

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.979/3
VAN 7 JULI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 30 juni 2009 door de Minister van Energie verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende bevestiging van diverse koninklijke besluiten genomen krachtens de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen", heeft het volgende advies gegeven:

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling als volgt gemotiveerd:

"En ce qui concerne le chapitre 2 de l'avant-projet de loi, l'absence de confirmation législative des arrêtés royaux relatifs aux cotisations fédérales pour l'électricité et le gaz naturel entraîne une insécurité juridique importante qui peut être préjudiciable pour la correcte application du régime des cotisations fédérales. Au nom de l'intérêt général et de la sécurité juridique, il est dès lors impératif de confirmer au plus vite, par ce projet de loi, les arrêtés royaux concernés. Ces mesures de confirmation législative s'imposent d'autant plus rapidement qu'un nouveau régime de perception de la cotisation fédérale « électricité » entre en vigueur le 1^{er} juillet 2009. Il importe donc que les comptes découlant du système antérieur soient valablement clôturés afin de ne pas mettre les fournisseurs, les entreprises et les clients finals en position précaire.

En ce qui concerne le chapitre 3 de l'avant-projet de loi, les deux arrêts rendus début juin par la Cour d'appel de Bruxelles constatant l'illégalité, suite à des vices de forme, des arrêtés royaux du 2 septembre 2008 relatifs aux tarifs de distribution de gaz et d'électricité entraînent une grave insécurité juridique puisque dorénavant toute décision d'approbation ou de refus par la CREG de propositions tarifaires présentées par des gestionnaires de réseau de distribution est susceptible d'être annulée parce que basée sur des arrêtés tarifaires entachés d'illégalité. Cela a pour effet également que, dans le cadre d'un éventuel recours, un tiers (un client d'un gestionnaire de réseau par exemple) aurait la possibilité d'invoquer directement l'illégalité des arrêtés tarifaires et ensuite des décisions tarifaires sur base des arguments déjà acceptés par la Cour dans les arrêts précités. Le vide juridique créé par les arrêts de la Cour d'Appel peut avoir des effets très néfastes tant au niveau des gestionnaires de réseaux de distribution que de l'ensemble des consommateurs, qu'il s'agisse des consommateurs résidentiels ou industriels. La remise en cause de ces mesures tarifaires pourrait affecter notamment la compétitivité des entreprises. Il est donc nécessaire de résoudre ce problème d'illégalité des arrêtés tarifaires, en les confirmant par voie législative, de manière urgente."

*

* *

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de voornoemde gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten

.../...

beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan ⁽²⁾.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

3. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot "bevestiging" (lees: bekrachtiging) met terugwerkende kracht van een aantal koninklijke besluiten of onderdelen ervan in de energiesector.

De bekrachtiging heeft enerzijds betrekking op besluiten die door de wetgever dienen te worden bekrachtigd, en die bij gebreke aan bekrachtiging binnen de voorgeschreven termijn (twaalf maanden na de datum van hun inwerkingtreding) worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad. Voor sommige van die besluiten is de bekrachtiging niet binnen de genoemde termijn gebeurd.

De bekrachtiging heeft anderzijds betrekking op twee koninklijke besluiten betreffende de tarifiering in de elektriciteits- en aardgassector die door het Hof van beroep te Brussel onwettig zijn verklaard omwille van het ten onrechte inroepen van de spoedeisendheid om het advies te vragen van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en omwille van het miskennen van de regels betreffende het overleg met de gewesten dat over die besluiten vereist is.

⁽¹⁾ Aangezien het gaat om een voorontwerp van wet, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

⁽²⁾ Gelet op de hem toegemeten termijn en de huidige overbelasting van de afdeling Wetgeving, heeft de Raad van State bovendien, zelfs wat betreft de genoemde punten, geen doorgedreven onderzoek van het ontwerp kunnen verrichten.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt tot bekrachtiging van drie categorieën besluiten: een eerste categorie betreft besluiten die door de wetgever dienen te worden bekrachtigd, maar waarvan de bekrachtiging niet binnen de wettelijk voorgeschreven termijn heeft plaatsgenomen, een tweede categorie betreft eveneens besluiten die door de wetgever dienen te worden bekrachtigd, maar waarvoor de termijn van bekrachtiging nog niet is verstreken, en een derde categorie betreft besluiten die door de justitiële rechter onwettig zijn verklaard.

4.1. De eerste categorie besluiten betreft besluiten die, met toepassing van artikel 21^{ter}, § 4, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (vroeger artikel 21, vierde lid, van die wet) of met toepassing van artikel 15/11, § 1, zevende lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, binnen twaalf maanden na de datum van hun inwerkingtreding bij wet dienden te worden bekrachtigd, bij gebreke waarvan ze worden geacht nooit uitwerking gehad te hebben.

De specifieke problematiek van de niet-tijdige bekrachtiging van reglementaire besluiten waarvoor een bekrachtigingsvereiste geldt, is reeds aan bod gekomen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

In arrest 100/2003 ⁽³⁾ oordeelde het Grondwettelijk Hof met betrekking tot een niet-tijdige bekrachtiging, waar weliswaar een enigszins andere techniek werd gehanteerd ⁽⁴⁾, wat volgt:

"B.11.4. Artikel 12, derde lid, van de machtigingswet van 3 december 1999 heeft erin voorzien dat de door de Koning krachtens artikel 12, eerste lid, genomen besluiten worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad indien zij niet binnen zes maanden na de datum van hun inwerkingtreding door de wetgever zijn bekrachtigd.

⁽³⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 100/2003, 17 juli 2003.

⁽⁴⁾ In het geval waarop het arrest betrekking heeft, werd ook uitdrukkelijk de bekrachtigingstermijn verlengd, wat te dezen slechts impliciet het geval is.

Het koninklijk besluit van 15 oktober 2000, dat krachtens die machtiging is genomen, is op 20 oktober 2000 in werking getreden en de verzoekende partij heeft daartegen voor de Raad van State een beroep tot vernietiging ingesteld. Aangezien het besluit op de datum van 21 april 2001 niet was bekrachtigd, werd het, krachtens artikel 12, derde lid, van de wet van 3 december 1999, geacht nooit uitwerking te hebben gehad.

B.11.5. Hoewel de bekrachtigingstermijn sedert 21 april 2001 was verstreken, heeft de wetgever met de bestreden wet van 9 juli 2001 het koninklijk besluit, dat was vervallen, bekrachtigd. Om die niet-tijdige bekrachtiging te dekken heeft hij de oorspronkelijk voorgeschreven bekrachtigingstermijn van zes maanden vervangen door een termijn van twaalf maanden (artikel 3). Door de bekrachtigingswet te laten terugwerken (artikel 4), maakte hij het mogelijk de oorspronkelijke termijn retroactief te vervangen door die nieuwe termijn, opdat het koninklijk besluit van 15 oktober 2000 opnieuw van kracht zou kunnen worden teneinde het te kunnen bekrachtigen (artikel 2).

B.11.6. Met die bekrachtiging schendt de wetgever evenwel het algemene beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten. Al kon de dioxinecrisis verantwoorden dat de Koning door de wet van 3 december 1999 werd gemachtigd om een fiscale maatregel te nemen, toch kan diezelfde omstandigheid niet verantwoorden dat die maatregel werd bekrachtigd met schending van de termijn die de wetgever op straffe van verval zelf had vastgesteld en zonder inachtneming van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten.

B.11.7. Aldus wordt een categorie van personen die door de in het geding zijnde fiscale maatregel wordt geraakt, getroffen door een nieuw verschil in behandeling vermits haar de waarborg wordt ontzegd volgens welke de wet enkel voor de toekomst geldt, wat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, uitsluit dat de wetgever een vervallen termijn retroactief zou kunnen verlengen.

B.11.8. De aangevochten bepaling wordt door de volgende overwegingen verantwoord:

«De minister schetst vervolgens de procedure die dient te worden doorlopen vooraleer in het Parlement een wetsontwerp kan worden ingediend, onder meer het advies van de Inspectie van Financiën, het akkoord van de minister van Begroting, de beraadslaging van de Ministerraad en het advies van de Raad van State. Bovendien beschikt de Senaat in deze materie over een evocatierecht, zodat de termijn van 6 maanden voor de hele procedure, parlementaire behandeling inbegrepen, te optimistisch is gebleken voor onderhavig bekrachtigings-wetsontwerp.» (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, DOC 50 1159/3, p. 7)

B.11.9. Die verklaring kan de betwiste maatregel niet verantwoorden. In plaats van uitzonderlijke omstandigheden aan te voeren, beperkt zij zich ertoe de gewone procedure voor de totstandkoming van de wet te beschrijven. Uit de verklaring blijkt dat niet het nodige werd gedaan om de termijn van zes maanden in acht te nemen, aangezien het ontwerp van bekrachtigingswet pas op 2 februari 2001 aan de Kamer van volksvertegenwoordigers is voorgelegd, dus meer dan drie en een halve maand nadat de Koning het koninklijk besluit had genomen dat diende te worden bekrachtigd.

B.11.10. Doordat de bestreden wet het koninklijk besluit van 15 oktober 2000 niet heeft bekrachtigd binnen de termijn die de wet van 3 december 1999 had vastgesteld en doordat zij integendeel die termijn retroactief heeft gewijzigd teneinde een niet-tijdige bekrachtiging te dekken, maakt zij inbreuk op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 170 ervan, en met het algemene beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten."

In arrest nr. 60/2002 besloot het Grondwettelijk Hof dat de niet-tijdige bekrachtiging van de betrokken besluiten geen schending van de Grondwet inhoudt nu het ging om een overname van bepalingen van een dwingende EG-richtlijn waarbij de Koning in hoge mate gebonden was door de inhoud ervan ⁽⁵⁾, terwijl in arrest nr. 143/2005 werd vastgesteld dat uit een vergelijking van de betrokken EG-richtlijn en het niet tijdig bekrachtigde besluit onder meer blijkt dat in dat besluit zo goed als letterlijk Europeesrechtelijke normen, die zelf verschillende essentiële elementen van de ingevoerde belasting bevatten, zijn overgenomen ⁽⁶⁾. Te dezen zijn zulke omstandigheden alvast niet aanwezig, zodat de arresten nr. 60/2002 en nr. 143/2005 niet kunnen worden ingeroepen om de niet-tijdige bekrachtiging te billijken.

Er dient evenwel te worden vastgesteld dat in arrest nr. 100/2003 niet geheel wordt uitgesloten dat er uitzonderlijke omstandigheden (andere dan in de arresten nr. 60/2002 en nr. 143/2005 aan bod komen) aanwezig zouden kunnen zijn die het verschuiven van de bekrachtigingstermijn of een niet-tijdige bekrachtiging kunnen billijken. Het beroep doen op zulke omstandigheden moet evenwel kunnen worden ingepast in het geheel van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. In dit verband is het van belang om erop te wijzen dat een aantal bepalingen van de besproken categorie besluiten betrekking hebben op aangelegenheden inzake fiscaliteit die krachtens de Grondwet bij de wet dienen te worden geregeld. Volgens het Grondwettelijk Hof zijn delegaties die betrekking hebben op één van de essentiële elementen van de belasting in beginsel ongrondwettig, behalve wanneer de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van de belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem ertoe niet in staat zou stellen met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken, in welk geval een machtiging aan de Koning kan worden aanvaard op voorwaarde dat die machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is en dat de door de Koning genomen maatregelen door

⁽⁵⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 60/2002, 28 maart 2002, B.2.5.

⁽⁶⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 143/2005, 21 september 2005, B.10.2, B.10.3 en B.10.5.

de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet ⁽⁷⁾. Of de relevante delegatiebepalingen die zijn vervat in de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en in de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen als zodanig aan al deze voorwaarden beantwoorden, is thans niet meer aan de orde. Wel dient erop te worden gewezen dat de voorwaarde dat de bekrachtiging door de wetgever binnen een relatief korte termijn dient plaats te vinden, wel relevant is bij de beoordeling van de grondwettigheid van een niet-tijdige bekrachtigingswet: wanneer deze bekrachtiging slechts plaatsvindt na een groot tijdsverloop, zoals alvast met betrekking tot de bekrachtiging bedoeld in de artikelen 2, 3 en 4 het geval is, kan moeilijk worden volgehouden dat aan de genoemde voorwaarde is voldaan ⁽⁸⁾.

In zoverre de in de artikelen 2 tot 4 genoemde besluiten betrekking hebben op aangelegenheden die krachtens de Grondwet in beginsel bij wet dienen te worden geregeld, lijkt de erin vervatte validatie derhalve moeilijk in overeenstemming te brengen met de laatstgenoemde voorwaarde. Het eindoordeel hieromtrent komt evenwel, in voorkomend geval, het Grondwettelijk Hof toe.

4.2. Wat betreft de categorie van besluiten waarvoor de termijn van bekrachtiging nog niet is afgelopen, rijst er op het vlak van die bekrachtiging geen grondwettigheidsprobleem, althans zo men aanneemt dat het procédé van delegatie aan de Koning mits bekrachtiging, voor zover het fiscale aangelegenheden betreft, *in casu* toelaatbaar was, wat thans evenwel niet aan de orde is. Door de betrokken besluiten te bekrachtigen, schikt de wetgever zich naar het door hem zelf ingestelde vereiste van bekrachtiging. De omstandigheid dat die besluiten eventueel het voorwerp uitmaken van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State of dat de wettigheid ervan in twijfel

⁽⁷⁾ Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 100/2003, 17 juli 2003, B.11.1 en B.11.2; Grondwettelijk Hof, nr. 88/2004, 19 mei 2004, B.7.1 en B.7.2; Grondwettelijk Hof, nr. 186/2005, 14 december 2005, B.7.1 en B.7.2. Soms wordt daaraan nog toegevoegd dat in de machtigingswet moet worden bepaald dat de door de Koning genomen besluiten bij gebreke aan bekrachtiging door de wetgever moeten worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad (zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 18/98, 18 februari 1998, B.9 en Grondwettelijk Hof, nr. 195/2004, 1 december 2004, B.16.3).

⁽⁸⁾ Men zou weliswaar kunnen aanvoeren dat door de niet-tijdige bekrachtiging het betrokken besluit wordt geacht nooit uitwerking te hebben gehad, maar dit wordt teniet gedaan door het retroactieve karakter van de bekrachtiging.

kan worden getrokken voor de justitiële rechter, en dat ten gevolge van de bekrachtiging het betrokken rechtscollege onbevoegd zou worden om de grondwettigheid van die besluiten te beoordelen, kan de wetgever ervan niet weerhouden een bevoegdheid uit te oefenen die hij zich uitdrukkelijk heeft voorbehouden ⁽⁹⁾, temeer daar de rechtsonderhorigen moeten weten dat die besluiten het voorwerp kunnen (en moeten) uitmaken van een wettelijke bekrachtiging, die noodzakelijkerwijs dat gevolg heeft ⁽¹⁰⁾.

4.3. Wat de derde categorie besluiten betreft, vervat in hoofdstuk 3 van het ontwerp, waar overigens artikel 9 ontbreekt (zie opmerking 8), dient te worden vastgesteld dat met die bekrachtigingen besluiten worden beoogd die door het Hof van beroep te Brussel onwettig werden verklaard en bijgevolg buiten toepassing werden verklaard wegens het ten onrechte inroepen van artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en wegens het niet correct vervullen van het bij de wetten van 12 april 1965 en 29 april 1999 opgelegde vormvereiste van overleg met de gewesten.

Er wordt derhalve een wetgevende validatie met terugwerkende kracht beoogd van reglementaire besluiten waarvan de wettigheid voor de rechter werd betwist. Het is niet onmogelijk dat gelijkaardige geschillen als de geschillen die aanleiding gaven tot het genoemde arresten bij de rechtscolleges aanhangig zijn, zodat het niet uitgesloten is dat met de bekrachtigingsbepaling zal worden ingegrepen in hangende rechtsgedingen. Uit de memorie van toelichting blijkt overigens dat zulks de bedoeling is.

Te dien aanzien moet worden verwezen naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waarin de bedoelde validaties worden getoetst aan de grondwettelijke beginselen terzake ⁽¹¹⁾. Inzonderheid wordt daarbij gewezen op de ongelijke behandeling

⁽⁹⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 124/2002, 10 juli 2002, B.4.3; Grondwettelijk Hof, nr. 53/2003, 30 april 2003, B.4.2; Grondwettelijk Hof, nr. 89/2007, 20 juni 2007, B.4.

⁽¹⁰⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 94/2003, 2 juli 2003, B.22; Grondwettelijk Hof, nr. 102/2003, 22 juli 2003, B.16.7; Grondwettelijk Hof, nr. 105/2003, 22 juli 2003, B.7; Grondwettelijk Hof, nr. 111/2003, 17 september 2003, B.8.

⁽¹¹⁾ Zie onder meer Grondwettelijk Hof, nr. 188/2005, 14 december 2005, B.5.6; Grondwettelijk Hof, nr. 51/2007, 28 maart 2007, B.4.1 en J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Antwerpen, 1999, 257-266.

die een wetgevende validatie op het vlak van de jurisdictionele waarborgen met zich brengt: de validatie houdt immers in dat de rechtsonderhorigen waarop de bekrachtigde besluiten van toepassing zijn, ongelijk worden behandeld ten opzichte van de andere rechtsonderhorigen die de rechterlijke waarborgen genieten die worden geboden door de artikelen 13, 144, 145 en 159 van de Grondwet en eventueel artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Zulk een verschil in behandeling is slechts toelaatbaar voor zover daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat, die moet worden getoetst in het licht van de terzake door het Grondwettelijk Hof vooropgezette principes ⁽¹²⁾, wat met name inhoudt dat er dwingende motieven van algemeen belang dienen te bestaan die een inmenging van de wetgever in de rechtsbedeling kunnen verantwoorden.

Te dien aanzien kan worden vastgesteld dat het Grondwettelijk Hof ruimte laat voor validatie in geval dat de betwistingen voor de rechter slaan op het niet (correct) vervuld zijn van vormvereisten ⁽¹³⁾. Ook hier komt het eindoordeel in geval van betwisting evenwel dat Hof toe .

Soms worden validatiebepalingen ook getoetst aan de beginselen die het Grondwettelijk Hof inzake retroactiviteit hanteert ⁽¹⁴⁾ . Die beginselen houden in dat de retroactiviteit slechts kan worden gebillijkt zo ze onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang; indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot gevolg heeft dat de afloop van één of meer gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhinderd zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een

⁽¹²⁾ Zie hierover J. VELAERS, *o.c.*, 262-263.

⁽¹³⁾ Zie in dit verband o.m. Grondwettelijk Hof, nr. 56/2005, 8 maart 2005, B.9.1 tot B.13; Grondwettelijk Hof, nr. 55/2006, 19 april 2006, B.5.1 tot B.11; Grondwettelijk Hof, nr. 51/2007, 28 maart 2007, B.4.1 tot B.4.4; Grondwettelijk Hof, nr. 64/2008, 17 april 2008, B.29.4 en B.47.4; Grondwettelijk Hof, nr. 166/2008, 27 november 2008, B.13.

⁽¹⁴⁾ Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 139/2006, 14 september 2006, B.12 en B.13.

categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden ⁽¹⁵⁾.

De toetsing aan die beginselen leidt niet tot andere beschouwingen dan die welke zo-even werden gemaakt.

5. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens ⁽¹⁶⁾, leidt het Grondwettelijk Hof af dat het in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden vervatte recht op een eerlijk proces zich in beginsel verzet "tegen een inmenging van de wetgevende macht in de rechtsbedeling die tot gevolg zou hebben de gerechtelijke ontknoping van het geschil te beïnvloeden, [al] kan (...) een dergelijke inmenging (nochtans) worden verantwoord door dwingende motieven van algemeen belang" ⁽¹⁷⁾. Die rechtspraak van het Europees Hof, waarop de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake validaties overigens is gebaseerd, lijkt te dezen niet tot andere conclusies te leiden.

VORMVEREISTEN

6. Voor verschillende bepalingen van de om bekrachtiging aan het Parlement voor te leggen besluiten is op grond van artikel 6, § 3, 2/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen overleg met de gewestregeringen vereist

⁽¹⁵⁾ Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 41/2008, 4 maart 2008, B. 6.1; Grondwettelijk Hof, nr. 128/2008, 1 september 2008, B.9; Grondwettelijk Hof, nr. 6/2009, 15 januari 2009, B.3.2; Grondwettelijk Hof, nr. 26/2009; 18 februari 2009, B.13.

⁽¹⁶⁾ EHRM, Building Societies t/ Verenigd Koninkrijk, 23 oktober 1997, § 112; EHRM, Zielinski en Pradal en Gonzalez e.a. t/ Frankrijk, 28 oktober 1999, § 57; EHRM, Agoudimos en Cefallonian Sky Shipping Co t/ Griekenland, 28 juni 2001, § 30; EHRM, Gorraiz Lizarraga e.a. t/ Spanje, 27 april 2004, § 64. Zie recent ook nog EHRM, Arnolin e.a. t/ Frankrijk, 9 januari 2007, § 69; EHRM, Ducret t/ Frankrijk, 12 juni 2007, § 32; EHRM, SCM Scanner de l'ouest lyonnais e.a. t/ Frankrijk, 21 juni 2007, § 28; EHRM, Bortesi e.a. t/ Italië, 10 juni 2008, § 40.

⁽¹⁷⁾ Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 73/2004, 5 mei 2004, B.9.2 en Grondwettelijk Hof, nr. 188/2005, 14 december 2005, B.5.6.

(zie dienaangaande de adviezen van de Raad van State, afdeling Wetgeving, bij de ontwerpen die hebben geleid tot die besluiten). Mocht dat overleg naar aanleiding van de totstandkoming van die besluiten niet of niet naar behoren hebben plaatsgevonden, dan dient dit vormvereiste alsnog te worden vervuld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

7. Wat betreft de besluiten die het voorwerp uitmaken van bekrachtiging en waarvan de wetgever zich bijgevolg de inhoud heeft toegeëigend, wordt verwezen naar de adviezen die de Raad van State, afdeling Wetgeving, over die besluiten heeft uitgebracht. Het verdient aanbeveling om die adviezen op te nemen in het ontwerp dat aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers zal worden voorgelegd.

Desalniettemin wenst de Raad van State in het bijzonder de aandacht te vestigen op opmerking 5 uit advies 44.844/3 van 8 juli 2008 bij een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 2 september 2008 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit, en die luidt:

"5. Het ontworpen besluit bevat een aantal verschillen in vergelijking met het voorstel dat de CREG op grond van artikel 12*octies*, § 8, inleidende zin, van de wet van 29 april 1999 heeft geformuleerd.

In dit verband dient te worden gewezen op artikel 23, leden 2 en 3, van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG, dat bepaalt:

«2. De regelgevende instanties zijn verantwoordelijk voor de vaststelling of de aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake:

- a) de aansluiting op en de toegang tot nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven. Deze tarieven of methoden maken het mogelijk dat de noodzakelijke investeringen in de netwerken op een zodanige wijze worden uitgevoerd dat deze investeringen de levensvatbaarheid van de netwerken kunnen waarborgen;

.../...

b) de verstrekking van balanceringsdiensten.

3. Onverminderd lid 2 kunnen de lidstaten voorschrijven dat de regelgevende instanties de tarieven of ten minste de in dat lid bedoelde methoden alsook de in lid 4 bedoelde wijzigingen, aan de relevante instantie in de lidstaat voorleggen met het oog op een formeel besluit. De relevante instantie is in een dergelijk geval bevoegd om een door de regelgevende instantie voorgelegd ontwerpbesluit hetzij goed te keuren hetzij af te keuren. Deze tarieven, methoden of wijzigingen worden samen met het besluit inzake de formele aanneming bekendgemaakt. Elke formele afkeuring van een ontwerpbesluit wordt eveneens bekendgemaakt, met inbegrip van de motivering ervan.»

Uit die bepalingen volgt dat de Koning het door de CREG gedane voorstel enkel kan goed- of afkeuren, maar erin geen wijzigingen kan aanbrengen."

Een gelijkaardige opmerking wordt met betrekking tot de aardgassector gemaakt in advies 44.845/3 van dezelfde datum over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 2 september 2008 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van de distributienetten voor aardgas.

8. In hoofdstuk 3 ontbreekt artikel 9, dat gelet op de memorie van toelichting betrekking heeft op de bekrachtiging van het koninklijk besluit van 2 september 2008 betreffende de regels met betrekking tot de vaststelling van en de controle op het totaal inkomen en de billijke winstmarge, de algemene tariefstructuur, het saldo tussen kosten en ontvangsten en de basisprincipes en procedures inzake het voorstel en de goedkeuring van de tarieven, van de rapportering en kostenbeheersing door de beheerders van distributienetten voor elektriciteit.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. SMETS,	staatsraad, voorzitter,
	B. SEUTIN,	
	P. BARRA,	staatsraden,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.979/3
DU 7 JUILLET 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, troisième chambre, saisi par le Ministre de l'Énergie, le 30 juin 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi "portant confirmation de divers arrêtés royaux pris en vertu de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations", a donné l'avis suivant:

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

En l'occurrence, l'urgence est motivée comme suit:

"En ce qui concerne le chapitre 2 de l'avant-projet de loi, l'absence de confirmation législative des arrêtés royaux relatifs aux cotisations fédérales pour l'électricité et le gaz naturel entraîne une insécurité juridique importante qui peut être préjudiciable pour la correcte application du régime des cotisations fédérales. Au nom de l'intérêt général et de la sécurité juridique, il est dès lors impératif de confirmer au plus vite, par ce projet de loi, les arrêtés royaux concernés. Ces mesures de confirmation législative s'imposent d'autant plus rapidement qu'un nouveau régime de perception de la cotisation fédérale « électricité » entre en vigueur le 1^{er} juillet 2009. Il importe donc que les comptes découlant du système antérieur soient valablement clôturés afin de ne pas mettre les fournisseurs, les entreprises et les clients finals en position précaire.

En ce qui concerne le chapitre 3 de l'avant-projet de loi, les deux arrêts rendus début juin par la Cour d'appel de Bruxelles constatant l'illégalité, suite à des vices de forme, des arrêtés royaux du 2 septembre 2008 relatifs aux tarifs de distribution de gaz et d'électricité entraînent une grave insécurité juridique puisque dorénavant toute décision d'approbation ou de refus par la CREG de propositions tarifaires présentées par des gestionnaires de réseau de distribution est susceptible d'être annulée parce que basée sur des arrêtés tarifaires entachés d'illégalité. Cela a pour effet également que, dans le cadre d'un éventuel recours, un tiers (un client d'un gestionnaire de réseau par exemple) aurait la possibilité d'invoquer directement l'illégalité des arrêtés tarifaires et ensuite des décisions tarifaires sur base des arguments déjà acceptés par la Cour dans les arrêts précités. Le vide juridique créé par les arrêts de la Cour d'Appel peut avoir des effets très néfastes tant au niveau des gestionnaires de réseaux de distribution que de l'ensemble des consommateurs, qu'il s'agisse des consommateurs résidentiels ou industriels. La remise en cause de ces mesures tarifaires pourrait affecter notamment la compétitivité des entreprises. Il est donc nécessaire de résoudre ce problème d'illégalité des arrêtés tarifaires, en les confirmant par voie législative, de manière urgente."

*

* *

.../...

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, précitées, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ⁽¹⁾, ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites ⁽²⁾.

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

3. L'avant-projet de loi soumis pour avis entend confirmer rétroactivement un certain nombre d'arrêtés royaux ou certaines parties de ceux-ci concernant le secteur de l'énergie.

D'une part, la confirmation concerne des arrêtés qui doivent être confirmés par le législateur et qui, à défaut de confirmation dans le délai prescrit (douze mois après la date de leur entrée en vigueur), sont présumés ne jamais avoir eu d'effets. Pour certains de ces arrêtés, la confirmation n'a pas eu lieu dans le délai précité.

D'autre part, la confirmation concerne deux arrêtés royaux relatifs à la tarification dans le secteur de l'électricité et du gaz naturel que la Cour d'appel de Bruxelles a déclarés illégaux au motif que l'urgence a été injustement invoquée pour demander l'avis du Conseil d'État, section de législation, et que les règles relatives à la concertation avec les régions, requise pour ces arrêtés, ont été méconnues.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Le projet soumis pour avis entend confirmer trois catégories d'arrêtés: une première catégorie concerne des arrêtés qui doivent être confirmés par le législateur, mais dont la confirmation n'est pas intervenue dans le délai prescrit par la loi, une deuxième catégorie concerne également des arrêtés qui doivent être confirmés par le

⁽¹⁾ S'agissant d'un avant-projet de loi, il y a lieu d'entendre par "fondement juridique" la conformité aux normes supérieures.

⁽²⁾ En outre, vu le délai qui lui est imparti et la surcharge actuelle de la section de législation, le Conseil d'État n'a pas pu procéder à un examen approfondi du projet, même en ce qui concerne les points précités.

législateur, mais pour lesquels le délai de confirmation n'est pas encore expiré, et une troisième catégorie concerne des arrêtés déclarés illégaux par le juge judiciaire.

4.1. La première catégorie d'arrêtés concerne des arrêtés qui, en application de l'article 21^{ter}, § 4, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (l'ancien article 21, alinéa 4, de cette loi) ou en application de l'article 15/11, § 1^{er}, alinéa 7, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, devaient avoir été confirmés par une loi dans les douze mois après la date de leur entrée en vigueur, à défaut de quoi ils seraient censés ne jamais avoir produit d'effets.

La problématique spécifique de la confirmation tardive d'arrêtés réglementaires soumis à une obligation de confirmation a déjà été abordée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Dans l'arrêt n/ 100/2003 ⁽³⁾ concernant une confirmation tardive dans un cas où une technique certes quelque peu différente a été appliquée ⁽⁴⁾, la Cour constitutionnelle a jugé:

"B.11.4. L'article 12, alinéa 3, de la loi d'habilitation du 3 décembre 1999 a prévu que tout arrêté pris par le Roi en vertu de l'article 12, alinéa 1^{er}, serait censé ne jamais avoir produit d'effets s'il n'était pas confirmé par une loi dans les six mois de sa date d'entrée en vigueur.

Pris en vertu de cette habilitation, l'arrêté royal du 15 octobre 2000 est entré en vigueur le 20 octobre 2000 et a fait l'objet d'un recours en annulation introduit devant le Conseil d'État par la requérante. L'arrêté n'étant pas confirmé à la date du 21 avril 2001, il était censé, en vertu de l'article 12, alinéa 3, de la loi du 3 décembre 1999, n'avoir jamais sorti ses effets.

B.11.5. Bien que le délai de confirmation fût expiré depuis le 21 avril 2001, par la loi attaquée du 9 juillet 2001, le législateur a confirmé l'arrêté royal devenu caduc. Pour couvrir cette confirmation tardive, il a remplacé le délai de confirmation de six mois, initialement prévu, par un délai de douze mois (article 3). En donnant une portée rétroactive à la loi de confirmation (article 4), il permettait que ce nouveau délai se substitue rétroactivement au délai initial, faisant ainsi revivre l'arrêté royal du 15 octobre 2000 afin de pouvoir le confirmer (article 2).

⁽³⁾ Cour constitutionnelle, n/ 100/2003, 17 juillet 2003.

⁽⁴⁾ Dans le cas visé par l'arrêt, le délai de confirmation avait en fait été prolongé de manière expresse, alors qu'en l'occurrence cette prolongation est seulement implicite.

B.11.6. Par cette confirmation, le législateur méconnaît toutefois le principe général de non-rétroactivité des lois. Si la crise de la dioxine avait pu justifier que le Roi fût habilité par la loi du 3 décembre 1999 à prendre une mesure fiscale, cette même circonstance ne peut justifier que cette mesure fût confirmée en violation du délai que le législateur avait lui-même fixé, sous peine de caducité, et au mépris du principe de la non-rétroactivité des lois.

B.11.7. Il s'ensuit que la catégorie de personnes touchées par la mesure fiscale en cause fait l'objet d'une nouvelle différence de traitement puisqu'elle est privée de la garantie selon laquelle la loi ne dispose que pour l'avenir, ce qui exclut, sauf circonstances exceptionnelles, que le législateur puisse allonger rétroactivement un délai échu.

B.11.8. La disposition attaquée se donne pour justification les considérations suivantes:

«Le ministre donne ensuite un aperçu de la procédure qui doit être suivie avant qu'un projet de loi puisse être déposé au parlement et rappelle qu'il faut notamment demander l'avis de l'Inspection des finances, l'accord du Ministre du Budget, attendre la délibération du Conseil des ministres et demander l'avis du Conseil d'État. Le Sénat dispose en outre d'un droit d'évocation en cette matière, de sorte que le délai de 6 mois pour l'ensemble de la procédure, discussion parlementaire comprise, s'est avéré insuffisant pour le présent projet de loi de confirmation.» (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50 1159/3, p. 7)

B.11.9. Cette explication ne peut justifier la mesure critiquée. Loin de faire état de circonstances exceptionnelles, elle se borne à décrire la procédure habituelle de l'élaboration de la loi. Elle révèle que le nécessaire n'a pas été fait pour respecter le délai de six mois, la Chambre des représentants n'ayant été saisie du projet de loi de confirmation que le 2 février 2001, soit plus de trois mois et demi après que le Roi eut pris l'arrêté royal qui devait être confirmé.

B.11.10. En ce que la loi attaquée n'a pas confirmé l'arrêté royal du 15 octobre 2000 dans le délai fixé par la loi du 3 décembre 1999 et en ce qu'elle a au contraire modifié ce délai rétroactivement afin de couvrir une confirmation tardive, elle porte atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 170 de celle-ci et avec le principe général de la non-rétroactivité des lois."

Dans l'arrêt n/ 60/2002, la Cour constitutionnelle a conclu que la confirmation tardive des arrêtés concernés ne constitue pas une violation de la Constitution dès lors qu'ils reproduisent des dispositions d'une directive CE obligatoire, dont le contenu liait dans une large mesure le Roi ⁽⁵⁾, alors que, dans l'arrêt n/ 143/2005, elle a constaté qu'une comparaison entre la directive CE concernée et l'arrêté confirmé tardivement fait apparaître entre autres que cet arrêté reproduit pour ainsi dire

⁽⁵⁾ Cour constitutionnelle, n/ 60/2002, 28 mars 2002, B.2.5.

littéralement des normes de droit européen contenant elles-mêmes plusieurs éléments essentiels de l'impôt instauré ⁽⁶⁾. En l'espèce, les circonstances ne sont en tout cas pas similaires, si bien que les arrêts n/ 60/2002 et n/ 143/2005 ne peuvent être invoqués pour justifier la confirmation tardive.

Force est toutefois de constater que l'arrêt n/ 100/2003 n'exclut pas totalement l'existence éventuelle de circonstances exceptionnelles (autres que celles visées dans les arrêts n/ 60/2002 et n/ 143/2005) qui pourraient justifier une prolongation du délai de confirmation ou une confirmation tardive. En appeler à ces circonstances doit toutefois pouvoir s'accorder avec l'ensemble de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Il importe d'observer à cet égard qu'un certain nombre de dispositions de la catégorie d'arrêtés à l'examen concernent des matières fiscales qui, en vertu de la Constitution, doivent être réglées par la loi. Selon la Cour constitutionnelle, les délégations qui concernent l'un des éléments essentiels de l'impôt sont, en principe, inconstitutionnelles, sauf lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous ces éléments parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général, auquel cas une délégation au Roi peut être admise, pourvu que cette délégation soit explicite et sans équivoque et que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation ⁽⁷⁾. Pour l'heure, il n'y a plus lieu de se demander si, en tant que telles, les délégations pertinentes figurant dans la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et dans la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, remplissent toutes ces conditions. En revanche, on notera que l'obligation de confirmation par le législateur dans un délai relativement court est pertinente pour apprécier la constitutionnalité d'une loi de confirmation tardive: lorsque cette confirmation n'intervient qu'au terme d'un long délai, comme c'est le cas, assurément, pour la

⁽⁶⁾ Cour constitutionnelle, n/ 143/2005, 21 septembre 2005, B.10.2, B.10.3 et B.10.5.

⁽⁷⁾ Voir, par exemple, Cour constitutionnelle, n/ 100/2003, 17 juillet 2003, B.11.1 et B.11.2; Cour constitutionnelle, n/ 88/2004, 19 mai 2004, B.7.1 et B.7.2; Cour constitutionnelle, n/ 186/2005, 14 décembre 2005, B.7.1 et B.7.2. Parfois, il est encore ajouté que la loi d'habilitation doit préciser qu'en l'absence de confirmation par le législateur, les arrêtés adoptés par le Roi sont réputés n'avoir jamais produit leurs effets (voir, par exemple, Cour constitutionnelle, n/ 18/98, 18 février 1998, B.9 et Cour constitutionnelle, n/ 195/2004, 1^{er} décembre 2004, B.16.3).

confirmation visée aux articles 2, 3 et 4, il est difficile de soutenir que la condition précitée est remplie ⁽⁸⁾.

Dès lors, dans la mesure où les arrêtés mentionnés dans les articles 2 à 4 concernent des matières qui, en vertu de la Constitution, doivent en principe être réglées par la loi, la validation qu'ils contiennent n'est guère conciliable avec cette dernière condition. Toutefois, la décision finale en la matière revient, le cas échéant, à la Cour constitutionnelle.

4.2. En ce qui concerne la catégorie d'arrêtés pour lesquels le délai de confirmation n'est pas encore expiré, cette confirmation ne pose aucun problème de constitutionnalité, à supposer du moins que le procédé de la délégation au Roi moyennant confirmation, pour autant qu'il s'agisse de matières fiscales, fût admissible en l'espèce, une question qui est actuellement pas à l'examen. En confirmant les arrêtés concernés, le législateur se conforme à l'obligation de confirmation qu'il a lui-même instaurée. La circonstance que ces arrêtés fassent éventuellement l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État ou que leur légalité puisse être mise en cause devant le juge judiciaire et que leur confirmation ait pour effet de rendre la juridiction concernée incompétente pour en apprécier la constitutionnalité, ne peut priver le législateur d'une compétence qu'il s'était expressément réservée ⁽⁹⁾, d'autant plus que les justiciables doivent savoir que ces arrêtés peuvent (et doivent) faire l'objet d'une confirmation législative, qui a nécessairement cet effet ⁽¹⁰⁾.

4.3. En ce qui concerne la troisième catégorie d'arrêtés, visée au chapitre 3 du projet, dans lequel, au demeurant, l'article 9 fait défaut (voir l'observation 8), force est de constater que ces confirmations visent des arrêtés que la Cour d'appel de Bruxelles a

⁽⁸⁾ On pourrait certes soutenir que, par sa confirmation tardive, l'arrêté concerné est présumé ne jamais avoir sorti ses effets, mais cette hypothèse est réduite à néant par le caractère rétroactif de la confirmation.

⁽⁹⁾ Cour constitutionnelle, n/ 124/2002, 10 juillet 2002, B.4.3; Cour constitutionnelle, n/ 53/2003, 30 avril 2003, B.4.2; Cour constitutionnelle, n/ 89/2007, 20 juin 2007, B.4.

⁽¹⁰⁾ Cour constitutionnelle, n/ 94/2003, 2 juillet 2003, B.22; Cour constitutionnelle, n/ 102/2003, 22 juillet 2003, B.16.7; Cour constitutionnelle, n/ 105/2003, 22 juillet 2003, B.7; Cour constitutionnelle, n/ 111/2003, 17 septembre 2003, B.8.

déclarés illégaux et par conséquent inapplicables, au motif que l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, avait été invoqué à tort et au motif que la formalité de la concertation avec les régions, imposée par les lois du 12 avril 1965 et du 29 avril 1999, n'avait pas été correctement accomplie.

On entend donc opérer rétroactivement une validation législative d'arrêtés réglementaires dont la légalité a été contestée devant le juge. Il n'est pas impossible que des litiges analogues à ceux qui ont donné lieu aux arrêts susvisés soient en cours devant les juridictions, si bien qu'il n'est pas exclu que la disposition confirmative intervienne dans des procédures judiciaires pendantes. L'exposé des motifs indique d'ailleurs que telle est l'intention.

À cet égard, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui examine les validations visées quant à leur conformité avec les principes constitutionnels en la matière ⁽¹¹⁾. Celle-ci souligne notamment la différence de traitement qu'entraîne une validation législative sur le plan des garanties juridictionnelles: en effet, la validation implique que les justiciables auxquels les arrêtés confirmés s'appliquent, sont traités différemment par rapport aux autres justiciables qui bénéficient des garanties juridictionnelles offertes par les articles 13, 144, 145 et 159 de la Constitution et, éventuellement, l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Une telle différence de traitement n'est admissible que dans la mesure où il existe à cet égard une justification objective et raisonnable, laquelle doit être examinée à la lumière des principes avancés en la matière par la Cour constitutionnelle ⁽¹²⁾, ce qui requiert notamment que des motifs impérieux d'intérêt général puissent justifier que le législateur s'imisce dans l'administration de la justice.

Il est à noter à ce propos que la Cour constitutionnelle laisse assez de latitude pour la validation lorsque les litiges portés devant le juge concernent le défaut

⁽¹¹⁾ Voir notamment Cour constitutionnelle, n/ 188/2005, 14 décembre 2005, B.5.6; Cour constitutionnelle, n/ 51/2007, 28 mars 2007, B.4.1 et J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving*, Anvers, 1999, 257-266.

⁽¹²⁾ Voir à cet égard J. VELAERS, *o.c.*, 262-263.

d'accomplissement (ou l'accomplissent incorrect) de formalités ⁽¹³⁾. En cas de litige, l'appréciation finale appartiendra ici aussi à la Cour constitutionnelle.

Parfois des dispositions de validation sont également confrontées aux principes que la Cour constitutionnelle applique en matière de rétroactivité ⁽¹⁴⁾. Ces principes impliquent que la rétroactivité ne peut se justifier que lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général; s'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour effet d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une ou de plusieurs procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit déterminée, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous ⁽¹⁵⁾.

La confrontation à ces principes ne donne pas lieu à d'autres considérations que celles exposées ci-dessus.

5. La Cour constitutionnelle déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ⁽¹⁶⁾ que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6,

⁽¹³⁾ Voir à cet égard, entre autres, Cour constitutionnelle, n/ 56/2005, 8 mars 2005, B.9.1 à B.13; Cour constitutionnelle n/ 55/2006, 19 avril 2006, B.5.1 à B.11; Cour constitutionnelle, n/ 51/2007, 28 mars 2007, B.4.1 à B.4.4; Cour constitutionnelle, n/ 64/2008, 17 avril 2008, B.29.4 et B.47.4; Cour constitutionnelle, n/ 166/2008, 27 novembre 2008, B. 13.

⁽¹⁴⁾ Voir par exemple Cour constitutionnelle, n/ 139/2006, 14 septembre 2006, B.12 et B.13.

⁽¹⁵⁾ Voir par exemple Cour constitutionnelle, n/ 41/2008, 4 mars 2008, B.6.1; Cour constitutionnelle, n/ 128/2008, 1^{er} septembre 2008, B.9; Cour constitutionnelle, n/ 6/2009, 15 janvier 2009, B.3.2; Cour constitutionnelle, n/ 26/2009, 18 février 2009, B.13.

⁽¹⁶⁾ Cour eur. D.H., *Building Societies c. Royaume Uni*, 23 octobre 1997, § 112; Cour eur. D.H., *Zielinski et Pradal et Gonzalez e.a. c. France*, 28 octobre 1999, § 57; Cour eur. D.H., *Agoudimos et Cefallonian Sky Shipping Co c. Grèce*, 28 juin 2001, § 30; Cour eur. D.H., *Gorraiz Lizarraga e.a. c. Espagne*, 27 avril 2004, § 64. Voir récemment encore également Cour eur. D.H., *Arnolin e.a. c. France*, 9 janvier 2007, § 69; Cour eur. D.H., *Ducet c. France*, 12 juin 2007, § 32; Cour eur. D.H., *SCM Scanner de l'ouest lyonnais e.a. c. France*, 21 juin 2007, § 28; Cour eur. D.H., *Bortesi e.a. c. Italie*, 10 juin 2008, § 40.

paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'oppose en principe "à une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice qui aurait pour effet d'influer sur le dénouement judiciaire du litige, une telle ingérence peut toutefois être justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général" ⁽¹⁷⁾. Cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur laquelle se base d'ailleurs celle de la Cour constitutionnelle en matière de validations, ne semble pas, en l'espèce, porter à conclure différemment.

FORMALITÉS

6. Pour plusieurs dispositions des arrêtés que le Parlement doit confirmer, l'article 6, § 3, 2/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles impose une concertation avec les gouvernements régionaux (voir à cet égard les avis du Conseil d'État, section de législation, sur les projets qui ont donné lieu à ces arrêtés). Si lors de l'élaboration de ces arrêtés, cette concertation n'a pas eu lieu ou n'a pas eu lieu dans les règles, il faut encore accomplir cette formalité.

EXAMEN DU TEXTE

7. Pour les arrêtés qui font l'objet d'une confirmation et que le législateur a par conséquent faits siens, il est renvoyé aux avis que le Conseil d'État, section de législation, a donné sur ceux-ci. Il est recommandé de joindre ces avis au projet qui sera soumis à la Chambre des représentants.

Le Conseil d'État souhaite néanmoins attirer spécialement l'attention sur l'observation 5 de l'avis 44.844/3 du 8 juillet 2008 sur un projet devenu l'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité, dont la teneur est la suivante:

⁽¹⁷⁾ Voir par exemple Cour constitutionnelle, n/ 73/2004, 5 mai 2004, B.9.2 et Cour constitutionnelle, n/ 188/2005, 14 décembre 2005, B.5.6.

"5. L'arrêté en projet s'écarte sur un certain nombre de points de la proposition que la CREG a formulée en vertu de l'article 12octies, § 8, phrase introductive, de la loi du 29 avril 1999.

Il y a lieu, à cet égard, de rappeler l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, qui dispose:

«2. Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodologies utilisées pour calculer ou établir:

- a) les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution. Ces tarifs, ou méthodologies, doivent permettre de réaliser les investissements nécessaires à la viabilité des réseaux;
- b) les conditions de la prestation de services d'équilibrage.

3. Nonobstant le paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que les autorités de régulation soumettent à l'organe compétent de l'État membre, en vue d'une décision formelle, les tarifs ou au moins les méthodologies visées dans ce paragraphe, ainsi que les modifications visées au paragraphe 4. L'organe compétent a, dans un tel cas, le pouvoir d'approuver ou de rejeter le projet de décision qui lui est soumis par l'autorité de régulation. Les tarifs, les méthodologies ou les modifications qui y sont apportées sont publiés avec la décision lors de l'adoption formelle. Tout rejet formel d'un projet de décision est aussi rendu public, avec sa justification».

Il résulte de ces dispositions que le Roi peut uniquement approuver ou rejeter la proposition formulée par la CREG, mais qu'il ne peut la modifier."

Une même observation est formulée en ce qui concerne le secteur du gaz naturel dans l'avis 44.845/3 donné à la même date sur un projet devenu l'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution de gaz naturel.

8. Dans le chapitre 3, il manque l'article 9 qui, selon l'exposé des motifs, concerne la confirmation de l'arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de

.../...

la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité.

La chambre était composée de

Messieurs	J. SMETS,	conseiller d'État, président,
	B. SEUTIN, P. BARRA,	conseillers d'État,
Madame	A.-M. GOOSSENS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. SMETS.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-M. GOOSSENS

J. SMETS