stable et prévisible contribuant au bon fonctionnement du marché libéralisé, et permettant au marché financier de déterminer avec une sécurité raisonnable la valeur du gestionnaire du réseau. Elle veille à maintenir la continuité des décisions qu'elle a prises au cours des périodes réglementaires antérieures, notamment en matière d'évaluation des actifs régulés ».

L'article 12*bis*, § 9, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.33.3. Le grief n'est pas fondé, pour les motifs indiqués en B.32.3 et B.32.4.

B.33.4. En sa troisième branche, deuxième sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.33.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.34.1. Dans une troisième sous-branche de la troisième branche, la partie requérante reproche à l'article 21 de la loi attaquée, complétant l'article 13, § 3, de la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphe 6, de la directive

2009/72/CE en ce qu'il permet au ministre de demander une révision des méthodologies tarifaires.

B.34.2. L'article 13, § 3, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 3. Si la commission, après consultation du gestionnaire du réseau, constate que les investissements prévus dans le plan de développement ne permettent pas au gestionnaire du réseau de rencontrer les besoins en capacité de manière adéquate et efficace, le ministre peut enjoindre au gestionnaire du réseau d'adapter le plan de développement en vue de remédier à cette situation dans un délai raisonnable. Cette adaptation est effectuée selon la procédure prévue au § 1er, premier alinéa.

Le ministre peut en outre demander à la commission de se prononcer sur la nécessité de réviser ou non les méthodologies tarifaires fixées en application de l'article 12 pour garantir les moyens de financement des investissements envisagés ».

B.34.3. Le pouvoir que détient le ministre en vertu de la disposition attaquée lui est reconnu afin d'assurer le financement des investissements engagés; l'exposé des motifs indique que les investissements concernés sont ceux que les gestionnaires de réseau réalisent pour garantir la sécurité d'approvisionnement du pays :

« Aux fins de permettre au GRT de réaliser son plan de développement et particulièrement l'ensemble des investissements nécessaires pour garantir la sécurité d'approvisionnement en électricité, le présent article prévoit, en ligne avec l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 49.570/3 du 31 mai 2011, la possibilité pour le ministre ayant l'énergie dans ses attributions de demander à la CREG de se prononcer sur la nécessité de modifier la méthodologie qu'elle a fixée en matière de tarifs pour assurer le financement desdits investissements.

A la lecture de l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 49.570/3 du 31 mai 2011, il convient de relever que cette disposition résulte de la rencontre des compétences du gouvernement et la CREG : le premier intervient sur la base de ses compétences en matière de sécurité d'approvisionnement et la seconde est compétente en matière tarifaire. Cette disposition, bien loin d'affecter l'indépendance de la CREG, garantit dès lors l'action du ministre ayant l'énergie dans ses attributions à des fins de sécurité d'approvisionnement dans le plein respect des compétences de la CREG » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 49).

Dès lors que le suivi de la sécurité de l'approvisionnement relève des Etats membres en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2005/89/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 janvier 2006 « concernant des mesures visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en électricité et les infrastructures » et de l'article 4 de la directive

2009/72/CE et compte tenu des considérants 5 et 25 de la directive 2009/72/CE précitée, le législateur n'a pas pris une mesure injustifiée en permettant au ministre d'agir de manière à ce que cette sécurité soit garantie.

B.34.4. En sa troisième branche, troisième sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.34.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.35.1. Dans une quatrième sous-branche de la troisième branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, § 8, 7°, 8° et 9°, et 12bis, § 8, 7°, 8° et 9°, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 1, 4, point a), 6 et 10, de la directive 2009/72/CE en ce que ces dispositions attaquées permettent aux gestionnaires de réseau d'adresser à la CREG une proposition de modifications des tarifs pendant la période régulatoire, ce qui porterait atteinte aux compétences et au pouvoir de décision de la CREG.

B.35.2. L'article 12, § 8, 7°, 8° et 9°, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 8. La procédure d'introduction et d'approbation des propositions tarifaires fait l'objet d'un accord entre la commission et le gestionnaire du réseau. A défaut d'accord, la procédure est la suivante :

[...]

7° en cas de passage à de nouveaux services et/ou d'adaptation de services existants, le gestionnaire du réseau peut soumettre une proposition tarifaire actualisée à l'approbation de la commission dans la période régulatoire. Cette proposition tarifaire actualisée tient compte de la proposition tarifaire approuvée par la commission, sans altérer l'intégrité de la structure tarifaire existante.

La proposition actualisée est introduite par le gestionnaire du réseau et traitée par la commission conformément à la procédure applicable, visée aux points 1° à 6°, étant entendu que les délais visés sont réduits de moitié;

8° si des circonstances exceptionnelles surviennent au cours d'une période régulatoire indépendamment de la volonté du gestionnaire du réseau, celui-ci peut à tout moment de la période régulatoire soumettre à l'approbation de la commission une demande motivée de

révision de sa proposition tarifaire, pour ce qui concerne les années suivantes de la période régulatoire.

La demande motivée de révision de la proposition tarifaire est introduite par le gestionnaire du réseau et traitée par la commission suivant la procédure applicable visée aux points 1° à 6° qui précèdent, étant entendu que les délais visés sont réduits de moitié;

9° la commission adapte, sans préjudice de sa possibilité de contrôler les coûts avec les dispositions légales et réglementaires applicables, le niveau des surcharges pratiquées par le gestionnaire du réseau à toutes modifications des obligations de service public, notamment régionales, qui lui sont applicables au plus tard dans les trois mois de la transmission par le gestionnaire du réseau de telles modifications. Le gestionnaire du réseau transmet ces modifications à la commission dans le meilleur délai dès qu'elles sont entrées en vigueur ».

L'article 12bis, § 8, 7°, 8° et 9°, est, *mutatis mutandis*, identique.

B.35.3. Il ressort des articles 12, § 8, 7°, 8° et 9°, et 12bis, § 8, 7°, 8° et 9°, précités, que les circonstances dans lesquelles le gestionnaire de réseau est autorisé à demander une révision des tarifs au cours de la période tarifaire sont limitées à l'hypothèse de l'introduction de nouveaux services ou de l'adaptation de services existants et à l'hypothèse de circonstances exceptionnelles. Une telle possibilité, justifiée par la nécessité de permettre au gestionnaire de financer les investissements, visés en B.32.3, qu'il fait en vue de l'amélioration des performances et de la sécurité de l'approvisionnement, ne porte pas atteinte aux pouvoirs de la CREG puisqu'elle conserve son pouvoir de décision finale.

B.35.4. L'obligation imposée à la CREG par les articles 12, § 8, 9°, et 12bis, § 8, 9°, d'adapter les tarifs en fonction des missions de service public résulte, pour sa part, de ce qu'elle est tenue, en vertu de l'article 36, point h), de la directive 2009/72/CE, de prendre des mesures en vue d'assurer un service public et universel de qualité.

B.35.5. Enfin, la circonstance qu'une demande de révision ne puisse être introduite que par les gestionnaires de réseau, à l'exclusion des consommateurs et des utilisateurs, n'est pas de nature à établir le caractère discriminatoire de la mesure attaquée, pour les motifs déjà indiqués en B.32.4.

B.35.6. En sa troisième branche, quatrième sous-branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.35.7. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

Quatrième branche

B.36.1. Dans une quatrième branche, la partie requérante reproche aux articles 15 et 16 de la loi attaquée, modifiant les articles 12, § 14, et 12*bis*, § 14, de la loi sur l'électricité, d'être contraires aux articles 35, paragraphes 1 et 4, et 37, paragraphes 2, premier alinéa, 6 et 17, de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées permettent d'exercer contre les décisions de la CREG des recours devant des organes juridictionnels pouvant mettre en question les appréciations discrétionnaires de l'autorité indépendante que constitue la CREG, ce qui porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

B.36.2. L'article 12, § 14, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 14. La méthodologie tarifaire fixée par la commission ainsi que les décisions relatives aux propositions tarifaires prises par elle en application de cette méthodologie tarifaire peuvent faire l'objet d'un recours par toute personne justifiant d'un intérêt devant la cour d'appel de Bruxelles en application de l'article 29*bis*.

Un tel recours peut notamment être introduit lorsque :

- la décision de la commission ne respecte pas les orientations visées au présent article;
- la décision de la commission ne respecte pas la politique générale de l'énergie telle que définie dans la législation et la réglementation européenne, fédérale et régionale;
- la décision de la commission ne garantit pas les moyens nécessaires pour la réalisation des investissements du gestionnaire du réseau et le maintien en l'état de l'infrastructure ou l'exécution de sa mission légale ».

L'article 12*bis*, § 14, a la même portée.

B.36.3. Ces dispositions doivent être lues en combinaison avec l'article 29*bis* de la même loi, qui n'a pas été modifié et qui dispose :

« § 1er. Un recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles siégeant comme en référé, est ouvert à toute personne justifiant d'un intérêt contre toutes décisions de la commission, dont notamment celles énumérées ci-après :

[...]

§ 2. La cour d'appel de Bruxelles est saisie du fond du litige et dispose d'une compétence de pleine juridiction ».

B.36.4. La compétence de pleine juridiction dont dispose la Cour d'appel de Bruxelles pour statuer sur les recours ouverts par les dispositions attaquées ne lui permet pas de se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions.

Elle lui permet en revanche d'annuler et de réformer les décisions de la CREG, de statuer sur le fond du litige en vérifiant la légalité externe et interne de ces décisions et en examinant si elles sont fondées en fait, procèdent de qualifications juridiques correctes et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des éléments soumis à la CREG.

L'exercice d'un tel contrôle ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

B.36.5. L'indépendance de la CREG n'est pas davantage menacée par les dispositions attaquées dès lors que la directive 2009/72/CE en vertu de laquelle les autorités de régulation nationales se voient garantir leur indépendance prévoit elle-même que leurs décisions puissent faire l'objet par les parties lésées d'un « recours auprès d'un organisme indépendant des parties concernées et de tout gouvernement » (article 37, paragraphe 17). Le considérant 34 indique à cet égard :

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

B.36.6. La CREG soutient à tort que les dispositions attaquées créeraient des discriminations entre les justiciables en fonction des avantages qu'ils tirent de ses décisions et de leur qualité. Les recours sont en effet ouverts, en vertu de ces dispositions, à « toute personne justifiant d'un intérêt » et c'est au juge qu'il appartient de vérifier si cet intérêt est ou non établi. Il ne peut davantage y avoir de discrimination entre justiciables suivant qu'ils sont soumis à un régime de recours respectant ou non le principe de la séparation des pouvoirs dès lors qu'il a été démontré en B.36.4 que le régime prévu par la loi attaquée était conforme à celui-ci.

B.36.7. En sa quatrième branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.36.8. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

Quant à la cinquième branche

B.37.1 Dans une cinquième branche, la partie requérante reproche à l'article 4, 6°, de la loi attaquée, modifiant l'article 4, § 5, de la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 35, paragraphes 4 et 5, et 37, paragraphes 2, premier alinéa, et 6, points a) et b), de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées prévoient un mécanisme d'aide aux nouveaux entrants qui porterait atteinte à sa compétence tarifaire et au principe de non-rétroactivité et qui serait discriminatoire.

B.37.2. L'article 4, § 5, de la loi sur l'électricité dispose :

« Pour les nouvelles installations de production dont le titulaire d'autorisation de production n'a pas produit l'année précédente, seul ou avec les installations des sociétés qui lui sont liées, plus de 5 % de la part de production totale dans la zone de réglage belge, pour autant qu'elles ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 7 ou de mécanismes régionaux équivalents pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération de qualité, le prix pour compensation des déséquilibres quart horaire inférieurs à 125 MWh, basés sur les nominations, est égal au prix de référence du marché, auquel est appliqué un facteur de correction pour les septante-cinq premiers jours d'injection sur le réseau programmée par le titulaire de l'autorisation de production et nommée au gestionnaire du réseau. Ce facteur de correction est arrêté par la commission en application de l'article 12, pour favoriser les nouvelles installations visées au présent alinéa. A titre transitoire, jusqu'à ce que la commission arrête le facteur de correction précité, ce dernier facteur correspond à la pénalité tarifaire minimale s'appliquant au déséquilibre telle que fixée par la commission en application de l'article 12. Pour l'année 2011, la présente mesure

produira ses effets quelle que soit la date de la première injection de la nouvelle installation de production sur le réseau pendant cette année ».

B.37.3. Les objectifs de cette disposition ont été présentés comme suit dans les travaux préparatoires :

« La présente mesure vise ainsi à répondre tant aux menaces pesant sur la sécurité d’approvisionnement que de renforcer la concurrence sur le marché belge de l’électricité en prévoyant une flexibilité renforcée pour les nouveaux entrants pendant la période d’essais de leurs nouvelles unités de production » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/003, p. 7).

« En ce qui concerne la sécurité d’approvisionnement, le risque de sous-capacité de production en Belgique est connu de tous. Il a été dénoncé par la CREG en 2007 déjà dans son étude (F)070927-CDC-715 relative à la sous-capacité de production d’électricité en Belgique (Etude de la CREG (F) 070927-CDC-715 du 27 septembre 2007 relative à ‘ la sous-capacité de production d’électricité en Belgique ’, www.creg.be, ci-après ‘ étude de la CREG relative à la sous-capacité de production d’électricité ’).

Cette étude met en avant le risque de sous-capacité de production en Belgique susceptible de porter préjudice au bon fonctionnement du marché belge ainsi que la nécessité de déterminer les ressources nécessaires pour assurer l’adéquation entre l’offre et la demande en termes de production électrique dans les années à venir.

Le rapport final du Groupe GEMIX (rapport final du 30 septembre 2009, intitulé ‘ Quel mix énergétique idéal pour la Belgique aux horizons 2020 et 2030 ? ’, www.economie.fgov.be) souligne lui aussi les importants risques de sous-capacité de production en Belgique et de dépendance par rapport aux importations électriques des pays voisins (p. 12, 41 et 43).

Aux fins de parer au risque pesant sur la sécurité d’approvisionnement en électricité de la Belgique, l’installation de nouvelles installations de production apparaît indispensable. Force est toutefois de constater que le marché belge est peu attrayant pour l’installation de nouvelles unités de production : le raccordement de telles installations au réseau électrique est particulièrement coûteux. Les risques de déséquilibre par rapport aux nominations sont également décourageants : de tels déséquilibres sont pénalisés par des tarifs de balancing particulièrement élevés. Or les nouvelles unités de production sont contraintes d’injecter sur le réseau au titre d’essai avant de pouvoir être pleinement mises en service industriel. Lors de cette période d’essai, les nouvelles unités sont généralement en déséquilibre par rapport à leurs nominations et se voient dès lors appliquer des pénalités tarifaires.

Il convient dès lors d’adopter des mesures favorisant l’installation, le développement et la mise en service de nouvelles unités de production d’électricité.

En ce qui concerne la promotion de la concurrence, le marché de l’électricité belge est caractérisé par le pouvoir de marché de l’acteur historique qui dispose de plus de 70 % de la capacité installée et d’un amortissement de ses actifs. Ce pouvoir de marché a encore été

récemment constaté par la CREG dans son étude (F)110908-CDC-1079 concernant ‘ les propositions de loi concernant la taxe nucléaire ’ du 8 septembre 2011 (p. 50, www.creg.be).

Aux fins de permettre la concurrence, il est nécessaire de soutenir les nouveaux entrants, comme expressément soulevé par la CREG dans son étude (F) 090126-CDC-811 du 26 janvier 2009 relative à l’ ‘ l’échec de la formation des prix sur le marché belge libéralisé de l’électricité et les éléments à son origine ’, www.creg.be.

Diverses dispositions ont déjà été adoptées ces dernières années pour favoriser les nouveaux entrants sur le marché belge au niveau de la production d’électricité.

[...]

Les dispositions prises jusqu’à ce jour pour favoriser les nouveaux entrants au niveau de la production d’électricité sont ainsi limitées aux nouvelles installations de production d’électricité à partir de vente [lire : à partir du vent] dans les espaces marins (‘ *off-shore* ’). Il est toutefois nécessaire d’étendre de telles mesures de soutien aux installations de production d’électricité situées sur le territoire terrestre de la Belgique (‘ *on-shore* ’) pour répondre à la menace pesant sur la sécurité d’approvisionnement.

Ces dispositions doivent être adoptées rapidement compte tenu de ces projets, qui ne bénéficient, actuellement, d’aucune condition particulière pour les écarts de production » (*ibid.*, pp. 6 et 7).

B.37.4. L’article 4, § 5, précité constitue une aide aux « nouveaux entrants » et vise à garantir la sécurité d’approvisionnement du pays, laquelle, ainsi qu’il a été indiqué en B.34.3, relève des Etats membres conformément aux articles 4 et 8 de la directive 2009/72/CE. La disposition attaquée ne peut dès lors être considérée comme portant atteinte aux pouvoirs de la CREG, à qui il revient, par ailleurs, en vertu de cette même disposition, de fixer le facteur de correction qui y est visé.

B.37.5. La disposition attaquée prévoit, en sa dernière phrase, qu’elle produit ses effets « pour l’année 2011 »; elle a certes été publiée au *Moniteur belge* du 8 janvier 2012 mais cela ne suffit pas à considérer qu’il s’agirait d’une mesure rétroactive ne pouvant être justifiée : elle prévoit en effet, en faveur des producteurs qu’elle vise, une mesure de faveur qui est valablement fondée sur les motifs indiqués en B.37.3 et B.37.4 et qui ne prend en compte l’année 2011 que pour le calcul de l’avantage qu’elle prévoit, l’avantage n’étant acquis qu’à

ceux des producteurs qui réuniront les conditions d'octroi à la date de l'entrée en vigueur de la loi attaquée.

B.37.6. Les travaux préparatoires de la loi attaquée font, par ailleurs, apparaître que, contrairement à ce que soutient la partie requérante, le seuil de 5 % et la limitation de l'énergie produite à 125 MWh ont été justifiés par le législateur (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/003, pp. 8 et 9). La partie requérante ne tire aucun argument de ce grief.

B.37.7. En sa cinquième branche, le deuxième moyen n'est pas fondé.

B.37.8. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

En ce qui concerne le troisième moyen

B.38. Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 9, 10 et 11 de la directive 2009/72/CE et avec les articles 9, 10 et 11 de la directive 2009/73/CE.

Première branche

B.39.1. Dans une première sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche aux articles 8, 3°, et 9, 2°, 4° et 5°, de la loi attaquée, modifiant les articles 8, § 2, alinéas 1er et 2, et 9, § 1er, de la loi sur l'électricité, d'être contraires à l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées ne transposent pas correctement les exigences de la directive relatives à l'absence de relation de contrôle entre producteurs et fournisseurs d'électricité d'une part, et gestionnaire du réseau de transport, d'autre part, alors que cette transposition a été faite correctement dans les dispositions relatives au marché du gaz.

B.39.2. Le Conseil des ministres conteste, à deux reprises dans ses développements consacrés à cette sous-branche, l'intérêt que la partie requérante aurait à invoquer ce moyen. Pour les motifs indiqués en B.27.5, cette exception n'est pas fondée.

B.39.3. Les articles 8, § 2, alinéas 1er et 2, et 9, § 1er, de la loi sur l'électricité disposent :

« Art. 8. [...]

§ 2. Le gestionnaire du réseau peut, conformément à son objet social, exercer, sur le territoire belge ou hors de celui-ci, toute autre activité, sans préjudice des dispositions de l'article 9, § 1er. Sous réserve d'une concertation avec les Régions, le gestionnaire du réseau peut exploiter un réseau combiné de transport et de distribution et ainsi exercer des activités consistant notamment en des services pour l'exploitation, l'entretien, l'amélioration, le renouvellement, l'extension et/ou la gestion de réseaux de transport local, régional et/ou de distribution d'un niveau de tension de 30 kV à 70 kV. Il peut exercer ces activités, y compris commerciales, directement ou au travers de prises de participation dans des organismes, sociétés ou associations publics ou privés, existant ou à créer.

Ces activités ne peuvent être exercées, directement ou au travers de prises de participation, que si elles n'ont pas d'influence négative sur l'indépendance du gestionnaire du réseau ou sur l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées par la loi.

[...]

Art. 9. § 1er. Le gestionnaire du réseau doit être constitué sous la forme d'une société anonyme et avoir son siège social et son administration centrale dans un Etat faisant partie de l'Espace économique européen. Il satisfait aux conditions visées à l'article 524 du Code des sociétés. Il ne peut s'engager dans des activités de production ou de vente d'électricité autres que la production dans la zone de réglage belge dans les limites de puissance de ses besoins en terme de services auxiliaires et les ventes nécessitées par son activité de coordination en tant que gestionnaire du réseau. Il ne peut non plus s'engager dans des activités de gestion de réseaux de distribution d'un niveau de tension inférieur à 30 kV. Lorsqu'il s'engage dans des activités de production dans la zone de réglage belge dans les limites de puissance de ses besoins en termes de services auxiliaires, le gestionnaire du réseau est soumis aux tarifs approuvés en application de l'article 12 ainsi qu'aux dispositions de l'article 12*quinquies*. Dans ce cadre, il valorise les prestations de services auxiliaires qu'il effectue en conformité avec les articles 12 et 12*quinquies*. L'électricité produite dans ce cadre par le gestionnaire du réseau ne peut être commercialisée. Le gestionnaire du réseau recourt en dernier recours, sous la forme de droits de tirage négociés, à des activités de production dans la zone de réglage belge dans les limites de puissance de ses besoins en termes de services auxiliaires après accord de la commission et après avoir mis en œuvre auparavant toutes procédures préalables de recours au marché applicables.

Le gestionnaire du réseau ne peut détenir, directement ou indirectement, des droits d'associé, quelle qu'en soit la forme, dans des producteurs, distributeurs, fournisseurs et intermédiaires ainsi que dans des entreprises de gaz naturel telles que définies par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations. En ce qui concerne les gestionnaires de réseau de distribution, le présent alinéa s'entend sans préjudice des dispositions de l'article 8, § 2.

Les entreprises d'électricité et/ou de gaz naturel, telles que définies par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, ne peuvent détenir seules ou conjointement, directement ou indirectement, aucune part du capital du gestionnaire du réseau ni aucune action du gestionnaire du réseau. Les actions de ces entreprises ne peuvent être assorties d'un droit de vote.

Les statuts du gestionnaire du réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel.

Les entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité et/ou de gaz naturel ne peuvent désigner les membres du comité d'administration, du comité de direction, du comité de gouvernance d'entreprise, du comité d'audit, du comité de rémunération et de tout autre organe représentant légalement le gestionnaire du réseau.

Une même personne physique n'est pas autorisée à être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, et simultanément d'une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité et du gestionnaire du réseau de transport d'électricité ».

B.39.4. Contrairement à ce que soutient la CREG, les termes utilisés par l'article 9, § 1er, permettent de couvrir l'ensemble des cas, visés par la directive, dans lesquels un contrôle serait exercé par une même personne sur un gestionnaire de réseau de transport et un producteur ou un fournisseur comme dans l'hypothèse d'une société de type « holding » : l'article 9, § 1er, alinéa 2, de la loi sur l'électricité interdit en effet au gestionnaire de réseau de détenir « directement ou indirectement, des droits associés, quelle qu'en soit la forme », dans les entreprises de production ou de fourniture d'électricité. L'expression « quelle qu'en soit la forme », utilisée à l'alinéa 2, et les termes de l'alinéa 3 permettent, eux aussi, de couvrir les notions de « contrôle » et de « pouvoirs » utilisées par la directive. Rien n'indique par ailleurs que, lors des travaux préparatoires de la loi attaquée, le législateur aurait entendu restreindre la portée de ces notions (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 35).

B.39.5. Quant à la possibilité, critiquée par la CREG et ouverte par l'article 8, § 2, de la loi sur l'électricité, pour les gestionnaires de réseau d'exercer « toute autre activité », elle est limitée par les conditions fixées par cette disposition elle-même (conformité à l'objet social et aux dispositions de l'article 9, § 1er, précité et absence d'effet négatif sur l'indépendance du gestionnaire du réseau ou sur l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées par la loi), de sorte qu'il n'apparaît pas que cette possibilité excède les limites de celle ouverte par l'article 29 de la directive 2009/72/CE, qui dispose :

« Article 29 - Gestionnaire de réseau combiné

L'article 26, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à l'exploitation d'un réseau combiné de transport et de distribution par un même gestionnaire, à condition que ce dernier se conforme aux dispositions de l'article 9, paragraphe 1, ou des articles 13 et 14, ou du chapitre V, ou relève des dispositions de l'article 44, paragraphe 2 ».

Le législateur s'est référé à cette disposition au cours des travaux préparatoires de la disposition attaquée (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 32).

B.39.6. Quant à la possibilité - également critiquée par la CREG, ouverte par l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité - pour les gestionnaires de réseau de développer d'autres activités que celles de gestion de réseau, elle a été commentée comme suit dans les travaux préparatoires :

« Le présent article fait suite à la suggestion de la CREG dans son étude électricité précitée du 5 novembre 2010. Comme relevé par cette dernière, il est souhaitable que le GRT puisse s'engager dans des activités de production afin de produire lui-même ses réserves et assurer ses pertes ainsi que le réglage primaire et secondaire. Le présent article prévoit en conséquence la possibilité pour le GRT d'intervenir dans des activités de production dans la zone de réglage belge dans la limite de puissance de ses besoins en termes de services auxiliaires. L'électricité ainsi produite par le GRT est bien logiquement soumise à l'application des tarifs approuvés par la CREG conformément à la procédure prévue aux articles 12 et 12quinquies de la loi électricité. Dans ce cadre et à des fins de transparence, le GRT est tenu de valoriser les prestations de services auxiliaires qu'il effectue via de telles unités de production. Cette valorisation devra notamment démontrer l'impact positif tant en termes de tarifs que de volumes du recours à de telles prestations de services auxiliaires.

