

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 44.430/4  
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 <sup>(\*)</sup>, sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz", examiné en ses séances des 28, 29 et 30 mai 2008 a donné l'avis suivant :

\_\_\_\_\_

<sup>(\*)</sup> 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<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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

1. Il résulte de l'exposé des motifs que les adaptations que l'avant-projet examiné tend à apporter au décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (ci-après le "décret du 19 décembre 2002") 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 de diverses directives énumérées à l'article 1<sup>er</sup> en projet, à la suite, notamment, de l'ouverture totale du marché de l'énergie en Région wallonne à dater du 1<sup>er</sup> janvier 2007.

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

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 <sup>(2)</sup>;
- directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel <sup>(3)</sup>;
- règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie <sup>(4)</sup>;
- 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 <sup>(5)</sup>;

---

<sup>(1)</sup> Exposé des motifs, point 2.1.3.

<sup>(2)</sup> COM(2007) 528 final.

<sup>(3)</sup> COM(2007) 529 final.

<sup>(4)</sup> COM(2007) 530 final.

<sup>(5)</sup> 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 <sup>(6)</sup>.

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 <sup>(7)</sup>.

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. 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 18 de l'avant-projet introduit dans l'article 14 du décret du 19 décembre 2002 la précision selon laquelle la CWaPE "arrête" les mesures énumérées dans cette disposition;
- l'article 19 ajoute de nouveaux objets à la compétence réglementaire que la CWaPE tire de l'article 14 susmentionné;

---

<sup>(6)</sup> COM(2007) 532 final.

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

- 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 36, § 1<sup>er</sup>, 5/, en projet - article 49 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 36, § 1<sup>er</sup>, 7/, en projet - article 49 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 <sup>(8)</sup>.

De plus, il découle, de l'article 25, paragraphes 2 et 3, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (ci-après la "directive 2003/55/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.

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 14 confie au Gouvernement, les points 7, et 9 à 13, insérés dans l'article 14 du décret du 19 décembre 2002 par les articles 18 et 19 de l'avant-projet, excèdent ces limites en tout ou en partie. Il en va de même de l'article 36, § 1<sup>er</sup>, 5/ et 7/, en projet (article 49 de l'avant-projet) qui, au demeurant, ne prévoit même pas la formalité de l'approbation.

---

<sup>(8)</sup> P. NIHOUL, M. JOASSART et V. FRANCK, "Le Conseil d'État – chronique de jurisprudence 2005", RBDC 2006, p. 459.

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 14, au 10/, en projet, de cet article (article 19 de l'avant-projet);
- de la locution "toutes autres mesures" à l'article 14, 13/ en projet (article 19 de l'avant-projet).

Par conséquent, les articles 14 et 36, en projet (articles 18, 19 et 49 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<sup>er</sup> du décret 19 décembre 2002 précisera <sup>(9)</sup> qu'il assure la transposition en droit interne des deux directives suivantes :

- la directive 2003/55/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") .

---

<sup>(9)</sup> Comme le fait déjà l'article 1<sup>er</sup> du décret, dans sa version actuelle, pour la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (directive elle-même abrogée par la directive 2003/55/CE).

Bien que l'avant-projet 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 19 décembre 2002 afin de tenir compte de la libéralisation totale du marché du gaz au 1<sup>er</sup> janvier 2007. L'article 38 de l'avant-projet exprime, en outre, un principe essentiel figurant dans la directive 2003/55/CE. L'article 45 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 2003/55/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 deux directives précitées :

- soit, les dispositions actuelles du décret du 19 décembre 2002 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 19 décembre 2002 ou qu'elles constituent des dispositions entièrement nouvelles, complètent, au niveau législatif, la transposition des deux directives ci-dessus en droit interne <sup>(10)</sup>;
- soit, encore, les autres dispositions décrétales qui assurent également cette transposition.

---

<sup>(10)</sup> 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.

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 deux directives sont complètement transposées en droit interne, tant au niveau du décret du 19 décembre 2002 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 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 <sup>(11)</sup> (ci-après le "décret «Électricité»") .

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" <sup>(12)</sup>, 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.

---

<sup>(11)</sup> Doc., Parl. wall., 2006-2007, n/ 639/1.

<sup>(12)</sup> COM(2007)502 final.

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, 5/, en projet

Il conviendrait de préciser que l'abréviation "SER" sera utilisée pour "sources d'énergie renouvelables".

