

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 199.527 du 15 janvier 2010

A. 190.284/XV-1143

En cause : **s.a. Elia System Operator,**
ayant élu domicile chez
Mes R. GOMME, P.-M. LOUIS et
F. MOURLON BEERNAERT, avocats,
avenue Louise 480 (13A)
1050 Bruxelles,

contre :

**l'Etat belge, représenté par
le ministre du Climat et de l'Energie**

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 7 novembre 2008 par la société anonyme Elia System Operator, qui demande l'annulation de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité, étant entendu que cette annulation est sollicitée en ordre principal, comme portant sur les mots «si le régulateur régional concerné l'impose» dans l'article 2, § 1^{er}, 12°, en premier ordre subsidiaire, sur l'article 2, et en second ordre subsidiaire, sur l'intégralité de l'arrêté royal;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. DELVAX, auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 7 décembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 12 janvier 2010;

Entendu, en son rapport, M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me P.-M. LOUIS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me G. BLOCK, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis, M. DELVAX, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

Le 30 mai 2008, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG) adresse au ministre du Climat et de l'Energie une proposition d'arrêté royal relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité, ainsi qu'une proposition d'arrêté royal relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution de gaz naturel.

Le 8 juin 2008 est adoptée une loi portant des dispositions diverses (I), dont l'article 93 remplace l'article 12octies de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité par une disposition relative aux tarifs de distribution et de transport d'énergie électrique. Cette disposition, longue et complexe, détermine les paramètres à prendre en considération pour fixer ces tarifs et, en son paragraphe 8, habilite le Roi à arrêter, sur proposition de la CREG, après concertation avec les régions et après délibération en conseil des ministres, des règles relatives à la manière de fixer certains de ces paramètres.

Cette loi a été publiée au *Moniteur belge* le 16 juin 2008 et est entrée en vigueur le 26.

Le 10 juin a eu lieu une réunion de concertation réunissant des représentants des ministres régionaux et du ministre fédéral concernés à propos des propositions susmentionnées.

Le 1^{er} juillet, le ministre du Climat et de l'Energie a sollicité du Conseil d'Etat qu'il donne un avis, dans un délai ne dépassant pas cinq jours, sur un projet d'arrêté royal relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité. Le 8 juillet, la section de législation du Conseil d'Etat a donné l'avis L 44.844/3, qui a été communiqué le 11 au ministre du Climat et de l'Energie. Cet avis contient le passage suivant:

« 1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, la demande d'urgence est motivée par la circonstance que "le délai dans lequel les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité et de gaz doivent remettre leurs propositions tarifaires à la commission de régulation de l'électricité et du gaz est précisé à l'article 17 de ces projets d'arrêtés, soit le 30 septembre 2008.

Dans la mesure où les paramètres sur lesquels les gestionnaires de réseaux de distribution doivent se baser pour élaborer leurs propositions tarifaires sont précisés dans lesdits projets et que l'élaboration des propositions exige un certain délai, la publication de ces arrêtés devrait être réalisée dans les plus brefs délais".

Le Conseil d'Etat, section de législation, ne dispose pas de tous les éléments de fait qui lui permettraient d'apprécier la pertinence de cette motivation. Le Conseil juge opportun, à cet égard, de souligner que l'adéquation de cette motivation pourra être contrôlée dans le cadre d'un débat contradictoire, tant par le Conseil d'Etat, section du contentieux administratif, que par les cours et tribunaux.»

Le 2 septembre 2008 est adopté l'arrêté royal attaqué. Son préambule porte notamment:

« Vu l'urgence motivée par l'impérieuse nécessité de transmettre dans les plus brefs délais aux gestionnaires de réseaux de distribution les paramètres sur lesquels ils doivent se baser pour élaborer leurs propositions tarifaires à transmettre au plus tard le 30 septembre 2008 pour la première période régulatoire 2009-2012; que ces paramètres sont définis dans le présent arrêté et que l'élaboration desdites propositions exige dans le chef des gestionnaires de réseaux de distribution un certain temps de préparation;

Vu l'avis 44.844/3 du Conseil d'Etat, donné le 8 juillet 2008 en application de 84 (sic), § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973».

Le 8 octobre 2009, le Gouvernement a déposé sur le bureau de la Chambre des représentants un projet de loi portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu 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, dont l'article 33 confirme l'arrêté attaqué avec effet au 12 septembre 2008. Ce projet, dans lequel l'article 33 du projet déposé est devenu l'article 41, a été voté par la Chambre le 12 novembre 2009, transmis au Sénat le lendemain; le Sénat n'a pas fait usage de son droit d'évocation. Ce projet est devenu la loi du 15 décembre 2009, qui a été publiée au *Moniteur belge* le 23 décembre 2009.

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du recours au motif que l'intérêt de la requérante à l'annulation de la disposition attaquée n'est pas suffisant au sens de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, que cet intérêt n'est ni direct ni certain, qu'il repose sur une pure spéculation ou supposition, à savoir que les gestionnaires de réseaux de distribution ou les clients finaux pourraient ne pas payer leurs factures d'électricité, intégrant les frais de transport (tarif lié à l'utilisation du réseau de transport); qu'elle relève qu'aucun indice en ce sens n'a, depuis la libéralisation du secteur, été perçu jusqu'à ce jour, et qu'à la suite de l'adoption de l'arrêté attaqué, les tarifs liés à l'utilisation du réseau de transport géré par la requérante continueront à être payés *in fine* par le débiteur économique, à savoir le client final, quelles que soient les modalités de facturation, soit par avance, soit par répercussion; qu'elle indique qu'aucun indice ne laisse supposer que les clients finaux d'électricité pourraient ne plus payer leurs factures et que le Conseil d'Etat n'a pas vocation à connaître de procès purement hypothétiques ou spéculatifs, pas plus qu'il ne pourrait s'immiscer dans le «rating» financier d'une entreprise cotée en bourse, fût-elle gestionnaire de réseau de transport désigné, en cas d'impayés de facturation; qu'elle en conclut que l'intérêt que revendique la requérante est éventuel, lointain et hypothétique, de sorte que le recours est irrecevable;

Considérant que l'article 2, § 1^{er}, 12^o, de l'arrêté attaqué prévoit que le revenu total nécessaire à l'exécution des obligations légales et réglementaires incombant au gestionnaire du réseau de distribution se compose notamment, si le régulateur régional concerné l'impose, de la rémunération facturée par le gestionnaire du réseau de transport pour l'utilisation du réseau de transport, y compris les surcharges facturées par le gestionnaire du réseau de transport; qu'il en résulte que ce n'est que si le régulateur régional l'impose que le coût de l'utilisation du réseau de transport compté par la requérante pourra être intégré par les gestionnaires de réseau de distribution dans leur «revenu total», que leurs tarifs sont amenés à générer conformément à l'article

12octies, § 4, 4°, de la loi; qu'en l'absence d'une telle décision de l'autorité régionale, elle ne pourra donc exiger le paiement du coût de l'utilisation de son réseau de transport aux gestionnaires du réseau de distribution, mais aura pour débiteurs les clients finaux du réseau de distribution, dont la solvabilité est moins sûre que celle des gestionnaires de réseau de distribution; que dans le mémoire en réponse, la partie adverse écrit ce qui suit dans sa réponse au deuxième moyen: «Ainsi, les conséquences de l'article 2, § 1^{er}, 12°, de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 semblent se résumer à de simples impayés. Dans l'hypothèse où les GRD (gestionnaires des réseaux de distribution) seraient les débiteurs primaires des tarifs liés à l'utilisation du réseau de transport facturés par ESO (la requérante), les impayés éventuels des clients finals grèveraient le budget des GRD et seraient reportés, en mali, sur leurs exercices tarifaires ultérieurs. Par contre, si les clients finals devaient être les débiteurs directs de la requérante, les éventuels impayés devaient être constatés dans le chef de cette dernière au niveau des tarifs applicables au réseau de transport et pourraient dès lors avoir une incidence sur la hauteur de son bonus, voire malus, pour l'année suivante»; que la requérante, qui fournit un service dont bénéficient tant les gestionnaires de réseau de distribution que les clients finaux, a intérêt à obtenir l'annulation de la disposition qui subordonne la déduction de ce service par les gestionnaires de réseau de distribution à l'existence d'une décision favorable d'un régulateur régional; que le recours est recevable à cet égard;

Considérant que dans le dernier mémoire, la partie adverse expose que la Chambre des représentants a adopté le 12 novembre 2009 un projet de loi confirmant l'acte attaqué, qui aura pour conséquence, s'il est adopté par le parlement, que le Conseil d'Etat ne sera plus compétent pour se prononcer sur l'éventuelle illégalité de l'acte attaqué; qu'elle ajoute que «cette confirmation est parfaitement légale au regard des principes dégagés par la Cour constitutionnelle et les respecte entièrement», et développe cet aspect;

Considérant que le projet de loi dont fait état la partie adverse est devenu la loi du 15 décembre 2009 portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu 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, qui a été publiée le 23 décembre;

Considérant que l'arrêté attaqué a été confirmé par l'article 41 de cette loi; qu'il ne s'agit dès lors plus d'un acte d'une autorité administrative qu'il est du ressort du Conseil d'Etat d'annuler, mais d'un acte législatif; que le Conseil d'Etat n'est plus compétent; que s'il est vrai que la loi du 15 décembre 2009 est susceptible d'être

attaquée devant la Cour constitutionnelle, ce que l’avocat de la requérante n’exclut pas à l’audience, en cas d’annulation de la loi par cette Cour, le présent arrêt pourra faire l’objet d’un recours en rétractation, de sorte que le prononcé d’un arrêt d’incompétence sans attendre qu’expire le délai de recours en annulation de cette loi ne nuit pas aux intérêts de la requérante; qu’en raison des circonstances, il y a lieu de mettre les dépens à la charge de la partie adverse,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique, le quinze janvier deux mille dix par :

M. LEROY,	président de chambre,
M. QUERTAINMONT,	conseiller d'État,
M. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY