



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.223/4
du 27 février 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘modifiant les décrets du 12 avril 2001 relatif à l’organisation du marché régional de l’électricité et du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution de gaz et d’électricité en vue de favoriser le développement des communautés d’énergie renouvelable et du 19 décembre 2002 relatif à l’organisation du marché régional du gaz’

Le 21 janvier 2019, 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 les décrets du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution de gaz et d'électricité en vue de favoriser le développement des communautés d'énergie renouvelable et du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 27 février 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Marc OSWALD, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 février 2019.

*

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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' (ci-après le « RGPD »), combiné avec l'article 2 de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Compte tenu de l'article 42^{quinq}ies, §§ 2 et 3, en projet, l'auteur de l'avant-projet veillera au respect de cette disposition.

2.1. Conformément à l'article 22 de la Constitution, l'organisation d'un traitement de données à caractère personnel est soumise au respect du principe de légalité. Par conséquent, les éléments essentiels du dispositif doivent être fixés dans la loi elle-même, à savoir les finalités du traitement ainsi que les cas et conditions dans lesquels des données à caractère personnel sont traitées. L'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit être définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise une pareille ingérence. Toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit, en outre, reposer sur une justification raisonnable et être proportionnée aux buts poursuivis par le législateur¹.

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

¹ Voir notamment l'avis n° 63.192/2 donné le 19 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3126/1, pp. 402 à 456, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63192.pdf> et l'avis n° 63.202/2 donné le 28 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 5 septembre 2018 'instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3185/1, pp. 120 à 145, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63202.pdf>.

Une délégation à un autre pouvoir n'est admise que pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur.

2.2. En l'espèce, l'article 42*quinquies*, §§ 2 et 3, en projet ne répond pas à ces exigences de légalité et de prévisibilité, de telle sorte que la section de législation n'est pas en mesure de contrôler le respect de l'exigence de proportionnalité.

L'article 42*quinquies*, § 2, en projet, indique les éléments à fournir à l'appui de la demande d'autorisation, à savoir

« 1° un rapport descriptif de la situation administrative et électrique de chacun des futurs participants ;

2° les profils historiques ou simulés de production d'électricité à partir de sources renouvelables ou de cogénération de qualité et de consommation locale justifiant la communauté d'énergie renouvelable ».

Ce faisant, l'avant-projet de décret n'a pas encore indiqué la finalité de la collecte des données à caractère personnel que ce dispositif implique.

Or, c'est au vu de cette précision mise en perspective avec le type de données personnelles à collecter que la proportionnalité du traitement pourra être appréciée.

2.3. Le législateur doit également définir le responsable du traitement.

2.4. Le législateur doit également définir le mode de collecte des données à caractère personnel traitées – tout en veillant au respect de l'article 9, paragraphe 3, du RGPD – ainsi que la durée de conservation des données traitées.

2.5. C'est également au législateur lui-même qu'il appartient, en tenant compte des finalités du traitement, de définir les personnes qui ont accès aux données collectées. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée à cet égard sur le fait que si le gestionnaire de réseau apparaît, aux termes des paragraphes 1^{er} et 3, de l'article 42*quinquies*, en projet, être l'organisme à qui ces données sont transmises, il n'en demeure pas moins que les conditions de cet accès devront encore être organisées, le cas échéant, par le biais d'une habilitation spécifique au Gouvernement en ce sens.

2.6. L'ensemble du dispositif sera complété en conséquence.

3. Il ressort de l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret qu'il a pour objet de transposer partiellement la directive 2018/2001/UE du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de ressources renouvelables (refonte)'.

Les principes de technique législative établis par la section de législation invitent les auteurs de projets, lors d'une transposition de directive, à établir des tableaux de transposition :

« 191. Établissez deux tableaux de transposition.

191.1. Pour contrôler qu'une directive est transposée correctement et complètement, établissez un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de la directive et les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition que vous rédigez. Mentionnez également dans ce tableau :

a) les (subdivisions des) articles de la directive qui ont éventuellement déjà été transposés, en correspondance avec les actes de droit interne et les (subdivisions des) articles qui ont procédé à cette transposition ;

b) les (subdivisions des) articles de la directive qui doivent encore être transposés par une autre autorité.

191.2. Pour pouvoir lire chaque article de l'acte de transposition à la lumière des exigences de la directive, établissez aussi un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition et les (subdivisions des) articles de la directive »².

En l'espèce, interrogé sur la question de savoir quelles sont dispositions ici transposées, le délégué du Gouvernement a indiqué que le texte soumis pour avis transpose les articles 2,16) et 22 de la directive.

Il aurait convenu qu'un tableau, fut-il succinct, soit transmis à la section de législation en même temps que l'a été le texte à l'examen, ou à tout le moins que le commentaire des articles apporte ces précisions. L'auteur de l'avant-projet est invité à faire le nécessaire en ce sens.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

1. Le 2^oter que l'avant-projet à l'examen entend insérer à l'article 2 du décret du 12 avril 2001 contient une définition de la notion de « communauté d'énergie renouvelable » qui, selon le commentaire de l'article à l'examen « est largement inspirée de la directive 2018/2001/UE qui introduit ce concept au niveau européen ».

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative ».

L'article 2, 16), de la directive énonce :

« 'communauté d'énergie renouvelable' : une entité juridique :

- a) qui, conformément au droit national applicable, repose sur une participation ouverte et volontaire, est autonome, est effectivement contrôlée par les actionnaires ou des membres se trouvant à proximité des projets en matière d'énergie renouvelable auxquels l'entité juridique a souscrit et qu'elle a élaborés ;
- b) dont les actionnaires ou les membres sont des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des municipalités ;
- c) dont l'objectif premier est de fournir des avantages environnementaux, économiques ou sociaux à ses actionnaires ou à ses membres ou en faveur des territoires locaux où elle exerce ses activités, plutôt que de rechercher le profit ».

La définition à l'examen rejoint en effet celle de la directive à divers égards, mais des divergences existent. Ainsi, à la différence de la directive, le 2^oter en projet n'envisage que le partage d'électricité « via le réseau public de distribution ou de transport local ». En outre, les unités de production doivent être détenues par la communauté d'énergie renouvelable constituée en personne morale, laquelle est tenue d'exercer ses activités au sein d'un « périmètre local ».

L'auteur de l'avant-projet s'assurera que la portée que donne l'avant-projet à la notion de « communauté d'énergie renouvelable » est en tous points conforme à la directive.

2. L'article 2^oquater que l'avant-projet à l'examen entend insérer à l'article 2 du décret du 12 avril 2001 et qui contient la définition de la notion d'« électricité autoconsommée collectivement » gagnerait à être rédigée comme suit : « électricité produite par la communauté d'énergie renouvelable et consommée par ses participants au cours de la même période quart-horaire ».

3. L'article 2, 2^o, vise à insérer un élément normatif dans une définition. Il convient d'énoncer cette règle dans le dispositif lui-même.

Article 4

Les mots que l'article à l'examen entend insérer à l'article 15^{ter}, § 1^{er}, alinéa 5, du décret du 12 avril 2001 ont pour effet d'habiliter le Gouvernement à déterminer « les situations ne correspondant pas à un réseau fermé professionnel ».

Or, il ne ressort ni de ces mots ni de l'exposé des motifs, si le pouvoir attribué au Gouvernement a un caractère réglementaire ou individuel. Cette question sera clarifiée.

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 5, 2^o, en ce qu'il habilite le Gouvernement à préciser « les situations ne correspondant pas à une ligne directe », ainsi que pour les articles 18 et 19 de l'avant-projet.

Article 7

Le 1° de l'article en projet sera rédigé comme suit :

« Au § 1^{er}, les modifications suivantes sont apportées :

1° les deuxième et troisième phrases sont omises, la première phrase devenant l'alinéa 1^{er} ;

2° le paragraphe est complété par les alinéas suivants :

‘Au sein d'un réseau privé ou d'un réseau fermé professionnel, les clients avais connectés à ce réseau peuvent mandater le gestionnaire de réseau concerné à exercer, en leur nom et pour leur compte, leur éligibilité.

De même, les participants à une communauté d'énergie renouvelable peuvent mandater ladite communauté à exercer, en leur nom et pour leur compte, leur éligibilité pour la partie d'électricité non autoconsommée collectivement.

Le mandat visé aux alinéas 2 et 3 est prévu de manière expresse’ »³.

Article 8

La phrase liminaire sera rédigée comme suit : « Dans l'article 39, § 1^{er}, du même décret, un alinéa rédigé comme suit est inséré entre les alinéas 3 et 4 »⁴.

Article 9

1. La phrase liminaire sera rédigée comme suit : « Dans le chapitre X du même décret, il est inséré un article 42^{quater} rédigé comme suit : »⁵.

2. L'article 42^{quater}, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, dispose que toute « autorité locale » peut participer à une communauté d'énergie renouvelable. Le commentaire de l'article précise qu'il faut entendre par « autorité locale », « notamment, les organismes non commerciaux ainsi que les personnes morales de droit public ».

Cette définition, particulièrement large, s'écarte de la signification usuelle de l'autorité locale. Par ailleurs, même si la notion n'est pas définie dans la directive 2018/2001/UE, il ne semble pas que le législateur européen ait souhaité lui donner une portée aussi étendue que celle que veut lui conférer l'auteur de l'avant-projet. Ainsi, la

³ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 117.

⁴ *Idem*, formule F 4-2-5-3.

⁵ *Ibid.*, formule F 4-2-3-2.

définition de la communauté d'énergie renouvelable (article 2, 16), de la directive) évoque les actionnaires de l'entité juridique à créer, lesquels peuvent être « des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des municipalités ».

Interrogé sur la portée de la définition de cette notion, le délégué du Ministre a répondu ceci :

« La volonté était d'étendre cette notion afin de permettre aux organismes non-commerciaux de participer aux communautés d'énergie. Il apparaît toutefois comme vous semblez le souligner qu'il ne convienne pas de procéder de la sorte. Ces organismes seront dès lors visés par les arrêtés d'exécution et non pas le commentaire d'article ».

Il convient que l'auteur de l'avant-projet clarifie la terminologie qu'il utilise dans l'avant-projet et la portée qu'il donne à celle-ci en veillant au respect de la directive 2008/2001/UE.

3. À l'article 42^{quater}, § 4, 2°, en projet, la référence au paragraphe 4 est erronée et sera corrigée.

Article 10

1. À l'article 42^{quinquies}, § 2, dernier alinéa, en projet, la référence à l'article 42^{quater}, § 3, est erronée et sera corrigée.

2. Au paragraphe 3 en projet, la notion de date-anniversaire manque de clarté. Si telle est l'intention mieux vaut écrire « un an et trois mois après la date d'octroi de l'autorisation ».

3. Concernant l'article 42^{quinquies}, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, le délégué du Ministre, interrogé sur la question de savoir pourquoi il est prévu qu'une décision d'octroi puisse faire l'objet d'une demande de réexamen a répondu ce qui suit :

« Le demandeur peut faire une demande de réexamen contre une décision d'octroi ou de refus d'autorisation. Toute décision de refus peut logiquement faire l'objet d'une demande de réexamen. La décision d'octroi pourra quant à elle faire l'objet de pareille demande dans l'éventualité où elle fixerait des seuils ou conditions spécifiques que la communauté d'énergie considérerait comme étant déraisonnables ou disproportionnées ».

L'avant-projet ne précise cependant pas expressément que l'autorisation délivrée par le gestionnaire de réseau de distribution ou de transport local puisse être assortie de conditions, autres que celles permettant l'application du tarif spécifique (cfr. l'article 42quinquies, § 2, dernier alinéa, en projet) ⁶.

L'auteur de l'avant-projet est dès lors invité à préciser le texte à cet égard.

4. La deuxième phrase de l'article 42quinquies, § 4, alinéa 2, en projet, reproduit l'exigence prévue par l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' ; elle est inutile et sera omise.

5. À l'article 42quinquies, § 4, alinéa 3, en projet, de l'accord du délégué du Ministre, ce n'est pas la « demande de réexamen visée à l'alinéa 1^{er} » qui peut faire l'objet d'un recours devant la chambre des litiges, mais bien la décision du gestionnaire de réseau prise sur la demande de réexamen. Le texte sera corrigé en ce sens.

Par ailleurs, dans la deuxième phrase de l'alinéa 3 il convient d'écrire :

« À défaut de décision du gestionnaire de réseau dans le délai mentionné à l'alinéa 2, la communauté d'énergie renouvelable... (la suite comme à l'avant-projet) ».

Article 12

À l'article 42septies, § 4, en projet, la référence à l'article 42quater, § 3, est erronée et sera corrigée.

Article 14

L'auteur de l'avant-projet est invité à préciser, le cas échéant dans le commentaire des articles, dans quelles circonstances pourraient être conclues des conventions entre les communautés d'énergie renouvelable et les gestionnaires de réseaux, alors que ces derniers, selon l'article 42quinquies, en projet, délivrent aux premières les autorisations d'exercer leurs activités ⁷.

⁶ La section de législation relève aussi que l'article 42septies, § 4, en projet, énonce « Les gestionnaires de réseaux appliquent périodiquement la tarification spécifique visée à l'article 42quater, § 3, à l'électricité autoconsommée collectivement, sous réserve du respect des conditions particulières fixées dans l'autorisation délivrée par le gestionnaire de réseau conformément à l'article 42quinquies, § 1^{er} ».

⁷ Voir à cet égard, la réponse du délégué du Ministre sous l'article 16 de l'avant-projet.

Article 16

La disposition à l'examen prévoit que pour les différends portant sur l'application de l'article 42*quiquies*, en projet, la chambre des litiges dispose d'un droit de réformation. L'article 49*bis*, § 5, du décret du 12 avril 2001, que le présent avant-projet n'entend pas modifier ou abroger, dispose, quant à lui, que les décisions de la chambre des litiges peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la Cour des marchés.

Interrogé sur les raisons pour lesquelles prévoir deux recours successifs de même nature, le délégué du Ministre a répondu ce qui suit :

« La volonté en instaurant ce recours devant la chambre des litiges est de permettre une uniformisation au niveau wallon des conditions et seuils (ou du moins de l'approche à adopter en vue de leur détermination) via la 'jurisprudence' de la CWaPE. La Cour des marchés permettra cela au niveau belge, toutefois, vu la présence de 5 gestionnaires de réseaux de distribution sur le territoire wallon, il semble important de permettre au régulateur d'offrir un gage d'uniformité et d'égalité de traitement.

Pour votre parfaite information, le travail et la concertation continuent d'évoluer au sein du Cabinet. Il est fort probable que nous fassions évoluer le projet de décret vers un modèle intermédiaire où les gestionnaires de réseaux ne seraient plus l'autorité compétente pour l'octroi de l'autorisation. Ils remettraient alors un avis complet (en concertation avec la communauté d'énergie concernée). Ils feraient tout le travail et remettraient un avis favorable/favorable avec conditions/défavorable et pourraient proposer des seuils et conditions spécifiques. La CWaPE deviendrait l'autorité compétente pour l'octroi des autorisations, ce qui permettrait cette uniformité et égalité de traitement sans besoin de passer par la case recours. Cela apporterait également plus de neutralité et de sécurité. Les voies de recours faisant doublon seraient également retirées du projet ».

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée à cet égard sur la nécessité de consulter à nouveau la section de législation s'il est envisagé d'insérer dans le texte des dispositions entièrement nouvelles, dont le contenu est indépendant des observations formulées dans le présent avis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET