

| |
|------------------------------------|
| Numéro du rôle : 6118 |
| Arrêt n° 71/2016 du 25 mai 2016 |

A R R E T

En cause : le recours en annulation de l'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, introduit par la Commission wallonne pour l'Energie.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents J. Spreutels et E. De Groot, et des juges L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président J. Spreutels,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 12 décembre 2014 et parvenue au greffe le 16 décembre 2014, la Commission wallonne pour l'Energie, assistée et représentée par Me E. Jacobowitz, avocat au barreau de Bruxelles, a introduit un recours en annulation de l'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (publié au *Moniteur belge* du 17 juin 2014, troisième édition).

Le Gouvernement wallon, assisté et représenté par Me J. Bourtembourg et Me F. Belleflamme, avocats au barreau de Bruxelles, et le Gouvernement flamand, assisté et représenté par Me T. Vermeir, avocat au barreau de Bruxelles, ont introduit des mémoires, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Gouvernement wallon a également introduit un mémoire en réplique.

Par ordonnance du 24 février 2016, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs F. Daoût et T. Merckx-Van Goey, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 16 mars 2016 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 16 mars 2016.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *En droit*

- A -

A.1. La Commission wallonne pour l'Energie (ci-après : CWaPE) demande l'annulation de l'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

A l'appui de son intérêt au recours, la partie requérante indique qu'elle est l'organisme officiel de régulation des marchés de l'électricité et du gaz en Région wallonne. Il s'agit donc d'une autorité de régulation instituée au niveau régional au sens de 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 (ci-après : la directive 2009/72/CE). Elle a notamment pour mission de conseiller les autorités publiques dans le domaine du marché régional de l'électricité et du gaz mais également une mission de surveillance et de contrôle des décrets et arrêtés relatifs à ce marché. Elle aurait donc intérêt à agir en annulation d'une norme de droit interne qui transpose de façon erronée une disposition de droit européen dont elle a pour mission d'assurer l'application.

A.2.1. La partie requérante prend un moyen unique de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35.4, 35.5 et 37 de la directive 2009/72/CE précitée.

Elle soutient qu'en imposant à l'autorité de régulation de considérer les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau comme des coûts non gérables, le législateur décréteil impose une décision à la partie requérante et porte atteinte à sa compétence en matière de fixation de la méthodologie tarifaire et à son indépendance par rapport à tout organe public ou privé. En opérant une distinction entre les coûts de pension liés au personnel statutaire et les coûts de pension liés au personnel contractuel, ce législateur créerait également une différence de traitement non justifiée.

A.2.2. D'après la partie requérante, en adoptant la norme attaquée, le législateur décréteil contreviendrait aux droits et obligations reconnus par la directive 2009/72/CE et la discriminerait au regard des autres autorités de régulation compétentes en matière d'établissement de la méthodologie tarifaire dans le secteur de l'électricité, en l'espèce la CREG, Brugel et le VREG qui quant à eux sont soumis à des normes de droit interne conformes aux normes de droit européen.

La partie requérante souligne qu'en vertu de l'article 12*bis* de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, aucune qualification n'est donnée aux charges de pension des agents du secteur public des gestionnaires de réseau. La CREG peut donc librement, comme le lui permet la directive 2009/72/CE, décider de qualifier ses coûts de gérables ou non lors de l'établissement de sa méthodologie tarifaire. Aucune qualification n'est également donnée aux charges de pension des agents du secteur public des gestionnaires de réseau par l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 8 mai 2014 « modifiant l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et l'ordonnance du 1er 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 ». Tout comme la CREG, Brugel peut donc librement décider de qualifier les coûts liés aux charges de pension des agents du secteur public de gérables ou non lors de l'établissement de ses méthodologies tarifaires. Il en est de même en Région flamande, en vertu du décret du 14 mars 2014 « modifiant le décret relatif à l'Energie du 8 mai 2009 en ce qui concerne la transposition de la Directive de l'Union européenne 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, et l'octroi de certificats d'électricité écologique de certificats de cogénération et de garanties d'origine ».

A.2.3. La partie requérante souligne que depuis l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat, soit depuis le 1er juillet 2014, elle est compétente pour établir « les tarifs des réseaux de distribution d'électricité, à l'exception des tarifs des réseaux ayant une fonction de transport » qui sont aux mains du même gestionnaire que le réseau de transport. En ce qui concerne la Région wallonne, cette compétence est confiée à la CWaPE, autorité de régulation du marché régional wallon de l'électricité.

La partie requérante note encore qu'en vertu de l'article 35.4 et 35.5 de la directive 2009/72/CE, l'autorité nationale de régulation et son personnel doivent être en mesure d'agir de manière indépendante de tout intérêt politique ou autre et doivent pouvoir prendre des décisions de manière autonome. Elle cite de nombreux passages de la note interprétative de la Commission européenne concernant les autorités de régulation visées dans la directive 2009/72/CE, qui explicite et insiste sur la notion d'indépendance de l'autorité de régulation telle qu'elle est prévue par la directive. Il en ressortirait que la partie requérante est, depuis la mise en œuvre de la sixième réforme de l'Etat, compétente afin d'approuver les prix et plans tarifaires applicables au réseau électrique wallon et, en vertu du droit européen, qu'elle doit pouvoir exercer cette compétence de manière indépendante, sans que le législateur, le gouvernement ou tout autre organe public ou privé puisse intervenir dans le processus décisionnel.

D'après la partie requérante, en adoptant les dispositions attaquées, la Région wallonne empiète sur les compétences qui lui sont normalement dévolues et porte de surcroît atteinte à son indépendance.

A.2.4. La qualification d'un coût comme gérable ou non gérable a un impact sur le sort de ce coût en matière de tarification. Ainsi, le solde portant sur les coûts gérables fait partie du résultat comptable du gestionnaire de réseau et est, par conséquent, intégralement imputé à ce dernier. Par contre, le solde portant sur les coûts non gérables constitue soit une créance tarifaire si le budget est inférieur à la réalité, soit une dette tarifaire si le budget est supérieur à la réalité à l'égard des clients dans leur ensemble et est transféré au compte de régularisation du bilan du gestionnaire de réseau. Ainsi, le fait que la disposition attaquée impose à la partie requérante de qualifier de non gérable l'ensemble des charges de pension des agents sous statut des gestionnaires de réseau dans la méthodologie tarifaire qu'elle élabore a un impact direct sur sa compétence et *in fine* sur les prix pratiqués par les gestionnaires de réseau du marché de l'électricité wallon.

A l'origine, aucune mention concernant la qualification de gérable ou non à donner aux coûts constitués par les charges des pensions des agents sous statut public des gestionnaires de réseau n'était prévue par le projet de décret. Ce n'est qu'*in extremis* que cette référence a été intégrée dans le décret par un amendement. Ce faisant, la Région wallonne ne se serait pas limitée à édicter des lignes directrices en matière de politique énergétique mais aurait bel et bien imposé à la partie requérante une décision contraire à la directive 2009/72/CE.

A.2.5. La partie requérante relève que la Cour de justice de l'Union européenne a déjà condamné la Belgique en raison d'une mauvaise transposition de la directive 2003/54/CE qui constitue l'ancêtre de la directive 2009/72/CE. D'après la partie requérante, comme dans le cas d'espèce tranché par la Cour de justice, la non-conformité de la législation interne belge en l'espèce proviendrait du fait que des compétences dévolues exclusivement à l'autorité nationale de régulation et pour lesquelles elle doit bénéficier d'une indépendance complète sont attribuées ou exercées par d'autres organes.

A.2.6. Quant au fait que la disposition attaquée ne bénéficie qu'au gestionnaire de réseau ayant du personnel statutaire, la partie requérante relève que différents gestionnaires de réseau cohabitent en Région wallonne sur le marché de l'électricité. Ces gestionnaires sont constitués principalement sous la forme d'intercommunales qui sont soit des intercommunales pures soit des intercommunales mixtes. Seule la première catégorie emploie des personnes sous le régime statutaire. En ne visant que les charges de pension des agents sous statut public, le législateur décretaal aurait donc créé une différence de traitement entre les gestionnaires de réseau ayant des membres du personnel statutaires et ceux qui n'en ont pas.

A.2.7. La partie requérante souligne enfin que si les lignes directrices contenues dans l'article 12*bis* de la loi du 29 avril 1999 ont déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par la Cour dans son arrêt n° 117/2013, du 7 août 2013, il n'en est rien en ce qui concerne la disposition attaquée qui ne peut être considérée comme une ligne directrice à caractère général et qui est spécifique à la norme attaquée.

A.2.8. A titre subsidiaire, la partie requérante indique que si la Cour ne devait pas suivre le raisonnement qui précède, il conviendra à tout le moins de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, formulée dans les termes suivants :

« L'article 14 du décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 tel que modifié par le décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 viole-t-il 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, et notamment ses articles 35 et 37, en ce qu'il impose à l'autorité nationale de régulation au sens de ladite directive, de considérer le coût constitué par les charges de pension des agents sous statut public des gestionnaires de réseau comme des coûts non gérables ? ».

A.3.1. Dans son mémoire, le Gouvernement wallon relève que les directives relatives à l'organisation du marché ont d'abord été mises en œuvre en Belgique par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité. Les articles 12*octies* et 12*novies* de cette loi prévoyaient que le Roi adopterait les règles relatives à la méthodologie tarifaire et distinguerait les coûts gérables et non gérables, c'est-à-dire les coûts sur lesquels le gestionnaire ne dispose pas d'un contrôle direct et qui sont nécessaires à la sécurité, à l'efficacité et à la fiabilité du réseau. Un arrêté royal adopté en exécution de ces dispositions a été confirmé par la loi du 15 décembre 2009, avec effet au 12 septembre 2008.

Par son arrêt du 29 octobre 2009 dans l'affaire n° C-474/08, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que cette attribution de compétence au Roi violait les dispositions des directives à mettre en œuvre. Par son arrêt n° 97/2011, du 31 mai 2011, la Cour a également jugé que la confirmation de l'arrêté royal en cause n'avait pas couvert la violation du droit de l'Union européenne dont il était entaché et, partant, que la loi de confirmation devait être annulée.

Les dispositions de la loi du 29 avril 1999 attribuant la compétence au Roi ont dès lors été abrogées par une loi du 8 janvier 2012 « portant modification 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 ». Cette loi du 8 janvier 2012 a complété les dispositions de la loi du 29 avril 1999 pour énoncer directement une série de lignes directrices plus respectueuses de l'autonomie de la CREG. Cette dernière a demandé à la Cour l'annulation de la disposition ainsi adoptée, recours qui a été rejeté par la Cour par son arrêt n° 117/2013, du 7 août 2013. La directive a également été mise en œuvre par la Région wallonne par le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité. Ce décret prévoit en ses articles 43 à 47ter l'existence de la CWaPE en tant qu'autorité administrative indépendante. Le décret a été adapté par un nouveau décret du 11 avril 2014 qui entendait tenir compte des nouveaux transferts de compétence opérés à l'occasion de la dernière réforme de l'Etat.

Dans le cadre de ce décret, qui attribue à la partie requérante la compétence d'approuver les tarifs de gestionnaires de réseau de distribution, a été adoptée une disposition qui renvoyait en substance et en tout cas provisoirement à l'article 12bis de la loi du 29 avril 1999 pour la définition de lignes directrices.

A.3.2. Quant au moyen unique, la Région wallonne souligne à titre liminaire qu'elle n'aperçoit pas où résiderait en l'espèce la discrimination dont la partie requérante pourrait se plaindre.

En ce qui concerne la situation de la partie requérante par rapport aux autorités administratives indépendantes qui se sont vu attribuer les mêmes compétences dans les autres ordres juridiques belges, la Région wallonne rappelle que dans un Etat fédéral, le principe d'égalité et de non-discrimination impose à chaque législateur de traiter de manière égale les situations égales ressortissant à sa juridiction mais n'empêche pas que les législateurs adoptent des réglementations différentes dans les matières qui relèvent de leur compétence.

Pour ce qui est de la situation des gestionnaires de réseau de distribution qui n'emploient pas ou qui ne peuvent pas employer des membres du personnel sous statut par rapport à ceux qui en emploient, force serait de constater que la partie requérante ne relève ni d'une catégorie ni de l'autre. Elle ne pourrait dès lors être recevable à se plaindre d'une discrimination qui ne serait pas commise à son désavantage.

Quant à la prétendue violation de la directive, la Région wallonne rappelle que les cotisations de pension des administrations provinciales et locales ont fait l'objet d'une réforme récente par la loi du 24 octobre 2011 « assurant un financement pérenne des pensions des membres du personnel nommé à titre définitif des administrations provinciales et locales et des zones de police locale et modifiant la loi du 6 mai 2002 portant création du Fonds des pensions de la police intégrée et portant des dispositions particulières en matière de sécurité sociale et contenant diverses dispositions modificatives ». Cette loi « prévoit, d'une part, que le taux de cotisation de la pension de base est porté entre 2012 et 2016 à 41,5 % pour toutes les administrations provinciales et locales qui n'y sont pas encore et, d'autre part, que les cotisations de régularisation et de responsabilisation [...] doivent être perçues ». Les gestionnaires de réseau de distribution qui emploient des membres du personnel sous statut ne pouvaient rien faire pour prévenir ou éviter l'augmentation des taux de cotisation. Quant aux cotisations de régularisation, s'il est exact que les gestionnaires de réseau peuvent y échapper en cessant de nommer du personnel statutaire, la nomination d'agents publics relève de bien d'autres considérations que la qualification de cotisations de régularisation qui doivent être versées au moment de la nomination.

A.3.3. Le Gouvernement wallon conclut qu'en qualifiant les charges de pension des agents sous statut public de coûts non gérables, la Région wallonne n'a fait que constater la qualification qui se déduisait des faits et des principes du droit européen et du droit belge. La Région wallonne renvoie au principe de neutralité énoncé à l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et en déduit que, dès lors que le régime de propriété des gestionnaires de réseau peut varier, le principe de non-discrimination implique de prendre en considération toutes les différences qui en découlent.

Comme la Cour l'a admis pour divers coûts par son arrêt n° 117/2013, il conviendrait de constater que les coûts en cause en l'espèce n'ont pas un caractère gérable et doivent être couverts par les tarifs.

A.3.4. A titre subsidiaire, la Région wallonne rejoint la partie requérante quant au fait qu'il y a lieu d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel pour s'assurer que la disposition attaquée n'a pas porté atteinte à l'autonomie et aux compétences de la partie requérante.

A.4.1. Dans son mémoire en intervention, le Gouvernement flamand indique qu'à la suite du transfert de compétences opéré par la sixième réforme de l'Etat, elle a adopté le décret du 14 mars 2014 « modifiant le décret relatif à l'énergie du 8 mai 2009 en ce qui concerne la transposition de la directive de l'Union européenne 2012/27/UE du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique et l'octroi de certificats d'électricité écologique, de certificats de cogénération et de garanties d'origine ».

En ce qui concerne le moyen unique, le Gouvernement flamand relève que la partie requérante ne conteste pas que l'autorité peut établir des directives générales dont l'autorité de régulation doit tenir compte dans l'exercice des missions qui lui sont dévolues. Dès lors, il y a lieu de s'interroger sur la portée de l'article 35, paragraphe 4, b), ii, de la directive 2009/72/CE.

Celui-ci contient deux exigences : (i) il ne peut y avoir aucune influence directe sur le fonctionnement de l'autorité de régulation nationale et (ii) les autorités publiques peuvent, conformément à leurs règles internes, seulement adopter des orientations générales qui ne peuvent pas compromettre l'indépendance, l'autonomie et les tâches essentielles de l'autorité de régulation. A cet égard, la disposition attaquée ne pourrait être perçue comme une instruction directe visant à influencer dans un cas concret une décision de la partie requérante.

A.4.2. Il ressortirait de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 octobre 2009 cité par la partie requérante que les règles spécifiques relatives aux amortissements et à la marge équitable applicables aux extensions d'installations d'intérêt national ou européen constituent des « éléments importants/déterminants » pour la fixation des tarifs qui relèvent du pouvoir du régulateur même si les autorités publiques peuvent encore adopter des orientations générales en dehors de ces éléments.

La partie requérante resterait en défaut de démontrer que la disposition attaquée affecte un élément déterminant des compétences tarifaires qui lui sont dévolues.

Le Gouvernement flamand relève que différentes dispositions de la directive 2009/72/CE permettent de déduire ce que sont les « éléments déterminants/importants » en matière de compétence tarifaire pour les tarifs des réseaux de distribution. A son estime, des orientations générales qui considèrent comme gérables ou non certains coûts indispensables ne violent pas cette directive.

L'article 35, paragraphe 4, b), ii, ne peut pas non plus empêcher qu'une autorité publique, sur la base d'autres compétences que les compétences en matière d'énergie, fasse des choix fondamentaux, tels que nommer des membres du personnel statutaire dans le cadre de son pouvoir de tutelle sur les communes ou sur les structures de coopération intercommunales ou dans le cadre de sa politique de l'emploi, même si ces choix ont une incidence sur les tarifs.

Il serait également loisible à l'autorité publique de déterminer, dans le cadre de sa politique en matière d'économie et d'énergie, si certaines catégories d'utilisateurs du réseau doivent payer plus ou moins de tarifs des réseaux de distribution ou appliquer certaines méthodes de tarification.

A.4.3. Selon le Gouvernement flamand, il résulterait de l'article 32.1 de la directive 2009/72/CE qu'une autre autorité publique que l'autorité de régulation peut décider de dispenser certaines catégories d'utilisateurs du réseau d'une partie des tarifs ou d'établir, pour certaines catégories d'utilisateurs du réseau, une limite au-delà de laquelle aucun tarif ne peut leur être facturé. Le législateur européen l'aurait déjà fait avec le règlement (UE) 838/2010 de la Commission du 23 septembre 2010 « fixant des orientations relatives au mécanisme de compensation entre gestionnaires de réseau de transport et à une approche réglementaire commune pour la fixation des redevances de transport » en vertu duquel les redevances annuelles moyennes versées pour le

transport par les producteurs doivent respecter, dans chaque Etat membre, les limites d'une marge établie par ce règlement.

Il appartiendrait ensuite à la seule autorité de régulation d'établir ou d'approuver les tarifs par catégorie d'utilisateurs du réseau ou de déterminer ou d'approuver préalablement la méthode pour les déterminer. Le fait qu'existe un contrôle juridictionnel possible à cet égard ne pourrait justifier que l'on opère un transfert exagéré du pouvoir de décision qui appartient en principe aux organes démocratiquement élus.

A.5.1. Dans son mémoire en réponse, la partie requérante indique que les principes contenus dans la directive 2009/72/CE doivent obligatoirement être transposés dans la législation interne concernant le marché de l'électricité, que cette réglementation soit wallonne, flamande ou bruxelloise. Dans cette mesure, l'autonomie accordée à chaque législateur décentralisé est limitée par les principes de droit européen qui s'imposent de manière identique à chacun de ceux-ci. Or, en l'espèce, un principe essentiel contenu dans la directive 2009/72/CE, notamment en son article 35.4 et 35.5, à savoir celui de l'indépendance de l'autorité de régulation, serait méconnu par le décret attaqué.

A.5.2. Quant au fait que la partie requérante ne serait pas elle-même l'objet de la discrimination dénoncée, cela ne pourrait impliquer qu'elle ne soit pas recevable à se plaindre d'une telle discrimination. En effet, si le recours est déclaré recevable, la partie requérante ne doit pas justifier d'un intérêt au moyen.

A.5.3. Quant au moyen unique, force serait de constater qu'une marge d'appréciation existait bel et bien dans le chef de la partie requérante ou du moins que la qualification de non gérables des coûts ne résultait pas uniquement d'une simple analyse des faits. Les termes de la directive 2009/72/CE et de la note interprétative de la Commission européenne sont clairs en établissant qu'il s'agit de protéger et d'assurer une complète indépendance à l'autorité nationale de régulation, cette indépendance ne souffrant aucune exception.

Si les gestionnaires de réseau employant du personnel sous statut n'avaient aucune prise sur l'augmentation des coûts des pensions dans la mesure où celle-ci a été imposée par la loi, il n'en reste pas moins qu'il revenait à la partie requérante de qualifier elle-même *in fine* ses coûts sans que le législateur décentralisé ne puisse lui imposer une qualification par l'adoption du décret.

D'après la partie requérante, la modification législative opérée par la loi du 24 octobre 2011 ne peut avoir un impact sur la qualification donnée aux charges de pension des agents sous statut. En effet, l'ancienne législation applicable au calcul des cotisations de pension de ces agents prévoyait que l'Office national de sécurité sociale des administrations provinciales et locales (ci-après : ONSSAPL) fixait chaque année le taux de cotisation nécessaire au financement des pensions de retraite. Si la nouvelle législation fixe des taux spécifiques de cotisation pour les années 2012 à 2016, elle prévoit encore que le comité de gestion de l'ONSSAPL fait chaque année « une proposition au ministre des Pensions de taux de cotisation de la pension de base pour la troisième année civile suivante ».

La partie requérante note également que dans son rapport de consultation du 6 février 2014, elle prenait déjà en considération la loi du 24 octobre 2011, étant arrivée à la conclusion que la cotisation de base et la cotisation de régularisation devaient être qualifiées de coûts gérables tandis que les cotisations de responsabilisation devaient être qualifiées de coûts non gérables. La partie requérante fait valoir qu'en tout état de cause, une discrimination persiste entre les gestionnaires de réseau employant des personnes sous statut et les autres gestionnaires de réseau. Dans le régime des travailleurs salariés, les cotisations patronales constituent également des charges à supporter par les gestionnaires de réseau employeurs. Or, le taux des cotisations patronales permettant de financer notamment les pensions de retraite du régime des travailleurs salariés est également fixé par la loi.

A.5.4. Quant au fait que selon le Gouvernement wallon les gestionnaires de réseau employant du personnel sous statut n'auraient pas la possibilité, par une politique de gestion de ressources humaines adaptée, d'avoir une maîtrise des coûts, la partie requérante indique que pour qu'un coût soit qualifié de gérable, il n'est pas nécessaire que le gestionnaire de réseau ait une maîtrise totale de l'ensemble des aspects de ces coûts. Les gestionnaires de réseau peuvent en effet exercer une influence sur le taux des cotisations de régularisation. Si le taux de cette cotisation n'est pas l'unique élément pris en considération par les gestionnaires de réseau pour déterminer leur politique de ressources humaines, il n'en reste pas moins qu'ils ont une maîtrise directe de ce

coût et que celui-ci aurait dès lors pu être qualifié de non gérable. L'augmentation des cotisations de responsabilisation ne pourrait justifier que l'ensemble des cotisations de pension soient qualifiées de non gérables.

Quant à la référence que fait le Gouvernement wallon à l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'après la partie requérante, le principe de neutralité qui y est contenu ne pourrait justifier l'immixtion dans ses compétences par l'acte attaqué. Le fait « que le régime de propriété entre les gestionnaires de réseaux puisse varier ne permet pas non plus de justifier l'acte attaqué ». En effet, les gestionnaires de réseau sont tous soumis à un taux de cotisation fixé par la loi pour couvrir les charges de pension et ne se trouvent dès lors pas « dans une situation différente l'un de l'autre ».

A.5.5. En réponse au mémoire du Gouvernement flamand, la partie requérante rappelle que l'acte attaqué avait pour effet sinon pour but de l'empêcher d'adopter la position qu'elle a annoncée dans son rapport du 6 février 2014. A son estime, la disposition attaquée répond parfaitement à la définition de la notion d'instruction telle qu'elle a été retenue par la Commission européenne dans sa note interprétative. Au terme de son rapport de consultation du 6 février 2014, la partie requérante a indiqué qu'elle estimait que dans le cadre de la méthodologie tarifaire transitoire pour la période 2015-2016, seules les cotisations de responsabilisation devaient être considérées comme des coûts non gérables, les cotisations de base et de régularisation devant quant à elles être considérées comme des coûts gérables. Or, par l'adoption de l'acte attaqué, le Parlement wallon a imposé une qualification autre que celle qui allait être retenue par la partie requérante dans le cadre de sa compétence en matière d'élaboration de la méthodologie tarifaire.

Si par impossible la Cour devait estimer que la disposition attaquée ne constitue pas une instruction directe ou à tout le moins une tentative d'influence contraire à la directive 2009/72/CE, il conviendrait de conclure que la disposition attaquée dépasse dans tous les cas la notion de ligne directrice générale qu'une autorité étatique peut fixer dans le cadre de ses compétences en matière énergétique sans pour autant empiéter sur les compétences de l'autorité nationale de régulation.

La partie requérante indique que quand bien même il faudrait considérer que seuls les éléments déterminants dans la fixation des tarifs devraient rester de la compétence de l'autorité de régulation, les autres pouvant faire l'objet d'empiètement de la part du pouvoir législatif, la qualification de gérable ou de charges de pension ne pourrait pas être considérée comme une compétence qui n'est pas importante ou déterminante. Une telle qualification a, en effet, un impact considérable sur la répercussion de ce coût dans les tarifs du gestionnaire de réseau.

En ce qui concerne l'article 35, paragraphe 4, b), ii, de la directive, la partie requérante indique qu'elle ne peut souscrire à l'analyse effectuée par le Gouvernement flamand concernant cet article. La disposition attaquée ne pourrait, en effet, être considérée comme une orientation générale mais bel et bien comme une instruction directe et précise. Elle touche en effet directement la compétence de la partie requérante en matière d'élaboration de la méthodologie tarifaire. Or cette compétence est expressément réservée à l'autorité de régulation par l'article 37, paragraphe 1er, a), de la même directive.

L'argument du Gouvernement flamand selon lequel la disposition attaquée résulterait de l'exercice d'une compétence du Gouvernement wallon autre que sa compétence dans le domaine énergétique ne peut être retenu. En effet, la disposition attaquée est contenue dans le décret wallon du 11 avril 2014 modifiant celui du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité. L'on ne pourrait dès lors considérer que la Région wallonne a agi dans l'exercice de sa compétence en matière d'emploi ou autres.

D'après la partie requérante, l'arrêt de la Cour n° 117/2013 ne pourrait soutenir la thèse développée par le Gouvernement flamand. En effet, les dispositions en cause dans cet arrêt, contrairement à celle qui est soumise à la censure de la Cour en l'espèce, ne conféraient aucune qualification au coût mentionné dans ces articles et n'imposaient aucune qualification à l'autorité de régulation.

En ce qui concerne les développements sur la base de l'article 32.1 de la directive et le règlement (UE) 838/2010, la partie requérante ne voit pas en quoi ces dispositions permettraient de justifier la légalité de l'acte attaqué.

La partie requérante indique enfin que contrairement à ce que soutient le Gouvernement flamand, le législateur européen a bel et bien voulu que l'indépendance de la partie requérante soit la plus large possible. Elle fonde son argument sur l'article 34 de la directive 2009/72/CE. Si l'autorité nationale de régulation doit être totalement indépendante, ses décisions pourront cependant faire l'objet d'un recours auprès de la Cour d'appel de Liège.

Enfin, la partie requérante souligne qu'il ressort des travaux préparatoires de la disposition attaquée qu'outre le fait que l'indépendance de la partie requérante soit imposée par les textes européens, la décision d'accroître cette indépendance a bel et bien été prise par un organe élu démocratiquement, à savoir le Parlement wallon qui continue à exercer un contrôle sur elle, ainsi que le prévoit expressément le décret du 12 avril 2001, tel qu'il a été modifié par le décret du 11 avril 2014.

A.6.1. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement wallon continue de soutenir qu'on ne peut comparer des législations qui émanent de législateurs différents. L'invocation de la violation de la directive ne pourrait avoir pour conséquence de rendre le principe d'égalité applicable à ce qui n'est pas comparable. D'après le Gouvernement wallon, l'argumentation de la partie requérante ne fait que confirmer que ce qui est invoqué en réalité c'est bien la méconnaissance d'une directive européenne plutôt que la méconnaissance du principe d'égalité.

Le Gouvernement wallon ajoute que même si aucun législateur n'avait adopté à ce jour de disposition comparable à celle qui est en cause en l'espèce, personne ne pourrait présumer de la manière dont les autres législateurs pourraient envisager d'exercer leurs compétences à l'avenir dans cette matière.

A.6.2. Quant au fait que dès l'instant où la partie requérante prouverait son intérêt au recours, il ne lui serait plus demandé de démontrer que l'irrégularité qu'elle invoque lui cause grief, le Gouvernement wallon commence par souligner qu'en l'espèce, la partie requérante invoque une violation du principe d'égalité entre deux catégories qui sont totalement étrangères à sa propre situation.

Précisément, le Gouvernement wallon n'aperçoit pas non plus en quoi la partie requérante justifierait d'un intérêt à son recours devant la Cour dès lors que son moyen unique ne serait admissible que dans la mesure où est invoquée une méconnaissance du principe d'égalité entre des catégories qui lui sont entièrement étrangères. Enfin, les dispositions attaquées n'interdisent nullement de qualifier les cotisations de pension pour les salariés de coûts non gérables. Cette qualification ne dépend que d'une décision de la partie requérante elle-même.

A.6.3. Quant à la discrimination alléguée, la partie requérante se fonde, d'après le Gouvernement wallon, sur une interprétation maximale de son autonomie qui ne devrait connaître aucune limite. Or, cette interprétation ne serait pas correcte. En effet, la Cour de justice n'a annulé une délégation au Roi que parce qu'elle portait sur la détermination d'éléments importants dans la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire. La Commission européenne a admis dans sa note interprétative que les Etats membres fixent des lignes directrices globales aux autorités de régulation pourvu qu'ils n'aillent jusqu'à fixer eux-mêmes la méthodologie tarifaire. La Cour a également admis par son arrêt n° 117/2013 que le législateur rappelle à l'autorité de régulation des contraintes qui se déduisent des faits et des autres législations applicables. Or, la disposition attaquée impose à l'autorité de régulation de prendre en considération les obligations qui incombent aux gestionnaires de réseau en matière de pension, les règles en matière d'emplois publics et en particulier le principe statutaire et, enfin, la vraie nature des cotisations de pension pour le personnel statutaire à la lumière des principes généraux du droit, du principe de légalité de l'action administrative, du principe de motivation, du principe de proportionnalité et du principe du raisonnable.

A.6.4. Sur le fond, en se concentrant sur la manière dont les taux de cotisation sont fixés, la partie requérante omettrait de prendre en considération le fait central, à savoir que les taux de cotisation de pension du personnel statutaire sont lourds et en augmentation. Le Gouvernement wallon n'aperçoit pas à cet égard comment une autorité de régulation pourrait raisonnablement qualifier de gérable des cotisations de pension dont l'augmentation est sans rapport avec l'index en imposant ainsi aux gestionnaires de réseaux publics d'en supporter personnellement l'augmentation sauf à se débarrasser progressivement de leur personnel statutaire.

