

COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE EN REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

AVIS D'INITIATIVE (BRUGEL-AVIS-20240625-389)

**relatif aux lignes directrices à l'exercice par BRUGEL de sa
compétence d'infliger des amendes administratives sur la
base de l'article 32 de l'ordonnance électricité et de l'article
24 de l'ordonnance gaz**

**Etabli sur base de l'article 30 bis, §2, de l'ordonnance
électricité**

25/06/2024

Table des matières

1	Introduction et base légale.....	3
2	Mission générale de surveillance.....	5
2.1	Généralités	5
2.2	Pouvoirs spécifiques	5
2.3	Amendes administratives pour manquement.....	6
2.3.1	Généralités.....	6
2.3.2	Procédure.....	9
3	Montant des amendes	12
3.1	Dispositif légal et pouvoir d'appréciation.....	12
3.1.1	Structuration de l'amende.....	12
3.1.2	Fourchette légale et pouvoir d'appréciation de BRUGEL	13
3.2	Critères guidant la prise de décision du Conseil d'administration de BRUGEL quant au montant d'une amende.....	15
4	Garanties procédurales.....	16
4.1	Droit belge.....	16
4.1.1	Ordonnances et ROI de BRUGEL	16
4.1.2	Principes généraux du droit administratif belge.....	16
4.2	Droit européen	19
4.2.1	Applicabilité de l'article 6 de la CEDH.....	19
4.2.2	Garanties découlant de l'article 6 CEDH	19
5	Principe <i>non bis in idem</i>	20
6	Conclusions	23

I Introduction et base légale

L'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, ci-après « *ordonnance électricité* », a confié à BRUGEL, la poursuite des objectifs visés à l'article 30 octies :

« Brugel poursuit dans le cadre de ses missions, le cas échéant en étroite concertation avec les autres autorités nationales et régionales concernées, y compris le Conseil de la concurrence et le médiateur fédéral, les objectifs suivants :

1° promouvoir, en étroite collaboration avec l'ACER, le cas échéant, par le biais d'autres autorités belges de régulation d'électricité ou de gaz, les autorités de régulation des autres Etats membres et la Commission européenne, un marché intérieur de l'électricité concurrentiel, flexible, sûr et durable pour l'environnement au sein de la Communauté européenne, et une ouverture effective du marché pour l'ensemble des clients et des fournisseurs de la Communauté européenne, et garantir des conditions appropriées pour que les réseaux fonctionnent de manière effective et fiable, en tenant compte d'objectifs à long terme;

2° développer des marchés régionaux concurrentiels et fonctionnant correctement au sein de la Communauté européenne, en vue de la réalisation des objectifs visés au point 1°;

3° contribuer à assurer, de la manière la plus avantageuse par rapport au coût, la mise en place de réseaux non discriminatoires qui soient sûrs, fiables, performants et axés sur les clients finals, et promouvoir l'adéquation des réseaux et, conformément aux objectifs généraux de politique énergétique, l'efficacité énergétique ainsi que l'intégration de la production d'électricité, à grande ou à petite échelle, à partir de sources d'énergie renouvelables et de la production distribuée dans les réseaux ainsi que faciliter leur exploitation en relation avec d'autres réseaux énergétiques;

4° faciliter l'accès au réseau des nouvelles capacités de production et unités de stockage, notamment en supprimant les obstacles qui pourraient empêcher l'arrivée de nouveaux venus sur le marché et l'intégration de la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables;

5° faire en sorte que les gestionnaires de réseau et les utilisateurs du réseau reçoivent des incitations suffisantes, tant à court terme qu'à long terme, pour améliorer les performances des réseaux, en particulier sur le plan de l'efficacité énergétique, et favoriser l'intégration du marché;

6° contribuer à assurer un service public et universel de grande qualité dans le secteur de la fourniture d'électricité, et contribuer à la protection des clients vulnérables et à la compatibilité des mécanismes nécessaires d'échange de données pour permettre aux clients de changer de fournisseur;

7° assurer que les clients finals bénéficient du fonctionnement efficace des marchés de l'électricité et du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, promouvoir une concurrence effective et contribuer à garantir un niveau élevé de protection des consommateurs en étroite coopération avec les autorités de protection des consommateurs concernées.

Afin de poursuivre la réalisation de ces objectifs, le législateur a doté BRUGEL de plusieurs prérogatives parmi lesquelles **la possibilité d'infliger des amendes administratives** conformément à l'article 32 de l'ordonnance électricité et à l'article 24 de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, ci-après « *ordonnance gaz* ».

Dans l'optique de pouvoir recourir à l'imposition d'amendes administratives dans l'exercice de son pouvoir régulateur, BRUGEL souhaite veiller à la sécurité juridique et à la transparence de ses procédures. La présente note vise à dresser les contours de la compétence de BRUGEL d'imposer des

amendes administratives et des modalités d'exercice de cette compétence afin de l'exercer conformément au cadre légal applicable. Par ailleurs, BRUGEL a considéré opportun de se livrer à cet exercice afin de minimiser les risques de reproche juridique si l'une de ces décisions devait être attaquée devant les juridictions, comme cela a été observé dans le chef des autres autorités de régulation.

La présente étude est réalisée à l'initiative de BRUGEL sur la base de l'article 30bis, §2, 1° et 2° de l'ordonnance électricité :

« 1° donner des avis, études ou décisions motivés et soumettre des propositions dans les cas prévus par la présente ordonnance et par l'ordonnance susvisée du 1^{er} avril 2004 ou leurs arrêtés d'exécution;

2° d'initiative ou à la demande du Ministre ou du Gouvernement, effectuer des recherches et des études. ».

2 Mission générale de surveillance

2.1 Généralités

A côté de ses missions spécifiques, BRUGEL est investie d'une mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des ordonnances et arrêtés relatifs au marché régional de l'énergie¹.

BRUGEL dispose d'une série de pouvoirs spécifiques lui permettant d'exercer effectivement cette mission générale. Le régulateur est doté de ces pouvoirs afin de pouvoir poursuivre les objectifs qui lui ont été assignés par le législateur². L'un des outils auquel BRUGEL peut recourir afin d'atteindre ces objectifs réglementaires est la fixation d'une **amende administrative** en cas de manquement au cadre légal et réglementaire, sur la base de l'article 32 de l'ordonnance électricité ou de l'article 24 de l'ordonnance gaz.

Les différents pouvoirs spécifiques que détient BRUGEL peuvent en effet donner lieu à la découverte de tels manquements.

Dans ce cas, dans le cadre du respect de la procédure prévue, BRUGEL pourra également recourir à ces prérogatives spécifiques pour apprécier **la nature et l'étendue du manquement constaté** au cours de la procédure permettant d'aboutir, au besoin, à la fixation d'une amende administrative.

La présente note ne vise pas les amendes administratives que BRUGEL pourrait infliger concernant le non-respect de l'obligation de retour quota CV visée à l'article 28, §3³, de l'ordonnance électricité, car l'article 32, §3, de l'ordonnance électricité prévoit à cet égard une procédure et des montants spécifiques.⁴

2.2 Pouvoirs spécifiques

BRUGEL détient notamment les prérogatives suivantes :

- pouvoir de contrôle sur place et possibilité de faire effectuer ces contrôles par son personnel⁵ ;
- prendre des décisions contraignantes à l'égard des entreprises actives dans le domaine de l'électricité et/ou du gaz en cas de non-respect des dispositions de la présente ordonnance, de l'ordonnance du 1er avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale et de leurs arrêtés d'exécution⁶ ;

¹ Art 30bis, §2, ordonnance électricité

² Art 30 octies, ordonnance électricité

³ « § 3. En cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation visée au § 2, une amende est imposée par Brugel au fournisseur défaillant conformément à l'article 32 sur la base d'un dossier préparé par son personnel. »

⁴ Art 32 § 3. En ce qui concerne l'amende administrative visée à l'article 28, § 3, son montant est fixé, par certificat manquant, à 75 euros pour les années 2004, 2005, 2006, et à 100 euros pour les années suivantes. Chaque année, Brugel avise par lettre recommandée, sur la base des informations qui lui sont communiquées, le fournisseur défaillant du montant total de l'amende administrative due pour non-respect de l'obligation visée à l'article 28, § 2. Ledit fournisseur peut, dans les quinze jours de cet avis, faire valoir ses observations auprès de Brugel. Après examen des observations formulées le cas échéant par le fournisseur défaillant, Brugel lui notifie sa décision motivée d'imposer une amende.

⁵ Art 30bis, §2 de l'ordonnance électricité

⁶ Art 30bis, §3, 1°

- procéder à des enquêtes sur le fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz et arrêter les mesures proportionnées et nécessaires afin de promouvoir une concurrence effective et d'assurer le bon fonctionnement du marché⁷ ;
- disposer de droits d'enquête appropriés et pouvoirs d'instruction nécessaires pour le règlement des litiges⁸ ;
- se faire communiquer les données et informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Celui à qui est adressée une demande de communication de données ou d'informations, est tenu de coopérer dans le délai imparti par Brugel⁹.

2.3 Amendes administratives pour manquement

2.3.1 Généralités

Au terme d'un délai octroyé afin de se mettre en conformité, BRUGEL a le pouvoir d'infliger des amendes administratives dans le respect de la procédure établie par l'ordonnance et des principes généraux du droits découlant des droits belge et européen.

Cette compétence vise la poursuite des objectifs d'intérêt général qui lui ont été assignés par le législateur. Il s'agit d'une des spécificités de la sanctions administrative dans un contexte régulateur : elle prolonge l'action administrative, au service de la régulation, là où la sanction pénale prononcée par le juge n'a pas d'autre objet que de sanctionner l'auteur d'un acte illicite¹⁰.

En matière de régulation, le prononcé effectif d'une sanction est ainsi la dernière étape de la procédure de sanction, qui revêt toute son importance, car toutes deux visent avant tout la **recherche la conformité à la règle et la restauration de l'équilibre sur le marché**. Dans cette optique, le prononcé effectif d'une sanction est la réponse d'un régulateur aux opérateurs qui persistent à ne pas se conformer à telle ou telle obligation¹¹.

Au sein de BRUGEL, l'exercice du pouvoir de sanctions administratives et la fixation de pénalités sont une prérogative exclusive du Conseil d'administration de BRUGEL (CA)¹². Cependant les directeurs jouent un rôle spécifique au cours de la procédure pouvant aboutir à l'établissement d'une amende. Ce rôle leur est dévolu par le règlement d'ordre intérieur de BRUGEL¹³ (ROI de Brugel).

Le cadre légal fixant la procédure à suivre par BRUGEL pour pouvoir infliger une amende administrative est établie par les dispositions légales suivantes :

⁷ Idem, 2°

⁸ Idem, 4°

⁹ Art 30 bis, §3, 8°

¹⁰ Julien Bétaïlle, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguerge, Elise Langelier, et al. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p. 57

¹¹ Kaloudas Ch., « Le pouvoir de sanction des autorités de régulation : vers la reconnaissance d'un droit à l'inapplication du droit au profit des opérateurs économiques ? », p.154

¹² art 30bis, §6, de l'ordonnance électricité

¹³ DECISION I60 de BRUGEL du 11 mai 2021 relative au règlement d'ordre intérieur de BRUGEL.

- L'article 32, §1, §2, et §4, de l'ordonnance électricité¹⁴ qui prévoit que :

« Art 32, § 1er. Sans préjudice des autres mesures prévues par la présente ordonnance ou ses arrêtés d'exécution, Brugel peut enjoindre à toute personne physique ou morale de se conformer aux dispositions de la présente ordonnance ou de ses arrêtés d'exécution ou des règlements techniques dans le délai qu'elle détermine. Si cette personne reste en défaut de se conformer à l'expiration du délai, Brugel peut lui infliger une amende administrative. Cette amende ne peut, par jour calendrier, être inférieure à 1.239 euros ni supérieure à 99.157 euros. L'amende totale ne peut excéder dix pour cent du chiffre d'affaires que la personne en cause a réalisé sur le marché régional de l'électricité au cours du dernier exercice clôturé. Le présent article ne trouve pas à s'appliquer en cas de litige relatif au paiement du droit visé à l'article 26. Aucune amende administrative ne peut être infligée pour des faits déjà jugés en dernier ressort sur la base de l'article 31.

§ 2. Préalablement à la fixation de l'amende, Brugel informe la personne concernée par lettre recommandée de l'ouverture d'une procédure de sanction administrative à son encontre et l'invite à lui transmettre un mémoire contenant ses moyens de défense. La lettre recommandée contient la mention des griefs retenus, la sanction envisagée, le lieu et les horaires durant lesquels le dossier est consultable et la date de l'audition préalable. Elle reproduit intégralement le présent article. Le mémoire est notifié à Brugel par lettre recommandée ou par courriel dans les trente jours qui suivent la réception de la lettre visée à l'alinéa 1er. Le dossier est consultable dès le premier jour ouvrable qui suit l'envoi de la lettre recommandée visée à l'alinéa 1er, et jusqu'à la date de la première audition. Au moins une audition est organisée. La première audition se déroule au plus tôt le vingtième jour qui suit l'envoi de la lettre recommandée visée à l'alinéa 1er. La personne concernée peut s'y faire assister par un avocat ou par les experts de son choix.

Brugel dresse un procès-verbal de chaque audition et invite la personne concernée à le signer, le cas échéant après qu'elle y a consigné ses observations. La personne concernée peut transmettre à Brugel un mémoire contenant ses moyens de défense dans les dix jours qui suivent l'audition. Après la première audition, des échanges écrits ou des auditions complémentaires peuvent être organisés, dans les mêmes délais.

