

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.599/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Logement, des Transports et du Développement territorial de la Région wallonne, le 3 novembre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé de quinze jours ^(*), sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "relatif à la révision du règlement technique pour la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne et l'accès à ceux-ci", a donné le 11 décembre 2006 l'avis suivant :

(*) Par une lettre du Vice-Président du 14 novembre 2006.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

Présentation du projet

Le projet examiné tend à régler divers aspects de la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne et, notamment, les aspects techniques. Le projet comporte aussi des dispositions relatives à l'accès aux réseaux. Il abroge et remplace l'arrêté du Gouvernement wallon du 16 octobre 2003 relatif au règlement technique pour la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne et l'accès à ceux-ci ⁽¹⁾ (ci-après l'"arrêté du 16 octobre 2003").

Le Gouvernement wallon expose que le projet a pour but de mieux définir les droits et les obligations des parties intervenant dans la distribution de l'électricité, dans la perspective de la libéralisation complète du secteur.

Observation préalable

Les délégués du gouvernement se sont limités à transmettre une liste imprécise de modifications figurant déjà dans la note au Gouvernement wallon, alors que le rapporteur avait demandé une version du projet identifiant clairement, dans le texte, les modifications qui seraient apportées à l'arrêté du 16 octobre 2003. Ceci rend plus difficile l'examen du projet.

⁽¹⁾ Moniteur belge du 24 décembre 2003, p. 60.565.

Observations générales

La compétence de la Région wallonne

Comme la section de législation l'a déjà observé dans son avis 35.816/2/V du 25 août 2003 sur le projet devenu l'arrêté du 16 octobre 2003 :

"Le droit civil est une matière qui relève de la compétence résiduaire de l'autorité fédérale.

Or, le règlement technique aborde des questions relatives au droit des obligations, notamment aux articles 81 et suivants qui traitent de la formation et du contenu du contrat de raccordement.

Si l'intervention de la Région dans le droit civil peut se justifier par la théorie des pouvoirs implicites, encore faut-il que, conformément à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, cette intervention se fasse par décret, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

En outre, il faut que l'auteur du projet démontre que la législation envisagée soit nécessaire à l'exercice de la compétence régionale, que la matière considérée se prête à un règlement différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale."

Les articles 81 et suivants du projet sont, en substance, identiques à ceux visés par l'observation susmentionnée. Ils appellent dès lors la même observation.

Au demeurant, celle-ci n'est pas infirmée par la circonstance que l'auteur du texte substitue, à l'article 87, § 1^{er}, du projet examiné, la notion de "proposition technique de raccordement" à celle de "proposition de contrat de raccordement" (comp. avec la même disposition du projet ayant donné lieu à l'avis 35.816/2/V). Il ressort en effet de l'article 87, § 1^{er}, deuxième phrase du projet et de l'économie des articles 81 à 89 que la proposition technique est indissociable d'une offre de contrat.

La même observation vaut également pour les questions relatives au droit de propriété (propriété des installations, expropriations, servitudes) traitées par le texte en projet.

La compétence du Gouvernement wallon

Le projet est présenté comme un arrêté du Gouvernement wallon fondé sur les articles 12, 3°, 13, 15, 16, §§ 1^{er} et 2, et 29, § 2, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après, le "décret du 12 avril 2001").

Les délégués du gouvernement justifient cette présentation comme suit :

"1°) La question de l'adoption en lieu et place de l'approbation des règlements techniques par le Gouvernement, s'explique historiquement par le fait que ce texte exécute ou précise les article 12, 3°, 13, 15, 16, §§ 1^{er} et 2, et 29, § 2, du décret du 12 avril 2001, soit davantage que le seul article 13 qui concerne le règlement technique (ces articles sont visés en préambule des arrêtés du 16 octobre 2003, ils concernent par exemple les plans d'adaptation, les lignes directes ...).

Il s'agit donc d'arrêtés adoptés par le Gouvernement wallon et au sein desquels figurent notamment les dispositions relatives aux règlements techniques, tels que visés à l'article 13 du décret.

Ces règlements techniques ont été établis par la CWaPE en concertation avec les gestionnaires de réseau. À l'occasion de l'adoption de ces arrêtés, ces règlements techniques ont bien été approuvés par le Gouvernement wallon conformément à l'article 13 du décret.

2°) Dans son avis L. 30.527/4 du 25 octobre 2000 sur l'avant-projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, la section de législation du Conseil d'État, avait énoncé un cadre définissant les compétences de la CWaPE en matière réglementaire.

Selon cet avis (cfr. le point 3 de ses observations préalables) :

"La section de législation du Conseil d'État se montre réticente à l'attribution de pouvoirs réglementaires à des institutions ou organismes autonomes (...). La raison principale réside dans le principe constitutionnel selon lequel les pouvoirs sont d'attribution et doivent être personnellement exercés par les autorités que la Constitution investit de la fonction réglementaire. Ces autorités sont des autorités responsables politiquement devant les assemblées législatives de l'usage qu'elles font du pouvoir réglementaire qui leur est ainsi attribué. Tout au plus le Conseil d'État a-t-il admis qu'un pouvoir réglementaire autonome puisse être accordé à des organismes, qui ne sont pas politiquement responsables devant les Chambres législatives, mais à la condition qu'un membre du Gouvernement assume la responsabilité politique des règlements pris par ces organismes, par exemple par la technique de l'approbation, afin que les dispositions adoptées aient force obligatoire pour les administrés. En l'espèce, cette dernière solution peut être admise, à la condition de n'octroyer un pouvoir réglementaire autonome à la CWaPE que pour des question d'ordre technique (...)"

.../...

Le souci de l'auteur de l'avant-projet est de concilier les exigences précitées avec le rôle particulier que doit remplir l'autorité de régulation, notamment au regard des directives européennes.

Dans les faits, le règlement technique est donc bien établi par la CWaPE, après concertation avec les gestionnaires de réseau, et est soumis au Gouvernement qui a la faculté de l'adopter tel quel tout en conservant en la matière son pouvoir réglementaire autonome attribué en vertu de la Constitution."

La validité de la présentation des dispositions en projet sous la forme d'un arrêté du Gouvernement wallon doit être appréciée au vu des difficultés déjà relevées lors de l'adoption de l'arrêté du 16 octobre 2003 que le projet tend à remplacer.

Le projet soumis à l'époque au Conseil d'État se fondait exclusivement sur l'article 13 du décret du 12 avril 2001. Il avait seulement pour objet d'"arrê[er]" le règlement technique pour la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne et l'accès à ceux-ci, tel qu'il avait été établi par la Commission wallonne pour la production d'énergie (ci-après la "CWAPE") et tel qu'il était repris dans une annexe.

La section de législation a toutefois observé, en substance, dans son avis 35.816/2/V, précité, que ce règlement ne pouvait pas porter sur des questions réglées entièrement par le décret du 12 avril 2001 ou des questions qui devaient faire l'objet d'arrêtés d'exécution pris par le Gouvernement et fondés sur d'autres dispositions que l'article 13 susmentionné.

Afin de rencontrer cette observation, le Gouvernement wallon a coulé, le 16 octobre 2003, l'ensemble des dispositions de l'annexe dans un arrêté fondé sur les 12, 3°, 13, 15, 16, §§ 1^{er} 2, et 29, § 2, du décret du 12 avril 2001.

Le projet adopte également cette solution. Elle n'est toutefois pas acceptable.

Les règles techniques, les "exigences techniques minimales" et les dispositions qui, bien que ne présentant pas un caractère technique, peuvent être rattachées à l'article 13, 4° et 6° à 10°, doivent être établies par la CWaPE et seulement approuvées par le Gouvernement wallon.

.../...

En vertu de l'article 43, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001, la CWaPE est un "organisme autonome ayant [une] personnalité juridique" distincte de la Région wallonne.

Dans son avis 30.527/4 sur le projet devenu le décret susmentionné, et cité par les délégués du gouvernement, la section de législation a critiqué les dispositions attribuant un pouvoir réglementaire autonome à cet organisme. Elle a néanmoins admis qu'un tel pouvoir soit accordé à la CWaPE à condition d'en limiter l'objet aux questions d'ordre technique et qu'il soit "par exemple [soumis à] l'approbation" d'un Ministre. Selon la section de législation, cette intervention devait notamment permettre aux dispositions arrêtées par la CWaPE d'avoir "force obligatoire pour les administrés" ⁽²⁾.

Le Parlement wallon a suivi cette suggestion.

Il s'ensuit que l'approbation du Gouvernement wallon prévue par l'article 13 du décret du 12 avril 2001 revêt la portée classiquement reconnue à cette technique. L'approbation est en effet généralement décrite comme l'acte d'une autorité permettant à une décision adoptée par une autre de sortir ses effets, parce qu'elle ne viole aucune règle de droit et qu'elle ne blesse pas l'intérêt général. L'approbation lève donc uniquement un obstacle s'opposant à l'exécution de la mesure approuvée.

Cette technique a pour conséquence qu'aucune confusion n'est possible entre l'approbation et l'acte contrôlé. Ils demeurent distincts. En particulier l'acte approuvé n'est pas incorporé à l'approbation ⁽³⁾.

Il découle de cette distinction que le Gouvernement wallon n'est pas compétent pour adopter lui-même les règles techniques, dans la mesure où il ne peut que les approuver ou les rejeter en vertu de l'article 13 susmentionné.

⁽²⁾ Avis 30.527/4 précité..

⁽³⁾ Voir, par exemple, M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 129; arrêt du Conseil d'État, Dohogne, n° 52.708, du 5 avril 1995.

Les délégués du gouvernement font néanmoins observer que, "dans les faits, le règlement technique est [...] bien établi par la CWaPE, après concertation avec les gestionnaires de réseau, et est soumis au Gouvernement qui a la faculté de l'adopter tel quel tout en conservant en la matière son pouvoir réglementaire autonome attribué en vertu de la Constitution".

Cette réponse ne convainc pas. La compétence n'est pas à la disposition de l'autorité administrative qui prétend l'exercer. De plus, elle constitue une question d'ordre public. Il s'ensuit que le vice d'incompétence peut être soulevé, devant la section d'administration, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'intérêt à soulever un tel moyen. Ce vice peut même être relevé d'office par le Conseil d'État. Par ailleurs, l'exercice, par le Gouvernement wallon, d'une compétence réglementaire en lieu et place d'une compétence d'approbation transfère à la Région wallonne l'entière responsabilité civile de l'adoption des règles techniques en question, alors que la CWaPE, qui a une personnalité juridique propre, devrait notamment assumer celle-ci.

Au demeurant, 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 renforce la conclusion selon laquelle le Gouvernement wallon ne peut se substituer à la CWaPE dans l'adoption des règles techniques en cause. Elle précise les pouvoirs et la responsabilité des autorités de régulation du secteur de l'électricité et étend les compétences que la directive 96/92/CE leur avait confiées.

Ainsi, il ressort de l'article 23, paragraphe 1, de la directive précitée 2003/54/CE que les autorités de régulation ont pour mission d'assurer le fonctionnement efficace du marché en ce qui concerne notamment les délais de raccordement, la diffusion d'informations concernant l'utilisation des réseaux et les modalités selon lesquelles les gestionnaires de réseau doivent s'acquitter de leurs tâches. L'article 23, paragraphe 2, charge spécialement les autorités de régulation "de fixer ou d'approuver [...] 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 [...]". Selon l'article 23, paragraphe 3, "les États membres peuvent prévoir que les autorités de régularisation soumettent à l'organe compétent de l'État membre [...] les tarifs ou au moins les méthodologies [susmentionnées]". Toutefois,

.../...

l'organe compétent a seulement "dans un tel cas, le pouvoir d'approuver ou de rejeter le projet de décision qui lui est soumis".

Il découle de ce qui précède que, si les autorités de régularisation ne doivent pas nécessairement être indépendantes des Gouvernements (article 23, paragraphe 1, 1^{re} phrase, de la directive 2003/54/CE, a contrario ⁽⁴⁾), elles se sont toutefois vues conférer d'importantes attributions.

Or, le texte que le Gouvernement projette d'adopter lui-même régit les objets réservés aux autorités de régulation par l'article susmentionné (voir par exemple, les articles 4 et suivants et le titre III).

Le Gouvernement wallon est par conséquent incompétent pour adopter le projet tel qu'il se présente.

Fondement juridique

Le titre premier, chapitres 4 et 5, les articles 47, § 2, et 107, le titre III, chapitre 7, ainsi que les articles 168 et 190 du projet sont, en substance, identiques aux dispositions ayant fait l'objet de l'avis 35.816/2/V, susmentionné. Il convient dès lors de rappeler que la section de législation a déjà observé que :

"Les questions relatives au droit de propriété (propriété des installations, «expropriations», servitudes, etc.), aux principes fondamentaux du droit des obligations, à la réglementation des contrats, aux pouvoirs dont dispose le gestionnaire du réseau vis-à-vis des utilisateurs du réseau, aux frais supportés par les utilisateurs du réseau, doivent être réglées, au moins quant à leurs principes, par décret (voir, par exemple, titre premier, chapitres 4 et 5; articles 47, § 2 et 107; chapitre 7 du titre III; articles 168 et 190 du règlement technique)."

⁽⁴⁾ Un amendement, suggéré par la Commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie du Parlement européen, qui tendait à garantir cette indépendance n'a pas été retenu (recommandation de la Commission de l'industrie, du commerce extérieur, de la recherche et de l'énergie pour la deuxième lecture relative à la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE, A5-0136/2003, amendement n° 19).

Cette observation reste d'actualité.

Il ressort par ailleurs de la note au Gouvernement wallon que les articles 30 et 31, en projet, ont pour objet l'"introduction des réseaux privés résidentiels". Les dispositions du décret du 12 avril 2001 énumérées dans le préambule du projet ne suffisent pas à en constituer le fondement. En effet, ces dispositions ne traitent pas de la confidentialité des informations (article 12 du décret), elles dépassent les simples exigences techniques minimales (article 13), elles ne portent pas sur le plan d'adaptation du réseau (article 15), elles ne visent pas le personnel du gestionnaire de réseau (article 16), enfin, elles ne réglementent pas la construction de nouvelles lignes (article 29).

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	P. VANDERNOOT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

C. GIGOT

R. ANDERSEN