

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 226.468 du 19 février 2014

A. 203.829/XV-1872

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

contre :

l'État belge, représentée par
le Secrétaire d'État à l'Environnement,
à l'Énergie et à la Mobilité,
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 W. GELDHOFF & M. BELMESSIERI, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 27 février 2012 par la société anonyme Electrabel, qui demande l'annulation de «l'arrêté ministériel du 23 décembre 2011 imposant des conditions de prix et de fourniture pour l'approvisionnement en 2012 du réglage primaire et du réglage secondaire par différents producteurs, à tout le moins des articles 3, 4, 5, 6, 9 et 10 de cet arrêté»;

Vu l'ordonnance du 21 juin 2012 qui accueille la demande d'intervention de la s.a. Elia System Operator introduite le 16 mai 2012;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse, 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 14 janvier 2014, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 11 février 2014 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. GELDHOFF & M. BELMESSIERI, avocats, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. L. JANS, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, 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 régulatoire 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.

Art. 21. Par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la commission, le Roi peut:

1° imposer aux producteurs, intermédiaires, fournisseurs et gestionnaire du réseau des obligations de service public, notamment en matière de régularité et de qualité des fournitures d'électricité, ainsi qu'en matière d'approvisionnement de clients; (...)

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 primaire» et le «réglage secondaire» dont il est question aux deux premiers tirets correspondent aux réserves primaire et secondaire, souvent désignées par les notations «R1» et «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 - dit « arrêté royal OSP » - 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.»

Faits

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

Le gestionnaire du réseau, la s.a. Elia System Operator, fait publier au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de marché européen pour la fourniture de services auxiliaires pour la livraison de réglage primaire et de réglage secondaire pour l'année 2012.

Il établit le 19 avril 2011 un rapport sur les offres reçues pour les services auxiliaires recherchés, en particulier pour le réglage primaire et le réglage secondaire; ce rapport indique que les offres reçues pour ces deux services auxiliaires sont insuffisantes en terme de volume recherché pour satisfaire à ses besoins, tels qu'identifiés selon la méthodologie pour la détermination des puissances de réserve primaire et secondaire pour l'année 2012, approuvée par la CREG le 19 mai. Celle-ci établit le 10 novembre un avis «relatif à l'impossibilité pour Elia System Operator s.a. de veiller à la disponibilité et, le cas échéant, de mettre en place un ou plusieurs services auxiliaires à un prix raisonnable en 2012», dans lequel elle constate le caractère non manifestement déraisonnable de la plupart des offres formulées, mais également l'insuffisance des volumes proposés pour couvrir les besoins en matière de réglage primaire et de réglage secondaire nécessaires à assurer la sécurité du réseau. Elle prend le 24 novembre une décision concernant «la proposition tarifaire de la s.a. Elia System Operator pour la période régulatoire 2012-2015», qui porte, en conclusion, que «la proposition tarifaire d'Elia contient des coûts anormalement élevés pour l'achat de services auxiliaires, plus particulièrement ceux pour la

réserve de la réserve primaire et secondaire» et, qu'en conséquence, la proposition tarifaire d'Elia devait être adaptée dans le sens d'une réduction substantielle des valeurs pour les réserves primaire et secondaire. Elle demande à Elia de diminuer «les valeurs pour la réserve» de 5.782.000 euros pour la réserve primaire et de 8.095.000 euros pour la réserve secondaire.

Un projet d'arrêté ministériel est rédigé et soumis à la section de législation du Conseil d'État qui donne, le 6 décembre, l'avis L 50.709/3 par lequel elle se déclare incompétente au motif que le projet d'arrêté ne revêt pas de caractère réglementaire.

Le 20 décembre, Elia attire l'attention de la partie adverse sur les conséquences de la décision de rejet, par la CREG, de sa proposition tarifaire pour la période 2012-2015, notamment en ce qui concerne le montant projeté pour la fourniture des réserves primaire et secondaire. Elle observe que, si la décision tarifaire finale de la CREG maintient le coût maximum de 63.912 «k€», elle ne disposera pas en 2012 des moyens nécessaires à la rémunération des fournisseurs des réserves primaire et secondaire aux conditions prévues par l'arrêté ministériel en projet, alors que la constitution de ces réserves est essentielle au maintien de la sécurité du système électrique belge et européen. Elle mentionne également que pour ne pas dépasser le montant autorisé par la CREG, il faut diminuer deux prix prévus dans le projet d'arrêté ministériel en les ramenant de 32 à 27,1 euros/MWh pour la fourniture de réserves primaire et secondaire pendant les «heures pleines» uniquement et de 37,7 à 31,9 euros/MWh pour la fourniture des mêmes réserves les «heures pleines», les «heures creuses» et le week-end.

Le 22 décembre, la CREG approuve la proposition tarifaire adaptée d'Elia du 13 décembre après avoir constaté dans cette même décision que «Elia a (...) intégralement satisfait à la demande d'adaptation de la CREG».

Le 23 décembre 2011, est pris un arrêté ministériel imposant des conditions de prix et de fourniture pour l'approvisionnement en 2012 du réglage primaire et du réglage secondaire par différents producteurs. Il est rédigé comme suit:

« La Vice-Première Ministre et Ministre de l'Intérieur,
Le Secrétaire d'État à l'Énergie,
Vu la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, notamment les articles 8, § 1^{er}, 4^o, 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 l'avis (A)111110-CDC-116 du 10 novembre 2011 de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après "CREG") relatif à l'impossibilité pour Elia System Operator SA de veiller à la disponibilité et, le cas échéant, de mettre en place un ou plusieurs services auxiliaires à un prix raisonnable en 2012;

Vu la Décision (B)111124-CDC-658E/18 du 24 novembre 2011 de la CREG relative à la proposition tarifaire de la SA Elia System Operator pour la période régulatoire 2012-2015;

Vu l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 20 décembre 2011;

Vu l'avis n° 50.709/3 du Conseil d'État, rendu le 6 décembre 2011, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;

Considérant que le gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator, a lancé le 24 janvier 2011 un avis de marché européen référencé 2011-010798 pour la fourniture de services auxiliaires qui a donné lieu à un appel d'offre européen lancé le 27 février 2011 pour livraison de réglage primaire et de réglage secondaire pour l'année 2012;

Considérant que, sur proposition du gestionnaire du réseau, la CREG a, dans sa décision (B) 110519-CDC-1056 du 19 mai 2011, approuvé la méthodologie utilisée par Elia pour la détermination de la puissance de réserve primaire et secondaire pour 2012 nécessaires à assurer la sécurité, la fiabilité et l'efficacité du réseau, et qu'en application de cette méthodologie, les besoins en réglage primaire ont été déterminés pour l'année 2012 à une puissance de réserve de 95 MW et les besoins en réglage secondaire à une puissance moyenne de réserve de 140 MW avec une puissance minimale de 100 MW;

Considérant que le gestionnaire du réseau a établi le 19 avril 2011 un rapport sur les offres reçues pour les services auxiliaires recherchés, en particulier pour le réglage primaire et le réglage secondaire, qu'il l'a adressé à la CREG et au Ministre et que ce rapport indique que les offres reçues pour ces deux services auxiliaires 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) 110519-CDC-1056 susmentionnée;

Considérant que la CREG a établi le 10 novembre 2011 un avis "relatif à l'impossibilité pour Elia System Operator SA de veiller à la disponibilité et, le cas échéant, de mettre en place un ou plusieurs services auxiliaires à un prix raisonnables en 2012" dans lequel la CREG constate, certes, le caractère non manifestement déraisonnable de la plupart des offres formulées mais que celles-ci sont insuffisantes en termes de volumes proposés pour couvrir les besoins en matière de réglage primaire et de réglage secondaire nécessaires à assurer la sécurité du réseau;

Considérant que l'appel d'offre lancé par le gestionnaire du réseau qui aurait dû mener à une attribution des services recherchés aux mieux offrants 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 du service de réglage primaire et de réglage secondaire;

Considérant que la CREG a formulé, pour le cas où la participation au réglage primaire et secondaire ne se ferait pas de manière volontaire, des recommandations invitant:

– à répartir les fournitures de ces services au *pro rata* entre les producteurs raccordés au réseau de transport d'électricité en prenant comme base de référence la quantité d'énergie produite en 2010 (dernière année calendrier complète) par les centrales nucléaires,

thermiques fossiles, renouvelables ou de pompage-turbinage de plus de 25 MW, à l'exclusion des petites cogénérations exploitées par ces producteurs;

- à tenir compte d'un effet portefeuille éventuel pour les producteurs disposant d'une ou de plusieurs unités;

- à favoriser la fourniture simultanée de réserve primaire et de réserve secondaire;

- à limiter autant que faire se peut le manque à gagner à compenser dans la solution de répartition des volumes retenue en tenant également compte des périodes à couvrir;

- à tenir compte pour la fixation du prix associé aux volumes imposés du manque à gagner à compenser par producteur et d'y ajouter le cas échéant une rémunération pour le service presté;

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

Considérant également que les producteurs qui, sur base d'une répartition *pro rata* seraient amenés à livrer une puissance de réglage primaire et 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 minimale 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;

Considérant cependant que certains producteurs qui ont produit en 2010 une quantité d'énergie qui ne permet pas en principe de leur imposer de participer aux services auxiliaires en 2012 dès lors que leur production en 2010 était soit inexistante soit inférieure au seuil précédemment cité, ont cependant remis volontairement des offres utiles et à des prix intéressants jugées non manifestement déraisonnables dans l'avis susmentionné de la CREG, que des contrats volontaires ont pu ou sont sur le point d'être conclus entre ces producteurs et le gestionnaire du réseau, et qu'en conséquence, le volume à imposer aux producteurs visés dans le présent arrêté est le volume résiduel résultant de la participation volontaire des producteurs dont question au présent considérant;

Considérant néanmoins que les producteurs visés ci-avant ont indiqué qu'ils auront besoin d'une période de quelques mois afin d'être techniquement en mesure de fournir les services de réglage primaire et secondaire de manière autonome et avec certitude, qu'ils ne seront donc pas en mesure de livrer les services déjà début 2012, et qu'il doit dès lors être tenu compte de cet élément pour la répartition des volumes entre les sociétés visées par le présent arrêté;

Considérant qu'une répartition *pro rata* de la réserve primaire et du 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;

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

Considérant que pour la détermination des niveaux de rémunération, il s'indique de tenir compte des recommandations formulées par la CREG dans son avis mais aussi du résultat des échanges réalisés dans le cadre de la concertation menées entre la Direction

Générale Énergie, des représentants du gestionnaire de réseau et de la CREG avec chacun des producteurs concernés;

Considérant en outre 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;

Considérant que chacun des producteurs concernés 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;

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 primaire et secondaire en 2012 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 primaire et secondaire puissent être assurés; qu'il faut intervenir d'urgence, dès lors que ces services indispensables ne sont garantis contractuellement ou par voie d'arrêté ministériel au gestionnaire du réseau que jusqu'au 31 décembre 2011; qu'en l'absence de telles réserves, le gestionnaire de transport ELIA se trouverait dans l'impossibilité de garantir la sécurité du réseau conformément à l'article 8, § 1^{er}, 4^o de la loi du 29 avril 1999 sur l'organisation du marché de l'électricité, et ce à partir du 1^{er} janvier 2012, dès 00 heure.

Considérant que pour la fixation des prix, il est tenu compte de la décision (B)111222-CDC-658E/19 de la CREG relative à la demande d'approbation de la proposition tarifaire adaptée de la SA ELIA SYSTEM OPERATOR pour la période régulatoire 2012-2015.

Arrêtent:

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

2^o "heures creuses": les heures creuses paires et les heures creuses impaires;

3^o "heures creuses paires": 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 des semaines paires au cours de l'année calendrier sachant que la première semaine de l'année calendaire à venir (02/01/2012 – 08/01/2012) constitue la semaine 1, le suivant le 2 et ainsi de suite jusqu'à 52;

4^o "heures creuses impaires": 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 des semaines impaires au cours de l'année calendrier sachant que la première semaine de l'année calendaire à venir

(02/01/2012 – 08/01/2012) constitue la semaine 1, le suivant le 2 et ainsi de suite jusqu'à 52;

5° "heures de week-end": les heures de week-end pairs et les heures de week-end impairs;

6° "heures de week-end pairs": les heures comprises entre 7 heures le samedi et 21 heures inclus le dimanche des week-end pair au cours de l'année calendrier sachant que le premier week-end de l'année calendaire à venir (07/01/2012 – 08/01/2012) constitue le week-end 1, le suivant le 2 et ainsi de suite jusqu'à 52.

7° "heures de week-end impairs" les heures comprises entre 7 heures le samedi et 21 heures inclus le dimanche des week-end impairs au cour de l'année calendaire sachant que le premier week-end de l'année calendaire à venir (07/01/2012 – 08/01/2012) constitue le week-end 1, le suivant le 2 et ainsi de suite jusqu'à 52.

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 EDF Luminus (anciennement 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° du premier janvier 2012 au 29 février 2012 inclus:

– une réserve primaire égale à un volume de 72,1 MW disponible pendant 100 % des heures pleines, et de 84,1 MW disponible pendant 100 % de l'ensemble des heures creuses et des heures de week-end;

– 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, et un complément de 27,8 MW disponible pendant 90 % de l'ensemble des heures creuses et des heures de week-end;

2° du 1^{er} mars 2012 au 31 décembre 2012 inclus:

– une réserve primaire égale à un volume de 72,1 MW disponible pendant 100 % des heures pleines, et de 75 MW disponible pendant 100 % de l'ensemble des heures creuses et des heures de week-end, et un complément de 20 MW disponible pendant 100 % des heures creuses impaires et des heures de week-end impairs;

– une réserve secondaire égale à un volume de 80 MW disponible pendant 100 % de l'ensemble des heures pleines, des heures creuses et des heures de week-end, et un complément de 40 MW disponible pendant 100 % des heures creuses impaires et des heures de week-end impairs;

Art. 4. La SA EDF Luminus est tenue de mettre à disposition du gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator:

1° du premier janvier 2012 au 29 février 2012 inclus:

– une réserve primaire égale à un volume de 9,3 MW disponible pendant 100 % des heures pleines, et de 12,1 MW disponible pendant 90 % de l'ensemble des heures creuses et des heures de week-end;

– une réserve secondaire égale à un volume de 16,7 MW disponible pendant 90 % de l'ensemble des heures pleines, des heures creuses et des heures de week-end;

2° du 1^{er} mars 2012 au 31 décembre 2012 inclus:

– une réserve primaire égale à un volume de 9,3 MW disponible pendant 100 % des heures pleines, et un complément de 20 MW

disponible pendant 100 % des heures creuses paires et des heures de week-end pairs;

– une réserve secondaire égale à un volume de 20,6 MW disponible pendant 100 % des heures pleines, et un complément de 40 MW disponible pendant 100 % des heures creuses paires et des heures de week-end pairs;

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

1° du premier janvier 2012 au 29 février 2012 inclus:

– une réserve primaire égale à un volume de 16 MW disponible pendant 85 % des heures pleines;

– une réserve secondaire égale à un volume de 29,4 MW disponible pendant 85 % des heures pleines;

2° du 1^{er} mars 2012 au 31 décembre 2012 inclus:

– une réserve primaire égale à un volume de 16 MW disponible pendant 85 % des heures pleines;

– une réserve secondaire égale à un volume de 20,2 MW disponible pendant 85 % des heures pleines;

Art. 6. Pour l'année 2012, les volumes livrés de réserve primaire et de réserve secondaire sont rémunérés:

– à un prix unitaire de € 27,1 MW/h pour le producteur qui est tenu de mettre à disposition de la réserve primaire et de la réserve secondaire uniquement pendant les périodes d'heures pleines;

– à un prix unitaire de € 31,9 MW/h pour les producteurs qui sont tenus de mettre à disposition de la réserve primaire et de la réserve secondaire pendant les périodes d'heures pleines, d'heures creuses et d'heures de week-end.

Art. 7. Les conditions déterminées dans les modèles de contrat de réglage primaire et de réglage secondaire et les conditions générales régissant les contrats de services auxiliaires jointes à l'appel d'offres européen référencé 2011-010798 auquel a procédé le gestionnaire du réseau, la SA Elia System Operator, le 27 février 2011 pour la fourniture du réglage primaire et du réglage secondaire pour l'année 2012, 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 d'un an, du 1^{er} janvier 2012 jusqu'au 31 décembre 2012, 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 2012.

Bruxelles, le 23 décembre 2011.

La Vice-Première Ministre et Ministre de l'Intérieur,

Mme J. MILQUET

Le Secrétaire d'Etat à l'Energie,

M. WATHELET »

Il s'agit de l'acte attaqué. Il a été publié au *Moniteur belge* le 17 janvier 2012.

Fond

Considérant que la requérante prend un moyen, le deuxième de la requête, de la violation des articles 33, 10 et 11 de la Constitution, de l'article 4 de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité («OSP»), de l'excès de pouvoir, du principe d'égalité et de l'erreur de droit, dans la seconde branche duquel elle fait valoir que l'acte attaqué impose à trois producteurs déterminés de fournir des quotas individuels de réserve primaire et secondaire, alors que l'article 4, § 2, de l'arrêté royal «OSP» ne permet pas au ministre d'opérer des réquisitions individuelles, mais seulement d'imposer des conditions de prix et de fourniture à des «catégories de producteurs» ou d'établir des «règles transparentes et non discriminatoires» visant à assurer qu'Elia dispose en permanence des services nécessaires; qu'elle expose qu'un acte individuel de réquisition n'est pas une règle transparente et non discriminatoire, qu'à cet égard, la comparaison entre l'article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal OSP (qui prévoit l'imposition par Elia de volumes sur une base individuelle), repris respectivement aux articles 239, § 2, (pour la R1) et 246, § 2, (pour la R2) du règlement technique établi par l'arrêté royal du 19 décembre 2002, et l'article 4, § 2, de ce même arrêté royal (qui prévoit l'adoption par le ministre de règles transparentes applicables à des catégories de producteurs) confirme cette lecture; que, à titre surabondant, et même si la qualité des textes réglementaires laisse quelque peu à désirer, elle indique que le système mis en place se comprend en ce sens que le contrat conclu avec le soumissionnaire ayant remis la meilleure offre dans le cadre d'un marché public (art. 232, 237, § 1^{er} et 243, § 1^{er}, du règlement technique) est la règle, et que la détermination par le ministre de mesures applicables par catégories de producteurs, établies pour une durée déterminée et faisant l'objet d'une évaluation annuelle est l'exception; qu'elle ajoute que si «à titre temporaire» les services contractés conformément ou imposés se révèlent insuffisants, Elia peut alors intervenir et prendre deux types de mesures: imposer «aux producteurs» (au pluriel) des mesures, voire requérir «le cas échéant, sur une base individuelle» un ou plusieurs fournisseurs de fournir les quantités nécessaires pour remédier à la situation; qu'elle estime que, de cette manière, une gradation est mise en place entre la mesure volontaire (le contrat), la mesure contraignante mais à caractère général (l'arrêté ministériel), et la mesure contraignante individuelle, qui constitue l'«*ultimum remedium*» applicable à titre temporaire; qu'elle conclut qu'en imposant, en violation des articles visés au moyen, des mesures individuelles, la partie adverse a outrepassé ses pouvoirs;

Considérant que la partie adverse répond:

– que le système mis en place par l'arrêté royal du 11 octobre 2002 relatif aux obligations de service public dans le marché de l'électricité, lui impose certaines obligations «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» (art. 4, § 1^{er}),

– qu'également, «sur la 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 (...), 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 (...)»;

– qu'en l'espèce, il ressort à suffisance du dossier administratif que les rapports et avis concordants, tant du gestionnaire du réseau Elia, que de la CREG, ont successivement constaté, d'une part, l'insuffisance des volumes de services auxiliaires proposés par les producteurs d'électricité, telle la requérante, ce qui portait indubitablement gravement atteinte à la sécurité publique, et, d'autre part, le caractère inadéquat des coûts de fourniture de ces services, tels qu'ils figuraient dans la première proposition tarifaire d'Elia pour les années 2012-2015;

– que dès lors, en ce qu'il invoque une violation des dispositions de l'arrêté royal du 11 octobre 2002, le moyen manque de fondement puisque, non seulement, la partie adverse avait le pouvoir d'intervenir en cette matière, mais, au vu des conclusions non équivoques de l'avis de la CREG du 24 novembre 2011 et de la lettre d'Elia du 20 décembre 2011, elle avait même le devoir de fixer les prix;

– que les dispositions de l'arrêté royal du 11 octobre 2002, s'appuient elles-mêmes sur les dispositions de l'article 12^{quater} de la loi du 29 avril 1999, lequel donne au ministre le pouvoir de «prendre des mesures» à propos des coûts des services auxiliaires, dans l'hypothèse où, sur la base du rapport du gestionnaire de réseau et de l'avis de la CREG, les prix offerts pour la fourniture des services auxiliaires lui paraîtraient «manifestement déraisonnables»; qu'il existe un cadre législatif, au sens propre du terme, justifiant une certaine ingérence – qui doit évidemment rester proportionnée – dans la propriété et les biens des acteurs du marché, lorsque l'intérêt général le requiert;

Considérant que l'intervenante fait valoir:

– que les «catégories de producteurs dans la zone de réglage» visées par l'article 4, § 2, alinéa 3, précité sont, à l'évidence, les producteurs dans la zone de réglage sélectionnés par le ministre pour fournir des services auxiliaires à des prix qu'il détermine,

- qu’il s’agit de producteurs techniquement et économiquement en mesure de produire de la R1 et de la R2 à des prix imposés par le ministre;
- que ces «catégories de producteurs» s’opposent donc à celles qui ne sont pas visées par l’arrêté ministériel, par exemple parce qu’elles ne disposent pas de centrales en mesure de produire des services auxiliaires ou qu’elles ont une part de marché trop peu importante pour être contraintes à produire de la R1 et de la R2;
- que «contrairement à ce que prétend la requérante – à bien la comprendre», les termes utilisés par l’article 4, § 2, ne signifient toutefois pas que les producteurs sélectionnés par le ministre dans la zone de réglage devraient fournir des quantités identiques de R1 et de R2 (nécessairement à des prix identiques); qu’elle s’étonne de cette argumentation puisque le ministre veille précisément à imposer aux producteurs des charges non-discriminatoires et que des producteurs ne peuvent être traités de manière identique que s’ils se trouvent dans une situation identique, de sorte qu’il est insensé, dans l’esprit de l’article 4, § 2, de soutenir qu’en vertu de cette disposition, le ministre ne pourrait imposer de mesures individuelles aux producteurs;
- qu’elle ne comprend pas pourquoi des mesures individuelles adoptées à l’égard de chaque producteur ne seraient pas des mesures transparentes et non discriminatoires;
- que c’est précisément pour éviter des situations discriminatoires que le ministre doit tenir compte des spécificités techniques propres à chaque producteur susceptible d’entrer en ligne de compte pour la fourniture de services auxiliaires, lorsqu’il adopte un arrêté en vertu de l’article 4, § 2, alinéa 3, de l’arrêté royal du 11 octobre 2002;
- que le fait qu’à d’autres endroits du même arrêté royal (article 4, § 1^{er}) ou encore dans le règlement technique (article 234, article 239, § 2 et article 246, § 2) il est précisé que le gestionnaire du réseau peut adopter «sur une base individuelle» des mesures à l’égard des producteurs (ou de «chaque producteur») ne signifie pas que le ministre ne serait pas compétent, en vertu de l’article 4, § 2, de l’arrêté royal OSP, pour imposer des mesures spécifiques aux producteurs, qui peuvent différer d’un producteur à l’autre;

Considérant que dans le dernier mémoire, la partie adverse relève que les notions de réserve primaire, secondaire et tertiaire et d’obligations de service public figurent dans la loi du 29 avril 1999, et que les travaux préparatoires de son article 21, alinéa 1^{er}, établissent que, dans l’esprit du législateur, il y avait une volonté d’habiliter le Roi à préciser les obligations de service public qui pourront être imposées dans les matières visées par la directive, aux producteurs, intermédiaires et gestionnaire du réseau, en ce qui concerne notamment la régularité et la qualité des fournitures d’électricité et l’approvisionnement des clients non éligibles; qu’elle soutient que, sur ce dernier point, il y avait bien une volonté de permettre une délégation pour les décisions individuelles; qu’elle indique que l’arrêté attaqué

présente un caractère individuel, et que la question qui se pose est de savoir si le Roi pouvait confier le soin de prendre des décisions individuelles à un ministre, sachant qu'il est admis que les délégations de compétences secondaires et techniques sont, en principe, admissibles en droit; qu'à ce sujet, elle observe que la délégation donnée au ministre peut se justifier par le fait qu'il s'agit bien ici de compétences techniques et de mesures individuelles, pour lesquelles la jurisprudence se montre en général moins sévère que pour une délégation de compétences réglementaires; qu'en ce qui concerne le reproche adressé à l'arrêté royal du 11 octobre 2002 d'avoir lui-même organisé le pouvoir qui lui était conféré, en déléguant celui-ci à un ministre, elle expose qu'il n'appartient pas au législateur de déléguer directement des pouvoirs à un ministre, mais bien, afin de respecter le prescrit de l'article 108 de la Constitution, qu'il laisse au Roi le soin de juger lui-même s'il appartient de confier certaines des tâches qui lui sont conférées à l'un de ses ministres; qu'elle en conclut qu'il est incorrect de considérer que l'article 4, § 2, de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 serait illégal par le seul fait que le Roi aurait délégué son pouvoir à un ministre, de telle manière que l'acte attaqué repose bien sur un fondement légal en l'espèce;

Considérant que l'intervenante rappelle dans son dernier mémoire les conditions auxquelles le Roi peut déléguer une partie de sa compétence à un ministre, à savoir:

- être prévue dans un texte qui l'autorise expressément ou implicitement;
- ne pas porter sur l'essence même du pouvoir attribué au Roi et ne se rapporter qu'à des mesures d'exécution d'ordre secondaire ou relatives à des points de détail;
- être précaire et révocable;
- le délégataire doit être sous le contrôle hiérarchique du délégant;
- l'acte de délégation doit être rendu opposable aux tiers par l'accomplissement de formalités de publicité;

qu'elle estime que ces cinq conditions sont remplies, et expose ce qui suit:

– s'il est vrai que l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Loi électricité ne prévoit pas expressément une possibilité de délégation de la compétence du Roi au ministre, de telles délégations de compétences peuvent avoir lieu, si le libellé de la disposition les autorise implicitement, ce qui est le cas, car cette disposition ne s'oppose pas à ce que le Roi délègue une partie accessoire de cette compétence à un de ses ministres et de telles habilitations de délégation implicites du Roi au ministre existent à plusieurs endroits dans la Loi électricité;

– le fait que l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Loi électricité constitue une base légale suffisante pour permettre au Roi de déléguer une partie de sa compétence, n'est pas mis en cause par la modification de l'article 12^{quinquies} de la Loi électricité par la loi du 8 janvier 2012, qui prévoit qu'il appartient désormais au Roi d'imposer «par une décision contraignante», après avis de la CREG et sur

proposition du ministre, au nom de la sécurité d'approvisionnement, «une obligation de service public qui couvre le volume et le prix des services auxiliaires des producteurs de la zone de réglage belge»; depuis cette modification l'article 12^{quinq} s'analyse dès lors en une *lex specialis* par rapport à l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, mais rien ne permet de soutenir que le législateur aurait voulu pallier une irrégularité dans le système de délégation de compétence du Roi en faveur du ministre; l'expérience acquise au cours des trois dernières années en matière d'imposition de fourniture de services auxiliaires à certains producteurs a permis de déterminer plus tôt dans l'année si des mesures contraignantes devraient être décidées pour la fourniture de services auxiliaires l'année suivante, et la procédure d'imposition de telles mesures se déroule dans une moindre urgence et peut alors se faire au moyen d'un arrêté royal dont la préparation est plus longue que celle d'un arrêté ministériel;

– l'article 4, § 2, de l'arrêté royal OSP n'a pas vidé la compétence que le Roi détient en vertu de l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Loi électricité de son essence; l'arrêté ministériel attaqué, ne constitue que la mise en œuvre d'un détail de cette compétence par rapport aux nombreuses autres obligations de service public que le Roi peut mettre à charge des acteurs du marché de l'électricité; cet article n'a pas conféré au ministre une compétence d'adopter des actes administratifs à portée réglementaire, mais seulement à portée individuelle, et l'arrêté attaqué impose des obligations de service public individuelles limitées dans le temps à charge de certains producteurs nommément visés, pour pallier la situation exceptionnelle, d'incidence normalement mineure et limitée dans le temps, dans laquelle le ministre constate l'impossibilité de veiller à la disponibilité des services auxiliaires pendant une ou deux années déterminées;

– la délégation accordée par le Roi au ministre est précaire et révocable; rien n'empêche le Roi de modifier l'article 4, § 2, de l'arrêté royal OSP à tout moment et de «repren

– le ministre se trouve sous la hiérarchie du Roi, qui est le chef du pouvoir exécutif;

– la délégation contenue dans l'article 4, § 2, de l'arrêté royal OSP a été rendue opposable aux tiers par la publication de l'arrêté au *Moniteur belge*;

qu'elle en conclut que la délégation de compétence de l'article 4, § 2, de l'arrêté royal OSP n'est contraire ni à l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Loi électricité, ni, d'une manière générale, aux articles 108 et 33 de la Constitution, et que l'application de cet article ne peut donc être écartée sur la base de l'article 159 de la Constitution;

Considérant que l'article 21 de la loi du 29 avril 1999 attribue au Roi, agissant par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le pouvoir d'imposer aux producteurs des «obligations de service public» tenant notamment à la régularité des

fournitures d'électricité et à l'approvisionnement de clients; que la fourniture de réserves primaire et secondaire fait partie de ces obligations; que cet article n'autorise pas le Roi à attribuer Son pouvoir à un ministre; que, toutefois, la jurisprudence admet que même en l'absence d'habilitation expresse, les ministres qui sont chargés, par le dernier article de tout arrêté royal, d'exécuter ledit arrêté, puissent adopter des mesures d'exécution d'ordre secondaire ou relatives à des points de détail;

Considérant que l'obligation mise par l'arrêté attaqué à charge de la requérante de fournir en permanence de la réserve primaire et secondaire ne consiste pas en la mise en œuvre de règles qui auraient été établies par un arrêté royal ou par la loi; que la loi se borne à habiliter le Roi à «imposer aux producteurs... des obligations de service public, notamment en matière de régularité et de qualité des fournitures d'électricité», sans spécifier en quoi consistent ces obligations; que l'article 4, § 2, de l'arrêté royal du 11 octobre 2002 établit d'abord une procédure selon laquelle le gestionnaire du réseau, la Commission de régulation et le ministre diagnostiquent un risque de défaillance dans l'approvisionnement en électricité et identifient les mesures à prendre en vue d'y remédier; que la même disposition habilite ensuite le ministre à imposer à certaines catégories de producteurs des conditions de prix et de fourniture de tout ou partie des services auxiliaires – dont la fourniture de réserves primaire et secondaire – et à établir des règles «transparentes et non discriminatoires» visant à assurer au gestionnaire du réseau une disponibilité permanente de ces réserves;

Considérant qu'ainsi, ni la loi ni l'arrêté royal ne déterminent la teneur de ces règles, ni les critères en fonction desquels les conditions de prix et de fourniture des réserves primaire et secondaire sont établies; que l'arrêté attaqué ne pourvoit pas à l'exécution de la loi ou de l'arrêté royal en édictant une mesure d'exécution d'ordre secondaire ou de détail, mais il formule à l'égard des producteurs une obligation dont le principe n'est déposé ni dans la loi ni dans l'arrêté royal; qu'en cela, il excède la limite des mesures qu'il est permis à un ministre d'édicter en vue de pourvoir à l'exécution d'un arrêté royal;

Considérant qu'en outre, les obligations établies par l'arrêté attaqué représentent pour la requérante une charge qu'elle a décrit dans la requête, à propos du cinquième moyen, comme un manque à gagner de 450 € par heure pour les heures pleines et comme une perte de 1850 € par heure pour les heures creuses; que même si ces montants sont contestés, l'arrêté attaqué ne peut être considéré comme une décision anodine, d'ordre secondaire ou relative à un point de détail;

Considérant que, compte tenu de l'article 21, 1°, de la loi, un arrêté royal qui aurait le même contenu que l'arrêté attaqué mais qui ne serait pas délibéré en conseil des ministres serait illégal pour ce motif; qu'à plus forte raison un arrêté ministériel excède les pouvoirs que la jurisprudence accepte que le Roi confie à un ministre; que le moyen est fondé;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'autre branche du moyen ni les autres moyens qui, à les supposer fondés, ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'arrêté attaqué,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Est annulé l'arrêté ministériel du 23 décembre 2011 imposant des conditions de prix et de fourniture pour l'approvisionnement en 2012 du réglage primaire et du réglage secondaire par différents producteurs.

Article 2.

Le présent arrêt sera publié par extrait au *Moniteur belge* dans les mêmes formes que l'arrêté annulé.

Article 3.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le dix-neuf février deux mille quatorze par :

M.	M. LEROY,	président de chambre,
M.	I. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
Mme	D. DÉOM,	conseiller d'État,
Mme	N. ROBA,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY