



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 68.508/3
van 29 januari 2021

avis 68.508/3
du 29 janvier 2021

over

sur

een voorontwerp van
ordonnantie 'betreffende de
organisatie van de thermische
energienetten en het meten van
het verbruik van thermische
energie in het Brussels
Hoofdstedelijk Gewest'

un avant-projet d'ordonnance
'relative à l'organisation des
réseaux d'énergie thermique et
à la comptabilisation de
l'énergie thermique en Région
de Bruxelles-Capitale'

Op 15 december 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Klimaattransitie, Leefmilieu, Energie en Participatieve Democratie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van ordonnantie ‘betreffende de organisatie van de thermische energienetten en het meten van het verbruik van thermische energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 19 januari 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Koen MUYLLE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 29 januari 2021.

*

Le 15 décembre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargé de la Transition climatique, de l'Environnement, de l'Énergie et de la Démocratie participative à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance ‘relative à l'organisation des réseaux d'énergie thermique et à la comptabilisation de l'énergie thermique en Région de Bruxelles-Capitale’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 19 janvier 2021. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Koen MUYLLE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Koen MUYLLE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 29 janvier 2021.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe in een normatief kader te voorzien voor de distributie en de levering van thermische energie in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

Daarbij strekken de artikelen 3, 2°, 9°, 10° en 12° tot 16°, 5, 11, 12, 2°, 14 en 16 tot 22 en bijlage 2 van het voorontwerp tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen’. De artikelen 6, eerste lid, 8°, 12, 2°, en 25 tot 31 en de bijlagen 1, 2 en 4 van het voorontwerp strekken tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘houdende wijziging van Richtlijn 2012/27/EU betreffende energie-efficiëntie’. Van die omzetting wordt gewag gemaakt in artikel 2 van het voorontwerp. Daarnaast voorziet hoofdstuk 1 van het voorontwerp in een aantal definities (artikel 3 van het voorontwerp).

Hoofdstuk 2 van het voorontwerp handelt over de organisatie van thermische energienetten (artikelen 4 tot 23). Het toepassingsgebied van dat hoofdstuk wordt geregeld (artikel 4) en de voorwaarden voor en de taken en openbare dienstverplichtingen van een uitvoerder van een thermisch energienet worden bepaald (artikelen 5 tot 7). Tevens worden de voorwaarden geregeld die een uitvoerder van een thermisch energienet kan opleggen voor de aansluiting en toegang tot het net (artikel 8), evenals het gebruik dat hij mag maken van het openbaar domein (artikel 9) en de toegang die hij heeft tot de uitrustingen waarop hij een eigendoms- of gebruiksrecht heeft (artikel 10). Voorts worden de voorwaarden voor en de taken en openbare dienstverplichtingen van een leverancier van thermische energie bepaald (artikelen 11 tot 13) en wordt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering (hierna: de regering) gemachtigd om een mechanisme in te voeren om de hernieuwbare oorsprong van thermische energie te waarborgen en om maatregelen te nemen om nieuwe thermische energienetten of de uitbreiding of renovatie van bestaande netten te stimuleren (artikelen 14 en 15). Leefmilieu Brussel voert periodiek een evaluatie uit van het potentieel van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest op het vlak van thermische energie (artikel 16). Er wordt ook voorzien in een regeling voor hernieuwbare-energiegemeenschappen (artikelen 17 tot 22), evenals in een rapporteringsverplichting aan Leefmilieu Brussel voor uitvoerders van een thermisch energienet en leveranciers van thermische energie (artikel 23 en bijlage 3).

¹ Aangezien het om een voorontwerp van ordonnantie gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

In hoofdstuk 3 van het voorontwerp wordt de meting geregeld van thermische energie in geval van een collectief gebouw of een collectieve site (artikelen 24 tot 26) en in hoofdstuk 4 de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de aan te nemen ordonnantie (artikelen 27 tot 30). Hoofdstuk 5 van het voorontwerp, ten slotte, bevat sancties (artikel 31²).

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Ofschoon de adviesaanvraag een omzettingstabel van het Europese Unierecht bevat, die overigens het best wordt opgenomen in de memorie van toelichting, is die tabel voor sommige bepalingen onvoldoende precies. Zo wordt voor de artikelen 17 tot 22 van het voorontwerp telkens in het algemeen verwezen naar artikel 22 van richtlijn (EU) 2018/2001, zonder te preciseren welke leden van dat artikel 22 worden omgezet door elk van de voormelde artikelen van het voorontwerp. Een dergelijke handelwijze bemoeilijkt het werk van de Raad van State. In de toekomst zou dan ook in een accuratere omzettingstabel moeten worden voorzien.

4. De Nederlandse tekst van het voorontwerp laat op verschillende punten te wensen over. Bij wijze van voorbeeld kan naar het volgende worden verwezen:

- in een aantal bepalingen van het voorontwerp stemt de Nederlandse tekst niet overeen met de Franse tekst. Zo spoort in de Nederlandse tekst van artikel 3, 16°, van het voorontwerp de definitie van het begrip “middelgrote onderneming” niet met die van de Franse tekst, aangezien in de Nederlandse tekst hetzelfde bedrag wordt gehanteerd voor de jaaromzet en het jaarlijks balanstotaal;
- de Nederlandse tekst van de definitie van het begrip “hernieuwbare-energiegemeenschap” (artikel 3, 14°, van het voorontwerp) mangelt grammaticaal en stemt bovendien niet overeen met de Franse tekst (“tant à ses participants qu’au niveau du territoire où elle exerce ses activités” wordt verkeerdelijk vertaald als “aan haar deelnemers of aan de gebieden waar ze actief is”);
- het voorontwerp bevat storende taalfouten zoals een verwijzing naar “het afdeling 5” (artikel 4 van het voorontwerp);
- de zinsnede “Le Gouvernement met en place des mesures” in artikel 22, § 1, van het voorontwerp wordt grammaticaal onjuist vertaald als “De regering opzet maatregelen”.

Hetzelfde geldt overigens voor de memorie van toelichting bij het voorontwerp.³

De Nederlandse tekst van het voorontwerp moet bijgevolg nog aan een grondig taalkundig nazicht worden onderworpen.

² In de Nederlandse tekst van het voorontwerp is dit artikel verkeerdelijk genummerd als ‘32’.

³ Zo wordt in de toelichting bij artikel 5 van het voorontwerp de zinsnede “et ce en cadrant l’habilitation du Gouvernement” geheel foutief vertaald als “en dat door de empowerment van de regering in te stellen”.

5.1. In het voorontwerp wordt in een regeling voorzien ten aanzien van de “uitvoerders” (lees: beheerders)⁴ van thermische energienetten en van de leveranciers en producenten van thermische energie (artikelen 5 tot 16 van het voorontwerp). Er lijkt echter onvoldoende duidelijkheid te bestaan over de onderlinge verhouding tussen de beheerders van thermische energienetten en de leveranciers en producenten van thermische energie. Zo rijst, bijvoorbeeld, de vraag of eenzelfde natuurlijke of rechtspersoon kan optreden als beheerder van een thermisch energienet en als leverancier of producent van thermische energie. Ofschoon het Europese Unierecht te dezen niet in een ontvlechtigingsvereiste voorziet, zoals wel het geval is voor de levering van gas en elektriciteit, zou die mogelijkheid ertoe kunnen leiden dat een onderneming die tegelijk de rol van beheerder, leverancier en producent van thermische energie op zich neemt, een dominante positie verwerft op de markt van de thermische energie in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. Een dergelijke situatie zou mededingingsrechtelijke problemen kunnen veroorzaken.

Daarnaast rijst de vraag of bepaalde actoren, in het bijzonder netbeheerders van gas- en elektriciteitsnetten, niet moeten worden uitgesloten van de mogelijkheid om te worden aangesteld als beheerder van een thermisch energienet of als leverancier van thermische energie, en dit om belangenconflicten te vermijden.

5.2. Daarbij komt nog dat de garanties voor leveranciers en eindafnemers om toegang te krijgen tot een thermisch energienet in het voorontwerp zeer summier zijn uitgewerkt. Behoudens de in artikel 7, 2° tot 4°, van het voorontwerp bepaalde openbaredienstverplichtingen, die het echter mogelijk lijken te maken om een aansluiting te weigeren op technische of economische gronden, wordt te dien aanzien in artikel 8 van het voorontwerp enkel bepaald dat de opgelegde voorwaarden inzake aansluiting en toegang transparant, objectief en niet-discriminerend moeten zijn. Het lijkt aangewezen om die regeling verder uit te werken of om de regering te machtigen dat te doen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

6.1.1. De definitie van het begrip “thermisch energienet” in artikel 3, 2°, van het voorontwerp, waarmee beoogd wordt de definitie van de begrippen “stadsverwarming” of “stadskoeling” in artikel 2, tweede alinea, 19), van richtlijn (EU) 2018/2001, om te zetten, spoort niet volledig met die laatst vermelde definitie. Zo wordt volgens de richtlijn de distributie van thermische energie beoogd “voor het verwarmen of koelen van ruimten of processen” terwijl in het voorontwerp gewag wordt gemaakt van gebouwen of sites “met een behoefte aan verwarming en/of koeling en/of sanitair warm water”. Bovendien wordt in de Nederlandse tekst van het voormelde artikel 2, tweede alinea, 19), van richtlijn (EU) 2018/2001 gewag gemaakt van de distributie van thermische energie *vanuit* centrale of decentrale productiebronnen *via* een netwerk dat verbonden is met meerdere gebouwen of locaties, terwijl de Nederlandse tekst van artikel 3, 2°, van het voorontwerp het heeft over een distributiesysteem van thermische energie *op basis*

⁴ Zie opmerking 6.2.

van een of meer productie-installaties en *doorheen* een leidingennet naar verschillende gebouwen of sites.

Artikel 3, 2°, van het voorontwerp moet bijgevolg beter worden afgestemd op artikel 2, tweede alinea, 19), van richtlijn (EU) 2018/2001.

6.1.2. In artikel 3, 2°, van het voorontwerp wordt de regering gemachtigd om de woorden “verschillende gebouwen of sites” nader te bepalen. Aangezien meerdere andere definities in artikel 3 de begrippen “sites” en “gebouwen” gebruiken, verdient het aanbeveling om de delegatie aan de regering uit te breiden tot die bepalingen door aan artikel 3 van het voorontwerp een tweede lid toe te voegen dat als volgt kan luiden:

“De regering bepaalt wat onder ‘gebouwen’ en ‘sites’ in de zin van het eerste lid, 2°, 3°, 18° en 19° moet worden verstaan.”

6.2. Artikel 3, 4°, van het voorontwerp voorziet in een definitie van het begrip “uitvoerder van een thermisch energienet”. De keuze van het woord “uitvoerder” in de Nederlandse tekst is echter ongelukkig. Uit de definitie zelf blijkt dat de persoon wordt bedoeld die het *beheer* van een thermisch energienet verzekert. In de Nederlandse tekst van richtlijn (EU) 2018/2001 wordt ook gewag gemaakt van de beheerder, niet van de uitvoerder.⁵ Bijgevolg wordt in de Nederlandse tekst van artikel 3, 4°, en vervolgens in de gehele tekst van het voorontwerp, beter dit begrip gebruikt.

6.3. De omzetting van de definitie van het begrip “afvalwarmte en -koude” in artikel 2, tweede alinea, 9), van richtlijn (EU) 2018/2001 door artikel 3, 9°, van het voorontwerp is onvolledig, door het weglaten van de zinsnede “wanneer een warmtekrachtkoppelingsproces is gebruikt of zal worden gebruikt of warmtekrachtkoppeling niet haalbaar is”. Dit moet worden verbeterd.

6.4. Hetzelfde geldt voor de omzetting van de definitie van het begrip “garantie van oorsprong” in artikel 2, tweede alinea, 12), van richtlijn (EU) 2018/2001, doordat in artikel 3, 10°, van het voorontwerp het woord “uitsluitend” ontbreekt.

6.5. Het in artikel 3 van het voorontwerp gemaakte onderscheid tussen de begrippen “kleine onderneming” (artikel 3, 15°) en “middelgrote onderneming” (artikel 3, 16°) is overbodig aangezien in artikel 17 van het voorontwerp gewag wordt gemaakt van “kleine of middelgrote ondernemingen”. Bijgevolg moet veeleer in een definitie van het begrip “kleine en middelgrote onderneming” worden voorzien die overeenstemt met de definitie van “kmo” in artikel 2, tweede alinea, 8), van richtlijn (EU) 2018/2001, die op haar beurt verwijst naar artikel 2 van de bijlage bij aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 ‘betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen’.

⁵ Zie artikel 24, lid 4, b), lid 5 en lid 8, van richtlijn (EU) 2018/2001. Lid 6 van dat artikel heeft het echter over “exploitanten”. In de Franse tekst van dat artikel wordt in sommige gevallen gewag gemaakt van “gestionnaire(s)” (artikel 24, lid 4, b), lid 5 en lid 8, van richtlijn (EU) 2018/2001) en in andere van “opérateur(s)” (lid 5, eerste alinea, c), en lid 6).

6.6. In artikel 3, 18°, van het voorontwerp wordt het begrip “beheerder van het collectief gebouw of van de collectieve site” als volgt gedefinieerd:

“natuurlijke of rechtspersoon die de eigenaar(s) van de gemeenschappelijke delen van het collectief gebouw of de collectieve site vertegenwoordigt; de term ‘eigenaar’ slaat op de persoon die de titel van eigenaar, drager van het recht van opstal of erfpachter houdt, of in het geval van een mede-eigendom, de vereniging van mede-eigenaren, of in het geval van een opdeling van de eigendom, de persoon die beschikt over het gebruiksrecht”.

Er moet evenwel op worden gewezen dat het recht van opstal en de erfpacht evenzeer gebruiksrechten uitmaken, weze het zakelijk gebruiksrechten.⁶ Het is niet duidelijk hoe die rechtssituaties zich onderscheiden van “een opdeling van de eigendom” en waarom met “het gebruiksrecht” niet (ook) het recht van opstal en de erfpacht worden bedoeld. Dit moet worden verduidelijkt.

Artikel 4

7.1. Naar luid van artikel 4 van het voorontwerp is hoofdstuk 2 ervan (‘De organisatie van thermische energienetten’) van toepassing op thermische energienetten waarin thermische energie wordt verkocht aan een of meer eindafnemers, “onder voorbehoud van (...) afdeling 5”.

In de memorie van toelichting wordt dienaangaande het volgende gesteld:

“Als er geen verkoop van thermische energie plaatsvindt, bijvoorbeeld wanneer een producent meerdere van zijn gebouwen van thermische energie voorziet, is hoofdstuk 2 niet van toepassing: de bedoeling is om de verplichtingen van hoofdstuk 2 niet op te leggen, wanneer de thermische energie door de producent zelf verbruikt wordt (bijvoorbeeld een installatie voor de productie van thermische energie van een ziekenhuiscentrum dat meerdere gebouwen van het ziekenhuiscentrum bevoorraadt).”

De gemachtigde voegde daar nog het volgende aan toe:

“(…) la réserve porte sur le fait que, dans le cadre des communautés d’énergie renouvelable (voir section 5 du présent avant-projet d’ordonnance), l’énergie thermique n’est pas automatiquement vendue mais elle peut être partagée entre ses participants or, le champ d’application du chapitre 2 porte sur les réseaux d’énergie thermique dans lesquels de l’énergie thermique est vendue. S’il n’y a pas vente d’énergie thermique, comme cela peut être le cas dans une communauté d’énergie renouvelable, alors le chapitre 2 ne s’applique pas”.

7.2. Afdelingen 2, 3 en 4 van hoofdstuk 2 van het voorontwerp lijken in algemene bewoordingen het beheer, de levering en de productie van thermische energie te regelen. Zoals zal blijken (opmerking 8.1) kunnen hernieuwbare-energiegemeenschappen worden aangesteld als uitvoerder (lees: beheerder) van een thermisch energienet. Uit artikel 18, § 1, van het voorontwerp vloeit dan weer voort dat hernieuwbare-energiegemeenschappen thermische energie uit hernieuwbare energiebronnen *produceren*, verbruiken, opslaan of *leveren*. Ook de door de gemachtigde bedoelde hypothese van verbruik door afnemers die lid zijn van of vennoot zijn in

⁶ Zie de artikelen 3.167 en 3.177 van het Burgerlijk Wetboek.

een hernieuwbare-energiegemeenschap lijkt niet te verhinderen dat er sprake kan zijn van een levering en facturatie van de ene actieve afnemer aan de andere actieve afnemer (zgn. “peer-to-peerhandel”).⁷ Het in artikel 4 van het voorontwerp gemaakte voorbehoud zou echter zo kunnen worden begrepen dat in de voormelde gevallen de bepalingen van de afdelingen 2, 3 en 4 van hoofdstuk 2 van het voorontwerp niet van toepassing zijn, wat allicht niet de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp.

In het licht van het voorgaande verdient het aanbeveling om de zinsnede “onder voorbehoud van het afdeling 5” te vervangen door de zinsnede “onverminderd afwijkende bepalingen in afdeling 5”.

Artikel 5

8.1. In artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp wordt de regering gemachtigd om een procedure voor de aanstelling van de uitvoerders (lees: beheerders) van een thermisch energienet vast te leggen. Gelet op de toevoeging dat die procedure geen discriminerende voorwaarden mag vastleggen voor de oprichting van hernieuwbare-energiegemeenschappen of voor de aanstelling van deze gemeenschappen als uitvoerder (lees: beheerder) van een thermisch energienet, is de draagwijdte van die machtiging niet duidelijk. Zo rijst de vraag of de regering op grond van die bepaling ook de oprichting van hernieuwbare-energiegemeenschappen vermag te regelen.

Hieromtrent om uitleg gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Cette disposition s’applique aux opérateurs de réseaux d’énergie thermique ainsi qu’aux communautés d’énergie renouvelable si ces dernières sont désignées en tant qu’opérateurs de réseaux d’énergie thermique (et, donc, s’il y a vente d’énergie thermique au sein de la communauté d’énergie renouvelable, voir notre réponse à la question relative à l’article 4). Dans ce cas, toutes les dispositions ayant trait aux opérateurs s’appliquent également aux communautés d’énergie renouvelable. Les communautés d’énergie renouvelable qui agissent comme opérateurs de réseaux d’énergie thermique sont, en effet, soumises aux dispositions applicables à ce type d’activité. La directive 2018/2001 n’exclut pas la possibilité pour une communauté d’être désignée en tant qu’opérateur de réseau d’énergie thermique.”

8.2. In zoverre het enkel de bedoeling lijkt te zijn om (ook) de aanstelling van hernieuwbare-energiegemeenschappen als beheerder van een thermisch energienet te regelen, valt niet goed in te zien waarom in de tweede zin van artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp wordt gewag gemaakt van “de oprichting van hernieuwbare-energiegemeenschappen”. Die bepaling wordt dan ook het best aangepast.

Hetzelfde geldt voor artikel 11, tweede lid, van het voorontwerp.

8.3. Gevraagd of de voormelde machtiging om een “procedure voor aanstelling” voor de beheerders van thermische energienetten vast te stellen, ook de bevoegdheid inhoudt om in een erkenningsregeling te voorzien, antwoordde de gemachtigde:

⁷ In artikel 20, § 1, van het voorontwerp wordt overigens gewag gemaakt van het delen *en factureren* van thermische energie.

“Il est important de préciser que, concernant la procédure de désignation des opérateurs de réseaux d'énergie thermique, le présent avant-projet d'ordonnance prévoit la faculté pour le Gouvernement de déterminer une procédure de désignation des opérateurs si le développement des réseaux d'énergie thermique s'intensifie et qu'il y a un réel besoin d'avoir une vue sur les différents opérateurs. Cette procédure de désignation, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi, permettront un contrôle à priori de ces opérateurs et de tenir un registre des différents opérateurs actifs dans la Région, afin d'assurer un certain contrôle sur le respect de leurs obligations fixées dans l'ordonnance.

(...)

La procédure de désignation visée à l'article 5, alinéa 2, concerne effectivement un régime de reconnaissance. Le respect des principes définis dans la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur sera observé dans le cadre de l'arrêté d'exécution éventuellement adopté sur la base de l'habilitation prévue à l'article 5, alinéa 2.”

Aangezien het beheer van een thermisch energienet als een dienst in de zin van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ kan worden beschouwd, zal er bij de uitvoering van de in artikel 5, tweede lid, van het voorontwerp vervatte machtiging inderdaad moeten worden op toegezien dat wordt voldaan aan de beginselen die voortvloeien uit die richtlijn.

Artikel 10

9. Overeenkomstig artikel 10 van het voorontwerp krijgt de “uitvoerder” (lees: beheerder) van een thermisch energienet een recht op toegang tot de uitrustingen waarop hij een eigendoms- of gebruiksrecht heeft⁸ en die zich op “de site” van een derde bevinden. Wanneer die toegang impliceert dat een woonplaats wordt betreden, is de instemming van de bewoner of de eigenaar vereist.

Te dien aanzien moet erop worden gewezen dat volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het door artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens gewaarborgde recht op eerbiediging van de woning niet alleen particuliere woningen betreft, maar onder bepaalde omstandigheden ook kan slaan op voor beroeps- of handelsactiviteiten gebruikte lokalen, zelfs wanneer het gaat om die van rechtspersonen.⁹ De inmenging door de ordonnantiegever kan echter verdergaan wanneer het gaat om professionele of commerciële lokalen of activiteiten.¹⁰

Voor zover aan het begrip “woonplaats” in artikel 10 van het voorontwerp dezelfde, ruimere, draagwijdte wordt gegeven als die in de voormelde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, kan de ontworpen regeling worden aanvaard. Indien dit niet de bedoeling zou zijn, moeten de stellers van het voorontwerp in bijzondere waarborgen

⁸ Hiermee lijken de meters in de zin van artikel 3, 8°, van het voorontwerp te worden bedoeld.

⁹ Zie o.m. EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*, § 30; EHRM 9 december 2004, *Van Rossem t. België*, § 36; EHRM 28 april 2005, *Buck t. Duitsland*, § 31; EHRM 14 maart 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. t. Noorwegen*, § 104.

¹⁰ Zie GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, B.19.3; GwH 12 oktober 2017, nr. 116/2017, B.5.1.

voorzien met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen “woonplaats” in de klassieke zin, toch de waarborgen bedoeld in de voormelde verdragsbepaling genieten.

Artikel 14

10. Naar luid van artikel 14, § 4, e), van het voorontwerp vermeldt de aan de producent van thermische energie toegekende garantie van oorsprong minstens “het type, het bedrag en de geldigheidsperiode van de investeringssteun waarvan de installatie en/of de energie-eenheid eventueel heeft genoten”.

Uit artikel 19, lid 7, eerste alinea, d), van richtlijn (EU) 2018/2001 vloeit evenwel voort dat op een garantie van oorsprong minstens moet worden vermeld of de installatie investeringssteun heeft gekregen alsmede of de energie-eenheid op enige andere manier steun heeft gekregen uit een nationale steunregeling, en het type steunregeling. Uit de definitie van artikel 2, tweede alinea, 5), van richtlijn (EU) 2018/2001 blijkt bovendien dat aan het begrip “steunregeling” een zeer ruime draagwijdte moet worden gegeven.¹¹

Bijgevolg kan de vermelding in artikel 14, § 4, e), van het voorontwerp niet worden beperkt tot de investeringssteun, maar moet ze elke steun omvatten die de installatie of de energie-eenheid heeft ontvangen. In het licht hiervan verdient het aanbeveling om in het voorontwerp ook in een definitie te voorzien van het begrip “steunregeling”.

Artikel 16

11. Naar luid van artikel 16 van het voorontwerp voert Leefmilieu Brussel periodiek een evaluatie uit van het potentieel van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest op het vlak van thermische energie.

Gevraagd wat met “periodiek” wordt bedoeld, antwoordde de gemachtigde:

“La périodicité visée initialement est de réaliser une telle étude tous les 5 ans. Cela étant, en ne fixant pas de périodicité, cela laisse une liberté plus grande pour réaliser à nouveau cette étude dans un délai inférieur à 5 ans si cela s'avère nécessaire ou dans un délai supérieur à 5 ans si le besoin pour une telle étude n'a pas été identifié.”

Ook zonder de ontworpen regeling kan Leefmilieu Brussel een evaluatie uitvoeren van de mogelijkheden die bestaan om in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest thermische energie te exploiteren¹² en kan het de regelmaat bepalen waarmee het die evaluatie doet. De ontworpen regeling heeft dan ook enkel zin indien de ordonnantiegever Leefmilieu Brussel oplegt

¹¹ Naar luid van die bepaling blijft dit begrip niet beperkt “tot investeringssteun, belastingvrijstelling of -verlaging, terugbetaling van belasting, steunregelingen voor verplichting tot het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen, met inbegrip van regelingen betreffende groencertificaten, en rechtstreekse prijssteunregelingen, met inbegrip van feed-in-tarieven en degressieve of vaste premiebetalingen”.

¹² Zie immers artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 8 maart 1989 ‘tot oprichting van Leefmilieu Brussel’, naar luid waarvan Leefmilieu Brussel onder meer belast is met het verwezenlijken van onderzoeken en studies betreffende het leefmilieu en de energie.

om binnen een welbepaalde termijn (bijvoorbeeld minstens om de vijf jaar) die evaluatie uit te voeren. Indien in artikel 16 van het voorontwerp niet in een dergelijke termijn wordt voorzien, kan die bepaling dan ook beter worden weggelaten.

Hetzelfde geldt voor artikel 21 van het voorontwerp.

Artikel 17

12.1.1. In artikel 17, § 1, van het voorontwerp wordt bepaald dat elke natuurlijke persoon, elke gewestelijke of lokale overheid of kleine of middelgrote onderneming die gevestigd is op het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, kan deelnemen aan een hernieuwbare-energiegemeenschap. Natuurlijke personen, lokale overheden en kleine of middelgrote ondernemingen van buiten het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, kunnen derhalve geen deel uitmaken van de hernieuwbare-energiegemeenschappen waarin de ontworpen regeling voorziet.¹³

Hieromtrent om een toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

“(…) la directive 2018/2001 précise que les actionnaires ou les membres de la communauté locale d’énergie doivent se trouver à proximité des projets en matière d’énergie renouvelable portés par la communauté d’énergie renouvelable. Puisque l’objectif poursuivi est de maintenir un ancrage local aux communautés d’énergie renouvelable et dans la mesure où cette notion de proximité n’est pas définie par la directive 2018/2001, à l’échelle de la Région de Bruxelles-Capitale, elle s’exprime au travers du territoire régional”.

12.1.2. In artikel 2, tweede alinea, 16), van richtlijn 2018/2001 wordt het begrip “hernieuwbare-energiegemeenschap” gedefinieerd als volgt:

“een juridische entiteit

a) die, in overeenstemming met het toepasselijke nationale recht, gebaseerd is op open en vrijwillige deelname, autonoom is en daadwerkelijk wordt gecontroleerd door aandeelhouders of leden die zijn gevestigd in de nabijheid van de hernieuwbare-energieprojecten die in eigendom zijn van en ontwikkeld zijn door die juridische entiteit;

b) waarvan de aandeelhouders of leden natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden, met inbegrip van gemeenten, zijn;

c) waarvan het hoofddoel is het verschaffen van voordelen op milieugebied of op economisch of sociaal gebied aan haar aandeelhouders of leden of aan de lokale gebieden waar zij actief is, en niet het realiseren van winst;”.

Nog los van de vraag of de aangehaalde definitie aldus moet worden begrepen dat *enkel* natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden die gevestigd zijn in de nabijheid van de hernieuwbare energieprojecten van een hernieuwbare-energiegemeenschap, er aandeelhouder of lid van kunnen zijn,¹⁴ moet worden vastgesteld dat ook natuurlijke personen, kmo's of lokale

¹³ Wat de deelname van gewestelijke overheden betreft: zie opmerking 12.2.2.

¹⁴ Een andere mogelijke interpretatie is dat enkel natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden die gevestigd zijn in de nabijheid van de hernieuwbare energieprojecten van een hernieuwbare-energiegemeenschap er de

overheden van buiten het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest gevestigd kunnen zijn in de onmiddellijke nabijheid van hernieuwbare energieprojecten die zich binnen het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest bevinden. Meer nog, wanneer dergelijke hernieuwbare energieprojecten zich op of rond de grens van het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest bevinden, kan het zijn dat sommige natuurlijke personen of kmo's van aanpalende gemeenten op het grondgebied van het Vlaamse Gewest, of die gemeenten zelf, zich dichterbij die projecten bevinden dan andere natuurlijke personen of kmo's die gevestigd zijn in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, of dan de andere gemeenten van dat gewest dan die op het grondgebied waarvan het project zich bevindt.

Het loutere gegeven dat een gewestgrens wordt overschreden, volstaat ook niet om de vereiste nabijheid uit te sluiten, aangezien artikel 22, lid 6, van richtlijn (EU) 2018/2001 in de mogelijkheid van een grensoverschrijdende deelname voorziet.

12.1.3. Daarbij komt nog dat de beperking van het recht om deel te nemen aan een hernieuwbare-energiegemeenschap tot natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden die gevestigd zijn op het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest een beperking inhoudt van het vrij verkeer van goederen, en van diensten en zelfs van kapitaal.

In artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' wordt bepaald dat de gewesten in economische aangelegenheden hun bevoegdheden uitoefenen met inachtneming van de beginselen van vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen. Die vereiste geldt ook bij de uitoefening van de bevoegdheid van de gewesten inzake energie.¹⁵

Opdat de beperking van het vrij verkeer die uit de ontworpen regeling voortvloeit zou kunnen worden aanvaard, moet kunnen worden aangetoond dat die regeling verantwoord is door dwingende vereisten van algemeen belang, en dat ze niet onevenredig is ten aanzien van de nagestreefte doelstellingen. Gelet op wat voorafgaat (opmerking 12.1.2) kan de in artikel 2, tweede alinea, 16), van richtlijn (EU) 2018/2001 vervatte nabijheidsvereiste alvast niet als verantwoording dienen.

Indien niet alsnog in een afdoende verantwoording kan worden voorzien, zal de vereiste dat een natuurlijke persoon, kmo of lokale overheid in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest moet zijn gevestigd om deel te kunnen nemen aan een hernieuwbare-energiegemeenschap moeten worden vervangen door een ander criterium waaruit de nabijheid blijkt, zonder dat natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden van buiten het gewest bij voorbaat worden uitgesloten.

daadwerkelijke controle over mogen verwerven, maar dat niet uitgesloten is dat natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden die niet in de nabijheid van dergelijke projecten gevestigd zijn, wel lid of aandeelhouder kunnen worden, bijvoorbeeld als minderheidsaandeelhouder.

¹⁵ Zie immers GwH 14 november 1991, nr. 32/91, 5.B.1.7; GwH 25 november 1999, nr. 124/99, B.5.2; GwH 3 maart 2016, nr. 31/2016, B.6.1 en B.6.2.

12.2.1. Uit artikel 17, § 1, van het voorontwerp vloeit voort dat een gewestelijke overheid gevestigd op het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest wel zou kunnen deelnemen aan een hernieuwbare-energiegemeenschap. Artikel 2, tweede alinea, 16), van richtlijn (EU) 2018/2001 maakt evenwel geen gewag van gewestelijke overheden als mogelijke aandeelhouders of leden van hernieuwbare-energiegemeenschappen.

Om toelichting gevraagd in het licht van het voorgaande, verklaarde de gemachtigde:

“(…) l'article 2, 16°, de la directive 2018/2001 stipule que, 'les actionnaires ou membres sont des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des municipalités'; cela n'exclut en rien la participation de la Région de Bruxelles-Capitale à une communauté d'énergie renouvelable en tant qu'autorité locale. L'article 22, § 4, h) précise également qu'un soutien réglementaire et au renforcement des capacités est fourni aux autorités publiques pour favoriser et mettre en place des communautés d'énergie renouvelable, ainsi que pour aider ces autorités à participer directement' (nous soulignons). La participation de la Région de Bruxelles-Capitale à une communauté d'énergie renouvelable paraît donc conforme à la directive”.

12.2.2. Hiermee kan niet worden ingestemd. Uit het in opmerking 12.1.2 aangehaalde artikel 2, tweede alinea, 16), van richtlijn (EU) 2018/2001 vloeit wel degelijk voort dat enkel “natuurlijke personen, kmo's of lokale overheden, met inbegrip van gemeenten” aandeelhouder of lid kunnen zijn van een hernieuwbare-energiegemeenschap.¹⁶ In andere bepalingen van dezelfde richtlijn worden lokale overheden duidelijk onderscheiden van regionale overheden.¹⁷ Ofschoon de in artikel 2, tweede alinea, 16), van richtlijn (EU) 2018/2001 bedoelde “lokale overheden” niet beperkt zijn tot de gemeenten, en bijvoorbeeld ook betrekking kunnen hebben op intercommunale samenwerkingsverbanden, blijkt uit het door de richtlijn gemaakte onderscheid tussen lokale en regionale overheden dat in de Belgische context de gewesten hier niet toe kunnen worden gerekend. Het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest moet ongetwijfeld als een regionale overheid worden beschouwd in de zin van de richtlijn.

Bijgevolg moet in artikel 17, § 1, van het voorontwerp de verwijzing naar de gewestelijke overheid worden weggelaten.

¹⁶ Artikel 22, lid 4, h), van richtlijn (EU) 2018/2001 doet hieraan geen afbreuk vermits de steun die overeenkomstig die bepaling moet worden verleend om overheden te helpen deel te nemen aan een hernieuwbare-energiegemeenschap in het licht van artikel 2, tweede alinea, 16), van dezelfde richtlijn betrekking heeft op steun aan lokale overheden.

¹⁷ Zie de artikelen 15, lid 3 en lid 5, en 18, lid 6, van richtlijn (EU) 2018/2001.

Artikel 20

13. In artikel 20, § 1, van het voorontwerp wordt bepaald dat de overeenkomsten die de deelnemers aan een hernieuwbare-energiegemeenschap sluiten met die gemeenschap geen onderscheid mogen maken tussen de deelnemers. In de tweede paragraaf van dezelfde bepaling wordt de regering evenwel gemachtigd om de minimuminhoud van de voormelde overeenkomsten te bepalen en die inhoud “te wijzigen” (lees: “te doen verschillen”) “naargelang de hoedanigheid van de deelnemers”.

Gevraagd hoe beide bepalingen zich tot elkaar verhouden, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord:

“L’objectif de l’article 20, § 2 est de prévoir la faculté pour le Gouvernement de préciser, si la situation le nécessite, les stipulations minimales de la convention devant être conclue entre la communauté d’énergie renouvelable et ses participants en tenant compte notamment de la qualité des participants ou éventuellement de la forme juridique revêtue par ladite communauté. Ainsi, par exemple, selon que les participants agissent en leur qualité de professionnels ou de résidentiels ou que la communauté d’énergie renouvelable revêt la forme juridique d’une association sans but lucratif ou d’une société coopérative, le niveau de précision des stipulations pourra être adapté. L’objectif de cette disposition n’est pas de traiter différemment des personnes dans situations comparables. Le respect du principe de non-discrimination sera observé dans le cadre des arrêtés d’exécution éventuellement adoptés sur la base de cette habilitation. Toutefois, il est vrai que la dernière phrase du paragraphe 2 de l’article 20 du présent avant-projet d’ordonnance pourrait être mieux reformulée pour répondre à la préoccupation précitée.”

Daargelaten de vraag of een onderscheid in rechtsvorm steeds een redelijke verantwoording zou vormen voor verschillende regels, moet artikel 20, § 2, van het voorontwerp inderdaad worden aangepast.¹⁸ Het verdient daarbij aanbeveling om, eerder dan te verwijzen naar “de minimuminhoud” en naar “standaardregels” die de regering mag “wijzigen” (lees: “doen verschillen”), de regering te machtigen om de nadere regels vast te stellen die toepasselijk zijn op overeenkomsten bedoeld in artikel 20, § 1, van het voorontwerp.¹⁹

Artikel 25

14. Naar luid van artikel 25 van het voorontwerp moet de beheerder van het collectief gebouw of de collectieve site of, desgevallend, een door deze beheerder aangestelde derde partij, voldoen aan “de volgende verplichtingen”, waarvan de voorwaarden zijn vastgelegd in bijlage 4.

De in de punten 1° en 2° van artikel 25 van het voorontwerp vermelde verplichtingen overlappen deels met de in bijlage 4 opgenomen verplichtingen. Die bijlage bevat evenwel ook nog andere verplichtingen. Gelet hierop verdient het aanbeveling om de punten 1° en 2° van artikel 25 van het voorontwerp weg te laten en het artikel te redigeren als volgt:

¹⁸ Nog los van de wetgevingstechnische gebreken die moeten worden verbeterd (bijvoorbeeld de verwijzing naar het eerste lid, waarmee paragraaf 1 wordt bedoeld).

¹⁹ Een gelijkaardige opmerking kan, weze het in mindere mate, worden geformuleerd ten aanzien van artikel 19, § 2, van het voorontwerp, nu luidens punt 7° van de eerste paragraaf van dat artikel de bepalingen betreffende de toetreding tot en de uitstap uit de hernieuwbare-energiegemeenschap transparant, *objectief*, billijk, *niet-discriminerend* en proportioneel zijn.

“De beheerder van het collectief gebouw of de collectieve site of, desgevallend, een door deze beheerder aangestelde derde partij, voldoet aan de in bijlage 4 vastgestelde verplichtingen.”

Artikel 28

15. In artikel 28, § 5, van het voorontwerp wordt bepaald welke verwerkingen van persoonsgegevens verboden zijn. Die bepaling is evenwel nodeloos complex gesteld. Zo vloeit uit artikel 28, § 5, 4°, van het voorontwerp voort dat elke andere verwerking van persoonsgegevens “gebaseerd op hun vermeende legitiem belang” verboden is. Nog los van het gegeven dat overeenkomstig artikel 6, lid 1, f, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, in de Nederlandse tekst beter gewag wordt gemaakt van een gerechtvaardigd belang, is het onduidelijk wanneer een belang gerechtvaardigd is, en de verwerking van persoonsgegevens toegelaten is, dan wel wanneer het “vermeend” gerechtvaardigd is, en die verwerking derhalve verboden is.

In artikel 28, § 5, van het voorontwerp zou dan ook beter worden bepaald dat alle andere verwerkingen dan diegene vermeld in de paragrafen 1 tot 4 van dat artikel, verboden zijn.

Artikel 29

16. In artikel 29 van het voorontwerp wordt bepaald dat “[d]e onder artikel 27, 1° bedoelde verbruiksgegevens, die voortvloeien uit de uitvoering van de taken en de naleving van de verplichtingen bedoeld in artikelen 6, 7, 12, 13 en 25, (...) zich [beperken] tot een maandelijks representativiteit”.

De draagwijdte van die bepaling is onbegrijpelijk. Om toelichting gevraagd verklaarde de gemachtigde:

“On vise par cette disposition une interdiction de traiter des données agrégées sur une période moins longue qu’une période d’un mois.”

De ontworpen bepaling moet in het licht van die toelichting worden geherformuleerd.

Artikel 31

17.1. Artikel 31, § 1, 3°, van het voorontwerp voorziet in een straf voor “iedereen die aan de in artikel 25 opgelegde verplichtingen niet voldoet”. De verplichtingen waarin artikel 25 van het voorontwerp voorziet, gelden enkel voor de beheerder van het collectief gebouw of de collectieve site of, desgevallend, een door deze beheerder aangestelde derde partij. Het toepassingsgebied van artikel 31, § 1, 3°, van het voorontwerp kan dan ook het best worden beperkt tot deze categorieën van personen.

17.2. De gevangenisstraf waarin artikel 31, § 2, van het voorontwerp voorziet in geval van inbreuken op de uitvoeringsbesluiten van de aan te nemen ordonnantie (ten hoogste zes maanden) is hoger dan de gevangenisstraf bepaald voor de inbreuken op de in artikel 31, § 1, 1^o tot 3^o, vermelde bepalingen van de aan te nemen ordonnantie zelf (een maand).

Volgens het Grondwettelijk Hof behoort de vaststelling van de zwaarwichtigheid van de straf tot de beoordelingsbevoegdheid van de ordonnantiegever. De keuze van de strafmaat mag evenwel niet tot een kennelijk onredelijk verschil in behandeling tussen vergelijkbare misdrijven leiden.²⁰

Zonder het voormelde verschil tussen de in artikel 31, §§ 1 en 2, van het voorontwerp vermelde gevangenisstraffen als kennelijk onredelijk te willen beschouwen, zal er toch een afdoende verantwoording voor moeten kunnen worden gegeven.

*

²⁰ Zie o.m. GwH 25 januari 2001, nr. 5/2001, B.6.4.2.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet d'ordonnance soumis pour avis a pour objet de prévoir un cadre normatif pour la distribution et la fourniture d'énergie thermique dans la Région de Bruxelles-Capitale.

Les articles 3, 2°, 9°, 10° et 12° à 16°, 5, 11, 12, 2°, 14 et 16 à 22 ainsi que l'annexe 2 de l'avant-projet visent à cet égard à transposer partiellement la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables'. Les articles 6, alinéa 1^{er}, 8°, 12, 2°, et 25 à 31 et les annexes 1, 2 et 4 de l'avant-projet visent à transposer partiellement la directive (UE) 2018/2002 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'modifiant la directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique'. L'article 2 de l'avant-projet fait état de cette transposition. Le chapitre 1^{er} de l'avant-projet renferme en outre un certain nombre de définitions (article 3 de l'avant-projet).

Le chapitre 2 de l'avant-projet traite de l'organisation des réseaux d'énergie thermique (articles 4 à 23). Son champ d'application est réglé (article 4) et les conditions auxquelles un opérateur d'un réseau d'énergie thermique doit répondre ainsi que ses tâches et obligations de service public sont fixées (articles 5 à 7). Par ailleurs, le chapitre règle les conditions qu'un opérateur d'un réseau d'énergie thermique peut imposer pour le raccordement et l'accès au réseau (article 8) ainsi que l'utilisation qu'il peut faire du domaine public (article 9) et l'accès qu'il a aux équipements sur lesquels il possède un droit de propriété ou d'usage (article 10). Il fixe ensuite les conditions qu'un fournisseur d'énergie thermique doit remplir ainsi que ses tâches et obligations de service public (articles 11 à 13) et le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale (ci-après : le gouvernement) est habilité à mettre en place un mécanisme permettant de garantir l'origine renouvelable de l'énergie thermique et à prendre des mesures pour favoriser les nouveaux réseaux d'énergie thermique ou l'extension ou la rénovation substantielle de réseaux existants (articles 14 et 15). Bruxelles Environnement réalise périodiquement une évaluation du potentiel de la Région de Bruxelles-Capitale en matière d'énergie thermique (article 16). Des mesures sont également prévues pour les communautés d'énergie renouvelable (articles 17 à 22), de même qu'une obligation de faire rapport à Bruxelles Environnement pour les opérateurs d'un réseau d'énergie thermique et les fournisseurs d'énergie thermique (article 23 et annexe 3).

¹ S'agissant d'un avant-projet d'ordonnance, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

Le chapitre 3 de l'avant-projet règle la comptabilisation de l'énergie thermique en cas de bâtiment ou site collectif (articles 24 à 26) et le chapitre 4 le traitement de données à caractère personnel dans le cadre de l'ordonnance dont l'adoption est envisagée (articles 27 à 30). Le chapitre 5 de l'avant-projet, enfin, contient des sanctions (article 31 ²).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. Bien que la demande d'avis contienne un tableau de transposition du droit de l'Union européenne, qu'au demeurant il vaudrait mieux insérer dans l'exposé des motifs, ce tableau manque de précision pour certaines dispositions. Ainsi, en ce qui concerne les articles 17 à 22 de l'avant-projet, il est chaque fois fait référence en termes généraux à l'article 22 de la directive (UE) 2018/2001, sans préciser quels paragraphes de cet article 22 sont transposés par chacun des articles précités de l'avant-projet. Pareille manière de procéder complique le travail du Conseil d'État. Par conséquent, un tableau de transposition plus précis devrait être prévu à l'avenir.

4. La qualité du texte néerlandais de l'avant-projet laisse à désirer sur différents aspects. À titre d'exemple, on peut relever les points suivants :

- dans un certain nombre de dispositions de l'avant-projet, on constate une discordance entre le texte français et le texte néerlandais. Ainsi, dans le texte néerlandais de l'article 3, 16°, de l'avant-projet, la définition de la notion de « moyenne entreprise » ne s'accorde pas avec celle du texte français, dès lors que le même montant est utilisé pour le chiffre d'affaires annuel et le total du bilan annuel dans le texte néerlandais ;
- le texte néerlandais de la définition de la notion de « communauté d'énergie renouvelable » (article 3, 14°, de l'avant-projet) est grammaticalement défaillant et, en outre, ne correspond pas au texte français (« tant à ses participants qu'au niveau du territoire où elle exerce ses activités » est erronément traduit par « aan haar deelnemers of aan de gebieden waar ze actief is ») ;
- l'avant-projet comporte de fâcheuses erreurs linguistiques comme une référence à « het afdeling 5 » (article 4 de l'avant-projet) ;
- à l'article 22, § 1^{er}, de l'avant-projet, le segment de phrase « Le Gouvernement met en place des mesures » fait l'objet d'une traduction grammaticalement inexacte, à savoir « De regering opzet maatregelen ».

La même observation vaut au demeurant pour l'exposé des motifs de l'avant-projet ³.

² Cet article est erronément numéroté « 32 » dans le texte néerlandais de l'avant-projet.

³ Ainsi, dans le commentaire consacré à l'article 5 de l'avant-projet, le membre de phrase « et ce en cadrant l'habilitation du Gouvernement » est traduit de manière totalement erronée par « en dat door de empowerment van de regering in te stellen ».

Par conséquent, le texte néerlandais de l'avant-projet doit encore faire l'objet d'un examen approfondi sur le plan de la correction de la langue.

5.1. L'avant-projet contient des dispositions relatives aux « opérateurs »⁴ de réseaux d'énergie thermique et aux fournisseurs et producteurs d'énergie thermique (articles 5 à 16 de l'avant-projet). Toutefois, l'articulation entre les gestionnaires de réseaux d'énergie thermique et les fournisseurs et producteurs d'énergie thermique semble manquer de précision. Ainsi, la question se pose, par exemple, de savoir si une même personne physique ou morale peut intervenir en qualité de gestionnaire d'un réseau d'énergie thermique et en qualité de fournisseur ou producteur d'énergie thermique. Bien que le droit de l'Union européenne en l'occurrence ne prévoient pas une exigence de dissociation, comme tel est effectivement le cas pour la fourniture de gaz et d'électricité, cette possibilité pourrait conduire à ce qu'une entreprise qui assume simultanément le rôle de gestionnaire, de fournisseur et de producteur d'énergie thermique acquière une position dominante sur le marché de l'énergie thermique dans la Région de Bruxelles-Capitale. Pareille situation pourrait causer des problèmes sur le plan du droit de la concurrence.

En outre, se pose la question de savoir si certains acteurs, plus particulièrement des gestionnaires de réseaux de gaz et d'électricité, ne doivent pas être exclus de la possibilité d'être désignés comme gestionnaires d'un réseau d'énergie thermique ou comme fournisseurs d'énergie thermique, et ce afin d'éviter des conflits d'intérêts.

5.2. À cela s'ajoute que les garanties pour les fournisseurs et les clients finals d'accéder à un réseau d'énergie thermique sont élaborées de manière très sommaire dans l'avant-projet. Hormis les obligations de service public définies à l'article 7, 2° à 4°, de l'avant-projet, qui semblent toutefois permettre de refuser un raccordement pour des motifs d'ordre technique ou économique, l'article 8 de l'avant-projet prévoit uniquement à ce sujet que les conditions imposées en matière de raccordement et d'accès doivent être transparentes, objectives et non discriminatoires. Il serait judicieux de préciser cette disposition ou d'habiliter le gouvernement à le faire.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

6.1.1. La définition de la notion de « réseau d'énergie thermique » à l'article 3, 2°, de l'avant-projet, qui vise à transposer la définition des notions de « réseau de chaleur » ou de « réseau de froid » figurant à l'article 2, deuxième alinéa, 19), de la directive (UE) 2018/2001, ne correspond pas tout à fait à la définition citée en dernier. Ainsi, selon la directive, la distribution d'énergie thermique vise « le chauffage ou le refroidissement de locaux ou (...) le chauffage ou le refroidissement industriel », alors que l'avant-projet fait mention de bâtiments ou sites « ayant des besoins en chaleur et/ou froid et/ou eau chaude sanitaire ». En outre, le texte néerlandais de l'article 2, deuxième alinéa, 19), précité, de la directive (UE) 2018/2001 fait état de la distribution

⁴ Voir l'observation 6.2.

d'énergie thermique « *vanuit* centrale of decentrale productiebronnen *via* een netwerk dat verbonden is met meerdere gebouwen of locaties », tandis qu'il est question, dans le texte néerlandais de l'article 3, 2°, de l'avant-projet, d'un « distributiesysteem van thermische energie *op basis van* een of meer productie-installaties *en doorheen* een leidingennet naar verschillende gebouwen of sites ».

Il convient donc de mieux aligner l'article 3, 2°, de l'avant-projet sur l'article 2, deuxième alinéa, 19), de la directive (UE) 2018/2001.

6.1.2. L'article 3, 2°, de l'avant-projet habilite le gouvernement à préciser les termes « plusieurs bâtiments ou sites ». Étant donné que plusieurs autres définitions de l'article 3 utilisent les notions de « sites » et de « bâtiments », il est recommandé d'étendre la délégation au gouvernement à ces dispositions en ajoutant à l'article 3 de l'avant-projet un alinéa 2 qui pourrait s'énoncer comme suit :

« Le gouvernement définit ce qu'il y a lieu d'entendre par 'bâtiments' et 'sites' au sens de l'alinéa 1^{er}, 2°, 3°, 18° et 19° ».

6.2. L'article 3, 4°, de l'avant-projet définit la notion d'« opérateur de réseau d'énergie thermique ». Cependant, le choix du terme « *uitvoerder* » dans le texte néerlandais est malheureux. Il ressort de la définition même qu'est visée la personne qui assure la *gestion* d'un réseau d'énergie thermique. Le texte néerlandais de la directive (UE) 2018/2001 fait également mention d'un « *beheerder* », et non d'un « *uitvoerder* »⁵. Il serait donc préférable d'employer cette notion dans le texte néerlandais de l'article 3, 4°, ainsi que dans l'ensemble du texte de l'avant-projet.

6.3. La transposition de la définition de la notion de « chaleur et froid fatales » figurant à l'article 2, deuxième alinéa, 9), de la directive (UE) 2018/2001 par l'article 3, 9°, de l'avant-projet est incomplète, le membre de phrase « lorsqu'un processus de cogénération est ou sera utilisé ou lorsqu'il n'est pas possible de recourir à la cogénération » ayant été omis. Il convient de rectifier ce point.

6.4. Il en va de même pour la transposition de la définition de la notion de « garantie d'origine » inscrite à l'article 2, deuxième alinéa, 12), de la directive (UE) 2018/2001, en ce qu'il manque le mot « uniquement » à l'article 3, 10°, de l'avant-projet.

6.5. Le distinction opérée à l'article 3 de l'avant-projet entre les notions de « petite entreprise » (article 3, 15°) et de « moyenne entreprise » (article 3, 16°) est superflue, étant donné que l'article 17 de l'avant-projet emploie les termes « petite ou moyenne entreprise ». Par conséquent, il convient plutôt de prévoir une définition de la notion de « petite et moyenne entreprise » qui corresponde à la définition de « PME » visée à l'article 2, deuxième alinéa, 8), de la directive (UE) 2018/2001, qui renvoie à son tour à l'article 2 de l'annexe de la

⁵ Voir l'article 24, paragraphe 4, b), paragraphe 5 et paragraphe 8, de la directive (UE) 2018/2001. Dans le paragraphe 6 de cet article, par contre, il est question d'« exploitanten ». Le texte français de cet article fait mention, dans certains cas, de « gestionnaire(s) » (article 24, paragraphe 4, b), paragraphe 5 et paragraphe 8, de la directive (UE) 2018/2001) et, dans d'autres cas, d'« opérateur(s) » (paragraphe 5, premier alinéa, c), et paragraphe 6).

recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 'concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises'.

6.6. L'article 3, 18°, de l'avant-projet définit la notion de « gestionnaire du bâtiment ou site collectif » comme suit :

« personne physique ou morale représentant le ou les propriétaire(s) des parties communes du bâtiment ou du site collectif; par 'propriétaire' est visée la personne ayant le titre de propriétaire, de superficiaire ou d'emphytéote ou, en cas de copropriété, l'association des copropriétaires, ou en cas de démembrement de la propriété, la personne disposant du droit d'usage ».

Il y a cependant lieu de souligner que le droit de superficie et le droit d'emphytéose constituent également des droits d'usage, même s'il s'agit de droits réels d'usage ⁶. On n'aperçoit pas clairement en quoi ces situations juridiques se distinguent du « démembrement de la propriété » ni pourquoi le « droit d'usage » ne vise pas aussi le droit de superficie et le droit d'emphytéose. Il convient de préciser ce point.

Article 4

7.1. Aux termes de l'article 4 de l'avant-projet, le chapitre 2 de celui-ci ('De l'organisation des réseaux d'énergie thermique') s'applique aux réseaux d'énergie thermique dans lesquels l'énergie thermique est vendue à un ou plusieurs clients finals, « sous réserve de la section 5 ».

L'exposé des motifs indique à ce propos que :

« S'il n'y pas de vente d'énergie thermique, par exemple lorsqu'un producteur alimente plusieurs de ses bâtiments, le chapitre 2 n'est pas d'application : l'objectif est de ne pas imposer les obligations prévues au chapitre 2 lorsque l'énergie thermique est autoconsommée par le producteur (par exemple : une installation de production d'énergie thermique d'un centre hospitalier qui alimente plusieurs bâtiments du centre hospitalier) ».

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

« (...) la réserve porte sur le fait que, dans le cadre des communautés d'énergie renouvelable (voir section 5 du présent avant-projet d'ordonnance), l'énergie thermique n'est pas automatiquement vendue mais elle peut être partagée entre ses participants or, le champ d'application du chapitre 2 porte sur les réseaux d'énergie thermique dans lesquels de l'énergie thermique est vendue. S'il n'y a pas vente d'énergie thermique, comme cela peut être le cas dans une communauté d'énergie renouvelable, alors le chapitre 2 ne s'applique pas ».

7.2. Les sections 2, 3 et 4 du chapitre 2 de l'avant-projet semblent régler en des termes généraux la gestion, la fourniture et la production d'énergie thermique. Ainsi qu'il apparaîtra ci-dessous (observation 8.1), des communautés d'énergie renouvelable peuvent être désignées comme opérateur d'un réseau d'énergie thermique. Il découle par ailleurs de l'article 18, § 1^{er}, de

⁶ Voir les articles 3.167 et 3.177 du Code civil.

l'avant-projet que les communautés d'énergie renouvelable *produisent*, consomment, stockent ou *fournissent* de l'énergie thermique issue de sources d'énergie renouvelables. Même l'hypothèse, formulée par le délégué, de la consommation par des clients qui sont membres ou associés d'une communauté d'énergie renouvelable ne semble pas empêcher qu'il puisse être question d'une fourniture et d'une facturation d'un client actif à l'autre client actif (ce qu'on appelle le système « pair à pair »)⁷. La réserve énoncée à l'article 4 de l'avant-projet pourrait toutefois se comprendre de façon telle que dans les cas précités, les dispositions des sections 2, 3 et 4 du chapitre 2 de l'avant-projet ne s'appliquent pas, ce qui n'est probablement pas l'intention des auteurs de l'avant-projet.

À la lumière de ce qui précède, il est recommandé de remplacer le membre de phrase « sous réserve de la section 5 » par le segment « sans préjudice de dispositions dérogatoires de la section 5 ».

Article 5

8.1. L'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet habilite le gouvernement à définir une procédure de désignation des opérateurs de réseaux d'énergie thermique. Compte tenu de l'ajout selon lequel cette procédure ne peut fixer aucune condition discriminatoire, pour la constitution de communautés d'énergie renouvelable ou pour leur désignation en tant qu'opérateur de réseau d'énergie thermique, il s'avère que la portée de cette habilitation n'est pas claire. La question se pose ainsi de savoir si le gouvernement peut aussi régler la constitution de communautés d'énergie renouvelable sur la base de cette disposition.

Invité à fournir des explications à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Cette disposition s'applique aux opérateurs de réseaux d'énergie thermique ainsi qu'aux communautés d'énergie renouvelable si ces dernières sont désignées en tant qu'opérateurs de réseaux d'énergie thermique (et, donc, s'il y a vente d'énergie thermique au sein de la communauté d'énergie renouvelable, voir notre réponse à la question relative à l'article 4). Dans ce cas, toutes les dispositions ayant trait aux opérateurs s'appliquent également aux communautés d'énergie renouvelable. Les communautés d'énergie renouvelable qui agissent comme opérateurs de réseaux d'énergie thermique sont, en effet, soumises aux dispositions applicables à ce type d'activité. La directive 2018/2001 n'exclut pas la possibilité pour une communauté d'être désignée en tant qu'opérateur de réseau d'énergie thermique ».

8.2. Dans la mesure où l'intention semble uniquement être de régler (aussi) la désignation de communautés d'énergie renouvelable en tant qu'opérateur d'un réseau d'énergie thermique, on n'aperçoit pas clairement pourquoi la deuxième phrase de l'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet fait état de « la constitution de communautés d'énergie renouvelable ». Mieux vaudrait dès lors adapter cette disposition.

La même observation vaut pour l'article 11, alinéa 2, de l'avant-projet.

⁷ À l'article 20, § 1^{er}, de l'avant-projet, il est, du reste, fait mention du partage et de la *facturation* de l'énergie thermique.

8.3. À la question de savoir si la délégation précitée permettant au gouvernement de fixer une « procédure de désignation » pour les opérateurs de réseaux d'énergie thermique impliquait également la compétence de prévoir un régime d'agrément, le délégué a répondu :

« Il est important de préciser que, concernant la procédure de désignation des opérateurs de réseaux d'énergie thermique, le présent avant-projet d'ordonnance prévoit la faculté pour le Gouvernement de déterminer une procédure de désignation des opérateurs si le développement des réseaux d'énergie thermique s'intensifie et qu'il y a un réel besoin d'avoir une vue sur les différents opérateurs. Cette procédure de désignation, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi, permettront un contrôle à priori de ces opérateurs et de tenir un registre des différents opérateurs actifs dans la Région, afin d'assurer un certain contrôle sur le respect de leurs obligations fixées dans l'ordonnance.

(...)

La procédure de désignation visée à l'article 5, alinéa 2, concerne effectivement un régime de reconnaissance. Le respect des principes définis dans la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur sera observé dans le cadre de l'arrêté d'exécution éventuellement adopté sur la base de l'habilitation prévue à l'article 5, alinéa 2 ».

Étant donné que la gestion d'un réseau d'énergie thermique peut être considérée comme un service au sens de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur', il conviendra en effet de veiller, lors de l'exécution de l'habilitation inscrite à l'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet, à ce que les principes découlant de cette directive soient respectés.

Article 10

9. Conformément à l'article 10 de l'avant-projet, l'« opérateur » d'un réseau d'énergie thermique a le droit d'accéder aux équipements sur lesquels il possède un droit de propriété ou d'usage⁸ et qui se trouvent sur « le site » d'un tiers. Lorsque cet accès implique de pénétrer dans un domicile, l'autorisation de l'occupant ou du propriétaire est requise.

À cet égard, il faut souligner que selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au respect du domicile, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne concerne pas seulement le domicile de particuliers, mais peut englober aussi, dans certaines circonstances, les locaux utilisés pour des activités professionnelles ou commerciales, même lorsqu'il s'agit des locaux de personnes morales⁹. L'ingérence du législateur régional bruxellois peut cependant être plus importante lorsqu'il s'agit d'activités ou de locaux professionnels ou commerciaux¹⁰.

⁸ Il semble que l'on vise ici les compteurs au sens de l'article 3, 8°, de l'avant-projet.

⁹ Voir, entre autres, Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 30 ; Cour eur. D.H., 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique*, § 36 ; Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, § 31 ; Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS e.a. c. Norvège*, § 104.

¹⁰ Voir C.C., 1^{er} octobre 2015, n° 132/2015, B.19.3 ; C.C., 12 octobre 2017, n° 116/2017, B.5.1.

Pour autant que la notion de « domicile » visée à l'article 10 de l'avant-projet se voie attribuer la même portée, plus large, que celle de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme, on peut admettre la réglementation en projet. Si telle n'était pas l'intention, les auteurs de l'avant-projet devraient prévoir des garanties particulières pour la visite de lieux qui, même s'ils ne sont pas des « domiciles » au sens classique du terme, bénéficient quand même des garanties visées dans la disposition conventionnelle précitée.

Article 14

10. Aux termes de l'article 14, § 4, e), de l'avant-projet, la garantie d'origine octroyée au producteur d'énergie thermique mentionne au minimum « le type, le montant et la période de validité de l'aide à l'investissement dont l'installation et/ou l'unité d'énergie a éventuellement bénéficié ».

Il découle cependant de l'article 19, paragraphe 7, premier alinéa, d), de la directive (UE) 2018/2001 qu'une garantie d'origine précise, au minimum, si l'installation a bénéficié d'une aide à l'investissement, et si l'unité d'énergie a bénéficié d'une autre manière d'un régime d'aide national, et le type de régime d'aide. Il ressort, en outre, de la définition de l'article 2, deuxième alinéa, 5), de la directive (UE) 2018/2001 qu'il y a lieu de conférer à la notion de « régime d'aide » une portée très large ¹¹.

Il s'ensuit que la mention figurant à l'article 14, § 4, e), de l'avant-projet ne peut pas se limiter aux aides à l'investissement, mais doit comprendre toute aide qu'a reçue l'installation ou l'unité d'énergie. À la lumière de ce qui précède, il est recommandé d'insérer aussi une définition de la notion de « régime d'aide » dans l'avant-projet.

Article 16

11. Selon l'article 16 de l'avant-projet, Bruxelles Environnement réalise périodiquement une évaluation du potentiel de la Région de Bruxelles-Capitale en matière d'énergie thermique.

À la question de savoir ce qu'il convient d'entendre par « périodiquement », le délégué a répondu :

« La périodicité visée initialement est de réaliser une telle étude tous les 5 ans. Cela étant, en ne fixant pas de périodicité, cela laisse une liberté plus grande pour réaliser à nouveau cette étude dans un délai inférieur à 5 ans si cela s'avère nécessaire ou dans un délai supérieur à 5 ans si le besoin pour une telle étude n'a pas été identifié ».

¹¹ Suivant cette disposition, cette notion ne se limite pas aux « aides à l'investissement, (...) exonérations ou réductions fiscales, (...) remboursements d'impôt, (...) régimes d'aide liés à l'obligation d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, y compris ceux utilisant les certificats verts, et [aux] régimes de soutien direct des prix, y compris les tarifs de rachat et les primes variables ou fixes ».

Même sans cette disposition en projet, Bruxelles Environnement peut réaliser une évaluation des possibilités qui existent dans la Région de Bruxelles-Capitale d'exploiter l'énergie thermique ¹², tout comme il peut déterminer la fréquence à laquelle cette évaluation a lieu. La disposition en projet n'a donc un sens que si le législateur régional bruxellois impose à Bruxelles Environnement d'effectuer cette évaluation dans un délai bien déterminé (par exemple, au moins tous les cinq ans). Si l'article 16 de l'avant-projet ne prévoit pas un tel délai, mieux vaut par conséquent l'omettre.

Il en va de même pour l'article 21 de l'avant-projet.

Article 17

12.1.1. L'article 17, § 1^{er}, de l'avant-projet dispose que toute personne physique, tout pouvoir public régional ou local, ou toute petite ou moyenne entreprise situés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, peut participer à une communauté d'énergie renouvelable. Partant, les personnes physiques, les pouvoirs locaux et les petites ou moyennes entreprises situés en dehors de la Région de Bruxelles-Capitale, ne peuvent pas faire partie des communautés d'énergie renouvelable instaurées par le dispositif en projet ¹³.

Invité à fournir des explications à ce sujet, le délégué a déclaré :

« (...) la directive 2018/2001 précise que les actionnaires ou les membres de la communauté locale d'énergie doivent se trouver à proximité des projets en matière d'énergie renouvelable portés par la communauté d'énergie renouvelable. Puisque l'objectif poursuivi est de maintenir un ancrage local aux communautés d'énergie renouvelable et dans la mesure où cette notion de proximité n'est pas définie par la directive 2018/2001, à l'échelle de la Région de Bruxelles-Capitale, elle s'exprime au travers du territoire régional ».

12.1.2. L'article 2, deuxième alinéa, 16), de la directive 2018/2001 définit la notion de « communauté d'énergie renouvelable » comme suit :

« 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 ; ».

¹² Voir en effet l'article 3, § 2, de l'arrêté royal du 8 mars 1989 'créant Bruxelles Environnement', aux termes duquel Bruxelles Environnement est chargé, notamment, de réaliser des recherches et des études relatives à l'environnement et à l'énergie.

¹³ En ce qui concerne la participation des autorités régionales : voir l'observation 12.2.2.

Outre la question de savoir si la définition précitée doit ainsi être interprétée en ce sens que *seuls* les personnes physiques, les PME ou les pouvoirs locaux situés à proximité des projets d'énergie renouvelable d'une communauté d'énergie renouvelable, peuvent en être actionnaires ou membres ¹⁴, force est de constater que des personnes physiques, des PME ou des pouvoirs locaux situés en dehors de la Région de Bruxelles-Capitale peuvent eux aussi se trouver à proximité immédiate de projets d'énergie renouvelable implantés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale. Plus encore, lorsque de tels projets d'énergie renouvelable se trouvent sur ou autour de la limite territoriale de la Région de Bruxelles-Capitale, il se peut que certaines personnes physiques ou PME de communes limitrophes se trouvant sur le territoire de la Région flamande, ou ces communes elles-mêmes, soient plus proches de ces projets que d'autres personnes physiques ou PME situées en Région de Bruxelles-Capitale, ou que les communes de cette région autres que celle sur le territoire de laquelle ledit projet est implanté.

La simple circonstance qu'une frontière régionale soit franchie, ne suffit pas non plus à exclure la proximité requise, dès lors que l'article 22, paragraphe 6, de la directive (UE) 2018/2001 prévoit la possibilité d'une participation transfrontalière.

12.1.3. À cela s'ajoute encore que le fait de limiter le droit de participer à une communauté d'énergie renouvelable aux personnes physiques, PME ou pouvoirs locaux situés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale emporte une limitation de la libre circulation des biens et des services, voire du capital.

L'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' dispose que les régions exercent leurs compétences en matière économique dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par la loi ou en vertu de celle-ci et par les traités internationaux ou en vertu de ceux-ci. Cette exigence s'applique également à l'exercice de la compétence des régions dans le domaine de l'énergie ¹⁵.

Pour que la limitation de la libre circulation qui découle du dispositif en projet puisse être admise, il faut qu'il puisse être démontré que ce dispositif se justifie par des exigences impérieuses d'intérêt général et qu'il n'est pas disproportionné au regard des objectifs poursuivis. Eu égard à ce qui précède (observation 12.1.2), l'exigence de proximité inscrite à l'article 2, deuxième alinéa, 16), de la directive (UE) 2018/2001 ne peut en tout cas pas tenir lieu de justification.

S'il n'est pas possible de prévoir encore une justification adéquate, il conviendra de remplacer l'exigence selon laquelle une personne physique, une PME ou un pouvoir local doit être situé en région de Bruxelles-Capitale pour pouvoir participer à une communauté

¹⁴ Une autre interprétation possible est que seuls les personnes physiques, les PME ou les pouvoirs locaux qui sont situés à proximité des projets d'énergie renouvelable d'une communauté d'énergie renouvelable peuvent en acquérir le contrôle effectif mais qu'il n'est pas exclu que des personnes physiques, des PME ou des pouvoirs locaux qui ne sont pas situés à proximité de tels projets, peuvent en devenir membres ou actionnaires comme actionnaire minoritaire par exemple.

¹⁵ En effet, voir C.C., 14 novembre 1991, n° 32/91, 5.B.1.7 ; C.C., 25 novembre 1999, n° 124/99, B.5.2 ; C.C., 3 mars 2016, n° 31/2016, B.6.1 et B.6.2.

d'énergie renouvelable par un autre critère de proximité, sans exclure *a priori* les personnes physiques, les PME ou les pouvoirs locaux situés à l'extérieur de la région.

12.2.1. Il résulte de l'article 17, § 1^{er}, de l'avant-projet qu'un pouvoir régional situé sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale pourrait effectivement participer à une communauté d'énergie renouvelable. L'article 2, deuxième alinéa, 16), de la directive (UE) 2018/2001 ne fait toutefois pas mention des autorités régionales comme actionnaires ou membres potentiels de communautés d'énergie renouvelable.

Invité à fournir des précisions au regard de ce qui précède, le délégué a déclaré :

« (...) l'article 2, 16°, de la directive 2018/2001 stipule que, 'les actionnaires ou membres sont des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des municipalités'; cela n'exclut en rien la participation de la Région de Bruxelles-Capitale à une communauté d'énergie renouvelable en tant qu'autorité locale. L'article 22, § 4, h) précise également qu'un soutien réglementaire et au renforcement des capacités est fourni aux autorités publiques pour favoriser et mettre en place des communautés d'énergie renouvelable, ainsi que pour aider ces autorités à participer directement' (nous soulignons). La participation de la Région de Bruxelles-Capitale à une communauté d'énergie renouvelable paraît donc conforme à la directive ».

12.2.2. Ce point de vue ne peut être partagé. Il résulte effectivement de l'article 2, deuxième alinéa, 16), de la directive (UE) 2018/2001, cité dans l'observation 12.1.2, que seules « des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des municipalités » peuvent être actionnaires ou membres d'une communauté d'énergie renouvelable¹⁶. D'autres dispositions de la même directive établissent clairement une distinction entre les autorités locales et régionales¹⁷. Bien que les « autorités locales » visées à l'article 2, deuxième alinéa, 16), de la directive (UE) 2018/2001 ne se limitent pas aux communes et qu'elles peuvent également concerner des collaborations intercommunales par exemple, il ressort de la distinction qu'opère la directive entre les autorités locales et régionales que, dans le contexte belge, les régions ne peuvent pas en faire partie. La Région de Bruxelles-Capitale doit indubitablement être considérée comme une autorité régionale au sens de la directive.

Aussi y a-t-il lieu d'omettre à l'article 17, § 1^{er}, de l'avant-projet la référence aux pouvoirs régionaux.

Article 20

13. L'article 20, § 1^{er}, de l'avant-projet prévoit que les conventions que concluent les participants à une communauté d'énergie renouvelable avec ladite communauté, ne peuvent pas faire de distinction entre les participants. Or, le second paragraphe de cette même disposition habilite le Gouvernement à préciser le contenu minimal des conventions précitées et à faire varier le contenu « en fonction notamment de la qualité des participants ».

¹⁶ L'article 22, paragraphe 4, h), de la directive (UE) 2018/2001 n'y change rien puisque le soutien devant être fourni conformément à cette disposition pour aider les autorités à participer à une communauté d'énergie renouvelable au regard de l'article 2, deuxième alinéa, 16), de la même directive porte sur l'aide aux autorités locales.

¹⁷ Voir les articles 15, paragraphes 3 et 5 et 18, paragraphe 6, de la directive (UE) 2018/2001.

À la question de savoir comment les deux dispositions s'articulent entre elles, le délégué a répondu ce qui suit :

« L'objectif de l'article 20, § 2 est de prévoir la faculté pour le Gouvernement de préciser, si la situation le nécessite, les stipulations minimales de la convention devant être conclue entre la communauté d'énergie renouvelable et ses participants en tenant compte notamment de la qualité des participants ou éventuellement de la forme juridique revêtue par ladite communauté. Ainsi, par exemple, selon que les participants agissent en leur qualité de professionnels ou de résidentiels ou que la communauté d'énergie renouvelable revêt la forme juridique d'une association sans but lucratif ou d'une société coopérative, le niveau de précision des stipulations pourra être adapté. L'objectif de cette disposition n'est pas de traiter différemment des personnes dans situations comparables. Le respect du principe de non-discrimination sera observé dans le cadre des arrêtés d'exécution éventuellement adoptés sur la base de cette habilitation. Toutefois, il est vrai que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 20 du présent avant-projet d'ordonnance pourrait être mieux reformulée pour répondre à la préoccupation précitée ».

Indépendamment de la question de savoir si une distinction selon la forme juridique justifierait toujours raisonnablement des règles différentes, l'article 20, § 2, de l'avant-projet doit en effet être adapté¹⁸. Plutôt que de se référer au « contenu minimal » et aux « règles standards (sic) » que le Gouvernement peut faire varier, il est, à cet égard, recommandé d'habiliter ledit gouvernement à fixer les modalités applicables aux conventions visées à l'article 20, § 1^{er}, de l'avant-projet¹⁹.

Article 25

14. Aux termes de l'article 25 de l'avant-projet, le gestionnaire du bâtiment ou site collectif ou, le cas échéant, une tierce partie désignée par ce dernier, doit respecter « les obligations suivantes », dont les modalités sont précisées à l'annexe 4.

Les obligations mentionnées aux points 1° et 2° de l'article 25 de l'avant-projet font partiellement double emploi avec celles figurant à l'annexe 4. Cette annexe comporte toutefois également d'autres obligations. En conséquence, il est recommandé d'omettre les points 1° et 2° de l'article 25 de l'avant-projet et de rédiger l'article comme suit :

« Le gestionnaire du bâtiment ou site collectif ou, le cas échéant, une tierce partie désignée par ce dernier, respecte les obligations dont les modalités sont précisées à l'annexe 4 ».

¹⁸ Indépendamment par ailleurs des imperfections sur le plan de la légistique qui sont à corriger (la référence à l'alinéa 1^{er} par exemple alors qu'on vise le paragraphe 1^{er}).

¹⁹ Une observation similaire peut être formulée, fût-ce dans une moindre mesure, à l'égard de l'article 19, § 2, de l'avant-projet, dès lors qu'aux termes du point 7° du paragraphe 1^{er} de cet article, les dispositions relatives aux modalités d'entrée et de sortie de la communauté d'énergie renouvelable sont transparentes, *objectives*, équitables, *non discriminatoires* et proportionnées.

Article 28

15. L'article 28, § 5, de l'avant-projet énonce les traitements de données à caractère personnel qui sont interdits. Cette disposition est toutefois rendue inutilement complexe. Ainsi résulte-t-il de l'article 28, § 5, 4°, de l'avant-projet qu'est interdit tout autre traitement de données à caractère personnel « fondé sur leur prétendu intérêt légitime ». Par ailleurs, indépendamment du fait que, conformément à l'article 6, paragraphe 1, f, 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)', mieux vaut faire état dans le texte néerlandais d'un « gerechtvaardigd belang », on n'aperçoit pas quand un intérêt est légitime et le traitement de données à caractère personnel autorisé ou quand il est « prétendument » légitime et ledit traitement donc interdit.

Aussi serait-il préférable de prévoir à l'article 28, § 5, de l'avant-projet que sont interdits tous les traitements autres que ceux figurant dans les paragraphes 1^{er} à 4 de cet article.

Article 29

16. L'article 29 de l'avant-projet énonce que « [l] es données de consommation visées à l'article 27, 1° issues de la réalisation des tâches et du respect des obligations visés aux articles 6, 7, 12, 13 et 25 se limitent à une représentativité mensuelle ».

La portée de cette disposition est incompréhensible. Invité à fournir des explications à cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« On vise par cette disposition une interdiction de traiter des données agrégées sur une période moins longue qu'une période d'un mois ».

La disposition en projet sera reformulée au regard de ces explications.

Article 31

17.1. L'article 31, § 1^{er}, 3°, de l'avant-projet sanctionne « celui qui, étant soumis aux obligations imposées à l'article 25, ne les respectent (sic) pas ». Les obligations prévues à l'article 25 de l'avant-projet, s'appliquent uniquement au gestionnaire du bâtiment ou site collectif ou, le cas échéant, à une tierce partie désignée par ce dernier. Mieux vaut donc limiter le champ d'application de l'article 31, § 1^{er}, 3°, de l'avant-projet à ces catégories de personnes.

17.2. La peine d'emprisonnement que prévoit l'article 31, § 2, de l'avant-projet dans le cas d'infractions aux arrêtés d'exécution de l'ordonnance à adopter (maximum six mois) est supérieure à la peine d'emprisonnement sanctionnant les infractions aux dispositions mentionnées à l'article 31, § 1^{er}, 1° à 3°, de l'ordonnance à adopter elle-même (un mois).

Selon la Cour constitutionnelle, la constatation de la sévérité de la peine relève du pouvoir d'appréciation du législateur ordonnancier. Le choix de l'échelle des peines ne peut cependant pas aboutir à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables²⁰.

Sans vouloir considérer manifestement déraisonnable la différence précitée entre les peines d'emprisonnement mentionnées à l'article 31, §§ 1^{er} et 2, de l'avant-projet, elle devra néanmoins être adéquatement justifiée.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

²⁰ Voir notamment C.C., 25 janvier 2001, n° 5/2001, B.6.4.2.