

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.429/4
du 30 MAI 2008

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 23 avril 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 mai 2008 ^(*), sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité", examiné en ses séances des 28, 29 et 30 mai 2008 a donné l'avis suivant :

(*) Par lettre du Vice-Président et Ministre du 13 mai 2008.

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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observation préalable

Compte tenu du délai, même augmenté de huit jours, dans lequel l'avis a été sollicité, de l'ampleur de l'avant-projet de décret présentement examiné et de la complexité technique de la matière envisagée, ainsi que du nombre de demandes d'avis ayant dû être traitées durant la même période, la section de législation a dû se limiter à formuler les observations qui suivent.

L'absence d'observation concernant l'une ou l'autre disposition de l'avant-projet ne signifie pas que les dispositions en projet ne soient ni critiquables ni perfectibles. Il va de soi que le silence gardé par la section de législation sur ces dispositions ne pourrait servir d'élément d'interprétation du projet de décret.

Portée de l'avant-projet de décret

1. Il résulte de l'exposé des motifs que les adaptations que l'avant-projet de décret examiné tend à apporter au décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après le "décret du 12 avril 2001") ont tout d'abord pour objet de répondre à "l'évolution préoccupante des prix de l'énergie qui rend son accès de plus en plus difficile pour un grand nombre de citoyens" ainsi qu'aux "nombreuses critiques, de la part [...] de la Commission européenne, des associations de défense des consommateurs résidentiels et industriels [,] des régulateurs ou d'organismes indépendants".

.../...

Dans ce cadre l'avant-projet de décret se donne, notamment, pour but d'assurer la transposition complète de diverses directives énumérées à l'article 1^{er}, en projet, à la suite, notamment, de la libéralisation totale du marché de l'électricité en Région wallonne à dater du 1^{er} janvier 2007.

2. L'avant-projet de décret a également pour objet d'adapter le décret susmentionné au "3^{ème} paquet législatif de la Commission européenne en matière de libéralisation du marché de l'énergie" ⁽¹⁾.

La Commission a présenté, le 19 septembre 2007, ce "troisième paquet" législatif qui comprend cinq propositions de :

- directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité ⁽²⁾;
- directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel ⁽³⁾;
- règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie ⁽⁴⁾;
- règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n/ 1228/2003 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité ⁽⁵⁾;

⁽¹⁾ Exposé des motifs, point 2.1.3.

⁽²⁾ COM(2007) 528 final.

⁽³⁾ COM(2007) 529 final.

⁽⁴⁾ COM(2007) 530 final.

⁽⁵⁾ COM(2007) 531 final.

- règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n/ 1775/2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel ⁽⁶⁾.

Ces propositions doivent être adoptées selon la procédure de codécision. Elles n'ont pas encore été examinées par le Parlement européen. Elles sont, actuellement, débattues au sein du Conseil Transports, télécommunications et énergie; les discussions portent, notamment, sur la séparation effective des activités, sur le modèle d'agence de régulation proposé par la Commission et plus généralement sur l'ensemble des mesures concernant le marché intérieur de l'énergie. À cet égard, le Conseil a seulement tenu un débat d'orientation lors de sa session du 28 février 2008 dans la perspective de parvenir à un accord politique sur l'ensemble des mesures lors du Conseil de juin 2008 ⁽⁷⁾.

Dans ces conditions, il est prématuré de se prononcer sur la question de savoir si l'avant-projet est conforme aux propositions de la Commission ⁽⁸⁾. Il est aussi hasardeux, pour la Région de s'en inspirer dès à présent.

Examen de l'avant-projet de décret

Observation générale : pouvoir réglementaire de la CWaPE

Plusieurs dispositions en projet accordent un pouvoir réglementaire à la CWaPE :

- l'article 17 de l'avant-projet introduit dans l'article 13 du décret du 12 avril 2001 la précision selon laquelle la CWaPE "arrête" les mesures énumérées dans cette disposition;

⁽⁶⁾ COM(2007) 532 final.

⁽⁷⁾ 2835^e session du Conseil Transports, télécommunications et énergie, 29 novembre 2007, PRES/07/274; 2854^e session du Conseil Transports, télécommunications et énergie, 28 février 2008, PRES/08/45.

⁽⁸⁾ Voir, notamment, l'article 66 de l'avant-projet et la question de l'autonomie du régulateur.

- l'article 18 ajoute de nouveaux objets à la compétence réglementaire que la CWaPE tire de l'article 13 susmentionné;
- la CWaPE est encore investie de l'établissement, le cas échéant par voie réglementaire, de la méthode de calcul des coûts réels nets des obligations de service public (article 43, § 2, 5/, en projet - article 56 de l'avant-projet);
- elle doit également déterminer les informations à fournir par le gestionnaire de réseau, en vue notamment de l'élaboration des bilans énergétiques (article 43, § 2, 7/, en projet - article 56 de l'avant-projet);
- pour l'accomplissement de ses missions de surveillance et de contrôle, la CWaPE doit, enfin, arrêter des règlements, notamment les règlements techniques visés à l'article 13, et des lignes directrices obligatoires (article 43bis, § 2, deuxième alinéa, en projet - article 58 de l'avant-projet).

Or, la jurisprudence de la section de législation est fixée en ce sens que l'attribution de pouvoirs réglementaires à un organisme public ou à un de ses organes n'est justifiée que si la compétence ainsi attribuée est limitée et à ce point technique que l'on puisse considérer que l'organisme ou l'organe concerné qui devra appliquer la réglementation en question est le mieux placé pour mettre celle-ci au point en connaissance de cause et, le cas échéant, avec la promptitude voulue, ainsi que pour exercer la compétence ainsi déléguée ⁽⁹⁾.

De plus, il découle, de 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 (ci-après la "directive 2003/54/CE") que les autorités nationales peuvent être investies de la compétence de prendre la décision formelle en ce qui concerne les méthodologies que l'organe de régulation doit, au moins, adopter en ce qui concerne les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux.

⁽⁹⁾ P. NIHOUL, M. JOASSART et V. FRANCK, "Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2005", RBDC 2006, p. 459.

Compte tenu de ce qui précède, la CWaPE peut seulement se voir confier un pouvoir réglementaire autonome pour les questions d'ordre technique.

En dépit du pouvoir d'approbation que l'article 13 confie au Gouvernement, les points 10 à 16, insérés dans l'article 13 du décret du 12 avril 2001 par les articles 17 et 18 de l'avant-projet, excèdent ces limites en tout ou en partie. Il en va de même des articles 43, § 2, 5/, et 7/, et 43*bis*, en projet (articles 56 et 58 de l'avant-projet), qui, au demeurant, ne prévoient même pas la formalité de l'approbation.

Le caractère excessif des habilitations données à la CWaPE résulte de surcroît de leur caractère non exhaustif, ainsi que cela résulte de l'emploi :

- de l'adverbe "notamment" à la deuxième phrase de l'article 13, au 12/, en projet, de cet article (article 18 de l'avant-projet) et à l'article 43*bis*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet (article 58 de l'avant-projet);
- de la locution "toutes autres mesures" à l'article 13, 16/, en projet (article 18 de l'avant-projet);
- des termes "en tous cas" figurant à l'article 43, § 2, alinéa 2, en projet (article 58 de l'avant-projet).

Par conséquent, les articles 13*partim*, 43, § 2, et 43*bis*, en projet (articles 17, 18, 56 et 58 de l'avant-projet), doivent être revus.

Observations particulières

Article 2

1. À la suite de l'adoption de l'article 2 de l'avant-projet de décret présentement examiné, l'article 1^{er} du décret du 12 avril 2001 précisera ⁽¹⁰⁾ qu'il assure la transposition en droit interne des quatre directives suivantes :

- la directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (ci-après la "directive 2001/77/CE");
- la directive 2003/54/CE;
- la directive 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE (ci-après la "directive 2004/8/CE");
- et la directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil (ci-après la "directive 2006/32/CE").

Bien que l'avant-projet de décret constitue seulement un texte modificatif, il substitue, à plusieurs reprises, des articles qu'il remplace par des dispositions identiques. De plus, il ressort, par exemple, du commentaire de l'article 9 de l'avant-projet que celui-ci tend à modifier le décret du 12 avril 2001 afin de tenir compte de la libéralisation totale du marché de l'électricité au 1^{er} janvier 2007. Le commentaire de l'article 14 indique aussi que son objet est de combler une lacune afin de transposer les articles 14, paragraphes 2 et 3, et 15 de la directive 2003/54/CE. L'article 42 de l'avant-projet exprime, en outre, un principe essentiel figurant dans la même directive. L'article 53

⁽¹⁰⁾ Comme le fait déjà, pour certaines de ces directives, l'article 1^{er} du décret dans sa version actuelle.

transpose, par ailleurs, l'article 13 de la directive 2006/32/CE. Enfin, les explications de l'avant-projet font plusieurs fois référence à la proposition de directive de la Commission du 19 septembre 2007 ayant pour objet de modifier la directive 2003/54/CE.

2. Compte tenu de ce qui précède, il convient que soit joint au projet de décret qui sera déposé devant le Parlement un tableau de correspondance, dans les deux sens, reprenant, au regard de chacune des dispositions des quatre directives précitées :

- soit, les dispositions actuelles du décret du 12 avril 2001 qui assurent déjà cette transposition en droit interne et qui ne nécessitent par ailleurs ni modifications ni arrêtés d'exécution à prendre par le Gouvernement;
- soit, les dispositions de l'avant-projet de décret présentement examiné, qui, en tant qu'elles modifient diverses dispositions du décret du 12 avril 2001 ou qu'elles constituent des dispositions entièrement nouvelles, complètent, au niveau législatif, la transposition des quatre directives ci-dessus en droit interne ⁽¹¹⁾;
- soit, encore, les autres dispositions décrétales qui assurent également cette transposition.

Seul l'établissement d'un tableau de correspondance reprenant l'ensemble des informations ci-dessus est en effet de nature :

- d'une part, à permettre aux auteurs de l'avant-projet de décret de s'assurer que les quatre directives sont complètement transposées en droit interne, tant au niveau du décret du 12 avril 2001 ou d'autres décrets, que de leurs arrêtés d'exécution;
- et, d'autre part, à assurer que les parlementaires soient à même, non seulement, de se prononcer en connaissance de cause sur le projet de décret qui leur sera soumis, de même que sur le choix des moyens que le Gouvernement leur propose de mettre en

⁽¹¹⁾ Un tel tableau existe et a été communiqué à la section de législation, ultérieurement à l'envoi de la demande d'avis et à la suite de la demande expresse précédemment formulée en ce sens par le membre de l'Auditorat chargé de l'instruction du dossier.

oeuvre, mais aussi d'exercer, le cas échéant, leur droit d'amendement sans excéder les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres dans la matière considérée.

3. La section de législation avait déjà formulé cette observation dans son avis 43.257/4, donné le 9 juillet 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 4 octobre 2007 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif au marché régional de l'électricité ⁽¹²⁾.

À l'époque, le Gouvernement n'a pas suivi cette suggestion. La section de législation fait dès lors remarquer que, dans sa communication du 5 septembre 2007, "Pour une Europe des résultats – application du droit communautaire" ⁽¹³⁾, la Commission a rappelé que :

"Les tableaux de correspondance constituent une source d'information importante sur la manière dont les directives communautaires sont appliquées dans les États membres. Ils font partie intégrante des processus législatifs de nombreux États membres, fournissent de précieuses informations à un coût minimum et avec un minimum de charge administrative et contribuent à la transparence et à l'accessibilité, ainsi qu'à une meilleure compréhension et à une meilleure application de la loi, y compris l'interprétation par les tribunaux.

La Commission continuera à systématiquement imposer la présence d'un tableau de correspondance dans chaque nouvelle proposition de directive. Elle insistera sur ce point au cours du processus législatif. Elle enverra un tableau de correspondance type aux États membres après l'adoption de chaque directive, en leur demandant de le compléter et de le lui renvoyer avec les mesures de transposition [...]"

Article 3

Article 2, 3/, en projet

1. La notion de "site de production" sera également utilisée au chapitre VI du décret, compte tenu de l'article 31 en projet (article 46 de l'avant-projet).

⁽¹²⁾ Doc., Parl. wall., 2006-2007, n/ 639/1.

⁽¹³⁾ COM(2007)502 final.

2. Il convient donc d'écrire au 3/, "au sens des chapitres VI, IX et X".

Article 2, 5/ et 8/, en projet

Comme la section de législation a déjà eu l'occasion de le rappeler, il n'y a pas lieu de définir une notion en renvoyant à des directives. Les définitions en droit interne doivent se suffire à elles-mêmes conformément à l'article 249, troisième alinéa, CE.

Article 2, 9/, en projet

La notion de "sources d'énergie renouvelable" est définie à l'article 2, point 30), de la directive 2003/54/CE. Il est souhaitable d'en reproduire fidèlement les termes, dès lors qu'aucune raison péremptoire ne justifie de s'en écarter. Cette manière de procéder évite des contestations inutiles sur la qualité de la transposition et facilite l'interprétation des dispositions nationales.

Article 2, 21/ et 24/, en projet

Par souci de sécurité juridique, il est recommandé de reprendre, à l'article 2, 24/, la définition de la "ligne directe" qui figure à l'article 2, point 15), de la directive 2003/54/CE ⁽¹⁴⁾.

Article 2, 50/, en projet

L'article 2, 50/, définit ce qu'il faut entendre par le terme "administration", employé aux articles 31 (article 20, alinéa 2, en projet) et 72 (article 51^{ter}, § 3, en projet) de l'avant-projet.

⁽¹⁴⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation 100, www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr, [28 mai 2008].

La section de législation du Conseil d'État a rappelé à maintes reprises que les articles 20, 68, 69 et 87, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles s'opposent à ce que le législateur décrète attribue directement certaines missions d'exécution à un ministre ou à l'administration. Il appartient, en effet, au pouvoir exécutif de régler le fonctionnement et l'organisation de ses services.

Les dispositions précitées doivent donc être revues afin de se conformer à ces principes.

Article 7

A - Capital minimum réservé aux communes et aux provinces

1. Selon l'article 7 en projet, 70 % des parts représentatives du capital du gestionnaire du réseau de distribution (ci-après le "GRD") devront être détenues par des communes et, le cas échéant, par des provinces. Cette participation sera portée à 75 %, au minimum, le 31 décembre 2018 au plus tard.

L'article 15 de la directive 2003/54/CE impose une séparation juridique et fonctionnelle des gestionnaires de réseaux de distribution et des entreprises de production ou de fourniture d'électricité, lorsque ces entreprises font partie d'une entreprise verticalement intégrée au sens de l'article 2, point 21), de ladite directive. Cette dernière disposition renvoie elle-même à l'article 3, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Il résulte, *a contrario*, de ces dispositions que l'entreprise de fourniture ou de production qui détient des parts de l'entreprise chargée du réseau mais qui ne la contrôle pas, n'est pas, avec cette dernière, dans une relation verticalement intégrée. Par conséquent, les exigences de séparation énoncées à l'article 15 de la directive 2003/54/CE ne s'appliquent pas dans ce cas de figure.

2.1. Une déléguée a cependant exposé que la question est controversée de savoir si les GRD sont ou non dans un rapport verticalement intégré avec un producteur d'électricité.

Pour les uns, tel n'est pas le cas. C'est, notamment, l'opinion qui transparaît du Rapport final du 1^{er} décembre 2005, "Unbundling of Electricity and Gas Transmission and Distribution System Operators", établi pour la Direction générale de l'énergie et des transports de la Commission. Selon ce rapport, "with reference to Belgium, [Distribution System Operator]s are functionally unbundled by law". Toutefois, ce même rapport ajoute que "however the former monopolist still manages some IT operations and customer databases of the DSOs" ⁽¹⁵⁾.

D'autres, comme la Direction générale de la concurrence de la Commission ⁽¹⁶⁾, considèrent que les GRD pourraient s'avérer contrôlés par le producteur historique d'électricité. Dans sa décision du 14 novembre 2006 sur l'opération de concentration de Gaz de France et de Suez ⁽¹⁷⁾, la Commission a ainsi constaté que Suez (Electrabel) avait constitué une entité spécialisée dans la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne dénommée "Réseaux Wallonie" ⁽¹⁸⁾. Selon la Commission, "la question de savoir si SUEZ (Electrabel) exerce un contrôle sur les intercommunales mixtes n'est pas pertinente maintenant qu'Electrabel exerce certainement le contrôle exclusif sur Réseaux Wallonie et que, par ce moyen, il peut exercer une influence significative sur les intercommunales mixtes en Wallonie". La Commission a, en effet, relevé que "les intercommunales mixtes wallonnes n'ont pris en charge directement aucune activité essentielle à l'exploitation journalière des réseaux de distribution, toutes les activités étant exécutées en sous-traitance par SUEZ (Réseaux Wallonie) [...]. L'influence de SUEZ sur le processus décisionnel des intercommunales

⁽¹⁵⁾ [Http://ec.europa.eu/energy/electricity/publications/doc/2006_03_08_final_common_report.pdf](http://ec.europa.eu/energy/electricity/publications/doc/2006_03_08_final_common_report.pdf), pp. 6 et 7.

⁽¹⁶⁾ Voir note infrapaginale (17).

⁽¹⁷⁾ C(2006) 5419 final. Cette décision est consultable dans sa version publique sur le site : http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4180_20061114_20600_fr.pdf.

⁽¹⁸⁾ Une déléguée a confirmé que "Réseaux Wallonie" est encore une division d'Electrabel.

mixtes wallonnes est encore renforcée par le fait que, lorsque les statuts des intercommunales mixtes prévoient la possibilité pour les administrateurs, représentant les autorités locales, de se faire assister par un ou plusieurs experts, ces experts ne sont désignés par ces mêmes administrateurs qu'après avoir entendu les administrateurs Electrabel". La Commission a encore constaté que son avis paraissait partagé par la CWaPE. Elle a également souligné que celle-ci "recommande [...] que Réseaux Wallonie soit réorganisé dans une structure indépendante d'Electrabel et bénéficie de règles de «corporate gouvernance» et d'administrateurs indépendants". La Commission a, par ailleurs, considéré que les règles de confidentialité concernant les informations commercialement sensibles dont les membres du personnel des GRD ont connaissance et qui sont étendues au personnel de Réseaux Wallonie, sont sans incidence sur l'autonomie des GRD car rien n'empêche Réseaux Wallonie de promouvoir les intérêts de SUEZ sans communiquer des informations commerciales. En définitive, la Commission a conclu de ce qui précède que SUEZ pouvait exercer au moins une influence significative, sinon même un véritable contrôle, sur les intercommunales mixtes en Région wallonne par le biais de son contrôle exclusif sur Réseaux Wallonie ⁽¹⁹⁾.

La Région wallonne adopte, quant à elle, une position ambiguë. Nulle part dans l'exposé des motifs et les commentaires accompagnant l'avant-projet, elle ne considère que les GRD constituent des entreprises verticalement intégrées avec le producteur susmentionné. Néanmoins, elle souligne la nécessité d'améliorer leur indépendance et le tableau de correspondance transmis à la section de législation du Conseil d'État situe les articles 8, 15, 16, 24 et 25 de l'avant-projet de décret dans la perspective de l'article 15 de la directive 2003/54/CE. En revanche, la Région ne justifie pas l'article 7 de l'avant-projet par la nécessité de se conformer à cette disposition. Le tableau de correspondance susmentionné le confirme aussi. La Région semble ainsi considérer que cet article n'est pas nécessaire pour assurer la séparation juridique et fonctionnelle des gestionnaires de réseaux.

2.2. Il est, en conséquence, malaisé d'apprécier la validité de l'article 7, en projet, dans ce contexte et la section de législation du Conseil d'État ne dispose pas des moyens pour trancher la controverse ci-dessus.

⁽¹⁹⁾ Décision de la Commission du 14 novembre 2006, précitée, points 660, 665 à 670, 919, 925 et 926.

La section de législation observe toutefois que, malgré la sévérité de son analyse, la Direction générale de la concurrence de la Commission ne remet pas en cause les participations minoritaires d'Electrabel dans les intercommunales mixtes de distribution et qu'elle n'appelle pas un désinvestissement de sa part. Ses critiques portent sur les insuffisances de la séparation fonctionnelle entre les différentes entités.

2.3. Dans la mesure où la Commission ne semble pas exiger un désengagement du partenaire privé des GRD et dans l'hypothèse où il pourrait être admis que l'article 7 en projet, ne s'inscrit pas dans la transposition de la directive 2003/54/CE, la validité de cette disposition doit, à tout le moins, s'apprécier au regard du droit communautaire primaire.

La section de législation rappelle, à cet égard, que la Cour de justice a considéré, dans le cadre de la libre circulation des capitaux, que doivent être qualifiées de "restrictions", au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE, les mesures nationales qui sont susceptibles d'empêcher ou de limiter l'acquisition d'actions dans les entreprises concernées ou qui sont susceptibles de dissuader les investisseurs des autres États membres d'investir dans le capital de celles-ci ⁽²⁰⁾.

Or, l'article 7 en projet, constituerait une telle restriction s'il était adopté. Il empêcherait, en effet, les entreprises de production ou de fourniture d'électricité d'acquérir plus de 30 % du capital des GRD. De surcroît, cette participation devrait encore être réduite à terme. Il obligerait, en outre, les entreprises du secteur, qui détiennent actuellement jusqu'à 49 % du capital des GRD ⁽²¹⁾, à abandonner toute participation supérieure aux 30 % susmentionnés.

⁽²⁰⁾ Arrêts de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Portugal, C-367/98, Rec. p. I-4731, point 40, du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni, C-98/01, Rec. p. I-4641, point 44, du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04, Rec. p. I-9141, point 21, du 6 décembre 2007, Federconsumatori et autres, C-463/04 et C-464/04, non encore publié au Recueil, point 21, et du 14 février 2008, Commission/Espagne, C-274/06, non encore publié au Recueil, point 20.

⁽²¹⁾ Voir, *a contrario*, l'article 7 du décret du 12 avril 2001 dans sa version actuelle.

La libre circulation des capitaux peut, toutefois, être limitée par des mesures nationales justifiées par les raisons mentionnées à l'article 58 CE ou par des raisons impérieuses d'intérêt général. Il appartient, en effet, aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection d'intérêts légitimes ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint. Ils ne peuvent, cependant, le faire que dans les limites tracées par le traité et, en particulier, dans le respect du principe de proportionnalité, qui exige que les mesures adoptées soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ⁽²²⁾.

Deux constatations s'imposent à ce propos. Premièrement, les motifs purement économiques allégués par la Région dans l'exposé des motifs ne peuvent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une telle restriction ⁽²³⁾. De plus, si la garantie d'un service public peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général ⁽²⁴⁾, le Gouvernement n'établit pas que les missions de ce type qui sont confiées aux GRD seraient menacées. En outre, l'"intérêt stratégique" de la Région n'est pas précisé. En particulier, il n'est pas fait état de risque pour la sécurité des approvisionnements. Deuxièmement, le caractère proportionné de la mesure envisagée n'est ni justifié ni étayé, alors que la Commission met l'accent sur d'autres mesures et que l'avant-projet de décret présentement examiné comporte d'autres dispositions qui tendent à renforcer la situation des gestionnaires de réseau. Or, selon une jurisprudence constante, il appartient à l'autorité publique d'apporter la preuve que le principe de proportionnalité est respecté.

⁽²²⁾ Arrêts de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Belgique, précité, point 45, Federconsumatori et autres, précité, points 39 et 40, et du 14 février 2008, Commission/Espagne, précité, points 35 et 36.

⁽²³⁾ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 novembre 2002, X et Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, point 50.

⁽²⁴⁾ Arrêt de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas, précité, point 38.

Dans la mesure où il pourrait être considéré que l'article 7 de l'avant-projet se situe en marge de la directive 2003/54/CE, celui-ci apparaît, à tout le moins, contraire à l'article 56 CE et ce, à défaut d'une justification plus pertinente et plus détaillée ⁽²⁵⁾.

3. Dans le prolongement de ce qui précède, le mécanisme institué par l'article 7, en projet, pose également problème au regard de la liberté d'établissement. Toutefois, les restrictions qu'il apporte à cette liberté sont la conséquence directe des obstacles à la libre circulation des capitaux examinés ci-dessus, dont elles sont indissociables. Dès lors, une violation de l'article 56, paragraphe 1, CE ne pouvant être écartée, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen séparé de l'article 7 à la lumière des articles 43 et suivants CE ⁽²⁶⁾.

Il est vrai que l'article 86, paragraphe 2, CE peut être invoqué pour justifier l'octroi, par un État membre, à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, de droits spéciaux ou exclusifs contraires aux dispositions du traité, dans la mesure où la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assurée que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ⁽²⁷⁾.

Or, conformément à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/54/CE, les gestionnaires de réseau sont appelés à assumer des obligations de service public en vertu des articles 11 et 34 du décret du 12 avril 2001, dans sa version actuelle, et en vertu du texte projeté ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Il est, à cet égard, rappelé que l'insuffisance de la justification est souvent une cause de condamnation des États dans le cadre des recours en manquement.

⁽²⁶⁾ Voir, notamment, les arrêts de la Cour de justice du 13 mai 2003, *Commission/Espagne*, C-463/00, Rec. p. I-4581, point 86, et du 28 septembre 2006, *Commission/Pays-Bas*, précité, point 43.

⁽²⁷⁾ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour de justice du 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, non encore publié au Recueil, point 78.

⁽²⁸⁾ Articles 11, § 1^{er}, 5/, et 34 en projet (articles 14, 4/, et 53 de l'avant-projet).

Toutefois, l'article 86, paragraphe 2, CE ne saurait être invoqué pour justifier l'avant-projet de décret. En effet, le Gouvernement ne démontre pas de façon circonstanciée⁽²⁹⁾ que l'article 7 en projet, est nécessaire pour permettre aux gestionnaires de réseaux d'accomplir leurs missions d'intérêt général dans des conditions économiquement acceptables, lesquelles présupposent une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables⁽³⁰⁾.

4. 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.

B - Désengagement du ou des partenaires privés

1. 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 constituent 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 (ci-après "CSDH").

Or, toute ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes⁽³¹⁾. Conformément à la jurisprudence, la Région jouit en la matière d'une grande marge d'appréciation⁽³²⁾. Néanmoins, il lui incombe de montrer qu'elle a cherché à ménager ce juste équilibre. En

⁽²⁹⁾ Voir, notamment, l'arrêt de la Cour de justice du 13 mai 2003, Commission/Espagne, précité, point 82.

⁽³⁰⁾ Arrêts de la Cour du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533, points 17 et 18, et du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 57.

⁽³¹⁾ Cour eur. D.H., Sporrong et Lönnroth c. Suède du 23 septembre 1982, série A, n° 52, § 69; Cour eur. D.H. [GC], Jahn e.a. c. Allemagne du 30 juin 2005, 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 93.

⁽³²⁾ Cour eur. D.H. [GC], Jahn e.a. c. Allemagne, précité.

particulier, pour être compatible avec l'article 1^{er} du protocole n/ 1, il ne suffit pas qu'une mesure privative de propriété poursuive un objectif légitime "d'utilité publique"; il doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾.

En l'espèce, l'avant-projet de décret prévoit la réduction des participations des partenaires privés dans les intercommunales en deux temps. Une première réduction doit intervenir dès l'entrée en vigueur du texte et ramener la part des opérateurs privés à 30 % du capital. Une seconde réduction est prévue, à terme, pour confiner cette participation en-dessous de 25 %. Il est seulement prévu la fixation d'un calendrier à ce stade. En outre, l'article 7, alinéa 5, en projet, prévoit uniquement la possibilité de substituer la Région, un organisme d'intérêt public ou un tiers privé aux communes et aux provinces qui ne seraient pas en mesure de réaliser les acquisitions ci-dessus. En revanche, l'avant-projet de décret ne prévoit aucune mesure prenant en compte les intérêts du ou des partenaires privés. Ainsi, aucune règle n'est fixée en ce qui concerne l'évaluation de l'actif à reprendre par les collectivités publiques. Bien plus, l'avant-projet de décret n'offre aucune garantie en ce qui concerne la valeur de rachat des parts de capital excédentaires des partenaires privés. De même, aucune mesure transitoire n'est prévue en ce qui concerne la première phase imposant aux opérateurs privés de réduire leurs participations à 30 % maximum dès l'entrée en vigueur du texte. L'avant-projet pose ainsi problème au regard de l'article 1^{er} du protocole n/ 1 susmentionné.

2. Enfin, il semble résulter de l'économie du texte que la réduction de la participation des opérateurs privés pourrait intervenir avant même que ceux-ci aient été indemnisés. Ce constat paraît, en tous cas, s'imposer en ce qui concerne la première phase. Si tel est bien le cas, l'avant-projet méconnaît aussi le principe inscrit à l'article 16 de la Constitution, selon lequel l'indemnité doit être "préalable" à la dépossession.

⁽³³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *James c. Royaume-Uni*, précité, § 50, *Wittek c. Allemagne* du 12 décembre 2002, Rec 2002-X, § 53, et *Cappella c. Saint-Marin* du 13 juillet 2004, Rec. 204-VIII, § 33.

⁽³⁴⁾ Par exemple, une privation de propriété constituerait une atteinte excessive qui ne saurait se justifier, si elle n'est pas accompagnée du versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien (Cour eur. D.H., arrêt *Lithgow e.a. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, série A, n/ 102, § 121).

3. Comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà observé ci-dessus, la Région doit, dès lors, montrer que la réduction de la participation des opérateurs privés s'inscrit dans un rapport raisonnable avec le but visé et qu'elle a tenu compte de leurs intérêts. L'avant-projet de décret doit aussi être complété par des mesures garantissant l'équilibre entre l'intérêt général et celui de ces derniers ⁽³⁵⁾. Ces mesures doivent être prévues dans le décret. L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du protocole n/ 1 dispose, en effet, qu'une personne peut seulement être privée de ses biens "dans les conditions fixées par la loi". Or, conformément aux principes consacrés par l'article 16 de la Constitution, ces conditions doivent, en droit interne, être fixées par le législateur ⁽³⁶⁾.

C - Engagement du GRD dans des activités de production et de fourniture

1. L'article 7, alinéa 2, en projet, envisage l'hypothèse où le GRD s'est également engagé dans des activités de production et de fourniture. *A priori*, il constituerait, dans ce cas, une entreprise verticalement intégrée vis-à-vis de laquelle l'article 15 de la directive 2003/54/CE impose une séparation juridique et fonctionnelle. L'article 7, alinéa 2, semble ainsi en contradiction avec cette disposition.

Une déléguée a, toutefois, précisé que l'article 7, alinéa 2, se réfère uniquement aux cas particuliers de l'article 33bis en projet (article 51 de l'avant-projet), qui concerne la fourniture des clients protégés au tarif social, d'une part, et de l'article 34, 3/, b), et d), en projet (article 53 de l'avant-projet), qui habilite les GRD à assurer temporairement la fourniture d'électricité à des clients finals qui se trouvent temporairement sans contrat, d'autre part. Ces hypothèses constituent des obligations de service public ⁽³⁷⁾ au sens de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2003/54/CE, au

⁽³⁵⁾ Voir, en ce sens, l'avis 32.521/4 de la section de législation, donné le 27 février 2002, sur un avant-projet devenu le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (Doc., Parl. wall., 2001-2002, n/ 398/1).

⁽³⁶⁾ En ce sens, voir l'avis 43.257/4 de la section de législation, donné 9 juillet 2007, sur un avant-projet devenu le décret 4 octobre 2007 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif au marché régional de l'électricité (Doc., Parl. wall., 2006-2007, n/ 639/1).

⁽³⁷⁾ Voir, ci-dessous, l'observation concernant l'article 33bis en projet (article 51 de l'avant-projet).

regard duquel l'article 15 de la même directive peut être lu. Pour éviter toute discussion, il serait souhaitable que l'article 7, alinéa 2, en projet renvoie expressément aux articles 33*bis* ⁽³⁸⁾ et 34.

2. Un problème demeure, toutefois, dans la mesure où l'article 7, alinéa 2, envisage aussi l'hypothèse où le GRD s'est engagé dans des activités de production.

La section de législation constate, à cet égard, que l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 12 avril 2001, tel qu'il sera modifié par l'article 9 de l'avant-projet, habilite le GRD à produire, à vendre et à distribuer de l'électricité verte ⁽³⁹⁾. La directive 2003/54/CE met, il est vrai, l'accent sur la nécessité de réaliser un marché de l'électricité sûr et durable sur le plan environnemental (article 3, paragraphe 1, et considérant 26). Dans cette perspective, des obligations de service public peuvent être imposées aux entreprises du secteur pour protéger l'environnement (article 3, paragraphes 2 et 7, de la même directive). En outre, l'article 14, paragraphe 4, de la même directive, dispose que les États membres peuvent imposer au gestionnaire de réseau de distribution, d'appeler par priorité les tiers producteurs qui utilisent des sources d'énergie renouvelables. En revanche, aucun article de cette directive ne déroge expressément, pour ce type d'énergie, à l'obligation, clairement établie, de séparer juridiquement et fonctionnellement les activités susmentionnées. Enfin, les directives 2001/77/CE, 2004/8/CE et 2006/32/CE ne paraissent pas davantage comporter de dispositions en ce sens.

3. Dans ces conditions, le cumul des activités de production, même accessoires, et de distribution de l'électricité verte ne peut être admis que dans les

⁽³⁸⁾ Sous réserve de l'observation ci-après le concernant.

⁽³⁹⁾ L'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret du 12 avril 2001 comporte déjà actuellement une telle habilitation. La section de législation observe néanmoins que cette disposition a été insérée dans le projet après que son avis ait été donné (voir Doc., Parl. wall., 2000-2001, n/ 177/1). De surcroît, la directive 96/92/CE du Parlement européen et du conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, au vu de laquelle le décret du 12 avril 2001 a été adopté, ne comportait pas de disposition équivalente à l'article 15 de la directive 2003/54/CE.

conditions de l'article 15 de la directive 2003/54/CE. Une éventuelle dissociation comptable, envisagée à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, est, à cet égard, insuffisante.

Article 13

Article 10bis, § 1^{er}, en projet

L'article 10bis, § 1^{er}, en projet, reprend, en substance, l'article 10, § 3, du décret du 12 avril 2001. Il distingue deux hypothèses. Premièrement, celle où un nouveau gestionnaire de réseaux est désigné par le Gouvernement à la demande d'une commune qui est propriétaire d'une partie du réseau sur son territoire. Deuxièmement, celle d'une commune enclavée. Selon une des déléguées du ministre, il y en a très peu et toutes sont, de toute façon, propriétaires d'une partie du réseau située sur leur territoire. Si tel est bien le cas, la section de législation s'interroge sur la nécessité de maintenir cette distinction.

Article 10bis, § 2, en projet

1. L'article 10bis, § 1^{er}, organise l'expropriation, par la commune, de la partie du réseau située sur son territoire dont elle n'est pas propriétaire.

L'article 10bis, § 2, en projet, règle, inversement, la situation de la partie du réseau qui est propriété de la commune. En vertu de cette disposition, "tout droit réel démembré ou tout droit personnel attribué par la commune [...] à toute autre personne que le [nouveau] gestionnaire de réseau, cesse de plein droit à la prise de possession du réseau exproprié".

2. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur la circonstance que cette disposition constitue la privation d'un "bien" au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la CSDH. Comme la section de législation l'a déjà rappelé, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. À cet égard, même si le texte prévoit une indemnisation, la section de législation observe que rien n'est prévu en ce qui concerne l'information préalable des intéressés qui peuvent ignorer la procédure d'expropriation menée envers le GRD pour d'autres portions du réseau. Une

.../...

déléguée du ministre n'a, d'ailleurs, pas exclu cette éventualité. Selon le texte en projet, la privation d'un droit réel ou d'un droit de créance, voire même la cessation d'une concession de service public, opérera sans préavis et même, le cas échéant, à l'insu de leurs titulaires, puisqu'elle interviendra "de plein droit à la prise de possession du réseau exproprié". Le caractère inopiné de la mesure est source d'insécurité juridique et rien ne semble le justifier. Il pourrait, de plus, susciter des difficultés dans l'appréciation du dommage, le cas échéant difficilement réparable. Cela d'autant plus que la fixation de l'indemnité ne pourra retarder l'exercice de la mission confiée au nouveau gestionnaire. Dans ces conditions, l'avant-projet de décret ne paraît pas ménager un juste équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu.

3. La section de législation attire, de surcroît, l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur l'article 16 de la Constitution. Cet article est susceptible de s'appliquer à tout droit réel. Or, il offre une protection plus étendue que l'article 1^{er} du protocole n/ 1, susmentionné, en ce qu'il précise que l'indemnité doit être préalable à la dépossession. Le texte en projet méconnaît ce principe.

4. Par ailleurs, la section de législation a déjà fait remarquer que la possibilité qu'un droit réel autre que le droit de propriété fasse isolément l'objet d'une expropriation "n'est actuellement pas prévue, et n'est, *a fortiori*, pas organisée par les textes qui règlent de manière générale la matière de l'expropriation. Compte tenu de l'article 79, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, elle ne pourrait être envisagée que moyennant, d'une part, la détermination, par le législateur régional, des modalités d'une telle expropriation et, d'autre part, la détermination, par le législateur fédéral, des procédures judiciaires à appliquer en pareille hypothèse" ⁽⁴⁰⁾. Même s'il ne peut être exclu que la Région puisse se fonder sur l'article 10 de la même loi, il lui appartiendrait, après avoir établi que les conditions imposées par celui-ci sont remplies, de légiférer pour combler les lacunes ci-dessus.

⁽⁴⁰⁾ Voir l'avis 29.489/4 de la section de législation, donné le 22 mars 2000, sur un avant-projet d'ordonnance "organique du régime juridique du domaine public terrestre en Région de Bruxelles-Capitale", cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, "Le Conseil d'Etat – Chronique de jurisprudence 2000", *RBDC*, 2001, p. 63.

Article 10bis, § 3, en projet

Au regard de la sécurité juridique, il y a lieu de préciser les conditions dans lesquelles l'ancien gestionnaire poursuivra son activité tant que le nouveau gestionnaire n'est pas en mesure de gérer le réseau en question. Il convient, en particulier, de préciser quels seront leurs droits et leurs obligations respectifs.

Article 16

Article 12, § 2, en projet

L'article 12, § 2, en projet, énumère les données confidentielles et habilite le Gouvernement à compléter la liste qu'il comporte.

Il ressort toutefois des articles 12 et 16 de la directive 2003/54/CE que seule la confidentialité des "informations commercialement sensibles" doit être préservée. Sont ainsi, notamment, visées les informations commercialement avantageuses, tels les détails sur les utilisateurs actuels ou potentiels des réseaux ⁽⁴¹⁾.

Il appartient, en conséquence, à l'auteur de l'avant-projet de décret de s'assurer que les données énumérées dans l'avant-projet ne vont pas au-delà de l'exigence de confidentialité que circonscrivent les articles 12 et 16 de la directive 2003/54/CE.

La même obligation s'imposera *a fortiori* au Gouvernement lorsqu'il mettra en oeuvre l'habilitation qui lui est conférée par l'alinéa 3 de la disposition présentement examinée.

⁽⁴¹⁾ Note du 16 janvier 2004 de la Direction générale énergie et transports de la Commission sur les directives 2003/54/CE et 2003/55/CE relatives au marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel – Régime de séparation, p. 13 (sur le site : http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/unbundling_fr.pdf).

Article 23

1. Le commentaire de l'article 23 indique que le coût du contrôle de conformité du réseau privé est à charge de son gestionnaire. Cette précision doit figurer dans le texte.

2. Il ressort des explications d'une déléguée que les règlements techniques applicables aux réseaux privés sont ceux applicables aux réseaux de distribution et de transport local. Il conviendrait également d'apporter ces précisions dans le texte en renvoyant aux règlements techniques visés à l'article 13, alinéa 1^{er}, du décret du 12 avril 2001.

3. Par ailleurs, l'article 15*bis*, § 5, en projet, prévoit que, dans un certain nombre de circonstances énumérées de manière exemplative, les règlements techniques peuvent comporter des dispositions spécifiques exonérant certaines catégories de réseaux privés de l'application des paragraphes 1^{er} et 2 du même article. Il s'agit concrètement d'habiliter la CWaPE à adopter des dispositions spécifiques, dérogoires aux règlements techniques des réseaux de distribution et de transport local. L'article 13 du décret du 12 avril 2001 comporte toutefois une énumération du contenu minimum de ces règlements. L'article 15*bis*, § 5, en projet, autorise donc la CWaPE à y déroger dans des circonstances et dans une mesure qui ne sont pas déterminées de manière limitative⁽⁴²⁾. La CWaPE disposera, de la sorte, d'une liberté de manœuvre beaucoup trop large par rapport au contenu minimal des règlements techniques fixé par décret. Il convient donc de mieux encadrer le pouvoir de dérogation ainsi conféré à la CWaPE sous peine de vider l'énumération qui y figure de toute valeur réellement contraignante pour celle-ci, en ce qui concerne les réseaux privés. Au demeurant, la directive 2003/54/CE ne comporte pas de disposition particulière concernant ces réseaux. Dans la mesure où ceux-ci sont raccordés aux réseaux de distribution ou de transport local, ils doivent, dès lors, satisfaire aux exigences techniques indiquées à l'article 5 de ladite directive. Les prescriptions techniques qui les concernent doivent, par conséquent, être aussi objectives et non

⁽⁴²⁾ Voir l'utilisation de l'adverbe "notamment".

discriminatoires. Il appartient au législateur régional d'assurer, à son niveau, le respect de cet article et le caractère pleinement objectif des distinctions opérées.

4. Dans le prolongement de ce qui précède, la section de législation rappelle qu'il ressort de l'article 2, points 4) et 6), de la directive 2003/54/CE que les gestionnaires de réseaux sont, en tous cas, responsables de l'exploitation et de l'entretien de leurs réseaux. Il s'ensuit que l'article 15*bis*, § 5, en projet, ne saurait permettre que les gestionnaires de réseaux privés soient exonérés de cette obligation qui est rappelée à l'article 15*bis*, § 2, première phrase. L'article 15*bis*, § 5, doit être adapté en conséquence.

Article 24

1. L'article 16, § 1^{er}, en projet, règle le problème de la gestion journalière des gestionnaires de réseaux dans l'hypothèse où ceux-ci ne confient pas cette gestion à une filiale ⁽⁴³⁾. Des comités *ad hoc* composés d'administrateurs indépendants des producteurs et des fournisseurs devraient être institués au sein des conseils d'administration. Ils seraient seuls compétents "pour la préparation des décisions relatives aux tâches stratégiques ou confidentielles".

Le texte distingue ainsi, *a priori*, ces deux tâches. Toutefois, l'article 16, § 1^{er}, en projet, les énumère sans les distinguer. Il va de soi que la "gestion des informations confidentielles" est une tâche de cet ordre. En revanche, le texte ne permet pas de savoir si les autres missions des comités en question sont des tâches stratégiques ou si elles doivent aussi être qualifiées, en tout ou en partie, de tâches confidentielles. Il y a là une incohérence à lever.

2. Par ailleurs, les décisions reviennent aux conseils d'administration dans leur ensemble, donc également, dans les intercommunales mixtes, aux administrateurs représentant les producteurs ou les fournisseurs. La section de législation observe qu'il résulte, *a contrario*, de l'article 12, § 2, en projet, que ces administrateurs devront, pour

⁽⁴³⁾ Voir, à ce sujet, l'article 16, § 2, en projet (article 24 de l'avant-projet).

décider, avoir accès à toutes les données non confidentielles, même si celles-ci sont "stratégiques".

3. Au vu des critiques formulées par la Direction générale de la concurrence de la Commission, résumées ci-dessus ⁽⁴⁴⁾, la section de législation doute également que ce mécanisme soit suffisant pour ôter au partenaire privé des GRD toute capacité d'influence significative.

4. À l'article 16, § 2, alinéa 2, 3/, a), en projet, les mots "au sens de l'article 2, 20/" sont inutiles et doivent être omis.

5. À l'article 16, § 2, alinéa 2, 3/, c), troisième tiret, en projet la section de législation n'aperçoit pas ce qu'il convient d'entendre concrètement par "des cadres rapportant directement à [la personne en charge de la direction générale de la filiale]". Il convient de préciser cette notion.

Articles 27, 28, 59 et 65

Dans la phrase liminaire de l'article 27, il convient d'écrire "du même décret" au lieu de "du même arrêté".

Les articles 28, 59 et 65 seront complétés dans le même sens.

Article 39

À l'article 23, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, il convient d'écrire "visée au § 1^{er}" au lieu de "visée à l'alinéa 1^{er}".

⁽⁴⁴⁾ Voir les observations sur l'article 7 de l'avant-projet.

Articles 41 et 47

1. Contrairement aux dispositions sur lesquelles la Cour constitutionnelle⁽⁴⁵⁾ et la section de législation⁽⁴⁶⁾ se sont déjà prononcées, il ressort tant de la structure de l'avant-projet de décret que du commentaire consacré aux articles 25*bis* à 25*octies* en projet, que l'intention du Gouvernement est d'organiser différents mécanismes d'indemnisation des clients finals envers un gestionnaire de réseau ou un fournisseur.

Il ressort, en effet, clairement des dispositions précitées ainsi que de l'article 31*bis* en projet (article 47 de l'avant-projet) que ces différents mécanismes tendent à assurer à charge d'un gestionnaire de réseau ou d'un fournisseur, une intervention forfaitaire - ou à tout le moins plafonnée - au profit de clients finals qui seraient lésés, soit en cas d'interruption de fourniture d'électricité non planifiée dépassant une certaine durée, soit d'une coupure intempestive du compteur à la suite d'une erreur administrative ou à un retard de raccordement, soit en l'absence de réalisation du raccordement effectif dans un délai donné, soit encore en raison du dommage direct, corporel ou matériel, subi par un client final raccordé au réseau de distribution, du fait de l'interruption, de la non-conformité ou de l'irrégularité de la fourniture d'énergie électrique.

2. Il convient tout d'abord de s'interroger sur la compétence de la Région pour établir pareils régimes d'indemnisation.

Le droit de la responsabilité civile relève de la compétence résiduelle de l'autorité fédérale. Les régions peuvent dès lors seulement légiférer en la matière dans les conditions fixées par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Il y a donc lieu de vérifier si la législation envisagée est nécessaire à l'exercice des compétences régionales, si la matière considérée se prête à un règlement différencié et si l'incidence des dispositions en cause sur la matière n'est que marginale.

⁽⁴⁵⁾ C.C., arrêt n/ 125/2002 du 10 juillet 2002, B.3.2. et B.4.

⁽⁴⁶⁾ Voir l'avis 26.939/4 de la section de législation, donné le 21 janvier 1998, sur un avant-projet devenu le décret du 25 février 1999 relatif à la mise à disposition d'un minimum de puissance électrique et à la suspension de mise à disposition de gaz et de puissance électrique (Doc., Parl. wall., 1997-1998, n/ 396/1).

Il n'apparaît pas contestable que l'obligation d'un gestionnaire de réseau ou d'un fournisseur d'électricité d'indemniser le client final dans les cas envisagés ci-dessus peut se prêter à un traitement différencié.

L'avant-projet demeure aussi dans les limites de la répartition des compétences esquissée ci-dessus, compte tenu de ce que l'article 25*septies* en projet ⁽⁴⁷⁾ dispose que les articles 25*bis* et suivants en projet n'empêchent pas l'application des articles 1382 et suivants du Code civil ⁽⁴⁸⁾.

Enfin, les règles en question présentent un lien étroit avec la matière de la distribution et de la fourniture d'électricité. Ainsi, le Gouvernement établit la nécessité des articles 25*quinquies* et 25*sexies* en projet, en soulignant "la difficulté pour le client final de démontrer une faute dans le chef du gestionnaire de réseau en ce qui concerne la conformité ou la régularité des fournitures" ⁽⁴⁹⁾.

La Région est donc compétente pour adopter les dispositions en projet.

3.1. Ceci étant, les mécanismes, tels qu'ils sont envisagés, appellent les observations qui suivent.

3.2. De manière générale, la question se pose de savoir comment concilier les mécanismes indemnitaires prévus par l'avant-projet et les autres régimes d'indemnisation existants. Ainsi, la demande du bénéfice des indemnités prévues par

⁽⁴⁷⁾ Voir également, en ce qui concerne un fournisseur, l'article 31*bis*, § 5, en projet.

⁽⁴⁸⁾ Le commentaire de l'article 41 de l'avant-projet précise à ce sujet (point 4) : "D'abord, il est précisé que les mécanismes d'indemnisation prévus par le décret ne font pas échec à l'application éventuelle d'autres dispositions légales permettant de mettre en cause la responsabilité du gestionnaire de réseau. On pense notamment ici aux articles 1382 et suivants du Code civil. Par exemple, si l'indemnisation forfaitaire payée suite à une erreur administrative ne suffit pas à compenser le préjudice subi par le client final, rien n'interdit à celui-ci d'obtenir une réparation intégrale sur la base des dispositions du droit commun de la responsabilité. Le juge pourrait cependant tenir compte des indemnités déjà versées en vertu du présent décret de façon à éviter une double indemnisation".

⁽⁴⁹⁾ Ibidem.

l'avant-projet doit-elle précéder celle de tout autre régime d'indemnisation ? En outre, les indemnités visées aux articles 25*bis* à 25*quinqies* et 31*bis* en projet, sont-elles cumulables avec celles qui pourraient être accordées sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil ou faut-il, au contraire, considérer que le droit commun de la responsabilité pourrait seulement être utilisé en vue d'obtenir une réparation complémentaire, comme le suggère d'ailleurs l'exposé des motifs ⁽⁵⁰⁾ ? Il ne suffit pas, à cet égard, d'indiquer à l'article 25*septies*, § 1^{er}, en projet ⁽⁵¹⁾, que les articles 25*bis* et suivants en projet "ne font pas échec à l'application d'autres dispositions légales".

3.3. Concernant l'article 25*ter* en projet, le commentaire de cet article précise tout d'abord que la CWaPE n'est pas appelée à trancher un litige et qu'elle ne le pourrait, en toute hypothèse, pas puisqu'en vertu de l'article 144 de la Constitution, cette fonction est réservée aux cours et tribunaux.

La section de législation observe toutefois que le mécanisme, tel qu'il est institué par l'article 25*ter* en projet ⁽⁵²⁾ aboutit, *in fine*, à ce que la CWaPE, soit amenée, en cas de contestation entre les parties concernées, à prendre une décision définitive notifiée à celles-ci et étant, en ce qui les concerne, obligatoires en tous ses éléments ⁽⁵³⁾.

Ensuite, il convient de rappeler que la réparation d'une lésion illicite d'un droit subjectif est un droit civil, même quand le dommage résulte d'une faute ou d'une erreur de l'administration ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ Ibidem.

⁽⁵¹⁾ Voir de même l'article 31*bis*, § 5, en projet.

⁽⁵²⁾ Voir l'article 25*ter*, § 3, alinéas 4 et 5, en projet.

⁽⁵³⁾ Voir l'article 43*bis*, § 2, alinéa 4, en projet (article 58 de l'avant-projet).

⁽⁵⁴⁾ En ce sens : Cass., 20 septembre 1990, Pas., 1991, I, p. 59; Cass., 9 janvier 1997, Pas., 1997, I, p. 20.

Dans ce contexte, la circonstance, invoquée dans le commentaire de l'article 25^{ter} en projet, selon laquelle "si une partie n'est pas satisfaite de la décision de la CWaPE, il lui appartiendra de saisir les cours et tribunaux [...] et ce n'est pas la décision de la CWaPE qui sera en elle-même contestée" n'est pas suffisante pour rendre cet article compatible avec l'article 144 de la Constitution. En effet, si l'administration peut prendre des décisions affectant des droits civils, par contre, ni l'administration ni même une juridiction administrative ne sauraient trancher une contestation sur ceux-ci. L'article 144 de la Constitution confère une compétence exclusive, en la matière, aux tribunaux de l'ordre judiciaire et aucun texte d'intensité de force obligatoire supérieure ne vient y faire exception. Enfin, la compétence de la CWaPE est obligatoire et elle n'est ni appelée à intervenir sur la base d'une convention d'arbitrage librement consentie par les parties, ni associée à un processus de type transactionnel dont l'issue dépendrait de la volonté des parties.

Par conséquent, l'article 25^{ter} en projet méconnaît l'article 144 de la Constitution et doit être revu.

La même observation vaut pour les articles 25^{quater} et 31^{bis} en projet.

Article 42

Au 3/, il y a lieu d'écrire :

"Au § 2, alinéa 1^{er}, les mots «les gestionnaires de réseaux ne peuvent refuser l'accès à leur réseau respectif que dans les cas suivants :» sont remplacés par les mots : [la suite comme dans l'avant-projet de décret].

Article 46

Dans la disposition en projet, il convient de viser l'"article 30, § 3, alinéa 1^{er}, 2/, quatrième tiret".

Article 52

1. L'article 52 de l'avant-projet comporte trois mesures :

- il institue des commissions locales pour l'énergie (ci-après les "CLE") qui reprennent, en substance, les attributions des commissions locales d'avis de coupure de la fourniture de gaz et de la fourniture minimale d'électricité, prévues actuellement par l'article 46 du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (ci-après le "décret «gaz»");
- il impose également à chaque Centre public d'action sociale (ci-après le "CPAS") d'assurer une guidance sociale énergétique;
- enfin, il prévoit que chaque CPAS peut s'engager dans un plan d'action préventive en matière énergétique.

Il convient d'examiner la compétence des régions pour adopter ces mesures.

2. Commissions locales pour l'énergie

Les CLE auraient pour mission de se prononcer sur la coupure éventuelle de la fourniture d'électricité à des "clients protégés", d'établir, le cas échéant, un plan d'apurement et de statuer sur la remise totale ou partielle de la dette des intéressés auprès des gestionnaires de réseaux agissant comme fournisseurs en vertu de leurs obligations de service public (article 33^{ter}, § 2, en projet).

La Cour constitutionnelle a déjà jugé que :

"En réglementant les modalités selon lesquelles un distributeur peut interrompre, à l'égard des personnes [personne physique consommatrice d'électricité], la fourniture d'électricité et de gaz à usage domestique, le législateur régional règle ainsi, respectivement, «la distribution [...] d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts» et la

«distribution publique de gaz», au sens de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a) et b), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles" ⁽⁵⁵⁾.

Il s'ensuit que la Région wallonne est compétente pour adopter l'article 33^{ter} en projet.

3. Guidance sociale énergétique et plans d'action préventive

Le commentaire consacré à l'article 52 de l'avant-projet expose que "le nouvel article 33^{quater} reproduit la disposition figurant à l'article 45 du décret «gaz»". La section de législation observe toutefois que cet article ne figurait pas dans l'avant-projet sur lequel elle a remis un avis. Cette disposition a été introduite par le Gouvernement dans le projet déposé devant le Parlement après cette consultation ⁽⁵⁶⁾. La section de législation ne s'est donc pas prononcée sur la validité de l'article 45 susmentionné.

La section de législation s'est, en revanche, prononcée comme suit au sujet du projet de loi, devenu la loi du 4 septembre 2002, visant à confier aux centres publics d'[action] sociale la mission de guidance et d'aide sociale financière dans le cadre de la fourniture d'énergie aux personnes les plus démunies ⁽⁵⁷⁾ :

"Ainsi qu'il apparaît de l'intitulé même du projet, ce dernier vise à confier aux C.P.A.S. une mission de guidance et d'aide financière en faveur des personnes qui sont «les plus démunies» dans le cadre de la fourniture d'énergie.

Le projet prévoit donc manifestement une «aide aux personnes».

⁽⁵⁵⁾ C.C., arrêt n/ 105/2002 du 10 juillet 2002, B.6.1.

⁽⁵⁶⁾ Voir Doc., Parl. wall., 2001-2002, n/ 398/1. L'exposé des motifs de l'avant-projet se limitait à indiquer qu'"une guidance énergétique devrait permettre une intervention en amont de la suspension de fourniture et éviter un accroissement important de la dette" (p. 53). Aucune disposition de l'avant-projet soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n'était toutefois consacrée à une telle guidance.

⁽⁵⁷⁾ Avis 32.304/3 de la section de législation, donné le 15 janvier 2002, sur un avant-projet devenu la loi du 4 septembre 2002 visant à confier aux centres publics d'[action] sociale la mission de guidance et d'aide sociale financière dans le cadre de la fourniture d'énergie aux personnes les plus démunies (Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n/ 1664/1).

En vertu de l'article 128, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution, certaines compétences en matière d'aide aux personnes ont été attribuées aux communautés par l'article 5, § 1^{er}, II, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Ces compétences comprennent notamment la politique d'aide sociale, à l'exception d'un certain nombre de matières nommément citées (article 5, § 1^{er}, II, 2/).

La politique en matière d'aide sociale tend spécifiquement à fournir une aide aux personnes se trouvant dans le besoin. La nature et la cause du besoin ne jouent en principe aucun rôle pour cet aspect de l'aide aux personnes ⁽⁵⁸⁾. En l'espèce, la réglementation en projet a pour objet l'assistance aux personnes ne pouvant pas ou ne pouvant qu'avec difficulté payer leurs factures de gaz et d'électricité. L'exposé des motifs explique qu'en élaborant ce projet, le Gouvernement souhaite mieux répondre «à la situation de désarroi des consommateurs les plus démunis, incapables de faire face au paiement de leurs factures énergétiques». La réglementation en projet doit donc être considérée comme relevant de la politique d'aide sociale.

D'emblée se pose la question de savoir si la matière réglée dans le projet relève bien de la compétence de l'autorité fédérale et, plus particulièrement, si elle peut s'inscrire dans le cadre des compétences en matière d'aide sociale que la loi spéciale a réservées à l'autorité fédérale à titre d'exception. Le projet visant à confier une mission supplémentaire aux C.P.A.S., il faut en l'occurrence tenir compte notamment de l'exception visée à l'article 5, § 1^{er}, II, 2/, b, de la loi spéciale, selon lequel l'autorité fédérale est demeurée compétente pour :

- «b) (l)es matières relatives aux centres publics d'aide sociale, réglées par les articles 1^{er} et 2 et dans les chapitres IV, V et VII de la loi organique du 8 juillet 1976 relative aux centres publics d'[action] sociale sans préjudice de la compétence des communautés d'octroyer des droits supplémentaires ou complémentaires».

Pour l'introduction d'une réglementation chargeant les C.P.A.S. d'une mission d'aide aux personnes qui ne peuvent plus payer leurs factures d'énergie, l'autorité fédérale peut effectivement en principe puiser la compétence nécessaire dans la disposition précitée de la loi spéciale. En effet, cette disposition porte notamment sur les matières visées au chapitre IV de la loi organique, qui fixe précisément les missions des C.P.A.S. La mission visant à «assurer aux personnes et aux familles l'aide due par la collectivité» (article 57, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi organique) en fait généralement partie. L'autorité fédérale est donc compétente pour préciser, limiter ou étendre, dans ce cadre, l'ensemble des missions des C.P.A.S. ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ *Note infrapaginale 1 de l'avis 32.304/3* : Cour d'arbitrage, 14 octobre 1999, n/ 110/99, cons. B.7.5.1; Cour d'arbitrage, 13 juillet 2001, n/ 101/2001, cons. B.5.1.

⁽⁵⁹⁾ *Note infrapaginale 2 de l'avis 32.304/3* : Voir les développements de la proposition dont est issue la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'État, Doc. parl., Sénat, 1992-93, n/ 558/1, p. 13.

Lorsqu'elle exerce sa compétence en vertu de l'article 5, § 1^{er}, II, 2/, b, de la loi spéciale, l'autorité fédérale ne peut toutefois prendre de mesures portant atteinte à des compétences des communautés ou des régions ⁽⁶⁰⁾.

[...]

En ce qui concerne les compétences des régions, pourrait se poser la question de savoir si la réglementation en projet ne porte pas atteinte à la compétence de celles-ci en matière de «distribution ... d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts» et en matière de «distribution publique de gaz» (article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a et b, de la loi spéciale). Il faut cependant constater que le véritable but du projet ne consiste pas à édicter des règles en matière de distribution d'électricité et de gaz ⁽⁶¹⁾, mais à adopter certaines mesures en faveur de personnes qui ont des difficultés à payer leur facture d'électricité ou de gaz. Même si le projet vise à répondre à un besoin qui n'a pu résulter que de la distribution d'énergie, la réglementation en projet ne relève pas de ce domaine ⁽⁶²⁾. Cette réglementation ne porte donc pas atteinte aux compétences précitées des régions."

Ces observations demeurent d'actualité et il s'ensuit que l'article 33^{quater} en projet, excède la compétence que la Région tire de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, a) et b), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

La même constatation s'impose, au vu de ce qui précède, en ce qui concerne l'article 33^{quinquies} en projet, qui habilite les CPAS à adopter des plans d'action préventive en matière d'énergie afin "d'aider les personnes à mieux utiliser l'énergie et à mieux maîtriser leurs consommations".

⁽⁶⁰⁾ *Note infrapaginale 3 de l'avis 32.304/3* : Voir C.E., section de législation, avis 32.233/3 du 4 décembre 2001 sur un avant-projet de loi concernant le droit à l'intégration sociale, Doc. parl., Chambre, n/ 50-1603/1, (64), p. 70, n/ 9.2.

⁽⁶¹⁾ *Note infrapaginale 4 de l'avis 32.304/3* : En revanche, ce serait par exemple le cas d'une réglementation qui impose aux sociétés de distribution l'obligation de garantir une fourniture minimale d'électricité ou de gaz aux familles (Cour d'arbitrage, 18 février 1993, n/ 14/93, cons. B.2.6).

⁽⁶²⁾ *Note infrapaginale 5 de l'avis 32.304/3* : Voir C.E., section de législation, avis 17.160/8 e.a. du 19 mars 1986 sur cinq propositions de loi, Doc. parl., Chambre, 1985-86, n/ 235/2, p. 4, n/ 4.2.

Article 53

1. Selon le commentaire consacré à la disposition en projet, qui remplace l'article 34 du décret du 12 avril 2001 - lequel article définit les obligations de service public (ci-après "OSP") des gestionnaires de réseaux -, "le nouvel article 34 du décret vise, de manière indistincte, les gestionnaires de réseaux de distribution et le gestionnaire du réseau de transport local, alors que certaines OSP (particulièrement celles en matière sociale) ne sont applicables qu'aux GRD. Une telle distinction est toutefois faite dans l'arrêté d'exécution (le décret prévoit : «le Gouvernement wallon impose aux gestionnaires de réseaux des obligations de service public [...]», ce qui empêche toute équivoque)".

Pourtant, l'article 34, première phrase, en projet, dispose que "après avis de la CWaPE, le Gouvernement wallon impose aux gestionnaires de réseaux des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et dont le respect fait l'objet d'un contrôle par la CWaPE, entre autres les obligations suivantes [...]".

La notion de "gestionnaires de réseaux" désignant tant les gestionnaires de réseaux de distribution que les gestionnaires de réseaux de transport local en vertu de l'article 2, 25/, en projet, la disposition ci-dessus oblige en réalité le Gouvernement à imposer aux deux catégories de gestionnaires les obligations énumérées à l'article 34. Il ne pourrait opérer une distinction entre eux qu'en ce qui concerne les obligations de service public supplémentaire.

L'auteur de l'avant-projet doit donc revoir la phrase introductive de l'article 34 ou l'ensemble de sa structure afin de faire correspondre le texte à son intention.

2. L'article 34, 4/, a), en projet dispose que les gestionnaires de réseaux doivent "donner la priorité à l'électricité verte produite en Région wallonne".

L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2001/77/CE dispose que "les opérateurs de systèmes de transport et de distribution [...] garantissent le transport et la distribution de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables. [Les États membres] peuvent, en outre, prévoir un accès prioritaire au réseau de l'électricité produite à partir de sources renouvelables".

.../...

Cette disposition ne permet pas de réserver un régime préférentiel de distribution ou de transport à la production d'électricité verte indigène. Au contraire, l'article 5, paragraphes 1 et 4 de cette même directive, impose une gestion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur la base de critères objectifs et non discriminatoires.

De plus, la section de législation rappelle que la libéralisation du marché de l'électricité se concrétise par la liberté de choix du fournisseur pour les consommateurs, une liberté d'établissement pour les producteurs et un droit d'accès dans des conditions objectives et non discriminatoires pour tous les utilisateurs des réseaux de transport et de distribution d'énergie. Ainsi, l'article 9, sous e), et l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2003/54/CE prévoient que les gestionnaires de réseau doivent garantir la non-discrimination entre leurs utilisateurs. L'article 11, paragraphe 3, de la même directive dispose qu'un État membre peut imposer au gestionnaire de réseau, lorsqu'il appelle les installations de production, de donner la priorité à celles qui utilisent des sources d'énergie renouvelables. Toutefois, le paragraphe 2, du même article ajoute que cet appel et l'utilisation des interconnexions sont faits sur la base de critères objectifs et appliqués de manière égalitaire, afin d'assurer un bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité. En outre, l'article 20 de cette directive 2003/54/CE précise que les tiers doivent pouvoir accéder aux réseaux de transport et de distribution sans discrimination. Enfin, aux termes de l'article 21 de la même directive, toutes les personnes sont libres, depuis le 1^{er} juillet 2007, d'acheter leur électricité au fournisseur de leur choix.

Au demeurant, la Cour de justice a déjà été appelée à interpréter la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, - que la directive 2003/54/CE remplace -, notamment son article 7, paragraphe 5, en vertu duquel, le gestionnaire du réseau de transport devait s'abstenir de toute discrimination entre les utilisateurs du réseau. La Cour a jugé que les dispositions de cette directive exigeant que l'action du gestionnaire de réseau et celle de l'État dans la mise en œuvre de l'accès au réseau soient non discriminatoires, sont des expressions particulières du principe général d'égalité. En conséquence, elle a considéré que l'article 7, paragraphe 5, susmentionné ne se limitait pas à viser les prescriptions techniques, mais qu'il s'appliquait de manière générale. Aussi, la Cour a conclu que des mesures nationales accordant à une entreprise

une capacité prioritaire de transport transfrontalier d'électricité devaient être considérées comme discriminatoires au sens de cette disposition ⁽⁶³⁾.

Au vu de l'article 9, sous e), et de l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2003/54/CE, la même conclusion s'impose, par identité de motif, en ce qui concerne l'article 34, 4/, a), en projet.

Article 58

1. L'article 43*bis*, § 2, en projet, habilite la CWaPE à arrêter des lignes directrices obligatoires et de portée générale.

Elle appelle, dans cette mesure, la même réserve que celle formulée au regard du pouvoir de la CWaPE d'adopter des règlements ⁽⁶⁴⁾.

Articles 69 et 70

1. L'article 49, en projet, institue une Chambre des litiges au sein de la CWaPE. Celle-ci serait chargée de statuer sur "tout différend relatif à l'accès au réseau ou à l'application des règlements techniques, à l'exception de ceux portant sur des droits et obligations de nature civile" (article 49*bis*, § 1^{er}, en projet). Selon le commentaire consacré à l'article 69 de l'avant-projet, "L'analyse des pouvoirs accordés généralement aux autorités de régulation fait apparaître que ceux-ci disposent, parfois, de pouvoirs de nature juridictionnelle. C'est l'option dans laquelle s'inscrit l'auteur du projet". La Chambre des litiges serait ainsi une instance juridictionnelle et certains éléments, comme le caractère obligatoire de sa compétence ou l'organisation d'une procédure marquée par un débat contradictoire, s'inscrivent dans cette perspective. Par ailleurs, l'intention du Gouvernement n'étant pas d'intégrer la "Chambre des litiges" aux tribunaux de l'ordre judiciaire, celle-ci constitue une juridiction administrative.

⁽⁶³⁾ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 7 juin 2005, Vereniging voor Energie, Milieu en Water e.a., C-17/03, Rec. p. I-4983, points 42, 43, 47 et 71.

⁽⁶⁴⁾ Voir l'observation générale ci-dessus.

Le Gouvernement indique, enfin, que cette Chambre remplacerait celle instituée par l'article 49, actuel, du décret du 12 avril 2001 ⁽⁶⁵⁾. La section de législation observe, toutefois, que l'organe autonome que constitue "la Chambre d'appel" créée au sein de la CWaPE a été introduite après consultation dans le projet soumis au Parlement qui allait devenir ledit décret ⁽⁶⁶⁾ et que cet organe, qui statue par une décision administrative motivée ⁽⁶⁷⁾, ne peut être qualifié de juridiction administrative.

2.1. L'article 49 en projet appelle, en conséquence, les observations qui suivent.

2.2. L'article 23, paragraphe 5, de la directive 2003/54/CE contraint les États membres à confier le règlement de certains conflits aux autorités de régulation. Cette disposition n'impose toutefois pas de leur confier une tâche juridictionnelle. En ce qui concerne la protection des consommateurs, l'annexe A à la directive 2003/54/CE préconise, au contraire, un mode de résolution extrajudiciaire des litiges ⁽⁶⁸⁾. La directive n'empêche, toutefois, pas le choix de la voie juridictionnelle, dès lors que les procédures en question "permettent un règlement équitable et rapide des litiges".

2.3. Il convient, dans ces conditions, d'examiner si la Région est compétente pour créer une juridiction administrative.

⁽⁶⁵⁾ Ibidem.

⁽⁶⁶⁾ Doc., Parl. wall., 2000-2001, n/ 177/1.

⁽⁶⁷⁾ Voir l'article 49, § 3 actuel, du décret du 12 avril 2001.

⁽⁶⁸⁾ Voir le renvoi de l'annexe A de la directive 2003/54/CE à la recommandation 98/257/CE de la Commission, du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

À cet égard, la Cour constitutionnelle a déjà déduit des articles 146 et 161 de la Constitution que :

"B.6. [...]. Ces dispositions réservent à l'autorité fédérale la compétence d'établir des juridictions administratives et de définir leurs attributions.

B.7. Étant donné que la Commission d'appel [appelée à statuer sur les recours introduits contre les décisions prises par l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées] est considérée comme une juridiction administrative statuant sur des recours juridictionnels, le législateur décretaal wallon n'était pas, en principe, compétent pour adopter la disposition en cause" ⁽⁶⁹⁾.

Néanmoins, la Cour constitutionnelle, après avoir rappelé que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles permet au décret de disposer dans des matières pour lesquelles les Régions ne sont pas compétentes, dans la mesure nécessaire à l'exercice de leur compétence ⁽⁷⁰⁾, a, dans le cas d'espèce, admis que la Région était compétente pour créer la juridiction administrative en cause.

Au sujet de la création, par la Communauté flamande d'une juridiction administrative en matière environnementale ⁽⁷¹⁾, l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État appliquant les mêmes critères a, au contraire, considéré que la création d'une telle juridiction administrative excédait les compétences de la Région flamande.

2.4. En l'espèce, la section de législation observe que la Région ne fournit aucun argument permettant de conclure que les articles 49 et 49bis, en projet, sont nécessaires à l'exercice de ses compétences, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence de ces dispositions sur la matière est marginale.

⁽⁶⁹⁾ C.C., arrêt n/ 49/2003 du 30 avril 2003.

⁽⁷⁰⁾ Ibidem, B.8.2 à B.8.5.

⁽⁷¹⁾ Avis 42.324/AV/3 de la section de législation, donné le 20 mars 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 21 décembre 2007 "tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel XVI Toezicht, handhaving en veiligheidsmaatregelen" (Doc., VI. Parl., 2006-2007, nr 1249/1).

En tout état de cause, la section de législation n'aperçoit pas en quoi le critère de la nécessité serait rempli dans la matière considérée. En effet :

- comme cela a déjà été relevé dans la doctrine ⁽⁷²⁾, concernant les différentes matières dans lesquelles ont été créées des autorités de régulation ⁽⁷³⁾, la presque totalité de celles-ci l'ont été sous la forme d'une autorité administrative indépendante et non sous celle d'une juridiction administrative ⁽⁷⁴⁾;
- concernant plus particulièrement le marché de l'électricité, il a déjà été indiqué que l'article 23, paragraphe 5, de la directive 2003/54/CE, n'impose pas non plus de confier aux autorités de régulation une tâche juridictionnelle;
- concernant ce même marché de l'électricité, en droit interne cette fois, la section de législation observe qu'aucune des autorités de régulation créées par les différents législateurs en la matière n'a, à ce jour, la qualité de juridiction administrative ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ Voir P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation", in La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration, Bruges, La Charte, 2007, pp. 209 à 310.

⁽⁷³⁾ Pour une énumération de celles-ci, voir P. BOUCQUEY et P.-O. DE BROUX, op. cit., pp. 216 et suivantes.

⁽⁷⁴⁾ Seul le Conseil de la concurrence a manifestement la nature d'une juridiction administrative (voir l'article 11, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006).

⁽⁷⁵⁾ Voir :

- pour le niveau fédéral : la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), créée par l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité;
- en Région wallonne : la Commission wallonne pour l'Énergie (CWaPE), dont fait partie la "Chambre d'appel", visée à l'article 49 du décret du 12 avril 2001;
- en Région de Bruxelles-Capitale : la Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale (Bruxelles Gaz Électricité - BRUGEL), créée par l'article 30bis de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale;
- en Région flamande : la Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits-en Gasmarkt (VREG), visée à l'article 2, 21/, du décret du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité. Voir également le décret du 30 avril 2004 portant création de l'agence autonomisée externe de droit public "Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits - en Gasmarkt" (Autorité de régulation flamande pour le marché de l'Électricité et du Gaz).

Ces mêmes considérations ne permettent pas de justifier que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence d'une création d'une juridiction administrative puisse être considérée comme marginale.

2.5. Compte tenu du caractère fondamental de l'objection qui vient d'être formulée, les autres questions que posent les articles 69 et 70 de l'avant-projet de décret, notamment, en ce qui concerne, d'une part, l'attribution de ce contentieux spécialisé à la Cour d'appel de Liège, statuant comme juge de plein contentieux, et, d'autre part, les questions relatives aux statuts des membres de la Chambre des litiges et à l'organisation et aux règles de procédure devant celle-ci, n'ont pas été examinés plus avant.

Article 73

Comme la section de législation l'a écrit dans l'avis 32.521/4 précité, elle n'aperçoit pas en quoi le prélèvement peut être qualifié de redevance. Il est, sur ce point, renvoyé à cet avis.

Article 75

1. Les deux premiers alinéas du premier paragraphe de l'article 53, relatif aux amendes administratives, concernent des manquements "continus". Le texte gagnerait à être précisé en ce sens.

Le troisième alinéa du même paragraphe se réfère, en revanche, à des manquements instantanés. À cet égard, la formule "qui ne sont pas susceptibles d'une réparation dans le temps" n'est pas heureuse car le propre d'une amende est plutôt de sanctionner.

Comme en a convenu un délégué du ministre, le quatrième alinéa gagnerait à être clarifié.

Il convient également que le législateur précise le délai dans lequel la CWaPE peut décider d'infliger une amende administrative en prenant en considération les deux hypothèses ci-dessus.

2. Il conviendrait de préciser, au paragraphe 2 du même article, que les objectifs de performance sont ceux fixés en vertu des articles 13, 12/, 34, 2/, d) et e), et 34bis, 2/, c), du décret du 12 avril 2001.

3. Dans la mesure où un second paragraphe est ajouté à l'article 53 dudit décret, il convient de modifier l'article 569, 33/ du Code judiciaire qui détermine seulement la compétence du tribunal de première instance par rapport aux amendes administratives imposées en vertu de l'article 53, § 1^{er}, dudit décret.

Article 76

1. L'article 53bis, alinéa 2, 3/, en projet, est difficilement conciliable avec l'alinéa 3 du même article et pourrait induire les intéressés en erreur. Il convient d'assurer la cohérence entre ces deux dispositions.

2. L'article 53ter, en projet, gagnerait en clarté s'il était précisé que le recours est celui visé à l'article 53sexies. Il incombe, en outre, au législateur régional de fixer le délai dans lequel le recours au tribunal de première instance doit être exercé. Enfin, la formule, figurant à l'article 53ter, alinéa 2, selon laquelle "l'amende est applicable jusqu'à la constatation, par la CWaPE, que la personne concernée s'est conformée à ses injonctions", est inadéquate. Il ne peut, en effet, être exclu que la personne sanctionnée puisse apporter la preuve qu'elle s'est conformée auxdites injonctions avant que la CWaPE le constate formellement, vidant ainsi la sanction de sa cause. La personne sanctionnée ne saurait cependant être pénalisée pour des retards d'ordre administratif.

3. Comme l'a déjà observé la section de législation du Conseil d'État ⁽⁷⁶⁾, vu les montants prévus pour les amendes administratives et compte tenu de ce que celles-ci présenteront un caractère subsidiaire par rapport aux amendes pénales prévues à l'article 52 du décret du 12 avril 2001, il convient de prévoir, tant dans le chef de la CWaPE que dans celui du tribunal saisi d'un recours, la possibilité d'assortir l'amende d'un sursis.

4. Au regard du principe *non bis ibidem*, l'article 53quinquies, en projet, doit, comme c'est déjà le cas dans d'autres dispositions prévoyant la possibilité d'infliger, pour un même fait, soit une sanction pénale, soit une amende administrative, être complété par une disposition prévoyant qu'aucune amende administrative ne peut être infligée tant que le parquet n'a pas, dans le délai fixé par le décret, communiqué sa décision d'entamer ou non des poursuites pénales sur la base de l'article 52.

Il convient de prévoir également que la décision d'infliger une amende administrative éteint l'action publique.

Observations finales

1. L'arrêté de présentation est incomplet et doit être revu.

2. Il y a lieu de grouper sous un même article les modifications relatives à un même article du décret modifié ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Avis 43.509/VR/4, donné le 20 novembre 2007, sur un avant-projet de décret "relatif à la recherche, la constatation, la poursuite et la répression des infractions en matière d'environnement" (Doc., Parl. wall., 2007-2008, n° 771/1, pp. 35-65, observation générale XI.4.d.).

⁽⁷⁷⁾ Voir notamment les articles 11 et 12, 15 et 16, 17 et 18, etc ..., de l'avant-projet.
.../...

3. Les subdivisions en tirets doivent, dans les dispositions en projet, être remplacées par des subdivisions d'abord en 1/, 2/, etc ..., ensuite en a), b), etc ... ⁽⁷⁸⁾.

4. Il est renvoyé sur ces différents points au Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Voir notamment les articles 3 et 24 de l'avant-projet de décret.

⁽⁷⁹⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, [www.raadvst-consetat.be/?page=technique législative&lang=fr](http://www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr), [28 mai 2008].

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Mesdames	A. WEYEMBERGH,	assesseur de la section de législation,
	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE