

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 218.514 du 16 mars 2012

A. 195.702/XV-1219

En cause : **la s.a. Electrabel**,
ayant élu domicile chez
Mes Fr. TULKENS & V. OST, avocats,
chaussée de la Hulpe 120
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par
le ministre du Climat et de l'Énergie,
ayant élu domicile chez
Me J. SOHIER, avocat,
avenue Emile de Mot 19
1000 Bruxelles,

Partie intervenante :

la s.a. Elia System Operator,
ayant élu domicile chez
Mes Br. LOMBAERT & W. GELDHOF, avocats,
Central Plaza
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 1^{er} mars 2010 par la société anonyme Electrabel, qui demande l'annulation de «l'arrêté ministériel du 24 décembre 2009 imposant des conditions de prix et de fourniture pour l'approvisionnement en 2010 et 2011 du réglage secondaire par différents producteurs, et, à tout le moins des articles 3, 4 et 5 de cet arrêté», publié au *Moniteur belge* du 31 décembre 2009;

Vu l'ordonnance du 12 mai 2010 qui accueille la demande d'intervention de la s.a. Elia System Operator introduite le 6 mai 2010;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique et en intervention régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. L. JANS, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 13 février 2012, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 mars 2012 à 9 heures 30;

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

Entendu, en leurs observations, Me V. OST, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me J. SOHIER, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Mes W. GELDHOF et M. BELMESSIERI, avocats, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis contraire, M. L. JANS, premier auditeur;

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

Contexte économique

La loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité oblige le gestionnaire du réseau de transport d'électricité à exploiter, entretenir et développer un réseau sûr, fiable et efficace. Ceci consiste notamment à maintenir proches de leurs valeurs nominales sur l'ensemble du réseau les grandeurs physiques qui caractérisent le courant électrique qu'il transporte, à savoir la fréquence du courant alternatif et sa tension. La stabilité de ces valeurs est requise pour assurer le bon fonctionnement des appareillages que le réseau dessert. Il est impératif que les perturbations qui surviennent, notamment par une augmentation ou une diminution brutale de la production ou de la consommation, soient rapidement corrigées. Pour faire face à une hausse inattendue de la consommation ou à une baisse brutale de la production – notamment en cas de panne d'une centrale –, le gestionnaire de réseau dispose de réserves de puissance mobilisables de trois types, qualifiées respectivement de primaire, secondaire et tertiaire. Les réserves primaire et secondaire sont activées automatiquement en quelques secondes après la rupture de l'équilibre. L'activation de la réserve tertiaire se fait manuellement par appel aux producteurs et aux consommateurs connectés au réseau pour qu'ils modifient le programme de fonctionnement de leurs installations.

La réserve primaire est la première à être mise en œuvre si un déséquilibre survient. Elle est constituée d'une marge de puissance disponible dont disposent les différents producteurs d'électricité qui participent à la stabilisation du réseau. Dès que le dispositif de contrôle détecte un écart entre les valeurs nominales du réseau et les valeurs mesurées, il adapte la puissance des installations de production de manière à réduire cet écart. Cette réserve primaire est mobilisée en moins de 30 secondes, mais elle ne corrige pas entièrement l'écart par rapport aux valeurs nominales, car la technique utilisée ne maintient son activation que pour autant qu'un écart subsiste.

Pour rétablir les valeurs nominales, il faut solliciter la réserve secondaire. Les groupes de production qui y participent adaptent automatiquement leur production dans un délai de 30 secondes à 15 minutes après la rupture de l'équilibre. Le recours à cette réserve dure aussi longtemps qu'il est nécessaire. Les producteurs qui fournissent cette réserve doivent être équipés d'installations leur permettant de communiquer sans intervention humaine avec le centre de contrôle du gestionnaire du réseau de transport.

Au cas où l'activation des réserves primaire et secondaire ne suffit pas à compenser toutes les perturbations, il faut mobiliser la réserve tertiaire. Celle-ci est une réserve de puissance que certains producteurs ou utilisateurs industriels mettent à la disposition du gestionnaire du réseau de transport. Elle est composée de deux volets: la réserve tertiaire de production, c'est-à-dire l'injection de puissance supplémentaire par des producteurs ayant conclu avec le gestionnaire de réseau de distribution un contrat de réserve tertiaire, et la réserve tertiaire de prélèvement, c'est-à-dire une diminution des prélèvements effectués par les utilisateurs du réseau ayant conclu un contrat d'interruptibilité. Elle est mise en œuvre manuellement, par ces producteurs ou ces consommateurs, à la demande du gestionnaire de réseau de distribution.

À ce niveau du marché, le prix de l'électricité varie constamment, en fonction de l'offre et de la demande. En général, durant les week-ends, la demande baisse, et, dès lors, le prix de l'électricité aussi. Si la baisse a pour effet de faire passer le prix sous le coût de production, le producteur, dans une logique de marché, préfère arrêter sa centrale et acheter de l'électricité sur le marché pour approvisionner ses clients, plutôt que vendre à perte son électricité sur ce même marché. Les producteurs ne maintiennent alors en activité que les unités de production dont le coût marginal est le plus bas ou qui ne peuvent pas facilement être arrêtées. Mais si ce producteur participe à la réserve secondaire, il est alors obligé de

maintenir ou de remettre en activité les unités de productions nécessaires, fût-ce à perte.

La fourniture de réserve secondaire est rémunérée par le gestionnaire du réseau de transport, à un prix qui est normalement fixé au terme d'un appel d'offres, mais les autorités peuvent imposer un prix si les offres reçues ne sont pas jugées satisfaisantes.

