

Avis

(A)2087
2 juin 2020

Avis relatif à la proposition de loi du 7 mai 2020 modifiant diverses dispositions en vue d'étendre le pouvoir de sanction de la CREG aux acteurs du marché étrangers

rendu en application de l'article 23, § 2, alinéa premier de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de l'article 15/14, § 2, alinéa premier de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations

Non confidentiel

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	2
INTRODUCTION	3
1. Contenu de l'exigence d'établissement	4
2. Inutilité de l'exigence d'établissement	4
3. Application au REMIT	5
4. Autres applications.....	6
5. Compétence territoriale d'autres régulateurs	6
6. Autres problèmes liés au cadre de fixation des amendes.....	7
7. Conclusion	7

INTRODUCTION

Le 15 mai 2020, la COMMISSION DE REGULATION DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ (CREG) a reçu un e-mail du secrétariat de la Commission parlementaire de l'Énergie, de l'Environnement et du Climat de la Chambre des représentants. Dans cet e-mail, la CREG a été invitée à rendre un avis écrit avant le 3 juin 2020 sur la proposition de loi du 7 mai 2020 modifiant diverses dispositions en vue d'étendre le pouvoir de sanction de la CREG aux acteurs du marché étrangers, soumise par messieurs Vincent Van Quickenborne et Bram Delvaux.

La CREG rend ci-après l'avis demandé. Celui-ci correspond en substance aux informations précédemment communiquées, à leur demande, aux auteurs de la proposition de loi .

Le présent avis est rendu en application de l'article 23, § 2, alinéa premier de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : la loi électricité) et de l'article 15/14, § 2, alinéa premier de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : la loi gaz).

Outre l'introduction, le présent avis comporte sept parties. Les deux premières parties traitent du contenu de l'exigence d'établissement et de son inutilité. La troisième partie porte sur l'application de l'exigence d'établissement au REMIT et la quatrième sur d'autres applications. La cinquième partie examine la compétence territoriale d'autres régulateurs en Belgique et à l'étranger. Dans la sixième partie, la CREG aborde un certain nombre d'autres problèmes liés au cadre réglementaire des amendes. La dernière partie comporte la conclusion.

Le comité de direction de la CREG a approuvé le présent avis lors de sa réunion du 2 juin 2020.

1. CONTENU DE L'EXIGENCE D'ÉTABLISSEMENT

1. Conformément à l'article 31, alinéa premier de la loi électricité et à l'article 20/2, alinéa premier de la loi gaz, la CREG ne peut appliquer de sanctions qu'à « toute personne physique ou morale établie en Belgique ». Une entreprise active sur le marché belge de l'énergie mais dont le siège est établi à l'étranger ne peut donc en aucun cas être sanctionnée. Cette restriction territoriale vaut pour toutes les infractions à la législation gaz et électricité, y compris les infractions au REMIT (le règlement européen qui réprime les manipulations de marché). Cette restriction implique que la CREG ne peut pas infliger d'amendes à une entreprise établie à l'étranger, même si cette entreprise est active en Belgique et a commis une infraction au droit énergétique belge.

2. Le sens du terme « établie / *gevestigd* » n'est pas précisé dans le texte de loi. Pour une personne physique, ce terme pourrait renvoyer au domicile et, pour une personne morale, au siège social. Il existe des notions d'établissement plus larges telles que le lieu de résidence / le siège d'exploitation / l'unité d'établissement / l'établissement stable : des lieux où l'on exerce effectivement et avec une certaine permanence des activités économiques, indépendamment de l'enregistrement officiel. Même si l'on adopte cette lecture plus large, une permanence physique à l'intérieur des frontières nationales demeure donc nécessaire pour imposer des sanctions. Dans toutes les interprétations, le critère d'établissement empêche de sanctionner un contrevenant qui exerce des activités commerciales sur le marché belge de l'énergie sans être présent sur le territoire.

2. INUTILITÉ DE L'EXIGENCE D'ÉTABLISSEMENT

3. La CREG estime qu'il n'est pas nécessaire de limiter l'imposition d'amendes administratives aux personnes établies en Belgique. Les dispositions relevant de la compétence de la CREG régissent elles-mêmes leur champ d'application, y compris (parfois implicitement) les éventuels aspects territoriaux. Ainsi, des autorisations de fourniture peuvent être délivrées à toutes les entreprises ayant un établissement en UE. Dès lors, le contrôle de cette matière portera sur tous les titulaires de ces autorisations, même s'ils ne sont pas établis en Belgique. Pour les NEMO, il en va de même *mutatis mutandis*. S'agissant des règles qui s'adressent aux gestionnaires de réseau de distribution, le lien avec le territoire belge est implicite, sans doute parce qu'il était trop évident pour l'explicitier.

4. En droit pénal, le fait de pouvoir poursuivre un délit ne dépend pas du domicile de l'auteur. En effet, l'article 4 du code pénal s'intéresse au lieu où le délit a été commis (*locus delicti*). Selon la théorie de l'ubiquité, ce critère est interprété de manière large: il suffit que des comportements, conséquences et/ou instruments physiques se soient produits sur le territoire belge. Dès qu'un élément constitutif d'un délit selon l'un de ces trois critères peut être situé en Belgique, ce délit peut être poursuivi en Belgique. En outre, le droit pénal belge prévoit également le principe d'extraterritorialité, en vertu duquel des délits sans liens avec le territoire belge peuvent tout de même être poursuivis.

5. Les sanctions administratives punitives, telles que les amendes prévues par la loi gaz et électricité, ne relèvent pas du code pénal, qui n'est cité ici qu'à titre de comparaison. La question de la suppression du critère d'établissement n'est pas une question d'extraterritorialité. Cette suppression ne fera qu'aligner le champ d'application de l'amende sur celui des prescriptions de fond de la législation gaz et électricité.

6. La restriction géographique du pouvoir de sanction de la CREG avait été relevée en 2015 par la Cour des comptes, qui avait fait remarquer dans son rapport d’audit que cette situation n’était pas compatible avec la réalité internationale du marché de l’énergie.¹ Ce thème a refait l’objet de discussions l’année suivante au parlement, notamment suite à la loi du 25 décembre 2016 portant des dispositions diverses en matière d’énergie. Dans ce contexte, la ministre a toutefois déclaré que « *les pouvoirs de la CREG ne s’étendent pas aux producteurs établis à l’étranger, à l’instar de ses homologues dans les autres États de l’Union : chaque régulateur national s’occupe des entreprises*

établies sur son territoire. »² Comme il ressortira du point suivant, il n’y a en réalité qu’une minorité de pays, pour la plupart de petite taille, qui s’en tiennent à une telle limitation.

3. APPLICATION AU REMIT

7. Le fonctionnement territorial du règlement REMIT est régi par la définition de « produits énergétiques de gros » à l’article 2(4), qui vise les contrats et produits dérivés en rapport avec le transport ou la fourniture dans l’Union européenne. Conformément à l’article 18, le régime des sanctions est organisé au niveau national, sans qu’aucune division géographique ne soit imposée. Le REMIT prévoit seulement que les Etats membres doivent prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de violations. D’après les réponses à un questionnaire du CEER en 2019, l’interprétation territoriale est très diverse selon les Etats membres. Certains petits pays comme la Belgique appliquent une exigence d’établissement. Un plus grand groupe d’Etats membres peuvent sanctionner tous les acteurs du marché ayant un impact sur le marché de gros dans leurs pays. Le régulateur allemand peut sanctionner les deux catégories. Dans d’autres pays, comme la France et les Pays-Bas, aucune restriction explicite *ratione loci* n’a été prévue.

8. La CREG juge cette dernière approche préférable. L’application du REMIT repose sur une coopération nationale et transfrontalière, ce qui suppose que chaque régulateur assume la responsabilité des infractions affectant son marché, tout en pouvant compter sur la coopération des régulateurs des pays voisins. La fixation de frontières strictes pourrait entraver cette coopération. Toutefois, si une délimitation territoriale plus stricte que celle fixée par le REMIT est jugée nécessaire, il est préférable de la calquer sur la délimitation UE du REMIT ramenée à la Belgique. La surveillance de la CREG se limiterait donc aux contrats et produits dérivés en rapport avec le transport ou la fourniture en Belgique (il faudrait alors trouver une formulation qui ne porte pas préjudice à la notification et à l’enquête d’éventuelles infractions dans d’autres pays, comme l’exige le REMIT).

¹ Rapport de la Cour des comptes à la Chambre des représentants du 12 novembre 2015, Commission de Régulation de l’Electricité et du Gaz (CREG), p. 24.

² Rapport, DOC 54 2188/002, p. 7

4. AUTRES APPLICATIONS

9. Les limites du critère d'établissement perturbent la surveillance du marché belge du gaz et de l'électricité dans de nombreux domaines,

10. notamment en ce qui concerne le pouvoir de la CREG de demander des informations aux entreprises. En 2012, ce pouvoir a été étendu aux bourses négociant des produits énergétiques belges, même si elles sont situées à l'étranger³. Bien que la CREG se soit ainsi vu conférer le pouvoir de demander des informations transfrontalières, la sanction des infractions est restée entièrement soumise à l'exigence d'établissement. En conséquence, la bourse allemande EEX a pu refuser impunément de partager des informations relatives à des produits belges en 2016.

11. Le même problème se pose pour l'enquête de cas REMIT : légalement, la CREG peut demander des informations sans restriction territoriale⁴, mais en cas de refus, la CREG ne peut pas infliger d'amende aux entreprises situées en dehors des frontières du pays. En France, la CRE peut le faire⁵.

5. COMPÉTENCE TERRITORIALE D'AUTRES RÉGULATEURS

12. Le régulateur français CRE est autorisé à sanctionner les violations du REMIT sans restrictions territoriales explicites : voir les articles L131-2 et L134-25 du Code de l'énergie. Le CoRDIS (Comité de Règlement des Différends et Sanctions) a en effet déjà infligé une amende à une société suisse pour une infraction au REMIT⁶.

13. Il en va de même pour les régulateurs régionaux de l'énergie. Les amendes que la VREG peut imposer ne sont pas limitées territorialement⁷ et la CWaPE n'est pas non plus soumise à une exigence d'établissement⁸.

14. Les régulateurs d'autres secteurs en Belgique peuvent également imposer des amendes à des entreprises non établies en Belgique. Cela vaut en particulier pour la FSMA⁹ et l'IBPT¹⁰.

³ « toute entreprise liée ou associée ainsi que toute entreprise gérant ou exploitant une plate-forme commerciale multilatérale sur laquelle sont négociés des blocs d'énergie ou des instruments financiers ayant trait aux blocs d'énergie, entretenant un lien direct avec le marché belge de l'électricité ou ayant un impact direct sur celui-ci » (article 26, § 1^{er} de la loi électricité et l'article 15/16, §1^{er} de la loi gaz par la loi du 8 janvier 2012)

⁴ Article 26, § 1^{er}ter de la loi électricité et article 15/16, § 1^{er}ter de la loi gaz

⁵ Article 134-29 du Code de l'énergie

⁶ Décision n° 02-40-16 du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 5 octobre 2018 portant sanction à l'encontre de la société Vitol

⁷ Art. 13.3.1 de l'Energiedecreet

⁸ Art. 53 du décret du 12 avril 2001 « relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité »

⁹ Art. 36, 48bis et 70-73 de la loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers

¹⁰ Art. 21 de la loi relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges

6. AUTRES PROBLÈMES LIÉS AU CADRE DE FIXATION DES AMENDES

15. Dans le présent avis, la CREG ne traite que la question de l'extension des possibilités de sanction aux entreprises étrangères. D'autres problèmes liés au mécanisme de sanction REMIT ne sont pas traités, tels que l'obligation de toujours accorder un délai de rectification aux contrevenants (échappatoire qui contrecarre l'efficacité requise) et l'absence de sanctions pour les infractions aux règles relatives à la collecte de données, à l'enregistrement des acteurs du marché et à la déclaration des personnes organisant des transactions à titre professionnel (articles 8, 9 et 15).

7. CONCLUSION

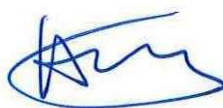
16. La CREG estime que la proposition de loi comble de manière adéquate une lacune dans le respect de la législation belge en matière d'énergie en supprimant les termes « établie en Belgique » à l'article 31, alinéa premier de la loi électricité et à l'article 20/2, alinéa premier de la loi gaz. Cette suppression n'a pas d'effet extraterritorial indésirable, puisque la possibilité de sanctionner est toujours - implicitement mais certainement - limitée aux personnes soumises au champ d'application de la loi, y compris d'éventuels liens territoriaux.

17. En outre, la CREG attire l'attention sur les autres problèmes posés par les articles concernés de la loi, tels que décrits dans la sixième partie du présent avis.

Pour la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz :



Laurent JACQUET
Directeur



Andreas TIREZ
Directeur



Koen LOCQUET
Président f.f. du comité de direction