

**Autorité de régulation indépendante
du secteur de l'énergie:
place dans le paysage institutionnel & applications dans le contexte wallon**

Structure

- I. Notion d'autorité de régulation indépendante
- II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie
- III. Place dans le paysage institutionnel
- IV. Illustrations dans le contexte wallon

I. Notion d'autorité de régulation indépendante

- **Impasse théorique et approche casuistique**
- **Lignes de force et sens courant**
 - **autorité** (instance publique et pouvoir de contrainte)
 - **de régulation** (“assurer le fonctionnement correct” de marchés spécialisés)
 - moins qu’organiser
 - plus que superviser
 - **Indépendante** (structurelle, fonctionnelle, opérationnelle?)

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

▪ Directives Electricité et Gaz

(96/92-98/30; 2003/54-55; 2009/72-73; 2019/944-draft gas package)

➤ Considérant (80) dir 2019/944

« Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il est nécessaire que les autorités de régulation soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'elles soient **totale**ment indépendantes de tous 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. Par ailleurs, le fait que le budget du régulateur soit approuvé par le législateur national ne fait pas obstacle à l'autonomie budgétaire ».

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

➤ Art. 59(4) dir 2019/944

« Les États 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 États membres veillent à ce que, dans l'exécution des tâches de régulation qui lui sont conférées par la présente directive et la législation connexe, l'autorité de régulation:

- a) soit juridiquement distincte et **fonctionnellement indépendante d'autres entités publiques ou privées**;
- b) 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* prévues à l'article 59 ».

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

➤ 59(5) dir 2019/944

« Afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les États membres veillent notamment à ce que:

- a) l'autorité de régulation puisse **prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique**;
- b) l'autorité de régulation **dispose de toutes les ressources humaines et financières nécessaires** pour s'acquitter de ses tâches et exercer ses pouvoirs de manière effective et efficace;
- c) l'autorité de régulation bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une **autonomie dans l'exécution du budget** alloué; [...] »

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

➤ 59(5) dir 2019/944

« [...] d) 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 un mandat d'une durée déterminée maximale comprise **entre cinq et sept ans, renouvelable une fois**;

e) 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** sur la base de critères objectifs, transparents et publiés, dans le cadre d'une **procédure indépendante et impartiale**, qui garantit que les candidats possèdent **les compétences et l'expérience** nécessaires pour la position pertinente au sein de l'autorité de régulation;

f) des dispositions en matière de **conflits d'intérêts** aient été mises en place et les obligations en matière de confidentialité s'étendent au-delà de la fin du mandat des membres du conseil de l'autorité de régulation ou, en l'absence d'un conseil, la fin du mandat des cadres supérieurs de l'autorité de régulation;

g) les membres du conseil de l'autorité de régulation ou, en l'absence de conseil, les cadres supérieurs de l'autorité de régulation ne puissent être **démis** de leurs fonctions que sur la base de critères transparents en place ».

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

- **Note interprétative COM 22/1/10** [TREN-2009-02394-00-01-EN-REV-00 \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:2009_02394_00_01_EN_REV_00)
- **Jurisprudence CJUE**
 - Belgique C-474/08 du 29/10/9
 - Slovénie C-378/19 du 11/6/20
 - Belgique C-767/19 du 3/12/20
 - **Allemagne C-717/18 du 2/9/21:**

« 108. S'agissant de la notion d'« indépendance », qui n'est définie ni par la directive 2009/72 ni par la directive 2009/73, la Cour a déjà jugé que, en ce qui concerne les organes publics, cette notion désigne, dans son sens habituel, **un statut qui assure à l'organe concerné la possibilité d'agir en toute liberté** par rapport aux organismes à l'égard desquels l'indépendance de cet organe doit être assurée, **à l'abri de toute instruction et de toute influence extérieure** (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2020, Prezident Slovenskej republiky, C-378/19, EU:C:2020:462, points 32 et 33).

109. La Cour a précisé que cette indépendance décisionnelle implique que, dans le cadre des missions et des compétences de régulation visées à l'article 37 de la directive 2009/72, l'ARN **adopte ses décisions de manière autonome, sur le seul fondement de l'intérêt public**, pour assurer le respect des objectifs poursuivis par cette directive, **sans être soumise à des instructions externes** provenant d'autres organes publics ou privés (arrêt du 11 juin 2020, Prezident Slovenskej republiky, C-378/19, EU:C:2020:462, point 54). »

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

- Jurisprudence EU (CJUE)

- Allemagne C-717/18 du 2/9/21:

« 110. Certes, en vertu de l'article 35, paragraphe 4, sous b), ii), de la directive 2009/72 et de l'article 39, paragraphe 4, sous b), ii), de la directive 2009/73, l'exigence d'indépendance qui y est visée est sans préjudice d'**orientations générales édictées par le gouvernement**. Toutefois, il ressort clairement du libellé de ces dispositions que de telles orientations générales **ne concernent pas les missions ni les compétences de régulation** visées, respectivement, à l'article 37 de la directive 2009/72 et à l'article 41 de la directive 2009/73. »

112. [...] la pleine indépendance des ARN à l'égard des entités économiques et des entités publiques, que celles-ci soient des organes administratifs ou des organes politiques et, dans ce dernier cas, titulaires du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif, **est nécessaire pour garantir que les décisions prises par les ARN soient impartiales** et non discriminatoires, **en excluant la possibilité de privilégier les entreprises et les intérêts économiques liés** au gouvernement, à la majorité ou, en tout cas, **au pouvoir politique**. En outre, la stricte séparation à l'égard du pouvoir politique permet aux ARN d'inscrire leur action dans une perspective à long terme, qui est nécessaire pour réaliser les objectifs des directives 2009/72 et 2009/73.

II. Indépendance des régulateurs des marchés de l'énergie

Conclusion, en théorie:

- **indépendance** extrêmement poussée (sans équivalent)
- **contrebalancée** par des règles d'**accountability** (à l'avenant)
 - obligation de concertation
 - obligation de motivation
 - supervision parlementaire
 - contrôle juridictionnel

III. Place dans le paysage institutionnel

- V.-à-v. du Parlement
 - pas d'instructions
 - contrôle (programme ex ante, rapport ex post, auditions ad hoc)
 - budget

- V.-à-v. du Gouvernement
 - pas d'instructions
 - nomination / révocation

III. Place dans le paysage institutionnel

- V.-à-v. du pouvoir judiciaire
 - Contrôle juridictionnel
 - Très variable selon la juridiction, voire les magistrats
 - Difficile équilibre
 - Pas de réfection par un organe qui n'a ni la compétence technique, ni la possibilité d'apprécier l'intérêt général
 - Protection juridictionnelle face à un organe doté de pouvoirs importants
 - impact important sur l'effectivité de l'indépendance
- V.-à-v. des institutions européennes (ACER, COM, CJUE)
 - Alpha et omega? Source et recours ultime
 - 'Déficit régional'

III. Place dans le paysage institutionnel

Conclusion:

Place originale, atypique, 'décalée' dans le paysage institutionnel

- Inhérente à une indépendance très poussée
- Risque de tensions
- Validation et hésitations jurisprudentielles
 - **CC 130/2010**: reconnaissance de la constitutionnalité de l'absence de tutelle du Gouvernement sur le régulateur
 - **CC 117/2013**: pragmatisme à la belge
 - **CC 71/2016**: CWaPE vs. décret qualifiant des coûts de GRD
 - **CJUE Allemagne**: la souveraineté parlementaire ne s'y oppose pas
- Interrogations par rapport à des mécanismes juridiques classiques
e.g. hiérarchie des normes

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[1/4] Composition des organes de direction

A. Règles européennes: indépendance totale

Note interprétative:

“In some Member States, the single national regulatory authority is comprised of several bodies (e.g. board, secretariat or chamber). [...] The possibility remains to give certain decision-making powers to one body (e.g. director) and other decision-making powers to another body (e.g. board or chamber). However, such structures all **need to be integrally part of the single national regulatory authority** [...] and each of these bodies and structures **must meet all the independence requirements** of the Electricity and Gas Directives”.

Jurisprudence

CJUE C-378/19 *Slovénie*: OK ministère **partie à la procédure** si indépendance décisionnelle respectée

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[1/4] Composition des organes de direction

B. Réalité wallonne: présence politique au cœur de la CWaPE

Comité de direction :

- 4 membres indépendants
- jusque 4 « observateurs » politisés

Art. 47ter du Décret Electricité :

« § 1. La CWaPE est indépendante du Gouvernement..

Le Gouvernement peut nommer et révoquer **deux observateurs** du Gouvernement qui ont le droit d'assister, avec une voix consultative, aux réunions du comité de direction. [...]

§ 3. Le Parlement peut nommer et révoquer **deux observateurs** qui ont le droit d'assister, avec une voix consultative, aux réunions du comité de direction ».