Cette possibilité pour le GRT de s'engager dans des activités de production aux fins de couvrir ses services auxiliaires à vocation à ne s'appliquer qu'en dernier recours par le GRT et à répercuter tout bénéfice de l'opération sur le consommateur via des impacts positifs sur les tarifs du GRT. Compte tenu de cette répercussion, les coûts des activités de production du

GRT font partie intégrante de ses tarifs arrêtés par la CREG en application de l'article 12 de la loi électricité, tel que modifié par le présent avant-projet de loi.

De telles activités prendront la forme de droits de tirage négociés après accord de la CREG. En réponse à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis n° 49.570/3 du 31 mai 2011, ces 'droits de tirage négociés' s'entendent d'accords synallagmatiques conclus par le GRT avec toutes autres parties en mesure de fournir des services auxiliaires. Il s'agit en pratique de producteurs d'électricité. La possibilité pour le GRT d'exercer des activités de production vise en effet à octroyer au GRT le droit de conclure des contrats avec des producteurs pour la fourniture des services auxiliaires nécessaires à l'exercice de ses activités. Les activités de production du GRT aux fins de couvrir ses services auxiliaires ne sont mises en œuvre par le gestionnaire du réseau qu'en dernier recours, les autres procédures de recours au marché applicables, telles des procédures d'appel d'offres pour les services auxiliaires, devant préalablement être mises en œuvre.

Ces activités sont régulées et dès lors contrôlées par la CREG, particulièrement dans le cadre de ses compétences en matière de tarifs » (*ibid.*, pp. 33 et 34).

Cette possibilité, limitée par la disposition attaquée (article 9, § 1er, alinéa 1er) à une production « dans les limites de puissance [des besoins du gestionnaire] en termes de services auxiliaires », peut être justifiée par la nécessité de limiter les risques en matière de sécurité d'approvisionnement du pays, laquelle relève de la responsabilité des Etats membres ainsi qu'il a été exposé en B.34.3 et B.37.4.

B.39.7. En sa première branche, première sous-branche, le troisième moyen n'est pas fondé.

B.40.1. Dans une deuxième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 9, 5°, de la loi attaquée, complétant l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 9, paragraphe 1, point c), de la directive 2009/72/CE.

B.40.2. Il est reproché à l'article 9, § 1er, précité, reproduit en B.39.3, d'interdire aux seules entreprises actives directement ou indirectement dans la production ou la fourniture d'électricité ou de gaz naturel de désigner les membres des organes représentant le gestionnaire de réseau alors que l'article 9, paragraphe 1, point c), de la directive 2009/72/CE vise aussi les personnes – et non les seules entreprises – exerçant un contrôle ou un

quelconque pouvoir sur une entreprise de production ou de fourniture d'électricité, telle une société holding.

B.40.3. En ce qu'il invoque les notions de « contrôle » et de « pouvoir » utilisées par la directive, le moyen, en cette sous-branche, n'est pas fondé, pour les mêmes motifs que ceux indiqués en B.39.4. Il n'est pas davantage fondé en ce qu'il invoque la notion de « personnes » utilisée par la directive : il ressort en effet de l'article 2, paragraphe 35, de la même directive que l'entreprise est définie comme étant « toute personne physique ou morale qui remplit au moins une des fonctions suivantes : la production, le transport, la distribution, la fourniture ou l'achat d'électricité et qui assure les missions commerciales, techniques ou de maintenance liées à ces fonctions, à l'exclusion des clients finals ». Rien n'indique que le législateur aurait entendu s'écarter de cette définition, elle-même aussi étendue que celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron*).

B.40.4. En sa première branche, deuxième sous-branche, le troisième moyen n'est pas fondé.

B.40.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz. Cette conclusion n'est pas mise en cause par la référence que la partie requérante fait à l'article 8/3, § 1er/2, de cette loi, inséré par l'article 62, 4°, de la loi attaquée, dès lors que l'hypothèse visée par cette disposition correspond à celle visée par l'article 9, paragraphe 1, point b), de la directive et non à celle visée par l'article 9, paragraphe 1, point c), invoqué par la partie requérante.

B.41.1. Dans une troisième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 9, 5°, de la loi attaquée, complétant d'un alinéa 6 l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 9, paragraphe 1, point d), de la directive 2009/72/CE en ce qu'il limite aux seules personnes physiques l'interdiction d'être simultanément membre, d'une part, d'un organe représentant légalement l'entreprise et, d'autre part, d'une entreprise qui produit ou fournit de l'électricité ou gère le réseau de transport d'électricité, alors que l'article 9, paragraphe 1, point d), de la directive 2009/72/CE vise toute « personne ».

B.41.2. L'article 9, § 1er, alinéa 6, reproduit en B.39.3, fait référence aux personnes physiques alors qu'il tend à transposer l'article 9, paragraphe 1, point d), de la directive 2009/72/CE qui ne qualifie pas les personnes qu'il vise.

B.41.3. Même s'il s'agit d'une inadvertance du législateur que le Conseil des ministres qualifie d'« erreur de frappe », les dispositions attaquées ne transposent pas correctement la disposition correspondante de la directive, de sorte que le grief est fondé.

B.41.4. En sa première branche, troisième sous-branche, le troisième moyen est fondé.

B.41.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.41.6. En conséquence, il y a lieu d'annuler le mot « physique » à l'article 9, § 1er, alinéa 6, de la loi sur l'électricité et à l'article 8/3, § 1er/1, alinéa 3, de la loi sur le gaz, respectivement inséré par les articles 9, 5°, et 62, 3°, de la loi attaquée.

B.42.1. Dans une quatrième sous-branche de la première branche, la partie requérante reproche à l'article 12, lu en combinaison avec l'article 13, 5°, de la loi attaquée, insérant respectivement, dans la loi sur l'électricité, un article *9quater* et un paragraphe *2ter* à l'article 10, d'être contraire à l'article 9, paragraphe 7, de la directive 2009/72/CE en ce que les exigences relatives à la confidentialité des informations commercialement sensibles prévues à l'article *9quater*, alinéas 1er à 4, ne doivent pas être prises en considération lors de la certification du gestionnaire du réseau de transport, alors que cela serait requis par l'article 9, paragraphe 7, de la directive.

B.42.2. Les articles *9quater* et 10, § *2ter*, de la loi sur l'électricité disposent :

« Art. *9quater*. § 1er. Le gestionnaire du réseau préserve la confidentialité des informations commercialement sensibles dont il a connaissance au cours de l'exécution de ses activités et empêche que des informations sur ses activités, qui peuvent être commercialement avantageuses, soient divulguées de manière discriminatoire.

Le gestionnaire du réseau s'abstient de transférer les informations susvisées à des entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité.

Il s'abstient également de transférer son personnel à de telles entreprises.

Le gestionnaire du réseau, lorsqu'il vend ou achète de l'électricité à une entreprise d'électricité, n'exploite pas de façon abusive les informations commercialement sensibles qu'il a obtenues de tiers lors de leur accès au réseau ou de la négociation de leur accès au réseau.

Les informations nécessaires à une concurrence effective et au bon fonctionnement du marché sont rendues publiques. Cette obligation ne porte pas atteinte à la protection de la confidentialité des informations commercialement sensibles.

Art. 10. [...]

§ 2^{ter}. La commission veille au respect constant par le gestionnaire du réseau des exigences prévues aux articles 9 à 9^{ter}. Elle ouvre une procédure de certification à cet effet :

- a) lorsqu'un candidat gestionnaire du réseau en fait la demande à la commission;
- b) en cas de notification de la part du gestionnaire du réseau en application du § 2^{bis};
- c) de sa propre initiative, lorsqu'elle a connaissance du fait qu'une modification prévue des pouvoirs ou de l'influence exercée sur le gestionnaire du réseau risque d'entraîner une infraction aux dispositions des articles 9 à 9^{ter}, ou lorsqu'elle a des motifs de croire qu'une telle infraction a pu être commise; ou
- d) sur demande motivée de la Commission européenne.

La commission informe le ministre de l'ouverture d'une procédure de certification ainsi que le gestionnaire du réseau lorsqu'elle agit de sa propre initiative ou sur demande motivée de la Commission européenne.

La demande de certification d'un candidat gestionnaire du réseau ainsi que la notification d'un gestionnaire du réseau visée à l'alinéa 1^{er}, b), s'effectue par lettre recommandée avec accusé de réception et mentionne toutes les informations utiles et nécessaires. Le cas échéant, la commission demande au candidat gestionnaire du réseau ou au gestionnaire du réseau de transmettre des informations complémentaires dans un délai de trente jours à compter de la demande.

Lorsqu'elle agit de sa propre initiative ou sur demande motivée de la Commission européenne, la commission mentionne dans son courrier les manquements présumés aux dispositions prévues par les articles 9 à 9^{ter} ou relaye la motivation de la Commission européenne.

Après avoir le cas échéant invité le gestionnaire du réseau à répondre, dans un délai de trente jours ouvrables, aux manquements qu'elle présume ou à la motivation de la Commission européenne, la commission arrête un projet de décision sur la certification du gestionnaire du réseau dans les quatre mois qui suivent la date de la demande du candidat gestionnaire de réseau, la date de la notification du gestionnaire du réseau, la date où elle a informé le ministre, lorsqu'elle agit de sa propre initiative, ou la date de la demande de la Commission européenne. La certification est réputée accordée à l'issue de cette période. Le

projet de décision explicite ou tacite de la commission ne devient définitif qu'après la conclusion de la procédure définie aux alinéas 6° à 9°.

La commission notifie sans délai à la Commission européenne son projet de décision explicite ou tacite relative à la certification du gestionnaire du réseau, accompagné de toutes les informations utiles relatives à ce projet de décision. La Commission européenne rend un avis conformément à la procédure prévue à l'article 3 du Règlement (CE) n° 714/2009.

Après avoir réceptionné l'avis explicite ou tacite de la Commission européenne, la commission rend et communique au ministre, dans les plus brefs délais et au plus tard dans le mois de l'avis de la Commission européenne, sa décision définitive de certification, motivée en ce qui concerne le respect des exigences des articles 9 à 9^{ter}. La commission tient le plus grand compte dans sa décision de l'avis de la Commission européenne. La décision de la commission et l'avis de la Commission européenne sont publiés ensemble au *Moniteur belge*.

La procédure de certification susvisée devient caduque lorsque :

- a) la transaction notifiée à la commission en application du § 2^{bis} est abandonnée; ou
- b) le gestionnaire du réseau remédie aux manquements ayant donné lieu au lancement de la procédure de certification par la commission et/ou la Commission européenne.

La commission et la Commission européenne peuvent exiger du gestionnaire du réseau et des entreprises actives dans la production et/ou la fourniture d'électricité, toutes informations utiles à l'accomplissement de leurs tâches en application du présent paragraphe. Elles veillent à préserver la confidentialité des informations commercialement sensibles ».

B.42.3. Il est vrai que l'article 10, § 2^{ter}, précité charge la CREG de veiller au respect constant par le gestionnaire du réseau des exigences prévues aux articles 9 à 9^{ter} et ne vise donc pas l'article 9^{quater} de la loi sur l'électricité; cependant, l'obligation de confidentialité imposée au gestionnaire de réseau par l'article 9^{quater} est une obligation qui, conformément aux articles 9, paragraphe 7, et 16 de la directive 2009/72/CE, s'impose à lui de manière générale et constante et dont le respect peut être vérifié par la CREG de la même manière, y compris lors de la certification.

B.42.4. En sa première branche, quatrième sous-branche, le troisième moyen n'est pas fondé.

Deuxième branche

B.43.1. Dans une première sous-branche de la seconde branche, la partie requérante reproche à l'article 13, 1^o, de la loi attaquée, modifiant l'article 10, § 1er, dernier alinéa, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE en ce qu'il prévoit que le gestionnaire de réseau définitivement désigné avant la publication de la loi attaquée est réputé certifié, alors que l'article 10, paragraphe 1, requiert une certification par l'autorité de régulation nationale avant toute agrégation et désignation comme gestionnaire de réseau de transport.

B.43.2. L'exception tirée par le Conseil des ministres de ce que la partie requérante ne justifierait pas de l'intérêt au moyen doit être rejetée pour les motifs indiqués en B.27.5.

B.43.3. L'article 10, § 1er, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 1er. Après avis de la commission et délibération en Conseil des ministres, le ministre désigne le gestionnaire du réseau après proposition d'un ou plusieurs propriétaires du réseau y compris, le cas échéant, le gestionnaire du réseau sortant qui, seuls ou conjointement, détiennent une partie du réseau de transport qui couvre au moins 75 pour-cent du territoire national et au moins deux tiers du territoire de chaque région.

A défaut d'une telle proposition dans les trois mois qui suivent la date de publication d'un avis du ministre au *Moniteur belge*, le ministre désigne le gestionnaire du réseau sur proposition de la commission et après délibération en Conseil des ministres.

Avant qu'une entreprise ne soit désignée comme gestionnaire du réseau, elle est certifiée conformément à la procédure visée au § 2^{ter}.

L'identité du gestionnaire du réseau désigné est communiquée à la Commission européenne.

Le gestionnaire du réseau définitivement désigné avant la publication de la loi du 8 janvier 2012 portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations est réputé certifié. La commission peut à tout instant ouvrir une procédure de certification ».

B.43.4. Cette disposition a été présentée comme suit dans les travaux préparatoires de la loi attaquée :

« Le présent article transpose l'obligation de certifier le GRT avant sa désignation prévue par l'article 10.1 de la directive 2009/72/CE. Conformément à la note interprétative de la Commission européenne du 22 janvier 2010 sur le régime d'*unbundling*, cette procédure ne s'applique qu'aux futures désignations.

Il ressort en effet de cette note interprétative que : '*The regulatory authorities are under the obligation to open a certification procedure upon notification by a potential TSO, or upon reasoned request from the Commission. Apart from that, regulatory authorities must monitor compliance of TSOs with the rules on unbundling on a continuous basis, and must open a new certification procedure on their own initiative where according to their knowledge a planned change in rights or influence over transmission system owners or TSOs may lead to an infringement of unbundling rules, or when they have reason to believe that such infringement may have occurred.*' [Traduction : « Les autorités de régulation ont l'obligation d'ouvrir une procédure de certification en cas de notification par un gestionnaire potentiel de réseau de transport ou sur demande motivée de la Commission. En dehors de cela, les autorités de régulation doivent surveiller de façon continue le respect par les gestionnaires de réseau de transport des règles en matière de dissociation et ouvrir une nouvelle procédure de certification, de leur propre initiative, lorsqu'elles ont connaissance du fait qu'une modification prévue des pouvoirs ou de l'influence exercés sur des propriétaires ou des gestionnaires de réseau de transport risque d'entraîner une infraction aux règles en matière de découplage, ou lorsqu'elles ont des motifs de croire qu'une telle infraction a pu être commise. »] (Note interprétative de la Commission européenne, 22 janvier 2010, *Unbundling*, p. 22).

Remettre en cause la désignation des gestionnaires déjà désignés définitivement pour une durée de vingt ans, comme proposé par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis n° 49.570/3 du 31 mai 2011 remettrait en cause les droits acquis de ces gestionnaires, en pleine contradiction avec le 1er protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que de l'article 16 de la Constitution.

Le GRT déjà désigné en application de la loi électricité, à savoir Elia System Operator, ne doit dès lors pas faire l'objet d'une certification en application de cet article ou pourra remettre une demande de certification *pro forma*. La certification du GRT en vertu du présent article ne serait initiée que dans l'hypothèse où la CREG, gardienne du respect des obligations d'indépendance du GRT, ouvrirait une procédure de certification de sa propre initiative contre le GRT déjà désigné ou lors du renouvellement de ce GRT. La CREG peut ouvrir une procédure de certification de sa propre initiative à tout instant, conformément aux dispositions de la note interprétative de la Commission européenne du 22 janvier 2010 susvisée :

'*regulatory authorities must monitor compliance of TSOs with the rules on unbundling on a continuous basis, and must open a new certification procedure on their own initiative where according to their knowledge a planned change in rights or influence over transmission system owners or TSOs may lead to an infringement of unbundling rules, or when they have reason to believe that such infringement may have occurred.*' [Traduction : « les autorités de régulation doivent surveiller de façon continue le respect par les gestionnaires de réseau de transport des règles en matière de dissociation et ouvrir une nouvelle procédure de certification, de leur propre initiative, lorsqu'elles ont connaissance du fait qu'une modification prévue des pouvoirs ou de l'influence exercés sur des propriétaires ou des gestionnaires de réseau de transport risque d'entraîner une infraction aux règles en matière de dissociation, ou lorsqu'elles ont des motifs de croire qu'une telle infraction a pu

être commise. »] (Note interprétative de la Commission européenne, 22 janvier 2010, *Unbundling*, p. 22) » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 37-38).

B.43.5. Le choix fait par le législateur, comparable à ceux faits dans d'autres domaines dans des circonstances analogues, ne peut être considéré comme manifestement déraisonnable : il repose en effet, d'une part, sur le souci de prévenir l'insécurité juridique qui résulterait de ce qu'en l'absence d'une disposition telle que la disposition attaquée, aucun gestionnaire de réseau ne serait désigné, et, d'autre part, sur la nécessité de ne pas mettre en cause, à l'égard de gestionnaires de réseau ayant fait l'objet, sous l'empire de la législation antérieure, d'une désignation pour une durée de vingt ans, le droit au respect des biens garantis, notamment, par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Il en va ainsi spécialement en ce qui concerne des gestionnaires de réseau qui ont pu être amenés à effectuer des investissements qui requièrent une certaine prévisibilité du cadre juridique auquel ces gestionnaires sont soumis. La Cour de justice de l'Union européenne décide d'ailleurs qu'il appartient aux Etats membres de tenir compte des situations particulières des opérateurs économiques et de prévoir des adaptations à l'application des nouvelles règles (CJUE, 7 juin 2005, *VEMW*, C-17/03).

B.43.6. Quant à l'argument tiré par la partie requérante de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 décembre 2009 (C-475/08), il n'est pas fondé dès lors que cet arrêt portait sur une hypothèse dans laquelle le gestionnaire de réseau avait fait l'objet d'une désignation, non pas définitive comme celle visée par la disposition attaquée, mais provisoire et dans laquelle il ne pouvait, par conséquent, faire valoir de droits acquis.

B.43.7. La mesure attaquée ne peut enfin être qualifiée de disproportionnée puisque la CREG peut faire application de l'article 10, § 1er, alinéa 5, précité, de la loi sur l'électricité pour ouvrir une procédure de certification.

B.43.8. En sa deuxième branche, première sous-branche, le troisième moyen n'est pas fondé.

B.43.9. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.44.1. Dans une deuxième sous-branche de la deuxième branche, la partie requérante reproche à l'article 13, 5°, de la loi attaquée, insérant l'article 10, § 2*bis*, alinéa 1er, dans la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 10, paragraphe 3, de la directive 2009/72/CE en ce que la disposition attaquée ne couvrirait pas les transactions qui sont le fait d'autres personnes que les gestionnaires du réseau de transport.

B.44.2. L'article 10, § 2*bis*, de la loi sur l'électricité dispose :

« § 2*bis*. Préalablement à toute transaction pouvant justifier une réévaluation de la manière dont il se conforme aux exigences prévues aux articles 9 à 9*ter*, le gestionnaire du réseau notifie à la commission son intention d'entreprendre cette transaction. De telles transactions ne peuvent se poursuivre que moyennant certification préalable suivant la procédure fixée par le § 2*ter*. En cas de conclusion d'une transaction pouvant justifier une réévaluation de la manière dont le gestionnaire du réseau se conforme aux exigences prévues aux articles 9 à 9*ter* sans certification préalable, la commission met en demeure le gestionnaire du réseau de se conformer à ces exigences en vertu du § 2*ter*. Le gestionnaire du réseau est révoqué à défaut de régularisation suivant cette procédure.

La notification à tout instant à la commission de l'abandon de la transaction concernée rend la procédure de certification visée au § 2*ter* caduque ».

B.44.3. Cette disposition a été présentée comme suit au cours des travaux préparatoires :

« L'obligation prévue par l'article 10.3 de la directive 2009/72/CE pour les GRT d'informer les autorités de régulation auxquelles ils répondent de toutes transactions pouvant avoir une influence sur leur indépendance est transposée par le présent article.

Afin de donner un effet utile à cette notification, il est prévu que le GRT est tenu de notifier la CREG préalablement à tout projet de transaction pouvant avoir une influence sur son indépendance. La transaction envisagée ne peut être conclue sans certification préalable. Si elle devait l'être, le GRT serait mis en demeure par la CREG de se conformer aux exigences d'indépendance qui lui sont applicables et à la procédure de certification » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 38-39).

B.44.4. Il ressort du libellé de la disposition attaquée comme du commentaire qui en a été donné que rien ne permet de considérer que les transactions qu'elle vise seraient limitées aux seules transactions envisagées par le gestionnaire de réseau. Il s'agit en revanche de toute transaction pouvant justifier une réévaluation de la manière dont ce gestionnaire se conforme aux exigences de dissociation des structures de propriété établies par la directive. Sous cette réserve d'interprétation, le grief n'est pas fondé.

B.44.5. La partie requérante fait cependant observer que la disposition attaquée prévoit que la procédure de certification devient, en vertu de l'article 10, §§ 2*bis*, alinéa 2, précité, et 2*ter*, alinéa 8, b), caduque lorsque le gestionnaire de réseau remédie aux manquements ayant donné lieu au lancement de cette procédure; la disposition attaquée, en créant ainsi un automatisme dans l'extinction de la procédure, correspond à celle, analogue, prévue par l'article 8, § 4*bis*, alinéa 5, de la loi sur le gaz, modifié par l'article 61, 2°, de la loi attaquée, mais diffère de celle, pourtant analogue, prévue par l'article 8, § 4*ter*, de la même loi, modifié par le même article 61, 2°. L'article 8, § 4*ter*, alinéa 8, dispose en effet :

« La procédure de certification susvisée devient caduque lorsque :

- a) la transaction notifiée à la commission en application du § 4*bis* est abandonnée; ou
- b) la commission décide, compte tenu des rectifications apportées par le gestionnaire de réseau de transport de gaz naturel, d'abandonner la procédure de certification en cours ».

B.44.6. La loi sur le gaz réserve ainsi à la CREG, dans une de ses dispositions, un pouvoir de décision dont elle est privée, dans la même hypothèse, par la loi sur l'électricité et par une autre disposition de la loi sur le gaz.

Cette inadéquation, qui est qualifiée d'erreur de plume par le Conseil des ministres, n'emporte aucune limitation injustifiée des pouvoirs de la CREG en ce qui concerne la certification des gestionnaires de réseaux de transport d'électricité : le législateur a en effet pu considérer que l'abandon de la transaction ou la disparition de la situation motivant la mise en œuvre d'une procédure de certification pouvait, sans autre formalité, justifier qu'il soit mis automatiquement fin à cette procédure.

B.44.7. En sa deuxième branche, deuxième sous-branche, le troisième moyen n'est, sous la réserve d'interprétation indiquée en B.44.4, pas fondé.

B.44.8. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.45.1. Dans une troisième sous-branche de la deuxième branche, la partie requérante reproche à l'article 13, 5°, de la loi attaquée, insérant l'article 10, § 2*quater*, alinéa 3, dans la

loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2009/72/CE en ce que la disposition attaquée limiterait l'obligation de notification à la CREG qu'elle prévoit aux transactions ayant pour effet que des personnes de pays tiers acquièrent le contrôle du réseau de transport ou du gestionnaire de réseau alors que la directive requiert que la notification porte sur toute situation ayant cet effet. L'article 10, § 2^{quater}, alinéa 4, emporterait en outre un automatisme qui porterait atteinte aux compétences de la CREG.

B.45.2. L'article 10, § 2^{quater}, de la loi sur l'électricité dispose :

« Lorsque la certification est demandée par un propriétaire ou un gestionnaire de réseau de transport sur lequel une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers exercent un contrôle, la commission en informe la Commission européenne.

La commission notifie également sans délai à la Commission européenne toute situation qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle d'un réseau de transport ou d'un gestionnaire de réseau de transport.

Préalablement à sa conclusion, le gestionnaire du réseau notifie à la commission toute transaction qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle du réseau de transport ou du gestionnaire du réseau. Une telle transaction ne peut se poursuivre que moyennant certification suivant le présent paragraphe. En cas de conclusion de la transaction sans certification, la commission met en demeure le gestionnaire du réseau de se conformer aux exigences des articles 9 à 9^{ter} en vertu du présent paragraphe. Le gestionnaire du réseau est révoqué à défaut de régularisation suivant cette procédure.

La notification à tout instant à la commission de l'abandon du projet de transaction rend la procédure de certification du présent paragraphe caduque.

La commission adopte un projet de décision relatif à la certification du gestionnaire du réseau dans les quatre mois suivant la date de la notification à laquelle celui-ci a procédé. Elle refuse d'accorder la certification s'il n'a pas été démontré :

- a) que l'entité concernée se conforme aux exigences prévues aux articles 9 à 9^{ter}; et
- b) que l'octroi de la certification ne mettra pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Belgique ou de l'Union européenne. Lorsqu'elle examine cette question, la commission prend en considération :

1° les droits et les obligations de l'Union européenne découlant du droit international à l'égard de ce pays tiers, y compris tout accord conclu avec un ou plusieurs pays tiers auquel l'Union européenne est partie et qui traite de la question de la sécurité de l'approvisionnement énergétique;

2° les droits et les obligations de la Belgique à l'égard de ce pays tiers découlant d'accords conclus avec celui-ci, dans la mesure où ils sont conformes au droit de l'Union; et

3° d'autres faits particuliers et circonstances du cas d'espèce ainsi que du pays tiers concerné.

La commission notifie sans délai à la Commission européenne son projet de décision, ainsi que toutes les informations utiles s'y afférents.

Avant de prendre définitivement sa décision, la commission demande l'avis de la Commission européenne pour savoir si :

- a) l'entité concernée se conforme aux exigences prévues aux articles 9 à 9ter; et
- b) l'octroi de la certification ne met pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de l'Union européenne.

La Commission européenne examine la demande dès sa réception. Dans les deux mois suivant la réception de la demande, elle rend son avis à la commission.

Pour l'établissement de son avis, la Commission européenne peut demander l'opinion de l'ACER, de l'Etat belge et des parties intéressées. Dans le cas où la Commission européenne fait une telle demande, le délai de deux mois est prolongé de deux mois supplémentaires.

Si la Commission européenne ne rend pas d'avis durant la période visée aux alinéas 8 et 9, elle est réputée ne pas avoir soulevé d'objections à l'encontre du projet de décision de la commission.

La commission dispose d'un délai de deux mois après l'expiration du délai visé aux alinéas 8 et 9 pour adopter sa décision définitive concernant la certification. Pour ce faire, la commission tient le plus possible compte de l'avis de la Commission européenne. En tout état de cause, la commission a le droit de refuser d'octroyer la certification si cela met en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Belgique ou la sécurité de l'approvisionnement énergétique d'un autre Etat membre.

La décision définitive de la commission et l'avis de la Commission européenne sont publiés ensemble. Lorsque la décision définitive diffère de l'avis de la Commission européenne, la commission fournit et publie avec la décision la motivation de cette décision ».

B.45.3. Compte tenu de ce que l'alinéa 2 de l'article 10, § 2^{quater}, de la loi sur l'électricité impose à la CREG de notifier sans délai à la Commission européenne toute situation qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle d'un réseau de transport ou d'un gestionnaire de réseau de transport, il

peut être admis, comme l'indique le Conseil des ministres, que la CREG doive elle-même être informée par le gestionnaire de réseau de telles situations. Sous cette réserve d'interprétation, le grief n'est pas fondé.

Pour le surplus, le grief n'est pas fondé, pour les mêmes motifs que ceux mentionnés en B.44.6 en ce qui concerne le mécanisme d'extinction automatique de la procédure de certification.

B.45.4. En sa deuxième branche, troisième sous-branche, le troisième moyen n'est, sous la réserve d'interprétation indiquée en B.45.3, pas fondé.

B.45.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

En ce qui concerne le quatrième moyen

B.46. Le quatrième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec l'article 40 de la directive 2009/72/CE et avec les articles 32, 35, paragraphe 1, 36, 41, paragraphes 6, point c), et 9, 42 et 48 de la directive 2009/73/CE.

Première branche

B.47.1. Dans une première branche, la partie requérante reproche à l'article 27, 12°, de la loi attaquée, modifiant l'article 18, § 4, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 40 de la directive 2009/72/CE en ce que l'obligation imposée aux fournisseurs et intermédiaires de conserver les données pertinentes relatives aux transactions qu'ils réalisent porte sur les transactions conclues avec les intermédiaires raccordés au réseau de transport et le gestionnaire du réseau de transport, alors que l'article 40 de la directive vise celles conclues avec des clients grossistes et des gestionnaires de réseau de transport.

B.47.2. L'article 27 de la loi attaquée abroge l'article 19, § 1er, de la loi sur l'électricité. L'article 18, § 4, de cette même loi, auquel renvoient la partie requérante et le Conseil des ministres, est modifié par l'article 24, 12°, de la loi attaquée. L'erreur matérielle commise par la partie requérante ne justifie pas que le moyen soit jugé irrecevable comme le soutient, à titre principal, le Conseil des ministres, dès lors que celui-ci démontre, dans son argumentation présentée à titre subsidiaire, qu'il a pu entendre le moyen comme portant sur l'article 24, 12°, de la loi attaquée.

B.47.3. L'article 18, § 4, de la loi sur l'électricité dispose :

« Les fournisseurs et intermédiaires tiennent à la disposition des autorités fédérales, y compris de la commission, du Conseil de la concurrence et de la Commission européenne, aux fins d'exécution de leurs tâches, pour une durée de cinq ans, les données pertinentes relatives à toutes les transactions portant sur des contrats de fourniture d'électricité à des clients raccordés au réseau de transport ou des instruments dérivés sur l'électricité passés avec des intermédiaires raccordés au réseau de transport et le gestionnaire du réseau de transport.

Les données comprennent des informations sur les caractéristiques des transactions pertinentes, telles que les règles relatives à la durée, à la livraison et à la liquidation, la quantité, la date et l'heure de l'exécution, le prix de la transaction et le moyen d'identifier l'intermédiaire concerné, ainsi que les informations requises concernant tous les contrats de fourniture d'électricité et instruments dérivés sur l'électricité non liquidés.

La commission peut mettre certaines de ces données à la disposition des acteurs du marché, pour autant que ne soient pas divulguées des informations commercialement sensibles, confidentielles et/ou à caractère personnel, sur des acteurs du marché ou des transactions déterminés. Le présent paragraphe ne s'applique pas aux informations relatives aux instruments financiers qui relèvent de la Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les Directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 93/22/CEE du Conseil, telle que transposée en droit belge. Lorsque les autorités visées au premier alinéa ont besoin d'accéder aux données détenues par des entités relevant de la Directive qui précède, ces entités leur fournissent les données demandées.

La Commission européenne adopte des orientations en application de l'article 40.4 de la Directive 2009/72/CE. Le présent paragraphe s'applique aux transactions portant sur des instruments dérivés sur l'électricité entre des fournisseurs et intermédiaires, d'une part, et des intermédiaires et le gestionnaire du réseau, d'autre part, sur la base de ces orientations ».

B.47.4. L'intermédiaire est défini par l'article 2, 15°, de la loi sur l'électricité, modifié par l'article 2, 7°, de la loi attaquée, comme « toute personne physique ou morale, autre qu'un producteur ou un gestionnaire de réseau de distribution, qui achète de l'électricité en vue de la

revente »; le client grossiste est pour sa part défini par l'article 2, paragraphe 8, de la directive 2009/72/CE comme « une personne physique ou morale qui achète de l'électricité pour la revendre à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau où elle est installée ».

En précisant dans la définition de l'intermédiaire que n'y sont pas compris les producteurs et gestionnaires de réseaux de distribution, le législateur ne s'est pas écarté de la notion de client grossiste utilisée par la directive. Ces personnes ne peuvent en effet se trouver en position d'acheter de l'électricité pour la revendre en raison des règles de dissociation des structures de propriété (« *unbundling* ») imposées par les directives (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 22). Quant à la possibilité, évoquée par la partie requérante, de faire usage de l'article 8, § 2, alinéa 1er, de la loi sur l'électricité pour exercer des activités de production ou de fourniture d'électricité, elle s'applique non pas aux gestionnaires de réseaux de distribution (exclus par la disposition attaquée) mais aux gestionnaires de réseaux de transport que le législateur n'a pas écartés de la notion d'intermédiaire.

B.47.5. En sa première branche, le quatrième moyen n'est pas fondé.

Deuxième branche

B.48.1. Dans une deuxième branche, la partie requérante reproche à l'article 65, 5°, de la loi attaquée d'être contraire aux articles 32, 36, 41, paragraphes 6, point c), et 9, et 42 de la directive 2009/73/CE en ce qu'il ne supprime pas la dérogation dont bénéficie l'« Interconnector Zeebrugge Terminal » (ci-après : « IZT ») en vertu de l'article 25 de la loi sur le gaz alors qu'il supprime celle dont l'IZT bénéficie en vertu de l'article 15/1, § 4, de la même loi.

B.48.2. L'article 15/1, § 4, de la loi sur le gaz disposait, avant sa modification par l'article 65, 5°, de la loi attaquée :

« Les installations onshore et offshore de l'« Interconnector Zeebrugge Terminal » (IZT) et du Zeepipe Terminal (ZPT) situées sur territoire belge, sont gérées avec les installations en amont dont elles font partie intégrante conformément aux traités internationaux. Ces installations ne sont pas gérées par les gestionnaires visés par la présente loi ».

B.48.3. Il résulte de l'abrogation des mots « de l'Interconnector Zeebrugge Terminal (IZT) et » que l'IZT, propriété d'une société britannique, est désormais géré par les gestionnaires visés par la loi sur le gaz; il est soumis à l'intervention conjointe des autorités nationales de régulation belge et britannique, conformément à l'article 34 de la directive 2009/73/CE (*Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, DOC 53-1725/008, pp. 14-15).

B.48.4. L'article 25 de la loi sur le gaz prévoit que l'IZT et le Zeepipe ne sont pas soumis aux dispositions de cette loi relatives à l'accès au réseau de transport de gaz naturel et aux installations de stockage de gaz naturel et de gaz naturel liquéfié (chapitre IV^{ter}) ni aux dispositions de cette loi relatives à la tarification, aux obligations de service public et à la comptabilité (chapitre IV^{quater}).

Les raisons du maintien de cette dérogation ont été exposées comme suit au cours des travaux préparatoires de la loi attaquée :

« Il existe en Belgique de larges infrastructures gazières, telles l'Interconnector I(UK), qui ont été réalisées antérieurement à la libéralisation du marché du gaz naturel et qui présentaient alors de grands risques pour les investisseurs en termes de profits. Les traités internationaux conclus par rapport à de telles infrastructures, tels l'Accord entre le gouvernement du Royaume de Belgique et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif au transport de gaz naturel par canalisation entre le Royaume de Belgique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 10 décembre 1997, protègent les arrangements contractuels qui garantissent la mise en œuvre efficace de ces infrastructures.

Cette protection n'est nullement affectée par l'entrée en vigueur et la transposition du Troisième Paquet Energie, particulièrement en ce qui concerne les droits acquis des parties concernées.

De plus, le Troisième Paquet Energie poursuit un *ratio legis* identique aux traités internationaux susvisés afin de promouvoir les investissements dans de nouvelles larges infrastructures. Ainsi, il permet la mise en œuvre efficace d'engagements contractuels en dérogation aux règles en matière d'accès des tiers et de tarifs régulés.

Le Troisième Paquet Energie n'a aucune incidence sur les dérogations déjà octroyées par le passé à des grandes infrastructures. La Commission européenne a bien au contraire confirmé le maintien de ces dérogations dans le cadre des travaux préparatoires de la directive 2009/73/CE. Il ressort de sa déclaration au Conseil datée du 23 juin 2009 (2007/0198 (COD), 10817/09 ADD REV 2) que :

‘ Les dérogations au régime réglementaire autorisées en vertu de la directive 2003/55/CE et du règlement (CE) n° 1228/2003 en vigueur pour les nouvelles infrastructures transfrontalières continuent de s’appliquer jusqu’au terme prévu dans la décision d’autorisation d’une dérogation, même après l’entrée en vigueur de la directive abrogeant la directive 2003/55/CE et du règlement abrogeant le règlement (CE) n° 1228/2003. Sauf mention contraire dans les décisions de dérogation elles-mêmes, la mise en œuvre des dispositions relatives aux nouvelles infrastructures prévues par l’article 36 de la directive sur le gaz modifiée et par l’article 17 du nouveau règlement sur l’électricité ne doit donc pas porter atteinte à l’application des dérogations. ’

Le maintien de ces droits acquis a été confirmé de manière identique au Considérant (35) de la directive 2009/73/CE ainsi que dans la note interprétative de la Commission européenne du 22 janvier 2010 relative au régime d’*unbundling* susvisée. Selon le considérant (35) de la directive 2009/73/ CE :

‘ Les dérogations accordées en vertu de la directive 2003/55/CE continuent de s’appliquer jusqu’à leur terme prévu, indiqué dans la décision d’octroi de la dérogation. ’

Il ressort par ailleurs de la note interprétative susvisée (pp. 6 et 7) que :

‘ Exemptions for new infrastructure that have already been granted pursuant to Article 22 of Directive 2003/55/ EC and Article 7 of Regulation (EC) 2003/1228 continue to apply until the expiry date stipulated in the exemption decision, also after entry into force of the Gas Directive and the Electricity Regulation (recital 35 Gas Directive and recital 23 Electricity Regulation). Unless provided otherwise in the exemption decisions themselves, such exemptions must not be altered by application of the provisions on new infrastructure set out in Article 36 Gas Directive and Article 17 Electricity Regulation ’. [Traduction : « Les dérogations déjà accordées pour de nouvelles infrastructures en vertu de l’article 22 de la directive 2003/55/CE et de l’article 7 du règlement (CE) 2003/1228 continuent de s’appliquer jusqu’au terme prévu dans la décision de la dérogation, même après l’entrée en vigueur de la directive sur le gaz et du règlement sur l’électricité (considérant 35 de la directive sur le gaz et considérant 23 du règlement sur l’électricité). Sauf disposition contraire dans les décisions de dérogation mêmes, de telles dérogations ne doivent pas être modifiées en application des dispositions sur les nouvelles infrastructures figurant à l’article 36 de la directive sur le gaz et à l’article 17 du règlement sur l’électricité. »]

Les garanties octroyées dans le cadre de traités internationaux susvisés et qui confèrent des droits acquis ne sont dès lors aucunement remises en cause par le Troisième Paquet Energie » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 105-106).