Quant à la différence qui existe par rapport aux cotisations de pension pour les salariés, le Gouvernement wallon souligne une fois encore que les dispositions en cause n'ont pour seule conséquence que de qualifier les cotisations de pension pour le personnel statutaire de coût non gérable compte tenu de considérations particulières qui tiennent au respect du principe statutaire dans le secteur public. Les dispositions attaquées n'interdisent en revanche nullement de qualifier les cotisations de pension pour les salariés de coût non gérable. Cette qualification dépend en effet d'une décision de la partie requérante elle-même.

Quant au fait que les gestionnaires de réseau pourraient agir sur ces coûts, cette argumentation méconnaîtrait la réalité de la situation légale et réglementaire et perdrait de vue le fait que les gestionnaires de réseau doivent recourir en principe à du personnel statutaire et emploient à l'heure actuelle une proportion importante de personnel statutaire qu'il n'est possible ni de démettre ni de cesser de promouvoir. L'influence que pourraient exercer sur cette proportion de personnel les gestionnaires de réseau ne pourrait donc être que marginale et progressive.

A.6.5. Pour le surplus, le Gouvernement wallon s'en réfère à son mémoire et constate que la partie requérante elle-même a demandé à titre subsidiaire de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour s'assurer que la disposition attaquée n'a pas porté atteinte à l'autonomie et à la compétence de la partie requérante.

- B -

Quant à la disposition attaquée et son contexte

B.1.1. La Commission wallonne pour l'Energie (ci-après : CWAPE), autorité de régulation des marchés de l'électricité et du gaz en Région wallonne, demande l'annulation de l'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 « modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ».

B.1.2. La disposition attaquée insère un paragraphe 2 dans l'article 14 du décret du 12 avril 2001 qui se lit désormais:

« § 1er. L'article 12*bis* de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et l'article 15/5*ter* de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, en ce qu'elles visent les droits, les obligations et les tarifs des gestionnaires de réseau de distribution, restent applicables pour la Région wallonne après l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat attribuant la compétence sur les tarifs de distribution de gaz et d'électricité aux régions, sous réserve des modifications suivantes :

1° les mots ' commission ' sont remplacés par ' CWaPE ';

2° les mots ' Chambre des représentants ' sont remplacés par les mots ' Parlement wallon ';

3° dans la première phrase du paragraphe 2, les mots ‘ Après concertation avec les régulateurs régionaux et ’ sont abrogés;

4° au paragraphe 14, les mots ‘ cour d’appel de Bruxelles ’ sont remplacés par les mots ‘ cour d’appel de Liège ’.

Par dérogation à l’alinéa 1er, la méthodologie tarifaire relative à la période 2015-2016 est établie selon une procédure *ad hoc*, en ce compris de publicité, laquelle s’inscrit dans le respect des lignes directrices applicables, et des délais raisonnables convenus par la CWaPE après concertation avec les gestionnaires de réseaux de distribution.

§ 2. La méthodologie détermine les modalités d’intégration et de contrôle des coûts non gérables constitués par les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau ou de la filiale ou sous-filiale ayant une activité régulée de gestion de réseau de distribution.

§ 3. Le gestionnaire de réseau publie chaque année les tarifs en vigueur sur le réseau pour lequel il a été désigné en ce compris les tarifs relatifs aux services auxiliaires, tels qu’approuvés par la CWaPE ».

L’article 12*bis* de la loi du 29 avril 1999 « relative à l’organisation du marché de l’électricité », tel qu’il est applicable en Région wallonne, dispose :

« § 1er. Le raccordement, l’utilisation des infrastructures et des systèmes électriques et, le cas échéant, les services auxiliaires des gestionnaires de réseau de distribution font l’objet de tarifs pour la gestion de réseau de distribution, à l’exception des réseaux ayant une fonction de transport régis par l’article 12.

§ 2. Après concertation structurée, documentée et transparente avec les gestionnaires de réseau de distribution, la CWaPE établit la méthodologie tarifaire que doivent utiliser ces gestionnaires pour l’établissement de leurs propositions tarifaires.

La méthodologie tarifaire précise notamment :

- (i) la définition des catégories de coûts qui sont couverts par les tarifs;
- (ii) [...];
- (iii) les règles d’évolution au cours du temps des catégories de coûts visées en (i), y compris la méthode de détermination des paramètres figurant dans les formules dévolution;
- (iv) les règles d’allocation des coûts aux catégories d’utilisateurs du réseau;
- (v) la structure tarifaire générale et les composants tarifaires.

La concertation avec les gestionnaires de réseau de distribution fait l'objet d'un accord entre la CWaPE et lesdits gestionnaires. A défaut d'accord, la concertation est tenue au minimum comme suit :

1° CWaPE envoie aux gestionnaires de réseau de distribution, dans la langue du gestionnaire de réseau de distribution, la convocation aux réunions de concertation visées à l'alinéa 1er ainsi que la documentation relative aux points mis à l'ordre du jour de ces réunions dans un délai raisonnable avant lesdites réunions. La convocation mentionne le lieu, la date et l'heure de la réunion, ainsi que les points mis à l'ordre du jour;

2° à la suite de la réunion, la CWaPE établit un projet de procès-verbal de réunion reprenant les arguments avancés par les différentes parties et les points d'accord et de désaccord constatés; elle transmet ce rapport pour approbation, aux gestionnaires de réseau de distribution dans un délai raisonnable suivant la réunion;

3° dans un délai raisonnable suivant la réception du procès-verbal de la CWaPE approuvé par les parties, les gestionnaires de réseau de distribution, au besoin après s'être concertés, envoient à la CWaPE leur avis formel sur la méthodologie tarifaire résultant de cette concertation, en soulignant le cas échéant les éventuels points de désaccord subsistants, tant par rapport à la proposition de la CWaPE qu'entre eux.

Par dérogation aux dispositions qui précèdent, la méthodologie tarifaire peut être établie par la CWaPE suivant une procédure déterminée de commun accord avec les gestionnaires de réseau de distribution sur la base d'un accord explicite, transparent et non-discriminatoire.

§ 3. La CWaPE communique au Parlement wallon son projet de méthodologie tarifaire, l'intégralité des pièces relatives à la concertation avec les gestionnaires de réseau de distribution ainsi que tous les documents qu'elle estime nécessaires à la motivation de sa décision relative à la méthodologie tarifaire, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles concernant des fournisseurs ou des utilisateurs du réseau, des données à caractère personnel et/ou des données dont la confidentialité est protégée en vertu de législations spécifiques.

La CWaPE publie sur son site la méthodologie tarifaire applicable, l'intégralité des pièces relatives à la concertation avec les gestionnaires de réseau de distribution et tous documents qu'elle estime utiles à la motivation de sa décision relative à la méthodologie tarifaire, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles concernant des fournisseurs ou des utilisateurs du réseau, des données à caractère personnel et/ou des données dont la confidentialité est protégée en vertu de législations spécifiques.

§ 4. La méthodologie tarifaire fixée en vertu du § 3 et applicable à l'établissement de la proposition tarifaire est communiquée au gestionnaire du réseau de distribution au plus tard six mois avant la date à laquelle la proposition tarifaire doit être introduite auprès de la CWaPE. Les modifications doivent être motivées.

Cette méthodologie tarifaire reste en vigueur pendant toute la période tarifaire, en ce compris la clôture des soldes relatifs à cette période. Des modifications apportées à la méthodologie tarifaire en cours de période, conformément aux dispositions du § 2, s'appliquent seulement à partir de la période tarifaire suivante, sauf accord explicite, transparent et non-discriminatoire entre la CWaPE et les gestionnaires de réseau de distribution.

§ 5. La CWaPE établit la méthodologie tarifaire dans le respect des lignes directrices suivantes :

1° la méthodologie tarifaire doit être exhaustive et transparente, de manière à permettre aux gestionnaires de réseau de distribution d'établir leurs propositions tarifaires sur cette seule base. Elle comprend les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans la proposition tarifaire. Elle définit les modèles de rapport à utiliser par les gestionnaires de réseau de distribution;

2° la méthodologie tarifaire doit permettre de couvrir de manière efficiente l'ensemble des coûts nécessaires ou efficaces pour l'exécution des obligations légales ou réglementaires qui incombent aux gestionnaires de réseau de distribution, ainsi que pour l'exercice de leurs activités;

3° la méthodologie tarifaire fixe le nombre d'années de la période régulatoire débutant au 1er janvier. Les tarifs annuels qui en résultent sont déterminés en application de la méthodologie tarifaire applicable pour cette période;

4° la méthodologie tarifaire permet le développement équilibré des réseaux de distribution, conformément aux différents plans d'investissements des gestionnaires de réseau de distribution, tels qu'approuvés, le cas échéant, par les autorités régionales compétentes;

5° les éventuels critères de rejet de certains coûts sont non-discriminatoires et transparents;

6° les tarifs sont non discriminatoires et proportionnés. Ils respectent une allocation transparente des coûts;

7° la structure des tarifs favorise l'utilisation rationnelle de l'énergie et des infrastructures;

8° les différents tarifs sont conçus sur la base d'une structure uniforme sur le territoire desservi par le gestionnaire du réseau de distribution. En cas de fusion de gestionnaires de réseaux de distribution, des tarifs différents peuvent continuer à être appliqués dans chaque zone géographique desservie par les anciens gestionnaires de réseaux de distribution, afin de permettre la rationalisation visée par la fusion;

9° la rémunération normale des capitaux investis dans les actifs régulés doit permettre aux gestionnaires de réseau de distribution de réaliser les investissements nécessaires à l'exercice de leurs missions;

10° les coûts nets des missions de service public imposées par la loi, le décret ou l'ordonnance et leurs arrêtés d'exécution et non financées par des impôts, taxes, contributions et surcharges visées au 11° sont pris en compte dans les tarifs de manière transparente et non discriminatoire conformément aux dispositions législatives et réglementaires applicables;

11° les impôts, ainsi que taxes et contributions de toutes natures, et les surcharges imposés par la loi, le décret ou l'ordonnance et leurs arrêtés d'exécution sont ajoutés aux tarifs automatiquement et dans les délais prévus par la procédure d'introduction et d'approbation des tarifs. La CWaPE peut contrôler ces coûts avec les dispositions législatives et réglementaires applicables;

12° les achats de biens et services réalisés dans le respect de la législation sur les marchés publics sont réputés réalisés au prix du marché, sous réserve, le cas échéant, du pouvoir d'appréciation de la CWaPE;

13° la méthodologie détermine les modalités d'intégration et de contrôle des coûts échoués constitués par les charges de pension complémentaire ou de pension du secteur public non capitalisées, versées à des agents ayant presté une activité régulée de distribution d'électricité, dues pour les années antérieures à la libéralisation en vertu des statuts, de conventions collectives du travail ou d'autres conventions suffisamment formalisées, approuvés avant le 30 avril 1999, ou versées à leurs ayants droit ou remboursées à leur employeur par un gestionnaire de réseau de distribution, qui peuvent être intégrés aux tarifs;

14° pour la détermination des soldes positifs ou négatifs dont elle décide la répartition pour la période régulatoire suivante, la CWaPE fixe les coûts visés aux 10°, 11° et 13° ainsi que les coûts autres que ceux visés au § 2 (ii) du présent article qui sont récupérés ou rendus dans les tarifs de la période suivante;

15° Sous réserve du contrôle de conformité de la CWaPE, les tarifs permettent au gestionnaire de réseau de distribution dont l'efficacité se situe dans la moyenne du marché de recouvrer la totalité de ses coûts et une rémunération normale des capitaux. Toute méthode de contrôle des coûts reposant sur des techniques de comparaison doit tenir compte des différences objectives existant entre gestionnaires de réseau de distribution et qui ne peuvent être éliminées à l'initiative de ces derniers.

Toute décision utilisant des techniques de comparaison intègre des paramètres qualitatifs et est basée sur des données homogènes, transparentes, fiables et publiées ou intégralement communicables dans la motivation de la décision de la CWaPE.

Toute comparaison avec d'autres gestionnaires de réseau est réalisée entre des sociétés ayant des activités similaires et opérant dans des circonstances analogues;

16° les tarifs pour l'utilisation d'un réseau de distribution, applicables à des unités de production, peuvent être différenciés selon la technologie de ces unités et leur date de mise en service. Ces tarifs sont déterminés en tenant compte de tout critère considéré comme pertinent par la CWaPE, tel un *benchmarking* avec les pays voisins, afin de ne pas mettre en péril la

sécurité d'approvisionnement du pays par une baisse de compétitivité des unités de production concernées. Dans la proposition tarifaire accompagnée du budget visée au § 8, le gestionnaire de réseau de distribution motive ces différenciations;

17° les efforts de productivité éventuellement imposés aux gestionnaires de réseau de distribution ne peuvent mettre en péril à court ou à long terme la sécurité des personnes ou des biens ni la continuité de la fourniture;

18° la subsidiation croisée entre activités régulées et non régulées n'est pas autorisée;

19° les tarifs encouragent les gestionnaires de réseau de distribution à améliorer les performances, à favoriser l'intégration du marché et la sécurité de l'approvisionnement et à mener la recherche et le développement nécessaires à leurs activités, en tenant notamment compte de leurs plans d'investissement tels qu'approuvés, le cas échéant, par les autorités régionales compétentes;

20° les coûts visés par les points 10°, 11° et 13° ainsi que les coûts autres que ceux visés au § 2 (ii) ne sont soumis ni à des décisions basées sur des méthodes de comparaison, ni à une régulation incitative;

21° les tarifs visent à offrir un juste équilibre entre la qualité des services prestés et les prix supportés par les clients finals;

La CWaPE peut contrôler les coûts des gestionnaires de réseau de distribution sur la base des dispositions législatives et réglementaires applicables.

§ 6. Les gestionnaires de réseau de distribution établissent leurs propositions tarifaires dans le respect de la méthodologie tarifaire établie par la CWaPE et introduisent celles-ci dans le respect de la procédure d'introduction et d'approbation des tarifs.

§ 7. La CWaPE examine la proposition tarifaire, décide de l'approbation de celle-ci et communique sa décision motivée au gestionnaire de réseau de distribution dans le respect de la procédure d'introduction et d'approbation des tarifs.

§ 8. La procédure d'introduction et d'approbation des propositions tarifaires fait l'objet d'un accord entre la CWaPE et les gestionnaires de réseau de distribution. A défaut d'accord, la procédure est la suivante:

1° le gestionnaire de réseau de distribution soumet, dans un délai raisonnable avant la fin de la dernière année de chaque période régulatoire en cours, sa proposition tarifaire accompagnée du budget pour la période régulatoire suivante sous la forme du modèle de rapport fixé par la CWaPE conformément au § 5;

2° la proposition tarifaire accompagnée du budget est transmise en trois exemplaires par porteur avec accusé de réception à la CWaPE. Le gestionnaire de réseau de distribution transmet également une version électronique sur laquelle la CWaPE peut, au besoin retravailler la proposition tarifaire accompagnée du budget;

3° dans un délai raisonnable suivant la réception de la proposition tarifaire accompagnée du budget, la CWaPE confirme au gestionnaire de réseau de distribution, par lettre par porteur avec accusé de réception, ainsi que par courrier électronique, que le dossier est complet ou elle lui fait parvenir une liste des informations complémentaires qu'il devra fournir.

Dans un délai raisonnable suivant la réception de la lettre susvisée dans laquelle des informations complémentaires lui ont été demandées, le gestionnaire de réseau de distribution transmet ces informations à la CWaPE en trois exemplaires par lettre par porteur avec accusé de réception. Le gestionnaire de réseau de distribution transmet également une version électronique des réponses et des renseignements complémentaires à la CWaPE;

4° dans un délai raisonnable suivant la réception de la proposition tarifaire visée au 2° ou, le cas échéant, dans un délai raisonnable suivant la réception des réponses et des informations complémentaires du gestionnaire de réseau de distribution visées au 3°, la CWaPE informe le gestionnaire par lettre par porteur avec accusé de réception, de sa décision d'approbation ou de son projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget concerné.

Dans son projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget, la CWaPE indique de manière motivée les points que le gestionnaire de réseau de distribution doit adapter pour obtenir une décision d'approbation de la CWaPE. La CWaPE est habilitée à demander au gestionnaire du réseau de modifier sa proposition tarifaire pour faire en sorte que celle-ci soit proportionnée et appliquée de manière non-discriminatoire;

5° si la CWaPE refuse la proposition tarifaire accompagnée du budget du gestionnaire de réseau de distribution dans son projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget, le gestionnaire peut communiquer ses objections à ce sujet à la CWaPE dans un délai raisonnable suivant la réception de ce projet de décision.

Ces objections sont transmises à la CWaPE par porteur avec accusé de réception, ainsi que sous forme électronique.

Le gestionnaire de réseau de distribution est entendu, à sa demande, dans un délai raisonnable après réception du projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget par la CWaPE.

Le cas échéant, le gestionnaire de réseau de distribution soumet, dans un délai raisonnable suivant la réception du projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget, à la CWaPE par porteur avec accusé de réception, en trois exemplaires sa proposition tarifaire adaptée accompagnée du budget. Le gestionnaire de réseau de distribution remet aussi une copie électronique à la CWaPE.

Dans un délai raisonnable suivant l'envoi par la CWaPE du projet de décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget ou, le cas échéant, dans un délai raisonnable après réception des objections ainsi que de la proposition tarifaire adaptée accompagnée du budget, la CWaPE informe le gestionnaire de réseau de distribution, par lettre par porteur avec accusé de réception, ainsi que par voie électronique, de sa décision d'approbation ou de sa décision de refus de la proposition tarifaire, le cas échéant adaptée, accompagnée du budget;

6° si le gestionnaire de réseau de distribution ne respecte pas ses obligations dans les délais visés aux points 1° à 5°, ou si la CWaPE a pris la décision de refus de la proposition tarifaire accompagnée du budget ou de la proposition tarifaire adaptée accompagnée du budget conclu, des tarifs provisoires sont d'application jusqu'à ce que toutes les objections du gestionnaire de réseau de distribution ou de la CWaPE soient épuisées ou jusqu'à ce qu'un accord soit atteint entre la CWaPE et le gestionnaire de réseau de distribution sur les points litigieux. La CWaPE est habilitée, après concertation avec le gestionnaire de réseau de distribution, à arrêter des mesures compensatoires appropriées lorsque les tarifs définitifs s'écartent de ces tarifs provisoires;

7° en cas de passage à de nouveaux services et/ou d'adaptation de services existants, le gestionnaire de réseau de distribution peut soumettre une proposition tarifaire actualisée à l'approbation de la CWaPE dans la période régulatoire. Cette proposition tarifaire actualisée tient compte de la proposition tarifaire approuvée par la CWaPE, sans altérer l'intégrité de la structure tarifaire existante.

La proposition actualisée est introduite par le gestionnaire de réseau de distribution et traitée par la CWaPE conformément à la procédure applicable, visée aux points 1° à 6° qui précèdent, étant entendu que les délais visés sont réduits de moitié;

8° si des circonstances exceptionnelles surviennent au cours d'une période régulatoire indépendamment de la volonté du gestionnaire de réseau de distribution, celui-ci peut à tout moment de la période régulatoire soumettre à l'approbation de la CWaPE une demande motivée de révision de sa proposition tarifaire, pour ce qui concerne les années suivantes de la période régulatoire.

La demande motivée de révision de la proposition tarifaire est introduite par le gestionnaire de réseau de distribution et traitée par la CWaPE suivant la procédure applicable visée aux points 1° à 6°, étant entendu que les délais visés sont réduits de moitié;

9° la CWaPE adapte, sans préjudice de sa possibilité de contrôler les coûts sur la base des dispositions légales et réglementaires applicables, les tarifs des gestionnaires de réseau de distribution à toutes modifications des obligations de service public, notamment régionales, qui leur sont applicables au plus tard dans les trois mois de la transmission par les gestionnaires de réseau de distribution de telles modifications. Les gestionnaires de réseau de distribution transmettent ces modifications à la CWaPE dans le meilleur délai suite à leurs entrées en vigueur;

10° la CWaPE publie sur son site Internet, de manière transparente, l'état de la procédure d'adoption des propositions tarifaires ainsi que, le cas échéant, les propositions tarifaires déposées par le gestionnaire du réseau.

§ 9. La CWaPE établit la méthodologie tarifaire et exerce sa compétence tarifaire de manière à favoriser une régulation stable et prévisible contribuant au bon fonctionnement du marché libéralisé, et permettant au marché financier de déterminer avec une sécurité raisonnable la valeur des gestionnaires de réseau de distribution. Elle veille à maintenir la continuité des décisions qu'elle a prises au cours des périodes régulières antérieures, notamment en matière d'évaluation des actifs régulés.

§ 10. La CWaPE exerce sa compétence tarifaire en tenant compte de la politique générale de l'énergie telle que définie dans la législation et la réglementation européenne, fédérale et régionale.

§ 11. Dans un souci de transparence dans la répercussion des coûts au client final, les différents éléments du tarif de réseau sont distingués sur la facture, en particulier en ce qui concerne les obligations de service public et leur contenu.

§ 12. La comptabilité des gestionnaires de réseau de distribution est tenue selon un plan comptable analytique uniforme par activité, établi sur proposition d'un ou plusieurs gestionnaires de réseau de distribution représentant au moins septante-cinq pour cent des entreprises exerçant la même activité, et approuvé par la CWaPE, ou, à défaut de proposition avant le 1er octobre 2011, établi par la CWaPE après concertation avec les gestionnaires de réseau de distribution.

§ 13. La CWaPE publie dans les trois jours ouvrables de leur approbation et maintient sur son site les tarifs et leur motivation, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles concernant des fournisseurs ou des utilisateurs du réseau, des données à caractère personnel et/ou des données dont la confidentialité est protégée en vertu de législations spécifiques.

Les gestionnaires de réseau de distribution communiquent, dans les plus brefs délais, aux utilisateurs de leurs réseaux les tarifs qu'ils doivent appliquer et les mettent à la disposition de toutes les personnes qui en font la demande. Ils les communiquent également dans les plus brefs délais sur leur site Internet, avec un module de calcul précisant l'application pratique des tarifs. Les tarifs appliqués ne peuvent pas avoir d'effet rétroactif.

§ 14. La méthodologie tarifaire fixée par la CWaPE ainsi que les décisions relatives aux propositions tarifaires prises par elle en application de cette méthodologie tarifaire peuvent faire l'objet d'un recours par toute personne justifiant d'un intérêt devant la cour d'appel de Liège en application de l'article 29*bis*.

Un tel recours peut notamment être introduit lorsque:

- la décision de la CWaPE ne respecte pas les orientations visées au présent article;
- la décision de la CWaPE ne respecte pas la politique générale de l'énergie telle que définie dans la législation et la réglementation européenne, fédérale et régionale;
- la décision de la CWaPE ne garantit pas les moyens nécessaires pour la réalisation des investissements des gestionnaires de réseau de distribution ou l'exécution de leurs missions légales ».

L'article 15/5*ter* de la loi du 12 avril 1965 « relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations » auquel renvoie également l'article 14 en cause est rédigé en des termes similaires pour ce qui concerne la distribution du gaz.

B.2. Avant la réforme opérée par la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat (*Moniteur belge*, 31 janvier 2014), la matière des tarifs de distribution d'électricité et de gaz était réglée par le législateur fédéral, en l'occurrence par les lois du 29 avril 1999 et du 12 avril 1965 précitées.

Depuis le 1er juillet 2014, date d'entrée en vigueur de la loi spéciale du 6 janvier 2014, les régions sont compétentes pour les aspects régionaux de l'énergie, en vertu de l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 tel qu'il a été modifié par l'article 19 de ladite loi spéciale. Les aspects régionaux de l'énergie comprennent :

« a) La distribution et le transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70 000 volts, y compris les tarifs des réseaux de distribution d'électricité, à l'exception des tarifs des réseaux ayant une fonction de transport et qui sont opérés par le même gestionnaire que le réseau de transport;

b) La distribution publique du gaz, y compris les tarifs des réseaux de distribution publique du gaz, à l'exception des tarifs des réseaux qui remplissent aussi une fonction de transport du gaz naturel et qui sont opérés par le même gestionnaire que le réseau de transport du gaz naturel ».

B.3.1. Le contexte et les objectifs poursuivis par la Région wallonne lors de l'adoption du décret du 11 avril 2014 en cause ont été présentés comme suit dans les travaux préparatoires :

« En juillet 2008, le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après, dénommé '*décret électricité*') a fait l'objet d'une adaptation en profondeur. Cette adaptation a été réalisée en tenant compte des orientations nouvelles de la directive 2009/72/CE, à l'époque en projet. Cette directive a été officiellement adoptée en date du 13 juillet 2009. Certaines dispositions doivent encore être adaptées pour se conformer complètement au prescrit de la directive 2009/72/CE et améliorer le fonctionnement du marché de l'électricité.

Les principales adaptations, objet de cette note et de l'avant-projet de décret joint, portent sur :

- l'amélioration de la protection des clients finals et des mesures de protection sociale;
- l'amélioration du fonctionnement du marché libéralisé et de l'intégration des productions décentralisées;

- le renforcement des compétences et de l'indépendance du régulateur.

L'énergie est une compétence partagée entre l'Etat fédéral et les Régions. Les modifications apportées au décret se limitent aux aspects relevant de la compétence des Régions en matière d'énergie (distribution et transport régional - tension inférieure ou égale à 70 000 volts - sources nouvelles d'énergie - sauf nucléaire - l'utilisation rationnelle de l'énergie). Suite à l'adoption de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat, le transfert de la compétence tarifaire en matière de distribution gaz et électricité sera effectif en date du 1er juillet 2014. Suite à ce transfert de compétence, la méthodologie tarifaire pourra être adoptée par la CWaPE en concertation avec les gestionnaires de réseaux de distribution, dans le respect du projet de décret tarifaire adopté en première lecture en séance du 16 janvier dernier. Les dispositions tarifaires sont donc inscrites dans ce décret tarifaire et complètent donc les dispositions du présent décret pour ce qui concerne la compétence en matière d'approbation des tarifs de distribution » (*Doc. parl., Parlement wallon, 2013-2014, n° 1020/1, p. 2*).

En ce qui concerne plus particulièrement l'objectif de renforcement des compétences et de l'indépendance de l'autorité de régulation, le législateur wallon a ajouté ce qui suit :

« Afin de se conformer au prescrit de la directive 2009/72/CE en la matière, le présent projet de décret renforce l'autorité de régulation de ce marché au niveau wallon, à savoir la ' *Commission wallonne pour l'énergie* ' (dénommée ' *CWaPE* ').

Ce renforcement s'opère à trois niveaux :

- accroissement de l'indépendance de la CWaPE;
- extension des compétences et moyens de la CWaPE;
- coopération de la CWaPE avec les autres régulateurs régionaux et fédéraux des marchés de l'électricité et du gaz, les autorités de régulations belges, l'Agence de Coopération des Régulateurs de l'Energie (ci-après ' *ACER* ') et avec la Commission européenne » (*ibid.*, p. 5).

B.3.2. L'article 12, 2°, du décret du 11 avril 2014 attaqué a été introduit par la voie d'un amendement n° 4 justifié comme suit :

« Les dispositions insérées ou modifiées par le présent amendement ont pour objectif d'instaurer rapidement le nouveau cadre légal afin de permettre à la CWaPE d'adopter sa nouvelle méthodologie tarifaire de manière à permettre l'entrée en vigueur de nouveaux tarifs au 1er janvier 2015.

Le présent amendement fait référence aux articles 12*bis* de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après, 'loi électricité') et 15/5*ter* de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après, 'loi gaz') lesquelles ont trait à [la] méthodologie tarifaire, aux lignes directrices applicables en la matière ainsi qu'à la procédure de proposition par les gestionnaires de réseau de distribution (ci-après, 'GRD') et d'approbation par le régulateur compétent des tarifs de distribution, en se les appropriant, en vue de permettre une application à court terme de ces principes et procédures en Région wallonne afin de garantir, au moment du transfert de la compétence tarifaire à la CWaPE, une continuité tarifaire et une lisibilité juridique en l'attente de l'adoption d'un cadre complet au niveau wallon.

Ces dispositions permettent, ainsi, de garantir la continuité tarifaire, de garantir un transfert effectif de compétence dès le 1er juillet 2014 à la CWaPE et à la Région wallonne, ainsi que de donner le temps au Parlement wallon d'adopter de nouvelles lignes directrices tarifaires et/ou de politiques générales pour la période post-2016. En effet, en l'absence d'un tel amendement, la CWaPE et la Région wallonne ne pourront pas exercer de manière effective, au moment du transfert de compétence au 1er juillet 2014, la compétence en matière de tarifs de distribution qui leur incombe conformément à la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat. L'article 94, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles dispose, à cet égard, que :

' Sans préjudice des dispositions de l'article 83, §§ 2 et 3, les autorités chargées d'attributions par les lois et règlements dans les matières relevant de la compétence des Communautés et des Régions, continuent d'exercer ces attributions selon les procédures fixées par les règles existantes, tant que celles-ci n'auront pas été modifiées ou abrogées par leurs Parlements ou leurs Gouvernements '.

C'est pourquoi, en l'attente de l'adoption d'un cadre wallon plus complet, le présent amendement incorpore, et prévoit donc l'application, en droit wallon, des lignes directrices issues de la loi fédérale et des procédures d'adoption des méthodologies tarifaires et des tarifs. La CWaPE, ainsi que les GRD, devront donc de se référer à ces articles des lois fédérales électricité et gaz pour l'établissement des prochaines méthodologies tarifaires, lesquelles devront notamment prendre en considération les lignes directrices fédérales validées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 117/2013 du 7 août 2013, ainsi que pour la procédure d'introduction et d'approbation des propositions tarifaires. C'est, par ailleurs, dans le cadre de la méthodologie tarifaire que la CWaPE pourra, de manière pragmatique, accepter les tarifs approuvés par un autre régulateur pour un GRD bi-régional. Il appartiendra, ensuite, au législateur de modifier, s'il le souhaite, ces lignes directrices pour la période tarifaire suivante, à savoir la période tarifaire 2017-2022. Vu les demandes exprimées en la matière, celles-ci devront donc faire l'objet de travaux ultérieurs.

Ceci implique que les dispositions fédérales susmentionnées moyennant les adaptations apportées par le présent amendement en vue de leurs compatibilités avec le cadre wallon, seront d'application jusqu'au jour de l'entrée en vigueur d'un nouveau régime complet adopté, le cas échéant, par le Gouvernement wallon. Il en est de même en ce qui concerne les lignes directrices applicables. En effet, les lignes directrices 'en vigueur' sont donc soit les lignes directrices des lois électricité et gaz validées par la Cour constitutionnelle dans son

arrêt du 7 août 2013 n° 117/2013, que la Région wallonne s'est appropriées au moyen de l'article 1er du présent avant-projet de décret tarifaire, soit les nouvelles lignes directrices wallonnes adoptées, le cas échéant, par le Parlement wallon et remplaçant l'article 1er du projet de décret tarifaire.

Aussi, ce transfert de compétence se fait dans le respect des directives européennes applicables. Le Troisième Paquet Energie renforce l'indépendance des autorités de régulation mais aussi les pouvoirs de celles-ci. Les dispositions relatives à l'approbation des tarifs par l'autorité de régulation sont inscrites à l'article 37 de la directive 2009/72. Conformément à l'article 37, (1), a), '*L'autorité de régulation est investie des missions suivantes: (a) fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul (...)*'. Par ailleurs, en vertu de l'article 37, (6), a), '*Les autorités de régulation se chargent de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes utilisées pour calculer ou établir: (a) les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs de transport et de distribution ou leurs méthodes*'.

En outre, l'article 35, (4), de la directive 2009/72 dispose que :

' Les Etats membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. À cet effet, les Etats membres veillent à ce que, dans l'exécution des tâches de régulation qui lui sont conférées par la présente directive et la législation connexe :

a) l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée;

b) l'autorité de régulation veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion :

i) agissent indépendamment de tout intérêt commercial; et ii) ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation. Cette exigence est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées ou d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation visées à l'article 37'. (Nous soulignons).

Ces textes ont fait l'objet de notes interprétatives de la Commission européenne. A cette occasion, la Commission souligne que les décisions de l'autorité de régulation doivent être autonomes et directement contraignantes :

' [...] This is contrary to the provisions of the new Electricity and Gas Directives, which unequivocally establish that the NRA must be able to take decisions autonomously and that its decisions are directly binding'.

Toutefois, la Commission précise l'exécutif pourra dresser des lignes de conduites de politique générale dont le régulateur devra tenir compte dans l'exercice de sa compétence propre. Ainsi :

‘ The core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue general policy guidelines which ultimately will have to be translated by the NRA into the tariff structure and methodology. However, these guidelines should not encroach on the NRA’s competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission’s services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA ’.

En vertu de ces orientations, l’Etat membre peut édicter des lignes de conduite de politique générale dont le régulateur devra tenir compte dans l’exercice de sa compétence tarifaire, mais ces dernières ne peuvent avoir pour effet de priver le régulateur de l’exercice effectif et autonome de sa compétence propre en matière de fixation/d’approbation des tarifs/des méthodes de calcul.

En outre, il convient de relever que le passage suivant souligne la compétence non équivoque du régulateur pour prendre les décisions de manière autonome et directement contraignante :

‘ Under the second Electricity and Gas Directives, it was possible for the NRA to submit the tariff or the methodology for formal approval to the relevant body of the Member State and for the relevant body to approve or reject the draft NRA decision. This is contrary to the provisions of the new Electricity and Gas Directives, which unequivocally establish that the NRA must be able to take decisions autonomously and that its decisions are directly binding ’.

Par ailleurs, le considérant 34 de la Directive établit en ce qui concerne l’indépendance du régulateur que :

‘ Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l’électricité, il convient que les régulateurs de l’énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu’ils disposent d’une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n’empêche ni l’exercice d’un contrôle juridictionnel, ni l’exercice d’un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres ’.

Ce considérant a été repris dans l’exposé des motifs de la loi électricité, en ce qui concerne l’établissement des lignes directrices, pour justifier la compétence du Parlement en la matière en réponse à une observation de la section législation du Conseil d’Etat (P45 doc. Parl. 53/1725). Cette motivation a, par la suite, été confirmée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du n° 117/2013 du 7 août 2013, au sujet des lignes directrices fédérales introduites dans la loi électricité, lesquelles ont été, sur la base de cette analyse, déclarées constitutionnelles.

En conclusion, l’article 35, (4), de la directive 2009/72/CE interdit au Gouvernement de donner des instructions à l’autorité de régulation nationale. Dans l’hypothèse où le Gouvernement souhaiterait émettre des lignes de politiques générales, celles-ci ne pourraient donc en aucun cas avoir trait aux matières faisant l’objet de la régulation conformément à l’article 37 de la même directive, à savoir la compétence tarifaire du régulateur. En revanche, conformément au considérant 34 de la directive, en lecture combinée avec la note interprétative de la Commission, et à la suite de l’arrêt n° 117/2013 du 7 août 2013 de la Cour

constitutionnelle, des lignes directrices émanant du Parlement visant à donner des indications quant à la politique à suivre en matière d'énergie, mais n'ayant pas pour effet d'empiéter sur les compétences tarifaires du régulateur, peuvent être admises.

Pour ce qui relève de la méthodologie tarifaire pour la période 2015-2016, le présent amendement prévoit également la possibilité pour la CWaPE d'adopter une procédure *ad hoc*, en concertation avec les GRD, une procédure, laquelle devra néanmoins s'inscrire dans le respect des lignes directrices tarifaires fixées à l'article 12bis, § 5, de la loi électricité et à l'article 15/5ter, § 5, de la loi gaz, et des délais *ad hoc*. De la sorte, la CWaPE sera en mesure de déterminer, en concertation avec les GRD, une méthodologie tarifaire et approuver les tarifs proposés dès le 1er janvier 2015. Cette méthodologie et ces tarifs seront applicables pour une période tarifaire réduite de deux ans, jusqu'au 31 décembre 2016, une période de deux ans étant nécessaire à l'élaboration des nouvelles méthodologies tarifaires et tarifs sur la base des articles 12bis, § 5, de la loi électricité et 15/5ter, § 5, de la loi gaz. Déjà à l'époque, la CREG, dans l'exercice de sa compétence tarifaire, avait souligné la nécessité d'avoir une période de deux ans pour adopter des nouvelles méthodologies tarifaires et tarifs sur la base des articles 12bis, § 5, de la loi électricité et 15/5ter, § 5, de la loi gaz. Ainsi, par exemple, dans la décision de la CREG n°(B)120510-CDC-646E/21 du 10 mai 2012 relative à la prolongation des tarifs des réseaux de distribution de la REGIE DE L'ELECTRICITE DE LA VILLE DE WAVRE pour les exercices 2013 et 2014, la CREG expose que :

‘ IV.1 Prolongation pour une période de 2 ans (2013 - 2014)

12. La CREG propose une prolongation des tarifs, et ce, pour une période de 2 ans, à savoir 2013 et 2014. Cette période est justifiée pour les raisons suivantes :

- suite à l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 2012, la procédure d'élaboration d'une méthodologie tarifaire doit être de nouveau entièrement recommencée;

- partant du principe que cette procédure soit formellement lancée le 1er mai 2012 et qu'une période de 12 mois est nécessaire pour organiser et mener à bien une concertation structurée, documentée et transparente, cela nous amène au 1er mai 2013. En tenant compte des commentaires formulés dans le cadre de l'élaboration du projet précité de méthodologie tarifaire et de la demande de tous les gestionnaires de réseau de distribution de prolonger leurs tarifs, la CREG juge d'ailleurs improbable que tous ces gestionnaires de réseau (en application de l'article 12bis, § 2, troisième alinéa, et § 8, de la loi électricité) soient d'accord pour appliquer des délais de procédure réduits;

- les gestionnaires de réseau de distribution seraient alors informés immédiatement de la méthodologie tarifaire approuvée. À partir de cette date, les gestionnaires de réseau de distribution (conformément à l'article 12bis, § 4, de la loi électricité) disposeraient de 6 mois pour fournir une proposition tarifaire. Donc les gestionnaires de réseau de distribution devraient remettre leurs nouvelles propositions tarifaires à la CREG au plus tard pour le 1er novembre 2013;

- pour que les tarifs soient approuvés le 1er janvier 2014, la CREG disposerait, sur base du timing ci-dessus (et en tenant compte des dispositions de l'article 12bis, § 8, de la loi électricité), de moins de deux mois pour analyser ces propositions tarifaires et pour offrir les garanties imposées par la loi (notamment la fourniture d'une proposition tarifaire adaptée). Ce délai ne semble pas suffisant;

- or, l'article 12bis, § 5, 3°, de la loi électricité fixe le début de la période régulatoire au 1er janvier. Ceci signifie que les tarifs peuvent entrer en vigueur au plus tôt le 1er janvier 2015 sur base d'une nouvelle méthodologie tarifaire, de sorte qu'une prolongation du tarif de deux ans - à savoir 2013 et 2014 - est nécessaire » (Doc. parl., Parlement wallon, 2013-2014, n° 1020/3, pp. 3 à 5).

Quant à la recevabilité du moyen

B.4. Le moyen unique est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35, §§ 4 et 5, et 37 de 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.

La CWAPE soutient qu'en imposant à l'autorité de régulation de considérer les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau comme des coûts non gérables, le législateur wallon lui impose une décision et porte atteinte à sa compétence en matière de fixation de la méthodologie tarifaire et à son indépendance par rapport à tout organe public ou privé. La disposition attaquée créerait de la sorte une différence de traitement discriminatoire à son égard par rapport aux autres autorités de régulation compétentes en matière d'établissement de la méthodologie tarifaire, en l'occurrence la CREG (Commission de régulation de l'électricité et du gaz), BRUGEL (Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale) et la VREG (Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt), celles-ci étant soumises à des normes de droit interne conformes à la directive européenne dès lors qu'elles ne sont pas soumises à une disposition équivalente et restent dès lors libres de la qualification qu'elles entendent donner aux charges de pensions des agents sous statut public.

La partie requérante soutient également qu'en opérant une distinction entre les coûts de pension liés au personnel statutaire et les coûts de pension liés au personnel contractuel, le législateur wallon créerait une différence de traitement non justifiée entre les gestionnaires de réseau selon qu'ils emploient du personnel statutaire ou du personnel contractuel. En effet, seuls les gestionnaires de réseau qui emploient du personnel statutaire pourront considérer

comme non gérables les coûts liés aux charges de pension d'une partie ou même de tous les membres de leur personnel tandis que les gestionnaires de réseaux qui n'emploient que des travailleurs contractuels n'auront pas l'assurance de voir qualifier les coûts liés aux charges de pension de leurs travailleurs de non gérables, une telle qualification dépendant de la décision prise par la partie requérante.

B.5.1. D'après le Gouvernement wallon, le moyen unique serait irrecevable au motif que la violation du principe d'égalité et de non-discrimination garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution serait invoquée de manière purement formelle. Ainsi, ce principe ne pourrait empêcher que, dans un Etat fédéral, les législateurs adoptent des réglementations différentes, selon les régions et communautés, dans les matières qui relèvent de leurs compétences. Quant à la discrimination dénoncée entre les gestionnaires de réseau selon le type de personnel qu'ils emploient, elle ne concernerait pas la situation de la partie requérante.

B.5.2. Comme le relève la partie requérante à l'appui de la recevabilité du recours, elle est l'organisme officiel de régulation des marchés de l'électricité et du gaz en Région wallonne au sens de la directive 2009/72/CE. Elle justifie à ce titre d'un intérêt à demander l'annulation d'une disposition qui, à son estime, ne transposerait pas correctement la directive précitée et qui, partant, pourrait la discriminer par rapport aux sujets de droit soumis à des lois qui seraient conformes à cette directive.

Quant à la discrimination alléguée que la disposition attaquée aurait pour effet d'instaurer entre les gestionnaires de réseau, dès lors que la partie requérante a un intérêt à introduire le recours en annulation, elle ne doit pas, en outre, justifier d'un intérêt au moyen qu'elle formule.

B.5.3. L'exception du Gouvernement wallon est rejetée.

Quant au fond

B.6.1. L'article 35, §§ 4 et 5, de 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 dispose :

« 4. Les Etats membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. A cet effet, les Etats membres veillent à ce que, dans l'exécution des tâches de régulation qui lui sont conférées par la présente directive et la législation connexe :

a) l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée;

b) l'autorité de régulation veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion :

i) agissent indépendamment de tout intérêt commercial; et

ii) ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation. Cette exigence est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées ou d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation visées à l'article 37.

5. Afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les Etats membres veillent notamment à ce que :

a) l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique, bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une autonomie dans l'exécution du budget alloué, et dispose de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations; et

b) les membres du conseil de l'autorité de régulation ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs de l'autorité de régulation soient nommés pour une période déterminée comprise entre cinq et sept ans maximum, renouvelable une fois.

En ce qui concerne le premier alinéa, point b), les Etats membres assurent un système approprié de rotation pour le conseil ou les cadres supérieurs. Les membres du conseil ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs ne peuvent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne satisfont plus aux conditions fixées par le présent article ou ont commis une faute selon le droit national ».

Il ressort de l'exposé de la requête que seul le point 1. a) de l'article 37 de la directive est visé. Celui-ci dispose :

« 1. L'autorité de régulation est investie des missions suivantes :

a) fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul ».

B.6.2. L'indépendance fonctionnelle visée en B.6.1 fait l'objet du commentaire suivant dans les considérants de la directive 2009/72/CE :

« (33) La directive 2003/54/CE a instauré l'obligation pour les Etats membres d'établir des régulateurs dotés de compétences spécifiques. Pourtant, l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes. C'est la raison pour laquelle le Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 a invité la Commission à élaborer des propositions législatives de nature à assurer une plus grande harmonisation des pouvoirs et le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux de l'énergie. Il devrait être possible que ces autorités de régulation nationales couvrent tant le secteur de l'électricité que celui du gaz.

(34) Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des Etats membres. Par ailleurs, le fait que le budget du régulateur soit approuvé par le législateur national ne fait pas obstacle à l'autonomie budgétaire. Il convient que les dispositions relatives à l'autonomie de l'autorité de régulation en ce qui concerne la mise en œuvre du budget qui lui est alloué soient appliquées dans le cadre défini par la législation et la réglementation budgétaires nationales. Tout en contribuant par un système approprié de rotation à l'indépendance de l'autorité de régulation nationale à l'égard de tout intérêt économique ou politique, il convient que les Etats membres puissent tenir dûment compte de la disponibilité en ressources humaines et de la taille du conseil ».

B.7. La Commission européenne a adopté, le 22 janvier 2010, une note interprétative relative aux autorités de régulation visées par les directives 2009/72/CE et 2009/73/CE dans laquelle elle précise ce qui suit :

« En vertu des deuxièmes directives sur l'électricité et le gaz, l'autorité de régulation nationale pouvait soumettre les tarifs ou la méthode à l'approbation formelle de l'instance compétente de l'Etat membre et l'instance compétente pouvait approuver ou rejeter le projet de décision de l'autorité de régulation nationale. C'est contraire aux dispositions des nouvelles directives sur l'électricité et le gaz qui disposent sans équivoque que l'autorité de

régulation nationale doit être à même de prendre des décisions de manière autonome et que ses décisions sont directement obligatoires.

Par conséquent, il appartient désormais à la seule autorité de régulation nationale de fixer ou d'approuver soit le tarif de réseau soit la méthode de tarification sur le réseau. Ces nouvelles dispositions donnent aux Etats membres quatre choix dans la manière de fixer les tarifs en matière d'accès au réseau et de services d'ajustement : l'autorité de régulation nationale fixe les tarifs, elle établit la méthode, elle approuve les tarifs ou elle approuve la méthode. Le considérant 36 de la directive sur l'électricité et le considérant 32 de la directive sur le gaz mentionnent que l'autorité de régulation nationale fixera ou approuvera les tarifs ou les méthodes sur la base d'une proposition du gestionnaire de réseau de transport ou du ou des gestionnaires de réseau de distribution ou du ou des gestionnaires d'installation de gaz naturel liquéfié (GNL), ou sur la base d'une proposition agréée par ces gestionnaires et les utilisateurs du réseau. Cela signifie que l'autorité de régulation nationale a également le pouvoir de rejeter et d'amender une telle proposition. Si l'autorité de régulation nationale reçoit le pouvoir de décider de la méthode (en la fixant ou en l'approuvant), il incombe aux gestionnaires de réseau de transport de calculer les tarifs (qui doivent être en accord avec la méthode approuvée par l'autorité de régulation nationale).

Les tâches principales d'une autorité de régulation nationale en ce qui concerne les tarifs de réseau ne privent pas l'Etat membre de la possibilité d'émettre des lignes directrices de politique générale qui devront, à terme, être transposées dans la structure et la méthodologie tarifaire par l'autorité de régulation nationale. Cependant, ces lignes directrices ne doivent pas empiéter sur les compétences de l'autorité de régulation nationale ni violer aucune des exigences prévues par les directives sur l'électricité et le gaz et les législations en la matière. Bien qu'un Etat membre puisse par exemple adopter une ligne directrice de politique générale visant à attirer des investissements dans les sources d'énergie renouvelables, les services de la Commission considéreront qu'une règle intégrant la marge de profit dans le tarif '*cost plus*' constitue une instruction directe interdite à l'encontre de l'autorité de régulation nationale » (traduction libre) (Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/CE concerning common rules for the internal market in natural gas, The regulatory authorities, <http://ec.europa.eu>, pp. 13 et 14).

B.8. Comme le relève la partie requérante dans son mémoire, la qualification d'un coût comme « gérable » ou « non gérable » a un impact sur le sort de ce coût en matière de tarification.

Ainsi, les coûts gérables, qui concernent les coûts sur lesquels les gestionnaires de réseau exercent un contrôle direct, font partie du résultat comptable des gestionnaires de réseau et lui sont imputés. En revanche, les coûts non gérables, qui concernent les coûts sur lesquels les gestionnaires de réseau n'ont pas de contrôle direct, peuvent constituer une créance ou une

dette à l'égard des clients et sont transférés aux comptes de régularisation du bilan du gestionnaire de réseau.

Il en résulte que la qualification d'un coût peut avoir une incidence sur les tarifs appliqués aux consommateurs finaux.

B.9.1. Il ressort de la disposition de la directive 2009/72/CE citée en B.6.1 et du commentaire et de la note interprétative cités en B.6.2 et B.7 que l'Union européenne a voulu réaliser l'indépendance fonctionnelle du régulateur national de l'énergie, en l'espèce pour le marché de l'électricité.

Cette indépendance lors de l'exercice des missions du régulateur est garantie non seulement vis-à-vis des acteurs du marché, mais aussi vis-à-vis de toutes les autorités.

B.9.2. L'exigence d'une indépendance fonctionnelle totale du régulateur national de l'énergie en ce qu'il doit être soustrait à toute influence extérieure est un élément essentiel au regard des objectifs de la directive précitée 2009/72/CE, parmi lesquels la réalisation d'un marché intérieur de l'énergie qui soit compétitif.

B.10.1. L'article 35, § 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE prévoit qu'en dépit de l'indépendance fonctionnelle de principe du régulateur de l'énergie, les autorités nationales peuvent toujours fixer des « orientations générales » qui, de manière indirecte, leur permettent d'encadrer les décisions du régulateur quant à la politique à suivre.

B.10.2. Cependant, donner des « orientations générales » au régulateur n'est compatible que sous certaines conditions avec l'exigence d'une indépendance fonctionnelle totale d'un régulateur de l'énergie, énoncée par la directive 2009/72/CE. Ainsi, l'autorité nationale ne peut pas toucher à des décisions de régulation comme celle consistant à « fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul ».

B.10.3. Il découle de ce qui précède que les « orientations générales » ne sont conformes à l'objectif de la directive que si elles incitent seulement le régulateur national de l'énergie à tenir compte des objectifs poursuivis par l'autorité en matière de politique énergétique et de ses intérêts tels que la viabilité, la fiabilité, la durabilité du marché de l'énergie.

Il ressort néanmoins de la disposition de la directive précitée que l'autorité ne peut pas édicter de façon unilatérale le choix d'une qualification déterminée d'un coût préalable à la fixation du tarif à imposer et de sa méthodologie, étant donné que celui-ci relève de la compétence exclusive du régulateur indépendant de l'énergie.

B.11. Le législateur décretaal, en ce qu'il dispose, à l'article 14, § 2, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, tel qu'il a été inséré par la disposition attaquée, que les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau ou de sa filiale (ou sous-filiale) constituent des coûts non gérables, porte atteinte aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 35, § 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE.

B.12. L'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 « modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité » n'est donc pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 35, § 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE et doit donc être annulé.

B.13. Il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs, ceux-ci ne pouvant conduire à une annulation plus étendue.

Par ces motifs,

la Cour,

annule l'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 « modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ».

Ainsi rendu en langue française, en langue néerlandaise et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 25 mai 2016.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

J. Spreutels