# Cour constitutionnelle (Cour d'Arbitrage): Arrêt du 12 juillet 2012 (Belgique). RG 89/2012

* Date : 12-07-2012
* Langue : Français
* Section : Jurisprudence
* Source : Justel F-20120712-2
* Numéro de rôle : 89/2012

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

I. Objet du recours et procédure

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 7 juillet 2011 et parvenue au greffe le 8 juillet 2011, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG), dont le siège est établi à 1040 Bruxelles, rue de l'Industrie 26-38, a introduit un recours en annulation du décret de la Région flamande du 23 décembre 2010 « modifiant le décret sur l'Electricité du 17 juillet 2000 et le décret du 8 mai 2009 relatif à l'Energie, en vue d'éviter des tarifs d'injection pour l'électricité générée au moyen de sources d'énergie renouvelables et de cogénération de qualité » (publié au Moniteur belge du 20 janvier 2011, deuxième édition).

(...)

II. En droit

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B.4.1. En vertu de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont compétentes pour :

« En ce qui concerne la politique de l'énergie :

Les aspects régionaux de l'énergie, et en tout cas :

a) La distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts;

b) La distribution publique du gaz;

c) L'utilisation du grisou et du gaz de hauts fourneaux;

d) Les réseaux de distribution de chaleur à distance;

e) La valorisation des terrils;

f) Les sources nouvelles d'énergie à l'exception de celles liées à l'énergie nucléaire;

g) La récupération d'énergie par les industries et autres utilisateurs.

h) L'utilisation rationnelle de l'énergie.

Toutefois, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en oeuvre homogène sur le plan national, à savoir :

a) Le plan d'équipement national du secteur de l'électricité;

b) Le cycle du combustible nucléaire;

c) Les grandes infrastructures de stockage; le transport et la production de l'énergie;

d) Les tarifs ».

B.4.2. Le législateur spécial a donc conçu la politique de l'énergie comme une compétence exclusive partagée, au sein de laquelle la fixation des tarifs continue à relever de la compétence du législateur fédéral. Le terme « tarifs » recouvre aussi bien les tarifs pour la fourniture au consommateur ordinaire que ceux pour la fourniture de gaz et d'électricité aux industries (Doc. parl., Chambre, S.E. 1988, n° 516/6, p. 145).

B.4.3. Les tarifs que les gestionnaires de réseau de distribution peuvent porter en compte aux producteurs d'électricité relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. En effet, ces tarifs influencent le prix qui est facturé au client.

Par conséquent, la réglementation relative aux tarifs d'injection ressortit à la compétence de l'autorité fédérale, tant pour instaurer de tels tarifs ou pour en prévoir la possibilité que pour les exonérer de l'une ou de l'autre manière, et pour en fixer les modalités.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le décret attaqué du 23 décembre 2010 doit être annulé.

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

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

Par ces motifs,

la Cour

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

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 12 juillet 2012.

Le greffier,

P.-Y. Dutilleux

Le président,

M. Bossuyt