CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.032 du 4 mars 2016

G./A.211.543/VI-20.141
G./A.211.745-VI-20.156

En cause : **1. la société anonyme MARCINELLE ENERGIE**,
2. la société de droit italien ENEL TRADE,

ayant élu domicile chez
Mes Luc DEPRE et
Quentin DEBACKER, avocats,
place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par la Ministre de l'Energie, de l'Environnement et du Développement durable et par le Premier Ministre,

ayant élu domicile chez
Mes Manuela VON KUEGELGEN et
Paul FORIERS, avocats,
avenue Louise, n° 149/20,
1050 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DES REQUETES

Par une requête introduite le 31 janvier 2014, et enrôlée sous le numéro G./A.211.543/VI-20.141, la société anonyme MARCINELLE ENERGIE et la société de droit italien ENEL TRADE demandent l'annulation :

" - de l'arrêté ministériel portant sur le recours à la procédure d'appel d'offres en application de l'article 5, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (publié au Moniteur belge du 2 décembre 2013) […] (premier acte attaqué) et l'annulation, directement ou par voie de conséquence :

* de l'avis de pré-information relatif à un marché de travaux de construction de centrales électriques (2014/S 010-012340) (publié au Journal officiel de l'Union européenne le 15 janvier 2014, deuxième acte attaqué) ainsi que;
* de son annexe constituée du cahier des charges de l'appel d'offres portant sur l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité de type

cycle ouvert ou cycle combiné à gaz en Belgique afin de garantir la sécurité d'approvisionnement (troisième acte attaqué)".

Par une requête introduite le 20 février 2014, et enrôlée sous le numéro G./A.211.745/VI-20.156, la société anonyme MARCINELLE ENERGIE et la société de droit italien ENEL TRADE demandent l'annulation :

" - de l'arrêté royal du 8 décembre 2013 concernant les modalités de la procédure d'appel d'offres pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, publié au Moniteur belge le 23 décembre 2013 (premier acte attaqué) et l'annulation, directement ou par voie de conséquence :

* de l'avis de pré-information relatif à un marché de travaux de construction de centrales électriques (2014/S 010-012340) (publié au Journal officiel de l'Union européenne le 15 janvier 2014, deuxième acte attaqué) ainsi que;
* de son annexe constituée du cahier des charges de l'appel d'offres portant sur l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité de type cycle ouvert ou cycle combiné à gaz en Belgique afin de garantir la sécurité d'approvisionnement (troisième acte attaqué)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Les dossiers administratifs ont été déposés.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Des ordonnances du 6 janvier 2016, notifiées aux parties, fixent les affaires à l'audience du 3 février 2016 à 10 heures.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Luc DEPRE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Me Eléonore de DUVE, *loco* Mes Manuela VON KUEGELGEN et Paul FORIERS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. L'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, remplacé par la loi du 1er juin 2005, modifié par les lois des 8 janvier 2012 et 15 mai 2014, se présente comme suit :

" § 1er. Sans préjudice des dispositions visées à l'article 21, alinéa 1er, 1° et 2°, le ministre peut recourir à la procédure d'appel d'offres pour l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité lorsque la sécurité d'approvisionnement n'est pas suffisamment assurée par :
1° la capacité de production en construction; ou
2° les mesures d'efficacité énergétique; ou
3° la gestion de la demande.
L'appel d'offres doit prendre en considération les offres de fourniture d'électricité garanties à long terme qui émanent d'installations de production d'électricité existantes, pour autant qu'elles permettent de couvrir les besoins supplémentaires.

§ 2. Le ministre motive le recours à la procédure d'appel d'offres en tenant notamment compte des critères suivants :
1° l'inadéquation entre le parc de production et l'évolution de la demande d'électricité à moyen et à long terme, compte tenu de l'étude prospective et particulièrement des engagements de la Belgique en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre et de production d'énergie à partir de sources renouvelables;
2° les investissements destinés à accroître la capacité de production, sans préjudicier aux investissements d'efficacité énergétique;
3° les obligations de service public visées à l'article 21.

§ 3. L'avis du gestionnaire du réseau en ce qui concerne la dimension du parc de production et l'incidence des importations est demandé préalablement au lancement de la procédure d'appel d'offres.

§ 4. Le Roi déterminera, après avis de la commission, les modalités de la procédure d'appel d'offres en veillant à assurer :
1° une mise en concurrence effective par appel d'offres;
2° la transparence de la procédure, en particulier des spécifications techniques et des critères d'attribution de l'appel d'offres;
3° l'égalité de traitement de l'ensemble des candidats répondant à l'appel d'offres;
4° le respect pour les dossiers d'appel d'offre remis par les soumissionnaires des critères fixés par l'article 4 et ses arrêtés d'exécution.
Le cahier des charges établi par la Direction générale de l'Energie peut contenir des incitations pour favoriser la construction d'installations de production d'électricité faisant l'objet de l'appel d'offres. Lorsque le cahier des charges contient des incitations, celui-ci doit être préalablement approuvé par le Conseil des Ministres.
Conformément à l'article 21, le Roi peut déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, des obligations de service public permettant le financement des incitations visées ci-avant.
A défaut d'application du mécanisme de financement visé à l'alinéa 2, les incitations sont financées par le Budget des Voies et Moyens.

Les incitations attribuées suite à la procédure d'appel d'offres ne font pas l'objet d'une taxation.

§ 4*bis*. Les modalités de la procédure d'appel d'offres font l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne au moins six mois avant la date de clôture de l'appel d'offres.
Le cahier des charges est mis à la disposition de toute entreprise intéressée, établie sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, de sorte que celle-ci puisse disposer d'un délai suffisant pour présenter une offre.
En vue de garantir la transparence et la non-discrimination, le cahier des charges contient la description détaillée des spécifications du marché et de la procédure à suivre par tous les soumissionnaires et l'attribution du marché, y compris les incitations.

§ 5. Après avoir recueilli l'avis des autorités consultées en exécution de la procédure de l'article 4, le ministre désigne, sur la base des critères visés à l'article 4, § 2, le ou les candidats retenus à la suite de l'appel d'offres. Cette désignation vaut autorisation individuelle de production d'électricité au sens de l'article 4.

§ 6. La Direction générale de l'Energie est responsable de l'organisation, du suivi et du contrôle de la procédure d'appel d'offres visée aux §§ 1er à 5. Dans ce cadre, la Direction générale de l'Energie prend toutes les mesures nécessaires pour que la confidentialité de l'information contenue dans les offres soit garantie".

III. 2. Le 18 novembre 2013, a été pris l'arrêté ministériel portant sur le recours à la procédure d'appel d'offres en application de l'article 5, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

Il s'agit du premier acte attaqué dans l'affaire G./A.211.543/VI-20.141.

Cet arrêté ministériel a également fait l'objet du recours enrôlé sous le numéro G./A.211.532/XII-7.891 et rejeté par l'arrêt n° 231.827 du 30 juin 2015.

III. 3. Le 8 décembre 2013, a été pris l'arrêté royal concernant les modalités de la procédure d'appel d'offres pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

Il s'agit du premier acte attaqué dans l'affaire G./A.211.745/VI-20.156.

Cet arrêté royal a également fait l'objet d'un recours enrôlé sous le numéro G./A.211.735/XII-7.890 et rejeté par l'arrêt n° 231.827 du 30 juin 2015.

III. 4. A une date inconnue, un cahier de charges a été établi par la DG Energie en vue de lancer un appel d'offres destiné à la construction de nouvelles unités de production électriques et de fixer le mécanisme d'incitant prévu à l'article 5, § 4, alinéa 3, de la loi du 29 avril 1999 précité.

Il s'agit du troisième acte attaqué dans chacune des deux affaires.

Ce cahier spécial des charges a également fait l'objet d'un recours enrôlé sous le numéro G./A.211.912/XII-7.622 et rejeté par l'arrêt n° 231.827 du 30 juin 2015.

III. 5. Le 15 janvier 2014, a été publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis de pré-information.

Il s'agit du deuxième acte attaqué dans chacune des deux affaires.

III. 6. Par un arrêté du 27 mars 2015, publié au Moniteur belge du 31 mars 2015, la Ministre de l'Energie a mis fin à la procédure d'appel d'offres litigieuse. Cet arrêté est libellé comme suit:

" La Ministre de l'Energie,

Vu la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, l'article 5;

Vu l'arrêté royal du 8 décembre 2013 concernant les modalités de la procédure d'appel d'offres, pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, les articles 16 et 17;

Vu l'arrêté ministériel du 18 novembre 2013 portant sur le recours à la procédure d'appel d'offres;

Vu le Cahier des charges de l'appel d'offres portant sur l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité de type cycle ouvert ou cycle combiné au gaz en Belgique afin de garantir la sécurité d'approvisionnement, établi par la Direction générale de l'Energie publié le 15 janvier 2014 et dans sa version finale (après erratum) le 22 janvier 2014 sous le numéro de publication : 201-501065 et, spécialement son article 14;

Vu l'évaluation préliminaire de cet appel d'offres par la Direction Générale Concurrence de la Commission européenne datée du 13 mars 2015 qui déclare que :
- la mesure notifiée est une aide d'état qui affecte les échanges au sein de l'Union européenne;
- la compatibilité de cet appel d'offres avec le marché intérieur et sa légalité notamment au regard de son incidence sur la concurrence est critiquable;
- l'on peut craindre que la mesure en cause n'accélère en réalité la fermeture des centrales existantes ne bénéficiant pas d'une aide financière;
- la mesure pourrait indûment fausser la concurrence et les échanges, notamment par le biais de restrictions quant aux catégories de fournisseurs de capacités admis au bénéfice de ladite mesure;
- la mesure est critiquable en ce qu'elle exclut d'autres technologies de production que le gaz et d'autres mesures d'adéquation de la production ayant trait, par exemple, à l'adaptation de la demande, au stockage et à l'interconnexion;

Vu la possibilité offerte par l'article 14 du Cahier des charges de l'appel d'offres qui prévoit que :
«La DG Energie se réserve le droit de retirer l'appel d'offre si l'incitant financier décrit au point 2 du présent cahier des charges est déclaré comme une aide d'Etat illégale par la Commission européenne.»;

Vu l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 25 mars 2015;

Vu l'accord du Ministre du Budget, donné le 26 mars 2015;

Considérant que le Secrétaire d'Etat à l'Energie a pris, le 18 novembre 2013, la décision d'entamer une procédure d'appel d'offres pour l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité au nom de la sécurité d'approvisionnement;

Que, dans ce cadre, un Cahier des charges a été établi par la Direction générale de l'Energie et une procédure d'attribution a été entamée suivie de la soumission de différentes offres;

Considérant les nouvelles lignes directrices régissant les aides d'Etat à la protection de l'Environnement et à l'Energie 2014-2020 du 28 juin 2014 (2014/C 200/01) qui constitue une évolution majeure postérieure au lancement de l'appel d'offres;

Considérant que la Commission européenne a émis une évaluation préliminaire négative sur la compatibilité de cette procédure au regard des nouvelles lignes directrices régissant les aides d'Etat à la protection de l'Environnement et à l'Energie 2014-2020 du 28 juin 2014 (2014/C 200/01);

Que cet avis préliminaire est très critique quant à la légalité de cet appel d'offres;

Que vu les observations formulées par la Commission européenne, la forme actuelle de l'appel d'offres ne constitue pas une aide d'Etat compatible avec le droit européen;

Que la Ministre de l'Energie ne peut partant que constater qu'il existe suffisamment d'éléments pour mettre fin à l'appel d'offres sur la base des articles 16 et 17 de l'arrêté royal du 8 décembre 2013 concernant les modalités de la procédure d'appel d'offres pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité;

Qu'en conséquence, la Ministre de l'Energie n'a pas d'autres solutions que de ne pas attribuer l'appel d'offres et de constater l'arrêt de la procédure actuelle entamée sur la base de l'article 5, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité;

Que le présent arrêté ministériel a pour effet d'acter l'arrêt de la procédure d'appel d'offres révisée;

Sur la proposition du Ministre de l'Energie et de l'avis des Ministres qui en ont délibéré en Conseil,

Arrête :

Article 1er. La procédure d'appel d'offres portant sur l'établissement de nouvelles installations de production d'électricité de type cycle ouvert ou cycle combiné à gaz en Belgique entamée le 22 janvier 2014 afin de désigner un lauréat en application de l'article 17 de l'arrêté royal du 8 décembre 2013 concernant les

modalités de la procédure d'appel d'offres pris en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité est arrêtée.

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur au jour de sa signature.

Art. 3. Le présent arrêté est notifié aux candidats par lettre recommandée avec accusé de réception.

Bruxelles, le 27 mars 2015.
Marie Christine MARGHEM".

Cet arrêté, qui a été notifié aux entreprises qui avaient déposé une offre, n'a fait l'objet d'aucun recours, de sorte qu'il est maintenant devenu définitif.

III. 7. Par un courrier du 30 avril 2015, les conseils de la partie adverse ont informé le Conseil d'Etat de ce que, par l'arrêté précité du 27 mars 2015, le Ministre de l'Energie avait mis fin à la procédure d'appel d'offres, de sorte que les recours introduits par les requérantes étaient devenus sans objet.

III. 8. Le 30 juin 2015, statuant sur les recours soumis à la XII^{ème} chambre par l'arrêt n° 231.827, le Conseil d'Etat a joint ces recours et relevé qu'une la lettre adressée par les conseils de la partie adverse le 11 mai 2015 et dont la teneur (identique à celle de la lettre adressée le 30 avril 2015 dans le cadre de la procédure relative aux présentes causes) avait été confirmée à l'audience, ne pouvait être comprise que comme l'expression de l'Etat belge de renoncer à exécuter les actes attaqués en telle sorte que les recours étaient irrecevables.

IV. JONCTION DES AFFAIRES

Dès lors que les recours inscrits sous les n^{os} G./A.211.543/VI-20.141 et G./A.211.745/VI-20.156 sont dirigés contre différentes décisions adoptées dans le cadre d'une même procédure d'appel d'offres initiée en application de l'article 5 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, que certains des actes attaqués sont visés par les deux recours et qu'un moyen est formulé dans des termes fort proches à l'appui de chacun des recours, la bonne administration de la justice commande de joindre ces deux affaires connexes.

V. RECEVABILITE DES RECOURS

Comme indiqué dans la lettre du 30 avril 2015, la décision devenue définitive du 27 mars 2015 par laquelle la Ministre de l'Energie met fin à la procédure d'appel d'offres litigieuse prive d'objet les actes attaqués. Les requérantes restant, par

ailleurs, en défaut de justifier de leur intérêt actuel à l'annulation des différents actes attaqués par les deux recours, ceux-ci sont irrecevables.

Dans les circonstances de l'espèce, il convient de laisser les dépens à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Les affaires inscrites sous les nos G./A.211.543/VI-20.141 et G./A.211.745/VI-20.156 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes sont rejetées.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatre mars deux mille seize par :

MM.	Jacques JAUMOTTE,	Président de chambre,
	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
	Serge BODART,	Conseiller d'Etat,
	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Jacques JAUMOTTE.