La notion de "sources d'énergie renouvelables" est définie à l'article 2, (point 30), 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") . 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, 28/, en projet

Le règlement technique n'est pas établi en application de l'article 13 du décret du 19 décembre 2002, mais de son article 14.

#### Article 2, 43/, en projet

L'article 2, 43/, en projet, définit ce qu'il faut entendre par le terme "administration". Or, aucune disposition du décret du 19 décembre 2002 ou de l'avant-projet ne se réfère aux services du Gouvernement en question. Cette définition est donc inutile et doit être omise.

## Article 7

### A - Capital minimum réservé aux communes et aux provinces

1. Selon l'article 6 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 13 de la directive 2003/55/CE impose une séparation juridique et fonctionnelle des gestionnaires de réseaux de distribution et des entreprises de production ou de fourniture de gaz, lorsque ces entreprises font partie d'une entreprise verticalement intégrée au sens de l'article 2, point 20), 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 13 de la directive susmentionnée 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 de gaz.

Pour les uns, tel n'est pas le cas. C'est, notamment, l'opinion qui transparaît du Rapport final du 1<sup>er</sup> 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» <sup>(13)</sup>.

D'autres, comme la Direction générale de la concurrence de la Commission <sup>(14)</sup>, considèrent que les GRD pourraient s'avérer contrôlés par le producteur historique de gaz. Dans sa décision du 14 novembre 2006 sur l'opération de concentration de Gaz de France et de Suez <sup>(15)</sup>, la Commission a ainsi constaté "qu'Electrabel conserve le droit de nommer des membres du «conseil d'administration» des intercommunales mixtes". Elle a aussi observé que "grâce aux participations croisées entre les intercommunales et le groupe Suez, les intercommunales profitent directement de toute augmentation des profits des filiales du groupe Suez et pourraient donc avoir intérêt à favoriser les opérateurs historiques". Enfin, la Commission a relevé que "certains services clés (tels que la connexion aux clients quand ils sont reliés à un nouveau fournisseur de services de réparation) sont fournis aux intercommunales mixtes par des filiales du groupe Suez, ce qui semble impliquer une certaine dépendance des intercommunales à l'égard de l'expertise technique du groupe Suez". En définitive, la Commission a estimé que les éléments ci-dessus "permettent de conclure que Suez est actuellement en mesure d'exercer au moins une influence importante, et éventuellement du contrôle, sur les intercommunales mixtes" <sup>(16)</sup>.

2.2. Dans l'avis 44.429/4, donné ce jour, sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité" <sup>(17)</sup>, la section de législation a observé à ce sujet ce qui suit :

"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

---

<sup>(13)</sup> [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.

<sup>(14)</sup> Voir note infrapaginale (16).

<sup>(15)</sup> 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](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4180_20061114_20600_fr.pdf).

<sup>(16)</sup> Décision de la Commission du 14 novembre 2006, précitée, points 53 et 55.

<sup>(17)</sup> Ci-après, "l'avant-projet de décret «Électricité»" (44.429/4).

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 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.

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 <sup>(18)</sup>.

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 <sup>(19)</sup>, à abandonner toute participation supérieure aux 30 % susmentionnés.

---

<sup>(18)</sup> *Note infrapaginale 20 dans l'avis cité* : 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.

<sup>(19)</sup> *Note infrapaginale 21 dans l'avis cité* : 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 <sup>(20)</sup>.

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 <sup>(21)</sup>. De plus, si la garantie d'un service public peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général <sup>(22)</sup>, 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.

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 <sup>(23)</sup>.

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,

---

<sup>(20)</sup> *Note infrapaginale 22 dans l'avis cité* : 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.

<sup>(21)</sup> *Note infrapaginale 23 dans l'avis cité* : Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour du 21 novembre 2002, X et Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, point 50.

<sup>(22)</sup> *Note infrapaginale 24 dans l'avis cité* : Arrêt de la Cour du 28 septembre 2006, Commission/Pays-Bas, précité, point 38.

<sup>(23)</sup> *Note infrapaginale 25 dans l'avis cité* : 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.

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 <sup>(24)</sup>.

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 <sup>(25)</sup>.

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 <sup>(26)</sup>.

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 <sup>(27)</sup> 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 <sup>(28)</sup>.

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."

---

<sup>(24)</sup> *Note infrapaginale 26 dans l'avis cité* : 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.

<sup>(25)</sup> *Note infrapaginale 27 dans l'avis cité* : 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.

<sup>(26)</sup> *Note infrapaginale 28 dans l'avis cité* : Articles 11, § 1<sup>er</sup>, 5/, et 34 en projet (articles 14, 4/, et 53 de l'avant-projet).

<sup>(27)</sup> *Note infrapaginale 29 dans l'avis cité* : Voir, notamment, l'arrêt de la Cour de justice du 13 mai 2003, Commission/Espagne, précité, point 82.

<sup>(28)</sup> *Note infrapaginale 30 dans l'avis cité* : 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.

3. Les développements qui précèdent valent, *a priori et mutatis mutandis* <sup>(29)</sup> pour l'avant-projet de décret présentement examiné.

La section de législation du Conseil d'État n'ignore cependant pas <sup>(30)</sup>, que le groupe Suez est appelé à céder ses participations dans Distrigaz. À supposer que cette cession ait une incidence sur les participations d'Electrabel dans les intercommunales gazières <sup>(31)</sup>, le contexte juridique régissant la situation de leur partenaire privé demeurerait *a priori* inchangé. Dans ces conditions, les développements susmentionnés restent pertinents.

#### 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<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ci-après la "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 <sup>(32)</sup>. Conformément à la

---

<sup>(29)</sup> L'article 7 de l'avant-projet de décret "Électricité" (44.429/4) devient, ici l'article 6; il convient, en outre de tenir compte des articles 6bis, 13 et 17 en projet; enfin, les obligations de service public sont décrites, dans le domaine du gaz, aux articles 12 et 33 du décret du 19 décembre 2002. Au plan communautaire, l'article 15 de la directive 2003/54/CE doit se lire comme étant l'article 13 de la directive 2003/55/CE.

<sup>(30)</sup> Voir l'allusion, dans la partie générale de l'exposé des motifs (point 3.1) à la constitution future de GDF-Suez.

<sup>(31)</sup> Sur l'implication, actuelle, d'Electrabel ou de l'une de ses composantes dans la majorité des intercommunales actives en Région wallonne dans le domaine de la distribution du gaz, voir le point 3.1 de l'exposé des motifs.

<sup>(32)</sup> 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.

jurisprudence, la Région jouit en la matière d'une grande marge d'appréciation <sup>(33)</sup>. Néanmoins, il lui incombe de montrer qu'elle a cherché à ménager ce juste équilibre. En particulier, pour être compatible avec l'article 1<sup>er</sup> 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 <sup>(34)</sup> <sup>(35)</sup>.

En l'espèce, l'avant-projet 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 6, 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<sup>er</sup> du protocole n/ 1 susmentionné.

---

<sup>(33)</sup> Cour eur. D.H. [GC], Jahn e.a. c. Allemagne, précité.

<sup>(34)</sup> 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.

<sup>(35)</sup> 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).

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.

3. Comme la section de législation 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 doit aussi être complété par des mesures garantissant l'équilibre entre l'intérêt général et celui de ces derniers <sup>(36)</sup>. Ces mesures doivent être prévues dans le décret. L'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 <sup>(37)</sup>.

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

1. L'article 6, 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 13 de la directive 2003/55/CE impose une séparation juridique et fonctionnelle. L'article 6, alinéa 2, semble ainsi en contradiction avec cette disposition.

---

<sup>(36)</sup> 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).

<sup>(37)</sup> En ce sens, voir l'avis 43.257/4 de la section de législation 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 (Doc., Parl. wall., 2006-2007, n° 639/1).

Par extrapolation de ce qu'une déléguée a, toutefois, précisé au sujet de l'avant-projet modifiant le décret "Électricité" <sup>(38)</sup>, il y a lieu de considérer que l'article 6, alinéa 2, se réfère uniquement aux cas particuliers de l'article 31<sup>ter</sup> en projet (article 44 de l'avant-projet), qui concerne la fourniture des clients protégés au tarif social, d'une part, et de l'article 32, 3/, b), et e) [lire "d)"], en projet (article 45 de l'avant-projet), qui habilite les GRD à assurer temporairement la fourniture de gaz à des clients finals qui se trouvent temporairement sans contrat, d'autre part. Ces hypothèses constituent des obligations de service public <sup>(39)</sup> au sens de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2003/55/CE, au regard duquel l'article 13 de la même directive peut être lu. Pour éviter toute discussion, il serait souhaitable que l'article 6, alinéa 2, en projet renvoie expressément aux articles 31<sup>ter</sup> <sup>(40)</sup> et 32.

2. Un problème demeure, toutefois, dans la mesure où l'article 6, 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 7, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 19 décembre 2002, tel qu'il sera modifié par l'article 9 de l'avant-projet, habilite le GRD à produire, à vendre et à distribuer du gaz issu de SER <sup>(41)</sup>. La directive 2003/55/CE met, il est vrai, l'accent sur la nécessité de réaliser un marché du gaz sûr et durable sur le plan environnemental (article 3, paragraphe 1, et considérant 27). Dans cette perspective, des obligations de service public peuvent être imposées aux entreprises du secteur pour protéger l'environnement (article 3, paragraphes 2 et 4, de la même directive). En outre, l'article 12, paragraphe 1, de la même directive dispose que

---

<sup>(38)</sup> Avant-projet de décret "Électricité" (44.429/4).

<sup>(39)</sup> Voir, ci-dessous, l'observation concernant l'article 31<sup>ter</sup> en projet (article 44 de l'avant-projet).

<sup>(40)</sup> Sous réserve de l'observation le concernant.

<sup>(41)</sup> L'article 7, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 19 décembre 2002 comporte déjà actuellement une telle habilitation. Dans son avis sur cette disposition, la section de législation s'était focalisée sur les ventes nécessitées par l'activité de coordination du GRD (voir Doc., Parl. wall., 2001-2002, n/ 398/1). De surcroît, la directive 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, au vu de laquelle le décret du 19 décembre 2002 a été adopté, ne comportait pas de disposition équivalente à l'article 13 de la directive 2003/55/CE.

les gestionnaires développent leur réseau de distribution en accordant toute l'attention requise au respect de l'environnement. En revanche, aucun article de la directive 2003/55/CE ne déroge expressément à l'obligation, clairement établie, de séparer juridiquement et fonctionnellement les activités susmentionnées. Enfin, la directive 2006/32/CE ne paraît pas davantage comporter de dispositions en ce sens.

3. Dans ces conditions, le cumul des activités de production, même accessoires, et de distribution de gaz ne peut être admis que dans les conditions de l'article 13 de la directive 2003/55/CE. Une éventuelle dissociation comptable, envisagée à l'article 7, § 2, en projet, est insuffisante.

#### Article 14

##### Article 10bis, § 1<sup>er</sup>, en projet

L'article 10bis, § 1<sup>er</sup>, en projet, reprend, en substance, l'article 10, § 3, du décret du 19 décembre 2002. 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. Il n'est cependant pas impossible que toutes soient, au moins, propriétaires d'une partie du réseau située sur leur territoire <sup>(42)</sup>. Dans ce cas, la section de législation s'interroge sur la nécessité de maintenir cette distinction.

##### Article 10bis, § 2, en projet

1. L'article 10bis, § 1<sup>er</sup>, en projet, organise l'expropriation, par la commune, de la partie du réseau située sur son territoire dont elle n'est pas propriétaire.

---

<sup>(42)</sup> Voir les explications d'une déléguée du ministre sur la disposition correspondante (article 10bis, § 1<sup>er</sup>, en projet - article 13 de l'avant-projet) de l'avant-projet de décret "Électricité" (44.429/4).

L'article 10bis, § 2, en projet, règle, inversement, la situation de la partie du réseau 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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, le Conseil d'État 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<sup>er</sup>, 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" <sup>(43)</sup>. 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.

#### 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 17

#### Article 13, § 2 en projet

L'article 13, § 2, en projet, énumère les données confidentielles et habilite le Gouvernement à compléter la liste qu'il comporte.

Il ressort toutefois de l'article 14 de la directive 2003/55/CE que seule la confidentialité des "informations commercialement sensibles" doit être préservée. Sont

---

<sup>(43)</sup> 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'État – Chronique de jurisprudence 2000", *RBDC*, 2001, p. 63.

ainsi, notamment, visées les informations commercialement avantageuses, tels les détails sur les utilisateurs actuels ou potentiels des réseaux <sup>(44)</sup>.

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 circonscrit l'article 14 de la directive 2003/55/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.

### Article 22

1. Le commentaire de l'article 22 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 du ministre <sup>(45)</sup> que les règlements techniques applicables aux réseaux privés sont ceux applicables aux réseaux de distribution. Il conviendrait également d'apporter ces précisions dans le texte en renvoyant aux règlements techniques visés à l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 19 décembre 2002.

3. Par ailleurs, l'article 16bis, § 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

---

<sup>(44)</sup> Note du 16 janvier 2004 de la Direction générale énergie et transports 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/nbundling\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/nbundling_fr.pdf)).

<sup>(45)</sup> Au sujet de l'avant-projet de décret "Électricité" (44.429/4), mais qui apparaissent transposables au texte présentement examiné.

privés de l'application des paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 du même article. Il s'agit concrètement d'habiliter la CWaPE à adopter des dispositions spécifiques, dérogatoires aux règlements techniques des réseaux de distribution. L'article 14 du décret du 19 décembre 2002 comporte toutefois une énumération du contenu minimum de ces règlements. L'article 16*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 <sup>(46)</sup>. 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 2003/55/CE ne comporte pas de disposition particulière concernant ces réseaux. Dans la mesure où ceux-ci sont raccordés aux réseaux de distribution, ils doivent, dès lors, satisfaire aux exigences techniques indiquées à l'article 6 de ladite directive. Les prescriptions techniques qui les concernent doivent, par conséquent, être aussi objectives et non 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 2003/55/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 16*bis*, § 5, en projet, ne saurait permettre que les gestionnaires de réseaux privés soient exonérés de cette obligation qui est rappelée à l'article 16*bis*, § 2, première phrase. L'article 16*bis*, § 5, en projet, doit être adapté en conséquence.

5. L'attention est enfin attirée sur ce qu'il est renvoyé à l'article 16*bis*, § 3, en projet, à diverses dispositions du décret du 19 décembre 2002, qui ne figurent cependant pas dans ce décret et qui n'y figureront pas non plus après l'adoption de l'avant-projet présentement examiné. Cette incohérence doit être levée.

---

<sup>(46)</sup> Voir l'utilisation de l'adverbe "notamment".

### Article 23

1. L'article 17, § 1<sup>er</sup>, en projet, règle le problème de la gestion journalière des gestionnaires de réseau dans l'hypothèse où ceux-ci ne confient pas cette gestion à une filiale <sup>(47)</sup>. 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 17, § 1<sup>er</sup>, 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 13, § 2, en projet, que ces administrateurs devront, pour 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 <sup>(48)</sup>, la section de législation doute également que ce mécanisme soit suffisant pour ôter au partenaire privé des GRD toute capacité d'influence significative.

---

<sup>(47)</sup> Voir, à ce sujet, l'article 17, § 2, en projet (article 23 de l'avant-projet).

<sup>(48)</sup> Voir les observations sur l'article 7 de l'avant-projet.

4. À l'article 17, § 2, alinéa 2, 3/, a), en projet, les mots "au sens de l'article 2, 13/," sont inutiles et doivent être omis.

5. À l'article 17, § 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.

#### Article 25

Dans la phrase liminaire de l'article 25, il convient d'écrire "du même décret" au lieu "du même arrêté".

#### Article 34

À l'article 23, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet, il convient d'écrire "visée au § 1<sup>er</sup>" au lieu de "visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>".

#### Articles 37 et 43

1. Contrairement aux dispositions sur lesquelles la Cour constitutionnelle<sup>(49)</sup> et la section de législation<sup>(50)</sup> 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*sexies* 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.

---

<sup>(49)</sup> C.C., arrêt n/ 125/2002 du 10 juillet 2002, B.3.2. et B.4.

<sup>(50)</sup> 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 ressort, en effet, clairement des dispositions précitées ainsi que de l'article 30<sup>ter</sup> en projet (article 43 de l'avant-projet) <sup>(51)</sup> que ces différents mécanismes tendent à assurer à charge d'un gestionnaire de réseau ou d'un fournisseur, une intervention, dans certains cas forfaitaires, au profit de clients finals qui seraient lésés, soit en cas d'absence de fourniture de gaz intervenant en violation des prescriptions du décret ou de ses arrêtés d'exécution à la suite d'une erreur administrative commise par le gestionnaire ou d'une erreur dans la procédure de changement de fournisseur, 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 d'une explosion de gaz survenue en raison d'un défaut du réseau, d'une perturbation de la pression ou d'une coupure anormalement prolongée par rapport aux dispositions du règlement technique et des contrats <sup>(52)</sup>.

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.

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

---

<sup>(51)</sup> Voir, également, les précisions apportées aux points 1 et 4.2 de l'exposé des motifs dont il résulte clairement que l'intention est d'instaurer divers mécanismes d'indemnisation du client final.

<sup>(52)</sup> Au point 4.2.2.b), dans l'exposé des motifs, il est, à ce sujet, clairement fait allusion à l'hypothèse d'une "faute du gestionnaire de réseau dans le cadre de sa mission d'exploitation".

L'avant-projet demeure aussi dans les limites de la répartition des compétences esquissée ci-dessus, compte tenu de ce que l'article 25*quinquies* en projet<sup>(53)</sup> dispose que les articles 25*bis* et suivants en projet n'empêchent pas l'application des articles 1382 et suivants du Code civil<sup>(54)</sup>.

Enfin, les règles en question présentent un lien étroit avec la matière de la distribution et de la fourniture de gaz. Ainsi, le Gouvernement établit la nécessité des articles 25*bis*, 25*ter* et 25*quater* 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"<sup>(55)</sup>.

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 l'avant-projet doit-elle précéder celle de tout autre régime d'indemnisation ? En outre, les indemnités visées aux articles 25*bis* à 25*quater* et 30*ter* 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

---

<sup>(53)</sup> Voir également, en ce qui concerne un fournisseur, l'article 30*ter*, § 5, en projet.

<sup>(54)</sup> Le commentaire de l'article 37 de l'avant-projet précise à ce sujet (points 2 et 3) :  
"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 évidemment ici aux articles 1382 et suivants du Code civil [...] les modalités de l'indemnisation se font en application du droit commun".  
De même, il est précisé dans le commentaire de l'article 43 de l'avant-projet que "rien n'empêche le client final de se fonder sur d'autres dispositions légales pour obtenir, le cas échéant, une réparation intégrale de son dommage".

<sup>(55)</sup> Commentaire de l'article 37 de l'avant-projet (point 2).

seulement être utilisé en vue d'obtenir une réparation complémentaire ? Il ne suffit pas, à cet égard, d'indiquer à l'article 25*quinquies*, § 1<sup>er</sup>, en projet <sup>(56)</sup>, que les articles 25*bis* et suivants en projet "ne font pas échec à l'application d'autres dispositions légales permettant de mettre en cause la responsabilité du gestionnaire de réseau".

3.3. Concernant l'article 25*bis* en projet, le commentaire de cet article <sup>(57)</sup> 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*bis* en projet <sup>(58)</sup> 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 <sup>(59)</sup>.

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 <sup>(60)</sup>.

Dans ce contexte, la circonstance, invoquée dans le commentaire de l'article 25*bis* 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 de la contestation [...] 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

---

<sup>(56)</sup> Voir de même l'article 30*ter*, § 5, en projet.

<sup>(57)</sup> Commentaire de l'article 37 de l'avant-projet, point 1.

<sup>(58)</sup> Voir l'article 25*bis*, § 3, alinéas 4 et 5, en projet.

<sup>(59)</sup> Voir l'article 43*bis*, § 2, alinéa 4, en projet [article 58 de l'avant-projet "Électricité" (44.429/4)], rendu applicable, en ce qui concerne le gaz, par l'article 36*bis*, en projet (article 50 de l'avant-projet).

<sup>(60)</sup> En ce sens : Cass., 20 septembre 1990, Pas., 1991, I, p. 59; Cass., 9 janvier 1997, Pas., 1997, I, p. 20.

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*bis* en projet méconnaît l'article 144 de la Constitution et doit être revu.

La même observation vaut pour les articles 25*ter* et 30*ter* en projet.

#### Article 38

Au 3/, il y a lieu d'écrire :

"Au § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 42

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

#### Article 44

1. L'article 44 de l'avant-projet introduit des dispositions à caractère social. Ces dispositions :

- définissent la notion de "clients protégés" auxquels les mesures sociales s'appliquent;

.../...

- imposent au gestionnaire de réseau de fournir du gaz au tarif social à ces clients;
- instituent 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 d'électricité, prévues actuellement par l'article 46 du décret du 19 décembre 2002;
- imposent également à chaque Centre public d'action sociale (ci-après le "CPAS") d'assurer une guidance sociale énergétique;
- prévoient, enfin, 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

2.1. L'article 31<sup>quater</sup> fait double emploi avec l'article 33<sup>ter</sup> que (l'article 52 de) l'avant-projet de décret "Électricité" (44.429/4) insère dans le décret du 12 avril 2001, en ce qu'il institue, dans chaque commune, une CLE ayant, notamment, pour mission de se prononcer sur la coupure éventuelle de la fourniture de gaz à des "clients protégés". Le maintien des deux dispositions en projet devrait conduire à la création de deux commissions par commune, ce qui n'apparaît pas être l'intention du Gouvernement. Il serait donc préférable de se référer aux CLE créées par le futur article 33<sup>ter</sup> du décret "Électricité" et de les investir, ici, des missions propres à la distribution du gaz. Il ressort néanmoins des explications d'une déléguée que "certains GRD ne sont actifs que sur un seul marché énergétique (gaz ou électricité)". Il suffirait de préciser que "pour l'application du présent décret, le gestionnaire de réseau visé à l'article 33<sup>ter</sup>, § 1<sup>er</sup>, 3/ du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité est le gestionnaire de réseau de distribution du gaz".

2.2. Les CLE auraient pour mission de se prononcer sur la coupure éventuelle de la fourniture de gaz à des "clients protégés", d'établir, le cas échéant, un plan

.../...

d'apurement des dettes de ces clients, de se prononcer sur l'octroi des cartes d'alimentation ou de procéder au rechargement de celles-ci pendant la période hivernale 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 31<sup>quater</sup>, § 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 ou de gaz], 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<sup>er</sup>, VII, alinéa 1<sup>er</sup>, a) et b), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles" <sup>(61)</sup>.

Il s'ensuit que la Région wallonne est compétente pour adopter l'article 31<sup>quater</sup> en projet.

### 3. Guidance sociale énergétique et plans d'action préventive

Le commentaire consacré à l'article 44 de l'avant-projet expose que "le nouvel article 31<sup>quinquies</sup> 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 <sup>(62)</sup>. Le Conseil d'État ne s'est donc pas prononcé sur la validité de l'article 45 susmentionné.

---

<sup>(61)</sup> C.C., arrêt n/ 105/2002 du 10 juillet 2002, B.6.1.

<sup>(62)</sup> 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'État n'était toutefois consacrée à une telle guidance.

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 <sup>(63)</sup> :

"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».

En vertu de l'article 128, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution, certaines compétences en matière d'aide aux personnes ont été attribuées aux communautés par l'article 5, § 1<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup>, 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 <sup>(64)</sup>. 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> et 2 et dans les chapitres IV, V et VII de la loi organique du

---

<sup>(63)</sup> 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).

<sup>(64)</sup> *Note infrapaginale 1 de l'avis 32.304/4* : 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.

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<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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. <sup>(65)</sup>.

Lorsqu'elle exerce sa compétence en vertu de l'article 5, § 1er, 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 <sup>(66)</sup>.

[...]

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<sup>er</sup>, VII, alinéa 1er, 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 <sup>(67)</sup>, 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 <sup>(68)</sup>. Cette réglementation ne porte donc pas atteinte aux compétences précitées des régions".

---

<sup>(65)</sup> *Note infrapaginale 2 de l'avis 32.304/4* : 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.

<sup>(66)</sup> *Note infrapaginale 3 de l'avis 32.304/4* : 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.

<sup>(67)</sup> *Note infrapaginale 4 de l'avis 32.304/4* : 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).

<sup>(68)</sup> *Note infrapaginale 5 de l'avis 32.304/4* : 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.

Ces observations demeurent d'actualité et il s'ensuit que l'article 31quinquies, en projet, excède la compétence que la Région tire de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, VII, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 31sexies 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".

#### Article 45

##### Article 32, § 2, en projet

L'article 32, 3/, b), alinéa 5, du décret du 19 décembre 2002 dispose actuellement que "la CWAPE est l'organe d'évaluation pour apprécier le caractère économiquement justifié d'une extension du réseau".

L'article 32, § 2, alinéa 5, en projet, est plus ambigu. Il convient de préciser la nature de la compétence de la CWAPE et les conséquences de son contrôle.

##### Article 32, § 3, en projet

L'article 32, § 3, en projet, prévoit que le Gouvernement détermine les obligations de service public, définies en application du paragraphe 1<sup>er</sup> du même article et qui s'appliqueront au gestionnaire de réseau spécifique. Un réseau spécifique est un réseau qui a pour objet de distribuer un gaz non compatible <sup>(69)</sup>.

L'article 32, § 1<sup>er</sup>, en projet, énumère les obligations minimales de service public qui s'imposent au gestionnaire de réseau <sup>(70)</sup>. Le paragraphe 3, en projet, autorise donc le Gouvernement à les réduire sans encadrer cette compétence et pour des motifs qui

---

<sup>(69)</sup> Voir les définitions données à l'article 2, 4/ et 12/, en projet.

<sup>(70)</sup> Voir le recours à la locution "entre autres".

ne sont pas précisés. Il appartient au législateur régional de mettre en oeuvre les règles qui encadrent toute délégation à savoir fixer les règles essentielles en la matière et déterminer les circonstances dans lesquelles cette habilitation peut être mise en oeuvre.

### Articles 50 et 52

Dans la mesure où les articles 50 et 52 de l'avant-projet (articles 36*bis* et 37 en projet) rendent applicables à la matière du gaz diverses dispositions du décret "Électricité", telles que celles-ci sont modifiées ou insérées par diverses dispositions de l'avant-projet de décret "Électricité" (44.429/4) <sup>(71)</sup>, il y a lieu de tenir compte des observations formulées sur les articles 43*bis*, 49 et 49*bis*, en projet (articles 58, 69 et 70 de l'avant-projet), dans l'avis 44.429/4 donné ce jour <sup>(72)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> Ceci, conformément à l'intention exprimée dans l'exposé des motifs (point 5) de faire du décret "Électricité" le "décret-cadre" pour la matière de l'énergie.

<sup>(72)</sup> Étant entendu que :

- 1/ toute référence à la matière de "l'électricité" doit être lue comme une référence à la matière "du gaz";
- 2/ le renvoi à l'article 23, paragraphe 5, de la directive 2003/54/CE doit être lu comme un renvoi à l'article 25, paragraphe 5, de la directive 2003/55/CE;
- 3/ que les textes pertinents en droit interne sont ceux qui, pour chacun des législateurs concernés et pour ce qui concerne, cette fois, le marché du gaz, visent l'autorité de régulation compétente, à savoir, tout comme pour le marché de l'électricité, les diverses autorités énumérées à la note infrapaginale <sup>(75)</sup> de l'avis 44.429/4, précité (pour l'État fédéral : article 15/14 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation; pour la Région wallonne : article 36 du décret du 19 décembre 2002; pour la Région de Bruxelles-Capitale : article 3, 21/, de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale; pour la Région flamande : décret du 6 juillet 2001 relatif à l'organisation du marché du gaz qui se réfère à la VREG au sens du décret du 17 juillet 2000, relatif à l'organisation du marché de l'électricité).

### Article 56

1. Les deux premiers alinéas du premier paragraphe de l'article 48, relatif aux amendes administratives, concernent des manquements "continus". Le texte gagnerait à être précisé en ce sens.

Le troisième alinéa 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 une déléguée 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 14, 10/, 32, § 1<sup>er</sup>, 2/, d) et e), et 33, § 1<sup>er</sup>, 2/, c), du décret du 19 décembre 2002 <sup>(73)</sup>.

3. Dans la mesure où un second paragraphe est ajouté à l'article 48 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 48, § 1<sup>er</sup>, dudit décret.

---

<sup>(73)</sup> Tels que modifiés ou remplacés par les articles 19, 45 et 46 de l'avant-projet.

### Article 57

1. L'article 48*bis*, 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 48*ter*, en projet, gagnerait en clarté s'il était précisé que le recours est celui visé à l'article 48*sexies*. 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 48*ter*, 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 <sup>(74)</sup>, 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 47 du décret du 19 décembre 2002, 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 48*quiquies*, 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

---

<sup>(74)</sup> 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.).

décision d'entamer ou non des poursuites pénales sur la base de l'article 47 (et non "52", comme indiqué à tort dans la disposition en projet).

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 <sup>(75)</sup>.

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 ... <sup>(76)</sup>.

4. Il est renvoyé sur ces différents points au Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires <sup>(77)</sup>.

-----

---

<sup>(75)</sup> Voir notamment les articles 12 et 13, 18 et 19, 26 à 28, etc ..., de l'avant-projet.

<sup>(76)</sup> Voir notamment les articles 3 et 23 de l'avant-projet de décret.

<sup>(77)</sup> 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