B.48.5. Il résulte de ce qui précède que le maintien des dérogations en cause peut s’autoriser, d’une part, du souci de respecter les dispositions du traité international qui a permis la réalisation de l’IZT et de permettre aux autorités de régulation nationales de chacun des deux pays de s’accorder quant au régime de l’IZT ainsi que de la nécessité de ménager les droits acquis lors de la réalisation de cette infrastructure et, d’autre part, de ce que la directive 2009/73/CE autorise le maintien des dérogations accordées antérieurement dans ce domaine,

ainsi que l'indique son considérant 35 précité. Le législateur pouvait donc ne pas rendre applicables à l'IZT les dispositions de la directive précitée invoquées par la partie requérante et relatives à l'accès des tiers au réseau de transport de gaz et à sa tarification (article 32) et aux compétences de l'autorité de régulation nationale sur les interconnexions transfrontalières (articles 36, 41, paragraphe 6, point c), et 9, et 42). S'il est vrai que le traité international précité permet aux Etats, comme l'indique la partie requérante, de s'accorder pour l'amender ou le résilier, il reste qu'actuellement, un tel accord n'existe pas.

B.48.6. En sa deuxième branche, le quatrième moyen n'est pas fondé.

Troisième branche

B.49.1. Dans une troisième branche, la partie requérante reproche à l'article 7 de la loi attaquée, modifiant l'article 7 de la loi sur l'électricité, d'être contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il prévoit un régime d'octroi des certificats verts en faveur des seuls exploitants de parcs éoliens *offshore* raccordés au réseau de transport et le refuse par conséquent aux autres exploitants de parcs éoliens *offshore*.

B.49.2. L'article 7 de la loi sur l'électricité, tel qu'il a été modifié par la loi attaquée, disposait :

« § 1er. Par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition de la commission, le Roi peut :

1° prendre des mesures d'organisation du marché, dont la mise en place de mécanismes, gérés par la commission, en vue de l'octroi de certificats de garantie d'origine et de certificats verts pour l'électricité produite conformément à l'article 6, ainsi que l'établissement d'une 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, afin 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. Les certificats octroyés à des 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 et faisant l'objet d'une concession domaniale visée à l'article 6 ne bénéficient de l'obligation de rachat à un prix minimal susvisée qu'à condition que l'électricité produite par ces installations et ayant donné droit à l'octroi des certificats soit injectée directement sur le réseau de transport;

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.

Sous réserve de l'alinéa 3, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition de la commission, le Roi peut modifier, remplacer ou abroger les dispositions de l'arrêté royal du 16 juillet 2002, relatif à l'établissement de mécanismes visant la promotion de l'électricité produite à partir des sources d'énergie renouvelables, confirmé par l'article 427 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002.

§ 1er bis. En fonction notamment des conditions de meilleures pratiques technologiques, du prix de rachat de l'électricité et du coût de financement, la commission établit annuellement un rapport, pour les projets futurs, sur l'efficacité en matière de coûts du prix minimal de l'obligation de rachat susvisée par le gestionnaire du réseau des certificats verts octroyés par les autorités fédérales et régionales. Ce rapport est remis au ministre et est publié sur le site Internet de la commission.

Le cas échéant, la commission peut remettre un avis sur l'opportunité de modifier l'arrêté royal délibéré en Conseil des ministres susvisé en ce qui concerne la hauteur de ce prix minimal.

§ 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 prorata 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. La commission fixe, sur proposition du gestionnaire du réseau, les modalités de calcul de l'écart de production, 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 % quand le prix de référence du marché est positif ou a augmenté de 10 % quand le prix de référence du marché est négatif;

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 % quand le prix de référence du marché est positif ou a diminué de 10 % quand le prix de référence du marché est négatif;

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.49.3. L'article 2 de la loi du 27 décembre 2012 portant des dispositions diverses en matière d'énergie (*Moniteur belge* du 28 décembre 2012, quatrième édition) a modifié la disposition attaquée. Il dispose :

« Dans l'article 7, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, modifié en dernier lieu par la loi du 8 janvier 2012, la phrase ' Les certificats octroyés à des 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 et faisant l'objet d'une concession domaniale visée à l'article 6 ne bénéficient de l'obligation de rachat à un prix minimal susvisée qu'à condition que l'électricité produite par ces installations et ayant donné droit à l'octroi des certificats soit injectée directement sur le réseau de transport. ' est abrogée ».

Cette modification n'opérant pas avec effet rétroactif, le quatrième moyen, en sa troisième branche, conserve son objet.

B.49.4. La circonstance, invoquée par le Conseil des ministres mais contestée par la CREG, selon laquelle les parcs éoliens *offshore* sont, en pratique, raccordés au réseau de transport est une circonstance d'espèce qui n'est pas de nature à justifier la différence de traitement dénoncée par la partie requérante. Celle-ci est d'ailleurs supprimée par l'effet de l'article 2 de la loi du 27 décembre 2012 évoqué en B.49.3.

B.49.5. Le Conseil des ministres invoque en outre les règles répartitrices de compétences entre l'Etat et les régions : selon lui, celles-ci sont en effet compétentes, en vertu de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, pour la distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts, de sorte que le législateur fédéral n'aurait pu prévoir le régime d'octroi des certificats verts en faveur des exploitants de parcs éoliens *offshore* raccordés au réseau de distribution sans porter atteinte aux compétences des régions.

Une telle justification n'est pas admissible. En effet, contrairement à ce qui est le cas pour les autres sources d'énergie renouvelables, notamment les éoliennes *onshore*, qui sont en principe promues par les régions, la circonstance que les éoliennes *offshore* 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. Dans les travaux préparatoires, le ministre a d'ailleurs rappelé, concernant une éventuelle discrimination envers les éoliennes *onshore*, 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.49.6. Dès lors que le constat de la lacune qui a été fait en B.49.1 et B.49.4 est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre l'application de la disposition attaquée dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge et à l'autorité compétents de mettre fin à la violation de ces normes.

B.49.7. En sa troisième branche, le quatrième moyen est fondé. En conséquence, il y a lieu d'annuler l'article 7 de la loi attaquée en ce qu'il ne s'applique pas aux exploitants de parcs éoliens *offshore* qui ne sont pas raccordés au réseau de transport.

Quatrième branche

B.50.1. Dans une première sous-branche de la quatrième branche, la partie requérante reproche à l'article 25 de la loi attaquée, insérant l'article 18*bis* de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 28 de la directive 2009/72/CE en ce qu'il prévoit, pour les réseaux fermés industriels existants, l'obtention automatique de la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel alors que, selon cet article 28, l'octroi de cette qualité doit être le fait d'une autorité vérifiant le respect des conditions auxquelles ladite qualité est subordonnée. Cette disposition serait en outre discriminatoire à l'égard des réseaux fermés industriels créés après l'entrée en vigueur de la loi.

B.50.2. L'article 18*bis* de la loi sur l'électricité dispose :

« § 1er. Toute personne physique ou morale propriétaire ou disposant d'un droit d'usage sur un réseau répondant aux critères d'un réseau fermé industriel raccordé exclusivement au réseau de transport, dont la tension nominale est supérieure à 70 kilovolts et tel que défini à l'article 2, 41°, peut déclarer ce réseau à la commission et au ministre dans un délai de six mois suivant la publication de la loi du 8 janvier 2012 portant modification de la loi du

29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations et s'engager au respect des dispositions s'appliquant à lui en vertu de la présente loi. Par cette déclaration, il acquiert la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel. La Direction générale de l'Energie vérifie, après avis de la commission et du gestionnaire du réseau, la conformité technique du réseau fermé industriel déclaré avec le réseau de transport. A cette fin, le gestionnaire de réseau fermé industriel fournit, dans les six mois de sa déclaration, à la Direction générale de l'Energie la preuve de la conformité technique de son réseau fermé industriel avec le réseau de transport. Une copie de ce rapport est adressée au gestionnaire du réseau ainsi qu'à la commission.

Le ministre peut conférer, après avis de la commission et du gestionnaire du réseau, la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel à la personne physique ou morale propriétaire ou disposant d'un droit d'usage sur un réseau répondant aux critères d'un réseau fermé industriel raccordé exclusivement au réseau de transport, dont la tension nominale est supérieure à 70 kilovolts et tel que défini à l'article 2, 41°, qui en fait la demande après la publication de la loi du 8 janvier 2012 portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations et qui respecte les critères prévus par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

La Direction générale de l'Energie publie et met à jour sur son site Internet la liste des gestionnaires de réseaux fermés industriels.

§ 2. Par dérogation aux dispositions de la présente loi et notamment de ses articles 8 à 10, 12 à 12quinquies, 18 et 22, les gestionnaires de réseaux fermés industriels ne sont tenus qu'aux obligations suivantes :

a) tout gestionnaire de réseau fermé industriel s'abstient, dans le cadre de cette fonction, de discrimination entre les utilisateurs de son réseau fermé industriel;

b) tout gestionnaire de réseau fermé industriel assure aux utilisateurs de son réseau fermé industriel le droit de se procurer leur électricité auprès des fournisseurs de leurs choix et de changer de fournisseurs, dans le respect de la durée et des modalités de leurs contrats, dans un délai maximum de trois semaines. Tout utilisateur d'un réseau fermé industriel peut mandater le gestionnaire de ce réseau d'exercer, en son nom et pour son compte, son éligibilité. Pour être valable, ce mandat doit être prévu de manière expresse et pouvoir être revu par période contractuelle;

c) tout gestionnaire de réseau fermé industriel modalise le raccordement et l'accès à ce réseau par contrat avec les utilisateurs du réseau fermé industriel. Ces contrats précisent notamment :

1° les exigences techniques minimales de conception et de fonctionnement des installations raccordées au réseau fermé industriel, les puissances maximales au raccordement et les caractéristiques des alimentations fournies;

2° les modalités commerciales du raccordement au réseau fermé industriel et d'accès à celui-ci;

3° les conditions de coupure du raccordement pour non-respect des engagements contractuels ou pour la sécurité du réseau fermé industriel.

Ces contrats doivent être transparents et non discriminatoires. Ils doivent également prévoir que la commission est compétente en cas de contestation par un utilisateur du réseau fermé industriel des tarifs appliqués sur ce réseau. Toute décision de la commission en la matière peut faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles en application de l'article 29bis.

La conclusion de ces contrats est conditionnée par l'implantation de l'utilisateur du réseau fermé industriel sur le réseau fermé industriel;

d) tout gestionnaire de réseau fermé industriel remet aux utilisateurs du réseau fermé industriel qu'il gère :

1° une facturation détaillée et claire, basée sur leurs consommations ou injections propres et sur les principes tarifaires et/ou les tarifs susvisés au présent article;

2° une juste répartition, sur leurs factures, des surcoûts appliqués sur les factures de transport, dans le respect des principes de chaque surcoût;

3° la communication des données pertinentes de leurs consommations et/ou injections ainsi que les informations permettant un accès efficace au réseau;

e) tout gestionnaire de réseau fermé industriel préserve la confidentialité des informations commercialement sensibles des utilisateurs de son réseau dont il a connaissance dans le cadre de ses activités, sauf toute obligation légale de divulguer des informations;

f) tout gestionnaire de réseau fermé industriel démontre la conformité technique de son réseau avec les dispositions pertinentes du règlement technique pris en application de l'article 11, dont celle relative au raccordement;

g) tout gestionnaire de réseau fermé industriel exploite et entretient son réseau en veillant, vu les caractéristiques du réseau fermé industriel, à assurer sa sécurité, sa fiabilité et son efficacité, dans des conditions économiques acceptables, dans le respect de l'environnement et de l'efficacité énergétique.

§ 3. Par dérogation aux dispositions de la présente loi et notamment de ses articles 12 à 12quinquies, tout gestionnaire de réseau fermé industriel ainsi que tout gestionnaire de réseau fermé de distribution, pour autant que les dispositions régionales applicables mettent en œuvre un régime de réseau fermé de distribution, applique pour le raccordement, l'accès et les services auxiliaires applicables à ce réseau, des principes tarifaires et/ou tarifs qui respectent les orientations suivantes :

1° les principes tarifaires et/ou tarifs sont non discriminatoires, basés sur les coûts et une marge bénéficiaire raisonnable;

2° les principes tarifaires et/ou tarifs sont transparents : ils sont élaborés en fonction de leurs paramètres et sont communiqués à l'avance par le gestionnaire du réseau fermé industriel ou du réseau fermé de distribution aux utilisateurs du réseau et aux régulateurs compétents;

3° le tarif appliqué par le gestionnaire du réseau fermé industriel ou de distribution aux utilisateurs de ce réseau comprend les coûts d'accès, de raccordement, de services auxiliaires ainsi que, le cas échéant, les coûts liés aux surcharges que le réseau fermé industriel ou de distribution doit supporter pour utiliser le réseau de transport ou de distribution auquel il est raccordé. Le gestionnaire du réseau fermé industriel est assimilé aux utilisateurs du réseau autres que les gestionnaires de réseau de distribution pour l'application des tarifs pratiqués par le gestionnaire du réseau au gestionnaire du réseau fermé industriel;

4° les durées d'amortissement et les marges bénéficiaires sont choisies par le gestionnaire du réseau fermé industriel ou de distribution dans les plages entre les valeurs qu'il applique dans son principal secteur d'activités et celles appliquées dans les réseaux de distribution;

5° les principes tarifaires quant au raccordement, son renforcement et quant au renouvellement d'équipements du réseau dépendent du degré de socialisation ou d'individualisation des investissements propre au site, compte tenu du nombre d'utilisateurs du réseau fermé industriel ou de distribution.

§ 4. Les cas de réseaux fermés mixtes, dont le niveau de tension implique à la fois les compétences fédérales et régionales, font l'objet d'une concertation ».

B.50.3. L'article 18*bis* de la loi sur l'électricité précitée est identique à l'article 15/9*bis* de la loi sur le gaz, inséré par l'article 80 de la loi attaquée. Par son arrêt n° 98/2013 du 9 juillet 2013, la Cour a annulé, en raison d'une violation des règles répartitrices de compétence, cet article 80 « en ce qu'il insère l'article 15/9*bis*, §§ 1er, 2 et 4, dans la loi précitée du 12 avril 1965 et en ce que ces dispositions sont d'application aux réseaux fermés industriels qui se situent dans la sphère de compétence territoriale des régions ».

B.50.4. Le quatrième moyen, en sa quatrième branche, ne doit donc être examiné qu'en ce qu'il porte sur l'article 18*bis* de la loi sur l'électricité, sur l'article 15/9*bis*, § 3, de la loi sur le gaz et sur les paragraphes 1er, 2 et 4 de cette disposition dans la mesure où ceux-ci se rapportent aux réseaux fermés industriels qui ne se situent pas dans la sphère de compétence territoriale des régions.

B.50.5. Il ressort de l'article 18*bis*, § 1er, alinéa 1er, précité, de la loi sur l'électricité que la Direction générale de l'énergie est chargée de vérifier la conformité technique des réseaux fermés industriels existants. Dès lors que l'article 28, paragraphe 1, de la directive prévoit que la désignation se fait par l'autorité de régulation nationale ou par une autre instance compétente, le législateur pouvait charger la Direction générale de l'énergie dudit contrôle. Il est vrai, comme le fait observer la partie requérante dans son mémoire en réponse, que la disposition attaquée prévoit aussi que la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel est acquise par la déclaration prévue par cette disposition. Le pouvoir de vérification dont la phrase suivante investit la Direction générale de l'énergie implique toutefois, à peine de priver cette disposition de tout effet utile, que la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel puisse être perdue si cette vérification aboutissait à un résultat négatif. Sous cette réserve, la disposition attaquée ne viole pas les dispositions invoquées par la partie requérante.

B.50.6. En outre, la simple circonstance que les réseaux fermés industriels mis en service avant l'entrée en vigueur de la loi attaquée seraient soumis à un régime différent de celui prévu pour les réseaux fermés industriels créés après cette entrée en vigueur n'est pas, en soi, de nature à créer une discrimination.

Pour répondre à l'argumentation du Conseil des ministres, la partie requérante indique qu'elle met en cause une différence de traitement entre réseaux fermés industriels fondée, non pas sur la circonstance qu'ils seraient ou non opérationnels lors de l'entrée en vigueur de la loi mais sur la circonstance que le gestionnaire du réseau ferait ou non, dans le délai de six mois prévu par la disposition attaquée, la déclaration prévue par celle-ci. Cette critique s'analyse toutefois comme un nouveau moyen, qui n'est dès lors pas recevable.

B.50.7. En sa quatrième branche, première sous-branche, le quatrième moyen n'est pas fondé, sous la réserve indiquée en B.50.5.

B.50.8. Il en va de même en ce qui concerne l'article 15/9*bis*, § 1er, de la loi sur le gaz dans la mesure où, compte tenu du B.50.3, il reste applicable aux réseaux fermés industriels qui ne se situent pas dans la sphère de compétence territoriale des régions.

B.51.1. Dans une deuxième sous-branche de la quatrième branche, la partie requérante reproche à l'article 25 de la loi attaquée, insérant l'article 18*bis*, §§ 2 et 3, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 28 de la directive 2009/72/CE en ce que la reconnaissance de la qualité de gestionnaire de réseau fermé industriel implique que le gestionnaire est soumis à un régime qui déroge à celui prévu pour les autres gestionnaires, alors que seule l'autorité de régulation est habilitée à accorder des dérogations et que ce régime crée des discriminations entre acteurs du secteur.

B.51.2. L'article 18*bis*, §§ 2 et 3, reproduit en B.50.2, de la loi sur l'électricité déroge, en ce qui concerne les réseaux fermés industriels, aux articles 8 à 10, 12 à 12*quinquies*, 18 et 22 de la même loi, qui définissent les obligations auxquelles sont tenus les gestionnaires de réseau.

Cette disposition a été présentée comme suit dans l'exposé des motifs du projet devenu la loi attaquée :

« Compte tenu de l'ensemble de ces caractéristiques et afin de garantir la sécurité juridique des situations historiques, le présent avant-projet de loi prévoit la mise en œuvre d'un régime dérogatoire pour les réseaux fermés industriels : les gestionnaires de ces réseaux ne sont soumis qu'à des obligations minimales, listées aux articles 25 et 81, et sont exemptés des autres obligations imposées aux entreprises d'électricité et de gaz naturel. Il eut en effet été illogique de soumettre les gestionnaires de réseaux fermés industriels qui rendent service afin d'optimiser au maximum les réseaux de transport existant à l'ensemble des obligations qui incombent aux gestionnaires de ces réseaux » (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, pp. 18-19).

Le législateur a pu considérer que la situation des réseaux fermés industriels différait suffisamment de celles des autres réseaux pour que les premiers puissent être soumis à des obligations moins lourdes que celles imposées aux seconds. Il a pu, à cet égard, se référer au considérant 30 de la directive 2009/72/CE, qui indique :

« Lorsqu'il est fait usage d'un réseau fermé de distribution afin d'assurer l'efficacité optimale d'une fourniture intégrée d'énergie exigeant des normes opérationnelles spécifiques, ou bien que le propriétaire du réseau maintient un réseau fermé de distribution d'abord pour son propre usage, il devrait être possible d'exempter le gestionnaire de réseau de distribution d'obligations qui pourraient constituer une charge administrative injustifiée en raison de la nature particulière des relations entre le gestionnaire et les utilisateurs du réseau. Les sites industriels, commerciaux ou de partage de services, tels que gares ferroviaires, aéroports, hôpitaux, grands terrains de camping avec équipements intégrés, ou installations de l'industrie

chimique, peuvent avoir des réseaux fermés de distribution en raison de la nature particulière de leurs opérations ».

La partie requérante n'indique pas, pour le surplus, les obligations dont il serait critiquable de dispenser les gestionnaires de réseaux fermés industriels; elle est en tout état de cause en mesure d'exercer à leur égard les pouvoirs de contrôle dont elle est investie par l'article 23 de la loi.

B.51.3. La partie requérante critique la différence de traitement qui résulterait de l'article 18*bis*, §§ 2 et 3, entre les gestionnaires de réseaux fermés industriels et les gestionnaires de réseaux fermés de distribution. Cette différence de traitement, qui résulte du seul article 18*bis*, § 2, - l'article 18*bis*, § 3, relatif aux tarifs, s'appliquant aux uns et aux autres - est justifiée par la circonstance que la compétence de régler les réseaux fermés de distribution, visée à l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, relève des régions et non de l'Etat fédéral, exception faite pour les matières tarifaires. La différence de traitement résulte donc de ce que les dispositions attaquées ont été adoptées conformément aux règles répartitrices de compétence entre l'Etat, les communautés et les régions qui interdisent d'y faire figurer des dispositions imposant aux réseaux fermés de distribution des obligations autres que celles portant sur les matières tarifaires.

B.51.4. La partie requérante critique la différence de traitement qui résulterait de l'article 18*bis*, § 4, de la loi sur l'électricité, reproduit en B.50.2, entre les gestionnaires de réseaux fermés industriels et les gestionnaires de réseaux fermés mixtes, ces derniers ne pouvant bénéficier du régime applicable aux premiers.

L'article 18*bis*, § 4, précité, prévoit une concertation entre l'Etat fédéral et les régions portant sur les cas des réseaux fermés mixtes dont le niveau de tension implique un partage de compétences entre l'Etat et les régions. Celui-ci résulte de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée qui réserve aux régions, notamment, la distribution d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts, à l'exception des matières tarifaires, et de l'article 6, § 3, de la même loi

spéciale qui prévoit une concertation associant les Gouvernements concernés au sujet de toute mesure relative à la politique de l'énergie en dehors des compétences énumérées au paragraphe 1er précité. Dès lors que relèvent de cette catégorie de mesures celles relatives aux réseaux fermés mixtes dont le niveau de tension de plus de 70 000 volts implique un partage de compétences entre l'Etat et les régions, le législateur, en adoptant la disposition attaquée, a pris une mesure qui est conforme aux règles répartitrices de compétences entre l'Etat, les communautés et les régions et qui est, par là, de nature à justifier la différence de traitement critiquée par la partie requérante.

B.51.5. La partie requérante critique la différence de traitement qui serait créée par l'article 18*bis*, §§ 2 et 3, précité, de la loi sur l'électricité entre les utilisateurs des réseaux fermés industriels et les gestionnaires de ceux-ci, seuls ces derniers bénéficiant du régime dérogatoire prévu par les dispositions attaquées.

L'article 2, 43° et 44°, de la loi sur l'électricité définit comme suit l'utilisateur et le gestionnaire de réseau fermé industriel :

« Art. 2. Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par :

[...]

43° ' gestionnaire de réseau fermé industriel ' : personne physique ou morale propriétaire d'un réseau fermé industriel ou disposant d'un droit d'usage sur un tel réseau;

44° ' utilisateur de réseau fermé industriel ' : un client final raccordé à un réseau fermé industriel; ».

Il ressort de ces définitions que l'utilisateur comme le gestionnaire du réseau font usage du réseau fermé industriel de sorte que, contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, ils constituent des catégories comparables au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

Ces deux catégories de personnes se trouvent cependant, compte tenu des obligations imposées aux seuls gestionnaires de réseaux, dans des situations essentiellement différentes. La différence de traitement critiquée n'est dès lors pas injustifiée et est par ailleurs d'autant

moins critiquable que les utilisateurs de réseaux fermés industriels, n'étant par hypothèse pas soumis à un régime dérogatoire, bénéficient des garanties offertes à tous les utilisateurs de réseau.

B.51.6. La partie requérante critique, enfin, la différence de traitement qui serait créée par l'article 18*bis*, §§ 2 et 3, de la loi sur l'électricité entre les gestionnaires de réseaux fermés industriels et les autres acteurs du secteur, ceux-ci étant privés de la garantie que constitue le contrôle exercé par l'autorité de régulation nationale et à laquelle les dispositions attaquées portent atteinte en prévoyant un statut dérogatoire pour les gestionnaires de réseaux fermés industriels.

Il résulte de ce qui a été indiqué en B.51.2 à B.51.5 que le régime dérogatoire prévu pour ces gestionnaires repose sur une justification qui ne peut être qualifiée de déraisonnable. Ce régime n'est dès lors pas discriminatoire vis-à-vis des autres acteurs du secteur et ne porte par ailleurs pas atteinte aux pouvoirs de contrôle que l'article 23 de la loi sur l'électricité confère à la partie requérante.

B.51.7. En sa quatrième branche, deuxième sous-branche, le quatrième moyen n'est pas fondé.

B.51.8. Il en va de même en ce qui concerne l'article 15/9*bis*, § 3, de la loi sur le gaz et en ce qui concerne les paragraphes 2 et 4 de cette disposition dans la mesure où, compte tenu du B.50.3, ils restent applicables aux réseaux fermés industriels qui ne se situent pas dans la sphère de compétence territoriale des régions.

B.52.1. Dans une troisième sous-branche de la quatrième branche, la partie requérante reproche à l'article 2, 21°, de la loi attaquée, modifiant l'article 2, 41°, de la loi sur l'électricité, d'être contraire à l'article 28, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE en ce que les dispositions attaquées excluent les clients résidentiels des personnes pouvant être desservies par un réseau fermé industriel visé par l'article 18*bis* de la loi sur l'électricité, inséré par l'article 25 de la loi attaquée, alors que l'article 28, paragraphe 4, précité ne les exclut pas.

B.52.2. L'article 2, 41°, de la loi sur l'électricité dispose :

« Art. 2. Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par :

[...]

41° ' réseau fermé industriel ' : un réseau à l'intérieur d'un site industriel, commercial ou de partage de services géographiquement limité, destiné en premier lieu à desservir les clients finals établis sur ce site, n'approvisionnant pas de clients résidentiels et dans lequel :

a) pour des raisons spécifiques ayant trait à la technique ou à la sécurité, les opérations ou le processus de production des utilisateurs de ce réseau sont intégrés; ou

b) l'électricité est fournie essentiellement au propriétaire ou au gestionnaire du réseau fermé industriel ou aux entreprises qui leur sont liées ».

B.52.3. Il ressort de l'article 28, paragraphe 4, de la directive 2009/72/CE que celle-ci n'interdit pas d'accorder le régime dérogatoire prévu par l'article 28, paragraphe 2, aux réseaux fermés industriels de distribution qui sont utilisés par un petit nombre de clients résidentiels employés par le propriétaire de ce réseau ou associés à lui de façon similaire.

B.52.4. L'interprétation conciliante proposée par le Conseil des ministres selon laquelle la disposition attaquée permettrait aux clients résidentiels de bénéficier d'un réseau fermé industriel va à l'encontre du texte de cette disposition et ne peut être retenue. Rien n'indique en quoi il serait justifié de priver les clients résidentiels d'une possibilité qui, même limitée à un usage accessoire du réseau, leur est offerte par la directive.

B.52.5. En sa quatrième branche, troisième sous-branche, le quatrième moyen est fondé.

B.52.6. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.52.7. En conséquence, il y a lieu d'annuler les mots « , n'approvisionnant pas de clients résidentiels, » à l'article 2, 41°, de la loi sur l'électricité, modifié par l'article 2, 21°, de la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de

produits gazeux et autres par canalisations » et les mots « , n’approvisionnant pas de clients résidentiels, » à l’article 1er, 56°, de la loi sur le gaz, modifié par l’article 55, 17°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée.

B.53.1. Dans une quatrième sous-branche de la quatrième branche, la partie requérante reproche à l’article 2, 21°, de la loi attaquée, modifiant l’article 2, 41°, précité, de la loi sur l’électricité, d’être contraire à l’article 28, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE en ce qu’il permettrait à un réseau fermé industriel de desservir des clients finals qui ne sont pas établis sur le site du réseau fermé.

B.53.2. Il ressort de la définition du réseau fermé industriel donnée par l’article 2, 41°, de la loi sur l’électricité, reproduit en B.52.2, qu’il s’agit d’un « réseau à l’intérieur d’un site [...] géographiquement limité, destiné en premier lieu à desservir les clients finals établis sur ce site, n’approvisionnant pas de clients résidentiels ». La précision « en premier lieu » donne à penser, comme le soutient la partie requérante, que des clients finals pourraient, à titre accessoire, être desservis par le réseau en dehors du site dans lequel celui-ci est établi.

B.53.3. Rien n’indique en quoi il serait justifié d’offrir à des clients étrangers à ce site une possibilité que ne prévoit pas l’article 28, paragraphe 1, de la directive 2009/72/CE. L’interprétation contraire donnée à la disposition attaquée par l’exposé des motifs selon laquelle cette possibilité ne pourrait être offerte aux clients étrangers au site (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 16) ne peut être retenue dès lors qu’elle est contredite par le texte de la disposition attaquée.

B.53.4. En sa quatrième branche, quatrième sous-branche, le quatrième moyen est fondé.

B.53.5. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la loi sur le gaz.

B.53.6. En conséquence, il y a lieu d’annuler les mots « en premier lieu » à l’article 2, 41°, de la loi sur l’électricité, modifié par l’article 2, 21°, de la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité et

de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » et les mots « en premier lieu » à l'article 1er, 56°, de la loi sur le gaz, modifié par l'article 55, 17°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée.

B.54.1. Dans une cinquième sous-branche, la partie requérante reproche à l'article 55, 17°, de la loi attaquée, modifiant l'article 1er, 57°, de la loi sur le gaz, d'exclure de la notion de gestionnaire de réseau fermé industriel la personne physique ou morale qui laisse passer sans prestation ni contrepartie financière quelconque un client final situé en aval de son point de raccordement au réseau de transport de gaz naturel.

B.54.2. L'article 1er, 57°, de la loi sur le gaz dispose :

« Article 1. Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par :

[...]

57° ' gestionnaire de réseau fermé industriel ' : personne physique ou morale propriétaire d'un réseau fermé industriel ou disposant d'un droit d'usage sur un tel réseau. La personne physique ou morale qui laisse passer sans prestation ni contrepartie financière quelconque un client final situé en aval de son point de raccordement au réseau de transport de gaz naturel n'est pas un gestionnaire de réseau fermé industriel; ».

B.54.3. Le grief se fonde sur la circonstance que la deuxième phrase de l'article 1er, 57°, de la loi sur le gaz ne figure pas dans la disposition correspondante de la loi sur l'électricité (article 2, 43°). Elle figurait dans le projet de loi mais en fut retirée à la suite d'une observation de la section de législation du Conseil d'Etat (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 272).

B.54.4. Il est vrai, comme le souligne le Conseil des ministres, que l'exposé des motifs définit le gestionnaire de réseau fermé industriel dans la loi sur le gaz dans les mêmes termes que ceux utilisés par l'article 2, 43°, de la loi sur l'électricité (*ibid.*, pp. 85-86). Si l'intention du législateur était de s'en tenir aux termes de l'article 2, 43°, pour se conformer à l'avis du Conseil d'Etat, le maintien de l'exclusion figurant à la seconde phrase de l'article 1er, 57°, de la loi sur le gaz est le résultat d'une inadvertance.

Le Conseil des ministres ne peut cependant être suivi lorsqu'il soutient qu'il convient en matière de gaz de se référer à la définition du gestionnaire de réseau fermé industriel donnée par la loi sur l'électricité dès lors qu'il ne se justifie pas de donner, dans une même loi, le même sens à des dispositions rédigées dans des termes différents.

B.54.5. En sa quatrième branche, cinquième sous-branche, le quatrième moyen est fondé.

Cinquième branche

B.55.1. La partie requérante reproche aux articles 2 et 26 de la loi attaquée, modifiant les articles 2, 42°, et 18^{ter} de la loi sur l'électricité, d'être contraires à l'article 28 de la directive 2009/72/CE en ce qu'ils rendent applicable au réseau de traction ferroviaire le régime des réseaux fermés industriels alors qu'à supposer que le réseau électrique de traction ferroviaire soit soumis à la directive précitée, il n'est pas un réseau fermé.

B.55.2. Les articles 2, 42°, et 18^{ter} de la loi sur l'électricité disposent :

« Art. 2. Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par :

[...]

42° 'réseau de traction ferroviaire' : les installations électriques du gestionnaire d'infrastructure ferroviaire nécessaires à l'exploitation du réseau ferroviaire, parmi lesquelles les installations de transformation et de distribution de courant électrique pour le service de la traction, la sécurité, la signalisation, la télécommunication, les aiguillages, et l'éclairage, les sous-stations et les caténaires;

[...]

Art. 18^{ter}. Les dispositions concernant un réseau fermé industriel telles que mentionnées dans l'article 18^{bis} sont applicables au réseau de traction ferroviaire, dans la mesure où aucune autre réglementation n'est prévue dans la loi du 4 décembre 2006 relative à l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire ».

B.55.3. Le législateur a considéré que le réseau de traction ferroviaire était visé par la directive 2009/72/CE et s'est préoccupé, en ce qui concerne ce réseau, de garantir une mise en œuvre de cette directive qui soit compatible avec celle de la directive 2001/14/CE du

Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité. Les travaux préparatoires indiquent à cet égard :

« La notion de ‘ réseau de traction ’ désigne la partie de l'infrastructure ferroviaire qui doit être considérée comme un tout indivisible au sens de la loi du 4 décembre 2006 sur l'utilisation de l'infrastructure ferroviaire (*Moniteur belge*, 23 janvier 2007). Loin de créer une catégorie distincte de réseaux fermés comme avancé par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis n° 49.570/3 du 31 mai 2011, des dispositions particulières sont prévues pour les réseaux appartenant au gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire ou pour lesquels ce dernier a un droit d'usage, pour autant que les conditions d'un réseau fermé industriel soient remplies.

[...]

L'article 28 de la directive 2009/72/CE relatif aux ‘ réseaux fermés de distribution ’ doit en effet être lu de manière constructive et compatible avec cette dernière directive 2001/14/CE également applicable à Infrabel en sa qualité de gestionnaire d'infrastructures ferroviaires. Ainsi, l'article 28 de la directive 2009/72/CE, en ce qu'il limite le réseau fermé de distribution à un ‘ site (...) géographiquement limité ’ doit, lorsqu'il vise un réseau ferroviaire, s'appliquer en conformité avec la directive précitée 2001/14/CE. En application de cette directive, la notion de réseau ferroviaire a vocation à couvrir l'ensemble du territoire belge.

[...]

L'Union Européenne mène aussi bien vis-à-vis des chemins de fer que de l'énergie une politique basée sur la libéralisation des secteurs respectifs. C'est pourquoi une approche spécifique a été choisie. Il y a des directives spécifiques pour le secteur des chemins de fer et pour le secteur de l'électricité. Les deux ont également des régulateurs. Comme les trains roulent à l'électricité, il existe un lien entre les deux réglementations. Ainsi, les opérateurs de train doivent aussi pouvoir disposer d'un choix libre de fournisseur. En ce sens, le réseau de traction ferroviaire est un réseau de distribution fermé, conformément à la directive 2009/72/CE. Il faut toutefois faire attention à éviter les contradictions entre les deux réglementations. Ainsi, la législation des chemins de fer détermine la compensation des installations électriques via la voie qui fait partie du document de référence du réseau. Les spécifications techniques pour l'installation de compteurs d'énergie à bord des trains et des locomotives sont réglées via une spécification des chemins de fer internationale. La réglementation d'énergie est d'application uniquement dans le cas où la réglementation des chemins de fer n'a pas de propres dispositions. De cette manière, on peut plus facilement tenir compte des spécificités du secteur des chemins de fer » (*Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, DOC 53-1725/003, pp. 2, 3 et 4).

B.55.4. Dès lors que la notion de réseau ferroviaire a vocation à couvrir l'ensemble du territoire belge pour l'application de la directive 2001/14/CE précitée, le législateur pouvait, dans le souci de concilier l'application des deux directives, donner au réseau de traction

ferroviaire, conformément à la directive 2009/72/CE, le statut de réseau fermé industriel ayant un ressort correspondant au même territoire; compte tenu de cet objectif, ce ressort peut être tenu pour le « site [...] géographiquement limité » auquel se réfère, sans le définir, l'article 28 de la directive 2009/72/CE.

B.55.5. En sa cinquième branche, le quatrième moyen n'est pas fondé.

COPIE NON CORRIGÉE

Par ces motifs,

la Cour

- annule

1) dans la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations :

. les mots « en premier lieu » et « , n’approvisionnant pas de clients résidentiels, » à l’article 1er, 56°, modifié par l’article 55, 17°, de la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations »;

. l’article 1er, 57°, deuxième phrase, modifié par l’article 55, 17°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée;

. le mot « physique » à l’article 8/3, § 1er/1, alinéa 3, inséré par l’article 62, 3°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée;

. les mots « en concertation avec la Direction générale de l’Energie » à l’article 15/1, § 3, 7°, et les mots « , en concertation avec la Direction générale de l’Energie », à l’article 15/14, § 2, 30°, respectivement insérés par l’article 65, 4°, et par l’article 87, 9°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée; [Ordonnance en rectification du 17 septembre 2013]

2) dans la loi du 29 avril 1999 relative à l’organisation du marché de l’électricité :

. les mots « en premier lieu » et « , n’approvisionnant pas de clients résidentiels, » à l’article 2, 41°, modifié par l’article 2, 21°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée;

. le mot « physique » à l’article 9, § 1er, alinéa 6, inséré par l’article 9, 5°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée;

. l'article 20bis, § 2, alinéa 2, inséré par l'article 29 de la loi du 8 janvier 2012, en ce qu'il ne prévoit pas la publication des formules d'indexation pour la fourniture d'électricité aux petites et moyennes entreprises;

. la phrase « *Il est également créé un conseil général.* » et les mots « *et le conseil général* », dans l'article 24, § 1er, remplacé par l'article 38, 1°, de la loi du 8 janvier 2012 précitée; [Ordonnance en rectification du 17 septembre 2013]

3) dans la loi du 8 janvier 2012 « portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » :

. l'article 7, en ce qu'il ne s'applique pas aux exploitants de parcs éoliens *offshore* qui ne sont pas raccordés au réseau de transport;

. l'article 15, en ce qu'il modifie l'article 12, § 2, alinéa 2, ii), de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité;

. l'article 16, en ce qu'il modifie l'article 12bis, § 2, alinéa 2, ii), de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité;

. l'article 24, 3°;

. l'article 38, 6°;

. l'article 71, en ce qu'il modifie l'article 15/5bis, § 2, alinéa 2, ii), de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations;

. l'article 72, en ce qu'il modifie l'article 15/5ter, § 2, alinéa 2, ii), de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations;

. l'article 76, 3° et 7°, en ce qu'il insère les paragraphes 1erter, 3 et 4 dans l'article 15/5duodecies de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations;

- rejette le recours pour le surplus, sous réserve des interprétations figurant en B.25.3, B.25.5, B.44.4, B.44.8, B.45.3, B.45.5, B.50.5 et B.50.8.

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 constitutionnelle, à l'audience publique du 7 août 2013.

Le greffier,

Le président,

F. Meerschaut

R. Henneuse

COPIE NON CORRIGÉE