- **Violation de l'indépendance**
- Efficacité, limites et risques juridiques

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[2/4] Moyens de fonctionnement

A. Règles européennes

Directives

- Autonomie budgétaire
 - « b) l'autorité de régulation **dispose de toutes les ressources humaines et financières nécessaires** pour s'acquitter de ses tâches et exercer ses pouvoirs de manière effective et efficace;
 - c) l'autorité de régulation bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une **autonomie dans l'exécution du budget** alloué »
- Budget approuvé par le législateur national = OK

Note interprétative

- ” The NRA has autonomy in the implementation of the allocated budget. This means that the NRA, and **only the NRA, can decide on how the allocated budget is spent**. It may neither seek nor receive any instruction on its budget spending”
- “ the role of the national legislator, i.e. national parliament, in approving the NRA’s budget is **to grant a global financial allocation** to the NRA, which should enable the NRA to carry out its duties and exercise its powers in an efficient and effective manner. Criteria to assess this could be the budget of similar regulators or bodies (e.g. national banks) and the budget of NRAs in other Member States. In practice, the NRA will probably propose to the legislator a draft budget — based on a work programme or similar document”.
- “the approval of the budget cannot in any way be used as a means of influencing the NRA’s priorities”

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[2/4] Moyens de fonctionnement

B. Réalité wallonne

- **Règlement spécifique du Parlement wallon du 20 mai 2021 relatif au contrôle budgétaire et comptable de la CWaPE:**
 - budget ventilé en articles budgétaires
 - approbation du budget par le Parlement
 - redistribution sur avis conforme de la sous-commission de contrôle du Parlement
 - **Circulaire budgétaire 2022/01** (Unités d'Administration Publique du périmètre de consolidation waallon) : soumission projet de budget au Gouvernement
 - budget ventilé vs. global
 - approbation des réallocations (dans la mise en œuvre du budget)
-
- **Violation de l'indépendance** par insuffisance d'autonomie en matière de moyens de fonctionnement
 - Correction partielle en vue:
 - exclusion du champ d'application de la circulaire prévue à pd 2023
 - Jurisprudence en vue: Brugel vs. RBC

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[3/4] Règlements techniques

A. Règles européennes

Directives

- **59(7) dir 2019/944**: « les autorités de régulation sont chargées de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes nationales 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 de calcul »

Jurisprudence

- **CJUE C-767/19 du 3/12/20, Belgique**: le Règlement Technique (fédéral) et le Code de Bonne Conduite ne peuvent être établis par AR

§ 109: « l'intervention du Roi dans la détermination de plusieurs conditions[de raccordement et d'accès] qui devraient, selon les directives 2009/72 et 2009/73, être établies ou approuvées par la CREG elle-même, soustrait à cette dernière des compétences de réglementation qui devraient lui revenir »

(contra, à tort: CC 117/13 du 7/8/13, B.20)

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[3/4] Règlements techniques

B. Réalité wallonne

- Art. 13 du Décret Electricité:

“En concertation avec les gestionnaires de réseaux et après consultation du pôle "Energie », la CWaPE arrête un règlement technique unique pour la gestion et l'accès aux réseaux de distribution et un règlement technique pour la gestion et l'accès au réseau de transport local. Le règlement technique est approuvé par le Gouvernement et publié au Moniteur belge ».

> **AGW du 27 mai 2021** approuvant le règlement technique pour la gestion des réseaux de distribution d'électricité en Région wallonne et l'accès à ceux-ci

- Art. 14 du Décret Gaz:

“En concertation avec les gestionnaires de réseaux, la CWaPE propose un règlement technique unique pour la gestion et l'accès aux réseaux de distribution. Le règlement technique est approuvé par le Gouvernement »

> **AGW du 12 juillet 2007** relatif à la révision du règlement technique pour la gestion des réseaux de distribution de gaz et l'accès à ceux-ci

- **violation de l'indépendance**
- **rectification en cours, mais partielle:**
 - Décret CEP pas en vigueur
 - AGW pas abrogé (même pas implicitement?)
 - Pas pour le gaz

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[4/4] Tarifs de distribution

A. Règles européennes

Directives

- **59(4) dir 2019/944**: « 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 prévues à l'article 59 ».
- **59(7)** « les autorités de régulation sont chargées de fixer ou d'approuver, suffisamment à l'avance avant leur entrée en vigueur, au moins les méthodes nationales 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 de calcul »

Jurisprudence

- **CJUE C-3718/18 du 2/9/21, Allemagne**, § 105: « la détermination des méthodes pour calculer ou établir les conditions de raccordement et d'accès aux réseaux nationaux, y compris les tarifs applicables, fait partie des compétences réservées aux ARN » (en ce sens CC97/11 du 31/5/11)
- § 110: « Certes, [...] l'exigence d'indépendance [...] est sans préjudice d'orientations générales édictées par le gouvernement. Toutefois, il ressort clairement du libellé de ces dispositions que de telles orientations générales ne concernent pas les missions ni les compétences de régulation ».

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[4/4] Tarifs de distribution

B. Réalité wallonne (1/3)

Décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire

“Orientations” (art. 4, § 1)

- “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 partiellement libéralisé, et permettant au marché financier d'évaluer les gestionnaires de réseau de distribution avec une sécurité raisonnable. Elle maintient la cohérence des décisions prises au cours des périodes réglementaires antérieures en matière de valeur des actifs régulés »

“Principes” à respecter par la méthodologie (art. 4, § 2)

- “les différents tarifs sont uniformes sur le territoire du gestionnaire de réseau de distribution ou dans les zones correspondant aux territoires desservis par les gestionnaires du réseau de distribution au 31 décembre 2012 »
- « 8° [...] Les paramètres la définissant [la rémunération des GRD], y compris la structure de financement sont fixés conformément aux pratiques d'activités comparables dans les pays limitrophes »
- « 21° [...] Les tarifs pour la refacturation des coûts d'utilisation du réseau de transport sont péréqués pour l'ensemble des gestionnaires de réseau de distribution [...]»
- « 22° la charge tarifaire du déploiement des compteurs intelligents réalisé conformément au plan d'adaptation du gestionnaire de réseau de distribution visé à l'article 15, § 2, alinéa 2, 6°, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ne peut impacter que marginalement la facture des utilisateurs.¹
- 23° la méthodologie tarifaire contribue au développement des communautés d'énergie renouvelable tout en assurant l'équilibre entre la solidarité de la couverture des coûts globaux des réseaux ainsi que de la contribution aux taxes, surcharges et autres frais régulés et l'intérêt de participer à une telle opération.
- 24° la méthodologie tarifaire veille à assurer l'équilibre entre la solidarité de la couverture des coûts globaux des réseaux ainsi que de la contribution aux taxes, surcharges et autres frais régulés et le développement des régimes particuliers visés à l'article 26 du décret du 12 avril 2001

Art. 5. Après avis de la CWaPE, le Gouvernement peut préciser les principes visés à l'article 4, § 2. (sic)

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[4/4] Tarifs de distribution

A. Réalité wallonne (2/3)

Instructions sur l'applicabilité dans le temps de la méthodologie et des tarifs

- “La méthodologie tarifaire reste en vigueur pendant toute la période régulatoire, en ce compris la clôture des soldes relatifs à cette période. En cours de période régulatoire, des modifications à la méthodologie tarifaire sont applicables moyennant accord explicite, transparent et non discriminatoire entre la CWaPE et les gestionnaires de réseaux de distribution.
- “Les tarifs périodiques et non-périodiques dûment approuvés par la CWaPE sont en principe d'application à partir du 1er janvier de l'année n. »
- « En cas d'approbation de la proposition révisée de revenu total par la CWaPE suite à la procédure visée à l'article 10, § 1er, les tarifs périodiques et non-périodiques d'application au 31 décembre de l'année n-1 sont prolongés pour le mois de janvier de l'année n.
- « Les tarifs périodiques et non-périodiques dûment approuvés par la CWaPE sont d'application à partir du 1er février de l'année n. »
- « Si une décision de la CWaPE en vue de l'approbation de tarifs à appliquer par un gestionnaire de réseau de distribution est annulée par la juridiction compétente, les tarifs d'application au 31 décembre de l'année n-1 sont d'application jusqu'à ce que des tarifs soient valablement approuvés conformément aux articles 7 à 17 »

IV. Illustrations dans le contexte wallon

[4/4] Tarifs de distribution

B. Réalité wallonne (3/3)

- **AGW du 31 décembre 2019** exécutant de manière temporaire et exceptionnelle le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité
 - Art. 1er. Indépendamment de l'entrée en vigueur du tarif "prosumer ", décidée par la CWaPE, au 1er janvier 2020, les gestionnaires de réseau de distribution prennent les mesures adéquates afin de ne pas facturer ce tarif du 1er janvier au 30 avril 2020. (!)
 - Art. 2. Le Gouvernement poursuivra, d'ici le 30 avril 2020, ses contacts visant au report de l'entrée en vigueur du tarif " prosumer ". (!)
- **AGW du 7 mai 2020** exécutant de manière temporaire et exceptionnelle le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité, dans le cadre de la crise sanitaire
 - Indépendamment de l'entrée en vigueur du tarif prosumer, décidée par la CWaPE, au 1er janvier 2020, les gestionnaires de réseau de distribution prennent les mesures adéquates afin de ne pas facturer ce tarif avant le 1er octobre 2020 » (!)
- **Décret prosumer:** neutralise l'exercice de la compétence tarifaire (via une prime anti-tarif prosumer)
- **Arrêtés clients protégés conjoncturels:** déterminent comment la prime doit être qualifiée au sens de la méthodologie tarifaire
- **Décret de transposition CEP:** ajoute des instructions en matière de tarifs plutôt que de les abroger

Liedekerke

wolters
waelbroeck
kirkpatrick

Damien Verhoeven

Partner – head of Energy

d.verhoeven@liedekerke.com

T: +32 2 551 15 47

M: + 32 498 47 96 31

Bd de l'Empereur 3 – 1000 Bruxelles

Brussels • London - www.liedekerke.com