



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 62.947/4
du 7 mars 2018

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz'

Le 7 février 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Budget, des Finances, de l'Énergie, du Climat et des Aéroports de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 7 mars 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc DETROUX et Bernard BLERO, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 mars 2018.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-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 suivantes.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Selon le commentaire de l'article, la définition insérée

« englobe les collectivités locales telles que la Région wallonne, la Communauté française, les communes et provinces, ainsi que certains organismes d'intérêt public. L'objectif est d'énumérer les personnes morales de droit public pouvant détenir des participations dans le capital social d'un gestionnaire de réseau de distribution wallon ».

La disposition en projet énonce une liste limitative de pouvoirs publics entrant dans le champ d'application de la notion définie.

La question se pose de savoir pourquoi dans cette liste est mentionnée la Communauté française et non d'autres pouvoirs publics exerçant leurs compétences sur le territoire de la Région wallonne tels l'État fédéral et la Communauté germanophone.

Article 3

1.1. À l'article 7, alinéa 1^{er}, 1°, en projet, compte tenu de la définition des pouvoirs publics, qui figure à l'article 2, 51°, en projet, les mots « y compris les communes et, le cas échéant, par les provinces », sont inutiles et seront omis.

1.2. Au même alinéa, au 2°, les mots « en application du présent paragraphe [lire : article] » n'ajoutent rien non plus à la disposition et seront également omis.

1.3.1. L'articulation entre les 1° et 2° et le 3° de cet alinéa 1^{er} n'apparaît pas clairement. Selon le commentaire de l'article :

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

« L'objectif de cette disposition [le 3°] est d'interdire, à l'exception des pouvoirs publics (communes, provinces, y compris leurs intercommunales pures de financement), à tout producteur, fournisseur, intermédiaire ou toute autre structure liée ou associée, de détenir directement ou indirectement des parts représentatives du capital social dudit gestionnaire de réseau. Il s'agit là de l'établissement d'un unbundling de propriété à l'égard de ces acteurs actifs dans le marché de l'énergie, à l'exception donc des pouvoirs publics, pour lesquels, la qualité de producteur, fournisseur et autre est secondaire par rapport à leur nature publique et au rôle que ces derniers ont à jouer en matière de développement durable et de transition énergétique ».

Si l'intention est en effet d'autoriser les provinces, les communes, et les intercommunales pures de financement de pouvoir détenir des parts représentatives du capital social du gestionnaire du réseau de distribution, même si elles sont producteurs, fournisseurs ou intermédiaires, mieux vaudrait écrire

« un producteur, fournisseur, intermédiaire ou une société liée ou associée à un producteur, fournisseur ou intermédiaire, à l'exception des provinces, des communes et des intercommunales de financement, ne peut détenir [la suite comme dans le projet] ».

1.4. Selon le commentaire de l'article, l'alinéa 1^{er}, 4°, lu en combinaison avec la définition de « l'administrateur indépendant », implique que « les pouvoirs publics devront envoyer des administrateurs exclusivement dédiés au gestionnaire de réseau de distribution ou du moins n'exerçant aucune fonction ou ne retirant aucun intérêt d'un acteur de marché ou d'une entreprise liée ou associée ». Cette conclusion ne ressort pas clairement de la combinaison de l'article 7, alinéa 1^{er}, 4°, en projet et de l'article 2, 20°, tel que modifié par l'article 1^{er} de l'avant-projet. En effet, la section de législation n'aperçoit pas comment un administrateur qui exerce une fonction auprès d'une commune qui serait également producteur, fournisseur ou intermédiaire, pourrait être considéré comme un administrateur indépendant au sens de l'article 2, 20°, du décret. Le commentaire de l'article indique que

« [l]es pouvoirs publics échappent ainsi au littera a) [de l'article 20, 2°] en ce qu'ils ne sont pas directement producteurs, mais créent des structures spécifiques pour exercer cette activité (ou prennent des participations dans le capital de ces derniers) ».

Cette dernière affirmation est pourtant contredite par l'article 7, alinéa 1^{er}, 3°, en projet et le commentaire de cette dernière disposition qui envisagent précisément la possibilité pour les pouvoirs publics en question d'être producteurs, fournisseurs ou intermédiaires, et détenteurs de parts représentatives du capital social d'un gestionnaire de réseau de distribution.

La disposition et, le cas échéant, la définition de l'administrateur indépendant, sera revue pour mieux traduire l'intention de l'auteur de l'avant-projet et définir, avec toute la sécurité juridique requise, les conditions propres à assurer aux administrateurs des gestionnaires de réseau de distribution qui exercent des fonctions dans des communes qui sont également, directement ou indirectement, producteurs, fournisseurs ou intermédiaires, la

qualité d'administrateurs indépendants des acteurs du marché ou des entreprises qui leur sont liées.

1.5. Les mêmes observations valent *mutatis mutandis* pour l'article 15 de l'avant-projet pour l'article 6, alinéa 1^{er}, en projet.

2. À l'article 7, alinéa 2, en projet, il faut écrire « visée au 6° ».

L'observation vaut *mutatis mutandis* à l'article 15 de l'avant-projet pour l'article 6, alinéa 2, en projet.

Article 4

Dans l'ensemble des alinéas de l'article 7*bis*, en projet, ainsi que dans la suite de l'avant-projet ¹, il faut écrire « à l'article 7, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, » plutôt que « à l'article 7, 1° et 2° ».

L'observation vaut *mutatis mutandis* à l'article 16 de l'avant-projet, ainsi que dans la suite de l'avant-projet, où il faut écrire « à l'article 6, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, » plutôt que « à l'article 6, 1° et 2° ».

Article 6

L'articulation entre les différents paragraphes en projet de l'article 8 n'apparaît pas clairement.

En effet le paragraphe 1^{er} autorise le gestionnaire du réseau de distribution à réaliser des activités de production d'électricité, pour autant qu'il s'agisse d'électricité issue de source d'énergie renouvelable et à fournir cette électricité aux « clients finals dans les cas prévus par le présent décret », alors que le paragraphe 2 lui interdit toute « activité commerciale liée à l'énergie », ce qui comprend, notamment « la production d'énergie et la fourniture d'énergie aux clients finals hors cas prévus par le décret ».

Quant au paragraphe 2/1, il habilite la CWaPE à autoriser le gestionnaire de réseau de distribution à réaliser « d'autres activités ». La section de législation ne comprend pas si, par les mots « autres activités », il faut entendre des activités autres que celles visées au paragraphe 2, 1° ou 2°, ou exclusivement des activités autres que celles visées au paragraphe 2, 1°. Dans la première hypothèse, qui est celle qui devrait être déduite d'une interprétation littérale du texte, il y aurait toutefois une contradiction avec le paragraphe 2/1, 2°, qui fixe comme condition à l'autorisation qu'elle concerne une activité « techniquement et commercialement complémentaire aux tâches du gestionnaire de réseau de distribution et directement utile pour qu'il puisse remplir ses missions de service public ». Dans la seconde

¹ Voir par exemple, les modifications introduites par l'article 9, 4° et 18°, de l'avant-projet.

hypothèse, se pose alors la question de savoir si la production d'électricité issue de l'énergie renouvelable et sa fourniture à des clients finals, notamment, autorisée par le paragraphe 1^{er}, doit ou non faire l'objet d'une autorisation par la CWaPE.

La disposition sera entièrement revue de manière à clairement distinguer les activités que le gestionnaire de réseau de distribution doit réaliser en tant que gestionnaire de réseau de distribution, à savoir les activités relevant de sa mission de service public, les autres activités qu'il peut réaliser sans devoir obtenir l'autorisation de la CWaPE et enfin les activités pour lesquelles la CWaPE peut accorder des autorisations.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 18.

Article 7

Au 3°, dans le texte en projet, la section de législation n'aperçoit pas quelle portée il convient de donner aux mots « L'avis de la CWaPE est conditionné par le non-respect des dispositions visées à l'alinéa 3 ».

Cette phrase sera reformulée et sa signification sera précisée dans le commentaire de l'article.

De manière plus accessoire, la section de législation n'aperçoit pas non plus qui est amené à instruire le dossier. S'il s'agit des services du Gouvernement, les mots « instruction du dossier » sont inutiles. S'il s'agit d'une instruction par la CWaPE, il y a lieu de le préciser.

Ces observations valent aussi *mutatis mutandis* pour le texte en projet à l'article 19, 3°, de l'avant-projet.

Article 9

1. Au 4°, dans le paragraphe 2, 2°bis, en projet, *in fine*, il convient d'écrire « ou faire obstacle à une prise de décision », l'observation valant aussi *mutatis mutandis* pour le texte en projet à l'article 21, 4°, de l'avant-projet.

2. Au 6°, dans la seconde substitution de mots réalisée par l'auteur de l'avant-projet, il serait plus harmonieux d'insérer le mot « ceux-ci » entre le mot « et » et le mot « sont » plutôt que de remplacer les mots « et sont » par les mots « ceux-ci sont », l'observation valant *mutatis mutandis* pour le texte en projet à l'article 21, 6°, de l'avant-projet.

3. Au 12°, les mots « devenant l'alinéa 2 » doivent être omis. En effet, l'alinéa 3 ancien ne deviendra jamais l'alinéa 2 puisqu'il est abrogé au moment où il aurait dû devenir

l'alinéa 2 par suite des autres modifications contenues dans l'avant-projet, l'observation valant aussi à l'article 21, 12°, de l'avant-projet.

4. Afin de faciliter la lisibilité de l'avant-projet, les 15° à 17° seront fusionnés en une seule modification ayant pour effet de remplacer le paragraphe 4 existant par sa rédaction nouvelle telle que cette dernière doit résulter des diverses modifications successives qu'y apportent les 15° à 17°. L'observation vaut également à l'article 21, 15° à 17°, de l'avant-projet.

5.1. Au 18°, la section de législation se demande comment se combine le paragraphe 8 en projet, qui énonce que le gestionnaire de réseau de distribution peut confier à une filiale d'autres tâches que celles visées à l'article 11 dès lors qu'elles sont prévues « par ou en vertu de dispositions légales et réglementaires », avec l'article 8, §§ 2 et 2/1, en projet (article 6, 1° et 2°, de l'avant-projet), qui prévoit, d'une part, que le gestionnaire de réseau de distribution ne peut réaliser que « les activités relevant de sa mission de service public telles que définies par ou en vertu du décret » et, d'autre part, fixe les conditions dans lesquelles un gestionnaire de réseau de distribution peut être autorisé par la CWaPE « à réaliser seul ou en partenariat [...] d'autres activités [...] ».

Il conviendrait d'harmoniser la rédaction de ces deux dispositions. À défaut, le rapport qu'elles entretiennent entre elles sera expliqué dans le commentaire de l'article.

Il est par ailleurs, renvoyé à l'observation formulée sous l'article 6 de l'avant-projet.

5.2 L'observation vaut *mutatis mutandis* pour le paragraphe 9, en projet à l'article 21, 18°, de l'avant-projet, dont on se demande comment les mots « par ou en vertu de dispositions légales et réglementaires » se combinent avec l'article 7, §§ 2 et 3, en projet à l'article 18 de l'avant-projet.

Article 22

Il faut écrire « À l'article 32, § 1^{er}, 2° ».

Article 23

1. À l'alinéa 2, conformément à l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', il convient de compléter la disposition par la mention d'une date limite à laquelle le décret entrera en vigueur à défaut pour le Gouvernement de l'avoir fixée dans ce délai, dès lors qu'il n'appartient au pouvoir exécutif ni de suspendre des décrets eux-mêmes ni de dispenser de leur exécution ².
2. L'alinéa 3 ne saurait être lu comme conférant une habilitation générale au Gouvernement pour prendre des mesures particulières coercitives qui normalement relèveraient de la compétence du pouvoir législatif.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 154.1.1 et formule F 4-5-2-1.