Contexte législatif et réglementaire

La loi 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, dans son texte en vigueur à l'époque de l'arrêté attaqué, contient notamment les dispositions suivantes:

«**Art. 8. § 1^{er}.** 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.

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

1° l'exploitation du réseau de transport et l'entretien de celui-ci;

2° l'amélioration, le renouvellement et l'extension du réseau de transport, notamment dans le cadre du plan de développement, en vue de garantir une capacité adéquate pour rencontrer les besoins;

3° la gestion technique des flux d'électricité sur le réseau de transport et, dans ce cadre, la coordination de l'appel des installations de production et la détermination de l'utilisation des interconnexions de manière, avec les moyens dont il dispose, à assurer un équilibre permanent des flux d'électricité résultant de l'offre et la demande d'électricité;

4° à cette fin, assurer la sécurité, la fiabilité et l'efficacité du réseau de transport et, dans ce contexte, avec les moyens dont il dispose, veiller à la disponibilité des services auxiliaires indispensables et notamment des services de secours en cas de défaillance d'unités de production en ce compris les unités de cogénération de qualité d'une puissance inférieure à 20 MW raccordées soit sur le réseau de transport soit sur le réseau de distribution;

5° le transport pour des tiers en application de l'article 15.

...
Art. 11. Après avis de la commission et concertation avec le gestionnaire du réseau, le Roi établit un règlement technique pour la gestion du réseau de transport et l'accès à celui-ci.

Le règlement technique définit notamment:

...
2° les règles opérationnelles auxquelles le gestionnaire du réseau est soumis dans sa gestion technique des flux d'électricité et dans les actions qu'il doit entreprendre en vue de remédier aux problèmes de congestion, aux désordres techniques et à la défaillance d'unités de production;

...
4° les services auxiliaires que le gestionnaire du réseau doit mettre en place;

Art. 12^{quater}. § 1^{er}. Sans faire préjudice au pouvoir d'évaluation et de contrôle par la commission, le revenu total de la première année de la période réglementaire sert de référence à l'évolution du revenu total pour les années

suivantes de la période régulatoire de quatre ans, compte tenu des règles d'évolution suivantes:

1° les catégories de composants du revenu total telles que visées à l'article 12, § 2, 1° et qui concernent des coûts sur lesquels le gestionnaire du réseau ne dispose pas d'un contrôle direct et qui sont nécessaires à la sécurité, l'efficacité et la fiabilité du réseau évoluent annuellement en fonction des coûts correspondants supportés par le gestionnaire du réseau.

S'agissant des coûts des services auxiliaires, le gestionnaire de réseau est tenu, au plus tard le 1^{er} juillet de l'année précédant l'année d'évolution des coûts précités, d'informer la commission et le ministre sur la base d'un rapport comprenant des pièces justificatives, sur les prix qui lui sont offerts pour la fourniture des services auxiliaires et sur les actions qu'il a entreprises, en application de l'article 234 de l'arrêté royal établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci.

Sur la base du rapport du gestionnaire de réseau, la commission établit, en application de l'article 4 de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, un rapport motivé indiquant expressément et de façon motivée si les prix offerts pour la fourniture des services auxiliaires sont manifestement déraisonnables ou non. Le rapport motivé est communiqué au ministre et au gestionnaire de réseau dans les 60 jours suivant la réception du rapport visé à l'alinéa 2.

Sur la base du rapport motivé, le ministre informe la commission et le gestionnaire de réseau dans les quinze jours par courrier recommandé des mesures à prendre, qui sont contraignantes pour la commission. S'il ne le fait pas, les prix offerts au gestionnaire de réseau sont pris en considération pour la fixation du revenu total, tel que visé à l'article 12, § 2.»

L'article 231, § 1^{er} de l'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 est rédigé comme suit:

«Les “services auxiliaires” comprennent l'ensemble des services suivants:

- le réglage primaire de la fréquence;
- le réglage secondaire de l'équilibre de la zone de réglage belge;
- la réserve tertiaire;
- le réglage de la tension et de la puissance réactive;
- la gestion des congestions; et
- le service de black-start.»

Le «réglage secondaire» dont il est question au deuxième tiret correspond à la réserve secondaire, souvent désignée par la notation «R2».

Les articles 233 et 234 du même arrêté sont rédigés comme suit:

«**Art. 233.** Le gestionnaire du réseau évalue et détermine la puissance de réserve primaire, secondaire et tertiaire qui contribue à assurer la sécurité, la fiabilité et l'efficacité du réseau dans la zone de réglage. Il communique pour approbation à la commission sa méthode d'évaluation et le résultat de celle-ci.

Art. 234. § 1^{er}. Dans le cas où le gestionnaire du réseau présume ou constate l'impossibilité de veiller à la disponibilité et, le cas échéant, de mettre en place un ou plusieurs de ces services auxiliaires à un prix raisonnable, en particulier dans le cas où les réserves primaire, secondaire ou tertiaire ne sont pas suffisantes par rapport aux quantités visées à l'article 233 ou dans le cas où les offres de prix remises pour tout ou partie de ces services ne sont manifestement pas raisonnables, le gestionnaire du réseau peut, à titre

temporaire et dans l'ordre indiqué ci-dessous, entreprendre les actions suivantes:

1° il impose aux producteurs et à d'autres utilisateurs du réseau désignés par lui dans la zone de réglage la mise à disposition d'un ou plusieurs de ces services à un prix raisonnable;

2° il détermine, le cas échéant, sur une base individuelle, et sur la base de critères techniques transparents, la quantité d'un ou plusieurs de ces services qu'un ou plusieurs producteurs ou utilisateurs du réseau doit fournir ou mettre à disposition du gestionnaire du réseau en fonction de leurs moyens de production existants. Le gestionnaire du réseau informe la commission et le ministre des actions qu'il a entreprises en application du § 1^{er}.

§ 2. S'il l'estime nécessaire, le gestionnaire du réseau fait rapport au ministre de la situation visée au § 1^{er}.»

L'article 4 de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité dispose comme suit:

«§ 1^{er}. Dans le cas où le gestionnaire du réseau présume ou constate l'impossibilité de veiller à la disponibilité et, le cas échéant, de mettre en place un ou plusieurs des services auxiliaires repris à l'article 231 du règlement technique à un prix raisonnable, en particulier dans le cas où les réserves primaire, secondaire ou tertiaire ne sont pas suffisantes par rapport aux quantités visées à l'article 233 dudit règlement ou dans le cas où les offres de prix remises pour tout ou partie de ces services ne sont manifestement pas raisonnables, le gestionnaire du réseau peut, à titre temporaire et dans l'ordre indiqué ci-dessous, entreprendre les actions suivantes:

1° il impose aux producteurs et à d'autres utilisateurs du réseau désignés par lui dans la zone de réglage la mise à disposition d'un ou plusieurs de ces services à un prix raisonnable;

2° il détermine, le cas échéant, sur une base individuelle, et sur la base de critères techniques transparents, la quantité d'un ou plusieurs de ces services qu'un ou plusieurs producteurs ou utilisateurs du réseau doit fournir ou mettre à disposition du gestionnaire du réseau en fonction de leurs moyens de production existants dans la zone de réglage. Le gestionnaire du réseau informe la commission et le Ministre des actions qu'il a entreprises.

§ 2. Sur base de l'information du gestionnaire du réseau ou après l'avis de la commission, dans le cas où le Ministre constate l'impossibilité de veiller à la disponibilité et, le cas échéant, de mettre en place un ou plusieurs des services auxiliaires dont question au § 1^{er} à un prix raisonnable, en particulier dans le cas où les réserves primaire, secondaire ou tertiaire ne sont pas suffisantes par rapport aux quantités visées à l'article 233 du règlement technique ou dans le cas où les offres de prix remises pour tout ou partie de ces services ne sont manifestement pas raisonnables, le Ministre peut demander à la commission d'établir, en concertation avec le gestionnaire du réseau, les éléments qui sont à l'origine de cette situation et les pistes ou recommandations en vue d'y remédier.

La commission examine notamment la mesure dans laquelle un ou plusieurs opérateur(s) contribuent à cette situation.

Sur base d'un rapport établi par la commission dans un délai ne dépassant pas 60 jours calendrier, le Ministre peut imposer à certaines catégories de producteurs dans la zone de réglage des conditions de prix et de fourniture de tout ou partie de ces services et/ou établir des règles transparentes et non discriminatoires visant à assurer au gestionnaire du réseau une disponibilité permanente de ces services afin de permettre à ce dernier de veiller à la sécurité, la fiabilité et l'efficacité du réseau.

Ces mesures sont établies pour une durée déterminée et font l'objet au minimum d'une évaluation annuelle.»

La procédure ayant conduit à l'arrêté attaqué

Le 14 mars 2009, Elia – le gestionnaire de réseaux de transport – publie un avis de marché de services relatif à la fourniture de réserve secondaire pour le réglage du transport d'électricité. Electrabel – la requérante – la société Spe et la société Eneco y répondent. Une particularité de l'offre de la requérante est qu'elle ne tient pas compte d'une opération d'échange qu'elle était en train de négocier en vue de céder à la société E.On une unité de production située à Vilvorde en échange d'une autre unité de production située en Allemagne; cette opération d'échange est invariablement qualifiée de «swap» dans le dossier et les écrits de procédure.

Le 1^{er} juillet, Elia établit un «rapport avec pièces justificatives sur les prix d'achat des services auxiliaires pour 2010 conformément à l'article 12^{quater}, §1^{er}, 1^o, deuxième alinéa de la loi». Elle constate que le volume total offert par les producteurs d'électricité se situe en dessous du volume requis de réserve secondaire nécessaire pour assurer la sécurité du réseau et que la somme des offres remises ne respecte pas l'exigence selon laquelle 100 MW au moins doivent être disponibles en permanence. Elle adresse ce rapport à la CREG conformément à la procédure prévue à l'article 12^{quater}, § 1^{er}, 1^o, alinéa 3, de la loi.

La CREG établit le 1^{er} septembre un rapport «relatif au caractère manifestement déraisonnable, ou non, des prix offerts à ELIA SYSTEM OPERATOR N.V. pour la fourniture de services auxiliaires pour l'exercice d'exploitation 2010», dans lequel elle formule également des observations et des recommandations quant à la manière de pourvoir la réserve secondaire. Après avoir constaté que les volumes de puissance de réglage secondaire proposés sont nettement inférieurs aux besoins du gestionnaire de réseau, elle formule les observations et recommandations suivantes:

«Comme base de discussion, la CREG recommande dès lors d'appliquer les règles suivantes:

(i) Les producteurs visés sont ceux qui ont produit de l'énergie électrique en 2008, au moyen d'unités nucléaires ou thermiques fossiles de plus de 25 MW, les petites unités de cogénération étant exclues de ce compte.

(ii) Tous les producteurs participent à la R2 pendant toutes les périodes, y compris pendant la nuit et le week-end.

