



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 61.221/4
du 2 mai 2017

sur

un avant projet de décret de la Région wallonne 'modifiant le
décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché
régional de l'électricité'

Le 24 mars 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre du Budget, de l'Énergie, de la Fonction publique et de la Simplification administrative de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 5 mai 2017^(*), sur un avant projet de décret 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 2 mai 2017. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 2 mai 2017.

*

^(*) Par courriel du 28 mars 2017.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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.

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

L'avant-projet sera précédé d'un arrêté de présentation ¹.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. LA NOTION DE SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL ET LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

1. Dans son avis du 21 février 2017 sur le texte en projet, la CWaPE justifie et résume comme suit le mécanisme mis en place par l'avant-projet à l'examen :

« Le système de soutien à l'électricité verte en Région wallonne repose sur le fonctionnement d'un marché de certificats verts (CV).

Les CV sont octroyés aux producteurs sur base des productions des installations visées. Ils constituent une partie de l'OFFRE de CV sur le marché. Cette offre est logée sur les comptes des producteurs, des fournisseurs, des intermédiaires et des gestionnaires de réseau de distribution (GRD).

Le quota, lui, constitue la DEMANDE de CV. Il est appliqué sur le volume de fourniture soumis à quota de CV, conformément à l'article 39 du décret et à l'article 25 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 30 novembre 2006 relatif à la promotion de l'électricité produite au moyen de sources d'énergie renouvelables ou de cogénération.

Le solde de CV disponibles (offre moins demande) constitue le stock de CV. Toutefois, les producteurs peuvent activer la garantie d'achat des CV pour une partie de ce surplus. Il est alors acheté par le gestionnaire de réseau de transport local (GRTL), Elia, au prix de 65 EUR/CV. Ce coût, tout comme celui du quota de CV, est répercuté sur la facture des consommateurs wallons.

Il est important de préciser que, dans le cadre de l'obligation d'achat de CV par le GRTL, ce dernier n'a d'autre choix que de financer les demandes d'achat qui lui parviennent sans qu'aucune limite ne soit imposée. Pour le régime jusqu'au

^(*) S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 227 et formules F 4-1-10-2 et F 6.

1^{er} juillet 2014, tous les producteurs ne disposaient pas systématiquement d'une garantie d'achat, elle devait faire l'objet d'une demande et d'une procédure spécifiques. Un arrêté ministériel déterminait notamment la période pendant laquelle ils pouvaient bénéficier de cette garantie d'achat. À partir du 1^{er} juillet 2014, avec l'instauration du nouveau régime des enveloppes de CV additionnels et de réservation, tous les producteurs bénéficient d'une garantie d'achat automatique auprès du GRTL pour tous les projets soumis à réservation. Il est donc particulièrement difficile de projeter le volume de CV à acheter par le GRTL.

Comme indiqué dans la proposition CD-16g20-CWaPE-1594 du 20 juillet 2016 de la CWaPE et dans la note du Gouvernement, le volume de CV pouvant être financé par le GRTL sur base de la surcharge actuelle (13,8159 EUR/MWh HTVA) est insuffisant pour qu'il puisse faire face aux demandes d'achat de CV sur la période 2017-2024. Le différentiel global à financer s'établit en millions de CV.

Par ailleurs, il est important de noter que les exonérations de la surcharge CV wallons accordées aux entreprises et autres dans le cadre de l'article 42bis du décret du 12 décembre 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 — qui doivent être remboursées par le GRTL — viennent diminuer les montants disponibles pour l'achat de CV. Les exonérations atteignent leur régime de croisière en 2016 et 2017.

Pour rappel, en 2014, le Gouvernement wallon a décidé de mettre en réserve une partie des CV excédentaires sur le marché auprès de Solar Chest, de manière à maintenir le niveau de la surcharge à 13,8159 EUR/MWh, en application de l'obligation de service public d'achat de CV au prix minimum garanti, telle que stipulée à l'article 34 40 d) du Décret.

[...]

La proposition du Gouvernement wallon, dont il est question ici, est de pratiquer une « temporisation » qui a pour objectif un rééquilibrage du marché des CV sur la période 2016-2026, en veillant à préserver la facture d'électricité du consommateur, en lançant un appel à candidatures pour l'achat de CV au GRTL sur la période 2017-2021, ces derniers étant remis sur le marché entre 2022 et 2026.

En pratique, ces CV excédentaires sont acquis par des 'temporisateurs' durant plusieurs années, pour ensuite être remis sur le marché lorsque le prix de marché est au moins égal au prix minimum garanti auquel ils ont été achetés par le ou les personnes chargées de la mission de temporisation.

[...]

En ce qui concerne l'opération de temporisation, la rémunération octroyée à la ou les personne(s) chargée(s) de l'opération de temporisation est supportée par le budget de la Région. Les paramètres relatifs aux compensations pour l'exécution de cette mission doivent être explicités dans le cahier spécial des charges (CSC) du marché visant la sélection des candidats. Le paiement de la ou des rémunérations liées à l'exécution de la temporisation se fera sur base trimestrielle. Les éventuelles plus-values en cas de vente de CV temporisés sur le marché viendront réduire le montant des rémunérations à verser en exécution du marché public.

Le Gouvernement propose également de ne pas permettre au GRTL, Elia, de choisir entre une opération de mise en réserve ou de temporisation.

Le Gouvernement souhaite que ces deux mécanismes soient distincts et exclusifs. Pour ce faire, il établit les dates relatives aux CV achetés par Elia et pouvant faire exclusivement l'objet d'une mise en réserve ».

2. En substance, poursuivant l'objectif décrit ci-avant, l'auteur de l'avant-projet entend instaurer un système dans lequel une ou plusieurs ² personnes morales, à l'issue d'une procédure d'attribution d'un marché public, seront désignées par le Gouvernement pour exécuter une mission d'intérêt général, qualifiée d'« obligation de service public », consistant :

– à acquérir, auprès du gestionnaire de réseau de transport local des certificats verts vendus à celui-ci entre le 30 juin 2016 et le 31 décembre 2021 en exécution de son obligation de service public visée aux articles 34, 4°, d), et 40, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après, le décret du 12 avril 2001) et non encore supprimés de la banque de données par la CWaPE ;

– à revendre ensuite lesdits certificats verts, à partir du 1^{er} janvier 2022 et jusqu'au 31 décembre 2030, selon les modalités suivantes :

1° pour autant que, sur la base d'un avis de la CWaPE fondé sur les informations relatives aux transactions concernant les certificats verts, le prix du marché soit au moins égal à leur prix d'acquisition, correspondant au prix fixé, au moment de leur acquisition, par le Gouvernement pour l'obligation d'achat visée à l'article 40, alinéa 1^{er}, du décret du 12 avril 2001, les certificats verts faisant l'objet d'une opération de temporisation sont vendus, sur le marché des certificats verts, selon une procédure de mise aux enchères annuelle dont les modalités sont fixées par le ou les personnes désignées à l'issue de la procédure d'attribution de marché, en concertation avec la CWaPE ;

2° au cours des douze mois avant le terme de leur période de temporisation, telle que précisée par le cahier spécial des charges à arrêter par le Gouvernement, les certificats verts n'ayant pu être écoulés sur le marché en application du 1° sont achetés par le gestionnaire du réseau de transport local, au titre de l'obligation de service public visée à l'article 34, 40, f), du décret du 12 avril 2001 au prix auquel ils ont été acquis par la ou les personnes désignées à l'issue de la procédure d'attribution de marché.

La rémunération de la ou des personnes désignées à l'issue de la procédure d'attribution de marché sera calculée comme suit :

– L'ensemble des charges exposées par la personne désignée dans le cadre d'une opération de temporisation est couvert par la rémunération prévue conformément au cahier spécial des charges à arrêter par le Gouvernement.

– Annuellement à compter du 30 juin 2018, l'administration, verse à chaque personne désignée, dans le cadre de la procédure fixée par le Gouvernement dans le cahier

² Voir, ci-après, les observations particulières sur l'article 42/1 en projet.

spécial des charges, le montant relatif à la rémunération de l'opération de temporisation à laquelle cette personne participe. Cette rémunération tient dûment compte des éléments de la comptabilité analytique de la personne désignée, sans que la prise en compte de ces éléments ne puisse entraîner une rémunération supérieure à celle fixée dans le cadre de la procédure d'attribution de marché.

– Si, au 31 décembre d'une année, des plus-values résultant de la vente sur le marché des certificats verts faisant l'objet d'une temporisation, des bénéfices résultant de placements du produit de ces ventes sont réalisés dans le chef d'une personne désignée, ces plus-values et bénéfices viennent réduire les rémunérations à verser pour l'année en cours. L'éventuelle différence positive entre les plus-values, et bénéfices réalisés et la rémunération à verser, reste acquise pour moitié à la personne qui a réalisé les plus-values et bénéfices. L'autre moitié est acquise par la Région.

Enfin, il est prévu que la vente des certificats verts faisant l'objet d'une opération de temporisation et réalisée en concertation avec la CWaPE, ou celle issue d'une éventuelle réalisation des sûretés grevant les certificats faisant l'objet d'une opération de temporisation, ne peut avoir pour effet un abus ou une manipulation du marché des certificats verts au sens de la réglementation européenne applicable.

3. Il ressort du dossier que l'auteur de l'avant-projet entend ainsi attribuer un mandat à une ou plusieurs personnes morales, en vue d'accomplir une mission consistant en un « service d'intérêt économique général », au sens de l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Compte tenu de la conception-même du système en projet, la qualification ainsi conférée au service concerné n'apparaît pas manifestement déraisonnable, dès lors que d'une part, l'auteur de l'avant-projet entend classer l'activité concernée comme étant d'intérêt général et la soumettre à des obligations spécifiques de service public ³, et que, d'autre part, l'activité exercée par la ou les personnes désignées peut être tenue comme ayant notamment pour objet d'« offrir des biens ou des services sur un marché donné » ⁴⁻⁵.

Il s'ensuit qu'au regard du droit de l'Union européenne, le mandat qui sera donné à la ou aux personnes désignées pour remplir la missions de service public concernée, ainsi que le financement de cette mission, seront soumis à un ensemble d'exigences

³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 novembre 2007 accompagnant la communication, intitulée « Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle » – Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM (2007) 725 final.

⁴ C.J.U.E, 18 juin 1998, Commission c. Italie, C-35/96, § 36 ; 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, § 75.

⁵ Sur la notion de « service d'intérêt économique général », voir notamment l'avis 58.287/4 donné le 4 novembre 2015 sur un avant-projet devenu le décret du 11 mars 2016 'modifiant le Livre II du Code de l'Environnement contenant le Code de l'Eau en vue de déclarer les secteurs publics issus du domaine de l'eau comme étant des services d'intérêt économique général' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2015-2016, 369/1, pp. 8-12).

nombreuses et complexes qui se déduisent d'instruments juridiques précis et sont établies au nom du respect des règles relatives au marché intérieur et à la concurrence.

Ces règles, notamment exprimées ou précisées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, trouvent principalement leur siège, leur expression ou leur rappel, dans la communication du 20 décembre 2011 de la Commission 'relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général'⁶, le règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général', la décision de la Commission du 20 décembre 2011 'relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général'⁷ et la communication de la Commission du 11 janvier 2012 'concernant l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011)'⁸.

Les règles contenues dans ces instruments juridiques de l'Union européenne portent notamment sur les conditions à remplir pour charger correctement un prestataire d'effectuer des obligations de service public, sur les paramètres à prendre en compte pour calculer la compensation, sur la nécessité d'éviter toute surcompensation et sur les règles à respecter pour sélectionner le ou les prestataires du service, ce, aux fins de permettre que le mécanisme mis en place ne soit pas susceptible de fausser la concurrence.

En l'espèce, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de s'assurer que l'ensemble des règles précitées seront respectées dans le cadre de l'opération de temporisation envisagée, à défaut de quoi, les avantages générés, sous une forme ou une autre, au profit de la ou des personnes désignées seraient susceptibles d'être qualifiés d'aides incompatibles avec le marché intérieur.

En raison du nombre et de la complexité des règles de droit européen reprises dans les instruments juridiques précités – notamment en qu'elles impliquent des appréciations de nature économiques –, la section de législation ne saurait toutefois en aucune manière prétendre établir si l'opération envisagée sera parfaitement conforme à ces règles.

4. L'attention doit néanmoins être attirée à tout le moins sur les éléments suivants.

4.1. Dans les divers instruments juridiques mentionnés ci-avant, la Commission européenne a notamment rappelé et explicité la jurisprudence en la matière, spécialement

⁶ Commission 2012/C 8/02.

⁷ Décision 2012/21/UE.

⁸ Communication 2012/C 8/03.

l'arrêt Altmark (C-280/00), prononcé par la Cour de justice le 24 juillet 2003, lequel a défini quatre conditions cumulatives qui devaient être respectées pour qu'une compensation d'obligations de service public ne relève pas des aides d'État, et ne soit dès lors pas soumise aux exigences du droit européen en la matière. Ainsi, il ressort de cette décision que des subventions publiques ne constituent pas des aides d'État dans la mesure où elles sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public.

Selon l'arrêt Altmark toujours,

« Aux fins de l'application de ce critère, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier la réunion des conditions suivantes :

- premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;
- deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;
- troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;
- quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations »⁹.

4.2. En l'espèce, le système en projet pose question en ce qui concerne les quatre conditions ainsi énumérées.

4.2.1. S'agissant du mandat conféré à la ou aux personnes désignées, la Commission a notamment énoncé que

« La mission de service public doit être confiée au moyen d'un acte qui, selon la législation des États membres, peut prendre la forme d'un acte législatif ou réglementaire, ou d'un contrat. Cette mission peut aussi être définie dans plusieurs actes. Dans de tels cas, la Commission a pour habitude d'exiger que l'acte ou la série d'actes précisent au minimum :

- a) le contenu et la durée des obligations de service public ;
- b) l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concernés ;
- c) la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise par l'autorité en cause ;

⁹ C.J.U.E, 24 juillet 2003, Altmark, C-280/00, § 95.

- d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ; et
- e) les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières »¹⁰.

Au regard de ces exigences, le texte en projet est sujet à critique dès lors qu'il ne prévoit pas les « modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières », et qu'il s'avère, sous certains aspects, imprécis quant aux obligations de service public imposées aux personnes désignées.

Sur le second point, la section de législation relève plus précisément que l'article 42/1, §§ 3 à 5, §§ 7, 8, 9 et 11, en projet (article 5 de l'avant-projet), tel qu'il est libellé, manque de clarté. Ainsi, se pose la question de savoir à quelle fréquence, pour quelle durée et en quels nombres seront désignées les personnes chargées de la mission de service public de temporisation : s'agit-il de désigner éventuellement plusieurs personnes morales chargées de l'obligation de service public, à l'issue d'une procédure de mise en concurrence réalisée au début de l'opération (§ 3), pour en désigner ensuite, par un mécanisme non autrement précisé, une seule pour chaque année (§§ 4 et 5), ou encore, s'agit-il de désigner indifféremment une ou plusieurs personnes, par le biais d'une procédure de mise en concurrence réalisée annuellement (§§ 4 et 5, §§ 7, 8, 9 et 11) ?

Dans le même ordre d'idées, contrairement à ce que prévoit l'article 42/1, § 8, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet (article 5 de l'avant-projet), dès lors que l'opération de mise aux enchères mentionnée à l'alinéa 1^{er}, 1^o, participe de l'objet de la mission de service public concernée, la détermination des modalités de cette mise aux enchères ne peut être confiée à la ou aux personnes désignées, mais doit l'être au Gouvernement.

4.2.2. Concernant les critères relatifs au mode de calcul et au montant de la compensation, la Commission a rappelé que :

« [...] la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'accomplissement des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable. Tout mécanisme portant sur la sélection du prestataire de service doit dès lors être choisi de manière à ce que le niveau de compensation soit déterminé sur la base de ces éléments »¹¹.

Et que

« 54. Les paramètres de calcul de la compensation doivent être établis au préalable de façon objective et transparente, afin d'éviter que cette compensation ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.

¹⁰ Communication de la Commission 'relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général' (2012/C 08/02), point 52. Les notes de bas de page ont été omises.

¹¹ *Ibid.*, point 60.

55. L'obligation d'établir les paramètres de la compensation au préalable ne signifie pas que cette dernière doit être calculée au moyen d'une formule spécifique (par exemple, un certain prix par jour, par repas, par passager ou par nombre d'utilisateurs). Ce qui importe véritablement, c'est de savoir exactement, dès le départ, comment la compensation est déterminée.

56. Lorsque l'autorité décide de compenser tous les éléments de coût du prestataire, elle doit établir, dès le départ, la façon dont ces coûts seront déterminés et calculés. Seuls les coûts directement liés à la prestation du SIEG peuvent être pris en compte dans ce contexte. Toutes les recettes de l'entreprise générées par la prestation du SIEG doivent être déduites.

57. Lorsque l'entreprise perçoit un bénéfice raisonnable au titre de sa compensation, le mandat doit aussi clairement établir le mode de calcul de ce bénéfice.

58. Lorsqu'une révision du montant de la compensation au cours de la durée du mandat est prévue, l'acte correspondant doit préciser les modalités de la révision et son incidence éventuelle sur le montant total de la compensation.

59. Si le SIEG est attribué selon une procédure d'appel d'offres, la méthode de calcul de la compensation doit figurer dans les informations fournies à l'ensemble des entreprises souhaitant participer à la procédure »¹².

Au regard de ces exigences, force est de constater que le texte en projet ne garantit pas, tel qu'il est rédigé, que les avantages perçus par la ou les personnes désignées, conformément au mécanisme prévu par l'article 42/1, § 11, en projet (article 5 de l'avant-projet), rempliront toutes et chacune des conditions ainsi rappelées.

Si, certes, l'on peut comprendre que certaines modalités d'établissement de la compensation puissent être fixées par le cahier spécial des charges à arrêter par le Gouvernement, il n'en demeure pas moins que le texte en projet est en défaut de fixer les critères à prendre en considération par le Gouvernement pour ce faire, spécialement l'obligation de respecter les exigences précitées, en termes, d'une part, d'absence de surcompensation et d'autre part, de calcul du montant de la compensation, laquelle ne peut couvrir que les coûts engendrés ainsi qu'un bénéfice qui doit demeurer raisonnable.

4.2.3. Concernant l'attribution de la mission de service public par le biais d'une procédure de marché public, la Commission s'est exprimée comme suit :

« 63. Le moyen le plus simple pour les autorités publiques de respecter la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark consiste à organiser une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire conforme [au droit européen dérivé en la matière]. Comme indiqué au point 5, l'organisation d'une telle procédure de marché public est souvent une exigence impérative imposée par les règles en vigueur de l'Union.

64. Même lorsqu'il ne s'agit pas d'une exigence légale, une procédure de marché public ouverte, transparente et non discriminatoire constitue une méthode appropriée pour comparer différentes offres potentielles et fixer la compensation de manière à exclure la présence d'une aide.

¹² *Ibid.*, points 54 à 59.

65. Sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice, une procédure de marché public n'exclut l'existence d'une aide d'État que si elle permet de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au 'moindre coût pour la collectivité'.

66. En ce qui concerne les caractéristiques de l'appel d'offres, une procédure ouverte conforme aux règles existant en matière de marchés publics est certainement acceptable mais une procédure restreinte peut aussi satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark, sauf si l'on empêche les opérateurs intéressés de soumissionner sans raison valable. Par ailleurs, un dialogue compétitif ou une procédure négociée avec publication confèrent une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur et peuvent restreindre la participation des opérateurs intéressés. Ils ne peuvent donc être considérés comme suffisants pour satisfaire à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark que dans des cas exceptionnels. La procédure négociée sans publication d'un avis de marché ne peut garantir la sélection d'un candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité.

67. En ce qui concerne les critères d'attribution, le 'prix le plus bas' satisfait bien entendu à la quatrième condition établie par l'arrêt Altmark. L'offre économiquement la plus avantageuse est aussi jugée suffisante, pour autant que les critères d'attribution, y compris les critères environnementaux ou sociaux, soient en rapport avec l'objet de la prestation de service et permettent à l'offre économiquement la plus avantageuse de correspondre à la valeur du marché. En de telles circonstances, il peut être utile de recourir à un mécanisme de rattrapage pour minimiser le risque de surcompensation a priori. Le pouvoir adjudicateur est libre de définir des normes qualitatives dont le respect s'impose à tous les opérateurs économiques ou de prendre en compte des aspects qualitatifs propres aux différentes propositions dans sa décision d'attribution.

68. Enfin, il peut arriver qu'une procédure de passation de marchés ne puisse permettre un moindre coût pour la collectivité du fait qu'elle n'entraîne pas une concurrence ouverte et réelle suffisante. Cela pourrait être le cas, par exemple, en raison des spécificités de la prestation de service en cause ou du fait de la détention de droits de propriété intellectuelle ou de l'infrastructure nécessaire par un prestataire de service particulier. De la même manière, dans le cas de procédures dans lesquelles une seule offre est présentée, celle-ci ne peut être considérée comme suffisante pour garantir le moindre coût pour la collectivité »¹³.

Le texte en projet, qui prévoit certes le recours à une procédure de marché public¹⁴, est en défaut d'imposer une procédure déterminée, et en tout cas, est en défaut d'imposer le choix d'une procédure de nature à garantir une concurrence suffisante et à permettre l'attribution de cette mission au(x) prestataire(s) offrant le prix le plus bas ou présentant l'offre économiquement la plus avantageuse.

Si le texte en projet devait alors être réexaminé dans son principe, il y aura lieu, le cas échéant, de tenir compte, selon les montants en jeu, du règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 'relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le

¹³ *Ibid.*, points 63 à 68. Les notes de bas de page ont été omises.

¹⁴ Encore faut-il que cette qualification puisse être considérée comme étant correcte, au regard du droit européen et du droit interne. Sur cette question, voir, ci-après, l'observation générale II.

fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général'.

Sur ce point toutefois, il y aura lieu d'avoir égard à la qualification juridique qui devra être conférée à l'opération envisagée, comme exposé à l'observation générale II ci-après.

5. L'ensemble de l'avant-projet sera réexaminé à la lumière des observations qui précèdent.

II. MARCHÉ PUBLIC OU CONCESSION DE SERVICE PUBLIC ?

1. Comme mentionné ci-avant, le texte en projet impose le recours à une procédure de marché public, mais est en défaut d'imposer le recours, parmi les différentes procédures d'attribution, à une procédure qui soit de nature à garantir une concurrence suffisante et à permettre l'attribution de la mission de service public au(x) prestataire(s) offrant le prix le plus bas ou présentant l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par ailleurs, l'avant-projet à l'examen impose le recours à un marché public « passé conformément à la réglementation relative aux marchés publics », laquelle relève, en ce qui concerne la fixation des règles générales, de la compétence de l'autorité fédérale¹⁵, la compétence des communautés et des régions leur permettant uniquement de fixer des règles complémentaires dans le cadre des matières qui relèvent de leur compétence, règles complémentaires qui ne peuvent pas déroger aux règles générales, sauf s'il peut être recouru aux pouvoirs implicites visés à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980¹⁶.

Dans ce contexte, de deux choses l'une :

– soit la réglementation fédérale en matière de marchés publics, complexe et technique, trouvera, en soi, à s'appliquer au mécanisme mis en place par le texte en projet : dans ce cas, il appartient uniquement au législateur régional de déterminer le type de procédure à suivre, conformément à ce qui a été observé au point 4 de l'observation générale I ;

– soit la réglementation fédérale en matière de marchés publics ne trouvera pas à s'appliquer au mécanisme mis en place par le texte en projet : dans ce cas, rien ne s'oppose

¹⁵ Loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles', article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1^o.

¹⁶ Avis 38.703/1/V donné le 6 septembre 2005 sur l'avant-projet devenu la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2237/001, p. 134, observation 4, comprenant des références à l'exposé des motifs du projet devenu la loi spéciale du 8 août 1988 (*Doc. parl.*, Chambre, 1988, n° 516/1, p.10) ; C.C., 23 avril 1992, n° 32/92, B.3.4 ; C.C., 23 décembre 1992, n° 79/92, B.3.c ; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Anvers, Maklu, 1999, p. 763, n° 45. Voir également J. VANPRAET, *De latente staatsvorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2011, n° 70.

a priori à ce que le législateur régional rende celle-ci applicable au mécanisme ici concerné, tout en déterminant le type de procédure à suivre, conformément à ce qui a été observé au point 4 de l'observation générale I.

Quoi qu'il en soit, dès lors que, comme il ressort du dossier transmis à la section de législation, l'intention est de se conformer à la quatrième condition de la jurisprudence *Altmark*, tel que rappelée ci-avant, il appartient donc à l'auteur de l'avant-projet, qui dispose, dans tous les cas, de la compétence pour ce faire, d'imposer le recours à une ou plusieurs procédures d'attribution de nature à garantir une concurrence suffisante et à permettre l'attribution au(x) prestataire(s) offrant le prix le plus bas ou présentant l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. Il reste toutefois que dès lors que l'opération ici envisagée consiste à confier la prestation d'un service d'intérêt économique général à une ou plusieurs personnes désignées, qui, par ailleurs, seront rémunérées, selon le cas et conformément à l'article 42/1, § 11, en projet, soit par une rémunération encore à déterminer à charge du budget de la Région wallonne, soit par la perception de tout ou partie des bénéfices générés par l'opération soit, encore, par une combinaison des deux, la question se pose de savoir si l'opération concernée ne relèvera pas plus de la figure juridique de la « concession de service », telle que visée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession', transposée en droit belge par la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', que de la figure juridique du « marché public au sens strict »¹⁷.

En effet, selon l'article 5, 1), alinéa 1^{er}, b) de la directive 2014/23/UE et selon l'article 2, 7^o, alinéa 1^{er}, b), de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', la « concession de services » est

« [...] un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux [...] à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ».

Certes, s'agissant du caractère onéreux du contrat, les mêmes dispositions précisent que

« [l']attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque,

¹⁷ L'expression « marché public au sens strict » est ici employée dès lors que, comme l'a déjà observé la section de législation, la compétence de l'autorité fédérale pour adopter la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' qui assure la transposition de la directive 2014/23/UE relève de sa compétence pour adopter les règles générales en matière de marchés publics (avis 58.235/1 donné le 17 novembre 2015 sur un avant-projet devenu la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1541/001, pp. 377-378)).

dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Or, en l'espèce, le risque qui serait supporté par la ou les personnes désignées apparaît réduit, compte tenu de l'article 42/1, §§ 8 et 11, en projet (article 5 de l'avant-projet).

Cependant, la section de législation est, par essence, en raison même des conditions de sa saisine, amenée à se prononcer sur l'opération envisagée, à un stade très précoce, dès lors spécialement que le montant de la rémunération qui sera due éventuellement au(x) prestataire(s) désignés n'est pas déterminé, de même que le cahier spécial des charges qui précisera les droits et obligations du ou des prestataire(s) n'est pas encore arrêté, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer avec précision et de manière définitive la qualification juridique de l'opération envisagée.

Il n'empêche que, en raison même de la définition rappelée ci-avant de la notion de « concession de service », le doute subsiste, auquel s'ajoute un autre questionnement, dans la mesure où, même s'il devait être conclu que les opérations en projet doivent être qualifiées de concessions de service, encore l'applicabilité de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' dépendra-t-elle de l'entrée en vigueur de celle-ci ¹⁸ et de la valeur de l'opération, qui devra être supérieure à un seuil qu'il appartient encore au Roi de fixer en vertu de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de cette loi.

3. Vu les incertitudes liées à la qualification juridique des opérations envisagées, il se recommande de prévoir, dans le texte en projet, non pas le recours à un « marché public passé conformément à la réglementation relative aux marchés publics », mais de prévoir que le Gouvernement devra recourir à une procédure de désignation, qui en tout état de cause garantira le respect de la jurisprudence Altmark que ce soit dans le cadre de la réglementation en matière de marchés publics ou de la concession de service, voire d'un régime spécifique pour le cas où ces législations ne seraient pas applicables.

* *

*

Compte tenu du caractère fondamental des observations qui précèdent, les observations particulières se limitent aux observations suivantes.

¹⁸ En effet, selon l'article 69 de cette loi, c'est au Roi qu'il appartient de fixer la date de son entrée en vigueur, date qui, en l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, n'a pas encore été fixée.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Dispositif

Article 5

article 42/1, § 5, en projet

Conformément aux autres paragraphes de la disposition en projet, l'auteur du texte écrira « au paragraphe 3 » et non « au paragraphe 4 ». La section de législation s'interroge par ailleurs sur les nombreuses variations terminologiques quant à la désignation de cette personne.

article 42/1, § 7, en projet

1. À l'alinéa 2, l'on écrira « ne peuvent être gagés qu'au profit des créanciers », et non « ne peuvent être gagés uniquement au profit des créanciers ».

2. Comme la section de législation l'a souvent rappelé, l'attribution directe par le décret de compétences à un ministre est contraire à l'article 69 de la loi spéciale 'de réformes institutionnelles' du 8 août 1980. En effet, il n'appartient qu'aux gouvernements des entités fédérées d'attribuer, s'ils le jugent opportun, des compétences d'exécution d'un décret ou d'une ordonnance à leurs membres.

Il n'appartient donc pas à un décret, comme le prévoit le paragraphe 7, alinéa 4, en projet, de prévoir la communication d'un rapport de synthèse au ministre, à charge pour lui de le « [transmettre] ensuite au Gouvernement ».

Cette disposition doit prévoir que le rapport de synthèse est transmis au Gouvernement.

Le texte en projet sera revu en conséquence.

article 42/1, § 11, alinéa 3, en projet

À la dernière phrase, les mots « pour moitié » figurent par erreur dans la disposition et seront omis.

article 42/1, § 2, alinéa 4, en projet

Les mots « dont elle tient, le cas échéant le plus grand compte » seront omis. En effet, il va de soi dans le contexte de la disposition que la CWaPE doit tenir compte des observations recueillies auprès de la CREG.

Par ailleurs, l'expression « tenir le plus grand compte » manque de précision.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre LIÉNARDY