Brugel prend l'affaire en délibéré le onzième jour qui suit la dernière audition. Elle détermine l'amende administrative par une décision motivée et en informe la personne concernée dans les soixante jours qui suivent la dernière audition, par lettre recommandée. Passé ce délai, elle est réputée renoncer définitivement à toute sanction fondée sur les faits mis à charge de la personne concernée, sauf élément nouveau.

La notification de la décision fait mention des recours prévus par la loi et la présente ordonnance et du délai dans lequel ceux-ci peuvent être exercés. [...]

§ 4. L'amende administrative est payée dans les trente jours de la notification de la décision. Brugel peut, sur demande de la personne concernée, accorder un sursis de paiement pour un délai qu'elle détermine. Si la personne concernée reste en défaut de payer l'amende administrative, celle-ci est recouvrée par voie de contrainte. Le Gouvernement désigne les agents qui sont chargés de procéder aux sommations et de les déclarer exécutoires. La contrainte est signifiée par exploit d'huissier avec ordre de payer. »

- L'article 7, §2, du ROI de BRUGEL qui énonce que :

« Article 7. Procédure relative aux amendes administratives

§ 2. Lorsque Le Conseil d'administration entreprend d'infliger une amende sur base de l'article 32 de l'ordonnance électricité ou en application de l'article 24 de l'ordonnance gaz, il demande aux directeurs

¹⁴ Et son équivalent pour le gaz : article 24, §1, 2, 3 de l'ordonnance gaz.

de lui préparer un dossier. Ce dernier informe la personne concernée par lettre recommandée, l'invite à lui transmettre ses moyens de défense, l'informe de la date de l'audition préalable, ainsi que du lieu où et des heures pendant lesquelles le dossier peut être consulté, et l'informe de la décision motivée. Le Conseil d'administration prend l'affaire en délibéré après la dernière audition et fixe par une décision motivée le montant de l'amende. La procédure sera effectuée en conformité avec l'article 32 de l'ordonnance électricité et/ou l'article 24 de l'ordonnance gaz.

§ 3. Toute amende infligée par BRUGEL est reprise dans un registre avec mention d'un numéro de dossier liant tous les actes. Le suivi d'actes consécutifs à une amende est porté à la connaissance de chaque réunion du Conseil d'administration.

§ 4. Toute amende administrative infligée est portée à la connaissance de l'autorité désignée par l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 mai 2006 portant désignation des agents qui sont chargés de procéder aux sommations et de les déclarer exécutoires, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité. »

Le cadre découlant de ces dispositions légales est explicité dans les points qui suivent.

2.3.2 Procédure

La mise en commun des dispositions légales précitées au point 2.3.1. permet d'identifier **6 étapes** à suivre dans la fixation d'une amende administrative :



Ces étapes sont détaillées dans le tableau ci-dessous :

<p>I. Mission générale de surveillance - Injonction à se conformer</p>	<p>Brugel peut enjoindre à toute personne physique ou morale de se conformer aux dispositions de la présente ordonnance ou de ses arrêtés d'exécution ou des règlements techniques dans le délai qu'elle détermine.</p> <p>Si cette personne reste en défaut de se conformer à l'expiration du délai, Brugel peut décider de poursuivre la procédure.</p>
<p>II. Décision de poursuite ou non en fonction du résultat de la mise en conformité</p>	<p>Le Conseil d'administration entreprend d'infliger une amende.</p> <p>Il demande aux directeurs de lui préparer un dossier.</p>
<p>III. Instruction- Enquête sur les faits pour déterminer plus précisément les différents manquements et leur étendue</p>	<p>Le/ Les directeurs :</p> <ul style="list-style-type: none"> - informe la personne concernée par lettre recommandée <ul style="list-style-type: none"> ➤ La lettre recommandée contient la mention des griefs retenus, la sanction envisagée, le lieu et les horaires durant lesquels le dossier est consultable et la date de l'audition préalable. Elle reproduit intégralement le présent article. - l'invite à lui transmettre ses moyens de défense, <ul style="list-style-type: none"> ➤ Le mémoire est notifié à Brugel par lettre recommandée ou par courriel dans les trente jours qui suivent la réception de la lettre visée à l'alinéa 1^{er}. - l'informe de la date de l'audition préalable, ainsi que du lieu où et des heures pendant lesquelles le dossier peut être consulté,

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Le dossier est consultable dès le premier jour ouvrable qui suit l'envoi de la lettre recommandée visée à l'alinéa 1er, et jusqu'à la date de la première audition. ➤ Au moins une audition est organisée. La première audition se déroule au plus tôt le vingtième jour qui suit l'envoi de la lettre recommandée visée à l'alinéa 1er. La personne concernée peut s'y faire assister par un avocat ou par les experts de son choix. <p>Brugel dresse un procès-verbal de chaque audition et invite la personne concernée à le signer, le cas échéant après qu'elle y a consigné ses observations. La personne concernée peut transmettre à Brugel un mémoire contenant ses moyens de défense dans les dix jours qui suivent l'audition. Après la première audition, des échanges écrits ou des auditions complémentaires peuvent être organisés, dans les mêmes délais.</p> <p>Pendant cette phase, BRUGEL peut également toujours faire usage de ses prérogatives spécifiques visées au point 2.2 supra pour étayer son enquête. Cette récolte d'informations se fait tant à charge qu'à décharge et les éventuelles démarches menées sont documentées par des écrits qui sont joints au dossier.</p>
<p>IV. Délibéré et prise de décision</p>	<p>Le Conseil d'administration prend l'affaire en délibéré¹⁵ après la dernière audition (le onzième jour qui suit la dernière audition) et fixe, par une décision motivée, le montant de l'amende.</p> <p>La décision d'infliger une amende doit obligatoirement être prise entre le 11^{ième} jour et le 60^{ième} jour qui suit la dernière audition. Passé ce délai, BRUGEL est réputée renoncer définitivement à toute sanction fondée sur les faits mis à charge de la personne concernée, sauf élément nouveau.</p>
<p>V. Notification et publication de la décision</p>	<p>Le directeur informe la personne concernée de la décision motivée.</p> <p>La notification doit obligatoirement avoir lieu dans les soixante jours qui suivent la dernière audition, par lettre recommandée. La notification de la décision fait mention des recours prévus et du délai dans lequel ceux-ci peuvent être exercés.</p> <p>Au même titre que tout autre décision de BRUGEL, une décision infligeant une sanction doit être publiée dans les 21 jours, sauf pour les éléments nécessitant la confidentialité¹⁶.</p>

¹⁵ Le délibéré est le fait pour une juridiction de se retirer pour étudier l'ensemble du dossier et débattre de la décision à prendre.

¹⁶ art 30bis, 12°, de l'ordonnance électricité

<p>VI. Suivi</p>	<p>Toute amende infligée par BRUGEL est reprise dans un registre avec mention d'un numéro de dossier liant tous les actes.</p> <p>Le suivi d'actes consécutifs à une amende est porté à la connaissance de chaque réunion du Conseil d'administration.</p> <p>Toute amende administrative infligée est portée à la connaissance de l'autorité désignée par l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 mai 2006 portant désignation des agents qui sont chargés de procéder aux sommations et de les déclarer exécutoires, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité.</p> <p>L'amende administrative est payée dans les trente jours de la notification de la décision.</p> <p>Brugel peut, sur demande de la personne concernée, accorder un sursis de paiement pour un délai qu'elle détermine.</p> <p>Si la personne concernée reste en défaut de payer l'amende administrative, celle-ci est recouvrée par voie de contrainte. Le Gouvernement désigne les agents qui sont chargés de procéder aux sommations et de les déclarer exécutoires. La contrainte est signifiée par exploit d'huissier avec ordre de payer.</p>
-------------------------	--

3 Montant des amendes

Le législateur a établi une fourchette légale au sein de laquelle BRUGEL peut exercer son pouvoir d'appréciation pour déterminer le montant de l'amende qui lui semble le plus adéquat en tenant compte de l'appréciation du manquement constaté et des caractéristiques que doivent présenter les amendes en vertu du droit européen. La directive 2019/944¹⁷ a en effet établi que ces amendes doivent être effectives, proportionnées et dissuasives¹⁸.

3.1 Dispositif légal et pouvoir d'appréciation

Le législateur a fixé les montants minimaux et maximaux dans l'ordonnance électricité :

« Cette amende ne peut, par jour calendrier, être inférieure à 1.239 euros ni supérieure à 99.157 euros. L'amende totale ne peut excéder dix pour cent du chiffre d'affaires que la personne en cause a réalisé sur le marché régional de l'électricité au cours du dernier exercice clôturé. »¹⁹

3.1.1 Structuration de l'amende

La formulation de la disposition ne paraît pas très claire par rapport à la structuration de l'amende, elle mentionne en effet un montant minimal et maximal « *par jour calendrier* ».

Le concept de peine par « *jour-amende* »²⁰ existe dans certains pays limitrophes mais ce n'est pas le cas en Belgique. De son côté, l'astreinte, concept connu en droit belge, constitue un moyen d'exécution indirect servant d'incitant pécuniaire au respect de la condamnation principale et ne peut être imposée qu'à titre accessoire à cette condamnation principale.

BRUGEL constate que le Conseil d'Etat a été amené à se positionner sur cette terminologie dans un arrêt mettant en jeu la loi électricité du 29 avril 1999 dont la disposition sur les sanctions était alors rédigée de manière similaire à ce que prévoit l'ordonnance électricité²¹. Le Conseil d'Etat a alors considéré qu'une sanction ne peut jamais réprimer qu'un comportement passé, et non un comportement futur, qui est nécessairement incertain, et que partant, « *le nombre de jours calendrier*

¹⁷ Directive (UE) 2019/944 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

¹⁸ Art 59, §3, d, : §3. Les États membres veillent à ce que les autorités de régulation disposent des pouvoirs nécessaires pour s'acquitter des missions visées au présent article d'une manière efficace et rapide. À cet effet, l'autorité de régulation se voit confier au moins les compétences suivantes: « d) infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent au titre de la présente directive, du règlement (UE) 2019/943 ou des décisions juridiquement contraignantes de l'autorité de régulation ou de l'ACER qui les concerne, ou proposer qu'une juridiction compétente inflige de telles sanctions, y compris le pouvoir d'infliger ou de proposer d'infliger au gestionnaire de réseau de transport ou à l'entreprise verticalement intégrée, selon le cas, des sanctions allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel du gestionnaire de réseau de transport ou de l'entreprise verticalement intégrée, pour non-respect des obligations respectives qui leur incombent en vertu de la présente directive »

¹⁹ Art 32, §1^{er}, de l'ordonnance électricité, et son équivalent en gaz.

²⁰ Code pénal français, article 131-5 : « Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours-amende consistant pour le condamné à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours. Le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu ; il ne peut excéder 1 000 euros. Le nombre de jours-amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ; il ne peut excéder trois cent soixante. »

²¹ Conseil d'Etat, arrêt n° 212.557, du 7 avril 2011, cité dans les travaux parlementaires flamands relatifs à l'article 13.3.2 du décret énergie portant sur les amendes administratives (session 2022-2023, projet de décret 1467, nr.1).

à prendre en considération est le nombre de jours où une infraction a été commise, arrêté au jour où l'autorité qui prononce la sanction statue »²².

BRUGEL remarque que depuis, la Flandre a adapté sa législation²³ pour clarifier que la VREG – dans les limites définies – peut imposer des amendes par jour calendaire, mais aussi sans que l'amende soit liée aux jours calendaires. Les travaux parlementaires relatifs à cette modification abordent l'arrêt du Conseil d'Etat précité en mentionnant que, dans la doctrine, cet arrêt est qualifié de "discutable". Le Conseil est plus particulièrement critiqué pour avoir perdu de vue le caractère spécifique des amendes basées sur l'article 31 de la Loi électricité ; ces amendes sont pour le régulateur justement un moyen de se porter vers l'avenir et, avec une sanction financière, de s'assurer qu'une entreprise, qui malgré un avertissement ne respecte pas les prescriptions sectorielles, adapte son comportement à ces prescriptions. Une lecture de cet article allant à l'encontre de cet objectif spécifique serait donc sujette à débat.

Par ailleurs, tant la Flandre que le fédéral ont adapté leur législation pour explicitement permettre respectivement au VREG et à la CREG²⁴ d'imposer des astreintes pour pouvoir sanctionner « **dans le futur** » en dissuadant la poursuite dans le temps d'un manquement constaté.

Au vu de ces éléments, et au vu de la formulation de l'ordonnance, BRUGEL estime être en mesure de déterminer le montant de l'amende applicable en se référant à des jours calendaires mais aussi sans que l'amende soit liée aux jours calendaires.

BRUGEL estime également pouvoir établir dans la décision d'infliger une amende, une astreinte par jour calendaire pour assurer la mise en conformité postérieure à la décision infligeant la sanction, pour autant que le montant total de l'amende infligée ne dépasse pas le montant légal maximal fixé par le législateur.

3.1.2 Fourchette légale et pouvoir d'appréciation de BRUGEL

Le montant maximal de l'amende est plafonné à **dix pour cent du chiffre d'affaires** que la personne en cause a réalisé sur le marché régional de l'électricité au cours du dernier exercice clôturé.

Lors de la détermination du montant à infliger, il convient donc de commencer par identifier le chiffre d'affaires de la personne concernée. Il peut être obtenu via la **Banque nationale de Belgique**. S'agissant spécifiquement du gestionnaire de réseau, BRUGEL disposant de sa **comptabilité**

²² Conseil d'Etat (15^e chambre) - arrêt n° 212.557 du 7 avril 2011, p. 12

²³ Modification de l'article 13.3.2 du Décret énergie (session 2022-2023, projet de décret 1467, nr.1):

“Tenzij dit decreet in een specifieke administratieve sanctie voorziet, kan de VREG een administratieve geldboete opleggen, al dan niet per kalenderdag. De administratieve geldboete per kalenderdag mag niet minder dan 250 euro per kalenderdag bedragen, noch meer dan 250.000 euro per kalenderdag, noch mag de administratieve geldboete in totaal hoger zijn dan 5.000.000 euro of 3% van de omzet die de betrokken overtreder heeft gerealiseerd op de Vlaamse energiemarkt tijdens het laatste afgelopen boekjaar, als dat laatste bedrag lager is.

Met behoud van de toepassing van het eerste lid kan de VREG, tenzij dit decreet in een specifieke administratieve sanctie voorziet, een dwangsom opleggen, als de betrokken overtreder bij het verstrijken van de termijn die de VREG bepaalt, in gebreke blijft. De dwangsom mag niet minder dan 250 euro per kalenderdag bedragen, noch meer dan 250.000 euro per kalenderdag, noch mag de dwangsom in totaal hoger zijn dan 5.000.000 euro of 3% van de omzet die de betrokken overtreder heeft gerealiseerd op de Vlaamse energiemarkt tijdens het laatste afgelopen boekjaar, als dat laatste bedrag lager is.”

²⁴ Art 31 de la loi électricité : (...) « En outre, si la personne reste en défaut, à l'expiration du délai que la commission détermine, de se conformer à toutes les dispositions dont la commission surveille l'application en vertu de l'article 23, § 2, alinéa 2, [5 3°, 3° bis,]§ 4° [7, 49° et 52°]7, la commission peut, la personne dûment entendue et convoquée, en présence de son conseil, lui infliger une astreinte. L'astreinte ne peut être, par jour calendrier, inférieure à 250 euros ni supérieure à 50.000 euros, ni, au total, excéder 2.500.000 euros. »

régulateur, le revenu total pourrait, s'il est opportun, être également segmenté de façon plus fine : par énergie, niveau de tension, etc.

Quant au montant minimal de l'amende, à la lecture du dispositif de l'ordonnance, il peut être considéré qu'il s'agit du **montant de 1239€** car il s'agit du montant minimal par jour fixé par le législateur.

BRUGEL constate qu'elle dispose donc d'une fourchette de montants assez large dans lequel elle peut exercer son pouvoir d'appréciation. A cet égard, BRUGEL tire les enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 2023, arrêt n°C.22.0184.N, rendu à l'occasion d'un pourvoi en cassation de l'Autorité des Services et Marchés financiers (FSMA) à l'encontre d'un arrêt de la Cour des marchés de Bruxelles du 23 mars 2022, dans lequel la Cour de cassation a été amenée à clarifier plusieurs principes applicables dans la détermination du montant des amendes administratives dans un contexte réglementaire.

BRUGEL relève notamment qu'au vu de cet arrêt, il peut être considéré qu'une fourchette pénale légale claire déterminée par la loi est suffisante, et que même s'il y a une forte latitude entre le montant minimal et maximal prévus,²⁵ il n'est pas nécessaire que l'application concrète de cette fourchette soit décrite dans un manuel²⁶.

L'avocat général près la Cour de Cassation précise, à l'occasion de cet arrêt, que : « *Le législateur peut délibérément opter pour un éventail de peines unique et large, et donc pour une grande marge d'appréciation du juge ou de la commission, afin qu'il puisse évaluer l'éventail de peines au cas par cas, en fonction de la gravité concrète de l'infraction déterminée concrètement.* » ²⁷. Il estime qu'exiger de l'organe administratif qu'il divulgue à l'avance une politique de sanction porterait atteinte au pouvoir d'appréciation que le législateur lui a lui-même accordé dans chaque cas concret.

De même, il ne peut être exigé de l'autorité administrative de satisfaire davantage à l'exigence de prévisibilité que ce que le législateur a lui-même prévu²⁸. L'interprétation de l'exigence de prévisibilité relève exclusivement au législateur lui-même, aussi, s'il devait exister une marge législative trop importante dans la fourchette des montants minimaux et maximaux, ce serait au législateur lui-même qu'il appartiendrait de corriger la situation.²⁹

BRUGEL relève également à titre d'enseignement de cet arrêt que le principe de proportionnalité et le principe du raisonnable doivent être respectés par l'autorité administrative lorsqu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire tel que la détermination du montant de l'amende. Et enfin que l'obligation substantielle de motivation, qui constitue l'un des principes de bonne administration, va de pair avec le pouvoir discrétionnaire dont jouit l'administration et le contrôle, consistant *a priori* en un contrôle uniquement marginal, effectué par le juge.

Les décisions administratives, et *a fortiori* les décisions infligeant une amende, doivent être fondées sur des motifs connus, qui correspondent à la réalité, et qui soient établis³⁰. Ces motifs doivent également être acceptables en droit et en fait et ils doivent pouvoir être vérifiés par le juge amené à effectuer un contrôle de légalité. Il est donc nécessaire que par l'exercice de son contrôle marginal, il puisse vérifier les motifs et les faits qui les sous-tendent.

²⁵25 Conclusions avocat général, page 6

²⁶26 Page 19 de la demande en cassation dans l'arrêt précité

²⁷27 Conclusions de l'avocat général, page 5.

²⁸28 Idem, pages 5 et 6

²⁹29 Conclusions de l'avocat général, page 6

³⁰30 arrêt de la Cour de cassation précité, page 26

Il relève de ce qui précède que BRUGEL dispose d'un pouvoir d'appréciation large quant au montant de l'amende à appliquer, pour autant :

- que le montant de l'amende respecte la fourchette imposée par le législateur ;
- que la décision respecte le principe de proportionnalité et de raisonabilité ;
- qu'elle soit motivée en droit et en fait et se fonde sur des éléments établis.

3.2 Critères guidant la prise de décision du Conseil d'administration de BRUGEL quant au montant d'une amende

Le législateur n'a pas déterminé les critères qui doivent être pris en compte par le CA pour déterminer le montant à infliger dans la fourchette légale qu'il a mise en place.

Le Conseil d'administration pourrait **notamment** baser sa décision sur les éléments suivants :

- **La gravité du manquement** appréciée au cas par cas selon le manquement constaté, pouvant notamment tenir compte de son impact réel et/ ou potentiel sur les objectifs réglementaires assignés à BRUGEL et auxquels le manquement porte atteinte, de ses conséquences réelles ou potentielles pour le marché ;
- **La nature du manquement** apprécié au cas par cas en tenant notamment compte de l'importance des règles enfreintes au regard de leur objectif et des intérêts qu'elles protègent ;
- **La durée du manquement**, voire la période pendant laquelle le manquement continue de produire ses effets même après avoir cessé ;
- La présence de **circonstances aggravantes ou atténuantes** ;
- La recherche d'une **harmonisation avec des montants d'amende infligés pour des manquements similaires dans d'autres Régions**.

Le montant retenu doit être **proportionnel au regard du manquement** et présenter **un caractère dissuasif**, tout en restant dans le seuil du plafond maximal déterminé par le législateur.

La façon dont le Conseil d'administration aura exercé son pouvoir d'appréciation afin de déterminer le montant de l'amende applicable dans un cas concret sera motivé dans la décision infligeant la sanction.

Ainsi, Le Conseil d'Administration de BRUGEL déterminera le montant de l'amende au regard de certains critères clairement identifiés avec comme objectif d'une part d'assurer la proportionnalité de la sanction et d'autre part de dissuader l'acteur mis en cause de poursuivre le manquement.

4 Garanties procédurales

En plus des dispositions de l'ordonnance électricité ou de l'ordonnance gaz et du ROI de BRUGEL, BRUGEL tiendra également compte du droit européen, et des principes généraux du droit, qu'ils soient d'origine belge ou européenne.

4.1 Droit belge

4.1.1 Ordonnances et ROI de BRUGEL

Les ordonnances électricité et gaz, et le ROI de BRUGEL ont établi une procédure mettant en œuvre une répartition des rôles entre le Conseil d'administration et les directeurs.

Ces textes fournissent déjà plusieurs garanties procédurales, notamment en établissant des obligations d'information au bénéfice de la personne mise en cause, par des courriers et par la mise à disposition du dossier, en prévoyant l'obligation d'organiser au moins une audition, en établissant des délais au cours de la procédure, en établissant une obligation de motivation, et par la répartition des rôles qu'elles imposent.

Ces éléments contribuent déjà à mettre en œuvre des droits de la défense au sein de la procédure applicable par BRUGEL.

4.1.2 Principes généraux du droit administratif belge

Au titre des principes généraux du droit administratif, les principes suivants trouvent à s'appliquer :

- **Les droits de la défense** : ils visent à permettre à l'administré de se défendre utilement avant l'adoption d'une éventuelle sanction à son encontre. Il recouvre les notions d'égalité des armes et le principe du contradictoire existant au niveau européen. L'égalité des armes vise la possibilité raisonnable qui doit être laissée à chaque partie de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire. Pour assurer le respect de l'égalité des armes il faut notamment veiller à un accès facilité au dossier, à octroyer des délais suffisants pour préparer la défense en fonction de la complexité du dossier, etc. Le principe du contradictoire vise la communication de tous les éléments de preuve pertinents, tant à charge qu'à décharge, et la possibilité qui doit être offerte de réagir à ces éléments.
- **L'obligation d'impartialité** : cette obligation vise à s'assurer que la personne qui impose les sanctions n'ait pas d'incitation inhérente à punir. Cela vise à éviter tout préjugement. Ceci se traduit, sur le plan objectif, dans une forme d'organisation qui sépare suffisamment l'organisme chargé de l'enquête et des poursuites de l'organisme chargé de prendre la décision.
- **L'obligation de motivation formelle.**

De plus, au nom du respect du **principe d'égalité et non-discrimination** (art 10 et 11 Constitution), la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle a développé un courant visant à éviter que le choix de la répression administrative plutôt que la voie pénale, ne prive pas sans raison les personnes sanctionnées des garanties dont elles bénéficieraient dans la sphère pénale.

La Cour constitutionnelle a par exemple, dans un arrêt de 2011, estimé que la procédure d'infligence d'une sanction administrative par l'IBGE ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution dès lors, notamment, que :

« [...] Même en l'absence d'une disposition explicite, la sanction en cause ne pourrait être infligée sans que soit préalablement offerte à l'intéressé la possibilité de faire connaître utilement son point de vue. En effet, les principes de bonne administration qui comportent le droit d'être entendu exigent que l'intéressé soit informé des motifs de fait et de droit de la sanction administrative envisagée à son égard, qu'il dispose d'un délai suffisant pour préparer sa défense et qu'il puisse prendre connaissance du dossier complet établi en vue de prendre la décision. Ces principes exigent également que la mesure soit motivée. [...] En ce qui concerne la charge de la preuve, c'est au fonctionnaire qui décide d'infliger la sanction administrative qu'il incombe d'établir la véracité des faits reprochés à la personne mise en cause et de démontrer sa culpabilité ».

Dans un arrêt n°61/2022 du 5 mai 2022³¹, la Cour Constitutionnelle a estimé que :

« Lorsque le législateur estime que certains manquements à des dispositions législatives doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales sensu stricto ou pour une amende administrative distincte. Le choix d'une mesure spécifique ne peut être considéré comme établissant en soi une discrimination.³²

Il n'y aurait une discrimination que si la différence de traitement qui découle de ce choix impliquait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées, y compris des droits qui découlent du champ d'application, en matière pénale, de l'article 6 de la CEDH.³³ »

Plus loin dans l'arrêt, elle estime que :

« il est vrai que les garanties qu'offrent les principes généraux du droit administratif et la procédure administrative régie par la loi du 27 avril 2018 ne sont pas identiques à celles dont bénéficient les citoyens devant les juridictions. Toutefois, le voyageur peut contester, devant le tribunal de police, l'amende administrative relative à la première infraction, ainsi que l'amende majorée en cas de répétition de l'infraction administrative. La procédure contentieuse doit satisfaire à l'ensemble des exigences qui découlent de l'article 6 de la CEDH³⁴.

(...) La décision de l'agent sanctionneur infligeant une amende administrative peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal de police. Il s'agit d'un recours de pleine juridiction au sens de l'art 6 CEDH (...) Compte tenu de ce qui précède, la disposition en cause est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la CEDH »³⁵

A priori cet arrêt récent permet de considérer que du côté de la Cour Constitutionnelle, l'existence d'un recours de pleine juridiction à l'encontre des décisions de sanctions administratives permet de considérer qu'il n'y a pas violation du principe d'égalité et non-discrimination même si les garanties fournies par la procédure administrative ne sont pas

³¹ Numéro de rôle 7496_ questions préjudicielles relatives aux articles 29,31,§3, 45, alinéa 2, et 47 de la loi du 28 avril 2018 « sur la police des chemins de fer », posées par le Tribunal de police du Hainaut, division de Charleroi.

³² B.11.2 de l'arrêt

³³ idem

³⁴ B.17

³⁵ B.33

identiques à celles relevant de la procédure pénale. Le choix de l'une ou l'autre procédure relève du pouvoir d'appréciation du législateur.

Au regard de ces éléments BRUGEL estime que la procédure existante satisfait aux exigences suivantes :

- Les droits de la défense, par le caractère contradictoire de la procédure prévue, assuré par l'organisation d'échanges d'écrits, d'audition(s) ainsi que par la mise à disposition du dossier. BRUGEL veillera à ce qu'une facilité d'accès au dossier, par le biais d'une plateforme informatique, soit prévue, et qu'un temps suffisant soit laissé à la partie mise en cause pour accéder au dossier et préparer sa défense ;
- BRUGEL veillera à la motivation formelle de la décision d'infliger une amende administrative ;
- L'obligation d'impartialité est rencontrée par la répartition spécifique des rôles entre le Conseil d'administration d'une part et les directeurs d'autre part. Au terme du délai de mise en conformité, le Conseil d'administration peut décider de confier aux directeurs l'ouverture d'une procédure formelle pouvant aboutir à la prise de décision d'infliger une sanction. Dès le moment où les directeurs sont chargés de préparer le dossier, ce sont eux qui prennent les rênes de la procédure et le Conseil d'administration se retire complètement de la procédure jusqu'au moment de la prise en délibéré de l'affaire, au cours duquel il réceptionne l'ensemble du dossier préparé par les directeurs et peut, sur cette base, décider d'infliger ou non une amende administrative, d'un montant qu'il détermine à ce moment-là ;
- Il existe un recours de pleine juridiction ouvert à l'encontre des décisions de BRUGEL : Il est prévu par l'article 30 undecies, §1 de l'ordonnance électricité, qui prévoit un recours auprès de la Cour des marchés de Bruxelles pour les décisions prises sur la base des ordonnances et de leurs arrêtés d'exécution³⁶. La compétence de pleine juridiction est bien prévue, par l'application du §2 du même article³⁷ : « *La Cour des marchés est saisie du fond du litige et dispose d'une compétence de pleine juridiction* »³⁸. De plus, pour les décisions infligeant une amende administrative, ce recours a un effet suspensif.³⁹

En plus de la procédure existante qui en tant que telle est de nature à permettre le respect des droits de la défense, **BRUGEL sera attentive aux circonstances particulières** afin de permettre la garantie effective de ces droits durant la procédure.

³⁶ Art 30undecies, §1^{er}, de l'OE: « § 1^{er}. Les décisions de Brugel prises sur la base de la présente ordonnance, de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant des redevances de voiries en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et de leurs arrêtés d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours par toute personne justifiant d'un intérêt devant la Cour des marchés de Bruxelles siégeant comme en référé. »

³⁷ § 2. La procédure organisée par les articles 29bis, § 2, et 29quater de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité est applicable en Région de Bruxelles-Capitale pour les recours visés au paragraphe 1^{er}.

³⁸ Art 29bis, §2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

³⁹ Art 29 quater de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

4.2 Droit européen

4.2.1 Applicabilité de l'article 6 de la CEDH

Pour apprécier si une mesure constitue une sanction pénale, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour Européenne des droits de l'homme fait application des « critères *Engel* », c'est-à-dire qu'elle va vérifier si la mesure a un caractère pénal selon sa qualification en droit interne ou s'il ressort de la nature de l'infraction, à savoir la portée générale et le caractère préventif et répressif de la sanction, qu'il s'agit d'une sanction pénale ou encore s'il ressort de la nature et de la sévérité de la sanction encourue par l'intéressé qu'elle a un caractère punitif et donc dissuasif⁴⁰. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs.

La Cour Constitutionnelle considère qu'une sanction administrative peut revêtir un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, eu égard à la nature, la gravité et à l'importance de la mesure, auquel cas les garanties qui découlent de cette disposition s'appliquent pour infliger une amende administrative.⁴¹

Il découle de ce qui précède que bien que BRUGEL est amenée à prononcer des amendes qualifiées d'administratives sur le plan interne, elles doivent en fait être considérées comme des sanctions pénales au sens de l'article 6 de la CEDH, ne fût-ce qu'en raison de l'importance du montant maximal de l'amende qui pourrait être prononcée. Partant, l'ensemble des garanties procédurales découlant de l'article 6 de la CEDH sont applicables.

4.2.2 Garanties découlant de l'article 6 CEDH

Les garanties découlant du volet pénal de l'article 6 de la CEDH ont été initialement pensées comme s'appliquant à des juridictions pénales, pour des sanctions à caractère pénal.

La régulation économique ne peut pas être tout à fait assimilée au droit pénal au sens strict, même si cela relève de la matière pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention. La CEDH a ainsi estimé dans arrêt *Jussila c/ Finlande*, que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention ne s'applique pas nécessairement de la même manière au droit pénal *stricto sensu* et à d'autres règles susceptibles de conduire au prononcé d'une sanction pécuniaire, en citant entre autres les règles de concurrence. La raison de cette différenciation est *in fine* que, même élevée, une telle sanction n'est pas de la même nature qu'une peine de prison ou que d'autres types de sanctions pénales comme les interdictions d'exercer.

BRUGEL estime qu'il en va de même s'agissant des amendes administratives qu'elle serait amenée à prononcer. Elles ne relèvent pas du « *noyau dur du droit pénal* », et ne présentent pas

⁴⁰ Cour Constitutionnelle dans son Arrêt n° 61/2022 du 5 mai 2022 Numéro du rôle : 7496, considérant B.11.3 qui reprend la jurisprudence de la CEDH suivante :CEDH, grande chambre, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège, §§ 105-107; grande chambre, 10 février 2009, Zolotoukhine c. Russie, § 53; grande chambre, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlande, §§ 30-31.

⁴¹ Arrêt n° 43/2020 du 12 mars 2020, recours en annulation partielle du décret flamand de gouvernance du 7 décembre 2018, introduits par Peter Verhaeghe et autres, par l'ASBL « De Wakkere Burger » et autres et par Hans Lammerant., considérant B.45.3 « une mesure disciplinaire, tout comme une sanction pénale et une sanction 64 administrative, peut revêtir un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, eu égard à la nature, à la gravité et à l'importance de la mesure, auquel cas les garanties qui découlent de cette disposition conventionnelle s'appliquent pareillement à cette mesure disciplinaire. »

de caractère infamant pour la personne qui la subit, comme cela peut être le cas pour une peine privative de liberté par exemple.

La CEDH admet que des amendes administratives assimilables à des sanctions pénales puissent être prononcées par des autorités ne réunissant pas toutes les caractéristiques du tribunal visé par l'article 6, §1^{er} de la CEDH, comme c'est le cas des autorités administratives, pour autant que les sanctions infligées puissent être contestées devant un juge investi des compétences de pleine juridiction⁴².

Dès que l'on tient compte de cet élément, les exigences découlant de l'article 6 de la CEDH, à savoir, le droit d'accès au juge, l'obligation d'indépendance et d'impartialité, l'égalité des armes et le principe du contradictoire, l'obligation de motivation de la décision infligeant la sanction, et l'obligation du délai raisonnable, requièrent en fait une organisation similaire à ce qui est déjà requis de BRUGEL sur la base des ordonnances, du ROI de BRUGEL, et des principes généraux du droit administratif.

Ainsi, comme il a été vu plus haut, d'une part la procédure existante est en mesure de satisfaire à ces exigences, et d'autre part, il existe bien un recours de pleine juridiction ouvert à l'encontre des décisions de BRUGEL d'infliger des amendes administratives.

5 Principe *non bis in idem*

L'article 4, paragraphe 1, du Protocole n°7 à la Convention Européenne des droits de l'homme prévoit que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.* »

Cette disposition consacre le principe général de droit *non bis in idem*. Ce principe est violé lorsqu'une même personne, déjà condamnée ou acquittée en raison d'un comportement, est à nouveau poursuivie (*bis*), en raison du même comportement, pour des infractions dont les éléments essentiels sont identiques (*in idem*).

Il y a plusieurs composantes pour établir le risque de violation du principe *non bis in idem* :

- Identité des faits et identité de la personne qui subit la sanction ;
- Existence d'une première sanction à caractère pénal et risque d'une nouvelle sanction à caractère pénal ;
- Une première décision coulée en force de chose jugée ;

Pour apprécier le caractère pénal, il faut se référer à la notion « *d'accusation en matière pénale* » au sens de l'article 6 de la CEDH. Et pour apprécier la présence de cette notion, la CEDH fait application des critères Engel, déjà mentionnés plus haut, à savoir : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « *sanction* » que

⁴² Conseil d'Etat, colloque ACA Europe 15-17 juin 2014, « réponses au questionnaire sur la régulation économique », p.43. Cour Constitutionnelle, arrêt n° 150/2005 sur le recours en annulation du décret autorisant le VREG à prononcer des sanctions administratives.

risque de subir l'intéressé⁴³. Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs.

Il a par exemple déjà été considéré qu'une amende fiscale et un accroissement d'impôt avaient un caractère répressif dominant et constituaient dès lors des sanctions de nature pénale qui pourraient potentiellement porter sur des mêmes faits.

Il faut souligner que des nouvelles poursuites, pénales ou administratives face à une première condamnation à caractère pénal ne constituent pas *de facto* une violation du principe *non bis in idem*.

Le cumul de procédures (administratives à caractère pénal et pénales d'une part et administratives à caractère pénal d'autre part) est en effet possible et peut aller jusqu'au prononcé d'une nouvelle sanction à caractère pénal si ces procédures sont unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit, forment un tout intégré et cohérent, si enfin ce cumul est prévisible et implique des sanctions proportionnées⁴⁴.

BRUGEL suivra les étapes suivantes pour veiller au respect du principe *non bis in idem* avant de prendre une décision de poursuite de la procédure tendant à infliger une amende administrative :

- Tout d'abord, face à un manquement à des dispositions dont BRUGEL assure le contrôle et pour lequel BRUGEL envisage d'infliger une amende administrative sur la base de l'article 32 de l'ordonnance électricité ou de son équivalent en gaz, BRUGEL vérifiera si ce manquement fait également l'objet de dispositions pénales (infraction mixte). Si c'est le cas, BRUGEL prendra contact avec le Parquet.
- Si le manquement ne fait pas l'objet de dispositions pénales, BRUGEL vérifiera si ce même manquement a malgré tout déjà fait l'objet d'une sanction administrative de nature pénale. Si c'est le cas, BRUGEL vérifiera la situation et le respect du principe *non bis in idem* avant toute décision de poursuite d'une procédure tendant à infliger une amende administrative.

BRUGEL souligne cependant d'ores et déjà que **l'application de KPI n'est pas considérée comme une sanction administrative**, et *a fortiori* comme une sanction administrative de nature pénale.

En effet, le Conseil d'Etat a défini la sanction, qu'elle soit pénale ou administrative, comme une mesure désavantageuse, d'ordre moral ou matériel, prononcée à l'encontre d'une personne physique ou morale, dont l'objet premier est d'exprimer officiellement la réprobation de l'autorité à l'égard d'un comportement que cette personne a eu et qu'elle juge répréhensible⁴⁵. Pour que le principe *non bis in idem* soit susceptible de s'appliquer il faudrait en plus que l'application des critères Engel aboutisse à la qualification de « pénale » à la sanction appliquée. Et il faudrait aussi encore que le cumul des poursuites soit exclu sur la base des critères de matérialité et de temporalité qui doit exister entre les procédures pour permettre un cumul.

BRUGEL estime qu'un KPI ne constitue pas une sanction mais consiste en la fixation d'un indicateur de performance dont l'application peut déboucher sur l'application d'un bonus comme d'un malus, et ce, dans le cadre d'une régulation incitative. De plus, même à considérer l'application du malus le plus important prévu par la méthodologie tarifaire, celui-ci ne serait pas de nature à permettre la qualification de « sanction pénale » par application des critères Engel.

⁴³ CEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, 1976

⁴⁴ CECI E., LALLEMANT F., « Le principe non bis in idem au regard de la récente jurisprudence européenne : évolution ou remise en question ? », in Revue Générale de fiscalité et de comptabilité pratique, 2018/7, p. 11

⁴⁵ Conseil d'Etat, arrêt n° 212.557 du 7 avril 2011

Il ne sera dès lors pas tenu compte de l'existence de KPI dans la compétence de BRUGEL d'infliger des amendes administratives au regard du principe *non bis in idem*. En revanche, au moment de décider du montant d'une amende, le Conseil d'administration dispose d'une marge d'appréciation qui lui est propre pour identifier d'éventuelles circonstances atténuantes.

Ainsi, BRUGEL veillera au respect du principe de non bis in idem dans la mise en œuvre de sa compétence sur les sanctions administratives selon l'approche décrite plus haut. Néanmoins, BRUGEL souligne d'ores et déjà que l'application de KPI n'est pas considérée comme une sanction administrative. Son existence pourrait être qualifiée par BRUGEL comme une circonstance atténuante pour l'appréciation du montant de l'amende.

6 Conclusions

En cas de persistance d'un acteur à ne pas se conformer au cadre légal dont BRUGEL assure la surveillance, BRUGEL entamera une procédure de sanction pouvant mener à infliger une amende administrative.

La procédure suivie est prévue par le cadre légal applicable à BRUGEL et est décrite dans la présente note. Cette procédure permet un dialogue avec la partie mise en cause afin de favoriser une mise en conformité et d'éviter autant que possible de devoir recourir à l'apposition effective d'une amende administrative.

Les décisions infligeant des amendes seront dument motivées et permettront un contrôle juridictionnel ultérieur.

* *

*