(iii) Les producteurs participent au *pro rata* de l'énergie qu'ils ont produite en 2008 par les unités visées sous (i).

La CREG estime de plus qu'il n'est pas admissible d'exclure la TGV¹ de Zandvliet Power de la liste des unités susceptibles de participer au service de R2 dans la mesure où des offres de participation de cette unité à ce service ont déjà été faites dans le passé.

Pour ce qui concerne le “swap” entre Electrabel et E.On, la CREG signale, qu'au moment de rédiger le présent document, le détail des modalités d'exercice de ce “swap” n'avaient pas été porté à sa connaissance. Ainsi, par

1 Turbine gaz-vapeur.

exemple, elle n'a aucune information sur l'organisation de la future production d'E.On en Belgique, notamment sur l'identité de l'entité qui prendra la responsabilité de la production de ces unités, ce qui rend difficile toute recommandation sur la participation du parc d'E.On aux services auxiliaires, et en particulier de l'unité TGV de Vilvorde au service de R2.

Par ailleurs, la CREG estime qu'Electrabel, avec son parc d'unités TGV, y compris Twinerg et Zandvliet Power, est bien dotée pour prendre une place importante pour le service de R2 en Belgique.

Enfin, dans la logique des principes rappelés ci-dessus, la CREG ne voit aucune raison de dispenser SPE de participer au service de R2 pendant les heures creuses et les week-ends.»

En possession de ce rapport, le ministre de l'Énergie demande le 11 septembre à Elia, en présence de la CREG, de conclure avec les soumissionnaires Electrabel et SPE un accord sur les prix et les volumes lui permettant d'assurer les services auxiliaires à un prix raisonnable. Il ajoute que faute d'accord pour le 15 octobre, il utilisera la faculté qui lui est donnée d'imposer les prix et les volumes. Le 8 décembre, Elia informe le ministre que malgré de nombreux échanges avec les acteurs concernés, aucun accord n'a pu être trouvé avec la CREG et les fournisseurs à propos des conditions de livraison de la réserve secondaire pour 2010, et en particulier en ce qui concerne les volumes nécessaires à l'accomplissement de sa mission légale. Elle conclut que la logique de marché a échoué et demande au ministre de mettre en œuvre la procédure de l'article 4, § 2, avant-dernier alinéa, de l'arrêté royal du 11 octobre 2002. Elle joint à son courrier un projet d'arrêté ministériel en ce sens.

Le ministre soumet ce projet pour avis à la section de législation du Conseil d'État, qui, le 18 décembre, donne son avis n° 47.607/3 en les termes suivants:

«Un tel arrêté a une portée purement individuelle. Le fait qu'il fixe les modalités de prix et de fourniture pour l'approvisionnement du réglage secondaire par différents producteurs ne change rien au fait qu'il est dépourvu du caractère général requis pour pouvoir être considéré comme un arrêté réglementaire au sens de l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Il s'agit en effet de mesures concrètes, à savoir des conditions de prix et de fourniture applicables à trois producteurs précis, qui visent à remédier à une situation problématique à laquelle est confronté le gestionnaire du réseau de transport.

Le Conseil d'État, section de législation, n'est donc pas compétent pour connaître de la demande d'avis.»

L'acte attaqué

Le 24 décembre 2009 est pris l'arrêté ministériel imposant des conditions de prix et de fourniture pour l'approvisionnement en 2010 et 2011 du réglage

secondaire par différents producteurs. Il s'agit de l'acte attaqué, publié au *Moniteur* du 31 décembre 2009. Il est rédigé dans les termes suivants²:

«Le Ministre du Climat et de l'Énergie,

Vu la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, notamment les articles 11, 12^{quater}, § 1^{er}, 1^o et 21, alinéa 1^{er}, 1^o;

Vu l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, notamment l'article 4, § 2;

Vu l'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, notamment les articles 231 et suivants, ainsi que les règles et recommandations qui régissent l'interopérabilité des réseaux interconnectés européens, visées aux articles 236, § 2, 244, § 2, et 250, § 2, du même arrêté;

Vu le rapport (RA)090901-CDC-897 du 1^{er} septembre 2009 de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après "CREG") relatif au caractère manifestement déraisonnable ou non des prix offerts à la SA Elia System Operator pour la fourniture de services auxiliaires pour l'exercice d'exploitation 2010, établi suite à la concertation avec le gestionnaire du réseau en date du 20 août 2009;

Vu l'avis n° 47.607/3 du Conseil d'État, rendu le 18 décembre 2009, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

(1) Considérant que le gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator, a lancé le 14 mars 2009 un appel d'offres européen référencé 2009 S 51-074011 pour la fourniture du réglage secondaire pour l'année 2010;

(2) Considérant que, sur proposition du gestionnaire du réseau, la CREG a, dans sa décision (B) 090528-CDC-867 du 28 mai 2009, approuvé la méthodologie utilisée par Elia pour la détermination de la puissance de réserve primaire, secondaire et tertiaire pour 2010 nécessaires à assurer la sécurité, la fiabilité et l'efficacité du réseau, et qu'en l'espèce, les besoins en réglage secondaire ont été estimés pour l'année 2010 à une puissance moyenne de réserve de 137 MW avec une puissance disponible minimale de 100 MW;

(3) Considérant que le gestionnaire du réseau a établi le 1^{er} juillet 2009 un rapport sur les offres reçues pour les services auxiliaires recherchés, en particulier pour le réglage secondaire, qu'il a adressé à la CREG et au Ministre et que ce rapport indique que les offres reçues sont insuffisantes en terme de volume recherché que pour satisfaire aux besoins du gestionnaire du réseau, tels qu'identifiés au regard de la méthodologie utilisée par le gestionnaire du réseau pour la détermination des puissances de réserve et approuvés par la CREG dans sa décision (B) 090528-CDC-867 susmentionnée;

(4) Considérant que la CREG a établi le 1^{er} septembre 2009 un rapport "relatif au caractère manifestement déraisonnable ou non des prix offerts à Elia System Operator SA pour la fourniture de services auxiliaires pour l'exercice d'exploitation 2010" dans lequel les prix offerts par les soumissionnaires ont été considérés comme manifestement déraisonnables et qui constate également l'insuffisance des volumes proposés;

(5) Considérant que les efforts ayant visé à inciter les soumissionnaires initiaux à revoir leurs offres, au moins en matière de volumes, sont restés vains;

(6) Considérant que l'appel d'offre lancé par le gestionnaire du réseau qui aurait dû mener à une attribution des services recherchés aux mieux offrans ne peut être mené à son terme au vu de l'absence d'offres suffisantes en matière de volume, qu'il est dès lors constaté l'absence de marché en matière de fourniture de ce service;

2 Pour faciliter les références ultérieures, les considérants ont été numérotés alors qu'ils ne le sont pas dans l'original.

(7) Considérant que la CREG a formulé, pour le cas où la participation au réglage secondaire ne se ferait pas de manière volontaire, des recommandations en matière de volumes invitant à répartir les fournitures de ce service entre les producteurs raccordés au réseau de transport d'électricité en prenant comme base de référence la quantité d'énergie produite en 2008 (dernière année calendrier complète) par les centrales nucléaires et thermiques fossiles de plus de 25 MW, à l'exclusion des petites cogénérations exploitées par ces producteurs;

(8) Considérant cependant:

- que l'échange d'unités de production sur le sol belge entre deux producteurs doit être pris en compte pour l'établissement de la répartition de la fourniture de ce service,

- que l'énergie injectée par une unité de production raccordée au réseau de transport peut être attribuée à différents acteurs en fonction des informations transmises par ces acteurs au gestionnaire du réseau dans le cadre du contrat d'accès relatif à cette unité de production,

- et que les producteurs qui, sur base d'une répartition *pro rata* seraient amenés à livrer une puissance de réglage secondaire de moins de 5 MW peuvent être exonérés de la participation à ce service dès lors qu'ils ne remplissent pas la limite technique telle que prévue par l'appel d'offre et le contrat de base attaché à cet appel d'offre, leur part étant répartie au *pro rata* entre les autres producteurs;

(9) Considérant qu'une répartition *pro rata* de ce réglage secondaire qui ne tiendrait pas compte des périodes établies par le gestionnaire du réseau (heures pleines, heures creuses, week-end) mènerait à des situations économiques et environnementales défavorables;

(10) Considérant cependant que la participation à ce service de réglage secondaire pendant les périodes d'heures pleines est moins contraignante pour les producteurs qu'elle ne l'est pour les périodes creuses et encore moins pour les périodes week-end et, qu'en conséquence, la rémunération accordée à la prestation de ce service doit tenir compte de ces périodes;

(11) Considérant que pour la détermination des niveaux de rémunération en fonction des périodes mentionnées ci-avant, les montants fixés dans le présent arrêté tiennent compte:

- de l'analyse de la CREG, formulée dans son rapport du 1^{er} septembre 2009 susmentionné, basée sur une méthodologie prenant en compte l'estimation des coûts supportés par les producteurs pour la participation à ce service de réglage secondaire,

- de l'analyse commandée par le gestionnaire du réseau à un consultant externe indépendant établissant des niveaux de rémunération pour la participation à ce service suivant une analyse:

- o basée sur les coûts supportés, d'une part, et

- o tenant compte des pertes d'opportunité subies par les producteurs participant au service d'autre part.

- des offres remises par les soumissionnaires initiaux,

- du fait que les niveaux de rémunération sont particulièrement dépendants du contexte économique global et en particulier des prix de marché du gaz et de l'électricité et qu'en conséquence l'estimation de la rémunération de la participation au service de réglage secondaire doit intégrer des facteurs couvrant les risques liés à l'incertitude entourant l'évolution de ces marchés;

- du fait que la participation à ce service ne doit pas engendrer une charge pour les participants ni un revenu disproportionné par rapport aux coûts qu'ils vont supporter;

(12) Considérant que les producteurs concernés par le présent arrêté ont été entendus individuellement par la Direction Générale Énergie en présence du gestionnaire du réseau et de la CREG;

(13) Considérant que dans ce cadre, il a été indiqué qu'un producteur visé par le présent arrêté ne sera en mesure technique de fournir le service de réglage secondaire de manière autonome et avec certitude qu'à partir du 1^{er}

juillet 2010, qu'en conséquence sa participation au réglage secondaire ne pourra débuter qu'à partir de cette date, qu'il doit dès lors être tenu compte de cet élément pour la répartition des volumes entre les sociétés visées par le présent arrêté et qu'en l'espèce les volumes complémentaires qui seront livrés par un producteur pour compenser l'incapacité technique momentanée d'un autre devra être prise en compte par la suite de la période visée par le présent arrêté en diminuant le volume initial de ce premier acteur pour les périodes à partir desquelles le second sera en mesure de prester le service;

(14) Considérant que la réglementation applicable, dont notamment l'article 4, § 2 de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, permet de donner au présent arrêté un champ d'application qui s'étend sur plusieurs années;

