

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 199.537 du 15 janvier 2010

A. 185.180/XV-1132

En cause: **la s.c.r.l. Intercommunale de l'Electricité et de Gaz des Régions de l'Est INTER^{EST}_{OST}**,
ayant élu domicile chez
Mes M. UYTENDAELE et E. MARON, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles,

contre:

1. **la Région wallonne, représentée par son Gouvernement**
ayant élu domicile chez
Mes L. DEHIN et Chr. BRÜLS, avocats,
Mont Saint-Martin 68
4000 Liège,
2. **la ville de Malmedy**
3. **la commune de Waimes**
ayant tous deux élu domicile chez
Mes F. MOISES et A. VANDEBURIE, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

Partie intervenante:
la s.c.r.l. TECTEO
ayant élu domicile chez
Mes J. BOURTEMBOURG
et N. FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 18 septembre 2007 par la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale d'Electricité et de Gaz des Régions de l'Est, en abrégé Inter^{EST}_{OST}, qui demande l'annulation de:

1. l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 juin 2007 désignant l'intercommunale A.L.E. en tant que gestionnaire de réseau de distribution d'électricité sur le territoire de la ville de Malmedy et de la commune de Waimes, arrêté publié au *Moniteur belge* le 20 juillet 2007,

2. la décision implicite et corrélative de ne pas la désigner en tant que gestionnaire de réseau de distribution d'électricité sur le territoire de la ville de Malmedy et de la commune de Waimes;

Vu l'ordonnance du 15 janvier 2008 qui accueille la demande d'intervention de la société coopérative intercommunale à responsabilité limitée TECTEO introduite le 9 janvier 2008;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

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

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

Vu l'arrêt n° 189.688 du 21 janvier 2009 ordonnant la réouverture des débats;

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

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

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

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

Entendu, en leurs observations, Me E. MARON, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me L. DEHIN, avocat, comparaissant pour la première partie adverse, Me J. FELTZ, *loco* Me F. MOISES, avocat, comparaissant pour les deuxième et troisième parties adverses et Me N. FORTEMPS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, M. WIMMER, auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 189.688 du 21 janvier 2009;

Considérant que la recevabilité du recours est contestée aux motifs

- 1° que les communes associées au sein de la requérante ne disposaient pas de 51 % des parts représentatives du capital social avant l'entrée en vigueur du décret du 17 juillet 2008 (première exception), et
- 2° que, depuis cette entrée en vigueur, elles ne disposent pas de 70 % de ces parts (seconde exception);

Considérant que l'article 7 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité disposait comme suit dans son texte originel:

« Au minimum 51 % des parts représentatives du capital du candidat gestionnaire du réseau de distribution sont détenus par les communes et, le cas échéant, par les provinces. Il en sera de même en ce qui concerne le capital du gestionnaire du réseau de distribution. Les statuts du gestionnaire du réseau de distribution ne pourront prévoir aucun plafond en ce qui concerne la détention des parts représentatives du capital par les communes et les provinces.»;

Considérant que cette disposition a été remplacée, par le décret du 17 juillet 2008, par la disposition suivante:

« **§ 1^{er}.** Au minimum 70 % des parts représentatives du capital du gestionnaire du réseau de distribution sont détenus par les communes et, le cas échéant, par les provinces.

Dans l'hypothèse où le gestionnaire de réseau de distribution s'est engagé dans des activités de production, de vente ou de fourniture d'électricité, dans les cas spécialement prévus dans le présent décret, la proportion de parts visée à l'alinéa précédent représente l'ensemble de ces activités.

Les dispositions du présent article sont également applicables au candidat gestionnaire de réseau de distribution.

Le Gouvernement fixe le calendrier en vue de l'acquisition, par les communes et, le cas échéant, les provinces, d'un nombre suffisant de parts représentatives du capital pour leur permettre d'en détenir plus de 75 %. Cette acquisition doit être réalisée pour le 31 décembre 2018 au plus tard. Dans l'hypothèse où une commune et, le cas échéant, la province n'est pas en mesure de réaliser, à la date requise, l'acquisition des parts visées au présent alinéa selon le calendrier fixé, la Région wallonne ou un organisme d'intérêt public dépendant de la Région et désigné à cette fin par le Gouvernement, ou encore toute personne de droit privé dans les conditions fixées par l'article 7bis, 3°, peut, à la demande de cette commune et, le cas échéant, de la province, et avec l'accord des autres associés, acquérir à sa place les parts correspondantes représentatives du capital du gestionnaire de réseau de distribution.

L'acquisition des parts imposée par le présent article se fait à la valeur convenue entre associés.

Leur transfert n'intervient qu'après paiement complet par l'associé qui les acquiert, sans préjudice de tout autre accord intervenu entre parties.

§ 2. Les parts détenues par les communes et, le cas échéant, par la province, visées au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, peuvent être limitées à 65 %, si les communes

détenant la majorité des parts du gestionnaire de réseau de distribution ont investi avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, directement ou via l'intercommunale pure de financement, dans des unités de production d'électricité verte ou d'énergie issue de sources d'énergie renouvelables. Dans ce cas, la Région ou un organisme d'intérêt public dépendant de la Région et désigné à cette fin par le Gouvernement, ou encore toute personne de droit privé dans les conditions fixées par l'article 7bis, 3°, peut, à la demande de ces communes et, le cas échéant, de la province, et avec l'accord des autres associés, acquérir 5 % des parts nécessaires pour atteindre le seuil de 70 % visé au § 1^{er}, alinéa 1^{er}.»

Considérant, sur la première exception, que, de l'analyse à laquelle il a procédé, l'auditeur rapporteur conclut qu'avant l'entrée en vigueur du décret du 17 juillet 2008, les communes associées au sein de la requérante n'ont détenu, à différents moments, que 1699 parts sur un total de 3332, c'est-à-dire 50,99 % des parts;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la requérante expose à ce sujet qu'il y a lieu de tenir compte de la participation, non seulement des communes, mais également de l'intercommunale pure de financement, Finest, dont l'objet social est de financer les activités d'Inter^{est}_{ost} pour compte des communes affiliées; qu'elle soutient que si l'article 7 du décret du 12 avril 2001 impose que les communes détiennent un certain pourcentage des parts représentatives du capital social, il ne leur interdit nullement de s'entendre et de s'associer entre elles en vue d'organiser leur participation, que, conformément au principe de l'autonomie communale consacré par l'article 162 de la Constitution, elles peuvent, afin de détenir le pourcentage requis de parts sociales, faire usage de la possibilité que leur donne l'article L1512-3 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et, par voie de conséquence, constituer entre elles une intercommunale pure qui est titulaire de tout ou partie des parts sociales requises; qu'elle indique qu'en l'espèce, avant la mise en œuvre de l'article 7 du décret du 17 juillet 2008, l'intercommunale pure de financement était titulaire de 10 parts représentatives de son capital, soit un total, avec les communes, de 1.709 parts, ce qui représentait 51,29% des parts représentatives de son capital, et respectait le seuil fixé par l'article 7 ancien du décret;

Considérant que l'article 7 du décret du 12 avril 2001 imposait qu'au minimum 51 % des parts représentatives du capital du candidat gestionnaire du réseau de distribution soient détenus par les communes et, le cas échéant, par les provinces; que cette disposition prévoyait une détention directe des parts par les communes ou les provinces, et non par l'intermédiaire d'une société tierce, celle-ci eût-elle été constituée expressément à cette fin et n'eût-elle que des communes pour actionnaires; que même s'il ne lui manquait qu'une part sur 3332 pour atteindre le minimum imposé par le décret, la requérante ne répondait pas à cette condition;

Considérant qu'en ordre subsidiaire, la requérante rappelle que l'objectif de l'article 7 ancien du décret était uniquement que les communes détiennent la majorité des parts représentatives du capital social du gestionnaire de réseau, et que pour atteindre cet objectif, il n'est pas nécessaire qu'elles détiennent au minimum 51 % des parts représentatives du capital du gestionnaire de réseau, mais qu'il suffit qu'elles en détiennent plus de 50 %; qu'elle soutient qu'il n'existe aucune raison objective et raisonnable de traiter différemment, d'une part, les entités dans lesquelles les communes sont titulaires de 51 % des parts représentatives du capital et, d'autre part, celles dans lesquelles les communes sont titulaires de la majorité de ces parts, sans cependant atteindre le seuil de 51 %, et elle demande qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle sur la compatibilité de l'article 7, dans sa version originelle, avec les articles 10, 11 et 162 de la Constitution;

Considérant que l'examen de l'exception requiert que la question préjudicielle proposée par la requérante soit posée à la Cour constitutionnelle; qu'il n'y aurait toutefois lieu de la poser que si la seconde exception ne devait pas être accueillie;

Considérant, sur la seconde exception, que, dans le dernier mémoire, la requérante explique que la *ratio legis* de la nouvelle version de l'article 7 du décret du 12 avril 2001 est la volonté d'accroître l'influence des communes au sein des gestionnaires de réseaux de distribution (GRD), combinée à celle de soustraire l'exploitation du réseau à toute influence significative des producteurs ou fournisseurs et de diminuer, dans la même mesure, le poids d'influence de l'associé privé; qu'elle se réfère à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de décret, qui avait relevé que:

- l'article 7 en projet constituerait une restriction au principe de la libre circulation des capitaux dès lors qu'il empêcherait... les entreprises de production ou de fourniture d'électricité d'acquérir plus de 30 % du capital des GRD, cette participation devant encore être réduite ultérieurement à 25 %, car il obligerait les entreprises du secteur, qui détiennent actuellement jusqu'à 49 % du capital des GRD, à abandonner toute participation supérieure à 30%;

- les restrictions à la libre circulation des capitaux doivent être conformes au principe de proportionnalité;

- l'article 7 en projet n'était pas pourvu d'une justification suffisamment pertinente et détaillée, d'autant plus que le législateur a prévu d'autres mesures en vue de garantir l'indépendance des GRD par rapport aux producteurs et aux fournisseurs, ce qui l'a amenée à conclure à la violation de l'article 56 du traité CE;

– la même disposition pose problème au regard de la liberté d'établissement consacrée par les articles 43 et suivants du même Traité;

– la limitation de la participation du ou des partenaires privés dans les intercommunales mixtes et l'obligation pour ceux-ci de se dessaisir des parts excédant 30 % ou, à terme, 25% au moins du capital constitue une privation de propriété au sens de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, particulièrement alors qu'aucune mesure transitoire n'est prévue en ce qui concerne la première phase imposant aux opérateurs privés de réduire leur participation à 30 % maximum dès l'entrée en vigueur du texte;

qu'elle note que des observations similaires auraient pu être formulées par la section de législation au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution, de la liberté d'association, consacré par l'article 27 de la Constitution, et du principe de l'autonomie communale, consacré par l'article 162 de la Constitution; qu'elle ajoute que si ses statuts n'avaient pas été modifiés ainsi qu'elle l'indique plus loin, il aurait été impossible de respecter dans le délai imparti l'exigence posée par l'article 7 nouveau du décret, parce que l'acquisition des parts sociales nécessaires aurait représenté, pour l'ensemble des communes wallonnes affiliées au sein des GRD mixtes, un montant total de plus de 480 millions d'euros, qu'elles auraient été incapables de déboursier; qu'elle estime que «cette impossibilité confirme de manière particulièrement nette le caractère disproportionné de la disposition en cause et, par voie de conséquence, la méconnaissance des dispositions constitutionnelles et de droit international mentionnées ci-dessus»;

qu'elle indique qu'afin d'assurer dans le délai imparti la mise en œuvre et le respect de l'article 7 nouveau du décret, ses statuts ont été adaptés de la manière suivante: «les parts A représentatives du capital social peuvent être scindées en deux composantes: une première composante, nommée X, réellement représentative du capital, à laquelle sont attachés les droits de vote et, en général, l'ensemble des droits liés à la condition d'actionnaire à l'exception du droit au dividende ainsi qu'à la quote-part dans le solde de liquidation, et une seconde composante, nommée Y, à laquelle sont attachés les seuls droits au dividende et quote-part dans le solde de liquidation»; l'associé privé s'est engagé à céder aux communes le nombre nécessaire de parts A représentatives du capital social; la composante X a été cédée immédiatement aux pouvoirs publics, et la composante Y sera cédée progressivement aux communes; qu'elle soutient que le mécanisme ainsi mis en place n'aboutit pas à créer ou distinguer deux types de parts, qu'en effet, les parts sociales A sont maintenues et leur nombre reste inchangé, qu'elles ont été cédées immédiatement aux communes, sous la seule réserve du droit aux dividendes et quote-part dans le solde de liquidation, lequel reste acquis à l'associé privé jusqu'au 1^{er} janvier 2014; qu'elle expose qu'un tel mécanisme ne nécessitait pas

d'intervention du législateur, vu qu'elle a pris la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée et que le Code des sociétés, en son article 382, alinéa 1^{er}, prévoit, que «sauf disposition statutaire contraire, tous les associés peuvent voter dans l'assemblée générale et chaque part donne droit à une voix», disposition qui «permet donc de prévoir dans les statuts toutes les inégalités imaginables en matière de droit de vote», dans le respect de l'article 355, alinéa 1^{er}, 4^o, du Code des sociétés, qui autorise de façon plus générale les statuts à déterminer les droits des associés; qu'elle en déduit que le nombre requis de parts sociales représentatives du capital a été cédé aux communes dans le délai imparti et qu'elle respecte, en conséquence, le seuil fixé par l'article 7 nouveau du décret, car la seule circonstance que le droit au dividende et à la quote-part dans le solde de liquidation, afférent aux parts cédées, reste provisoirement acquis à l'associé privé et est donc exclu de la cession immédiate réalisée au profit des communes, ne peut égarer cette analyse; que, selon elle, seule la composante X, qui a été transférée immédiatement aux communes, peut être considérée comme représentative du capital social et doit être prise en considération pour déterminer si le seuil fixé par l'article 7 nouveau du décret est atteint, parce que les titulaires de cette composante sont les seuls détenteurs du pouvoir de décision et sont, dès lors les seuls à pouvoir influencer l'exploitation du réseau; que, dans cette perspective, la composante Y ne porte que sur le droit au dividende et à la quote-part dans le solde de liquidation et s'analyse en un simple droit de créance qui n'affecte en rien le pouvoir de contrôle conféré par la composante X; qu'elle ajoute que c'est la raison pour laquelle le Gouvernement wallon a marqué son accord sur ce mécanisme et cite le passage suivant de la note que le Ministre compétent a soumise au Gouvernement: «La volonté du Gouvernement wallon exprimée dans les décrets du 17 juillet 2008 avait bien été de donner plus de pouvoirs aux mandataires publics lors des décisions à prendre dans les organes des gestionnaires de réseau de distribution mixtes wallons. Le mécanisme proposé, appelé X/Y, répond donc bien à ce principe, tout en permettant la souplesse nécessaire compte tenu du contexte financier actuel»;

que la requérante soutient que la thèse selon laquelle il ne pourrait être admis que le nombre requis de parts sociales soit cédé aux communes, à l'exclusion du droit au dividende et à la quote-part dans le solde de liquidation, alors que cette exclusion est sans aucune incidence sur l'exercice du contrôle et du pouvoir de décision au sein du gestionnaire de réseau et donc sur l'indépendance de ce dernier par rapport à l'associé privé, imposerait aux gestionnaires et à ses associés une contrainte qui n'est pourvue d'aucune justification objective et raisonnable, et que, en conséquence la position défendue par la section de législation du Conseil d'Etat apparaîtrait d'autant plus fondée, parce que, dans cette hypothèse, l'article 7 nouveau du décret imposerait, sans aucune justification suffisante, des restrictions à la libre circulation des capitaux (article

56 du traité CE), à la liberté d'établissement (articles 43 et suivants du traité CE) et du droit au respect des biens (article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales);

qu'elle ajoute qu'ainsi compris, l'article 7 nouveau du décret crée une différence de traitement injustifiée entre deux catégories de personnes, à savoir:

- d'une part, les GRD – ainsi que leurs associés –, dans lesquels les communes détiennent 70% des parts représentatives du capital social, en ce compris le droit au dividende et à la quote-part dans le solde de liquidation afférent à ces parts sociales,
- d'autre part, les GRD – ainsi que leurs associés –, dans lesquels les communes détiennent 70% des parts représentatives du capital social, à l'exclusion, pour tout ou partie de ces parts, du droit au dividende et à la quote-part dans le solde de liquidation qui y est attaché;

qu'elle soutient qu'une telle différence de traitement est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution dès lors que, dans les deux cas, les communes sont titulaires d'un pouvoir identique en termes de contrôle et de prise de décision au sein du gestionnaire de réseau et que l'indépendance de ce dernier vis-à-vis de l'associé privé est garantie de la même manière, et qu'il en résulterait une atteinte excessive à la liberté d'association et au principe de l'autonomie communale; qu'elle ajoute que la méconnaissance des dispositions constitutionnelles et de droit international mentionnées ci-dessus est d'autant plus établie que, parallèlement à l'article 7, le législateur wallon a inséré dans le décret du 12 avril 2001 d'autres mesures dont l'objectif est d'assurer l'indépendance des GRD par rapport aux producteurs et aux fournisseurs, et notamment les obligations relatives à l'exploitation journalière des GRD, qui doit être confiée à des personnes indépendantes de tout producteur, fournisseur ou intermédiaire; qu'elle en conclut que si cette interprétation de l'article 7 nouveau du décret devait être retenue il y aurait lieu de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

«En ce qu'il ne permet pas la désignation en qualité de gestionnaire de réseau de distribution d'une personne morale de droit public dans laquelle les communes détiennent 70% des parts représentatives du capital, sans toutefois être titulaire du droit aux dividendes et à la quote-part dans le solde de liquidation qui est attaché à tout ou partie de ces parts, l'article 7 du décret wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, tel qu'il a été modifié par l'article 7 du décret du 17 juillet 2008, viole-t-il:

- les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément et en combinaison avec les articles 56 ainsi que 43 et suivants du traité CE, avec l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi qu'avec les articles 24 (?) et 162 de la Constitution,

– l'article 24 (?) de la Constitution lu isolément et combiné avec les mêmes dispositions ?».

Considérant que si la section de législation du Conseil d'Etat a émis différentes observations au sujet de la compatibilité de l'article 7 nouveau alors en projet avec le droit européen, elle a aussi observé à ce propos que les mesures contenues dans cet article manquaient de justifications circonstanciées et étayées, ajoutant que «vu l'importance des principes en cause, de telles justifications doivent être préalables et figurer ou être détaillées dans la partie de l'exposé des motifs consacrée au commentaire des articles» (*Doc. Parl. W. 813 (2007-2008) – N° 1, p. 82*); que l'exposé des motifs fait écho à ces observations et contient une justification détaillée du projet au regard du droit européen (*Idem*, pp. 18 à 20); que celle-ci relève notamment:

– que l'indépendance des GRD doit être assurée, et que les règles mises en place par le décret du 12 avril 2001, à savoir des règles de fonctionnement et des règles relatives à l'organisation de l'actionnariat (notamment que les communes doivent ainsi détenir au minimum 51 % du capital) se sont révélées insuffisantes, de sorte qu'il s'imposait de les renforcer; qu'elle indique que cela nécessite une montée en puissance des communes dans leur actionnariat, et la limitation corrélative de l'influence du partenaire privé, dans la ligne de ce que préconise la Commission européenne dans un document dénommé «Troisième paquet Énergie»;

– que l'article 86, § 2, du Traité permet de déroger à ses articles 56, et 43 et suivants, pour ce qui concerne les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, ce qui est le cas de la distribution d'énergie électrique;

– que l'article 7 est justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général tenant à la sécurité et la fiabilité du réseau, dont la garantie constitue une obligation de service public;

– que selon la Commission européenne, la présence d'un producteur ou d'un fournisseur dans l'actionnariat du gestionnaire de réseau est susceptible de détourner, voire de compromettre la politique d'investissement du gestionnaire et, partant, de mettre en péril la sécurité ou la fiabilité du réseau;

– que la réduction de la participation des producteurs et fournisseurs d'électricité dans le capital du gestionnaire de réseau s'inscrit dans le cadre du respect du principe d'égalité et de la protection des consommateurs, puisque l'égal accès des tiers au réseau est une condition *sine qua non* de l'intégration du marché de l'électricité;

– que la restriction imposée à la libre circulation des capitaux respecte le principe de proportionnalité, car, d'une part, l'article 7 établit un régime en deux temps, d'abord l'acquisition de 20 % des parts représentatives du capital et ultérieurement l'acquisition

d'au moins 5 % supplémentaires, au plus tard le 31 décembre 2018, et, d'autre part, l'acquisition des parts doit se faire à la valeur convenue entre associés et leur transfert n'intervient qu'après paiement complet par l'associé qui les acquiert:

– que ce faisant, l'article 7 rencontre l'objection émise par la section de législation du Conseil d'État à propos de l'article 16 de la Constitution et de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme;

Considérant que ces justifications ne paraissent ni dépourvues de pertinence, ni manifestement déraisonnables; que les critiques adressés à l'article 7 nouveau du décret au regard du droit de l'Union européenne, de l'article 16 de la Constitution et de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne peuvent être retenues;

Considérant que la difficulté de mettre en application l'obligation pour les communes de détenir 70 % du capital, prévue à cet article, est tempérée par la disposition, de caractère transitoire même si elle ne se présente pas comme telle, selon laquelle le transfert des parts imposé par cet article n'intervient qu'après paiement complet par l'associé qui les acquiert, sans préjudice de tout autre accord intervenu entre parties; qu'au demeurant, une disposition ne devient pas illégale parce que son application suscite des difficultés;

Considérant que l'adaptation des statuts de la société coopérative requérante, et la distinction, dans les parts représentatives de son capital, de deux «composantes», l'une, baptisée «X», correspondant au pouvoir exercé dans la société (droit de vote) et attribuée aux communes, et l'autre, dénommée «Y», correspondant aux droits patrimoniaux, et laissée au partenaire privé, n'est pas compatible avec l'article 356, alinéa 2, du Code des sociétés, aux termes duquel «en dehors (des) parts représentants les apports, il ne peut être créé aucune espèce de titre qui représentent des droits sociaux ou qui donnent droit à une part des bénéfices»; que dans le mécanisme mis en place, la «composante X» représente des droits sociaux mais ne donne pas droit à une part des bénéfices, et la «composante Y» donne au contraire droit à des bénéfices mais ne correspond pas à des droits dans l'administration de la société; qu'étant donné que ces «composantes» sont attribuées à des personnes différentes, elles constituent les unes des titres «qui représentent des droits sociaux», et les autres des titres «qui donnent droit à une part des bénéfices»; que la requérante ne peut se fonder sur ce que l'article 382 du même Code permet, dans l'interprétation qu'elle en donne, «de prévoir dans les statuts toutes les inégalités imaginables en matière de droit de vote» pour faire ce que l'article 356 interdit expressément;

Considérant que lorsque l'article 7 nouveau du décret du 12 avril 2001 exige qu'au minimum 70 % des parts représentatives du capital soient détenus par les communes, il se réfère à la notion de «part représentative du capital» telle qu'elle est conçue par le Code des sociétés; que dans ce Code, pour les sociétés coopératives, la part donne à la fois un droit de participation aux décisions et un droit patrimonial; qu'aucune disposition comparable aux articles 476 et suivants du même Code, relatifs aux sociétés anonymes, n'existe pour les sociétés coopératives; qu'il s'ensuit que le montage organisé par les statuts de la requérante heurte la lettre du décret et ne peut être admis à produire l'effet qu'elle revendique, quand bien même la *ratio legis* du décret serait respectée; qu'organisée telle qu'elle est, la requérante n'a pas son capital détenu à 70 % par les communes, puisque une partie des droits attachés à la détention du capital est restée entre les mains de l'actionnaire privé;

Considérant que la circonstance que le Gouvernement wallon a approuvé ce mécanisme à propos d'une autre intercommunale est dépourvue de pertinence, aucun gouvernement n'étant habilité à délivrer des brevets de légalité qui lieraient les juridictions;

Considérant que la différence de traitement entre les GRD dont le capital est détenu à 70 % par des communes, en ce compris le droit aux dividendes, et ceux dont il l'est dans la même proportion sans droit aux dividendes, ne figure pas dans le décret, mais résulte exclusivement du mécanisme de dissociation des «composantes» X et Y inscrit dans les statuts de la requérante; qu'il n'est pas de la compétence de la Cour constitutionnelle de connaître d'un mécanisme discriminatoire qui n'est pas le fait de la loi, du décret ou de l'ordonnance, mais des statuts d'une société; que la question préjudicielle sollicitée ne doit pas être posée;

Considérant que la requérante fait valoir que l'intervenante, bénéficiaire du premier acte attaqué, ne satisfait pas elle-même aux conditions fixées par la législation en vue d'être désignée en qualité de GRD, au motif que, selon l'article 3 du décret du 12 avril 2001, le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité doit être propriétaire ou titulaire d'un droit lui garantissant la jouissance des infrastructures et équipements du réseau pour lequel il postule la gestion, ce qui n'est pas le cas de l'intervenante; qu'elle renvoie sur ce point au premier moyen soulevé à l'appui du recours; qu'elle en conclut qu'à supposer qu'elle ne réunisse pas les conditions pour être désignée en qualité de GRD, elle conserverait un intérêt suffisant à obtenir l'annulation du premier acte attaqué;

Considérant que l'article 10, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001, modifié par celui du 17 juillet 2008 porte en sa seconde phrase que «si le gestionnaire de réseau désigné n'est, au moment de la désignation, pas propriétaire du réseau ou ne dispose pas d'un droit d'usage sur ce réseau, celle-ci est faite sous condition suspensive de l'acquisition, par le gestionnaire de réseau, de ce droit de propriété ou d'usage»;

Considérant que le premier acte attaqué désigne l'intervenante «sous la condition suspensive de l'obtention d'un droit d'usage ou de propriété pour le 31 décembre 2010 au plus tard sur les réseaux des territoires des communes de Waimes et Malmedy»; que la motivation de cet acte indique notamment ce qui suit:

« Considérant que la ville de Malmedy, la commune de Waimes et l'ALE maintiennent fermement leur intention de reprendre le réseau de distribution en vue de l'octroi, à l'ALE, d'un droit suffisant sur le réseau, au sens de l'article 3 du décret du 12 avril 2001;

Considérant qu'aucune négociation suivie avec INTEREST n'a pu intervenir sous l'empire de la précédente désignation sous condition suspensive, au point que la ville de Malmedy et la commune de Waimes ont adressé une demande d'autorisation d'exproprier le réseau de distribution, en application de l'article 10, § 3, du décret du 12 avril 2001;

Considérant que la CWaPE estime raisonnable, dans son avis du 8 juin 2007 précité, de ne pas rendre impossible l'aboutissement de ces demandes d'expropriation en refusant une nouvelle désignation conditionnelle à l'ALE à un moment où le Gouvernement wallon ne s'est pas encore prononcé sur ces demandes;

Considérant que, dans ce même avis, la CWaPE ajoute qu'à la différence de la première période de désignation, le dossier actuel se situe dans le contexte de l'ouverture totale du marché du 1^{er} janvier 2007 et donc de la disparition de l'activité de vente d'énergie par les GRD (si ce n'est vis-à-vis des clients protégés) et qu'il en résulte un enjeu financier de moindre importance et donc un environnement peut-être plus propice à la conclusion d'un accord entre les parties en cause;

Considérant que la ville de Malmedy, la commune de Waimes et l'ALE semblent certes toujours privilégier l'acquisition amiable d'un droit suffisant sur le réseau de distribution, au sens de l'article 3 du décret du 12 avril 2001;

Considérant que, si une telle hypothèse ne se concrétisait pas rapidement, il y aurait lieu de permettre aux communes concernées de procéder à l'expropriation du réseau pour cause d'utilité publique prévue à l'article 10, § 3, du décret du 12 avril 2001, à condition qu'elles transmettent au Gouvernement wallon un dossier établissant à suffisance la situation des biens à exproprier et permettant de délivrer les arrêtés d'expropriation;»

Considérant qu'il s'ensuit que l'intervenante pouvait être désignée sous condition suspensive, bien qu'elle ne soit pas encore propriétaire des réseaux à exploiter ou titulaire d'un droit permettant cette exploitation; qu'elle remplissait donc les conditions pour être désignée; qu'il s'ensuit que la requérante, qui ne remplit pas une de ces conditions, n'a pas intérêt à contester sa désignation; que le recours est irrecevable,

D É C I D E:

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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

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

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

Le Greffier,

Le Président,

N. ROBA

M. LEROY