

# CHAPITRE I.

## CONTOURS D'UNE INDÉPENDANCE SOUS PRESSION

Yseult MARIQUE

*Senior Lecturer* à l'Université d'Essex  
Chercheuse à l'Université Allemande des Sciences Administratives  
de Spire

et

Emmanuel SLAUTSKY

Professeur à l'Université libre de Bruxelles  
(Centre de droit public et social)  
Chercheur affilié au Leuven Center for Public Law (KU Leuven)

### Introduction

Entreprise à partir des années 1980 dans le secteur des télécommunications et, dans la foulée, dans les secteurs de l'énergie, des postes et du transport, la libéralisation européenne des industries de réseau s'est organisée autour de quatre principes économiques principaux<sup>1</sup> :

- les entreprises intégrées actives dans ces secteurs doivent être divisées en plusieurs entités autonomes (séparation verticale des activités de gestion des réseaux et des activités de services) ;
- les gestionnaires de l'infrastructure doivent en fournir l'accès à tous les fournisseurs de services de façon non-discriminatoire ;
- les marchés sont ouverts à la concurrence ;

---

1. A. DE STREEL, A. GAUTIER et X. WAUTHY, « La régulation des industries de réseau en Belgique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2011, p. 77.

- une régulation résiduelle du marché est maintenue et confiée à un régulateur sectoriel, créé au niveau national et indépendant des opérateurs du secteur et des autres pouvoirs publics, dont l'action vient en complément du rôle joué par les autorités de la concurrence. Ces dernières doivent, avant toute chose, assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés, tandis que les objectifs des régulateurs sectoriels sont souvent plus variés.

Ces principes ont été déclinés, selon des modalités diverses et évolutives, dans les différents instruments de droit dérivé adoptés au niveau européen pour libéraliser les secteurs concernés. La présente contribution porte sur le quatrième principe identifié, à savoir l'attribution de la régulation des industries de réseau libéralisées à des autorités indépendantes sectorielles.

Sur un plan général, le rôle premier de ces autorités indépendantes sectorielles est d'œuvrer au développement de la concurrence dans les marchés libéralisés, notamment en contrôlant les conditions d'accès des opérateurs aux réseaux, ceux-ci constituant souvent des monopoles naturels<sup>2</sup>. Il est souvent adjoint à cette première mission assignée au régulateur l'obligation de ménager, en même temps que l'ouverture à la concurrence du marché et le bon fonctionnement de celui-ci, le respect d'intérêts concurrents comme la protection des consommateurs, la protection de l'environnement ou l'accès de tous à certains services essentiels. C'est ainsi que, selon G. Eckert, l'autorité de régulation peut être définie comme une institution publique – dotée ou non de la personnalité juridique – chargée d'établir et de préserver, dans un secteur d'activité économique donné, un certain équilibre entre la concurrence et d'autres objectifs d'intérêt général déterminés par le législateur<sup>3</sup>. La recherche d'un tel équilibre entraîne, inévitablement, une marge d'appréciation dans le chef de l'autorité de régulation et pose, partant, la question des rapports entre l'autorité indépendante et les institutions représentatives (le Parlement et le gouvernement), ces dernières étant, en principe, en première ligne pour définir les orientations des politiques publiques mise en œuvre dans les secteurs concernés, tout en assumant les conséquences politiques de ces choix devant les citoyens. La circonstance que les choix posés par l'autorité indépendante sont présentés parfois comme étant

2. A. OTTOW, *Market and Competition Authorities*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 27 et 28.

3. G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012, p. 630.

des choix techniques, dépourvus de caractère « politique »<sup>4</sup>, n'infirmes pas que ces régulateurs disposent d'une véritable marge d'appréciation dans l'exercice de leurs compétences<sup>5</sup>.

La présente contribution revient, d'abord, sur les dispositions du droit européen qui imposent aux États membres de confier la régulation économique des secteurs de l'électricité, des communications électroniques et du transport ferroviaire à des autorités indépendantes (section 1). Elle analyse, dans ce contexte, la *ratio legis* et la portée exacte des dispositions de droit européen pertinentes, en mettant en évidence les possibilités de contrôle gouvernemental et de contrôle parlementaire sur l'autorité indépendante, ainsi que le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de ces dispositions. Celle-ci privilégie « une conception large de l'indépendance pour ce qui concerne les compétences spécifiques dévolues aux autorités indépendantes »<sup>6</sup>. L'obligation de confier la régulation des postes et du gaz à des autorités indépendantes n'est pas examinée ici dans le détail<sup>7</sup>, mais les développements qui suivent sont pertinents pour l'analyse du statut des régulateurs de ces deux secteurs également.

La contribution examine, ensuite, comment les exigences du droit européen ont été transposées en Belgique, en revenant plus particulièrement sur les contours de l'indépendance dont jouissent la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) et le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'Exploitation de l'Aéroport de Bruxelles-National (le Service de Régulation), tant par rapport au secteur privé qu'aux autres autorités publiques (section 2). Ces trois autorités indépendantes fédérales sont donc au centre de la présente contribution. Les contours exacts de l'indépendance dont doivent jouir ces régulateurs font l'objet de contestations régulières : le législateur, les gouvernements et les autorités indépendantes, notamment, ne s'accordent pas toujours sur ce que cette indépendance implique. Cette indépendance est, en d'autres termes, un enjeu politique récurrent en Belgique.

4. Conclusions de l'avocat général G. PITRUZZELLA dans l'affaire C-718/18, *Commission / Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, 141.

5. S. LAVRIJSSEN, « Towards a European Principle of Independence : The Ongoing Constitutionalisation of an Independent Energy Regulator », *Carbon and climate law review*, 2022, p. 25.

6. Conclusions de l'avocat général G. PITRUZZELLA dans l'affaire C-718/18, *Commission / Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, note 44.

7. Article 22 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (telle qu'amendée en 2008) ; article 39 de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

S'il est vrai que d'autres États membres ont également connu des incertitudes quant à l'indépendance exacte à reconnaître à leurs autorités indépendantes, la Belgique se démarque des autres pays par une résistance particulièrement intense et répétée face aux exigences européennes. Il est donc important de chercher à éclairer les tensions identifiées en Belgique. Trois pistes de réflexion seront offertes, à savoir (1) une difficulté constitutionnelle, en Belgique, par rapport à la notion même de régulation indépendante de l'économie, principalement exprimée par la section de législation du Conseil d'État ; (2) un décalage entre des autorités indépendantes inscrites dans une culture néolibérale et la tradition néocorporatiste prévalant dans certains des secteurs concernés avant leur libéralisation ; (3) la menace que fait peser l'indépendance des autorités indépendantes sur des intérêts publics et privés établis. Ce sont principalement les deux premiers points qui seront détaillés (section 3).

## Section 1. L'indépendance des régulateurs des industries de réseau en droit européen : une exigence de plus en plus poussée

L'obligation pour les États membres de créer des autorités indépendantes de régulation des marchés des communications électroniques, de l'électricité et du transport ferroviaire s'est, dans un premier temps, inscrite dans le prolongement du principe de séparation entre les fonctions d'opérateur et de régulateur (§ 1). Désormais, l'indépendance des régulateurs par rapport aux autres autorités publiques et, notamment, par rapport aux gouvernements et aux Parlements nationaux, est exigée même en l'absence d'intérêts patrimoniaux des États membres dans les secteurs concernés (§ 2). Elle fait l'objet de dispositions précises dans des instruments de droit européen dérivés sectoriels (§ 3).

### § 1. Le principe de séparation des fonctions d'opérateur et de régulateur

Dès le début de la libéralisation du marché des télécommunications, la Commission européenne posait, à l'article 6 de la directive 88/301/CE relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, la règle selon laquelle « la formalisation des spécifications [des appareils terminaux] et le contrôle de leur application ainsi que l'agrément sont effectués par une entité indépendante des entreprises

publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications ». Amenée à se prononcer sur cette disposition, la Cour de justice y a vu une exigence découlant du système de concurrence non-faussée prévu par le Traité de Rome et une condition de l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques<sup>8</sup>. Selon la Cour, en effet :

« Confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents ».

La situation de conflit d'intérêts est en effet manifeste. Dans la ligne de cet arrêt, la Cour de justice a plus largement consacré l'existence d'un principe découlant du Traité de Rome – le principe de séparation des fonctions d'opérateur et de régulateur –, selon lequel les États membres ne peuvent confier à une entreprise la mission de réglementer ou de contrôler des questions d'accès ou de fonctionnement d'un marché sur lequel elle se trouve en concurrence avec d'autres opérateurs<sup>9</sup>. Dans différents instruments ultérieurs, le législateur européen a étendu l'exigence de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur à l'État actionnaire, et non plus seulement l'État exploitant<sup>10</sup>.

Ce principe de séparation des fonctions d'opérateur et de régulateur a été, jusqu'à la fin des années 2000, le principe justifiant et donnant la mesure de l'obligation des États membres de créer des autorités indépendantes de régulation dans les industries de réseau<sup>11</sup>.

8. C.J., 19 mars 1991, C-202/88, *France c. Commission*, 51. Voy. aussi C.J., 27 octobre 1993, C-69/91, *Decoster*, 16 ; C.J., 27 octobre 1993, C-92/91, *Taillandier*, 15, selon lesquels les directions différentes d'une même administration ne peuvent, du point de vue de l'article 6 de la directive 88/301/CE, être considérées comme suffisamment indépendantes l'une de l'autre.

9. C.J., 13 décembre 1991, C-18/88, *R.T.T. c. GB-Inno-BM SA*, 25 et 26 ; C.J., 27 octobre 1993, C-46/90, *Procureur du Roi c. Lagache*, 44 ; C.J., 12 février 1998, C-163/96, *Raso*, 28 et 29 ; C.J., 1<sup>er</sup> juillet 2008, C-49/07, *MOTOE*, 51. Un arrêt plus ancien de la Cour de justice avait ouvert la voie à la reconnaissance par le droit primaire de ce principe de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur : C.J., 20 mars 1985, C-41/83, *Italie c. Commission*. L'initiative du mouvement est donc jurisprudentielle.

10. Voy. par exemple l'article 1<sup>er</sup> de la directive 97/51/CE modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications.

11. Article 3 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ; article 2 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour

## § 2. L'indépendance des régulateurs des industries de réseau : un nouveau fondement à partir de 2009

À partir de 2009, l'exigence d'indépendance applicable aux régulateurs nationaux des industries de réseau change de sens. Le fondement de cette indépendance n'est plus seulement une conséquence du principe de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur : elle doit désormais exister, en particulier vis-à-vis du gouvernement, même dans des cas où l'État n'est pas lui-même actif sur le marché.

Dans le secteur des communications électroniques, d'abord, un nouveau paragraphe est ajouté en 2009 à l'article 3 de la directive 2002/21/CE, la disposition garantissant à l'époque l'indépendance de ces autorités<sup>12</sup>, en vue de prévoir que les « autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises [...] agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire ».

En comparaison avec la situation précédente, ce nouveau paragraphe consacre ainsi une conception plus exigeante de l'indépendance des régulateurs nationaux, puisque celle-ci doit s'appliquer, pour ce qui concerne la régulation *ex ante* du marché et le règlement des litiges entre entreprises, indépendamment des intérêts patrimoniaux de l'État dans le secteur des communications électroniques<sup>13</sup>. La Cour de justice a eu l'occasion de le répéter, lorsqu'elle a décidé que si « l'article 3 de la directive-cadre, dans sa version initiale, visait,

le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE ; article 30 de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité.

12. L'ajout est opéré par l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

13. G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique*, 2012, p. 633 ; S. HOYNCK, « Indépendant de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *Revue française d'administration publique*, 2012, pp. 796 et 797.

pour l'essentiel, conformément audit onzième considérant, à garantir l'indépendance et l'impartialité des [régulateurs] en assurant la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, le législateur de l'Union a, avec la directive 2009/140 et ainsi que cela ressort du considérant 13 de celle-ci, entendu renforcer l'indépendance des [régulateurs] afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions »<sup>14</sup>.

Dans le secteur de l'électricité, une réforme du cadre européen intervient également en 2009. La directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE est adoptée en vue de remédier aux défauts identifiés et, spécialement, en vue de renforcer l'efficacité de la régulation nationale du marché de l'électricité<sup>15</sup>. Dans cette optique, l'indépendance des autorités de régulation est substantiellement renforcée : l'indépendance de ces autorités nationales de régulation par rapport aux autres autorités publiques est en effet prévue par l'article 35 de la directive même en l'absence de liens dans le chef de ces dernières avec un opérateur du marché de l'électricité.

Dans le secteur du transport ferroviaire, une solution similaire est retenue en 2012 par l'article 55 de la directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen.

Dès lors qu'elle n'est plus uniquement liée au principe de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur et à la crainte des conflits d'intérêts qui sous-tend ce principe, l'indépendance attendue des régulateurs change de sens. Cette exigence peut désormais se comprendre, d'abord, comme une réponse à la crainte que, dans les secteurs concernés, le gouvernement, soumis à la pression de l'opinion publique et otage de jeux partisans, ne soit pas en mesure de poursuivre la politique de long terme qu'imposerait pourtant l'intérêt général<sup>16</sup>. Confier la régulation économique des industries de réseau à des régulateurs indépendants du gouvernement permettrait

14. C.J., 26 juillet 2017, C-560/15, *Europa Way et Persidera*, 51.

15. Commission européenne, *Proposition de directive modifiant la directive 2003/54/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*, 19 septembre 2007, COM(2007) 528 final, p. 8.

16. L'idée de recourir à des autorités indépendantes pour faire face au problème du court-termisme démocratique est notamment discutée par G. MAJONE, « Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions », *European University Institute - Robert Schuman Centre of Advanced Studies Working Paper*, n° 57, 1996.

d'augmenter la confiance des investisseurs et des opérateurs économiques actifs sur le marché dans l'impartialité et la stabilité de la régulation<sup>17</sup>. L'avocat général G. Pitruzzella exprime cette idée de la manière suivante<sup>18</sup> :

« [...] la stricte séparation par rapport au pouvoir politique permet aux [régulateurs nationaux] d'inscrire leur action dans une perspective à long terme, qui est nécessaire pour réaliser les objectifs des directives, en libérant leurs décisions des contraintes liées au cycle électoral, auxquelles sont au contraire liés les titulaires des fonctions politiques. Ce lien, qui permet certes le rattachement aux demandes et aux besoins présents dans la société et représentés dans l'opinion publique, est la vertu principale de la démocratie représentative, mais peut devenir son « talon d'Achille » lorsqu'il empêche, dans des matières techniques, d'adopter une perspective à long terme susceptible de résister aux pressions des intérêts sectoriels ».

De surcroît, dans le contexte européen, confier la régulation des industries de réseau à des régulateurs indépendants des autres pouvoirs publics permet aussi d'augmenter l'effectivité du droit européen<sup>19</sup>. Ces régulateurs indépendants peuvent en effet davantage faire abstraction des intérêts nationaux, éventuellement contradictoires par rapport aux objectifs poursuivis au niveau européen, pour se focaliser sur la réalisation de ces derniers dans l'exercice de leurs compétences<sup>20</sup>.

17. S. LAVRIJSSEN et A. OTTOW, « Independent Supervisory Authorities : A Fragile Concept », *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 424.

18. Conclusions dans l'affaire C-718/18, *Commission / Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, note 44.

19. M. EGEBERG, « EU Administration : Centre Formation and Multilevelness », *Revue française d'administration publique*, 2012, p. 26 ; G. DELLIS, « Servant of two masters or Trojan horse? Independent regulators in EU Member States, the principal-agent problem and the attempt for an undercover federalization of the European Union », in J.-B. AUBY (dir.), *The future of administrative law*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 183-200. Voy. aussi C. HOCEPIED et R. QUECK, « De la légitimité des autorités réglementaires indépendantes dans le secteur des communications électroniques », in C. DE TERWAGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER et R. QUECK (dir.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 229-232.

20. Pour plus de détails, voy. E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 274-284.

### § 3. La portée actuelle de l'indépendance des régulateurs des industries de réseau en droit européen

Bien qu'exigée avec une portée et une précision croissantes par le droit de l'Union européenne, l'indépendance des régulateurs nationaux des industries de réseau ne peut être que relative (A.). Celle-ci se décline de façon en partie différente en ce qui concerne les régulateurs des communications électroniques (B.), les régulateurs nationaux de l'électricité (C.) et les régulateurs nationaux du transport ferroviaire (D.).

#### A. L'indépendance, une notion relative

Comme en a jugé la Cour de justice, « [e]n matière d'organe public, le terme "indépendance" désigne normalement un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression »<sup>21</sup>. Toutefois, même ainsi définie de manière large, l'indépendance d'une autorité ne peut être que relative<sup>22</sup>. Les autorités indépendantes n'opèrent en effet pas de manière désincarnée, hors de tout cadre institutionnel et juridique. Elles doivent agir dans le respect des normes juridiques qui s'imposent à leur action, interagissent régulièrement avec d'autres acteurs et sont fréquemment amenées à s'appuyer sur l'expertise ou les informations de tiers pour exercer leurs missions. En outre, comme le souligne l'avocat-général Bobek, « l'indépendance ne peut guère être conçue comme une notion unitaire, une sorte de modèle unique standard, constitué d'un ensemble de garanties universellement applicables à tous les organismes indépendants selon les mêmes modalités. L'indépendance correspond plutôt à une échelle, dont on gravirait ou descendrait les échelons pour se positionner à un certain niveau, en fonction de la distance que le ou les acteurs concernés doivent avoir pour mener à bien de manière indépendante les tâches qui leur sont confiées »<sup>23</sup>.

21. C.J., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*, 18.

22. F. GILARDI et M. MAGGETTI, « The independence of regulatory authorities », in D. LEVI-FAUR (dir.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 202.

23. Conclusions présentées le 23 janvier 2018 dans l'affaire C-530/16, *Commission européenne c. Pologne*, 32.

Analytiquement, l'indépendance s'apprécie sur les plans de l'institution, du statut du personnel (de direction), des finances et de la prise de décision, c'est-à-dire sur le plan de l'indépendance fonctionnelle<sup>24</sup>. Selon, toujours, l'avocat-général Bobek :

« Le noyau dur de l'indépendance [...] correspond à l'« indépendance décisionnelle » : l'organisme doit pouvoir prendre une décision, dans le cas concret dont il est saisi, de façon impartiale, sans avoir à recevoir d'instructions au préalable ni craindre d'éventuelles répercussions après l'adoption de la décision. Au-delà de ce noyau dur, l'autorité administrative peut être située à plusieurs niveaux supérieurs de cette échelle lorsqu'une plus grande impartialité est nécessaire : elle peut ainsi être dotée de sa propre personnalité juridique, mais également disposer de garanties contre la révocation de ses membres, d'un budget propre et/ou d'une totale autonomie administrative et d'autres éléments. Au niveau le plus élevé de cette échelle, une autorité administrative hautement indépendante et donc impartiale bénéficiera donc de garanties qui ne seraient pas très éloignées de celles requises spécialement pour l'exercice de fonctions juridictionnelles »<sup>25</sup>.

Les différents instruments sectoriels de droit dérivé applicables dans les industries de réseau définissent, selon des modalités en partie distinctes, l'étendue de l'indépendance qui est exigée des régulateurs nationaux de ces secteurs<sup>26</sup>. Un aperçu non-exhaustif de ces exigences est donné ci-après. De manière générale, le statut des régulateurs concernés ne fait pas l'objet d'une harmonisation complète au niveau européen. Partant, dans les marges qui leur sont laissées par le droit européen lors de la transposition des directives, les États membres sont libres de définir eux-mêmes le statut de leurs régulateurs, dans le cadre de leur autonomie institutionnelle. Ce faisant, toutefois, il leur est interdit de mettre en danger la pleine effectivité du droit européen, ce que peut vérifier la Cour de justice, à la demande de la Commission ou dans le cadre d'un renvoi préjudiciel<sup>27</sup>.

24. M. SCHOLTEN, « Independent, Hence Unaccountable ? – The Need for a Broader Debate on of the Executive », *Review of European Administrative Law*, 2011, p. 6.

25. Conclusions présentées le 23 janvier 2018 dans l'affaire C-530/16, *Commission européenne c. Pologne*, 33.

26. J.-F. FURNÉMONT et M. JANSSEN, « Independence of Regulatory Authorities in the Network Industries: When (and Why) the European Lawmaker Does the Splits », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016, pp. 160-167 ; N. ATHANASIADOU, « Independent Regulatory Authorities at the EU and Member State Level: Towards Different Standards of "Independence" ? », in J.-B. AUBY (dir.), *Le futur du droit administratif*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 201-220.

27. Voy. par exemple C.J., 29 octobre 2009, C-274/08, *Commission c. Suède* (régulateur de l'énergie) ; C.J., 29 octobre 2009, C-474/08, *Commission c. Belgique* (régulateur de l'énergie) ; C.J. 3 décembre 2009, C-424/07, *Commission c. Allemagne* (régulateur des communications électroniques) ; C.J., 19 octobre 2016, C-424/15, *Ormaetxea Garai et*



## CONTOURS D'UNE INDÉPENDANCE SOUS PRESSION

En tout état de cause, la circonstance que l'existence même des régulateurs nationaux des industries de réseau et la liste de leurs compétences minimales sont prévues par le droit européen, plutôt que par des législations nationales, a, par elle-même, pour effet de renforcer l'indépendance des régulateurs : elle limite en effet les possibilités du législateur national de mettre en cause l'existence des régulateurs ou l'étendue de leurs compétences en guise de représailles, par exemple, contre une décision des régulateurs qui n'aurait pas plu au monde politique ou à certains acteurs publics ou privés influents. De telles « représailles » supposeraient, en effet, une modification du cadre législatif européen, ce qui suppose un consensus large à l'échelle européenne, vu les rôles respectifs de la Commission, du Conseil et du Parlement européen dans la procédure législative de l'Union requise pour l'adoption des instruments européens sectoriels pertinents.

### B. L'indépendance des régulateurs des communications électroniques

#### 1. Les contours de l'indépendance des régulateurs des communications électroniques



À l'heure actuelle, la directive 2018/1972/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte) définit la portée de l'exigence d'indépendance attendue des régulateurs nationaux dans le secteur des communications électroniques.



L'article 5 de la directive prévoit, tout d'abord, une liste de compétences dont doivent jouir les régulateurs nationaux. Les tâches visées sont principalement la mise en œuvre de la régulation *ex ante* du marché, notamment l'imposition d'obligations aux opérateurs en matière d'accès et d'interconnexion, et le règlement des litiges entre entreprises. Est aussi prévue l'attribution au régulateur de missions en rapport avec la gestion du spectre radioélectrique, la protection des droits des utilisateurs finaux dans le secteur des communications électroniques (en coordination, le cas échéant, avec d'autres autorités compétentes), le suivi du marché en ce qui concerne l'accès à un internet ouvert, le calcul du coût du service universel et l'évaluation de la charge qui en découle pour l'opérateur

---

*Lorenzo Almedros* (régulateur des communications électroniques). C.J., 26 juillet 2017, C-560/15, *Europa Way et Persidera* (régulateur des communications électroniques) ; C.J., 3 décembre 2020, C-767/19, *Commission c. Belgique* (régulateur de l'énergie) ; C.J., 2 septembre 2021, C-718/18, *Commission c. Allemagne* (*Transposition des directives 2009/72 et 2009/73*) (régulateur de l'énergie).



qui le preste et la portabilité des numéros d'un fournisseur à l'autre. Les États membres peuvent confier d'autres missions à leurs régulateurs, que celles-ci découlent du droit européen ou du droit national. Ces tâches doivent, alors, selon la Commission européenne, également être exercées sous le régime d'indépendance exposé ci-après<sup>28</sup>.

Les articles 6 à 9 de la directive 2018/1972/UE garantissent l'indépendance des régulateurs nationaux des communications électroniques sur les plans de l'institution, du personnel, des finances et de la prise de décision.

Parmi ces dispositions, l'article 6 de la directive prévoit, d'abord, que les États membres garantissent l'indépendance des régulateurs en faisant en sorte que ceux-ci soient juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants de toute personne physique ou morale assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Ce sont tant les rôles d'exploitant et d'actionnaire qui doivent être maintenus distincts du rôle de régulateur. Cette disposition consacre donc l'indépendance du régulateur sur les plans institutionnels et fonctionnels, mais seulement vis-à-vis des acteurs (publics ou privés) du secteur.

L'article 8 de la directive va plus loin : les régulateurs nationaux doivent plus généralement agir de manière indépendante et objective, y compris en ce qui concerne l'élaboration de procédures internes et l'organisation du personnel. Ils doivent aussi exercer leurs activités de façon transparente et responsable conformément au droit de l'Union, et ne solliciter ni n'accepter d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit de l'Union. Ici, l'indépendance du régulateur, sur les plans institutionnels et décisionnels, n'est donc plus limitée à une indépendance par rapport aux opérateurs du secteur. Elle doit être respectée en ce compris vis-à-vis des autres autorités publiques. Le considérant 35 de la directive 2018/1972/UE définit d'ailleurs les autorités de régulation nationales comme étant des organismes qui sont indépendants à la fois du secteur et de toute intervention extérieure ou pression politique.

28. Voy. les références à l'avis motivé de la Commission européenne du 16 avril 2014 dans l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 56.903/4 du 17 décembre 2014 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges », pp. 7-8. Voy. cependant C. HOCEPIED et R. QUECK, « De la légitimité des autorités réglementaires indépendantes dans le secteur des communications électroniques », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER et R. QUECK (dir.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 234 et 235.

L'article 6 de la directive 2018/1972/UE prévoit en son deuxième alinéa, pour sa part, que les États membres doivent veiller à ce que les régulateurs nationaux des communications électroniques disposent des ressources techniques, financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées. Selon le considérant 37 de la directive, le budget du régulateur doit lui permettre, en particulier, de recruter suffisamment de personnel qualifié.

L'article 9 de la directive oblige, ensuite, les États membres à veiller à ce que les régulateurs disposent de budgets annuels distincts et d'autonomie dans l'exécution de cette enveloppe budgétaire. Ces budgets doivent également être rendus publics. Ces deux dispositions établissent l'autonomie financière des régulateurs. Cette autonomie n'est pas absolue. L'article 9 prévoit en effet aussi que l'autonomie financière du régulateur ne fait pas obstacle à l'exercice d'une surveillance ou d'un contrôle conformément au droit constitutionnel national. Toutefois, tout contrôle sur le budget des autorités de régulation nationales doit être exercé de manière transparente et être rendu public. Dans le contexte législatif antérieur à la directive 2018/1972/UE, la Cour de justice a jugé que si l'indépendance de l'autorité nationale de régulation des communications électroniques ne s'opposait pas, sur le principe, à une soumission de cette dernière à des dispositions nationales en matière de finances publiques et, en particulier, à certaines règles de contrôle budgétaire par le Parlement national ou à des dispositions de limitation et de rationalisation des dépenses des administrations publiques, ces dispositions ne pouvaient pas faire obstacle à ce que les régulateurs exercent de façon satisfaisante et autonome les fonctions qui leur sont assignées par le droit européen<sup>29</sup>. Cette jurisprudence, qui semble toujours pouvoir s'appliquer dans le cadre législatif actuel, fait obstacle à ce que la soumission du régulateur à un contrôle budgétaire et financier mette en danger son indépendance décisionnelle.

Quant à lui, l'article 7 de la directive 2018/1972/UE a trait au statut des dirigeants des régulateurs nationaux des communications électroniques, c'est-à-dire à l'indépendance des régulateurs du point de vue du personnel. Ces dirigeants doivent être nommés pour trois ans au moins, à la suite d'une procédure de sélection ouverte et transparente et sur la base de critères liés à leurs compétences. Ils ne peuvent pas être congédiés en cours de mandat, sauf s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, telles que ces conditions sont fixées dans le droit national avant leur nomination. Toute

29. C.J., 28 juillet 2016, C-240/15, *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*. Voy. aussi C.J., 3 octobre 2013, C-369/11, *Commission c. Italie*, 61 à 70 (dans le secteur du rail).

décision de révocation doit être motivée et rendue publique et doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, tant en fait qu'en droit. Selon le considérant 37 de la directive, il s'agit de dissiper tout doute raisonnable quant à la neutralité du régulateur et à son imperméabilité aux facteurs extérieurs. À cet égard, dans le contexte législatif antérieur à la directive 2018/1972/UE, la Cour de justice a jugé qu'une fusion de plusieurs régulateurs espagnols en un régulateur multisectoriel, bien qu'admissible en principe eu égard à l'autonomie institutionnelle des États membres, ne pouvait justifier qu'il soit mis fin de manière anticipée au mandat des dirigeants du régulateur des communications électroniques ainsi fusionné<sup>30</sup>. À nouveau, cette jurisprudence paraît toujours être d'application.

Enfin, l'indépendance du régulateur ne fait pas obstacle à ce que les régulateurs collaborent avec d'autres autorités. Au contraire, cette collaboration est explicitement prévue par la directive, notamment avec l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence ou du droit des consommateurs<sup>31</sup>. Outre la collaboration qui vient d'être évoquée, un contrôle de la Commission européenne est, par ailleurs, prévu sur certaines décisions des régulateurs<sup>32</sup>.

## 2. Le contrôle politique de l'action des régulateurs des communications électroniques

Tout rôle des Parlements ou des gouvernements nationaux vis-à-vis des régulateurs des communications électroniques n'est pas exclu. Par exemple, rien ne semble faire obstacle à ce que les dirigeants des régulateurs nationaux soient nommés par le gouvernement. L'article 8 de la directive 2018/1972/UE précise en outre que l'indépendance du régulateur n'empêche pas une surveillance du régulateur conformément au droit constitutionnel national. Cette surveillance ne peut, cependant, s'exercer que dans le respect du droit européen et, partant, dans le respect de l'indépendance du régulateur. Par exemple, selon l'article 8 de la directive, seuls les organismes de recours, qui, selon l'article 31, soit sont des juridictions soit sont soumis au contrôle de juridictions et qui sont en tout cas indépendants des parties impliquées et de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre leur impartialité, ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmer les décisions prises par les régulateurs nationaux. Ceci implique que, même si le droit

30. C.J., 19 octobre 2016, C-424/15, *Ormaetxea Garai et Lorenzo Almendros*.

31. Articles 5, 10 et 11.

32. Article 32 de la directive 2018/1972/UE.

constitutionnel d'un État membre le requiert, il n'est pas possible de prévoir, selon la directive, un contrôle de tutelle au profit, par exemple, du gouvernement sur les décisions du régulateur<sup>33</sup>.

Pour le reste, les modalités possibles de contrôle parlementaire ou gouvernemental sur le régulateur consistent surtout dans une possibilité d'entendre à intervalles réguliers les dirigeants du régulateur quant à la manière dont ils ont exercé leurs missions, sans qu'il ne soit possible de les sanctionner en cas de désaccord quant à la politique menée. Ainsi, toujours selon l'article 8 de la directive 2018/1972/UE, les régulateurs nationaux sont tenus de faire publiquement rapport de leurs activités, de leur organisation et leurs ressources et de leurs perspectives sur une base annuelle. Selon le considérant 39 de la directive, cette obligation de rapportage du régulateur n'inclut pas l'obligation de répondre à des demandes *ad hoc*, au motif que celle-ci, si elle était disproportionnée, risquerait de limiter l'indépendance des autorités ou de les empêcher d'exercer leurs tâches.

Même ainsi limité, le contrôle politique pesant sur les régulateurs des communications électroniques répond à l'exigence démocratique telle qu'elle est en vigueur dans l'ordre juridique européen. Selon la Cour de justice, en effet, une « influence parlementaire » doit peser sur les régulateurs, mais celle-ci existe de façon suffisante lorsque, en tout cas, les trois éléments suivants sont présents : premièrement, les personnes assumant la direction des régulateurs sont nommées par le Parlement ou le gouvernement ; deuxièmement, le législateur définit les compétences des régulateurs ; troisièmement, une obligation des régulateurs de rendre compte au Parlement de leurs activités est prévue, quand bien même cette obligation de reddition des comptes ne serait pas sanctionnée par une obligation de démission des dirigeants du régulateur qui auraient perdu la confiance du Parlement<sup>34</sup>. On relève aussi que, du point de vue de la Cour de justice, il faut considérer que la réglementation de l'Union qui définit les compétences des régulateurs « prend la place que la loi du Parlement occupait dans le modèle d'administration nationale pour la relier au principe démocratique. Le processus décisionnel qui produit les actes normatifs de l'Union étant un processus démocratique, auquel participent le Parlement européen, élu par les citoyens de l'Union, et le Conseil, où les intérêts des États membres sont représentés par des gouvernements investis d'une

33. Par analogie de motifs, voy. C.J., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*.

34. Voy. par analogie, C.J., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*, 43 à 46 ; C.J., 2 septembre 2021, C-718/18, *Commission c. Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, 124 à 129.

légitimité démocratique, les [régulateurs nationaux] sont ainsi rattachés aux circuits de la légitimation démocratique »<sup>35</sup>. Il a, de surcroît, été mis en évidence que les obligations de consultation du public et des parties prenantes prévues par le droit européen à charge des régulateurs, notamment dans le secteur des communications électroniques, avaient également pour potentiel d'accroître la légitimité de ces régulateurs et de leurs décisions. Selon Akis Psygkas, par exemple, le droit européen, dans une perspective de démocratie délibérative et participative, œuvre à la démocratisation des régulateurs indépendants dont il exige la création au niveau national, en ouvrant des possibilités de participation des citoyens à la prise de décision au sein de ces régulateurs plus larges que celles qui sont traditionnellement prévues par les droits administratifs nationaux<sup>36</sup>.

## C. L'indépendance des régulateurs nationaux de l'électricité

### 1. Les contours de l'indépendance des régulateurs de l'électricité

À l'heure actuelle, les articles 57 et suivants de la directive 2019/944/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE définissent la portée de l'exigence d'indépendance attendue des régulateurs nationaux dans le secteur de l'électricité.

L'article 58 de la directive 2019/944/UE définit les objectifs des régulateurs nationaux de l'électricité. L'objectif le plus général assigné aux régulateurs par cette disposition est d'œuvrer à la création d'un marché européen de l'électricité concurrentiel, flexible, sûr et durable pour l'environnement, et à une ouverture effective du marché pour l'ensemble des clients et des fournisseurs de l'Union européenne, ainsi que de garantir des conditions appropriées pour que les réseaux d'électricité fonctionnent de manière effective et fiable, en tenant compte d'objectifs à long terme.

35. Conclusions de l'avocat général G. PITRUZZELLA dans l'affaire C-718/18, *Commission c. Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, 140.

36. A. PSYGKAS, *From the « Democratic Deficit » to a « Democratic Surplus ». Constructing Administrative Democracy in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 376 p. Pour une discussion de cette thèse dans le contexte belge, voy. E. SLAUTSKY, « Principe de légalité et attributions de pouvoirs à des autorités indépendantes : une relation équivoque », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 593-619.

Pour atteindre ces objectifs, l'article 59 de la directive 2019/944/UE impose aux États membres de confier plusieurs missions et plusieurs pouvoirs aux régulateurs nationaux. Ces missions touchent à la régulation économique du marché de l'électricité, par exemple lorsque la directive prévoit que le régulateur doit être investi du pouvoir de fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes de calcul, ou les deux. Elles touchent également à la régulation technique du marché de l'électricité. Tel est par exemple le cas lorsque la directive prévoit que le régulateur doit mettre en œuvre les codes de réseau et les lignes directrices adoptés au niveau européen au moyen de mesures nationales ou, lorsque cela est nécessaire, de mesures coordonnées à l'échelle régionale ou européenne.

Les États membres doivent veiller à ce que les régulateurs nationaux disposent des pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de leurs missions d'une manière efficace et rapide, ce qui implique, entre autres, qu'ils disposent du pouvoir de prendre des décisions contraignantes à l'égard des entreprises d'électricité, d'un pouvoir d'enquête ou encore du pouvoir d'arrêter et d'imposer les mesures proportionnées et nécessaires afin de promouvoir une concurrence effective et d'assurer le bon fonctionnement du marché. Ils disposent également d'une mission de règlement des litiges entre gestionnaires de réseau et utilisateurs de celui-ci<sup>37</sup>.

L'article 57 est la principale disposition de la directive 2019/944/UE relative à l'indépendance du régulateur. Il commence par prévoir de manière générale, que les États membres sont tenus de garantir l'indépendance de l'autorité de régulation et de veiller à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. À cet effet, cet article envisage un certain nombre de garanties pour assurer l'indépendance institutionnelle, financière, fonctionnelle et en matière de personnel du régulateur.

Selon l'article 57, les États membres doivent veiller à ce que, dans l'exécution des tâches de régulation qui lui sont conférées par le droit européen, l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante d'autres entités publiques ou privées. C'est, ainsi, l'indépendance institutionnelle du régulateur qui est visée.

Le personnel et les personnes chargées de la gestion du régulateur doivent, ensuite, agir indépendamment de tout intérêt commercial et ne solliciter ou n'accepter d'instructions directes d'aucun gouvernement

37. Article 60 de la directive 2019/944/UE.

ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation.

L'article 57 prévoit, également, que, pour garantir son indépendance, les États membres doivent veiller à ce que :

- le régulateur puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique ;
- le régulateur dispose de toutes les ressources humaines et financières nécessaires pour s'acquitter de ses tâches et exercer ses pouvoirs de manière effective et efficace ;
- le régulateur bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une autonomie dans l'exécution du budget alloué. Le considérant 80 de la directive 2019/944/UE précise que le fait que le budget du régulateur soit approuvé par le législateur national ne fait pas obstacle à l'autonomie budgétaire et que l'autonomie budgétaire du régulateur doit en toute hypothèse s'inscrire dans le cadre défini par la législation et la réglementation budgétaires nationales. De plus, l'article 57 de la directive admet la possibilité d'un contrôle *ex post* des comptes annuels de l'autorité de régulation par un auditeur indépendant.

L'article 57 prévoit en outre, en ce qui concerne le personnel dirigeant du régulateur, que les États membres sont tenus de veiller à ce que :

- les membres dirigeants du régulateur soient nommés pour un mandat d'une durée déterminée maximale comprise entre cinq et sept ans, renouvelable une fois. À cet égard, les États membres doivent aussi assurer un système approprié de rotation pour ces fonctions dirigeantes et leurs titulaires ne peuvent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne satisfont plus aux conditions fixées par l'article 57 de la directive ou ont commis une faute selon le droit national. Sur ce point, en rapport avec la directive 2009/72/CE précédemment en vigueur, la Commission européenne avait considéré, dans une note interprétative, que : « *Although the Electricity and Gas Directives leave room for rules adopted at national or regional level as far as misconduct is concerned, it has to be stressed that the possibility to remove a member of the board during his or her term will apply in special cases only, such as fraud, bribery and breaches of the independence or impartiality of*

*the NRA* »<sup>38</sup>. Il semble que cette analyse soit encore valable sous le régime de la directive 2019/944/UE ;

- les membres dirigeants du régulateur soient nommés sur la base de critères objectifs, transparents et publiés, dans le cadre d'une procédure indépendante et impartiale, qui garantit que les candidats possèdent les compétences et l'expérience nécessaires pour le poste pertinent au sein de l'autorité de régulation. Dans le cadre du régime de 2009 antérieur mais identique sur ce point, la Cour de justice a précisé que rien ne faisait obstacle à ce que le gouvernement d'un État membre puisse nommer et révoquer le président du régulateur<sup>39</sup> ;
- des dispositions en matière de conflits d'intérêts aient été mises en place et que les obligations en matière de confidentialité s'étendent au-delà de la fin du mandat des dirigeants du régulateur ;
- les dirigeants du régulateur ne puissent être démis de leurs fonctions que sur la base de critères transparents en place.

Enfin, l'article 57 de la directive 2019/944/UE précise que l'indépendance du régulateur est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec d'autres autorités nationales (notamment, les autorités de concurrence), européennes (notamment, l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie ou ACER) ou les autres régulateurs européens. Bien plus, les articles 58, 59 et 61 de la directive 2019/944/UE prévoient explicitement de telles concertations. L'article 59 de la directive envisage aussi la consultation par le régulateur national du gestionnaire de réseau. Selon l'article 63 de la directive 2019/944/UE, la Commission européenne et ACER peuvent également exercer un contrôle sur les décisions des régulateurs nationaux, visant à évaluer leur conformité par rapport aux codes de réseau et aux lignes directrices établies au niveau européen. Un tel contrôle peut aboutir à une obligation pour le régulateur concerné de retirer sa décision à la demande de la Commission. Il s'agit d'un exemple de cas dans lequel le droit européen est susceptible d'interférer avec la théorie belge du retrait d'acte administratif<sup>40</sup>.

38. Commission européenne, *Interpretative Note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The Regulatory Authorities*, Commission Staff Working Paper, 22 janvier 2010, disponible sur : [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010\\_01\\_21\\_the\\_regulatory\\_authorities.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf).

39. C.J., 11 juin 2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*, 39.

40. Sur l'influence du droit européen sur cette théorie du retrait, voy. C. DELFORGE, E. SLAUTSKY et K. WAUTERS « La théorie belge du retrait d'acte au regard du droit européen », in D. RENDERS (dir.), *La théorie du retrait d'acte administratif*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 473-531.

## 2. Le contrôle politique de l'action des régulateurs de l'électricité

Comme pour les régulateurs des communications électroniques, tout rôle des Parlements ou des gouvernements nationaux vis-à-vis des régulateurs de l'électricité n'est pas exclu. Par exemple, rien ne fait obstacle à ce que les dirigeants des régulateurs nationaux soient nommés par le gouvernement, ainsi qu'il a déjà été mentionné. La directive 2019/944/UE ne prévoit en effet rien à cet égard, comme c'était déjà le cas sous le régime de la directive 2009/72/CE<sup>41</sup>.

À l'instar de ce qui est prévu pour les régulateurs des communications électroniques, le considérant 80 de la directive 2019/944/UE précise que l'indépendance du régulateur n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres sur celui-ci. Ces deux types de contrôle sont toutefois de nature distincte et s'appuient sur des cadres de référence différents. En ce qu'il offre des garanties de protection à l'égard d'un risque d'arbitraire du régulateur, le contrôle juridictionnel sert la légitimité de celui-ci, ainsi que – en creux – son indépendance. En revanche, les contrôles exercés par des autorités politiques sont davantage susceptibles de compromettre l'indépendance du régulateur. Dès lors, il est important de souligner que le contrôle parlementaire ne peut s'exercer que dans le respect du droit européen et, partant, dans le respect de l'indépendance du régulateur. En rapport avec la directive 2009/72/CE, la Commission européenne avait ainsi indiqué que « *the power of Member States to appoint members of the board of the NRA, the power to approve the budget and any measure of accountability set up by a Member State should not result in any instruction being given concerning the regulatory powers and duties of the NRA* »<sup>42</sup>. De même, selon l'avocat général G. Pitruzzella, l'indépendance du régulateur « ne peut pas non plus être limitée par la loi du Parlement ou par des actes qui, pour utiliser les catégories invoquées par le gouvernement allemand lors de l'audience, sont, selon un classement propre au droit constitutionnel national, des « lois matérielles », comme les règlements gouvernementaux »<sup>43</sup>. Concrètement, outre ce qui a déjà été indiqué en rapport avec la désignation des dirigeants du régulateur et le budget, les possibilités de contrôle parlementaire ou gouvernemental du régulateur sont limitées.

41. L. DE DEYNE, « De politieke onafhankelijkheid van de energieregulator : the story continues... », *Milieu- en Energerecht*, 2020, p. 187.

42. Note interprétative citée ci-dessus note 38, p. 11.

43. Conclusions dans l'affaire C-718/18, *Commission c. Allemagne (Transposition des directives 2009/72 et 2009/73)*, 106.

L'article 57 de la directive 2019/944/UE prévoit, d'abord, que l'indépendance du régulateur de l'électricité est sans préjudice d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation dont doit être investi le régulateur<sup>44</sup>. La limite entre orientations générales autorisées et instructions interdites est difficile à tracer en pratique<sup>45</sup>, notamment en matière tarifaire.

Ensuite, la Cour de justice a jugé que la directive 2009/72/CE qui s'appliquait précédemment ne s'opposait pas à ce que le gouvernement d'un État membre, notamment au travers de la participation de représentants de ses ministères, puisse faire valoir sa position devant le régulateur national quant à la manière dont il considère que cette autorité pourrait prendre en compte l'intérêt public dans le cadre de ses missions de régulation. Cette participation ne peut toutefois revêtir, selon la Cour, un caractère contraignant ni emporter l'édition d'instructions auxquelles le régulateur serait tenu de se conformer dans l'exercice de ses missions et de ses compétences. De même, les règles applicables à la participation de représentants des ministères à la prise de décision du régulateur ne peuvent pas affecter le caractère obligatoire et directement applicable des décisions du régulateur, en imposant, par exemple, que ces décisions soient, avant leur mise en œuvre, préalablement acceptées ou autorisées par ces représentants<sup>46</sup>. Cet enseignement paraît toujours applicable sous le régime de la directive 2019/944/UE. Il exclut tout pouvoir de tutelle du gouvernement sur le régulateur.

Enfin, l'article 59 de la directive 2019/944/UE prévoit que le régulateur national doit présenter un rapport annuel sur ses activités et l'exécution de ses missions aux autorités compétentes des États membres, à la Commission et à l'ACER, y compris sur les mesures prises et les résultats obtenus pour chacune des tâches qu'il énumère. Ce rapport peut être l'occasion d'une audition parlementaire, par exemple, des dirigeants du régulateur. Une telle audition parlementaire peut, de même, être organisée avant la nomination des membres dirigeants du régulateur<sup>47</sup>. La Commission européenne avait même envisagé d'en faire une exigence lors de la réforme de 2019, avant que cette piste ne soit abandonnée à la suite des discussions avec le Conseil et le Parlement<sup>48</sup>.

44. Voy. aussi le considérant 87 de la directive.

45. A. OTTOW et S. LAVRIJSSEN, « Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichhouders », *Tijdschrift voor Toezicht*, 2011, pp. 38-44 ; Y. MARIQUE, « The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies ("QUANGOs") », *Rapports généraux du XVII<sup>e</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 31.

46. C.J., 11 juin 2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*, 63 et 64.

47. Note interprétative citée ci-dessus note 38, p. 20.

48. L. DE DEYNE, « De politieke onafhankelijkheid van de energieregulator: the story continues... », *Milieu- en Energierecht*, 2020, p. 188.

## D. L'indépendance des régulateurs nationaux du transport ferroviaire

### 1. Les contours de l'indépendance des régulateurs du transport ferroviaire

L'article 55 de la directive 2012/34/UE prévoit que chaque État membre institue un organisme de contrôle national unique du secteur ferroviaire, même si cet organisme peut faire partie d'un régulateur multisectoriel, ou être rattaché à l'autorité nationale de concurrence ou à d'autres autorités indépendantes actives dans le secteur ferroviaire. Cette régulation externe s'ajoute à l'obligation pour les États membres, selon l'article 7 de la directive, de veiller à ce que l'adoption des décisions concernant la répartition des sillons et l'adoption des décisions concernant la tarification de l'infrastructure soient confiées à des entités ou entreprises qui ne sont pas elles-mêmes fournisseurs de services de transport ferroviaire.

Selon l'article 56 de la directive, l'organisme de contrôle doit se voir attribuer par les États membres un ensemble de missions et de pouvoirs ayant trait à la régulation économique du marché ferroviaire. Ces missions ont, dans une large mesure, trait aux conditions d'accès au réseau ferroviaire et la tarification de celui-ci, ainsi qu'au suivi de la concurrence sur le marché. Le régulateur ferroviaire doit se voir reconnaître diverses prérogatives pour exercer ses attributions, notamment le pouvoir d'adopter des décisions contraignantes à l'égard des opérateurs du secteur, le pouvoir d'obtenir des informations de leur part ou encore un pouvoir de sanction.

Conformément à l'article 55 de la directive 2012/34/UE, l'organisme de contrôle doit être une autorité autonome juridiquement distincte et indépendante sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, de toute autre entité publique ou privée. Dans son organisation, ses décisions de financement, sa structure juridique et ses prises de décisions, cet organisme doit en outre être indépendant de tout gestionnaire de l'infrastructure, organisme de tarification, organisme de répartition ou candidat à l'obtention de capacités de réseau. L'organisme de contrôle doit par ailleurs être fonctionnellement indépendant de toute autorité compétente intervenant dans l'attribution d'un contrat de service public dans le domaine ferroviaire.

Outre ces premières garanties, l'article 55 de la directive prévoit que l'organisme de contrôle doit disposer d'un personnel et d'un mode de gestion garantissant son indépendance. Les personnes chargées de la prise de décisions en son sein doivent être nommées sur la base de

règles claires et transparentes, garantissant leur indépendance, par le conseil des ministres ou par toute autre autorité publique qui n'exerce pas directement de droits de propriété sur les entreprises du secteur ferroviaire réglementées. Selon le considérant 78 de la directive, une telle autre autorité publique pourrait être, par exemple, un Parlement, un président ou un premier ministre. Les États membres doivent en outre décider si les dirigeants de l'organisme de contrôle sont nommés pour un mandat d'une durée déterminée et renouvelable, ou sur une base permanente, qui ne permet le licenciement que pour motif disciplinaire, non lié aux décisions qu'ils prennent. Ces personnes doivent être sélectionnées selon une procédure transparente, sur la base de leur mérite, de leurs compétences et de leur expérience professionnelle pertinente.

Toujours selon l'article 55 de la directive, les dirigeants de l'organisme de contrôle doivent agir indépendamment de tout intérêt commercial lié au secteur ferroviaire, et ne peuvent donc pas avoir d'intérêts ou se trouver dans une relation d'affaires avec aucune des entreprises ou entités réglementées. À cet effet, ces personnes doivent déposer chaque année une déclaration de bonne conduite et d'absence de conflit d'intérêts direct ou indirect qui pourrait être considéré comme susceptible de nuire à leur indépendance et qui pourrait influencer sur l'exercice de leur fonction. Ces personnes doivent aussi se retirer du processus de décision dans les cas qui concernent une entreprise avec laquelle elles ont été en rapport direct ou indirect pendant l'année précédant le lancement d'une procédure.

Les dirigeants de l'organisme de contrôle ne peuvent, par ailleurs, ni solliciter ni accepter d'instructions d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exercice des fonctions de l'organisme de contrôle. Elles doivent aussi avoir pleine autorité sur le recrutement et la gestion de leur personnel.

Au terme de leur mandat au sein de l'organisme de contrôle, l'article 55 prévoit, enfin, que les dirigeants du régulateur ne peuvent occuper aucune position professionnelle ni exercer de responsabilité au sein d'aucune des entreprises ou entités régulées pendant une période minimale d'une année.

L'article 56 de la directive 2012/34/UE prévoit lui aussi certaines garanties d'indépendance de l'organisme de contrôle.

Selon cette disposition, l'organisme de contrôle doit, d'abord, disposer des capacités organisationnelles nécessaires en matière de ressources humaines et matérielles, proportionnellement à l'importance du secteur ferroviaire dans l'État membre. Le considérant 77 de la directive

précise que le financement de l'organisme de contrôle doit garantir son indépendance. Le financement doit provenir soit du budget de l'État, soit de contributions obligatoires perçues auprès du secteur, dans le respect des principes d'équité, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité.

Ensuite, l'article 56 de la directive prévoit que les décisions prises par l'organisme de contrôle doivent être contraignantes pour toutes les parties concernées et ne peuvent être soumises au contrôle d'aucune autre instance administrative. Elles doivent, en revanche, pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Enfin, comme pour les régulateurs des communications électroniques et de l'électricité, l'indépendance de l'organisme de contrôle ne fait pas obstacle à ce qu'il coopère avec d'autres entités, au contraire. Les articles 56 et 57 de la directive prévoient, ainsi, que l'organisme de contrôle doit coopérer avec d'autres autorités publiques exerçant des compétences en matière ferroviaire, comme l'autorité nationale de sécurité ou l'autorité responsable de l'octroi des licences d'exploitation des entreprises ferroviaires, ainsi qu'avec les organismes de contrôle des autres États membres et la Commission européenne. Par ailleurs, à intervalles réguliers, et en tout état de cause tous les deux ans au moins, l'organisme de contrôle doit consulter les représentants des usagers des services ferroviaires de transport de fret et de voyageurs pour tenir compte de leurs opinions quant au marché ferroviaire.

## **2. Le contrôle politique de l'action des régulateurs du transport ferroviaire**

Comme pour les régulateurs des communications électroniques et ceux de l'électricité, ces dispositions n'interdisent pas tout rôle des parlements ou des gouvernements nationaux vis-à-vis des régulateurs. Par exemple, les dirigeants des régulateurs nationaux peuvent être nommés par le gouvernement ou le Parlement, ainsi qu'il a déjà été mentionné.

Pour le reste, la directive 2012/34/UE ne contient guère de dispositions quant aux possibilités de contrôle gouvernemental ou parlementaire pouvant être prévues à l'égard des régulateurs. Les États membres restent donc libres à cet égard, dans le cadre de leur autonomie institutionnelle, pour autant cependant qu'ils respectent les dispositions de la directive protégeant l'indépendance du régulateur. Or, dès lors que celles-ci garantissent, notamment, la pleine indépendance fonctionnelle du régulateur, ces possibilités apparaissent, en pratique,

limitées. Comme pour les régulateurs de l'électricité ou des communications électroniques, ce sont des dispositifs de rapportage régulier au Parlement qui peuvent, par exemple, être envisagés, sans néanmoins que de tels dispositifs ne puissent aboutir à la mise en cause de décisions particulières des régulateurs.

## Section 2. L'indépendance des régulateurs belges des industries de réseau : une indépendance régulièrement contestée

Les développements qui précèdent ont permis de dessiner les contours de l'exigence d'indépendance telle qu'elle s'applique à plusieurs régulateurs des industries de réseau du point de vue du droit européen. La transposition des exigences du droit européen en Belgique est maintenant examinée, plus particulièrement les contours de l'indépendance dont jouissent l'IBPT (§ 1), la CREG (§ 2) et le Service de Régulation (§ 3), soit les trois régulateurs fédéraux des industries de réseau<sup>49</sup>. Régulièrement, cette indépendance a fait l'objet de controverses ou a été limitée par le monde politique.

### § 1. L'IBPT

#### A. Présentation

Sur le plan institutionnel, la libéralisation du marché des communications électroniques initiée au niveau européen s'est accompagnée de la création en Belgique, en 1991, d'un régulateur de ce secteur : l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT). L'IBPT a pour mission de favoriser la concurrence sur le marché des communications électroniques, de contribuer au développement du marché intérieur et de protéger les intérêts des utilisateurs sur ce marché<sup>50</sup>. L'IBPT est, par ailleurs, également en charge

49. Voy. aussi la revue de la littérature consacrée à l'indépendance de ces régulateurs reprise dans Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, *Regulatoren – Achtergronddocument : Bestuurlijke randvoorwaarden voor adequate marktregulering door onafhankelijke regulatoren*, Bruxelles, 11 mars 2013, pp. 41-54 (disponible sur [https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV\\_RAP\\_20130311\\_regulatoren.pdf](https://www.serv.be/sites/default/files/documenten/SERV_RAP_20130311_regulatoren.pdf)), ainsi que F. NAERT et B. DEFLOOR, « How independent are Belgian regulators ? », *Competition and Regulation in Network Industries*, 2009, pp. 355-384.

50. Articles 6, 7 et 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (M.B., 20 juin 2005).

de la régulation du marché des services postaux, de la gestion du spectre électromagnétique des fréquences radioélectriques et de la régulation des services de médias audiovisuels dont le siège social est en Région de Bruxelles-Capitale, dans les cas où la Communauté française ou la Communauté flamande ne sont pas compétentes sur ceux-ci<sup>51</sup>.

À sa création, l'IBPT était un organisme d'intérêt public fédéral de catégorie A, soit un organisme d'intérêt public se trouvant sous l'autorité hiérarchique du ministre compétent<sup>52</sup>. L'IBPT n'était donc pas, à ce moment-là, une autorité indépendante du gouvernement, même s'il disposait d'une personnalité juridique distincte. Sa création en tant qu'administration personnalisée visait à éviter que l'opérateur public de télécommunications (la Régie des Télégraphes et des Téléphones) – qui se voyait parallèlement octroyer un statut d'autonomie par la réforme de 1991, en devenant Belgacom – continue d'assumer des prérogatives de puissance publique vis-à-vis de ses concurrents. En d'autres termes, la création de l'IBPT visait avant tout à séparer, sur le marché belge des télécommunications, les fonctions d'opérateur sur le marché et de régulateur du marché<sup>53</sup>. Comme pour la CREG, l'évolution du statut de l'IBPT a été marquée par l'influence du droit européen. Cette influence s'est notamment traduite par un renforcement des attributions et de l'indépendance de l'IBPT par rapport au gouvernement, notamment lors d'une réforme législative du 17 janvier 2003<sup>54</sup>. À mesure de l'ouverture effective à la concurrence du marché, la dépendance de l'IBPT par rapport au ministre compétent pour les télécommunications avait fait, de manière croissante, l'objet de critiques de la part de la Commission européenne et des opérateurs du secteur, eu égard aux intérêts financiers de l'État belge dans le secteur des télécommunications<sup>55</sup>. L'État belge reste d'ailleurs, à ce jour, actionnaire de plusieurs acteurs des secteurs des communications électroniques et des postes (Proximus, bpost). C'est le statut actuel de l'IBPT qui est décrit ci-après.

51. Voy. notamment l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (*M.B.*, 24 janvier 2003).

52. Article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (*M.B.*, 27 mars 1991).

53. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1989-1990, n° 1287/1, p. 40.

54. Loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

55. D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 325.

## B. Indépendance institutionnelle de l'IBPT

L'IBPT dispose de la personnalité juridique depuis sa création en 1991, conformément à l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. La loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, qui a profondément revu le statut de l'IBPT, prévoyait que le régulateur « réformé » continuait la personne juridique créée en 1991 ; elle prévoit désormais simplement que l'IBPT « est un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique »<sup>56</sup>. L'IBPT dispose de ses propres structures, d'un patrimoine propre et de personnel et ne fait pas partie d'une autre administration. En ce sens, il est indépendant sur le plan institutionnel. Il faut cependant relever que le statut administratif et pécuniaire de son personnel et le cadre organique de l'IBPT sont définis par le Roi, sur proposition de l'IBPT<sup>57</sup>. L'autonomie du régulateur dans la gestion de son personnel et dans son organisation interne s'inscrit donc dans le cadre d'un arrêté royal, ce qui est source de rigidité<sup>58</sup>, même si l'IBPT peut désormais lui-même arrêter son organigramme<sup>59</sup>.

## C. Indépendance des dirigeants de l'IBPT

L'IBPT est dirigé par un conseil, qui a le pouvoir d'accomplir tous les actes utiles à l'exercice des compétences de l'IBPT<sup>60</sup>. Le conseil de l'IBPT peut s'appuyer sur des services administratifs, qui sont dirigés par ses membres<sup>61</sup>. Selon l'article 17 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, le conseil de l'IBPT est composé de quatre membres, à savoir un président et trois membres ordinaires. Deux des membres doivent appartenir au rôle linguistique néerlandophone et les deux autres membres au rôle linguistique francophone. Le Roi nomme,

56. Article 13. Sur les limites de ce procédé, voy. D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 358.

57. Article 26 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

58. A. DESMEDT et B. NEESKENS, « The efficiency of a regulator : a perspective from the practice », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016, pp. 174-175.

59. Article 21 de la loi du 21 décembre 2021 portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques, *M.B.*, 31 décembre 2021.

60. Article 16 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

61. Article 26 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

sur proposition du ministre des postes et des télécommunications, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le président et les autres membres du conseil. Les membres du conseil sont nommés pour un terme de six ans renouvelable. Ils doivent être nommés en vertu de leur compétence, de leur intégrité et de leur indépendance, pendant toute la durée du mandat. Le renouvellement du mandat d'un membre du conseil de l'IBPT doit intervenir après qu'une nouvelle procédure de sélection a été organisée<sup>62</sup>.

La procédure de nomination des dirigeants de l'IBPT est précisée par l'arrêté royal du 11 mai 2003 fixant le statut, la rémunération et les devoirs du président et des membres du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications<sup>63</sup>. Selon cet arrêté royal, les candidats à une fonction de président ou de membre du conseil doivent disposer des compétences et des aptitudes relationnelles, ainsi que des aptitudes d'organisation et de gestion qui sont définies dans la description de fonction et le profil de compétence afférents à la fonction à pourvoir. Cette description de fonction et ce profil de compétence doivent, selon l'arrêté royal, au moins contenir les conditions suivantes :

- les candidats à la fonction de président ou de membre du conseil doivent être ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État faisant partie de l'Espace économique européen, présenter un comportement qui correspond aux exigences de la fonction visée, jouir des droits civils et politiques et détenir un diplôme universitaire ou assimilé du deuxième cycle ;
- pour être admissibles, les candidats doivent en outre avoir soit une expérience professionnelle de dix (présidence) ou de six ans (membre) dans les secteurs régulés par l'IBPT.

Les candidatures sont ensuite suscitées par un appel à candidatures lancé par le ministre compétent et publié au *Moniteur belge*, outre la diffusion de cet appel par le biais, par exemple, du site internet de SELOR. Elles doivent être adressées au SELOR, qui en examine la recevabilité. Les candidats recevables présentent une épreuve d'« assessment informatisée » et une épreuve orale devant une commission de sélection, en vue d'évaluer leurs compétences managériales et spécifiques en rapport avec le mandat postulé.

L'article 4/2 de l'arrêté royal du 11 mai 2003 précise, pour sa part, que la commission de sélection est composée de cinq membres :

- 1° l'administrateur délégué du SELOR ou son délégué, président ;

62. C.E., 17 janvier 2013, n° 222.114, *Denef*.

63. *M.B.*, 3 juin 2003.

- 2° un expert externe en management du rôle linguistique francophone et un expert externe en management du rôle linguistique néerlandophone ;
- 3° un expert externe indépendant du rôle linguistique francophone et un expert externe indépendant du rôle linguistique néerlandophone disposant de l'expérience ou d'une connaissance particulière des marchés de télécommunications ou des services postaux et qui n'exercent aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, chez un opérateur de télécommunication ou de services postaux ou chez une entreprise régulée par le conseil.

L'article 4/2 de l'arrêté royal du 11 mai 2003 prévoit que le ministre a la possibilité de compléter la commission de sélection par un expert externe indépendant, sans voix délibérative. Les profils des membres de la commission de sélection doivent être déterminés par le SELOR en concertation avec le ministre. Il revient à l'administrateur délégué du SELOR d'arrêter la composition de la commission de sélection, mais celle-ci doit être modifiée si un membre du Conseil des ministres récuse un des membres envisagés.

Selon l'article 4/3 de l'arrêté royal du 11 mai 2003, au terme des épreuves de sélection et de la comparaison des titres et mérites des candidats par le SELOR, le SELOR rédige un rapport de sélection motivé et circonstancié, qui permet de classer les candidats par rôle linguistique dans les catégories « apte » ou « pas apte ». Les candidats jugés « aptes » à la fonction sont conviés par le ministre à un entretien complémentaire, « afin de les comparer quant à leurs compétences spécifiques, leurs aptitudes relationnelles et leurs capacités de management telles que décrites dans la description de fonction et le profil de compétence afférents à la fonction à pourvoir ». Les candidats retenus sont ensuite nommés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition du ministre, pour une durée de six ans.

La procédure de sélection des membres du conseil de l'IBPT offre des garanties d'indépendance à l'IBPT, notamment grâce au rôle joué par le SELOR dans le processus et l'obligation de motiver les décisions de nomination par référence à ces critères liés aux compétences des candidats concernés. Cependant, le ministre des postes et des télécommunications et le Conseil des ministres gardent un rôle décisif dans le processus, puisqu'ils interviennent à tous les stades de la procédure : appels aux candidats, mise en place de la commission de sélection et nomination des membres du comité de direction. Cette procédure leur permet d'exercer un contrôle quant à l'identité des personnes nommées au sein du conseil de l'IBPT, étant entendu que les juridictions

peuvent être amenées à examiner la régularité de la procédure en cas de recours<sup>64</sup>. Se référant à la période comprise en 2003 et 2016, Axel Desmedt et Bram Neeskens (IBPT) considèrent que, jusqu'en 2009, une claire politisation des membres du conseil de l'IBPT pouvait être observée, mais qu'un changement est intervenu après cette date, dans le sens d'un recrutement des membres du conseil davantage fondé sur la compétence des personnes et leur capacité à travailler en équipe que sur leur affiliation partisane<sup>65</sup>.

Les possibilités de révocation des membres du comité de direction de l'IBPT sont, elles aussi, définies par l'arrêté royal du 11 mai 2003. Le législateur a seulement prévu, à l'article 17, § 5, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, que les « membres du Conseil sont révocables par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre » et que le « Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les circonstances dans lesquelles une révocation peut être proposée ». La décision de révocation d'un membre du conseil de l'IBPT doit être publiée au *Moniteur belge*.

L'article 20 de l'arrêté royal du 11 mai 2003 prévoit, d'abord, que le ministre des postes et des télécommunications propose au Roi de révoquer le président ou un membre du conseil de l'IBPT en cas de contravention par cette personne aux obligations de sa charge, telles que définies, premièrement, au chapitre VII de l'arrêté royal. Ces obligations sont une obligation de veiller à la sauvegarde des intérêts de l'IBPT, une obligation de politesse, une obligation d'entraide à l'égard des autres membres du conseil, une obligation, dans le service ainsi que dans leur vie privée, d'éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la confiance du public ou compromettre l'honneur ou la dignité de leur fonction, une obligation de ne se livrer, par eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un groupement, à aucune activité qui serait en opposition avec la Constitution et les lois du peuple belge, qui poursuivrait la destruction de l'indépendance du pays ou qui mettrait en danger la défense nationale ou l'exécution des engagements de la Belgique en vue d'assurer sa sécurité et une interdiction de solliciter, exiger ou recevoir, directement ou par personne interposée même en dehors de leurs fonctions mais en raison de celles-ci, des dons, gratifications ou avantages quelconques.

Toujours selon l'article 20 de l'arrêté royal, le ministre propose également au Roi la révocation d'un membre du conseil de l'IBPT en cas de

64. C.E., 20 février 2004, n° 128.378, *Dutordoit*; C.E., 17 janvier 2013, n° 222.114, *Denef*.  
65. A. DESMEDT et B. NEESKENS, « The efficiency of a regulator: a perspective from the practice », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016, pp. 172-173.

manquement à ses obligations de compétence, d'intégrité et d'indépendance, en matière de secret professionnel, ou en cas de violation des règles applicables en matière de conflits d'intérêts. Celles-ci, selon l'article 17, § 3, de la loi du 17 janvier 2003, prévoient que les membres du conseil ne peuvent avoir un intérêt quel qu'il soit dans les entreprises actives sur les marchés des télécommunications ou des services postaux, ni exercer pour celles-ci directement ou indirectement, à titre gratuit ou onéreux, la moindre fonction ou prester le moindre service. Ces règles s'appliquent pendant toute la durée du mandat et pendant un an suivant la fin de ce mandat.

L'article 21 de l'arrêté royal du 11 mai 2003 prévoit, ensuite, que le ministre compétent peut proposer au Roi de révoquer le président ou un membre du conseil qui se trouve dans une incapacité durable d'exercer ses fonctions, sur avis préalable du conseil, ou dont l'évaluation donnerait lieu à la mention « insuffisant ». Selon l'article 14 de l'arrêté royal, le président et les membres du conseil sont évalués après deux ans et quatre ans de mandat par le ministre compétent, sur la base de rapports établis par le Comité consultatif pour les télécommunications, par le Comité consultatif pour les services postaux (ces deux comités seront évoqués ci-après) et sur la base des rapports annuels d'activités établis par le conseil. Si ces rapports démontrent que les objectifs prévus dans le plan d'activité annuel ou le plan stratégique de l'IBPT n'ont clairement pas été réalisés pendant la période évaluée, le ministre peut infliger au membre du conseil concerné la mention « insuffisant », ce qui ouvre donc la voie à une éventuelle révocation. L'évaluation doit être précédée d'un entretien de fonctionnement avec la personne à évaluer, cet entretien s'appuyant sur un rapport d'auto-évaluation établi par cette dernière.

Les modalités de révocation prévues en ce qui concerne les membres du conseil de l'IBPT pourraient offrir davantage de garanties d'indépendance que ce qui est le cas à présent, en particulier si on les compare avec ce qui est prévu, par exemple, pour la CREG évoquée ci-dessous. D'une part, ces modalités ont été établies par la voie réglementaire plutôt que par le législateur, ce qui signifie qu'elles peuvent être modifiées sans que la procédure parlementaire – publique et associant les députés de l'opposition – ne doive être suivie. D'autre part, les cas pouvant donner lieu à la révocation d'un membre du conseil de l'IBPT sont définis de manière vague et laissent une marge d'appréciation importante au ministre compétent. La révocation d'un membre du conseil peut ainsi, pour rappel, par exemple être prononcée en raison de la violation de son obligation de veiller à la sauvegarde des intérêts de l'IBPT, d'être poli ou d'aider les autres membres du conseil ou d'éviter, dans le service

ainsi que dans sa vie privée, tout ce qui pourrait porter atteinte à la confiance du public ou compromettre l'honneur ou la dignité de sa fonction. L'intervention d'un conseil de discipline composé de magistrats n'est pas prévue. De même, la circonstance que les membres du conseil de l'IBPT sont évalués par le ministre compétent et qu'une évaluation « insuffisante » peut donner lieu à révocation constitue aussi une restriction de l'indépendance des membres du conseil de l'IBPT. Dans sa thèse de doctorat publiée en 2010, David Stevens soulignait cependant que, en pratique, la manière dont l'évaluation des membres du conseil de l'IBPT est organisée permettait aux membres du conseil de l'IBPT d'orienter aisément l'issue de l'évaluation<sup>66</sup>. Nonobstant cette possibilité, la jurisprudence du Conseil d'État permet d'identifier au moins un cas d'évaluation négative d'un président du conseil de l'IBPT par le ministre, cette évaluation ayant été annulée, en l'espèce, par la Haute juridiction<sup>67</sup>.

#### D. Indépendance financière de l'IBPT

L'article 29 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges reconnaît à l'IBPT une autonomie de gestion financière. Cet article prévoit que l'ensemble des frais de fonctionnement doit être supporté par les ressources de l'IBPT, qui dispose d'un budget propre.

Les ressources de l'IBPT comprennent, selon l'article 30 de la loi du 17 janvier 2003, les trois catégories de recettes suivantes<sup>68</sup> :

- des revenus divers (legs, donations, revenus occasionnels, etc.) ;
- des redevances perçues en vertu des dispositions légales régissant les activités de l'IBPT, comme celles perçues en vertu de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Il s'agit de la catégorie de recettes de l'IBPT la plus importante en pratique<sup>69</sup> ;

66. D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 369. Outre son engagement académique, David Steven avait, à l'époque de l'écriture de son ouvrage, une expérience pratique substantielle de la régulation du secteur des communications électroniques, tant au niveau politique qu'administratif (voy. la préface à son ouvrage).

67. C.E., 4 octobre 2001, n° 215.529, *Van Heesvelde*.

68. D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, op. cit., p. 378.

69. Voy. par exemple le rapport annuel 2020 de l'IBPT, p. 65 (<https://www.ibpt.be/consommateurs/publication/rapport-annuel-2020>).

- des remboursements de frais liés, notamment, à la gestion et la surveillance du service universel des postes et des communications électroniques.

Selon l'article 32 de la loi du 17 janvier 2003, l'IBPT doit rétrocéder à l'État le solde des ressources lorsque ses ressources excèdent ses frais de fonctionnement. Il ne peut par ailleurs pas s'engager au-delà de la couverture globale des frais de fonctionnement.

L'autonomie financière dont jouit l'IBPT est loin d'être absolue<sup>70</sup>. Plusieurs contrôles ministériels sont prévus en ce qui concerne la gestion financière de l'institution<sup>71</sup>.

Sur le plan budgétaire, d'abord, l'article 35 de la loi du 17 janvier 2003 confie certes au conseil de l'IBPT la mission d'élaborer le projet de budget de l'IBPT, mais ce projet doit ensuite être approuvé par les ministres du budget et des finances, avant d'être rendu public par l'IBPT. Le budget doit aussi être communiqué à la Chambre des représentants, mais ce n'est pas celle-ci qui est compétente, en première ligne, pour approuver le budget de l'IBPT, à la différence de ce qui est prévu pour la CREG.

Ensuite, l'article 36 de la loi du 17 janvier 2003 prévoit que le ministre du budget dispose d'un pouvoir de contrôle sur les décisions de l'IBPT qui ont une incidence financière et budgétaire<sup>72</sup>. Il délègue à cette fin un Inspecteur des finances auprès de l'IBPT<sup>73</sup>. Les emprunts de l'IBPT doivent également faire l'objet d'un accord ministériel<sup>74</sup>.

Enfin, selon l'article 35 de la loi du 17 janvier 2003, les comptes de l'IBPT sont élaborés par le conseil de l'IBPT et doivent être approuvés par les ministres du budget et des finances. Ces comptes doivent également être transmis, accompagnés du rapport d'activité, à la Cour des comptes pour vérification.

## E. Indépendance fonctionnelle de l'IBPT

L'IBPT jouit d'une large indépendance sur le plan fonctionnel. Il ne pèse notamment plus, sur l'IBPT, ni de contrôle de tutelle, ni de contrôle hiérarchique de la part du gouvernement. Certaines balises existent néanmoins.

70. A. DESMEDT et B. NEESKENS, « The Efficiency of a Regulator: a Perspective from the Practice », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016, pp. 175-176.

71. Sur ces contrôles, voyez la contribution de Marc Oswald dans le présent ouvrage.

72. Chapitre V de l'arrêté royal du 10 janvier 2006 fixant le règlement budgétaire et comptable de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (M.B., 1<sup>er</sup> mars 2006).

73. Article 33 de l'arrêté royal du 10 janvier 2006.

74. Article 15 de l'arrêté royal du 10 janvier 2006.

D'abord, l'article 34 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges prévoit que le conseil de l'IBPT doit établir, dans les douze semaines après l'entrée en fonction de ses membres et tous les trois ans, un plan stratégique triennal et que celui-ci doit être présenté à la Chambre des représentants par les membres du conseil. Ce plan stratégique doit ensuite être décliné dans des plans d'activités annuels, soumis à consultation publique par l'IBPT et publiés sur son site internet.

Ensuite, l'article 34 de la loi prévoit que le conseil de l'IBPT doit établir un rapport annuel sur ses activités et l'évolution des marchés des services postaux et des télécommunications et qu'il doit le transmettre au gouvernement. Le rapport annuel de l'IBPT doit, entre autres, contenir un rapport financier et les comptes annuels des fonds pour les services universels en matière de services postaux et de télécommunications, ainsi qu'un rapport sur ses activités de contrôle. Le rapport annuel de l'IBPT doit être mis à la disposition du public et donne lieu, chaque année, à une audition des membres du conseil par la Chambre des représentants. Si on ajoute à ceci le fait que l'IBPT prépare régulièrement, pour le compte du ministre compétent, les réponses aux questions parlementaires posées en rapport avec le secteur des postes et celui des télécommunications, on peut en déduire que l'IBPT se trouve sous une supervision régulière de la Chambre des représentants<sup>75</sup>.

Troisièmement, par contraste avec la large autonomie dont jouit l'IBPT par rapport au gouvernement et au Parlement belges, l'IBPT est soumis à un contrôle de la Commission européenne pour certaines de ses décisions susceptibles d'avoir un impact sur le marché intérieur des communications électroniques<sup>76</sup>. De plus, l'IBPT est également tenu de se concerter avec ou de recueillir l'avis de l'Autorité belge de la concurrence dans l'exercice de certaines de ses missions<sup>77</sup>.

Quatrièmement, un accord de coopération a été conclu en 2006 entre l'État fédéral et les communautés<sup>78</sup>. Cet accord de coopération porte à la fois sur la régulation et sur la réglementation du secteur des communications électroniques<sup>79</sup>. Il prévoit la création d'une instance de concer-

75. A. DESMEDT et B. NEESKENS, « The efficiency of a regulator: a perspective from the practice », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016, pp. 176-177.

76. Articles 143 et 143/1 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

77. Article 55, § 9, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

78. Accord de coopération du 17 novembre 2006.

79. M. VAN BELLINGHEN et T. ZGAJEWSKI, *Les enjeux de la transposition en Belgique des nouvelles directives européennes sur les communications électroniques*, Gand, Academia Press, 2012, p. 15.

tation (la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques ou CRC) entre les différentes autorités de régulation disposant d'une compétence en Belgique dans le domaine des communications électroniques, à savoir l'IBPT et les autorités indépendantes de régulation de l'audiovisuel qui existent dans les communautés. Ces autorités sont, pour la Communauté flamande, le *Vlaamse Regulator voor de Media*, pour la Commission française, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et pour la Communauté germanophone, le *Medienrat*. L'accord de coopération prévoit aussi la création d'un Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision réunissant, en substance, les ministres communautaires de l'audiovisuel et le ministre fédéral en charge des télécommunications. L'accord de coopération du 17 novembre 2006 prévoit la possibilité pour chaque régulateur belge représenté au sein de la CRC de faire part de ses remarques quant à un projet de décision relatif aux réseaux de communications électronique d'un des autres régulateurs et de saisir la CRC de ce projet<sup>80</sup>. La CRC doit ensuite se prononcer par consensus sur ce projet de décision<sup>81</sup>. Cette exigence de consensus est susceptible de freiner, voire de paralyser, l'adoption par l'IBPT de décisions soumises par un autre régulateur à la CRC. La possibilité est en outre donnée au Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision de se substituer à la CRC dans l'exercice de ses missions de régulation<sup>82</sup>. Ceci constitue une forme possible d'intervention gouvernementale dans l'exercice, *in fine*, des compétences de l'IBPT, sans doute contraire au droit européen<sup>83</sup>.

Cinquièmement, sans préjudice d'éventuelles actions de droit commun, notamment en responsabilité, un contrôle juridictionnel spécifique pèse sur les décisions de l'IBPT. Le législateur a en effet prévu que les décisions de l'IBPT peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés statuant comme en référé. Toute personne ayant un intérêt pour agir peut introduire ce recours, ainsi que le ministre des communications ou celui des postes<sup>84</sup>. À ce jour, il ne semble pas que le ministre ait déjà fait usage de cette possibilité de recours.

80. Article 3.

81. Article 5.

82. Article 5.

83. D. STEVENS, *op. cit.*, pp. 504 et 505. Voy. aussi J. JOST et R. QUECK, « Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *Revue du droit des technologies de l'information*, 2009, p. 20.

84. Article 2 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges (*M.B.*, 24 janvier 2003).

Enfin, toujours sur le plan des contrôles (au sens large) pesant sur IBPT, le législateur a institué auprès du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie un Comité consultatif pour les télécommunications et un Comité consultatif pour les services postaux<sup>85</sup>. Ces comités comprennent des représentants des consommateurs, des opérateurs des secteurs concernés, du gouvernement fédéral et des partenaires sociaux. Ces comités peuvent faire au ministre compétent et à l'IBPT des recommandations relatives à toute question concernant les télécommunications ou au secteur postal, selon les cas. Dans leurs rapports annuels, ces comités peuvent également faire des recommandations à la Chambre des représentants relatives aux activités de l'IBPT<sup>86</sup>. Ces rapports ont déjà mené à des changements dans le fonctionnement du régulateur<sup>87</sup>.

Il ressort de ce qui précède que l'indépendance de l'IBPT sur le plan fonctionnel est étendue. À l'exception des contrôles juridictionnels et européens, les décisions de l'IBPT ne peuvent pas être mises en cause par une autre autorité. Cette indépendance dont jouit actuellement l'IBPT par rapport au gouvernement et au Parlement sur le plan fonctionnel est le résultat d'une évolution qui ne s'est pas faite sans heurts. Par exemple, le législateur n'a supprimé totalement la tutelle gouvernementale pesant sur certaines décisions de l'IBPT qu'en 2015 et sous la pression de la Commission européenne. Plus précisément, c'est la possibilité prévue par l'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges pour le gouvernement de suspendre certaines décisions de l'IBPT qui a été supprimée à ce moment<sup>88</sup>. Ce procédé de tutelle avait été prévu à la demande de la section de législation du Conseil d'État. Dans plusieurs avis, en effet, la section de législation avait requis l'organisation ou le maintien de contrôles gouvernementaux sur l'IBPT lorsque de tels contrôles n'étaient pas contraires au droit européen, au

85. Articles 3 et 8 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

86. Articles 4 et 9 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

87. A. DESMEDT et B. NEESKENS, « The efficiency of a regulator: a perspective from the practice », *Revue du droit des industries de réseau*, 2016, p. 177.

88. Article 2 de la loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (*M.B.*, 7 avril 2015). Voy. Commission européenne, *Télécommunications : la Commission poursuit la Belgique devant la Cour de justice de l'UE pour défaut d'indépendance de son régulateur national*, 16 octobre 2014, IP/14/1145. Faute d'arrêtés d'exécution, cette tutelle gouvernementale prévue par l'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges n'était cependant pas effective.

motif, en substance, de permettre au ministre compétent d'assumer la responsabilité de l'action de l'IBPT, ainsi que de ses choix, devant les assemblées législatives<sup>89</sup>. Une telle prise de responsabilité ministérielle suppose en effet que le ministre conserve des prérogatives d'action vis-à-vis de l'IBPT<sup>90</sup>. La réforme de 2015 a également supprimé des dispositions introduites en 2012 selon lesquelles le plan stratégique de l'IBPT devait être approuvé par le Conseil des ministres, tout comme la possibilité pour le ministre en charge des communications électroniques de communiquer à l'IBPT ses objectifs prioritaires en matière de politique pour ce secteur<sup>91</sup>.

## § 2. La CREG

### A. Présentation

En Belgique, quatre autorités distinctes ont été créées pour réguler le marché de l'énergie (gaz et électricité) et promouvoir la libéralisation de ce secteur au niveau national. L'énergie est, en effet, une compétence partagée entre les régions et l'État fédéral. Dans ces quatre cas, la création du régulateur est intimement liée à l'ouverture européenne à la concurrence du marché<sup>92</sup>. Même après la libéralisation, les pouvoirs publics belges conservent des intérêts financiers importants dans le secteur de l'énergie, notamment dans l'actionnariat des différents gestionnaires de réseaux. La présente contribution se concentre sur le statut du régulateur fédéral, la CREG. Les régulateurs régionaux de l'énergie sont, quant à eux, le *Vlaamse regulator van de elektriciteits- en gasmarkt* (VREG)<sup>93</sup>, la Commission wallonne pour l'énergie (CWaPE)<sup>94</sup> et « Bruxelles Gaz Électricité » (Brugel)<sup>95</sup>. Le *Vlaamse regulator van de elektriciteits- en gasmarkt* (VREG) et la Commission wallonne

89. Avis L. 33.255/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi relatif au statut du régulateur des postes et télécommunications belges ; avis n° 50.003/4 du 4 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques ».

90. Pour plus de détails, voy. E. SLAUTSKY, *L'organisation administrative nationale face au droit européen du marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 286-296.

91. Article 3 de la loi du 16 mars 2015 portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges.

92. L. DE DEYNE, *Markttoezicht in de energiesector*, Anvers, Intersentia, 2017, 33.

93. Art. 3.1.1 du décret flamand du 8 mai 2009 portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie.

94. Article 43 du décret wallon du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

95. Article 56 de l'ordonnance du 14 décembre 2006 modifiant les ordonnances du 19 juillet 2001 et du 1<sup>er</sup> avril 2004 relatives à l'organisation du marché de l'électricité et du gaz en Région de Bruxelles-Capitale et abrogeant l'ordonnance du 11 juillet 1991 relative au droit à la fourniture minimale d'électricité et l'ordonnance du 11 mars 1999 établissant des mesures de prévention des coupures de gaz à usage domestique.

pour l'énergie (CWaPE), à la différence de la CREG, sont rattachés au Parlement plutôt qu'au pouvoir exécutif<sup>96</sup>.

Au niveau fédéral, l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité<sup>97</sup> a créé une commission de régulation de l'électricité, disposant de la personnalité juridique. Également chargée de la régulation du marché du gaz, la commission de régulation de l'électricité est, dès sa création, dénommée CREG<sup>98</sup>. Selon l'article 23 de la loi du 29 avril 1999, la CREG est investie d'une mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du marché de l'électricité, d'une part, et d'une mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y relatifs, d'autre part. Des missions similaires lui sont attribuées en rapport avec le marché du gaz<sup>99</sup>. L'autonomie de la CREG a été affirmée par le législateur dès sa création<sup>100</sup>. Dans l'exposé des motifs de la loi créant la CREG, on peut, à cet égard, lire que les « [I]es caractéristiques essentielles de la nouvelle autorité devront être son indépendance et sa compétence »<sup>101</sup>. Au fil des réformes de son statut intervenues depuis 1999, souvent pour transposer les générations successives de directives européennes visant à faire progresser la libéralisation du marché de l'énergie, l'indépendance de la CREG et ses attributions se sont accrues, non sans heurts toutefois : plusieurs atteintes à l'indépendance de la CREG n'ont, en effet, disparu qu'après que des décisions de justice y aient contraint les autorités belges. Ce ne sont ainsi pas moins de quatre décisions des plus hautes juridictions belges et européennes qui ont décidé, depuis 1999, que le législateur belge ne reconnaissait pas des pouvoirs et des compétences suffisamment étendus au régulateur fédéral<sup>102</sup>. Le statut actuel de la CREG est décrit ci-après.

96. Décret flamand du 25 novembre 2016 modifiant le Décret sur l'Énergie du 8 mai 2009, en ce qui concerne la création et l'organisation du régulateur (VREG) ; article 19 du décret wallon du 31 janvier 2019 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (CWaPE). En doctrine, voy. L. De DEYNE, « De institutionele verhuis van de Vlaamse energieregulator naar het Parlement », *Rechtskundig Weekblad*, 2016/17, pp. 1323-1346 ; L. De DEYNE, « Energieregulatoren in België: de rol van het Parlement en de regering », *Tijdschrift voor Toezicht*, 2019, pp. 52-61.

97. *M.B.*, 11 mai 1999.

98. Article 15 de la loi du 29 mars 1999 relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité (*M.B.*, 11 mai 1999).

99. Article 15/14, § 2, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (*M.B.*, 7 mai 1965).

100. Article 23 de la loi du 29 avril 1999.

101. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 1998-1999, n° 1933/1, p. 26.

102. C.J., 29 octobre 2009, C-474/08, *Commission c. Belgique* ; C. const., 31 mai 2011, n° 97/2011 ; C. const., 7 août 2013, n° 117/2013 ; C.J., 3 décembre 2020, C-767/19, *Commission c. Belgique*.



## B. Indépendance institutionnelle de la CREG

La CREG dispose de la personnalité juridique depuis sa création en 1999, conformément à l'article 23 de la loi du 29 avril 1999. Elle dispose de ses propres structures, d'un patrimoine propre, de personnel engagé dans les liens d'un contrat de travail<sup>103</sup>, et ne fait pas partie d'une autre administration. En ce sens, elle est indépendante sur le plan institutionnel.

## C. Indépendance des dirigeants de la CREG

Selon l'article 24 de la loi du 29 avril 1999, les organes de la CREG sont le comité de direction et la Chambre des litiges. Les membres de ces deux organes de la CREG disposent d'un statut visant à garantir, au moins en partie, leur indépendance, tant en ce qui concerne leur nomination que leur éventuelle révocation. Des incompatibilités ont également été prévues par le Roi pour les membres des organes de la CREG.

### 1. Le comité de direction de la CREG

Avec l'appui des services de la CREG, le comité de direction assure la gestion opérationnelle de la CREG et accomplit les actes nécessaires ou utiles à l'exécution des missions du régulateur<sup>104</sup>. Le comité de direction est composé d'un président et de trois autres membres nommés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres pour un terme renouvelable une fois de six ans. Le président est chargé de la gestion de la CREG, tandis que les trois membres sont à la tête d'une des trois directions opérationnelles. Le président et les membres du comité de direction doivent être choisis en raison de leurs compétences. Pour le président du comité de direction, ces compétences doivent notamment porter sur la gestion du régulateur ; pour les autres membres du comité de direction, ces compétences doivent concerner les directions qu'ils sont appelés à diriger.

La procédure de nomination est précisée dans un arrêté royal du 13 juillet 2012<sup>105</sup> : elle comprend un appel public à candidatures fondé

103. Article 25, § 2, de la loi du 29 avril 1999.

104. Article 24 de la loi du 29 avril 1999.

105. Arrêté royal du 13 juillet 2012 relatif à la procédure de nomination et au statut du président et des membres du comité de direction de la commission de régulation de l'électricité et du gaz et modifiant l'arrêté royal du 3 mai 1999 fixant les règles applicables au président et aux membres du comité de direction de la commission de régulation de l'électricité et du gaz en matière d'incompatibilités et de conflits d'intérêts (M.B., 26 juillet 2012).



sur une description de la fonction et un profil de compétence pour le poste vacant, une sélection par le SELOR des candidats aptes à la fonction et un entretien, pour les candidats sélectionnés, avec le ministre compétent « afin de les comparer quant à leurs compétences spécifiques, leurs aptitudes relationnelles et leurs capacités à diriger par rapport à la description de fonction et au profil de compétence afférents à la fonction à pourvoir ». À la suite de cet entretien, le ministre compétent fait une proposition de nomination au Conseil des ministres, qui en délibère, avant nomination formelle par le Roi.

Cette procédure de sélection offre des garanties d'indépendance à la CREG, notamment grâce au rôle joué par le SELOR et à l'obligation de motiver les décisions de nomination par référence à ces critères liés aux compétences des candidats concernés, ce qui est susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Cependant, le ministre de l'Énergie et le Conseil des ministres gardent un rôle décisif dans la procédure, qui leur permet d'exercer un contrôle sur les personnes qui seront nommées au sein du comité de direction de la CREG. Selon la Cour des comptes, la « procédure de désignation actuelle est un héritage de l'organisation initiale de la CREG à l'époque où le ministre de l'Énergie surveillait étroitement le régulateur » et le « rôle du ministre compétent et du conseil des ministres ne cadre [...] plus avec l'esprit du troisième paquet énergie en matière d'indépendance du régulateur à l'égard des pouvoirs publics ». Selon la Cour, une intervention du Parlement serait préférable<sup>106</sup>.

L'article 24 de la loi du 29 avril 1999 définit les conditions dans lesquelles le président et les membres du comité de direction de la CREG peuvent être révoqués avant la fin de leur mandat. Cette décision doit être prise par le Conseil des ministres, à la suite d'une proposition formulée par le ministre de l'Énergie et sur la base de l'avis d'un conseil de discipline. La décision de mettre fin de manière anticipée au mandat du président ou d'un membre du comité de direction de la CREG doit, par ailleurs, être justifiée par la commission d'une des infractions suivantes :

- la violation des conditions d'indépendance légalement prévues à leur égard par la législation applicable en matière d'énergie ;
- la violation, dans l'exercice de leurs mandats, de toutes autres clauses légales et réglementaires applicables qui s'appliquent à eux en vertu de la réglementation applicable en matière d'énergie.

106. Cour des comptes, *Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG)*, Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants, Bruxelles, novembre 2015, p. 36.

La procédure de révocation peut être entamée par le ministre de l'Énergie par une saisine du conseil de discipline de la CREG, s'il constate une violation de la loi par un membre du comité de direction. Le conseil de discipline de la CREG se compose d'un président et de deux membres, tous magistrats, anciens magistrats ou magistrats suppléants, qui sont élus par la Chambre des représentants pour un mandat renouvelable de six ans. Dans les trois mois suivant l'envoi du courrier de saisine, le conseil de discipline doit convoquer pour audition les parties, à savoir le ministre de l'Énergie et la personne à l'encontre de laquelle la violation a été constatée. Les droits de la défense de la personne concernée doivent être respectés. Dans le mois suivant l'audition, le conseil de discipline doit remettre un avis au ministre, concluant :

- soit qu'il y a une raison de mettre fin prématurément au mandat, avec caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sortie contractuellement prévues ;
- soit qu'il y a une raison de mettre fin prématurément au contrat, sans qu'il ne soit nécessaire de prononcer la caducité des compensations de résiliation ou autres indemnités de sorties contractuellement prévues ;
- soit qu'il n'y a pas de raison de mettre fin prématurément au mandat.

L'avis ainsi rendu étant contraignant, il lie le ministre quant à l'issue à donner à la procédure.

Enfin, les incompatibilités avec le mandat de président ou de membre du comité de direction et les règles applicables en matière de conflits d'intérêts ont été définies par l'arrêté royal du 3 mai 1999 fixant les règles applicables au président et aux membres du comité de direction de la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz en matière d'incompatibilités et de conflits d'intérêts<sup>107</sup>. Cet arrêté royal prévoit des incompatibilités entre le mandat de président ou de membre du comité de direction et différents mandats politiques, ainsi qu'en rapport avec l'exercice de fonctions au sein d'entreprises de gaz ou d'électricité. Cette deuxième catégorie d'incompatibilité vaut jusqu'à un an après que le mandat au sein de la CREG a pris fin. Une indemnité financière est prévue pour compenser cette incompatibilité après que les fonctions se sont achevées. Les dirigeants de la CREG ne peuvent pas non plus détenir d'intérêts financiers dans des entreprises d'électricité. Ces règles sont sanctionnées pénalement.

107. M.B., 15 juin 1999.

## 2. La Chambre des litiges de la CREG

Selon l'article 29 de la loi du 29 avril 1999, la Chambre des litiges est compétente, à la demande de l'une des parties, pour statuer sur les différends entre le gestionnaire et les utilisateurs du réseau relatifs aux obligations imposées aux gestionnaires de réseau par ou en vertu de la loi, à l'exception des différends portant sur des droits et obligations contractuels<sup>108</sup>. La Chambre des litiges est composée d'un président, de deux autres membres et de trois suppléants nommés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres pour un terme renouvelable de six ans. Le président et un suppléant de la Chambre des litiges doivent être désignés parmi les magistrats de l'ordre judiciaire, les autres membres et suppléants étant désignés en raison de leur compétence en matière de concurrence. Les membres et les suppléants ne peuvent être choisis parmi les membres des organes et les employés de la CREG. Des règles similaires à celles applicables aux membres du comité de direction s'appliquent en ce qui concerne les incompatibilités des membres de la Chambre des litiges.

### D. Indépendance financière de la CREG

La CREG jouit de garanties concernant son autonomie financière, en ce sens que, d'une part, la CREG est libre dans l'utilisation des ressources qui lui sont allouées et, d'autre part, selon l'article 25 de la loi du 29 avril 1999, en ce sens qu'elle dispose d'un budget propre, qu'elle établit elle-même son projet de budget et que celui-ci est approuvé par la Chambre des représentants, et non par le gouvernement. Le projet de budget de la CREG doit, plus précisément, être établi par le comité de direction et être soumis pour approbation à la Chambre, accompagné d'une note de politique générale, avant le 30 octobre de l'année précédant celle à laquelle il se rapporte. Avant d'approuver le projet de budget, la Chambre des représentants auditionne le comité de direction. Cette audition peut éventuellement mener à un amendement du projet de budget de la CREG.

Le législateur a par ailleurs prévu que les frais de fonctionnement de la CREG sont couverts par une cotisation fédérale due par les clients finals établis sur le territoire belge, sur chaque kWh qu'ils prélèvent du réseau pour leur usage propre<sup>109</sup>. La CREG perçoit directement cette cotisation

108. Voy. aussi, pour le secteur du gaz, l'article 15/18 de la loi du 12 avril 1965.

109. Article 21 bis et 25, § 3, de la loi du 29 avril 1999. Voy. aussi l'arrêté royal du 24 mars 2003 fixant les modalités de la cotisation fédérale destinée au financement de certaines obligations de service public et des coûts liés à la régulation et au contrôle du marché de l'électricité (M.B., 28 mars 2003).

fédérale, ce qui contribue à son indépendance<sup>110</sup>, mais déroge au principe selon lequel la matière fiscale relève des missions essentielles de l'État fédéral et doit donc rester sous la responsabilité des représentants élus<sup>111</sup>. Dans un rapport de 2015, la Cour des comptes pointait en outre que ce mode de perception des recettes était « source de fluctuations peu maîtrisables » et que, en outre, les mesures d'économie ou de gel des dépenses publiques imposées à la CREG limitaient ses possibilités d'action<sup>112</sup>.

La CREG doit, enfin, transmettre ses comptes annuels, accompagnés du rapport du réviseur d'entreprises, à la Chambre des représentants et à la Cour des comptes, avant le 1<sup>er</sup> mai de l'année suivant l'exercice concerné. La Cour des comptes audite les comptes annuels de la CREG et transmet son rapport d'audit à la Chambre des représentants. La CREG est également soumise à la loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes.

## E. Indépendance fonctionnelle de la CREG

En 2010, la Cour constitutionnelle a jugé que la CREG était « une autorité administrative qui dispose d'une large autonomie qui n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative », et qu'elle avait été « instituée dans le but d'accomplir certaines missions que le législateur souhaitait soustraire à l'autorité du Gouvernement fédéral »<sup>113</sup>. À l'heure actuelle, ni le gouvernement, ni la Chambre des représentants, ni aucune autre autorité belge ne peuvent exercer un contrôle hiérarchique ou de tutelle sur les décisions de la CREG. Tel n'a pas toujours été le cas. À sa création, par exemple, le comité de direction se trouvait sous la supervision d'un conseil général au sein duquel siégeaient des représentants du gouvernement fédéral<sup>114</sup>, et les derniers contrôles gouvernementaux pesant sur les décisions de la CREG n'ont été supprimés qu'en 2012<sup>115</sup>.

110. Cour des comptes, *Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG)*, Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants, Bruxelles, novembre 2015, p. 29.

111. Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 59.999/2/V du 30 août 2016 sur un avant-projet d'ordonnance « créant le Service Public Régional de Bruxelles Fiscalité », p. 4.

112. Cour des comptes, *Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG)*, Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants, Bruxelles, novembre 2015, p. 34.

113. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.4.

114. Article 24, § 3, de la loi du 29 avril 1999 telle qu'initialement en vigueur.

115. Article 46 de la loi du 8 janvier 2012 portant modifications de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

En revanche, la CREG est soumise à un contrôle fonctionnel de la Commission européenne pour certaines de ses décisions<sup>116</sup>. Par ailleurs, sans préjudice des actions de droit commun, la CREG est également soumise à un contrôle juridictionnel. Certaines décisions de la CREG peuvent aussi être contestées devant l'Autorité belge de la concurrence<sup>117</sup>.

La CREG est, en outre, soumise à des obligations de concertation avec les opérateurs du secteur de l'énergie et, notamment, avec les gestionnaires des réseaux de transport<sup>118</sup>. Selon la Cour constitutionnelle, de telles obligations ne portent pas atteinte à l'indépendance de la CREG dans la mesure où elles respectent son pouvoir de décision<sup>119</sup>. La CREG doit également transmettre annuellement un rapport sur ses activités, notamment à la Chambre des représentants<sup>120</sup>.

Enfin, le législateur a prévu la création d'un Conseil Consultatif du Gaz et de l'Électricité auprès de la CREG et du ministre de l'Énergie. Le Conseil Consultatif du Gaz et de l'Électricité est composé de représentants du gouvernement fédéral, des organisations représentatives des travailleurs, des employeurs, des classes moyennes et des associations environnementales, et des producteurs, du gestionnaire du réseau, des gestionnaires des réseaux de distribution, des intermédiaires, des fournisseurs et des consommateurs. Les gouvernements de région sont invités à y déléguer des représentants. Le Conseil Consultatif du Gaz et de l'Électricité peut notamment faire des recommandations, rendre des avis et produire des études en matière de politique énergétique. Il peut aussi suggérer à la CREG d'effectuer des études ou d'émettre des avis. Toutefois, le Conseil Consultatif du Gaz et de l'Électricité ne peut donner aucune instruction à la CREG ; il doit agir indépendamment de la CREG et inversement<sup>121</sup>. Le Conseil Consultatif du Gaz et de l'Électricité est un organe consultatif qui remplace le conseil général, qui était auparavant institué au sein de la CREG elle-même<sup>122</sup>. La Cour constitutionnelle a en effet considéré que l'institution du conseil général au sein de la CREG était incompatible avec l'indépendance de la CREG<sup>123</sup>.

116. Articles 10 et 23<sup>quater</sup>, § 2, de la loi du 29 avril 1999.

117. Article 29<sup>ter</sup> de la loi du 29 avril 1999 ; article 15/20<sup>bis</sup> de la loi du 12 avril 1965.

118. Article 12 de la loi du 29 avril 1999 ; article 15/5<sup>bis</sup> de la loi du 12 avril 1965.

119. C. const., 7 août 2013, n° 117/2013, B.27.4.

120. Article 23, § 3, de la loi du 29 avril 1999 ; article 15/14, § 3, de la loi du 12 avril 1965.

121. Article 29<sup>sexies</sup> de la loi du 29 avril 1999.

122. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2013-2014, n° 3511/1, p. 15.

123. C. const., 7 août 2013, n° 117/2013, B.11.3.

### § 3. Le Service de Régulation

#### A. Présentation

Le Service de Régulation a été créé par l'arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National, fixant sa composition ainsi que les statuts administratif et pécuniaire applicables à ses membres<sup>124</sup>. Dans le secteur ferroviaire, le Service de Régulation est l'autorité de contrôle visée à l'article 61 du Code ferroviaire<sup>125</sup>. À ce titre, le Service de Régulation exerce des missions d'avis, de contrôle, de règlement des litiges et de recours, notamment en rapport avec l'accès au réseau ferroviaire par les opérateurs du secteur<sup>126</sup>. Le Service de Régulation est également l'autorité de régulation économique compétente pour l'Aéroport de Bruxelles-National<sup>127</sup>. Il surveille la licence délivrée à l'exploitant et les conditions d'exploitation<sup>128</sup>. L'État belge reste, à ce jour, actionnaire majoritaire ou minoritaire de plusieurs acteurs des secteurs ferroviaire et aéroportuaire (Infrabel, SNCB, Brussels Airport).

La création du Service de Régulation s'inscrit dans le contexte de la transposition en droit belge des directives européennes de libéralisation du marché ferroviaire précédemment évoquées<sup>129</sup>. À sa création en 2004, le Service de Régulation n'était pas indépendant du gouvernement, puisqu'il faisait partie de la Direction générale Transport terrestre du Service public fédéral Mobilité et Transports et était placé « sous l'autorité directe et immédiate du Ministre ayant la régulation du transport ferroviaire dans ses attributions »<sup>130</sup>. En 2012, sous la pression de la Commission européenne, le Service de Régulation a été soustrait à l'autorité du ministre des Transports<sup>131</sup>. Sous le régime antérieur à 2012, un conflit ouvert a opposé le secrétaire d'État à la mobilité au directeur du Service de Régulation de l'époque, autour de la conformité par rapport au droit européen du maintien du Service de Régulation

124. *M.B.*, 5 novembre 2004.

125. Article 2bis de l'arrêté royal du 25 octobre 2004.

126. Article 62 du Code ferroviaire.

127. Article 2bis de l'arrêté royal du 25 octobre 2004.

128. Voy. l'arrêté royal du 27 mai 2004 relatif à la transformation de Brussels International Airport Company (B.I.A.C.) en société anonyme de droit privé et aux installations aéroportuaires (*M.B.*, 24 juin 2004).

129. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 octobre 2004.

130. *Ibid.*

131. Arrêté royal du 4 décembre 2012 modifiant l'arrêté royal du 25 octobre 2004 créant le Service de Régulation du Transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles National, et fixant sa composition ainsi que les statuts administratif et pécuniaire applicables à ses membres (*M.B.*, 12 décembre 2012).

sous l'autorité hiérarchique du gouvernement. Ce conflit a donné lieu à plusieurs procédures judiciaires. D'une part, en 2010, le secrétaire d'État a réformé une décision tarifaire du Service de Régulation relative à l'aéroport de Bruxelles-National, ce qui a suscité un recours en suspension et en annulation du Service de Régulation à l'encontre de cette décision devant le Conseil d'État. Ce recours n'a pas abouti en suspension (faute de préjudice grave et difficilement réparable) et le Service de Régulation s'est désisté de son recours avant l'arrêt d'annulation<sup>132</sup>. Ce conflit a débouché sur le licenciement du directeur du Service pour faute grave, au motif que ce directeur défendait auprès du gouvernement fédéral et de la Chambre des représentants des positions distinctes de celles du secrétaire d'État quant à la régulation tarifaire de l'aéroport de Bruxelles-National et, plus largement, quant à l'organisation de la régulation de ce secteur, nonobstant l'autorité hiérarchique que le secrétaire d'État prétendait exercer à son égard. Saisie par le directeur licencié, la Cour du travail de Bruxelles a *in fine* donné tort à l'État belge quant à l'existence d'une faute grave justifiant le licenciement sans indemnités et, l'a condamné en 2016 à indemniser le directeur licencié. Elle n'a, en revanche, pas jugé que le licenciement était abusif<sup>133</sup>. Il ressort de ces décisions que, en définitive, l'indépendance du Service de Régulation face au secrétaire d'État n'a été qu'en partie protégée par les juridictions, puisque le principe du licenciement a été accepté et que le recours au Conseil d'État contre la nouvelle décision tarifaire du secrétaire d'État n'a pas abouti. Il est toutefois vraisemblable que ces affaires auraient été traitées différemment après la réforme du statut du Service intervenue en 2012.

## B. Indépendance institutionnelle du Service de Régulation

Le Service de Régulation ne dispose pas de la personnalité juridique. Par conséquent, il ne dispose pas non plus d'un patrimoine propre. Le Service de Régulation doit sa création à un arrêté royal, adopté par le Roi dans le cadre de son pouvoir d'organisation de l'administration fédérale déduit des articles 37 et 107 de la Constitution, plutôt qu'à une loi, ce qui signifie qu'une modification de son statut peut se faire sans débat parlementaire préalable.

132. C.E., 9 juin 2011, n° 213.779, *Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal* ; C.E., 11 octobre 2011, n° 215.682, *Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal*.

133. Cour du travail, 22 juin 2016, n° 2014/AB/560, disponible sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

L'article 4 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 prévoit que le Service de Régulation est indépendant sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, et qu'il est juridiquement distinct de toute entreprise ferroviaire, de tout gestionnaire de l'infrastructure, de toute autre entité publique ou privée ainsi que du gestionnaire de l'aéroport de Bruxelles National et de toutes les compagnies aériennes.

Le Service de Régulation dispose de ses propres structures, de son propre personnel et ne fait pas partie d'une autre administration. Pour partie, néanmoins, les ressources et le personnel du Service de Régulation sont mis à sa disposition par le Président du Comité de Direction du Service public fédéral Mobilité et Transports, après concertation avec le directeur du Service<sup>134</sup>. Même si l'ensemble des membres du personnel du Service sont sous l'autorité hiérarchique des membres de la direction, qu'ils soient mis à disposition du Service ou recrutés directement comme experts par le Service de Régulation (l'arrêté royal prévoit cette possibilité), la dépendance matérielle du Service vis-à-vis du Service public fédéral Mobilité et Transports est de nature à affaiblir l'indépendance institutionnelle du régulateur. Cette disposition paraît, au demeurant, contradictoire par rapport à l'article 4 de l'arrêté royal, inséré en 2015, qui interdit tout lien, même mis en suspens, des membres du Service de Régulation avec une « autre entité publique ». Inévitablement, en effet, les agents du Service public fédéral Mobilité et Transports mis à la disposition du Service de Régulation conservent un lien avec le Service public fédéral Mobilité et Transports. Par ailleurs, les experts que peut engager directement le Service de Régulation sont engagés après une sélection organisée par le SELOR, mais sur la base de la description de fonction et du profil de compétences fixés par le ministre de référence du Service de Régulation<sup>135</sup>. Le rôle joué par le ministre dans le recrutement des experts du Service de Régulation est une nouvelle restriction de l'indépendance institutionnelle de ce régulateur.

### C. Indépendance des dirigeants du Service de Régulation

Selon l'article 6 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004, la direction du Service de Régulation est constituée de deux personnes : le directeur et le directeur adjoint. La direction du Service est exercée sous la forme d'un mandat d'une durée de six ans. La direction du Service de Régulation n'est donc pas le fait d'un collège, à la différence de l'IBPT

134. Article 15 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004.

135. Article 15 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004.

et de la CREG. Ceci déforce l'indépendance du régulateur si l'on admet qu'une direction collégiale est une meilleure garantie contre les risques de capture du régulateur qu'une direction qui ne l'est pas<sup>136</sup>. Le Service de Régulation est cependant un régulateur de moindre taille que la CREG ou l'IBPT, puisqu'il ne compte qu'une dizaine d'agents contre, respectivement, environ 70 à la CREG et plus de 200 à l'IBPT, de sorte que la question se pose de savoir s'il y aurait du sens à ce qu'un organe collégial en assure la direction.

L'article 8 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 prévoit que les membres de la direction doivent être désignés par le Roi, parmi les candidats jugés aptes par le SELOR, sur proposition du ministre après délibération en Conseil des Ministres. Selon l'article 7 de l'arrêté royal, pour être nommés, les candidats à un mandat à la direction doivent remplir les conditions d'admissibilité exigées pour être recrutés comme agents de l'État dans le niveau A<sup>137</sup>. Ils doivent en outre justifier de l'expérience utile requise par la description de fonction. La sélection des membres de la direction est opérée par le SELOR, sur la base de la description de fonction et du profil de compétences fixés par le ministre.

L'article 17 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 prévoit la remise annuelle au ministre de référence, par la direction du Service de Régulation, d'un rapport d'audit de fraude, financier et opérationnel du Service, portant sur l'année antérieure et rédigé par un organisme indépendant. Cet audit ne peut porter ni sur l'opportunité des actions entreprises par le Service dans l'exercice des missions et des tâches qui lui sont dévolues par la loi ni sur le contenu des décisions prises en exécution des missions qui lui sont confiées par la loi. L'article 11 de l'arrêté prévoit que ces audits servent de base à l'évaluation par le ministre de référence du Service de Régulation du directeur et du directeur adjoint, six mois avant le terme de leur mandat et que, à l'expiration de son mandat, un membre de la direction peut obtenir un nouveau mandat s'il a été favorablement évalué par le ministre. Le nombre maximum de mandats pour un membre de la direction est fixé à 2.

L'article 13 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 prévoit, pour sa part, que la perte d'une des conditions d'admissibilité au poste de directeur ou de directeur adjoint en cours de mandat, entraîne

136. Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, *Regulatoren – Achtergronddocument: Bestuurlijke randvoorwaarden voor adequate marktregulering door onafhankelijke regulatoren*, Bruxelles, 11 mars 2013, p. 18.

137. Voy. l'article 16 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant statut des agents de l'État.

la cessation immédiate et sans préavis du mandat. Ces conditions d'admissibilité sont définies à l'article 4 de l'arrêté royal et visent l'absence de lien de quelque nature que ce soit avec une entreprise ferroviaire, un gestionnaire de l'infrastructure, une autre entité publique ou privée ou le gestionnaire de l'aéroport de Bruxelles National ou une compagnie aérienne (ou des entreprises qui leur sont liées). Les dirigeants du Service doivent d'ailleurs déposer chaque année une déclaration d'intérêts auprès du ministre compétent. Ils ne peuvent pas non plus, au terme de leur mandat au sein du Service de Régulation, occuper une position professionnelle ou assumer une responsabilité professionnelle au sein d'un opérateur ferroviaire pendant une période minimale d'une année. Rien n'est en revanche précisé pour le secteur aéroportuaire.

L'article 13 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004 prévoit également que toute faute grave du directeur ou du directeur adjoint en cours de mandat peut entraîner le licenciement sans préavis et qu'en cas d'incapacité médicale professionnelle constatée en cours de mandat, chaque membre de la direction peut être licencié moyennant une indemnité de six mois de rémunération. Selon l'article 4 de l'arrêté royal, le ministre de référence du Service de Régulation est l'autorité disciplinaire des dirigeants du Service, mais l'arrêté royal n'explique pas comment cette qualité peut se concilier avec le maintien de l'indépendance du Service de Régulation.

Il ressort de la description qui précède que les dispositions relatives à la direction du Service de Régulation garantissent une indépendance limitée aux dirigeants du Service de Régulation par rapport au gouvernement fédéral. L'intervention du SELOR dans leur désignation est, certes, une garantie d'objectivité du recrutement, mais le ministre garde un rôle décisif dans l'établissement du profil de fonction et dans le choix des candidats. De même, le ministre évalue les membres de la direction du Service de Régulation et, ce faisant, rend possible l'éventuel renouvellement de leur mandat. Le ministre est, enfin, également l'autorité disciplinaire du directeur et du directeur adjoint du Service de Régulation, ce qui est un nouveau risque sur le plan de l'indépendance du Service. Comme exposé ci-dessus, dans les années 2000, un directeur du Service de Régulation a d'ailleurs été licencié pour faute grave par le secrétaire d'État compétent, en raison, fondamentalement, d'une différence de conception entre les deux personnes concernées quant à la nature de leurs rapports et la manière de réguler le secteur aéroportuaire.

## D. Indépendance financière du Service de Régulation

Le Service de Régulation dispose d'une autonomie financière limitée. Le Service dispose de crédits budgétaires propres et le directeur du Service s'est vu déléguer des pouvoirs pour certaines dépenses et pour certains marchés publics, mais pas, toutefois, pour l'ensemble des commandes du Service<sup>138</sup>. En l'absence de prévisions autres, le budget du Service de Régulation est établi comme les autres articles du budget général de l'État (projet de loi établi par le gouvernement et soumis à la Chambre des représentants), mais certaines ressources lui sont affectées. L'article 67 du Code ferroviaire prévoit en effet qu'en vue de couvrir l'intégralité des frais de fonctionnement et de personnel du Service de Régulation, les entreprises ferroviaires et le gestionnaire du réseau doivent payer au Service public fédéral Mobilité et Transports une redevance et que cette redevance est ensuite versée au Service de Régulation selon des modalités définies par l'arrêté royal du 11 septembre 2015 fixant le montant et les modalités de versement de la redevance pour la couverture des frais de l'organe de contrôle<sup>139</sup>.

## E. Indépendance fonctionnelle du Service de Régulation

Bien qu'il fasse partie de l'État fédéral et ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte, le Service de Régulation est soustrait à tout contrôle hiérarchique ou de tutelle quant aux décisions qu'il adopte, conformément à l'article 4 de l'arrêté royal du 25 octobre 2004. Cette indépendance fonctionnelle n'empêche pas que le Service de Régulation doive collaborer avec ses homologues européens et la Commission européenne<sup>140</sup>. Enfin, un recours est ouvert devant la Cour des marchés contre les décisions du Service de Régulation<sup>141</sup>.

138. Voy. l'arrêté ministériel du 14 mai 2012 fixant les délégations de pouvoirs en matières financières concernant le Service de Régulation du transport ferroviaire et de l'exploitation de l'aéroport de Bruxelles-National (*M.B.*, 8 juin 2012).

139. *M.B.*, 24 septembre 2015.

140. Voy. par exemple l'article 66/1 du Code ferroviaire.

141. Article 221/1 du Code ferroviaire ; article 2 de la loi du 9 juillet 2004 portant des dispositions diverses.

### Section 3. L'indépendance des régulateurs belges des industries de réseau sous tension : une mise en contexte

#### § 1. Une difficulté belge à l'égard de l'indépendance des régulateurs des industries de réseau ?

Les développements qui précèdent ont mis en évidence l'affirmation de plus en plus forte et précise, en droit européen, de l'obligation pour les États membres de l'Union européenne de créer des régulateurs indépendants dans les industries de réseau. Ces exigences ont été mises en œuvre en Belgique, où des régulateurs indépendants ont été créés à partir des années 1990. La reconnaissance de l'indépendance des régulateurs des industries de réseau par rapport au gouvernement est toutefois loin d'être totale à l'heure actuelle. Elle ne s'est pas non plus faite sans heurts. En particulier, dans les interstices du droit européen, les autorités belges maintiennent des possibilités fortes d'intervention du gouvernement en ce qui concerne, par exemple, la désignation des organes de direction des régulateurs fédéraux. Dans plusieurs cas, l'indépendance des régulateurs a même été restreinte à l'encontre du droit européen. Plusieurs exemples de décisions de justice constatant une violation du droit européen ont déjà été mentionnés. D'autres décisions dont l'objet a été de protéger l'indépendance du régulateur face à des ingérences du monde politique, ont également été rendues, notamment en rapport avec les régulateurs régionaux de l'énergie<sup>142</sup>. La saga ayant opposé la CWaPE au gouvernement wallon quant à la tarification à imposer aux propriétaires de photovoltaïque pour leur utilisation du réseau est une nouvelle illustration de ces tensions<sup>143</sup>.

142. Voy. par exemple C. const., 25 mai 2016, n° 71/2016, B.10.3-B.12 (CWaPE) ; C. const., 14 janvier 2021, n° 5/2021, B.12.1-B.12.6. Voy. aussi L. De DEYNE, « Energieregulatorien in België: de rol van het Parlement en de regering », *Tijdschrift voor Toezicht*, 2019, pp. 58-61. En rapport avec la CREG, voy. aussi l'analyse détaillée qu'offre Pascal Boucquey de la mise en œuvre du « troisième paquet » électricité en Belgique : P. BOUCQUEY, « Le statut de l'autorité de régulation nationale. Quelques réflexions entre deux arrêts de la Cour constitutionnelle », in D. RENDERS et R. BORN (dir.), *Actualités du droit de l'énergie. La transposition du « troisième paquet énergie » européen dans les lois « électricité » et « gaz »*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 371-430.

143. CWaPE, « Tarif prosumer : avis remis le 02/12/2019 sur un projet de décret impliquant la révision de la méthodologie tarifaire et l'adaptation des tarifs pour les utilisateurs du réseau » (<https://www.cwape.be/?dir=7&news=1044>) ; Cass., 13 décembre 2018, R.G. n° C.15.0405.F/1 ; S.L.C.E., avis n° 66.747/4 du 18 décembre 2019 ; X. COUNASSE et B. PADOAN, « Photovoltaïque : le ministre Philippe Henry renonce au report de cinq ans du tarif prosumer », *Le Soir* (Bruxelles, 27 avril 2020).

Sans doute, l'existence de tensions entre les régulateurs et le monde politique est inévitable et se présente partout où des régulateurs indépendants prennent des décisions qui ont des conséquences économiques et sociales significatives. Nous avons déjà souligné que l'indépendance était un concept relatif et que les régulateurs n'opéraient pas dans un vide institutionnel<sup>144</sup>. Il nous semble néanmoins que, historiquement, le contexte belge est particulièrement peu propice à l'émergence de régulateurs économiques indépendants du gouvernement et que ce contexte permet d'éclairer pourquoi l'indépendance des régulateurs belges des industries de réseau est régulièrement limitée ou mise en cause. Trois éléments de contexte peuvent être mis en évidence pour éclairer ce constat, et deux seront détaillés dans les développements qui suivent.

Premièrement, les pouvoirs publics belges gardent des intérêts financiers importants dans les industries de réseau, comme déjà mentionné ci-dessus. La volonté de sauvegarder ces intérêts peut amener les gouvernements ou les Parlements à limiter l'indépendance des régulateurs, par exemple en ce qui concerne l'exercice par ces derniers de leurs compétences tarifaires<sup>145</sup>. Il n'est, de même, pas exceptionnel que des réformes législatives dans les industries de réseau aient pour objectif de revenir sur des décisions du régulateur qui étaient en contradiction avec les intérêts d'un opérateur public puissant du secteur<sup>146</sup>.

Deuxièmement, l'indépendance des régulateurs est en porte-à-faux par rapport à l'interprétation classique donnée au droit constitutionnel belge, selon laquelle la régulation de l'économie doit être entre les mains d'autorités responsables, directement ou indirectement, devant l'électeur, et non entre les mains d'entités indépendantes du monde politique.

Troisièmement, une régulation indépendante est aussi en décalage par rapport à la tradition néo-corporatiste de régulation de l'économie qui prévalait au moins dans des secteurs comme celui de l'électricité, préalablement à leur libéralisation, ce qui peut aussi être source de tensions.

Ces deux derniers éléments sont détaillés ci-après.

144. Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen, *Regulatoren – Achtergronddocument: Bestuurlijke randvoorwaarden voor adequate marktregulering door onafhankelijke regulatoren*, Bruxelles, 11 mars 2013, pp. 19-21.

145. Voy. par exemple D. VERHOEVEN, « Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel : éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique », in D. RENDERS et R. BORN (dir.), *Actualités du droit de l'énergie. La transposition du « troisième paquet énergie » européen dans les lois « électricité » et « gaz »*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 366 et 367.

146. Voy. les articles 18 et 19 de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux (M.B., 9 février 2018) et l'avis du conseil de l'IBPT du 19 octobre 2017 concernant le projet de loi relative aux services postaux, pp. 5-7.

## § 2. Le contexte constitutionnel

Bien que la première autorité administrative indépendante belge – la Commission bancaire – ait été créée dès 1935<sup>147</sup>, les autorités administratives indépendantes ne se sont multipliées dans le paysage institutionnel en Belgique qu'à partir des années 1990. Or, la création de telles autorités et, notamment, des régulateurs indépendants des industries de réseau tels que promus par le droit européen, suscite des questions de constitutionnalité. La doctrine et le Conseil d'État, section de législation, ont en effet longtemps traité avec beaucoup de réticence les attributions et les délégations de pouvoirs à des autorités soustraites à l'autorité du gouvernement, en particulier lorsque l'exercice de ces pouvoirs implique un pouvoir réglementaire et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire<sup>148</sup>. Les raisons en sont les suivantes. D'une part, la Constitution belge est silencieuse quant à la possibilité de confier des attributions à des entités distinctes du gouvernement<sup>149</sup>. Comme les pouvoirs doivent être exercés de la manière établie par la Constitution (article 33 de la Constitution), l'absence de reconnaissance constitutionnelle des régulateurs économiques indépendants soulève des doutes quant à la possibilité de leur confier des attributions. D'autre part, conférer des pouvoirs à des régulateurs indépendants serait contraire aux articles 37 et 108 de la Constitution dans la mesure où de telles attributions ou délégations de compétences empièteraient sur les compétences appartenant au Roi ou aux gouvernements communautaires ou régionaux (dans ce cas, l'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980<sup>150</sup> serait violé). De telles délégations iraient également à l'encontre de principes constitutionnels fondamentaux comme celui selon lequel les pouvoirs doivent être exercés par des autorités responsables, directement ou indirectement, devant l'électeur,

147. J. LE BRUN, « Les autorités administratives indépendantes : le cas de la Commission bancaire et financière belge », *Revue internationale de droit économique*, 1997, p. 184. La Commission bancaire a plus précisément été créée par l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs.

148. R. ANDERSEN, « Les autorités administratives indépendantes en droit belge », *Annuaire européen de droit administratif*, 2008, p. 28 ; K. MUYLLE, « Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering ? », in A. ALEN, et J. THEUNIS (dir.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 3. De Europese dimensie in het Belgische publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 324-326.

149. D. DE ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 712-713 ; V. DE SCHEPPER et E. SLAUTSKY, « Decentralisering en privatisering van regelgevende bevoegdheid: naar een grondwettelijke verankering ? », in C. BEHRENDT, W. PAS, S. SOTTIAUX et J. VAN NIEUWENHOVE (dir.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten IV*, Bruges, die Keure, 2019, p. 147.

150. M.B., 15 août 1980.

puisqu'elles habiliteraient une autorité à prendre des décisions contraignantes (discrétionnaires) sans être directement responsable devant le Parlement<sup>151</sup>. Comme l'a écrit Michel Pâques : « le pouvoir hiérarchique ou de tutelle est [...] une exigence constitutionnelle belge pour qu'un ministre puisse toujours expliquer et justifier devant le Parlement ce qui a eu lieu dans le plus sombre bureau du pouvoir. C'est [...] l'autorité administrative indépendante qui pose problème en droit belge »<sup>152</sup>. En résumé, dans cette interprétation du droit constitutionnel, la régulation de l'économie doit rester entre les mains des institutions représentatives et ne peut pas être déléguée à des régulateurs indépendants.

Cette interprétation du droit constitutionnel belge n'est, certes, pas unanimement partagée par la doctrine. Plusieurs auteurs ont ainsi mis en évidence l'existence de raisons fonctionnelles légitimes justifiant de déléguer des pouvoirs à des autorités indépendantes, à l'abri de l'ingérence politique<sup>153</sup>. La section de législation du Conseil d'État a d'ailleurs elle-même accepté la possibilité que des pouvoirs soient confiés à des autorités non-gouvernementales, en dépit de l'absence d'une base constitutionnelle pour ce faire. Toutefois, de telles délégations n'ont été acceptées que dans la mesure où leur portée restait limitée et où un certain degré de contrôle gouvernemental était maintenu en ce qui concerne les décisions discrétionnaires des autorités auxquelles des pouvoirs étaient accordés. En termes d'intensité, le contrôle devait être de nature à ce que le ministre responsable puisse toujours être tenu responsable devant le Parlement des décisions prises par l'autorité publique attributaire de pouvoirs<sup>154</sup>.

En tout état de cause, même ainsi nuancé, le droit constitutionnel belge reste plutôt restrictif en ce qui concerne la possibilité d'accorder des pouvoirs liés à la régulation de l'économie à des autorités indépendantes du gouvernement. Cet état du droit constitutionnel belge crée une tension par rapport aux exigences du droit européen puisque, comme précédemment exposé, les exigences du droit européen concernant

151. Avis L. 33.255/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi « relatif au statut du régulateur des postes et télécommunications belges », p. 9 ; avis n° 50.003/4 du 4 septembre 2011 sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques », p. 9.

152. M. PÂQUES, « Entre géométrie et finesse : le droit administratif réducteur et créateur d'incertitude », *Annales de Droit de Louvain*, 2019, p. 261.

153. P. POPELIER et J. VAN NIEUWENHOVE, « Decentralisering en privatisering van wetgeving », in *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert*, Bruges, die Keure, 2012, pp. 261-286 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 103.

154. R. ANDERSEN, P. NIHOUL et M. JOASSART, « Le Conseil d'État – Chronique de jurisprudence 2002 », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2004, pp. 85-88. Voy. aussi l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° L. 30.527/4 du 25 octobre 2000 sur un avant-projet de décret « relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité », p. 7.

l'indépendance des régulateurs dans les industries de réseau vont plus loin que ce qui est traditionnellement admissible en droit constitutionnel belge : elles exigent que les régulateurs puissent agir en toute liberté, sans recevoir d'instructions ni subir de pression du gouvernement. Tout contrôle gouvernemental sur les décisions des régulateurs est exclu. Or, c'est précisément ce qui est traditionnellement requis par le droit constitutionnel belge lorsque des pouvoirs sont délégués en dehors de la sphère des institutions représentatives. En 2012, Michel Van Bellinghen et Tania Zgajewski ont souligné cette tension entre le droit européen et les exigences du droit constitutionnel belge et ont fait valoir que les principaux obstacles en Belgique à la mise en œuvre de la réforme européenne de 2009 du cadre juridique des communications électroniques résultaient de la répartition des compétences liée au fédéralisme belge et « des tensions entre le renforcement de l'autonomie des autorités réglementaires nationales voulu par les textes européens et le maintien des contrôles voulus par les textes belges »<sup>155</sup>. Stéphanie De Somer a elle aussi régulièrement souligné la tension sur ce point entre le droit constitutionnel belge et les exigences du droit européen<sup>156</sup>.

Sans doute la réticence traditionnelle du droit constitutionnel belge vis-à-vis des possibilités de régulation indépendante de l'économie n'a-t-elle pas constitué un obstacle insurmontable à la création de régulateurs indépendants dans les industries de réseau en Belgique dans les années 1990 et 2000, avec les nuances que nous avons précédemment mises en évidence quant à la portée de leur indépendance. Pour cela, néanmoins, il a fallu que les juridictions belges fassent preuve d'un peu d'audace constitutionnelle pour surmonter la tension entre les exigences du droit européen et l'état du droit constitutionnel belge évoqué dans les lignes qui précèdent. Deux stratégies distinctes ont, en particulier, été développées par les magistrats et, surtout, par la Cour constitutionnelle et la section de législation du Conseil d'État pour ce faire.

D'une part, un raisonnement fondé sur la primauté du droit de l'Union européenne a régulièrement été tenu par les juridictions pour admettre que des pouvoirs soient confiés aux régulateurs indépendants des industries de réseau en Belgique, en dépit des exigences du droit constitutionnel<sup>157</sup>. À suivre ce raisonnement, la création de régulateurs

155. M. VAN BELLINGHEN et T. ZGAJEWSKI, *Les enjeux de la transposition en Belgique des nouvelles directives européennes sur les communications électroniques*, Gand, Academia Press, 2012, p. 4.

156. S. DE SOMER, *Autonomous Public Bodies and the Law. A European Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, 384 p.

157. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010, B.8.1 ; avis de la section de législation du Conseil d'État n° 49.336/3 du 22 mars 2011 sur un avant-projet de décret flamand

indépendants n'est possible que dans la mesure requise par le droit européen<sup>158</sup>. Il en résulte aussi que la création de tels régulateurs indépendants en Belgique ne doit pas s'analyser comme relevant de l'identité constitutionnelle nationale de la Belgique, au sens où l'entend la Cour constitutionnelle comme constituant une limite à la primauté du droit européen<sup>159</sup>.

D'autre part, depuis 2010, la Cour constitutionnelle belge a assoupli les conditions dans lesquelles des pouvoirs peuvent être conférés à des autorités indépendantes au regard de la Constitution<sup>160</sup>. Les principales limites que la Cour impose désormais à l'attribution de pouvoirs à des autorités indépendantes semblent avoir été alignées sur le droit primaire de l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour de justice<sup>161</sup>. Ces limites s'appliquent que les pouvoirs soient ou non attribués à des autorités indépendantes en application du droit européen<sup>162</sup>. En résumé, quatre conditions doivent être remplies<sup>163</sup>. Il faut, premièrement, que l'attribution de pouvoirs intervienne dans une matière technique déterminée : pour reprendre les termes de Pierre Nihoul, la mission de l'autorité administrative indépendante ne peut être générale, mais doit avoir trait à un marché ou à un domaine particulier<sup>164</sup>. Il faut, en outre,

« houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de electriciteitsvoorziening, het decreet van 20 december 1996 tot regeling van het recht op minimumlevering van elektriciteit, gas en water en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG », pp. 4-6 ; avis de la section de législation du Conseil d'État n° 49.491/3 du 27 avril 2011 sur un avant-projet d'ordonnance « modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale », p. 7 ; avis de la section de législation du Conseil d'État n° 56.903/4 du 17 décembre 2014 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges », pp. 8 et 9.

158. Section de législation du Conseil d'État, avis n° 63.202/2 du 26 avril 2018 sur un « avant-projet de loi instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE », p. 11 ; Section de législation du Conseil d'État, avis n° avis 69.166/4 du 10 juin 2021 sur un avant-projet de loi « portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques », pp. 9-20.

159. C. const., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.7.

160. C. const., 18 novembre 2010, n° 130/2010.

161. C.J., 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*. La Cour constitutionnelle se réfère explicitement à cette décision dans sa décision du 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.14.4 (référence à l'interprétation européenne du principe démocratique).

162. C. const., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4.

163. P. NIHOUL, « Le droit dérivé de l'Union européenne, justification d'une législation prétendument inconstitutionnelle ? », in *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 615-616.

164. *Ibid.*, p. 615.

deuxièmement, que la compétence exécutive attribuée soit de portée limitée. Il faut, troisièmement, que soient prévus un contrôle juridictionnel et un contrôle parlementaire sur l'autorité indépendante à qui des pouvoirs sont confiés, même si ce contrôle parlementaire n'est pas sanctionné par la responsabilité politique des dirigeants des autorités concernées<sup>165</sup>. Enfin, les attributions de pouvoirs au profit d'autorités indépendantes ne peuvent normalement pas porter sur des éléments essentiels de matières réservées à la loi par le législateur. La section de législation du Conseil d'État a eu l'occasion de le rappeler dans un autre contexte<sup>166</sup>. Parmi ces conditions ne figure donc pas le maintien d'un contrôle gouvernemental sur l'autorité à qui des pouvoirs sont confiés, même si la présence d'un tel contrôle peut servir à assurer le respect de l'exigence d'un contrôle parlementaire sur celle-ci<sup>167</sup>.

Ces deux stratégies constitutionnelles distinctes ont rendu possible la création de régulateurs indépendants des industries de réseau à partir des années 1990. Il n'en reste pas moins que la création de ces régulateurs est intervenue dans un contexte constitutionnel qui leur est plutôt défavorable et sans qu'une base constitutionnelle explicite n'existe pour leur création. Il n'existe par ailleurs pas non plus de cadre juridique général applicable de manière transversale aux régulateurs des industries de réseau. Chaque régulateur a été créé sur une base *ad hoc*, et les développements qui précèdent ont montré qu'il n'y a pas d'uniformité dans leur statut juridique, ni, d'ailleurs, dans la place qu'ils occupent sur le plan de l'organisation des pouvoirs. Ainsi, certains régulateurs, tels que la VREG et la CWaPE sont directement rattachés à l'un des Parlements belges, tandis que les régulateurs fédéraux, notamment, restent officiellement dans le giron du pouvoir exécutif. Cette situation peut être source d'incohérences et d'incertitudes juridiques, par exemple sur le plan de la protection juridictionnelle ou de l'applicabilité des principes généraux du droit administratif, et témoigne de l'absence de réflexion globale sur la place constitutionnelle qu'il faut reconnaître aux régulateurs indépendants de l'économie en Belgique. Une telle approche

165. *Ibid.*, p. 616.

166. Avis n° 58 106/2 du 30 septembre 2015 sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française « modifiant le décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la Formation professionnelle », p. 8 : « b) L'article 3/1, alinéa 4, en projet du décret du 17 mars 1994 (article 8 de l'avant-projet) charge Bruxelles Formation d'organiser un service de médiation accessible aux usagers ; dès lors que le législateur doit déterminer les règles de base liées à l'organisation et au fonctionnement d'un organisme d'intérêt public, il ne peut laisser aux seuls soins d'un organisme d'intérêt public la tâche de régler une question de structure aussi importante que celle-là ».

167. C. const., 11 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4 et B.22.5.



pragmatique est, certes, typique des réformes administratives belges<sup>168</sup>. De nombreux auteurs ont néanmoins mis en évidence les limites de la situation actuelle et ont plaidé de manière générale en faveur d'une modification de la Constitution pour placer les attributions de pouvoirs à des autorités indépendantes tels les régulateurs des industries de réseau sur une base constitutionnelle plus solide<sup>169</sup>.

### § 3. Une tradition néo-corporatiste mise en cause : l'exemple du secteur de l'électricité

En plus d'être en contradiction avec les principes traditionnels du droit constitutionnel belge, les régulateurs économiques indépendants remettent également en cause les modèles décisionnels existants au niveau politique. Le système politique belge est un cas traditionnel de système consociatif. La prise de décision politique en Belgique se caractérise par des compromis au niveau de l'élite entre les représentants des principaux groupes qui composent la société belge<sup>170</sup>. L'implication des partenaires sociaux aux côtés du gouvernement a également caractérisé la régulation de l'économie en Belgique depuis la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Les partenaires sociaux ont été actifs tant dans la régulation de l'économie au niveau central que dans des secteurs spécifiques<sup>171</sup>. Toutefois, comme le montre le cas du marché de l'électricité, la libéralisation des industries de réseau à partir des années 1990 et la création de régulateurs indépendants ont mis à mal ce modèle traditionnel de prise de décision en Belgique<sup>172</sup>. Spécialement, le processus européen de libéralisation du secteur de l'électricité s'est appuyé sur des dispositifs institutionnels spécifiques au niveau national, en particulier des régulateurs indépendants, qui diffèrent des dispositifs institutionnels associés à l'organisation précédente du secteur en Belgique. Conformément à l'idée selon laquelle des liens forts existent entre les institutions

168. T. ZGAJEWSKI et M. VAN BELLINGHEN, « Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique ? », *Studia Diplomatica*, 2000, p. 81.

169. Voy. par exemple C. JENART, « Uitbesteding van regelgevende bevoegdheid aan autonome agentschappen, private en hybride actoren », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2020, p. 75 et les références citées.

170. Selon A. Lijphart, « consociational democracy means government by elite cartel designed to turn a democracy with a fragmented political culture into a stable democracy », (A. LIJPHART, « Consociational Democracy », *World Politics*, 1969, p. 216).

171. E. ARC (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010, 609 p.

172. Les développements qui suivent s'appuient sur une précédente contribution des auteurs : Y. MARIQUE et E. SLAUTSKY, « Die Unabhängigkeit der belgischen Energieregulierungsbehörden zwischen korporativem Erbe und deliberativem Konzept », in C. FRAENKEL-HAEBERLE, K.-P. SOMMERMANN et J. SOCHER (dir.), *Die Umsetzung organisations- und verfahrensrechtlicher Vorgaben des europäischen Umweltrechts in ausgewählten Mitgliedstaaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, pp. 201-238.



juridiques et l'économie politique générale d'un pays<sup>173</sup>, il nous paraît que les difficultés que la Belgique semble éprouver vis-à-vis du principe même d'une régulation indépendante de l'économie doivent également être appréhendées à la lumière de la tradition néo-corporatiste belge en matière d'économie politique. Cette hypothèse, que nous développons à partir de l'exemple du secteur de l'électricité, mériterait d'être vérifiée par un examen approfondi de la situation dans les autres industries de réseau en Belgique, chaque secteur présentant en effet des particularités. Aucun des secteurs concernés n'était toutefois organisé selon le modèle promu au niveau européen à partir des années 1980, de sorte que la discordance identifiée ici, dans le contexte du marché de l'électricité, entre les modes de prise de décision politique dominant en Belgique avant la mise en œuvre des politiques de libéralisation et celles mises en place ensuite (notamment l'existence de régulateurs indépendants) y est aussi observable et rend, dès lors, l'hypothèse également plausible s'agissant de ces autres secteurs.

Le secteur énergétique belge a été historiquement organisé par une loi du 10 mars 1925<sup>174</sup>. La production et le transport d'électricité étaient libres, tandis qu'un rôle dominant était accordé aux communes pour la distribution et la fourniture d'électricité. L'application de cette loi de 1925 a conduit à un système de production et de distribution d'énergie relativement anarchique et structurellement incohérent en Belgique<sup>175</sup>. La rationalisation de la production et de la distribution d'énergie en Belgique est devenue urgente dans les années 1950, ce qui a conduit, en 1955, à la conclusion d'accords entre les pouvoirs publics et les entreprises privées de production et de distribution d'énergie pour une période de dix ans. L'objectif de ces accords était d'éviter une intervention législative de l'État dans le secteur de l'électricité, ainsi que d'enrayer les revendications syndicales d'une nationalisation du secteur de l'énergie<sup>176</sup>. Ces accords établirent un comité de gestion commun à la trentaine d'entreprises privées qui acceptaient de se soumettre aux décisions de ce « comité de gestion » et au contrôle d'un « comité de contrôle ». Ce comité de contrôle, dénommé « Comité de contrôle de l'électricité et du gaz », comprenait notamment des représentants des partenaires sociaux et de l'industrie et était institué par une convention

173. J. REITZ, « Legal Origins, Comparative Law, and Political Economy », *American Journal of Comparative Law*, 2009, p. 857.

174. Loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique (M.B., 25 avril 1925).

175. A. JACQUEMIN, P. MAYSTADT et B. MICHAUX, « Politiques d'intervention de l'État et administration économique », in *Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 150.

176. *Ibid.*, p. 132. Sur cette période, voy. aussi D. YERNAULT, *L'État et la propriété*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 631-635.

conclue entre l'association des sociétés privées de production et de distribution, la Fédération des industries belges et les trois syndicats ouvriers de l'époque<sup>177</sup>. Les accords indiquaient que leurs objectifs étaient de rationaliser le secteur afin d'arriver à un abaissement du prix de l'énergie. Ces contrats furent prolongés en 1965 et furent étendus au secteur du gaz. Aux termes de ces accords, les sociétés participantes avaient abandonné une large partie de leur autonomie, préférant respecter les termes d'une convention dont la force contraignante en droit des sociétés était sans doute contestable, plutôt que de faire face aux risques d'une intervention législative<sup>178</sup>. Dans ce système le comité de gestion avait le pouvoir d'établir, de modifier ou de proposer aux autorités publiques les tarifs dans une série de cas. Le comité de contrôle examinait annuellement lesdits tarifs. Les sociétés signataires de ces accords s'engageaient également à transmettre toutes les informations utiles au comité de gestion. Ce dernier pouvait faire des recommandations aux parties ainsi qu'étudier tout problème technique et formuler des améliorations tant à destination des sociétés privées que des pouvoirs publics<sup>179</sup>.

Ces conventions instaurant des institutions de concertation regroupant les partenaires sociaux, l'industrie et des représentants du gouvernement illustrent le modèle néo-corporatiste belge issu de la configuration économique prédominant dans l'après-guerre<sup>180</sup>. Elles trouvent, en outre, un terreau favorable dans la tradition consociative caractérisant la démocratie belge et la recherche de consensus entre les différents groupes sociaux qui en est un trait dominant. Suite au système mis en place par ces conventions, la supervision du secteur de l'énergie était, dans les faits, assurée par le Comité de Contrôle de l'Électricité et du Gaz : les recommandations et les avis de ce Comité étaient en effet le plus souvent suivis par le ministre formellement compétent. Dans ce

177. P. HORION, *Notions de droit industriel belge*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, pp. 131-132.

178. *Ibid.*, p. 133.

179. *Ibid.*, pp. 135-137 ; M. LOUVEAUX, « Énergie électrique et gaz », in *R.P.D.B. Complément IV*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 214-230.

180. X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », in B. JADOT et F. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, pp. 47-48. Pour une illustration du rôle de la concertation dans la gestion du secteur belge de l'énergie, voy. Conseil central de l'Économie, *Défis sociaux, économiques et environnementaux à relever dans la définition d'une vision énergétique en Belgique*, avis 2017-2055 (disponible sur [https://www.ccecrb.fgov.be/p.php/fr/394/defis-sociaux-economiques-et-environnementaux-a-relever-dans-la-definition-d-une-vision-energetique-en-belgique](https://www.ccecrb.fgov.be/p.php/fr/394/defis-sociaux-economiques-et-environnementaux-a-relever-dans-la-definition-d-une-vision-energetique-en-belgique?arg1=fr&arg2=394&arg3=de-fis-sociaux-economiques-et-environnementaux-a-relever-dans-la-definition-d-une-vision-energetique-en-belgique)). Le Conseil central de l'Économie est la « coupole de concertation socio-économique » au niveau fédéral.

contexte, le secteur de l'électricité en Belgique vint progressivement à être dominé par une entreprise privée – Électrabel –, qui détenait la plupart des unités de production et l'infrastructure de transport de l'électricité, et par les communes, le cas échéant en collaboration avec Électrabel, pour ce qui concerne les activités de distribution et de fourniture d'électricité<sup>181</sup>. Ceci représente le modèle en vigueur avant la libéralisation du secteur de l'énergie à partir de la fin des années 1990.

Le processus de libéralisation du secteur entamé au niveau européen a rendu progressivement impossible la poursuite de l'organisation du secteur sur une base contractuelle avec des prix réglementés pour la fourniture d'électricité. Cependant, même après 1999, il y a eu des tentatives de protéger le rôle des parties prenantes et des organisations représentées dans le précédent Comité de contrôle de l'électricité et du gaz dans la régulation du marché de l'électricité. Lors de la création de la CREG en 1999, son comité de direction était placé sous la supervision d'un « conseil général » composé de représentants du gouvernement belge, des syndicats et des associations patronales, ainsi que de représentants des consommateurs et de l'industrie de l'électricité<sup>182</sup>. La composition du « conseil général » était explicitement calquée sur la composition de l'ancienne Commission de contrôle de l'électricité et du gaz<sup>183</sup>. La section de législation du Conseil d'État a en outre souligné que la représentation du gouvernement belge au sein du « conseil général » était conforme aux exigences du droit constitutionnel<sup>184</sup>. Toutefois, au fil du temps, les pouvoirs du « conseil général » ont été réduits<sup>185</sup> et, en 2013, la Cour constitutionnelle belge a décidé que le « conseil général » ne pouvait pas être créé au sein du régulateur lui-même<sup>186</sup>, au motif que cela constituait une violation de l'indépendance du régulateur. Le conseil a été remplacé en 2014 par un conseil ayant un rôle consultatif et ayant pour but d'être un forum de discussion, à savoir le Conseil Consultatif du Gaz et de l'Électricité, déjà évoqué. En raison de cette évolution, le modèle qui était applicable à la régulation du marché belge de l'énergie avant 1999 – avec un rôle central joué par la Commission

181. P. BOUCQUEY, « L'énergie : du service public aux obligations de service public », in H. DUMONT et al. (dir.), *Le service public : passé, présent et avenir*, vol. 1, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 330-331 ; L. DE DEYNE, *Markttoezicht in de energiesector*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 1-2.

182. Article 24 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité telle qu'initialement en vigueur.

183. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1998-1999, n° 1933/1, p. 26.

184. Avis L. 33.225/4 du 5 juin 2002 sur un avant-projet de loi « relatif au statut du régulateur des postes et télécommunications belges », p. 12.

185. Voy. par exemple l'article 134 de la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses (1) (*M.B.*, 28 juillet 2006).

186. C. const, 7 août 2013, n° 117/2013, B.11.3.



de contrôle de l'électricité et du gaz, un rôle qui reflétait également une volonté plus large en Belgique de confier une place importante aux partenaires sociaux dans la régulation de l'économie – a été en grande partie mis à mal par le processus de libéralisation initié au niveau européen dans les années 1990 et la nécessité de créer des régulateurs indépendants. Ce changement dans l'organisation de la régulation du marché belge de l'énergie peut sans doute éclairer la résistance rencontrée par les régulateurs indépendants en Belgique dans le secteur de l'énergie : au fil du temps, leur création a conduit à un affaiblissement de la position des acteurs (notamment les partenaires sociaux) qui jouaient auparavant un rôle central dans la supervision du secteur, et il semble raisonnable de penser que ces acteurs ont cherché à conserver, en ce compris en faisant appel à leurs relais politiques, leur rôle dans la plus large mesure possible.

## Conclusion

La présente contribution visait à analyser la portée de l'exigence européenne d'indépendance applicable aux régulateurs des industries de réseau et la manière dont celle-ci a été mise en œuvre en Belgique. À cette fin, elle est, d'abord, revenue sur les dispositions du droit européen qui imposent aux États membres de confier la régulation économique des secteurs de l'électricité, des communications électroniques et du transport ferroviaire à des autorités indépendantes. Conçue à l'origine comme une exigence de séparation des fonctions de régulateur et d'opérateur, cette indépendance a changé de sens à la fin des années 2000 : elle est désormais exigée même en l'absence de présence des pouvoirs publics sur le marché. Elle s'applique tant par rapport aux acteurs privés qu'aux autres entités publiques.

C'est, ensuite, la façon dont les exigences du droit européen relatives à l'indépendance des régulateurs des industries de réseau ont été transposées en Belgique qui ont été examinées, en revenant plus particulièrement sur les cas de la CREG, de l'IBPT et du Service de Régulation. L'indépendance de ces régulateurs, notamment par rapport au gouvernement et au Parlement, était loin d'être absolue : elle est un sujet de tensions récurrentes entre les régulateurs et les institutions représentatives.

Ce constat posé, il a été soutenu que, si des tensions similaires entre régulateurs et monde politique existent également à l'étranger, la Belgique se démarque des autres pays par une résistance particulièrement intense



et répétée face aux exigences européennes. Dans le troisième temps de l'analyse, cette résistance a été mise en contexte et, en particulier, trois pistes de réflexion ont été offertes pour en éclairer les raisons : (1) une difficulté constitutionnelle, en Belgique, par rapport à la notion elle-même de régulation indépendante de l'économie ; (2) un décalage entre des régulateurs indépendants du marché et la tradition néo-corporatiste prévalant dans certains des secteurs concernés avant leur libéralisation ; (3) la menace que fait peser l'indépendance des régulateurs sur certains intérêts publics et privés établis.

Si elle trouve des justifications dans un souci de crédibilité de la régulation et de mise en œuvre effective des politiques publiques européennes de libéralisation, l'indépendance des régulateurs des industries de réseau n'est pas absolue et ses contours précis constituent un enjeu politique et démocratique important. L'étude des tensions qui entourent la reconnaissance de cette indépendance permet de mettre en évidence le décalage entre cette figure institutionnelle apparue en Belgique dans les années 1990 et les traditions politiques et constitutionnelles préexistantes. La question se pose de savoir à quel point ce décalage pourra être tout à fait surmonté, pour arriver à une vision cohérente d'ensemble des rôles respectifs du régulateur, du gouvernement et du législateur dans la régulation des industries de réseau en Belgique.