(15) Considérant, qu'il a été constaté ci-dessus qu'il n'existe pas, pour ce qui concerne la fourniture de ce service, un véritable marché; que ceci peut également être déduit du fait que, dans le passé, le gestionnaire du réseau a éprouvé des difficultés pour acheter ce service dans des volumes suffisants et à des prix raisonnables; qu'il est difficile de croire que le marché va évoluer d'ici un an, de manière telle à ce que cette situation soit modifiée de façon substantielle; qu'il est, dès lors, préférable de déterminer jusqu'au 31 décembre 2011 les volumes et les prix que devront appliquer les catégories de producteurs qui tombent sous le champ d'application de cet arrêté; que cette date concourt avec la fin de l'actuelle période régulatoire de quatre ans; que le présent arrêté devra néanmoins être réévalué, en vertu de l'article 4, § 2 de l'arrêté royal précité, après un an;

(16) Considérant que chacune des sociétés concernées par le présent arrêté dispose d'une ou plusieurs unités de production raccordées au réseau de transport, que ce soit au titre d'un droit réel ou d'un droit quelconque d'utilisation, permettant de fournir tout ou partie des services visés aux articles 243 et suivants de l'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;

(17) Considérant que le présent arrêté revêt un caractère d'extrême urgence; qu'il est en effet impératif d'assurer une disponibilité permanente des services de la réserve secondaire en 2010 et en 2011 afin de permettre au gestionnaire du réseau de répondre de la sécurité, l'efficacité et la fiabilité du réseau, et conséquemment de permettre le fonctionnement de l'économie du pays ainsi que de ne pas perturber le fonctionnement des autres réseaux européens interconnectés; que, tenant compte des éléments précités et de la structure du marché, il est essentiel de déterminer immédiatement les modalités afin que la disponibilité et l'approvisionnement des services auxiliaires du réglage secondaire puissent être assurés; qu'il faut intervenir d'urgence, dès lors que ce service indispensable n'est garanti contractuellement au gestionnaire du réseau que jusqu'au 31 décembre 2009,

Arrête:

Article 1^{er}. § 1. Les définitions contenues à l'article 2 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et à l'article 1^{er}, § 2 de l'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 sont applicables au présent arrêté.

§ 2. Pour l'application du présent arrêté, on entend par:

1° "heures pleines": les heures comprises entre 7 heures et 21 heures inclus des jours de semaine (du lundi au vendredi);

2° "heures creuses": les heures comprises entre 22 heures et 6 heures inclus des nuits du dimanche au lundi, du lundi au mardi, du mardi au mercredi, du mercredi au jeudi, du jeudi au vendredi, et du vendredi au samedi;

3° "heures de week-end": les heures comprises entre 7 heures le samedi et 21 heures inclus le dimanche.

Art. 2. Le présent arrêté s'applique aux sociétés suivantes:

- la SA Electrabel, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, rue de la Régence 8, inscrite au Registre des entreprises sous le numéro 267922,
- la SA SPE, ayant son siège social à 1000 Bruxelles, rue du Régent 47, inscrite au Registre des entreprises sous le numéro 471811661,
- la société de Droit allemand E.ON Energy Trading SE, ayant son siège social à Holstrasse, 6 - D-40221 Düsseldorf, et dont le numéro d'entreprise est HRB 61123.

Art. 3. La SA Electrabel est tenue de mettre à disposition du gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator:

1° pendant toute l'année 2010:

- une réserve secondaire égale à un volume de 100 MW disponible pendant 100 % de l'ensemble des heures pleines, des heures creuses et des heures de week-end,

- un complément de réserve secondaire égal à un volume de 53 MW disponible pendant 70 % des heures de week-end.

2° pendant les six premiers mois de l'année 2010 (du 1^{er} janvier au 30 juin inclus):

- un complément de réserve secondaire égal à un volume de 28 MW disponible pendant 70 % des heures pleines et des heures creuses.

3° pendant les six derniers mois de l'année 2010 (du 1^{er} juillet au 31 décembre inclus):

- un complément de réserve secondaire égal à un volume de 6 MW disponible pendant 70 % des heures pleines et des heures creuses.

4° pendant toute l'année 2011:

- une réserve secondaire égale à un volume de 100 MW disponible à 100 % de l'ensemble des heures pleines, des heures creuses et des heures de week-end,

- un complément de réserve secondaire égal à un volume de 6 MW disponible pendant 70 % des heures pleines et des heures creuses,

- un complément de réserve secondaire égal à un volume de 53 MW disponible pendant 70 % des heures de week-end.

Art. 4. La SA SPE est tenue de mettre à disposition pendant toute l'année 2010 et toute l'année 2011, au gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator, une réserve secondaire égale à un volume de 19 MW, disponible pendant 90 % des heures pleines et des heures creuses.

Art. 5. La E.ON Energy Trading SE est tenue de mettre à disposition du gestionnaire de réseau, la SA Elia System Operator:

1° Pendant les six derniers mois de l'année 2010 (du 1^{er} juillet au 31 décembre inclus):

- une réserve secondaire égale à un volume de 17 MW, disponible pendant 90 % des heures pleines et des heures creuses.

2° Pendant toute l'année 2011:

- une réserve secondaire égale à un volume de 17 MW, disponible pendant 90 % des heures pleines et des heures creuses.

Art. 6. Pour l'année 2010, les volumes livrés sont rémunérés aux prix de:

- pour les heures pleines et les heures creuses: € 12,6/MW/h;

- pour les heures de week-end: € 24/MW/h.

Pour l'année 2011, les volumes livrés sont rémunérés aux prix de:

- pour les heures pleines et les heures creuses: € 15,1/MW/h,

- pour les heures de week-end: € 34,3/MW/h.

Art. 7. Les conditions déterminées dans le modèle de contrat de réglage secondaire et les conditions générales régissant les contrats de services auxiliaires jointes à l'appel d'offres européen référencé 2009 S 51-074011 auquel a procédé le gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator, le 14 mars 2009 pour la fourniture du réglage secondaire pour l'année 2010, sont d'application à l'approvisionnement visé aux articles 2 à 6 inclus du présent arrêté. Les documents précités sont repris en annexes du présent arrêté.

Art. 8. Les mesures visées dans les articles 2 à 7 du présent arrêté sont adoptées pour une période d'une durée de deux ans, du 1^{er} janvier 2010 jusqu'au 31 décembre 2011, y compris.

Art. 9. La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz tient compte des prix visés à l'article 6 du présent arrêté lors de la détermination du revenu total nécessaire pour l'exécution des obligations légales et réglementaires incombant au gestionnaire du réseau en application de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

Art. 10. Le présent arrêté entre en vigueur le 1^{er} janvier 2010.»

Procédure

Considérant que la requérante et l'intervenante demandent que certaines pièces soient gardées confidentielles à l'égard d'autres producteurs; qu'aucun autre producteur que la requérante n'est partie à la cause; que la demande de confidentialité est sans objet.

Fond

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux d'égalité et de non discrimination, de l'article 12^{quater} de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, de l'article 4 de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité et des articles 232 et 234 de l'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, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,

en ce que l'arrêté attaqué impose à la requérante et autres producteurs d'électricité des obligations différenciées en matière de réserve secondaire (la participation à la réserve secondaire le week-end n'est imposée qu'à Electrabel; E.On est dispensée de toute participation durant le premier semestre 2010; le pourcentage mis à charge d'Electrabel est supérieur à sa part de marché; seule Electrabel doit assurer une disponibilité de 100 %),

alors que, première branche, selon les termes utilisés par la CREG, «dans la mesure où la participation à la réserve secondaire ne se fait pas sur base volontaire, les règles régissant la répartition des charges entre les différents producteurs doivent être transparentes et non discriminatoires», mais qu'en l'espèce, l'acte attaqué met uniquement à charge d'Electrabel des prestations de week-end, que ces prestations ne différencient pas les heures pleines et les heures creuses, contrairement à ce qu'indique la motivation reprise en préambule;

alors que, deuxième branche, E.On est dispensée, sans raison de fait ou de droit légalement admissible, de fournir de la réserve secondaire pour le premier semestre 2010, ces obligations étant intégralement transférées à Electrabel;

alors que, troisième branche, le pourcentage de participation à la réserve secondaire mis à charge d'Electrabel est supérieur à sa part de marché, en méconnaissance des règles et principes visés au moyen;

alors que, quatrième branche, seule Electrabel doit assurer une disponibilité de 100 %, en méconnaissance des mêmes règles et principes;

Considérant, sur la première branche, qu'en son 9^e considérant, la motivation de l'arrêté attaqué relève la nécessité de tenir compte des «périodes établies par le gestionnaire du réseau» et notamment des heures pleines, des heures creuses et des week-end; qu'au 10^e considérant, elle fait état de ce que la participation au réglage secondaire est moins contraignante pendant les heures pleines que pendant les périodes creuses et encore moins que pendant les week-end; que les articles 3 à 5 du dispositif mettent la fourniture de réserve secondaire à charge de la seule requérante le week-end, et à sa charge de manière plus contraignante le reste du temps; que le dossier établit que la requérante est, et de loin, le plus gros producteur d'électricité du pays, avec pour l'année 2008, prise comme référence par l'acte attaqué, 84 % de la production, et aussi celui qui dispose du plus grand nombre d'unités de production; que dans son rapport du 1^{er} septembre 2009, la CREG avait proposé, comme le relève la requérante que «tous les producteurs participent à la R2 pendant toutes les périodes, y compris pendant la nuit et le week-end», et elle avait indiqué «ne voir aucune raison de dispenser SPE de participer au service de R2 pendant les heures creuses et les week-end», mais elle avait aussi signalé qu'elle «estime qu'Électrabel, avec son parc d'unités TGV... est bien dotée pour prendre une place importante pour le service R2 en Belgique»; que la note au ministre établie par l'administration le 8 décembre 2009 indique que «pour des motifs économiques et environnementaux, il est apparu nécessaire de ne pas répartir le service R2 indifféremment des périodes reprises dans la proposition de contrat de base à savoir “heures pleines”, “heures creuses”, “heures de week-end”» et que, «tenant compte des offres des 3 producteurs et des périodes reprises au contrat de base R2 et d'une disponibilité de 100 % chez tous les acteurs, la répartition entre les 3 producteurs est établie comme suit» (suit une répartition où la part d'Électrabel dans la R2 était supérieure à celle qui sera retenue par l'arrêté attaqué, mais où elle assurait la totalité de la fourniture pendant le week-end);

Considérant que l'intervenante expose qu'afin de garantir la sécurité d'approvisionnement, un producteur ne peut participer à la R2 que s'il possède plusieurs centrales aptes à y participer, ce qui n'est le cas que de la requérante; que

dans le dernier mémoire, elle explique que la formule retenue permet de n'activer que trois centrales pendant le week-end, alors que la mise à charge de SPE ou d'E.On d'une partie de la fourniture de R2 pendant le week-end aurait imposé d'activer une ou deux centrales supplémentaires; que s'il est vrai que cette explication aurait gagné à être fournie dans le préambule de l'arrêté attaqué ou dans le dossier, c'est elle qui se profile derrière la référence «à des situations économiques et environnementales défavorables» dans le 9^e considérant de l'arrêté attaqué; qu'avec la connaissance qu'elle a de la matière, la requérante n'a pu se méprendre sur la portée de ce motif;

Considérant que dans le mémoire en réplique, la requérante expose que d'autres possibilités que celle retenue par l'arrêté attaqué existent pour assurer une fourniture de R2 dans de bonnes conditions économiques et écologiques; qu'il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier l'opportunité de recourir à l'une de celle-ci; qu'il doit seulement se prononcer sur la légalité de la solution retenue par l'arrêté attaqué; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur la deuxième branche, que le 13^e considérant de l'arrêté attaqué indique qu'un des producteurs ne sera en mesure de fournir la R2 qu'à partir de juillet 2010; qu'il s'agit d'une allusion – transparente pour les destinataires de l'arrêté attaqué – au «swap» par lequel la requérante transfère sa centrale de Vilvorde à E.On, opération à laquelle le 8^e considérant fait également référence; que ce motif est pertinent, établi par le dossier, et bien connu de la requérante puisque c'est une opération à laquelle elle est partie;

Considérant que l'allégation contenue dans la requête, que l'incapacité technique d'E.On de fournir de la R2 ne serait pas établie, est contredite par le dossier, en particulier par la note adressée le 8 décembre 2009 au ministre par l'administration, où on lit le passage suivant: «Lors de la discussion, il est apparu que la fourniture du R2 par E.On requerrait de leur part la mise en place d'un développement technique et de gestion du signal avec Elia. De ce fait, la participation de l'unité de Vilvoorde ne peut être garantie qu'au 1^{er} juillet 2010. En conséquence, la participation d'E.On au réglage secondaire ne pourra débuter qu'à cette date et il y a lieu d'en tenir compte pour la répartition des volumes entre les sociétés visées.»;

Considérant que la requête contient également le grief suivant:

«à supposer qu'E.On eût vraiment été dans l'impossibilité de fournir de la réserve secondaire au 1^{er} semestre 2010, le respect du principe d'égalité (imposé par les dispositions visées au moyen) imposait que, par la suite, l'équilibre soit rétabli en faisant "rattraper" à E.On le retard pris pendant le premier semestre. Or, il n'en est rien: pendant le second semestre 2010, tout comme en 2011, E.On devra fournir le volume de base de 17 MW. De la

même manière, et comme l'indique le passage précité de la motivation de l'arrêté, le volume supplémentaire livré par Electrabel pour compenser l'incapacité technique momentanée d'E.On aurait dû être pris en compte en diminuant le volume pour les périodes postérieures. Or, il n'en a rien été: la surcharge d'Electrabel au 1^{er} semestre 2010 (c-à-d. 28 MW au lieu de 6 MW au second semestre 2010 et en 2011) n'est jamais compensée par la suite.»;

qu'à ce sujet, la note au ministre précitée contient le passage suivant:

«Des volumes complémentaires seront livrés par Electrabel le 1^{er} semestre de l'année 2010 pour compenser cette incapacité technique momentanée. En contre partie, il est apparu évident que dès que la société E.On fournira le service R2 (1^{er} juillet 2010), son volume de participation soit proportionnellement augmenté et qu'*a fortiori* la part d'Electrabel soit au prorata diminuée.»;

que la diminution de 28 à 6 MW du complément de réserve secondaire à charge de la requérante, inscrite dans l'arrêté attaqué, est précisément la compensation dont la requête dénonce l'absence;

Considérant que dans le mémoire en réplique, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir procédé à la répartition de la contribution à la R2 en fonction de la production d'électricité de 2008 alors que les chiffres de 2009 étaient disponibles; que l'arrêté attaqué date du 24 décembre 2009, a été préparé à l'automne 2009, et ne pouvait matériellement être fondé sur la production de 2009; que si le principe de minutie invoqué par la requérante était une règle de droit, il imposerait de se fonder sur les derniers chiffres sûrs disponibles, et non sur une prévision encore incertaine; qu'en cette branche, le moyen n'est pas fondé;

Considérant, sur les troisième et quatrième branches, que si la CREG a recommandé que «les producteurs participent au *pro rata* de l'énergie qu'ils ont produite en 2008», cette règle ne figure pas dans les textes obligatoires; que les mots «en fonction de leurs moyens de production existants» figurant à l'article 234, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 19 décembre 2002 ne peuvent raisonnablement être compris comme imposant un alignement rigoureux de la participation à la R2 sur la proportion d'énergie produite; qu'ils imposent seulement qu'il existe une certaine corrélation entre cette participation et les moyens de production; que, de même, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, n'imposer une disponibilité de 100 % qu'au producteur qui dispose du plus grand nombre d'unités de production, et est de ce fait le mieux à même de pallier l'éventuelle déficience d'une de celles-ci;

Considérant par ailleurs que l'obligation de fournir de la R2 fait l'objet d'une compensation pécuniaire qui est fixée à l'article 6 de l'arrêté attaqué et qui n'est pas critiquée; que les obligations proportionnellement plus lourdes qui pèsent sur la requérante trouvent là une compensation qui écarte le caractère discriminatoire

que la requérante leur prête dans ces branches du moyen: qu'en ces branches, le moyen n'est pas fondé;

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en annulation est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le seize mars deux mille douze par :

M.	M. LEROY,	président de chambre,
M.	Ph. QUERTAINMONT,	conseiller d'Etat,
M.	I. KOVALOVSKY,	conseiller d'Etat,
Mme	N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY