

Affaire fixée au
Chambre

REQUETE DE RECOURS

R.G. N° 26231 AR/1335
Perçu FB: 24 € ou exempt
Montant droit de rôle: 400 €
Art. 1066 C.J.: OUI - NON
le 23-10-2023
Le greffier

articles 50ter du décret du 12 avril 2001 et
article 37 du décret du 19 décembre 2002

Déposé au greffe de la
Cour d'appel de Bruxelles
le 23-10-2023
Le greffier

A Mesdames et Messieurs les
Président et Conseillers composant la
chambre 19A de la Cour d'appel de
Bruxelles (Cour des marchés)

POUR :

1. La société civile ayant emprunté la forme d'une société coopérative – association de communes **CNEO**, dont le siège social est établi à 6000 Charleroi, Boulevard Pierre Mayence 1, bte 1, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0201.645.281, ici représentée par Raphaël Durant, Secrétaire général, conformément à l'article 30 des statuts de CNEO,

ci-après « **CNEO** »,

2. La société civile ayant emprunté la forme d'une société coopérative **INTERCOMMUNALE PURE D'ÉLECTRICITÉ, DE GAZ ET DE TÉLÉCOMMUNICATION** (en abrégé, I.D.E.F.I.N.), dont le siège social est établi à 5000 Charleroi, Avenue Sergent Vrithoff 2, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0257.744.044, ici représentée par Sébastien Humblet, Président, et Renaud Deguelde, Directeur général, conformément à l'article 13 des statuts d'I.D.E.F.I.N.,

ci-après « **IDEFIN** »,

3. La société civile ayant pris la forme d'une société coopérative **SOFILUX**, dont le siège social est établi à 6800 Libramont-Chevigny, Avenue de Houffalize 58, bte B, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0257.857.969, ici représentée par Michel Mullens, Président, et Philippe Lefebvre, Vice-président, conformément à l'article 16 des statuts de SOFILUX,

ci-après « **SOFILUX** »,

4. La société civile ayant pris la forme d'une société coopérative **FINOST-FINEST**, dont le siège social est établi à 4700 Eupen, Rathausplatz 14, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0257.864.701, ici représentée par Fabrice Paulus, Président, et August Boffenrath, Vice-président, conformément aux articles 16 et 19 des statuts de FINEST,

ci-après « **FINEST** »,

5. La société civile ayant pris la forme d'une société coopérative **FINIMO**, dont le siège social est établi à 4800 Verviers, Place du Marché, 55, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0257.884.101, ici représentée par Alfred Breuwer, Président du Conseil d'administration, et André Samray, Vice-président, conformément à l'article 17 des statuts de FINIMO,

ci-après « **FINIMO** »,

6. La société civile ayant pris la forme d'une société coopérative **INTERCOMMUNALE PURE DE FINANCEMENT DU BRABANT WALLON** (en abrégé, I.P.F.B.W.), dont le siège social est établi à 1348 Louvain-la-Neuve, Avenue Jean Monnet, 2, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0206.041.757, ici représentée par Lionel ROUGET, Président, et Muriel FLAMAND, Vice-présidente, conformément à l'article 16 des statuts de I.P.F.B.W.,

ci-après « **IPFBW** »,

7. La société civile ayant pris la forme d'une société coopérative **INTERCOMMUNALE D'ÉTUDE ET DE GESTION** (en abrégé, I.E.G.), dont le siège social est établi à 7700 Mouscron, Rue de la solidarité, 80, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0229.068.864, ici représentée par Michel Franceus, Président du Conseil d'administration, et Guy Brutsaert, Directeur général, conformément à l'article 21 des statuts de I.E.G.,

ci-après « **IEG** »,

8. La société civile ayant pris la forme d'une société coopérative **INTERCOMMUNALE PURE DE FINANCEMENT POUR LES COMMUNES FRANCOPHONES DE GASELWEST** (en abrégé, I.F.I.G.A.), dont le siège social est établi à 7780 Comines-Warneton, Place Sainte-Anne (COM) 21, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0257.838.371, ici représentée par Vincent Bataille, Président, et Jean-Pierre Bourdeaud'huy, Vice-président, conformément à l'article 18 des statuts de I.F.I.G.A.,

ci-après « **IFIGA** »,

et

9. La société en nom collectif **INTERCOMMUNALES PURÉS DE FINANCEMENT WALLONNES** (en abrégé, I.P.F.W.), dont le siège social est établi à 5000 Namur, avenue Sergent Vrithoff 2, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0600.965.478, ici représentée par Raphaël Durant, secrétaire général, conformément à l'article 32 des statuts d'I.P.F.W.,

ci-après « **IPFW** »,

ci-après, ensemble, les « **Requérantes** »,

Parties requérantes,

Assistées et représentées par Mes Xavier Taton et Sacha Vanderveken, avocats, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, rue Brederode 13, où il est fait élection de domicile,

xavier.taton@linklaters.com et sacha.vanderveken@linklaters.com,

CONTRE : **La Commission wallonne pour l'Energie, CWaPE**, organisme autonome ayant la personnalité juridique organisé par le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, dont le siège est établi à 5001 Namur (Belgrade), route de Louvain-la-Neuve 4, bte 12,
ci-après la « **CWaPE** » ou le « **Régulateur** »,

Décisions Attaquées

- 1) La décision CD-23e31-CWaPE-0773 du 31 mai 2023 relative à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et de gaz actifs en Région wallonne pour la période régulatoire 2025-2029 (la « **Décision Attaquée du 31 mai 2023** ») ; et
- 2) La décision CD-23i21-CWaPE-0801, adoptée par le Comité de direction de la CWaPE en date du 21 septembre 2023, rejetant la plainte en réexamen de la Décision Attaquée du 31 mai 2023, notifiée aux Requérantes par un courrier recommandé du 25 septembre 2023 (la « **Décision Attaquée du 21 septembre 2023** », ensemble avec la Décision Attaquée du 31 mai 2023, les « **Décisions Attaquées** »).

Juridiction de recours

La chambre 19A de la Cour d'appel de Bruxelles (Cour des marchés).

Code de nature de l'affaire : I.1.o Compétences exclusives Bruxelles/Cour des marchés

Lieu de comparution

A ladite Cour d'appel, siégeant au lieu habituel de ses audiences, au Palais de justice, 1000 Bruxelles, place Poelaert 1, salle 1.32.

Date et heure de comparution

Le _____ 2023 à ____ heures.

Numéro de rôle général

R.G. 2023 | AR | 1335

*

*

*

Vu la Décision Attaquée du 31 mai 2023 ;

Vu la plainte en réexamen de la Décision Attaquée du 31 mai 2023 déposée par les Requérantes le 30 juin 2023 auprès de la CWaPE ;

Vu la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 ;

Par le présent recours, les Requérantes sollicitent d'entendre Votre Cour annuler la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 dans son intégralité, et les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023, en ce qu'ils (i) fixent un taux de rendement autorisé manifestement insuffisant, (ii) omettent d'insérer un mécanisme de révision *ex post* du coût de la dette et (iii) introduisent une suppression progressive sur 10 ans de la marge bénéficiaire équitable relative à la plus-value de réévaluation.

Table des matières

I.	DÉCISIONS ATTAQUÉES ET OBJET DU RECOURS	8
II.	RÉSUMÉ DES ANTÉCÉDENTS	10
III.	LA DÉCISION ATTAQUÉE DU 21 SEPTEMBRE 2023 DOIT ÊTRE ANNULÉE DANS SON INTÉGRALITÉ.....	15
	§1. Premier moyen (d'annulation totale de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023) : les Requérantes disposent de la qualité de partie lésée.....	15
A.	Principes applicables	15
B.	En l'espèce	19
	(i) En ce qui concerne les huit premières Requérantes	19
	(ii) En ce qui concerne la neuvième Requérante.....	24
C.	Le recours est également recevable <i>ratione temporis</i>	25
IV.	LES ARTICLES 17 À 34 DE LA DÉCISION ATTAQUÉE DU 31 MAI 2023 DOIVENT ÊTRE ANNULÉS	26
	§2. Deuxième moyen (d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) : la CWaPE a violé l'article 4, §1 ^{er} et §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire dans sa définition de la méthode de rémunération des capitaux investis et des paramètres utilisés pour le calcul du CMPC	26
A.	Sur la fixation du pourcentage de rendement autorisé applicable à la RAB hors plus-value de réévaluation.....	27
	(i) Sur le coût des fonds propres.....	28
	(ii) Sur le coût de la dette	37
B.	Sur la fixation du pourcentage de rendement autorisé applicable à la plus-value de réévaluation.....	40
	§3. Troisième moyen (d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) : la distinction introduite entre la MBE relative à la RAB hors plus-value de réévaluation et la MBE relative à la plus-value de réévaluation viole l'article 4, §1 ^{er} , et §2, 8°, du Décret Tarifaire, ainsi que les principes de régulation stable et prévisible, de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination	43
A.	Les Décisions sont contraires à l'article 4, §1 ^{er} et §2, 8° du Décret Tarifaire, ainsi qu'au principe de régulation stable et prévisible.....	43

B. Les Décisions violent les principes de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination 47

§4. Quatrième moyen (d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) : la CWaPE viole son obligation de motivation 49

I. DÉCISIONS ATTAQUÉES ET OBJET DU RECOURS

1. Les huit premières Requérantes sont des intercommunales actionnaires du gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et de gaz ORES Assets (le « **GRD** » ou « **ORES** »). Elles se sont associées au sein de la neuvième Requérante en vue de défendre une position commune dans les dossiers où, comme celui-ci, leurs intérêts convergent.

2. Les Décisions Attaquées ont été prises par la CWaPE dans le cadre de l'exercice de sa compétence tarifaire, et en particulier, de ses pouvoirs d'établir, en concertation avec les GRD, la méthodologie tarifaire applicable aux GRD d'électricité et de gaz naturel actifs en Région Wallonne conformément à l'article 43, §2 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (le « **Décret Electricité** »), à l'article 36, §2, du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (le « **Décret Gaz** ») et à l'article 2, §2 du décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité (le « **Décret Tarifaire** »).

Par la Décision Attaquée du 31 mai 2023, la CWaPE a adopté la méthodologie tarifaire applicable aux GRD d'électricité et de gaz naturel actifs en Région wallonne pour la période régulatoire 2025-2029 (la « **Méthodologie Tarifaire 2025-2029** », pièce 1).

3. La Décision Attaquée du 31 mai 2023 indique que la marge bénéficiaire équitable (« **MBE** ») constitue l'indemnisation du capital investi dans la base d'actifs régulés (« **RAB** ») du GRD¹. La modification du calcul de la MBE par la CWaPE d'une période régulatoire à l'autre impacte donc directement la rémunération des capitaux investis (« **REMCI** ») par les Requérantes.

Dans la Décision Attaquée du 31 mai 2023, la CWaPE a modifié deux éléments majeurs de la méthodologie tarifaire, entraînant une baisse significative de la REMCI (globale) pour les Requérantes pour la période 2025-2029. D'une part, la CWaPE a modifié les paramètres du coût moyen pondéré du capital (« **CMPC** »), faisant ainsi baisser le pourcentage de rendement autorisé pour la période 2025-2029, sans mécanisme de révision ex post du coût de la dette. D'autre part, la CWaPE a introduit une distinction entre la rémunération de la RAB hors plus-value de réévaluation et la rémunération de la plus-value de réévaluation. Elle a ainsi décidé que le pourcentage de rendement autorisé applicable à la plus-value de réévaluation serait réduit d'un dixième par an sur la période régulatoire 2025-2029, pour atteindre 0 à l'horizon 2035. Ces modifications font l'objet du présent recours.

4. Le 30 juin 2023, les Requérantes ont déposé une plainte en réexamen à l'encontre de ces modifications de la Décision Attaquée du 31 mai 2023 auprès de la CWaPE (ci-après, la « **Plainte en réexamen** », pièce 3), sur la base de l'article 50bis du Décret Électricité et de l'article 41.12 de la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (la « **Directive Gaz** »).

¹ Article 17 de la méthodologie tarifaire 2025-2029.

5. Le 7 juillet 2023, la CWaPE a adressé une demande d'informations complémentaires demandant aux Requérantes, entre autres, de justifier, par des éléments chiffrés, pour chacune des Requérantes individuellement, la mesure dans laquelle celles-ci étaient lésées par la Décision Attaquée du 31 mai 2023 (pièce 4). Dans ce courrier, la CWaPE a annoncé qu'elle entendait publier la Plainte en réexamen sur son site internet afin de laisser à toute partie intéressée une période utile d'un mois pour exprimer son point de vue sur les points faisant l'objet de la Plainte en réexamen.

Le 31 juillet 2023, le conseil des Requérantes a fourni les informations chiffrées requises ainsi que les autres documents demandés par la CWaPE (pièce 5). Le 10 août 2023, le conseil des Requérantes a demandé à la CWaPE de confirmer que le dossier était complet et de lui indiquer la date à laquelle la Plainte en réexamen serait publiée sur son site internet (pièce 6).

Le 17 août 2023, la CWaPE a confirmé que le dossier était complet et a indiqué qu'elle n'estimait finalement plus nécessaire de publier la Plainte en réexamen et de laisser aux autres parties intéressées l'opportunité d'exprimer leur point de vue sur celle-ci (pièce 7).

Le 12 septembre 2023, les GRD ont adressé d'initiative un courrier commun à la CWaPE, indiquant soutenir les arguments avancés dans la Plainte en réexamen et demandant à la CWaPE de suivre la procédure annoncée le 7 juillet 2023 (pièce 8). Le 15 septembre 2023, la CWaPE a rejeté la demande des GRD et indiqué qu'une décision sur la Plainte en réexamen serait prise et communiquée pour le 30 septembre 2023 au plus tard (pièce 9).

Le 21 septembre 2023, le Comité de direction de la CWaPE a adopté une décision de rejet de la Plainte en réexamen, pour motif d'irrecevabilité, considérant que les Requérantes n'auraient pas la qualité de partie lésée requise pour introduire une plainte en réexamen sur la base des articles 50bis du Décret Électricité et 41.12 de la Directive Gaz (pièce 10). Cette décision de rejet a été notifiée aux Requérantes par un courrier recommandé du 25 septembre 2023.

6. Par le présent recours, les Requérantes sollicitent l'annulation totale de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 et l'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023, spécifiquement ses articles 17 à 34 relatifs à la marge bénéficiaire équitable.

Comme il est exposé ci-dessous, l'annulation des Décisions Attaquées se justifie pour quatre causes d'illégalité :

- (i) les Requérantes disposent bien de la qualité de partie lésée pour introduire la Plainte en réexamen ainsi que le présent recours (premier moyen d'annulation totale de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023) ;
- (ii) la CWaPE n'a pas respecté les lignes directrices édictées par le Décret Tarifaire dans les choix qu'elle a posés pour déterminer la méthode de rémunération des capitaux investis et définir les paramètres du CMPC, desquels découle le taux de rendement autorisé (deuxième moyen d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) ;
- (iii) la CWaPE n'a pas non plus respecté les lignes directrices imposées par le Décret Tarifaire en ce qu'elle a introduit une distinction entre la MBE relative à

- la RAB hors plus-value de réévaluation et la MBE relative à la plus-value de réévaluation, violant par ailleurs également les principes de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination (troisième moyen d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) ; et
- (iv) la CWaPE ne respecte pas non plus les exigences inhérentes à l'obligation de motivation qui s'impose à la CWaPE en tant qu'autorité administrative (quatrième moyen d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023).

II. RÉSUMÉ DES ANTÉCÉDENTS

7. La Méthodologie Tarifaire 2025-2029 succède à la méthodologie tarifaire 2024 qui a été adoptée le 14 avril 2023 par la CWaPE à titre de transition après la méthodologie 2019-2023, en raison des difficultés rencontrées et des critiques émises par les GRD au regard du premier projet de méthodologie tarifaire initialement prévu pour la période 2024-2028².

8. Le 1^{er} juin 2023, la CWaPE a publié la Décision Attaquée du 31 mai 2023 contenant la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 (pièce 1). Les Requérantes ont introduit la Plainte en réexamen à l'encontre de cette décision auprès de la CWaPE le 30 juin 2023, en raison des modifications illégales que la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 impose en ce qui concerne la marge bénéficiaire équitable (« **MBE** »).

9. Comme le reconnaît la CWaPE elle-même dans son introduction de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 :

« Contrairement à cette méthodologie 2024, la présente méthodologie 2025-2029 opère des changements très importants. »³

10. Parmi ces modifications significatives, on retrouve les changements en rapport avec le calcul de la MBE, qui font l'objet du présent recours. Ces changements se trouvent dans la Section 4 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 relative à la marge bénéficiaire équitable (pièce 1, pages 23-30).

En effet, la CWaPE a décidé de procéder à une diminution du pourcentage de rendement autorisé pour le calcul de la MBE et, concomitamment, de diminuer progressivement le pourcentage de rendement applicable à la plus-value de réévaluation sur la période régulatoire 2025-2029, avec une suppression totale au bout de 10 ans.

² La méthodologie tarifaire 2024-2028 devait initialement être adoptée pour le 1^{er} novembre 2022 mais le 30 octobre 2022, la CWaPE a reporté au 1^{er} juin 2023 l'adoption de la méthodologie tarifaire 2024-2028 et reporté l'application de cette méthodologie tarifaire à la période régulatoire 2025-2029. L'année 2024 constitue dès lors une année « de transition » entre deux périodes régulatoires (2019-2023 et 2025-2029) et fait l'objet d'une méthodologie tarifaire spécifique, publiée le 14 avril 2023, qui s'inscrit très largement dans la continuité de la méthodologie tarifaire 2019-2023.

³ Décision Attaquée du 31 mai 2023, pièce 1, p. 5.

11. Plus précisément, elle a maintenu le principe d'un pourcentage de rendement autorisé fixé *ex ante* et non revu *ex post*, et elle a changé les valeurs des paramètres utilisés pour le calcul du CMPC. L'ensemble de ces modifications mène ainsi à une baisse du taux de rendement autorisé, désormais fixé à 4,027% (article 31, §4, de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029), ce qui est insuffisant pour faire face aux défis actuels en matière de transition énergétique.

12. La deuxième modification concerne le fait que le pourcentage de rendement autorisé diffère selon qu'il est appliqué à la RAB hors plus-value de réévaluation ou à la plus-value de réévaluation. La formule est désormais fixée comme suit par la CWaPE (article 18 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029) :

$$\text{MBE réelle}_N = (\text{RAB réelle hors plus-value de réévaluation}_N \times \text{pourcentage de rendement autorisé}) + (\text{plus-value de réévaluation réelle}_N \times \text{pourcentage de rendement autorisé}_N)$$

13. Pour la complète information de Votre Cour, les Requérantes rappellent brièvement l'historique de la plus-value de réévaluation.

14. Jusque fin 2002, les immobilisations corporelles étaient valorisées à l'actif du bilan des GRD sur la base de la valeur comptable (soit la valeur d'acquisition diminuée du fonds d'amortissement) réévaluée en conformité avec une dérogation obtenue du Ministère des Affaires Economiques.

15. Lors de la libéralisation du marché de l'énergie, un cadre régulatoire a été élaboré pour le transport et la distribution de l'électricité et du gaz. Ce cadre régulatoire devait permettre, grâce à la valeur de la RAB, que les investissements à long terme soient financés par les consommateurs actuels et futurs sur la durée de vie économique de l'investissement. La valorisation de la RAB a été déterminée sur la base d'un « coût de reconstruction amorti ». Les GRD mixtes d'électricité et de gaz disposant d'un inventaire technique permettant de justifier la valeur des immobilisations corporelles ont pu établir la valeur initiale des capitaux investis au 31 décembre 2001 (pour l'électricité) ou 31 décembre 2002 (pour le gaz naturel) sur la base de la valeur économique de cet inventaire. Les valeurs initiales ont été formellement approuvées par le régulateur compétent de l'époque (la CREG).

La différence initiale positive entre la valeur nette comptable des réseaux arrêtés au 31 décembre 2001 (pour l'électricité) ou 31 décembre 2002 (pour le gaz naturel) et la valeur de reconstruction économique nette des réseaux a constitué la plus-value de réévaluation iRAB (« plus-value iRAB »). Vu la nature spécifique de cet élément, la plus-value a été comptabilisée au niveau d'une rubrique séparée des immobilisations corporelles dès 2003 en remplacement de la plus-value historique. La plus-value de réévaluation subsistant dans les comptes d'ORES ne concerne donc que la plus-value iRAB. ORES avait décidé de ne pas l'amortir avant son approbation formelle par le régulateur compétent de l'époque, la CREG.

16. En novembre 2007, les accords entre les GRD et la CREG ont débouché sur une transaction et la publication des arrêtés royaux du 2 septembre 2008⁴ décrivant les règles de fixation des tarifs de distribution dont les principes ont été repris dans la méthodologie tarifaire de la CWaPE pour la Région wallonne, qui est le régulateur compétent depuis le 1^{er} juillet 2014.

Il y est ainsi indiqué que les coûts à couvrir par les tarifs de distribution comprennent notamment la partie de la plus-value relative aux équipements mis hors service dans le courant de l'année concernée, pour autant que les montants correspondant à cette partie de la plus-value soient portés sur une réserve au passif du GRD. Le montant correspondant à la quote-part de plus-value afférente aux désaffectations a été fixé forfaitairement à 2% par an (article 2, §1^{er}, 7° des arrêtés royaux du 2 septembre 2008).

Ces dispositions ont été justifiées économiquement dans les rapports au Roi précédant les arrêtés royaux⁵ et sont entrées en vigueur à partir de l'exercice tarifaire 2008. Leurs principes sont toujours d'application aujourd'hui (article 28 de la Méthodologie Tarifaire 2019-2023 et articles 27 et 28 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029).

Depuis les arrêtés royaux du 2 septembre 2008 jusqu'à la méthodologie tarifaire 2024, la plus-value iRAB relative aux immobilisations corporelles en service est amortie à un taux de 2% par an ; et la partie non amortie est incluse dans la RAB à laquelle est appliqué le taux de rendement autorisé pour calculer la MBE.

17. Rompant avec ce régime prévoyant un amortissement sur 50 ans, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 de la CWaPE décide de diminuer le pourcentage de rendement autorisé pour le calcul de la MBE et de diminuer progressivement le pourcentage de rendement sur l'iRAB sur la période régulatoire 2025-2029, avec une exclusion intégrale de l'iRAB au bout de 10 ans. Plus précisément, la CWaPE modifie :

- les paramètres de la méthode du coût moyen pondéré du capital (CMPC), menant à la fixation du taux de rendement autorisé à 4,027% ; et
- la réduction progressive sur la période régulatoire 2025-2029 du taux de rendement sur l'iRAB (durée du *phasing out*⁶ de la plus-value iRAB sur 10 ans). En 2025, le pourcentage de rendement autorisé de la plus-value iRAB sera identique à celui applicable à la RAB hors plus-value de réévaluation (4,027%). Il correspondra ensuite à 9/10 du pourcentage applicable à la RAB hors plus-value de réévaluation en 2026, 8/10 en 2027, 7/10 en 2028 et 6/10 en 2029. À partir de 2035, plus aucune rémunération ne sera perçue par les GRD sur la plus-value iRAB.

⁴ Arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité, *M.B.* 12 septembre 2008, p. 47502 ; Arrêté royal du 2 septembre 2008 relatif aux règles en matière de fixation et de contrôle du revenu total et de la marge bénéficiaire équitable, de la structure tarifaire générale, du solde entre les coûts et les recettes et des principes de base et procédures en matière de proposition et d'approbation des tarifs, du rapport et de la maîtrise des coûts par les gestionnaires des réseaux de distribution de gaz naturel, *M.B.* 12 septembre 2008, p. 47529.

⁵ *M.B.*, 12 septembre 2008, pp. 47504, 47505, 47531, 47532.

⁶ Ou « suppression progressive ».

18. Par le présent recours, les Requérantes demandent à Votre Cour d'annuler la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 dans son intégralité, et la Décision Attaquée du 31 mai 2023 en ce qui concerne ses articles 17 à 34 relatifs à la marge bénéficiaire équitable.

19. D'une part, la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, en ce qu'elle rejette la Plainte en réexamen pour motif d'irrecevabilité, viole la notion de partie lésée telle qu'interprétée dans la jurisprudence de Votre Cour et de la Cour constitutionnelle.

20. D'autre part, la Décision Attaquée du 31 mai 2023 ne respecte pas, à de nombreux égards, le Décret Tarifaire, plusieurs principes généraux du droit relatifs à la régulation tarifaire tels que l'obligation de motivation, les principes de sécurité juridique, de confiance légitime et d'égalité et de non-discrimination, ainsi que les règles qui doivent régir la méthode de calcul de la MBE.

21. En effet, comme il sera développé dans le deuxième moyen d'annulation ci-dessous, la diminution du taux de rendement autorisé à 4,027%, fixé *ex ante* et non revu *ex post*, a pour effet, en violation de l'article 4, §1^{er} et §2, 8^o et 12^o, du Décret Tarifaire, d'empêcher les GRD de réaliser les investissements nécessaires à l'exercice de leurs missions, d'empêcher les GRD d'accéder aux différentes sources de financement, de ne pas assurer un taux de rendement stable et suffisant aux associés des GRD leur permettant de faire face à leurs obligations sur le long terme, et de ne pas répondre aux attentes du marché.

22. En outre, comme il sera développé dans le troisième moyen ci-dessous, la suppression progressive de la rémunération de la plus-value de réévaluation (dont le taux est également fixé *ex ante* et non revu *ex post*) viole également le Décret Tarifaire, ainsi que les principes de stabilité et prévisibilité régulatoire, de sécurité juridique, de confiance légitime et d'égalité et non-discrimination.

La CWaPE motive ce changement en se fondant sur la prémissse erronée que « *la réévaluation à l'origine des plus-values iRAB et indexation historique constituant une opération purement comptable, elle n'a nécessité, dans les faits, aucun investissement de capitaux pour les financer, contrairement aux actifs régulés* ».

Or, comme il sera plus amplement développé plus bas, la plus-value de réévaluation constitue une part importante de la valorisation des parts dans ORES et sa rémunération contribue significativement au taux de rendement stable et suffisant dont les Requérantes doivent pouvoir bénéficier en vertu de l'article 4, §2, 8^o du Décret Tarifaire.

23. La Décision Attaquée du 31 mai 2023 affecte donc significativement la capacité des GRD d'accéder aux différentes sources de financement de ses activités, ne maintient pas la cohérence avec les décisions prises au cours des périodes régulatoires antérieures en matière de valeur des actifs régulés, et affecte significativement la capacité des GRD de se faire évaluer sur les marchés financiers avec une sécurité raisonnable, en violation de l'article 4, §1^{er} et §2, 8^o du Décret Tarifaire. Cette décision méconnait également les principes de stabilité et de prévisibilité régulatoire, de confiance légitime et de sécurité juridique en ce que la CWaPE procède à une rupture totale avec ses méthodologies

tarifaires précédentes et par ce fait, brise les attentes légitimes que les investisseurs (dont les Requérantes) avaient placées en investissant dans les GRD.

24. Enfin, la CWaPE est tenue par une obligation de motivation formelle et matérielle de ses décisions. Cette obligation impose à la CWaPE de justifier les choix sous-jacents de la méthodologie tarifaire et les raisons de la non-prise en compte des remarques émises par les GRD⁷.

Or, la CWaPE n'a pas tenu compte d'un certain nombre de remarques faites par les GRD dans leurs avis formels du 31 août 2022 et dans la Plainte en réexamen du 30 juin 2023 déposée par les Requérantes. Les réponses lacunaires – quand elles existent – apportées par la CWaPE aux critiques formulées par les GRD lors de la procédure de concertation et dans la Plainte en réexamen ne sont pas satisfaisantes.

Par conséquent, la CWaPE viole donc également son obligation de motivation.

25. C'est pour ces raisons et pour les moyens d'illégalité qui sont exposés dans le présent recours, que les Requérantes sollicitent l'annulation des Décisions Attaquées.

⁷ Doc. Parl. , Parl. w., 2015-2016, n° 576/1, p. 8.

III. LA DÉCISION ATTAQUÉE DU 21 SEPTEMBRE 2023 DOIT ÊTRE ANNULÉE DANS SON INTÉGRALITÉ

§1. Premier moyen (d'annulation totale de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023) : les Requérantes disposent de la qualité de partie lésée

26. Le premier moyen est pris de la violation, par la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, des articles 50bis, al. 1^{er}, et 50ter, §2, du Décret Électricité, et de l'article 41.12 de la Directive Gaz, en ce qu'elle méconnaît la notion de « *partie lésée* » en rejetant la Plainte en réexamen déposée par les Requérantes pour motif d'irrecevabilité.

Les huit premières Requérantes disposent d'un intérêt propre, légalement prévu par l'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire, à demander l'annulation des articles 17 à 34 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, dans la mesure où ils ne prévoient pas une rémunération équitable des capitaux investis leur assurant un taux de rendement stable et suffisant. Elles sont en outre concrètement lésées par ces dispositions, qui leur causent une perte économique considérable.

La neuvième Requérante dispose quant à elle d'un intérêt propre en raison de la poursuite de son objet social.

A. Principes applicables

27. Les Requérantes sollicitent l'annulation totale de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, qui a rejeté la Plainte en réexamen pour motif d'irrecevabilité (pièce 10). La CWaPE a en effet considéré que les Requérantes, en tant qu'actionnaires d'ORES, (i) ne seraient pas les destinataires de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 car elles n'ont pas la qualité de GRD, (ii) elles ne disposeraient pas d'un intérêt individuel distinct d'ORES, et (iii) qu'en tout état de cause, les Requérantes n'auraient pas de dommage concret puisqu'ORES pourrait décider de distribuer plus de dividendes que la répartition actuellement appliquée (70% de dividendes distribués contre 30% de réserves), les estimations chiffrées de la CWaPE indiquant selon elle que la marge financière dont disposera ORES à cet égard couvrira la perte de rémunération imposée par la Méthodologie Tarifaire 2025-2029.

28. Aucun de ces motifs n'est valable.

29. Tout d'abord, si la Méthodologie Tarifaire s'adresse certes en premier lieu aux GRD, ils ne sont évidemment pas les seuls destinataires de la Méthodologie Tarifaire.

D'une part, les URD sont également directement concernés puisqu'ils sont les destinataires des tarifs qui leur seront appliqués sur la base de cette Méthodologie Tarifaire pour la période régulatoire 2025-2029. D'autre part, en vertu de l'article 2, §2, du Décret Tarifaire, la CWaPE a l'obligation de procéder – en plus de la procédure de concertation avec les GRD – à une consultation publique avant de pouvoir adopter la méthodologie tarifaire, ce qui démontre bien que les GRD ne sont pas les seuls concernés par celle-ci.

Dans le cadre de la consultation publique organisée pour la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, la CWaPE a d'ailleurs

« reçu de nombreuses réactions de la part d'acteurs tels que la FEBEG, EDORA, FEBELIEC, BEPROSUMER, le RWADE, CANOPEA, ELIA, Énergie commune, l'UWE, l'Union des Villes et Communes de Wallonie, le Ministre wallon de l'Énergie ou encore quelques citoyens »⁸.

Ceci démontre que les GRD ne sont pas les seuls destinataires de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029.

30. Ceci étant dit, quand bien même la sémantique propre au droit administratif mènerait à considérer que seuls les GRD seraient les destinataires directs de la méthodologie tarifaire (*quod non*), ils ne sont évidemment pas les seuls à pouvoir être lésés par la méthodologie tarifaire.

31. À cet égard, l'article 50bis du Décret Électricité prévoit qu'une plainte en réexamen peut être introduite à l'encontre d'une décision de la CWaPE par « **toute partie lésée** », ce qui englobe plusieurs catégories de parties plaignantes potentielles autres que les seuls GRD. L'article 41.12 de la Directive Gaz prévoit le même critère pour le secteur du gaz naturel.

La CWaPE reconnaît d'ailleurs elle-même, dans la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, qu'il « *est également admis qu'ont la qualité pour introduire un recours administratif organisé les parties disposant d'un intérêt direct dans l'exploitation ou la mise en œuvre de la mesure administrative. Tel est le cas d'une entreprise concurrente du destinataire de la mesure administrative si celle-ci est susceptible d'avoir une incidence sur la position de cette entreprise sur le marché* »⁹.

32. Dans le même sens, l'article 50ter, §2, du Décret Électricité ouvre quant à lui le droit au recours en annulation devant Votre Cour contre les décisions de la CWaPE à « **toute personne ayant un intérêt pour agir** ». Là encore, les GRD ne sont pas les seuls requérants autorisés à agir en annulation contre une décision de la CWaPE.

33. Ainsi, premièrement, comme indiqué par la CWaPE elle-même, Votre Cour a considéré, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation¹⁰, qu'un requérant était recevable à agir en annulation d'une décision d'une autorité de régulation (en l'espèce, l'IBPT) attribuant des droits d'utilisation

⁸ Pièce 1, p. 5. Ces réactions sont disponibles sur le site internet de la CWaPE : <https://www.cwape.be/node/197#travaux-prparatoires>.

⁹ Pièce 10, §38.

¹⁰ La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur les notions « d'utilisateur ou d'entreprise affectée » ou de « partie concernée » précise qu'elles peuvent viser non seulement une entreprise destinataire d'une décision mais également les utilisateurs et entreprises concurrents de celle-ci qui ne sont pas eux-mêmes destinataires de la décision mais qui sont défavorablement affectés dans leurs droits par celle-ci (C.J.C.E., 21 février 2008, aff. C-426/05, Tele2 Telecommunication GmbH contre Telekom-Control-Kommission, Rec., 2008, I, p. 685, §§ 16 à 48 ; C.J.U.E., 22 janvier 2015, aff. C-282/13, T-Mobile Austria GmbH contre Telekom-Control-Kommission, ECLI:EU:C:2015:24, §§ 28 à 48 ; C.J.C.E. 21 février 2008, C-426/05 ; Cass., 23 avril 2009, R.G. n° C.06.0296.F., p.18).

à son concurrent, alors même qu'il n'avait pas posé sa candidature pour l'attribution des droits concernés¹¹.

Dans cet arrêt, Votre Cour a conclu à la recevabilité de la demande du requérant, qui était un concurrent de l'entreprise attributaire, en considérant que ce dernier pouvait critiquer une décision d'attribution qu'il jugeait illégale, car cette décision était susceptible d'offrir un avantage concurrentiel illicite à l'attributaire et donc de lui causer un inconvénient direct en sa qualité de concurrent.

34. Ensuite, Votre Cour a explicitement reconnu que des URD pouvaient être directement affectés par la décision d'une autorité de régulation (en l'espèce, la VREG) déterminant la méthodologie tarifaire pour la distribution d'électricité et de gaz naturel pour la période régulatoire 2017-2020¹², et qu'ils présentaient dès lors l'intérêt et la qualité requis pour introduire un recours en annulation¹³.

35. Dans ce même arrêt du 22 novembre 2017, Votre Cour a considéré qu'une ASBL (en l'espèce, ZONSTRAAL) disposait tout autant de l'intérêt requis parce qu'elle agissait pour défendre son objet social¹⁴.

36. Dans un précédent arrêt du 6 février 2013, Votre Cour avait déjà considéré qu'une ASBL (en l'espèce, Test Achat) et des producteurs d'électricité qui n'étaient pas directement destinataires de la décision à l'encontre de laquelle un recours était introduit, présentaient un intérêt suffisant¹⁵.

37. Dans un autre arrêt du 28 avril 2016, Votre Cour a également reconnu qu'un fournisseur d'énergie (en l'espèce, Lampiris) et un gestionnaire de réseau de transport d'électricité (en l'espèce, Elia), présentaient un intérêt direct dans une procédure demandant l'annulation de décisions de BRUGEL portant sur les tarifs de distribution d'électricité et de gaz pour la période régulatoire 2015-2019 en Région de Bruxelles-Capitale, dès lors qu'elles reposent sur des méthodologies tarifaires qui seraient illégales, quand bien même ces décisions de méthodologie n'ont elles-mêmes pas fait l'objet de recours¹⁶.

Votre Cour a ainsi indiqué, au point 27 :

« [...] Au stade de l'examen de l'intérêt de Lampiris aux recours en annulation, il suffit de constater que l'annulation éventuelle lui procurera un effet utile » (nous soulignons).

Au point 30 de la décision, Votre Cour ajoute, en ce qui concerne Elia, partie intervenante :

¹¹ Bruxelles (Cour des marchés), 14 mars 2018, R.G. n° 2017/AR/1273, §§ 23 à 30.

¹² Et plus particulièrement la partie de cette méthodologie tarifaire prévoyant une contribution aux coûts de réseau par les URD disposant d'une petite installation de production décentralisée et d'un compteur inversé.

¹³ Bruxelles (Cour des marchés), 22 novembre 2017, A.R. 2016/AR/1602, §§9-10.

¹⁴ Bruxelles (Cour des marchés), 22 novembre 2017, A.R. 2016/AR/1602, §8.4.

¹⁵ Bruxelles (Cour des marchés), 6 février 2013, R.D.C. 2014/3, §36.

¹⁶ Bruxelles (Cour des marchés), 28 avril 2016, R.G. 2015/AR/104, 2015/AR/106.

« Elia est le gestionnaire du réseau de transport d'électricité. Elle soutient qu'elle a intérêt à intervenir au soutien des conclusions de Brugel car « si par impossible Lampiris venait à obtenir (une) compensation (dans les situations d'impayés) du distributeur concerné, celui-ci ne manquera pas de remettre à son tour en cause la cascade en ce qu'elle comporte le paiement à Elia de ses tarifs de transport, par le distributeur concerné ». Elia justifie d'un intérêt au maintien de la décision attaquée dans la cause 2015/AR/104, une décision d'annulation étant susceptible, compte tenu du principe de la facturation en cascade, de porter atteinte à ses intérêts. L'intervention volontaire à titre conservatoire est recevable. »

38. Dans la présente affaire, les huit premières Requérantes sont des intercommunales pures de financement agissant en leur qualité d'actionnaires d'ORES. Elles se sont regroupées au sein de la neuvième Requérante en vue de défendre une position commune dans les dossiers où, comme celui-ci, leurs intérêts convergent.

Comme exposé tout au long du présent recours, la Décision Attaquée du 31 mai 2023, ainsi que la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, les lèsent directement dans leurs droits, de sorte que leur annulation est susceptible de leur procurer un effet utile.

39. Dans sa Décision Attaquée du 21 septembre 2023, la CWaPE prétend qu'en tant qu'actionnaires, les Requérantes ne présenteraient pas un intérêt *individuel* au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette jurisprudence citée par la CWaPE à l'appui de sa thèse¹⁷ n'est pas pertinente pour le cas d'espèce.

En effet, l'arrêt de la Cour de cassation cité du 23 février 2012 concerne une question de responsabilité civile, ce qui n'a rien à voir avec le cas d'espèce concernant l'impact d'une décision tarifaire de la CWaPE.

En l'occurrence, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 relève d'une matière spécifique, soumise au cadre régulatoire applicable en matière d'énergie, et qui, en Région wallonne, est en particulier régie par le Décret Électricité, le Décret Gaz et le Décret Tarifaire. Comme développé ci-dessus, les articles 50bis et 50ter du Décret Électricité ouvrent le droit aux recours contre les décisions de la CWaPE à toute partie intéressée, cette notion étant interprétée de manière beaucoup plus large, tel que confirmé par la jurisprudence exposée.

40. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle conforte d'ailleurs ce qui précède en reconnaissant un intérêt propre aux actionnaires d'une société dans le cadre d'un recours en annulation.

Ainsi, à titre d'exemples, la Cour constitutionnelle a indiqué ce qui suit :

« Les parties requérantes font valoir qu'en tant qu'actionnaires, elles sont affectées directement et défavorablement par la loi du 3 avril 2009 modifiant les dispositions financières de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique (ci-après : loi du 3 avril 2009).

¹⁷ Pièce 10, §54.

[...] Ainsi, les parties requérantes justifient de l'intérêt requis pour agir contre la loi du 3 avril 2009 à laquelle elles reprochent d'empêter sur leurs droits d'actionnaires. »¹⁸ ; et

« La seconde partie requérante [...] déclare agir en sa qualité d'actionnaire de la s.a. [...], première partie requérante dans cette affaire.

[...] Les dispositions entreprises sont susceptibles d'affecter directement et défavorablement la situation des associations de crédit agréées et de leurs associés ou actionnaires. En invoquant sa qualité d'actionnaire d'une association de crédit agréée, le requérant [...] justifie de l'intérêt légalement requis à l'annulation des dispositions litigieuses »¹⁹.

41. Cela confirme que, contrairement à ce qu'indique la CWaPE dans la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, les actionnaires d'un GRD peuvent bien être directement lésés par une décision d'une autorité de régulation et, partant, présenter l'intérêt et la qualité requis pour introduire un recours en annulation.

B. En l'espèce

(i) En ce qui concerne les huit premières Requérantes

42. Les huit premières Requérantes sont actionnaires d'ORES et détiennent, ensemble, 96,91% des parts d'ORES Assets (les 3,09% restants étant détenus par des communes).

(a) Les huit premières Requérantes disposent d'un intérêt légalement défini pour demander l'annulation de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029

43. L'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire prévoit explicitement que la méthodologie tarifaire doit prévoir :

« [une] rémunération équitable du capital investi [qui] assure aux associés ayant investi dans le réseau de distribution un taux de rendement stable et suffisant afin que le gestionnaire du réseau de distribution puisse faire face à ses obligations sur le long terme » (nous soulignons).

Les actionnaires des GRD ont donc un intérêt légal, prévu directement par le Décret Tarifaire, à attaquer la Méthodologie Tarifaire dans la mesure où celle-ci ne leur garantirait pas une REMCI avec le taux de rendement stable et suffisant imposé par le Décret Tarifaire.

¹⁸ C.C., arrêt n° 74/2010 du 23 juin 2010, pp. 13-14, B.1.2. et B.1.4.

¹⁹ C.C., arrêt n° 71/95 du 9 novembre 1995, pp. 27-28, B.2.2. et B.2.3.

Or, comme il sera plus amplement démontré dans les deuxième et troisième moyens ci-dessous (voyez les §§62 et s.), la CWaPE a, par sa Méthodologie Tarifaire 2025-2029, brutalement diminué la REMCI et, par conséquent, violé le prescrit de l'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire.

44. Un point important à rappeler à ce stade est que les actionnaires d'ORES (et des GRD de manière générale) ne sont pas des investisseurs « classiques », cherchant le profit à n'importe quel prix. Ce sont des communes (et provinces) – ici regroupées en intercommunales pures de financement – qui investissent dans les services publics (notamment de distribution d'électricité et de gaz) dans l'intérêt des citoyens et des entreprises sur leurs territoires.

Comme l'ont indiqué les GRD à la CWaPE, dans leur courrier commun du 12 septembre 2023 (pièce 8), les GRD font actuellement face à des besoins croissants d'investissements dans leurs réseaux, notamment en raison de la transition énergétique et des objectifs d'indépendance énergétique de l'Union européenne. Or, seuls des actionnaires publics peuvent investir dans les GRD wallons (article 7 du Décret Électricité et article 6 du Décret Gaz). La confiance des communes et provinces est donc indispensable pour que les GRD puissent continuer de recevoir les fonds nécessaires à ces investissements :

« Dans le contexte actuel de transition énergétique, les GRD doivent réaliser des investissements de plus en plus importants afin de pouvoir mettre en œuvre les plans industriels requis. Or, ces investissements ne peuvent être exécutés par les GRD qu'avec la confiance de leurs actionnaires et des marchés financiers. Contrairement aux autres acteurs du marché, les GRD wallons ne peuvent se financer par fonds propres qu'auprès des pouvoirs publics, et des communes et provinces en particulier. La confiance des actionnaires et des bailleurs de fonds est donc essentielle, d'autant plus dans les circonstances économiques actuelles marquées par l'augmentation des taux d'intérêts » (pièce 8, page 2).

Or, comme il sera plus amplement développé ci-dessous (voyez notamment le §68), les investisseurs ne continueront à fournir des capitaux aux réseaux de distribution d'énergie que si le rendement espéré est plus élevé que le rendement espéré sur des investissements de même niveau de risque.

(b) Les huit premières Requérantes sont concrètement lésées par la Méthodologie Tarifaire 2025-2029

45. La diminution de la MBE (et, par conséquent, de la REMCI) et la suppression (progressive) de la rémunération de la plus-value de réévaluation, telles que prévues par la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, pénalisent doublement les Requérantes en tant qu'actionnaires : (i) non seulement la valorisation de leurs parts respectives dans ORES est corrélativement diminuée, mais (ii) les dividendes qui leur seront versés seront également réduits.

46. En effet, premièrement, les Requérantes ont tout d'abord expliqué dans leur Plainte en réexamen (pièce 3, notamment aux pages 24 et s.) que la Méthodologie Tarifaire 2025-

2029 entraînait une destruction de valeur de l'entreprise et un appauvrissement corrélatif des actionnaires (à savoir les communes wallonnes) qui voient la valorisation de leurs parts respectives être significativement diminuée²⁰.

47. Ce qui précède a été confirmé lors du rachat des parts d'Electrabel par les associés publics des GRD de l'époque (qui ont fusionné pour constituer ORES).

En effet, le décret du 17 juillet 2008 modifiant le Décret Électricité et le décret du 17 juillet 2008 modifiant le Décret Gaz ont imposé aux communes d'acheter une partie des parts d'Electrabel dans les intercommunales d'énergie²¹ pour qu'elles atteignent à terme 75% du capital pour le 31 décembre 2018 au plus tard²². Cela a été réalisé avant l'expiration du délai.

Par la suite, consécutivement à la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz et en vertu du principe de dissociation (« unbundling »), les directives libéralisant le secteur de l'électricité et du gaz ont imposé la séparation entre les opérateurs actifs dans la gestion des réseaux de transport et de distribution d'une part, et les opérateurs actifs dans la production et la fourniture d'électricité d'autre part.

Cela a poussé Electrabel et ORES Assets à conclure un accord de séparation définitive en mai 2015 qui a abouti, le 31 décembre 2016, au rachat des 25% de participations qu'elle détenait au sein d'ORES Assets par les Intercommunales pures de Financement (IPF, à savoir les Requérantes) qui, aux côtés des communes, ont ainsi acquis la quasi-totalité du capital d'ORES Assets.

Lors de la conclusion de ces accords, la plus-value de réévaluation en tant qu'actif de l'entreprise est intervenue dans sa valorisation. Cela ne doit pas étonner : lorsqu'un investisseur acquiert une entreprise et paie une valeur pour ses actifs, c'est parce qu'il considère que chaque actif contribuera au rendement qu'il peut attendre de l'entreprise.

48. Or, en raison de la suppression (progressive) de la rémunération de la plus-value de réévaluation brutalement décidée par la CWaPE, si ORES devait un jour vendre son réseau ou une partie de celui-ci (par exemple, dans le cas d'un changement de GRD lors d'un renouvellement²³), cette plus-value de réévaluation n'interviendrait plus dans la valorisation.

²⁰ En août 2022, ORES a évalué le montant de la réduction de valeur devant être enregistrée dans ses comptes en raison de la suppression progressive de la rémunération de la plus-value de réévaluation (voyez l'avis formel d'ORES du 31 août 2022, accessible sur le site de la CWaPE : <https://www.cwape.be/sites/default/files/2022-10/ORES%20-%20Concertation%20MT%202024-28%20-%20AVIS%20-%20Version%20non%20confidentielle.pdf>, p. 24). Cela démontre l'importance de la prise en compte de la (rémunération de la) plus-value de réévaluation dans la valorisation d'ORES.

²¹ Les gestionnaires de réseau de distribution en Région wallonne de l'époque étaient AIEG, AIESH, Resa Gaz, Gaselwest, IDEG, IEH, IGH, Interlux, Intermosane, Interest, PBE, Régie d'Electricité de Wavre, Sedilec, Simogel et Tecteo. IDEG, IEH, IGH, Interlux, Intermosane, Interest, Sedilec et Simogel ont ultérieurement fusionné en ORES Assets.

²² Décret du 17 juillet 2008 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, M.B., 7 août 2008, p. 41321, art. 7 ; Décret du 17 juillet 2008 modifiant le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, M.B., 7 août 2008, p. 41262.

²³ Voy. l'article 10, §1^{er}, du Décret Electricité et l'article 10, §1^{er}, du Décret Gaz.

Dès lors, cela constitue un préjudice direct dans le chef des Requérantes qui subiront une perte de rendement sur leurs investissements dans cet actif, en violation de l'article 4, §2, 8° du Décret Tarifaire.

49. Deuxièmement, les Requérantes ont expliqué dans leur Plainte en réexamen (pièce 3, notamment aux pages 24 et s.) que la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 avait pour effet de léser les actionnaires en ce qu'elle réduisait significativement la REMCI à laquelle ont légalement droit les actionnaires des GRD.

Dans son courrier du 7 juillet 2023²⁴, la CWaPE a demandé aux Requérantes de lui fournir des informations chiffrées détaillant l'impact individualisé par actionnaire des deux modifications de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 visées par le présent recours pour la période régulatoire 2025-2029.

Les Requérantes ont répondu par courrier du 31 juillet 2023 en fournissant les informations chiffrées qu'elles ont pu établir dans le délai accordé par la CWaPE²⁵.

Les Requérantes ont par conséquent démontré à la CWaPE en quoi elles étaient concrètement et individuellement lésées. Elles présentent donc la qualité de partie lésée et l'intérêt requis pour agir en annulation contre la Méthodologie Tarifaire 2025-2029.

(c) Les autres arguments de la CWaPE ne sont pas non plus fondés

50. Dans la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 (point 42), la CWaPE prétend que la méthodologie tarifaire ne pourrait être critiquée que dans sa globalité.

Ce n'est pas correct. A plusieurs reprises, Votre Cour a accepté de considérer des demandes d'annulation de méthodologies tarifaires en raison de critiques formulées uniquement à l'égard de certains points qui posaient grief.

Dans larrêt du 22 novembre 2017 évoqué ci-dessus (voyez le §34 et les notes de bas de page n°12 et 13), les requérants ne faisaient grief qu'à la partie de la méthodologie tarifaire concernée prévoyant une contribution aux coûts de réseau par les URD disposant d'une petite installation de production décentralisée et d'un compteur inversé.

Dans d'autres arrêts, Votre Cour a de même accepté de considérer des recours en annulation à l'encontre de méthodologies tarifaires en raison de critiques formulées à l'égard de certaines dispositions seulement, à savoir celles causant grief aux requérants²⁶.

Cet argument de la CWaPE n'est donc pas fondé.

²⁴ Pièce 4.

²⁵ Pièce 5.

²⁶ Voy. par exemple, Bruxelles (Cour des marchés), 9 janvier 2019, 2018/AR/1328 ; Bruxelles (18^e ch.), 6 février 2013, 2012/AR/205, 2012/AR/217, 2012/AR/220.

51. La CWaPE invoque encore le fait qu'ORES aurait accepté la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 et renoncé à introduire un recours en annulation (points 43-52 de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023). Cet argument doit également être écarté.

Comme le reconnaît la CWaPE au point 53 de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, les Requérantes peuvent parfaitement « être lésées par les points litigieux de la décision du 31 mai 2023 [...] sur la base d'éléments qui leur sont propres ». Or, c'est précisément ce que les Requérantes ont démontré ci-dessus (aux §§44-49) : elles disposent d'un intérêt propre, légalement prévu par l'article 4, §2, 8° du Décret Tarifaire, et sont concrètement affectées par les dispositions visées par le présent recours en annulation.

L'argument selon lequel ORES aurait « marqué son accord » avec la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, n'a donc aucun impact sur l'intérêt des Requérantes, qui sont des personnes distinctes, disposant d'une personnalité juridique propre, indépendante d'ORES.

52. Enfin, dans sa décision de rejet de la Plainte en réexamen pour motif d'irrecevabilité (pièce 10), la CWaPE mêle des motifs de fond qui sont sans rapport avec la question de recevabilité.

En effet, en réponse aux données chiffrées fournies par les Requérantes dans leur courrier du 31 juillet 2023 (pièce 5), la CWaPE développe, dans la Décision Attaquée du 21 septembre 2023, une thèse²⁷ selon laquelle les Requérantes n'auraient pas de dommage concret car il suffirait de convaincre ORES d'augmenter son ratio de rétrocession de la MBE relative aux fonds propres aux actionnaires (actuellement de 70%) pour couvrir la perte de revenus des Requérantes.

53. Les Requérantes démontrent ci-dessous que ce raisonnement de la CWaPE ne tient en tout état de cause pas la route.

Non seulement, il ne prend en considération qu'une seule période régulatoire (alors que l'impact, particulièrement de la suppression de la rémunération de la plus-value de réévaluation, se prolonge sur les périodes régulatoires suivantes), mais surtout, la possibilité de jouer sur le pourcentage des fonds mis en réserve ou rétrocédés aux actionnaires ne change rien au fait que la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 engendre quoi qu'il advienne une perte économique. Ce « trou » dans la comptabilité d'ORES (ou plutôt dans ses réserves, si l'on suit le raisonnement de la CWaPE) devra bien, d'une façon ou d'une autre, être compensé et reconstitué si ORES veut pouvoir réaliser les investissements nécessaires à la gestion des réseaux.

L'importance de maintenir un niveau de réserves suffisant pour les GRD s'est récemment illustrée avec la crise énergétique due notamment à l'invasion de l'Ukraine par la Russie. ORES a été le seul GRD wallon à disposer de suffisamment de réserves pour pouvoir faire face à l'augmentation fulgurante des prix. Les autres GRD wallons ont dû demander un budget supplémentaire à la CWaPE pour pouvoir continuer à remplir leurs obligations légales. Il va sans dire que ce budget supplémentaire est forcément répercuté dans les

²⁷ Pièce 10, notamment aux pp. 14-15.

tarifs facturés aux URD. Il est donc surprenant que la CWaPE incite aujourd’hui ORES à réduire son ratio de réserves, quand on sait à quel point la situation actuelle (politique et énergétique) est incertaine.

54. Par ailleurs, dans son raisonnement, la CWaPE ne tient absolument pas compte de la réduction de valeur que cela représente pour les actionnaires, tel qu’exposé ci-dessus. Les actionnaires des GRD sont donc lésés dans leurs droits par la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, indépendamment de la perte des dividendes.

55. En raison de tous ces éléments, les actionnaires des GRD subissent directement l’impact des changements imposés par la Méthodologie Tarifaire 2025-2029.

La Cour constitutionnelle a d’ailleurs jugé en ce sens dans un arrêt du 16 mai 2013. Dans cette affaire, un recours en annulation était introduit par un actionnaire dont les deux sociétés se voyaient imposer le paiement d’une taxe à la suite de la conversion d’actions au porteur en actions nominatives. L’actionnaire a demandé l’annulation des dispositions législatives concernées, sans que les sociétés en question ne soient parties à la cause.

La Cour constitutionnelle, constatant que « *la taxe attaquée constitue un coût intrinsèquement lié à cette conversion, susceptible d’être répercuté par les sociétés émettrices sur les propriétaires de titres au porteur* », a considéré que « *la partie requérante est affectée directement et défavorablement par les dispositions attaquées et justifie de l’intérêt requis* »²⁸.

De la même manière, dans la présente affaire, les Requérantes ont un intérêt à agir en tant qu’actionnaires d’ORES, puisque, au même titre que les dispositions fiscales concernées par l’arrêt de la Cour constitutionnelle, les articles 17 à 34 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 affectent directement et défavorablement les actionnaires d’ORES.

56. Ce qui précède démontre que les huit premières Requérantes sont, en tant qu’actionnaires d’ORES Assets, prises ensemble ou séparément, directement lésées par les modifications de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 relatives à la MBE. Elles présentent donc bien la qualité et l’intérêt requis pour introduire le présent recours.

(ii) En ce qui concerne la neuvième Requérante

57. Enfin, la neuvième Requérante présente également la qualité et l’intérêt requis en raison de son objet social. En effet, l’article 3 des statuts de l’IPFW prévoit que

« La société a pour objet exclusif de faciliter ou de développer l’activité économique de ses associés, d’améliorer ou d’accoître les résultats de cette activité à laquelle l’activité de la société doit se rattacher et par rapport à laquelle elle doit avoir un caractère auxiliaire. Elle se charge notamment de :

²⁸ C.C., arrêt n° 68/2013 du 16 mai 2013, B.9.

- définir une position commune dans des dossiers où les intérêts de ses associés ou de la majorité d'entre eux convergent, par le partage de la connaissance et de l'information sur les structures de participations et des projets communs ;
- négocier et défendre les positions communes à l'égard des tiers. »

Comme indiqué ci-dessus, Votre Cour a, à plusieurs reprises, considéré que des ASBL telles que ZONSTRAAL ou Test Achat (voyez les §§35-36 ci-dessus, et les notes de bas de page 14 et 15) présentaient l'intérêt requis en ce qu'elles poursuivaient la défense de leur objet social.

En l'occurrence, la neuvième Requérante agit pour défendre son objet social, à savoir défendre la position commune de ses associés.

Dès lors, la neuvième Requérante présente également l'intérêt requis pour l'introduction de la Plainte en réexamen et du présent recours en annulation.

58. Votre Cour doit donc constater que chacune des Requérantes présente la qualité et l'intérêt nécessaires à l'introduction de la Plainte en réexamen et du présent recours en annulation, et qu'ils sont par conséquent recevables dans le chef de toutes les Requérantes.

C. Le recours est également recevable *ratione temporis*

59. En vertu de l'article 50ter, §4, al. 1^{er}, du Décret Électricité, le délai de recours est de trente jours à compter de la date de la notification de la décision attaquée. L'article 50ter, §4, al. 3 prévoit cependant qu'

« en cas de plainte en réexamen, le délai de recours à la Cour des marchés est interrompu jusqu'à la décision de la CWaPE, ou, en l'absence de décision de la CWaPE, pendant deux mois à dater de la réception de la plainte ou des compléments d'information sollicités par la CWaPE. »

Ce délai est applicable au secteur du gaz en vertu de l'article 37 du Décret Gaz.

60. En l'espèce, les Requérantes ont introduit, le 30 juin 2023, une Plainte en réexamen devant la CWaPE, à l'encontre de la Décision Attaquée du 31 mai 2023 (pièce 3).

Le 7 juillet 2023, la CWaPE a adressé aux Requérantes une demande d'informations complémentaires (pièce 4). Le 31 juillet 2023, les Requérantes ont fourni à la CWaPE les informations complémentaires demandées (pièce 5). Le 17 août 2023, la CWaPE a confirmé que, sur la base des informations reçues, le dossier de la Plainte en examen était considéré comme complet, et a confirmé aux Requérantes que le délai de deux mois pour se prononcer sur la Plainte en réexamen commençait à courir à compter du 1^{er} août 2023.

Le 25 septembre 2023, la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 a été notifiée par courrier recommandé aux Requérantes (pièce 10).

Par conséquent, le présent recours en annulation est également recevable *ratione temporis*.

IV. LES ARTICLES 17 À 34 DE LA DÉCISION ATTAQUÉE DU 31 MAI 2023 DOIVENT ÊTRE ANNULÉS

61. De manière synthétique, l'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023 se justifie pour trois motifs :

- (i) la CWaPE n'a pas respecté pas les lignes directrices édictées à l'article 4, §1^{er} et §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire dans les choix qu'elle a posés pour déterminer la méthode de rémunération des capitaux investis et définir les paramètres du CMPC, desquels découle le taux de rendement autorisé (deuxième moyen d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) ;
- (ii) la Décision Attaquée du 31 mai 2023, en ce qu'elle introduit une distinction entre la MBE relative à la RAB hors plus-value de réévaluation et la MBE relative à la plus-value de réévaluation, en supprimant progressivement la seconde, n'est pas non plus conforme aux articles 4, §1^{er} et §2, 8°, du Décret Tarifaire et viole les principes de régulation stable et prévisible, de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination ;
- (iii) la Décision Attaquée du 31 mai 2023 ne remplit pas les exigences inhérentes à l'obligation de motivation qui s'impose à la CWaPE en tant qu'autorité administrative.

§2. Deuxième moyen (d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) : la CWaPE a violé l'article 4, §1^{er} et §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire dans sa définition de la méthode de rémunération des capitaux investis et des paramètres utilisés pour le calcul du CMPC

62. Le deuxième moyen est pris de la violation, par la Décision Attaquée du 31 mai 2023, de l'article 4, §1^{er} et §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire, en ce qu'elle fixe une méthode de rémunération des capitaux investis et des paramètres pour le calcul du CMPC qui ne sont pas légalement justifiés.

63. La CWaPE doit déterminer la MBE des GRD dans le respect des lignes directrices édictées dans le Décret Tarifaire. En particulier, la CWaPE doit veiller au respect des articles 4, §1^{er} et §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire.

L'article 4, §1^{er}, al. 1^{er}, du Décret Tarifaire prévoit que la CWaPE doit « établi[r] la méthodologie tarifaire et exerce[r] 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 régulatoires antérieures en matière de valeur des actifs régulés. »

Elle doit notamment veiller à ce que la méthode de rémunération des capitaux investis réponde aux exigences suivantes (article 4, §2, 8° du Décret Tarifaire) :

- elle permet aux GRD de réaliser les investissements nécessaires à l'exercice de leurs missions ;

- elle permet d'assurer l'accès des GRD aux différentes sources de financement de leurs activités, le renouvellement et le développement des infrastructures ;
- elle assure un taux de rendement stable et suffisant aux associés des GRD afin qu'ils puissent faire face à leurs obligations sur le long terme ;
- elle répond aux attentes du marché pour des activités présentant un profil de risque comparable ; et
- les paramètres la définissant, y compris la structure de financement, sont fixés conformément aux pratiques d'activités comparables dans les pays limitrophes²⁹.

Enfin, « *les charges financières liées à un financement externe, pour autant qu'elles soient conformes aux bonnes pratiques des marchés, sont répercutées dans les tarifs* » (article 4, §2, 12°, du Décret Tarifaire).

Ces principes encadrent donc la compétence de la CWaPE.

64. En l'espèce, ces lignes directrices n'ont pas été respectées par la CWaPE.

A. Sur la fixation du pourcentage de rendement autorisé applicable à la RAB hors plus-value de réévaluation

65. Le pourcentage de rendement autorisé est calculé à partir du CMPC, qui correspond à la moyenne pondérée du coût des fonds propres et du coût des dettes. Il permet de rémunérer les fonds propres et les dettes ayant servi au financement des actifs régulés des GRD.

Les paramètres retenus par la CWaPE pour déterminer la valeur du pourcentage de rendement autorisé sont les suivants :

- Taux sans risque nominal ;
- Prime de risque de marché ;
- Bêta des fonds propres ;
- Coûts des fonds propres ;
- Ratio nouvelle dette / dette totale ;
- Coût de l'ancienne dette ;
- Coût de la nouvelle dette ;
- Frais de transaction ;
- Coût de la dette ;
- Ratio d'endettement ;
- Ratio des fonds propres.

²⁹

Cette ligne directrice peut être utilement comparée aux précisions que l'article 4, §2, 15°, du Décret Tarifaire apporte en matière de méthode de contrôle des coûts reposant sur des techniques de comparaison. En particulier, il est prévu que « *toute comparaison avec d'autres gestionnaires de réseau est réalisée entre des sociétés ayant des activités similaires et opérant dans des circonstances analogues* ».

Pris ensemble, ces paramètres mènent au calcul du CMPC (article 31, §3 et §4, de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029).

66. Dans la Décision Attaquée du 31 mai 2023, la CWaPE maintient le principe d'un pourcentage de rendement autorisé fixé *ex ante* et non revu *ex post* (article 32 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029). En comparaison avec la Méthodologie Tarifaire 2019-2023, la CWaPE a :

- actualisé les valeurs des paramètres utilisés pour le calcul du pourcentage de rendement autorisé ;
- fixé le coût de la dette sur la base d'une prime de risque normative sur la dette, en référence à un indice d'obligations d'entreprises spécifiques ;
- introduit une distinction nouvelle dette/ancienne dette avec un ratio et un taux différent selon le type de dette.

L'ensemble de ces modifications conduit la CWaPE à déterminer un CMPC applicable à la RAB hors plus-value de réévaluation de 4,027%.

Les Requérantes démontrent ci-après en quoi la définition (i) du coût des fonds propres, et (ii) du coût de la dette, viole les articles 4, §1^{er}, §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire.

(i) Sur le coût des fonds propres

67. Le calcul du coût des fonds propres se base sur le modèle CAPM (« *Capital Asset Pricing Model* »³⁰). Ce dernier prévoit que le coût des fonds propres correspond au taux sans risque, additionné d'une prime de risque de marché multipliée par un coefficient *béta* qui sert à couvrir le risque d'exposition au risque de marché d'une activité régulée d'un GRD.

Le coût des fonds propres doit être fixé de manière à permettre au GRD de rémunérer les associés ayant investi dans le réseau à hauteur du risque encouru (article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire).

La CWaPE le confirme dans sa motivation de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029³¹, en reconnaissant :

« La CWaPE a en effet veillé à ce que la rémunération prévue par la présente méthodologie tarifaire :

(...)

2° permette aux actionnaires du GRD ayant investi dans le réseau d'obtenir un taux de rendement stable et suffisant. La méthodologie tarifaire assure un taux de rendement stable et suffisant aux actionnaires dans la mesure où :

³⁰ Ou « Modèle d'évaluation des actifs financiers ».

³¹ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 41.

- ce taux est garanti pour cinq ans (la période régulatoire 2025-2029), ce qui est donc comparable à un taux fixe ;
- la marge bénéficiaire équitable est appliquée aussi bien aux investissements réalisés en cours de période régulatoire qu'à ceux qui ont été financés par le passé (et n'ont pas encore été amortis) ;
- ce taux n'est pas revu en cours de période régulatoire, sauf en cas de circonstances exceptionnelles indépendantes de la volonté des GRD susceptibles d'avoir un impact significatif sur leur situation financière (article 52 de la méthodologie), ce qui renforce le caractère de stabilité du taux de rendement ;^[32]
- les paramètres utilisés pour déterminer le taux de rendement sont basés sur des valeurs de marché et le calcul est conforme aux meilleures pratiques financières. ».

La CWaPE adopte un coût des fonds propres à hauteur de 5,07%, résultant de la somme d'un taux sans risque fixé à 1,64% et d'une prime de risque du marché de 4,70% ajusté du bêta des fonds propres de 0,73, sans révision *ex post*.

68. Le taux de rémunération des fonds propres adopté par la CWaPE est manifestement insuffisant.

Premièrement, les investisseurs ne fourniront des capitaux aux réseaux de distribution d'énergie que si le rendement espéré est plus élevé que le rendement espéré sur des investissements de même niveau de risque. Les droits des investisseurs en fonds propres au remboursement en cas de difficulté ou de faillite de la société, sont subordonnés aux droits des investisseurs en dettes, ce qui entraîne que les investissements en fonds propres sont plus risqués que les investissements en dette. Dès lors, le rendement des investissements en fonds propres doit contenir une prime permettant de compenser le risque pris par l'investisseur et la différence de rendement par rapport aux investissements en dette.

Dans ces conditions, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 ne permet pas aux GRD d'accéder aux différentes sources de financement et ne répond pas aux attentes du marché pour des activités présentant un profil de risque comparable, en violation de l'article 4, §2, 8° du Décret Tarifaire.

Deuxièmement, bien que la méthodologie actuelle garantisse un taux stable pour les cinq années de la période régulatoire, ce n'est pas le cas si l'on considère une période plus longue. En effet, si on compare le coût des fonds propres sur la période régulatoire actuelle (5,503%) et celui adopté par la CWaPE pour la prochaine période régulatoire (2025-2029), on constate que celui-ci chute alors même que les rendements des obligations d'Etat sont

³² Les Requérantes font remarquer que cette affirmation de la CWaPE est trompeuse. Premièrement, l'article 52 ne traite pas du mécanisme de révision ponctuelle mais des charges nettes contrôlables additionnelles de transition. Les Requérantes supposent que la CWaPE fait référence au mécanisme de révision ponctuelle prévu à l'article 60, §1^{er}, 4[°], de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029. Cependant, cette disposition ne permet aucunement une révision du taux de rendement *ex post*, contrairement à ce qui avait été demandé par les GRD lors de la procédure de concertation.

européen. Ceci envoie un signal négatif aux investisseurs qui sont découragés à investir dans les réseaux de distribution en Wallonie.

Quant à la stabilité, les Requérantes se réfèrent également à l'article 4, §1^{er}, du Décret Tarifaire :

« 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 régulatoires antérieures en matière de valeur des actifs régulés. »

69. Au vu des conditions actuelles de marché, les Requérantes constatent que la valeur des paramètres fixés par le régulateur dans la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 ne rencontre pas les motivations expressément précitées dans le sens où elles n'assurent pas un taux de rendement stable et suffisant.

70. La CWaPE ne respecte donc pas le prescrit de l'article 4, §1^{er}, et §2, 8°, du Décret Tarifaire.

Les Requérantes détaillent leur raisonnement ci-après en passant en revue la motivation de la CWaPE relative aux trois paramètres qui permettent le calcul du coût des fonds propres, c'est-à-dire (i) le taux sans risque, (ii) la prime de risque de marché et (iii) le coefficient *bêta*.

(a) Le taux sans risque

71. La CWaPE calcule le taux sans risque pris en compte pour le calcul du coût des fonds propres comme la moyenne arithmétique des taux OLO à 10 ans, obligations émises par l'Etat belge sur la période du 26 mars 2012 au 24 mars 2022. Ce taux est de 1,64% pour la période régulatoire 2025-2029, et de 0,93% pour la période de 10 ans.

Selon la CWaPE, ce choix du taux sans risque se justifierait pour les raisons suivantes (motivation annexée à la Méthodologie Tarifaire, pièce 2, pages 26 à 29) :

- au niveau européen, la majorité des régulateurs aurait opté pour une maturité de 10 ans et ce, dans la mesure où l'utilisation d'obligations d'Etat sur 10 ans serait un compromis entre les périodes plus brèves de régulation et les périodes d'investissements plus longues ;
- le choix d'une moyenne historique de 10 ans permettrait d'assurer une cohérence avec l'approche appliquée pour la période régulatoire 2019-2023, tout en tenant compte de la hausse des taux OLO, puisque toute variation des taux serait le cas échéant prise en compte avec un effet de retard ;
- cette approche permettrait de limiter l'impact de la volatilité des taux et de sécuriser le rendement garanti en cas de taux bas ;

- une prime de 100 points de base serait rajoutée au taux sans risque par rapport au projet de méthodologie tarifaire afin de tenir compte du *quantitative easing* de la Banque Centrale Européenne (« BCE »).

Cette motivation n'est pas satisfaisante.

72. Afin d'assurer aux actionnaires des GRD une rémunération répondant aux attentes du marché, le régulateur doit fixer des valeurs pour les paramètres non pas sur la base de données historiques mais représentatives des prévisions faites par les analystes pour les années futures. Le coût des fonds propres est en effet un paramètre prospectif.

Or, la durée prise en compte pour le calcul de la moyenne arithmétique des taux OLO à 10 ans par la CWaPE comprend la période durant laquelle la BCE, pour gérer les suites de la crise financière de 2008, a lancé un vaste programme d'achat d'obligations émises par les Etats, puis par les entreprises (« *Quantitative Easing* »). La CWaPE sait que, par voie de conséquence, la BCE a maintenu les rendements des obligations souveraines et des obligations d'entreprises à des niveaux historiquement (et artificiellement) bas.

La BCE a désormais mis fin à cette politique. La CWaPE, afin de tenir compte du *quantitative easing* de la BCE, et après que les GRD aient attiré son attention sur cette réalité, a rajouté une prime de 100 points de base à rajouter au taux sans risque par rapport au projet initial de méthodologie tarifaire.

Ce rajout est cependant insuffisant pour refléter la fin de cette politique de la BCE.

73. Ainsi, la CWaPE devrait retenir, pour le taux sans risque, la moyenne arithmétique des valeurs prévisionnelles du taux OLO des années 2025 à 2028 issues de la publication du Bureau Fédéral du Plan intitulée « Perspectives économiques 2023-2028 » publiée le 23 février 2023 (2,925%).

Il convient en outre de corriger ce taux, pour refléter correctement l'horizon d'investissement du GRD (amortissement régulatoire en 50 ans, le plus souvent), en prenant en compte l'écart de taux entre les obligations (OLO) à 10 ans et les obligations (OLO) à 20 et 30 ans, respectivement +33,5 pb et +44,5 pb (les Requérantes ont ainsi proposé à la CWaPE de tenir compte d'un écart de 0,39%).

Par ailleurs, les taux mentionnés ci-dessus sont les taux sans risque belges fédéraux. Or la notation financière (« *credit rating* ») accordée par l'agence de notation Moody's à la Région wallonne où sont situés les réseaux régulés par la CWaPE se trouve trois crans plus bas (A3 vs Aa3) que celle accordée à l'Etat fédéral, générant un écart de rendement de 0,5% qu'il convient dès lors d'ajouter aussi au taux sans risque.

74. En conclusion, la CWaPE devrait adopter un taux sans risque de 3,815%³³ pour la période régulatoire 2025-2029 (au lieu des 1,64% retenus dans la Méthodologie Tarifaire 2025-2029), en vue de s'aligner sur les prévisions du Bureau Fédéral du Plan, l'horizon

³³ Ce taux résulte de l'addition de (i) la moyenne arithmétique des valeurs prévisionnelles du taux OLO des années 2025 à 2028 (2,925%), (ii) l'écart de taux entre les obligations OLO de 0,39%, et (iii) l'écart de rendement de 0,5% résultant de la notation financière de la Région wallonne.

d'investissement des GRD et le profil de risque de la Région wallonne (comparé à celui de l'Etat fédéral belge).

75. Le taux sans risque fixé par la CWaPE n'est donc pas légalement justifié. Pour cette raison, les Requérantes sollicitent donc l'annulation des articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

(b) La prime de risque de marché

76. La prime de risque de marché résulte de la différence entre l'espérance de rendement sur le marché et le taux sans risque.

La CWaPE a estimé que la prime de risque de marché est de 4,7%, ce qui correspond à la dernière valeur calculée par DMS³⁴, « estimant qu'il n'y a pas de raison ou de motifs suffisants justifiant de changer l'approche qui a été retenue pour la période régulatoire 2019-2023 »³⁵.

77. Cette position doit être revue.

Tout d'abord, l'utilisation des primes de risque de marché historiques a le défaut d'ignorer les conditions actuelles du marché et de supposer que le rendement supplémentaire en actions, par rapport au taux sans risque, serait constant au fil du temps. Plusieurs études universitaires ou d'économistes des principales banques centrales (BCE et Bundesbank, notamment)³⁶ réalisées sur ce sujet démontrent que ce n'est pas le cas. Par ailleurs, la détermination séparée de la prime de risque de marché et du taux sans risque est sujette à des incohérences car les deux sont liés (la prime de risque marché est une fonction du taux sans risque).

Par voie de conséquence, les Requérantes ne peuvent suivre la CWaPE lorsqu'elle invoque le double fait que cette approche « *forward looking* »³⁷ ne serait pas utilisée pour la régulation des GRT et GRD belges et des pays limitrophes, et que l'approche historique pour la prime de risque de marché serait en adéquation avec l'approche historique de la fixation du taux sans risque³⁸.

Ensuite, l'utilisation d'une seule méthode (rendements historiques) et d'une unique source de données (DMS) pour calculer la prime de risque de marché apparaît comme un biais méthodologique. Or, malgré cette critique déjà formulée, la CWaPE n'a pas changé son approche, estimant simplement que « *pour maintenir la cohérence avec la période régulatoire 2019-2023* », elle devrait continuer à se baser uniquement sur la source de DMS.

³⁴ Acronyme qui renvoie à Elroy Dimson et Paul Marsh de la *London Business School*, et Mike Staunton du *London Share Price Database*.

³⁵ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 38.

³⁶ Rapport NERA du 30 août 2022, intitulé « Examen critique du projet de méthodologie tarifaire pour les gestionnaires de réseau électricité et gaz de la CWaPE (2024-2028) », produit par RESA comme annexe 6 confidentielle à son avis du 31 août 2022 sur le projet de méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et de gaz actifs en Région Wallonne pour la période régulatoire 2024-2028, pièce 11 [confidentielle].

³⁷ Ou: "prospective".

³⁸ Motivation annexée à la Décision, pièce 2, p. 34.

Au contraire, la CWaPE devrait changer d'approche pour corriger ses erreurs méthodologiques.

78. La comparaison réalisée par la société NERA³⁹ en août 2022 indique que lorsque les régulateurs utilisent les « *rendements excédentaires historiques* », il est courant d'envisager des méthodes supplémentaires pour déterminer la prime de risque de marché. Les régulateurs reconnaissent d'ailleurs implicitement une sous-estimation de la prime de risque de marché par cette méthode.

Il existe en effet plusieurs modèles de calcul basés soit sur des rendements historiques, soit sur des rendements prospectifs. Il existe également des données de primes de risque de marché obtenues sur la base d'enquêtes auprès d'investisseurs. Parmi tous les modèles, seulement un d'entre eux considère une prime de risque de marché très stable dans le temps : le modèle basé sur les rendements excédentaires historiques utilisé par la CWaPE. *A contrario*, les autres modèles montrent une augmentation de la prime de risque de marché allant parfois jusqu'à 8%.

79. En ce qui concerne la collecte de données sur les rendements excédentaires historiques, il existe différentes sources de données de qualité variable et soumises à différentes hypothèses (ex : pondération, pays, traitement des valeurs manquantes, élimination des valeurs aberrantes...) qui peuvent générer des écarts importants sur les résultats.

La CWaPE justifie l'utilisation de la source de données DMS par l'utilisation de cette même source par des pays limitrophes, notamment le régulateur allemand. Cependant, l'utilisation de cette source de données DMS en Allemagne a été critiquée par les auteurs de cette source de données eux-mêmes. Ceux-ci ont critiqué l'interprétation faite par le régulateur allemand et ont recommandé une prime de risque du marché de 6,70%⁴⁰.

Selon NERA⁴¹, cette base de données DMS manque de transparence et certains résultats ne sont pas plausibles.

80. En outre, la période de référence utilisée par la CWaPE pour calculer la prime de risque du marché, à savoir 1900-2021, inclut deux guerres mondiales qui ont vu les taux de rendement chuter à des niveaux historiquement bas. Ce modèle de calcul, pris pour les 80 premières années (de 1900 à 1980, donc) offre un rendement de 0% alors que si l'on ne considère que les 40 dernières années, le rendement s'élève au-delà de 9%⁴².

³⁹ NERA, 30 août 2022, Examen critique du projet de méthodologie tarifaire pour les gestionnaires de réseau électricité et gaz de la CWaPE (2024-2028), pièce 11 [confidentielle].

⁴⁰ NERA, 30 août 2022, Examen critique du projet de méthodologie tarifaire pour les gestionnaires de réseau électricité et gaz de la CWaPE (2024-2028), pièce 11 [confidentielle].

⁴¹ NERA, 30 août 2022, Examen critique du projet de méthodologie tarifaire pour les gestionnaires de réseau électricité et gaz de la CWaPE (2024-2028), pièce 11 [confidentielle].

⁴² Rapport de TANDEM de juillet 2022, intitulé « Analyse des paramètres financiers utilisés pour le calcul de la rémunération équitable des capitaux investis », qui a été produit par ORES comme étude externe confidentielle faisant partie des remarques écrites d'ORES du 30 août 2022 dans le cadre de la concertation relative au projet de méthodologie tarifaire 2024-2028, pièce 12 [confidentielle], p. 42.

Ces critiques ne sont pas remises en cause par l'analyse des autres études consultées par la CWaPE. En effet, la CWaPE, dans sa motivation annexée à la Décision Attaquée du 31 mai 2023, raisonne comme suit :

« La CWaPE fait, tout d'abord, le constat que les études et méthodes avancées par les GRD et leurs consultants donnent des valeurs de prime de risque marché élevées, au-dessus de 6%. Ainsi, un des GRD - RESA - donne ces valeurs et sur cette base, demande une valeur minimale de 5,5% laquelle ne semble pas fondée sur une étude. ORES recense aussi des études qui conduisent à des résultats de prime entre 5 et 8% et propose en résultante une valeur de 5%.

La CWaPE relève, ensuite, qu'elle a fondé son analyse sur d'autres sources complémentaires à Dimson, Marsh & Staunton, contrairement à ce qu'affirment les GRD. Ainsi :

- la prime de risque implicite de la Belgique (approche forward looking) calculée par le professeur Damodaran, professeur de finance à l'Université de New York - cité également par les experts des GRD - qui est de 4,84% (valeur de début janvier 2022), mise à jour en 2023 avec une valeur de 6,01% (valeur de début janvier 2023) ; une grande amplitude d'une année à l'autre est donc constatée²⁴ ;*
- la prime de risque calculée par enquête par Fernandez, Banuls et Acin - cités également par les experts des GRD qui est de 5,9% (avec un minimum de 4% et un maximum de 8%) en 2021 »⁴³.*

Or, la CWaPE ne tire pas les conséquences de sa consultation des autres études précitées. En effet, ces dernières donnent des valeurs de 6,01% et 5,9%, situées bien au-delà des 4,7% retenus par la CWaPE. Ainsi, le régulateur ne peut pas maintenir un pourcentage établi uniquement par DMS sous le prétexte « que les valeurs de prime prospectives calculées par survey ou d'autres méthodes sont très fluctuantes, selon le moment, le contexte dans lequel le calcul est réalisé et la personne/l'institution consultée »,⁴⁴ puisque la majorité des études établissent des valeurs supérieures au pourcentage retenu par la CWaPE. Le taux de 4,7% est donc manifestement sous-évalué.

81. Ensuite, la CWaPE reprend, dans sa motivation de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, un tableau de comparaison entre les différents régulateurs européens (page 36). Les Requérantes remarquent que, pour les taux proposés par le régulateur anglais, la CWaPE mentionne uniquement que ces taux ne seraient « pas directement comparable[s] », car la prime de risque n'aurait pas été calculée. En effet, le régulateur anglais, l'OFGEM (« Office of Gas and Electricity Markets »), aurait déterminé le coût des fonds propres sur la base d'une estimation du « Total Market Return »⁴⁵. Toutefois, les Requérantes peinent à comprendre en quoi cela empêcherait toute comparaison, d'autant plus que cela mène à ce que les taux repris dans ce tableau soient les taux européens les plus bas. Ensuite, la

⁴³ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 37.

⁴⁴ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 37.

⁴⁵ Ou « Rendement Total du Marché ».

CWaPE n'a toujours pas pris en compte le fait que le taux le plus bas repris dans ce tableau, qui laisserait penser que le taux calculé par la CWaPE serait acceptable, concerne non pas un distributeur d'électricité et de gaz mais bien un transporteur, ce qui l'exclut de facto de la comparaison compte tenu des différences significatives entre un transporteur national et un distributeur wallon.

82. Enfin, l'utilisation d'un modèle prospectif permet d'obtenir les meilleures estimations de la prime de risque de marché attendue. La méthode que les Requérantes préconisent est le *Dividend Discount Model*⁴⁶ tel que proposé par Aswath Damodaran⁴⁷. Cette méthode consiste à calculer une prime de risque du marché sur la base de toutes les sociétés du S&P500 et d'ajouter une prime de risque correspondant au pays. Le résultat de cette méthode donne une prime de risque de marché pour la Belgique entre 7,6% et 8% (en fonction de la méthode d'évaluation de la prime de risque pays). Le modèle « *Earnings Yields* », également modèle *ex ante*, délivre une MRP15 comprise entre 6,19% et 6,76%. Ces résultats sont exposés dans le Rapport Tandem de juillet 2022 en pages 35 à 38 (pièce 12 [confidentielle]).

Tandem reprend également dans son rapport la moyenne européenne des primes de risque de marché. Celle-ci est comprise entre 5,2% et 5,5%.

Quant à NERA, sur la base de corrections apportées au modèle DMS, il obtient une prime de risque de marché corrigée à 5,6% et chiffre la moyenne européenne à 5,38%.

Sur ces bases, la fixation de la prime de risque du marché à 4,7% par la CWaPE est manifestement sous-évaluée.

83. Dans leur Plainte en réexamen, les Requérantes ont préconisé la retenue d'une prime de risque du marché de minimum 5% pour la période régulatoire 2025-2029 afin de s'aligner sur un taux de rendement du marché attendu, de tenir compte des modèles reconnus et des recommandations des experts consultés, tout en maintenant un rendement total acceptable.

84. La prime de risque de marché fixée par la CWaPE n'est donc pas légalement justifiée. Pour cette raison également, les Requérantes sollicitent donc l'annulation des articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

(c) Le coefficient bêta

85. Le coefficient *bêta* est calculé comme la covariance de la valeur de l'action de la société relativement à la valeur d'un panier d'actions représentant le marché. Il mesure la corrélation entre l'action de l'entreprise et le marché.

Les GRD wallons n'étant pas cotés en bourse, il n'est pas possible de mesurer le risque spécifique de chaque GRD wallon directement et de calculer leur *bêta*. C'est pour cette raison que la CWaPE a estimé le risque systémique d'un GRD wallon en utilisant un groupe d'entreprises comparables actives dans le secteur et cotées en bourse. Le *bêta* ajusté a

⁴⁶ Ou « Modèle d'actualisation des dividendes ».

⁴⁷ Rapport Tandem de juillet 2022, pièce 12 [confidentielle], p. 36.

été estimé par régression (covariance/variance) de la valeur de l'action de ces sociétés sur la valeur de leur indice de référence.

Par rapport aux observations des GRD du 31 août 2022, la CWaPE a uniquement tenu compte de la demande de suppression de la société Acsm – Agam spa de l'échantillon, sans avoir égard aux autres remarques qui restent donc toujours valables.

86. Dans le modèle utilisé par la CWaPE, la structure du capital des comparateurs internationaux n'est pas prise en compte. Or, la structure du capital a un effet significatif sur le coût des capitaux propres. Il faut donc tenir compte de la structure du capital dans le modèle de calcul du *bêta*. Dans son rapport, NERA fait le constat que les sociétés de référence présentent un risque financier inférieur à celui que la CWaPE suppose pour les GRD. Il propose une méthodologie de recalculation des coefficients *bêta* sur la base de la structure de capital. Ces corrections, une fois qu'elles sont réalisées, augmentent le *bêta* de 0,73 à 0,85⁴⁸.

87. Ensuite, l'utilisation d'indices boursiers d'actions d'entreprises internationales comme marché de référence pour estimer le *bêta* n'est pas adéquate. Il faut plutôt utiliser un indice boursier européen comme marché de référence comme le Stoxx Europe 600. Cette correction conduit à une augmentation du *bêta* de 0,73 à 0,89.

Par ailleurs, la période de référence fixée à 5 ans (2017-2021) est faite sans tenir compte de la pertinence statistique des résultats et les données journalières qui sont utilisées sont sujettes à une marge d'erreur plus importante. Il serait utile de prendre une période de référence en fonction de la pertinence statistique des résultats, à savoir 2 ans, 3 ans ou 5 ans et de privilégier des données hebdomadaires (au lieu de données journalières).

88. Enfin, les Requérantes notent que l'utilisation d'un *bêta* identique pour l'activité Électricité et pour l'activité Gaz n'est pas justifiée car l'activité de distribution de gaz devient plus risquée (risque volumes, *stranded assets*⁴⁹,...) et donc plus difficilement finançable. Ceci est d'autant plus vrai au regard du contexte récent de la guerre en Ukraine. La CWaPE ne saurait donc pas raisonnablement maintenir que les activités de distribution d'électricité et de gaz présenteraient un risque similaire et mériteraient de bénéficier d'un coefficient *bêta* identique.

89. Pour ces différents motifs, la fixation du coefficient *bêta* à 0,73 par la CWaPE est manifestement erronée. Les Requérantes ont préconisé d'utiliser -au minimum- 0,75 comme valeur pour le coefficient *bêta*⁵⁰.

90. Le coefficient *bêta* fixé par la CWaPE n'est donc pas légalement justifié. Pour cette raison également, les Requérantes sollicitent donc l'annulation des articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

⁴⁸ Rapport NERA, 30 août 2022, Examen critique du projet de méthodologie tarifaire pour les gestionnaires de réseau électricité et gaz de la CWaPE (2024-2028), pièce 11 [confidentielle].

⁴⁹ Ou « actifs échoués ».

⁵⁰ Cette valeur est également la valeur préconisée par Tandem en page 32 de son rapport, pièce 12 [confidentielle].

(d) Le coût des fonds propres retenu par la CWaPE est contraire aux articles 4, §1^{er} et §2, 8° du Décret Tarifaire

91. Au vu de l'ensemble des raisons précitées, les Requérantes sollicitent de Votre Cour qu'elle annule les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023, en ce qu'ils violent les articles 4, §1^{er} et §2, 8° du Décret Tarifaire.

(ii) Sur le coût de la dette

92. Prenant conscience que « *les conditions de financement des entreprises ont fortement évolué* »⁵¹ depuis la publication du projet de méthodologie tarifaire le 1^{er} juin 2022, la CWaPE distingue désormais, pour le calcul du coût de la dette des GRD, le coût pour l'ancienne dette et la nouvelle dette. Le ratio « nouvelle dette » par rapport à la dette totale s'élève à 55%. Selon la CWaPE, « *ce ratio permet de tenir compte des besoins de refinancement et de l'émission de nouvelle dette pour financer les investissements relatifs à la transition énergétique* »⁵².

93. La CWaPE a commandé une étude du consultant CEPA afin d'adopter (ou plutôt de justifier *a posteriori*) sa méthodologie de fixation du coût de la dette⁵³. Sur cette base, la CWaPE a déterminé le coût de l'ancienne dette et le coût de la nouvelle dette.

Le coût de l'ancienne dette est basé sur l'indice composite « utilities » d'obligations d'entreprise de maturité 10 ans et de rating BBB+/BBB, index Bloomberg IGEEUB10, moyenne de 10 ans (1,70%).

Le coût de la nouvelle dette est basé sur l'indice composite « utilities » d'obligations d'entreprise de maturité 10 ans et de rating BBB+/BBB-, index Bloomberg IGEEUB10, moyenne de 6 mois (4,03%).

94. En appliquant cette nouvelle méthodologie, le résultat global du calcul du coût de la dette s'élève à 3,08%, ce qui est manifestement insuffisant.

(a) Le coût de la dette fixé par la CWaPE est contraire à l'article 4, §2, 12°, du Décret Tarifaire

95. La méthodologie appliquée par la CWaPE (et définie sur la base de l'étude de CEPA) se base encore sur des données historiques pour le calcul du coût de la dette, en violation de l'article 4, §2, 12°, du Décret Tarifaire. Ce dernier impose que « *les charges financières liées à un financement externe, pour autant qu'elles soient conformes aux bonnes pratiques des marchés, soient répercutées dans les tarifs* ». Cette disposition consacre le principe d'*embedded costs* (soit la prise en charge réelle du coût de la dette), qui implique non seulement que les GRD puissent répercuter les coûts des charges de

⁵¹ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 29.

⁵² Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 30.

⁵³ CEPA, *Cost of Debt methodologies. CWaPE*, 22 mai 2023 (Annexe F de la motivation de la Décision Attaquée du 31 mai 2023).

financement externes dans les tarifs mais également que le contrôle de la CWaPE se limite à veiller à ce que ces charges financières soient conformes aux bonnes pratiques des marchés.

96. Or, lors de la concertation sur le projet de méthodologie tarifaire 2019-2023, l'attention du régulateur avait déjà été attirée sur les conséquences et les risques potentiels associés à l'abandon du principe d'*embedded cost* qui permet d'éviter des bonus (les GRD n'ont pas vocation à faire des bonus sur leurs charges financières) ainsi que des malus (qui pourraient être un frein à l'investissement et impacter le niveau de qualité du service aux URD).

97. Conformément aux enseignements de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 117/2013 du 7 août 2013, nonobstant l'indépendance du Régulateur, le législateur wallon a le droit d'établir des lignes directrices en matière tarifaire.

98. La suppression de l'article 4, §2, 12°, du Décret Tarifaire avait été demandée par la CWaPE dans son avis de février 2021 sur la modification envisagée du Décret Tarifaire⁵⁴, mais cette demande de la CWaPE n'a pas été retenue dans le décret modificatif du 5 mai 2022. Le législateur wallon a donc confirmé le maintien de l'application de ce principe d'*embedded cost*.

Or, le modèle de régulation choisi par la CWaPE ne respecte pas ce principe. En effet, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 prévoit que le coût de la dette qui est inclus dans la formule du CMPC (plafonné à 3,08% par la CWaPE) n'est pas revu *ex post*. Certes, la CWaPE a introduit une distinction entre la nouvelle dette et l'ancienne dette avec un ratio et un taux différent selon le type de dette, reconnaissant explicitement que « *les conditions de financement des entreprises ont fortement évolué* »⁵⁵. Cependant, le coût des emprunts des GRD reste fixé à un taux théorique et forfaitaire prévu pour tous les GRD en début de période régulatoire et n'est pas adapté en cas d'évolution des taux d'intérêts en cours de période.

Par conséquent, si les charges financières liées à un financement externe dépassent en réalité le plafond fixé par la CWaPE, elles ne seront pas répercutées dans les tarifs et seront illégalement supportées par les GRD.

99. En cela, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 viole l'article 4, §2, 12° du Décret Tarifaire puisqu'elle ne permet pas aux GRD de répercuter les coûts des charges de financement externes réellement supportés dans les tarifs.

100. En outre, la CWaPE ne limite pas son contrôle à la vérification de ce que ces charges financières soient conformes aux bonnes pratiques des marchés.

Pourtant, la CWaPE ne constate pas – et démontre encore moins – que les charges financières supérieures au taux de 3,08% ne seraient pas conformes aux bonnes pratiques des marchés. Au contraire, c'est le propre d'un indice de constituer la moyenne se situant entre des valeurs supérieures et des valeurs inférieures.

⁵⁴ CWaPE, avis CD-21f18-CWaPE-1879.

⁵⁵ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 29.

101. Enfin, les Requérantes notent que si la CWaPE tente de justifier sa méthode au moyen de l'étude commandée auprès de CEPA, la CWaPE, sur plusieurs points, ne tire pas toutes les conséquences de celle-ci. En effet, l'étude de CEPA, entre autres :

- reconnaît explicitement que les données historiques ne sont pas toujours représentatives des attentes en matière de taux futurs, et qu'au moins trois alternatives existent et sont utilisées par d'autres régulateurs⁵⁶ ;
- note que les prévisions futures peuvent être plus représentatives de la réalité que des données historiques ou contemporaines (même si la précision n'est pas garantie) ;
- soulève que les données de résultat (« *outturn data* ») seront impartiales et précises, reflétant les réalités du marché, même si cela intervient au prix d'un certain degré d'incertitude sur les futurs rendements. Par ailleurs, même si ces données peuvent être perçues comme introduisant de la complexité dans les calculs, l'utilisation des mécanismes d'ajustement par plusieurs régulateurs démontre que cette complexité n'est pas un obstacle à leur application⁵⁷.

102. En conclusion, vu la formule CMPC utilisée par la CWaPE, sans mécanisme de révision *ex post*, l'article 4, §2, 12° du Décret Tarifaire est violé puisque les coûts de financement externes des GRD ne sont pas strictement compensés par le coût de la dette retenu par la CWaPE. Si les coûts de financement externes des GRD dépassent le coût de la dette retenu par la CWaPE dans sa formule, ils viendront en déduction de sa marge bénéficiaire équitable.

103. Pour ces motifs, les Requérantes demandent à Votre Cour d'annuler les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

(b) Le coût de la dette fixé par la CWaPE est contraire aux articles 4, §1^{er} et §2, 8°, du Décret Tarifaire

104. Au vu des éléments qui précèdent, les Requérantes concluent que la valeur des paramètres fixés par le régulateur dans la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 ne rencontre pas les objectifs annoncés, puisqu'elles ne répondent pas aux attentes du marché et que dès lors la CWaPE ne respecte également pas le prescrit de l'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire. Dans une formule CMPC, il convient que le coût de la dette retenu soit suffisamment réaliste pour ne pas priver le GRD de la marge bénéficiaire équitable à laquelle il a légalement droit. Puisque ce n'est pas le cas, l'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire est violé.

105. Par ailleurs, les GRD n'ont que peu de contrôle sur les taux d'intérêts applicables à leurs dettes. Ceux-ci dépendent des conditions des marchés financiers prévalant au moment où la dette est contractée. Ces conditions de marché sont fonction de paramètres

⁵⁶ CEPA, *Cost of Debt methodologies. CWaPe*, 22 mai 2023, p. 16 (Annexe F de la motivation de la Décision du 31 mai 2023).

⁵⁷ CEPA, *Cost of Debt methodologies. CWaPe*, 22 mai 2023, p. 17 (Annexe F de la motivation de la Décision du 31 mai 2023).

de marché (taux IRS) et des risques de crédits (« spreads de crédit ») qui fluctuent fortement dans le temps et sur lesquels les GRD n'ont aucune emprise. Cela signifie concrètement que la CWaPE fait supporter aux GRD l'intégralité du risque des taux d'intérêts sur les marchés financiers pendant les six prochaines années.

Il est clair qu'une telle régulation tarifaire n'est ni stable ni prévisible. Dans l'hypothèse – improbable – d'une baisse des taux d'intérêts, les GRD bénéficieraient d'un effet d'aubaine en maintenant à charge des URD des tarifs comparativement plus élevés que ce que justifient leurs charges d'intérêts. Dans l'hypothèse inverse – beaucoup plus plausible – d'une hausse des charges d'intérêts supplémentaires non récupérables par les tarifs, cela reviendra à réduire la MBE des GRD, et donc la REMCI des actionnaires.

106. Il s'agit d'une violation manifeste des principes de stabilité et de prévisibilité tarifaires, alors que ceux-ci doivent, aux termes de l'article 4, §1^{er}, alinéa 1^{er} du Décret Tarifaire, permettre aux marchés financiers d'évaluer les GRD avec une sécurité raisonnable.

Par conséquent, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 viole les articles 4, §1^{er} et §2, 8° et 12°, du Décret Tarifaire.

107. Pour ces motifs également, les Requérantes demandent à Votre Cour d'annuler les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

B. Sur la fixation du pourcentage de rendement autorisé applicable à la plus-value de réévaluation

108. Tout comme le pourcentage de rendement autorisé applicable à la RAB hors plus-value de réévaluation, le pourcentage de rendement autorisé applicable à la plus-value de réévaluation est fixé *ex ante* et n'est pas revu *ex post* (article 34 de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029).

Le pourcentage de rendement autorisé de chaque année de la période régulatoire 2025-2029 et des années 2030-2035 qui s'applique à la plus-value de réévaluation décroît d'un dixième par an, afin d'atteindre zéro à partir de l'année 2035.

Dans la Décision Attaquée du 31 mai 2023, la CWaPE a décidé de maintenir la dégressivité du CMPC appliqué sur la plus-value de réévaluation « *mais d'étendre la période de 5 à 10 ans dans un objectif de stabilité et de prévisibilité, et afin d'adoucir encore l'évolution entre la période régulatoire 2019-2023 (avec la méthodologie 2019-2023 prolongée en 2024 qui maintient 100% du CMPC cette année-là) et la période régulatoire 2025-2029. En d'autres termes, la diminution du CMPC sera de 1/10 par an au lieu de 1/5 par an sur la période 2025-2029. La CWaPE estime ainsi atteindre un équilibre entre les préoccupations des GRD et leurs actionnaires en matière de finances et les préoccupations des URD en termes de justification des coûts pris en compte dans les tarifs de distribution (voir en particulier les réactions de la FEBEG, FEBELIEC et l'UWE)* »⁵⁸.

⁵⁸ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 43.

109. Toutefois, cet équilibre n'est pas atteint. La CWaPE donne en effet une série de raisons qui, selon elle, l'ont poussée à ne pas supprimer cette dégressivité du taux. Les Requérantes détaillent ci-après les motifs qui empêchent de suivre le raisonnement de la CWaPE.

110. Tout d'abord, la CWaPE insiste sur la marge d'appréciation dont elle bénéficie afin d'établir la méthodologie tarifaire, ce qui aurait pour conséquence que « *les GRD ne jouissent pas d'un droit à une équivalence financière entre les rémunérations équitables fixées par des méthodologies tarifaires successives* »⁵⁹. Cependant, la CWaPE doit, lorsqu'elle invoque ce « droit à la modification », respecter le cadre législatif applicable, en particulier les articles 4, §1^{er} et 4, §2, 8° du Décret Tarifaire, ainsi que le principe de régulation stable et prévisible. Or, comme il sera exposé ci-dessous par les Requérantes, la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 viole ces dispositions.

111. Ensuite, la CWaPE prétend que la dégressivité -et ensuite la suppression- du rendement autorisé sur la plus-value de réévaluation entraînerait uniquement des répercussions négatives sur le bilan comptable des GRD et une destruction de valeur pour les actionnaires en raison de la méthode comptable choisie par les GRD. Elle ajoute que ce choix serait « *inopposable à la CWaPE* » et que la méthode de valorisation serait en tout état de cause « *contestable et inadaptée avec la ratio legis poursuivie par les décrets électricité et gaz* »⁶⁰.

Cet argument de la CWaPE est erroné à un double titre.

D'une part, la CWaPE ne démontre pas qu'une autre méthode comptable permettrait de maintenir la valorisation des entreprises que constituent les GRD malgré la suppression du pourcentage autorisé sur la plus-value de réévaluation. Or, la CWaPE ne saurait renverser la charge de la preuve car, si elle veut démontrer le respect des articles 4, §1^{er}, et 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire, elle doit rapporter la preuve qu'une autre méthode comptable permettrait d'atteindre le même résultat. Autrement, cet argument n'est pas valable.

D'autre part, la CWaPE ne peut tirer aucune conséquence de la nature particulière des intercommunales (en ce qu'elles poursuivent des services d'intérêt général), actionnaires des GRD. En effet, l'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire oblige spécifiquement la CWaPE à mettre en place « *une rémunération équitable du capital investi [qui] assure aux associés ayant investi dans le réseau de distribution un taux de rendement stable et suffisant afin que le GRD puisse faire face à ses obligations sur le long terme* ». Les Requérantes insistent sur le fait que cette disposition n'instaure aucune différence quant à la nature des associés auquel il est fait référence. Les intercommunales formulent donc une demande légitime lorsqu'elles s'inquiètent de la destruction de valeur substantielle qu'entraînera la dégressivité et la suppression du rendement autorisé sur la plus-value de réévaluation.

112. En outre, la CWaPE considère qu'il faudrait, afin d'apprécier la dégressivité du pourcentage de rendement autorisé sur la plus-value de réévaluation, prendre en compte

⁵⁹ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 43.

⁶⁰ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 44.

l'ensemble de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, en particulier les changements intervenus depuis le projet du 1^{er} juin 2022. Ce contexte global permettrait, toujours selon la CWaPE, de maintenir une rémunération équitable respectant le Décret Tarifaire.

Cet argument est trompeur.

En effet, la plupart des changements intervenus qui sont listés par la CWaPE en pages 46 et 47 de sa motivation annexée à la Décision Attaquée du 31 mai 2023 (pièce 2) concernent des modifications apportées *au projet* de la méthodologie tarifaire 2024-2028. Or, lorsqu'on compare ces éléments à ceux qui étaient repris dans la méthodologie tarifaire 2019-2023, on constate que l'on aboutit toujours à une baisse significative de la MBE sur la période régulatoire 2025-2029 en comparaison avec la période régulatoire 2019-2023. Pour les raisons développées tout au long du présent recours, cette baisse n'est pas justifiée.

113. Enfin, la CWaPE considère qu'elle serait uniquement compétente « *pour déterminer une marge bénéficiaire équitable répondant aux critères fixés par le décret tarifaire et qu'il ne lui revient pas de fixer celle-ci en fonction des besoins des communes. La CWaPE n'est en outre pas compétente pour déterminer l'utilisation qui serait faite de la marge bénéficiaire équitable qu'elle fixe et par conséquent, pour déterminer la hauteur des dividendes reversés aux actionnaires. Cette décision revient, en effet, aux organes décisionnels du GRD* »⁶¹.

A nouveau, le Régulateur adopte une interprétation erronée de la législation applicable.

L'article 4, §2, 8°, du Décret Tarifaire oblige explicitement la CWaPE à prévoir une rémunération équitable des capitaux investis dans les actifs régulés qui assure aux associés ayant investi dans le réseau de distribution un taux de rendement stable et suffisant afin que le GRD puisse faire face à ses obligations sur le long terme. Par voie de conséquence, la CWaPE est non seulement compétente, mais également obligée, de fixer une MBE qui tienne compte des intérêts des Requérantes (et de leurs communes associées), puisque ces dernières sont les associés auxquels un taux de rendement *stable et suffisant* doit être assuré. En décider autrement reviendrait à violer cette disposition.

114. Pour l'ensemble des raisons précitées, la CWaPE ne respecte pas la législation applicable et les principes généraux du droit, tel qu'il sera développé ci-après.

Pour ces raisons, les Requérantes sollicitent que Votre Cour annule les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

⁶¹ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 47.

§3. Troisième moyen (d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) : la distinction introduite entre la MBE relative à la RAB hors plus-value de réévaluation et la MBE relative à la plus-value de réévaluation viole l'article 4, §1^{er}, et §2, 8°, du Décret Tarifaire, ainsi que les principes de régulation stable et prévisible, de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination

115. Le troisième moyen est pris de la violation, par la Décision Attaquée du 31 mai 2023, de l'article 4, §1^{er}, et §2, 8°, du Décret Tarifaire, ainsi que des principes de régulation stable et prévisible, de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination, en ce qu'elle introduit une distinction entre la MBE relative à la RAB hors plus-value de réévaluation et la MBE relative à la plus-value de réévaluation, cette dernière étant réduite d'un dixième par an puis supprimée au bout de 10 ans, en rupture totale avec les décisions prises au cours des périodes régulatoires antérieures en matière de valeur des actifs régulés.

116. Dans la Décision Attaquée du 31 mai 2023 (page 9), la CWaPE motive la différence introduite entre la MBE relative à la RAB hors plus-value de réévaluation et la MBE relative à la plus-value de réévaluation en considérant que « *la réévaluation à l'origine des plus-values iRAB et indexation historique constituant une opération purement comptable, elle n'a nécessité, dans les faits, aucun investissement de capitaux pour les financer, contrairement aux actifs régulés* ».

Toujours selon la CWaPE, cette distinction permettrait de « *corriger l'avantage ainsi versé aux actionnaires des GRD sur la plus-value de réévaluation, en réduisant progressivement le pourcentage de rendement appliqué sur la plus-value de réévaluation, d'un dixième par an sur la période régulatoire susvisée. À partir de 2035, plus aucune rémunération ne devrait être perçue par les GRD sur la plus-value de réévaluation* »⁶².

Enfin, la CWaPE motive sa décision en s'appuyant sur la décision de la VREG de supprimer progressivement la rémunération sur les plus-values à partir de 2021, laquelle se base elle-même sur une étude d'*Europe Economics* commandée par la VREG.

Les Requérantes démontrent ci-après en quoi le raisonnement de la CWaPE ne peut pas être suivi, puisqu'il est contraire à la législation applicable ainsi qu'aux principes de bonne administration.

A. Les Décisions sont contraires à l'article 4, §1^{er} et §2, 8° du Décret Tarifaire, ainsi qu'au principe de régulation stable et prévisible

117. Selon la CWaPE, il ressort de l'article 4, § 2, 8°, du Décret Tarifaire que la rémunération équitable que la méthodologie tarifaire octroie aux GRD ne concerne que les capitaux investis dans les actifs régulés. Or, il apparaît injustifié, selon la CWaPE, d'imposer aux utilisateurs de réseaux de distribution (« URD ») de continuer à rémunérer, au travers des tarifs de distribution, des investissements qui n'auraient en réalité pas eu

⁶² Décision Attaquée du 31 mai 2023, pièce 1, page 9.

lieu, puisque la réévaluation à l'origine des plus-values iRAB et indexation historique constituerait selon la CWaPE une opération purement comptable.

Cette affirmation ne correspond cependant pas à la réalité. La plus-value de réévaluation est plus qu'une opération comptable. L'établissement de la RAB initiale est un fondement important de la régulation, car la RAB en ce compris la plus-value de réévaluation détermine la valeur de l'entreprise, de la même manière qu'elle détermine la valeur en cas de rachat/vente d'actions, comme cela a été confirmé lors du rachat des parts d'Electrabel (voyez ci-dessus, §47). Elle constitue aussi un élément important pour la politique de financement. La RAB sert de garantie dans les financements externes par les banques et/ou investisseurs institutionnels. Il faut également rappeler que les actionnaires investissent dans la société que constitue le GRD et non pas directement dans l'actif régulé. Comme indiqué ci-dessus (voyez les §§45 et s.), ne pas rémunérer la plus-value résulte en une destruction de valeur et donc un appauvrissement collectif des actionnaires – à savoir les communes wallonnes. La démarche s'apparente à une expropriation partielle.

118. Dans son deuxième argument la CWaPE invoque l'étude commandée par la VREG. La CWaPE ne fait cependant référence qu'à une citation partielle de l'étude. Dans son étude pour la VREG sur le plafonnement des prix, *Europe Economics* décrit trois positions possibles pour un régulateur sans pour autant que l'auteur ne prenne position. Au contraire, l'auteur souligne les problèmes potentiels majeurs si la méthodologie venait à être modifiée. Les trois positions mises en avant par l'auteur ne conduisent pas à identifier les plus-values de réévaluation comme un actif distinct et les deux premières ne conduisent pas à les exclure de la rémunération. Par contre, l'auteur mentionne plusieurs problèmes en cas de changement d'approche régulatoire. Le premier concerne la destruction de valeur dont mention ci-dessus, qu'elle concerne toute vente d'actions ou toute dette pour laquelle la RAB a servi de capital implicite ou explicite. La deuxième conséquence négative est que les consommateurs paieront moins que ce qu'ils paieraient dans un marché libre et non régulé avec une concurrence efficace. Maintenir les tarifs artificiellement bas introduit une distorsion du marché. La valeur réelle du réseau doit être rémunérée et les tarifs doivent refléter le prix correct.

119. Ensuite, le Décret Tarifaire ne contredit pas l'analyse économique qui a été acceptée par les régulateurs, les gouvernements et les législateurs du passé. Aucun extrait des travaux préparatoires ni aucun commentaire du Décret Tarifaire ne soutient ce changement.

Vis-à-vis de la « rémunération équitable des capitaux investis », l'article 4, §2, 8°, ne fixe aucune méthode de calcul. Il impose un objectif qui est de « permettre au [GRD] de réaliser les investissements nécessaires à l'exercice de ses missions et d'assurer l'accès aux différentes sources de financement de ses activités, le renouvellement et le développement des infrastructures. La rémunération équitable du capital investi assure aux associés ayant investi dans le réseau de distribution un taux de rendement stable et suffisant afin que le gestionnaire du réseau de distribution puisse faire face à ses obligations sur le long terme. »

La disposition mentionne également certains critères d'appréciation qui sont parfaitement respectés par la plus-value iRAB : « *[c]ette rémunération répond aux attentes du marché pour des activités présentant un profil de risque comparable. Les paramètres la définissant, y compris la structure de financement sont fixés conformément aux pratiques d'activités comparables dans les pays limitrophes* ».

120. L'article 4, §1^{er}, du Décret Tarifaire prévoit quant à lui que la CWaPE « *veille à maintenir la cohérence des décisions prises au cours des périodes régulatoires antérieures en matière de valeur des actifs régulés* ».

Cette disposition est issue de la législation fédérale⁶³, telle que modifiée par la loi du 8 janvier 2012, et a été reprise (et légèrement modifiée) par le législateur wallon lors de l'élaboration du Décret Tarifaire⁶⁴.

Elle interdit à la CWaPE d'exclure la plus-value iRAB de la RAB, alors qu'il a toujours été admis jusqu'à présent que celle-ci en faisait partie. En effet, le texte est clair et restreint la possibilité de la CWaPE de s'écarte de ses décisions antérieures en matière de valorisation des actifs régulés, si une telle modification ne maintient pas la cohérence des décisions successives.

121. Cette conclusion est renforcée par la position que la CREG a exprimée à ce sujet lors de la modification des législations fédérales par la loi du 8 janvier 2012.

La CREG avait critiqué l'adoption de ce principe en indiquant qu'elle lui interdisait de modifier la valeur de la RAB :

*« le projet de loi tente de lier le régulateur à des décisions prises durant des périodes régulatoires précédentes, et ce, d'une manière tellement spécifique que l'on peut même y lire une interdiction de modifier la valeur "regulated asset base" (RAB). Pourtant, les directives prévoient expressément que les approbations d'un régulateur ne portent pas préjudice à une future utilisation dûment motivée de ses compétences »*⁶⁵.

La CREG avait introduit un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle contre la disposition précitée (parmi d'autres), en insistant sur le fait qu'elle devait « *pouvoir prendre des décisions tarifaires en rupture avec le passé, par exemple en cas de constat de fraude dans la valorisation des actifs, d'adaptation du caractère incitatif des tarifs, voire de changement de politique. L'instruction émanant de la loi ne semble viser que l'intérêt des gestionnaires de réseau* »⁶⁶.

⁶³ Article 12bis, § 9, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et article 15/5bis, § 9, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations : « *La commission [...] veille à maintenir la continuité des décisions qu'elle a prises au cours des périodes régulatoires antérieures, notamment en matière d'évaluation des actifs régulés* ».

⁶⁴ L'ordonnance bruxelloise du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale et le décret flamand du 8 mai 2009 portant les dispositions générales en matière de politique énergétique ne comprennent pas de disposition similaire.

⁶⁵ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n°53-1725/008, p. 74.

⁶⁶ C.C., 7 août 2013, n°117/2013, A.30.2.

Dans cette procédure, le Conseil des ministres avait répondu qu'une telle continuité était nécessaire afin d'inciter les gestionnaires de réseaux à y réaliser les investissements nécessaires, et qu'elle procédait d'un équilibre « *entre l'indépendance du régulateur et la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché énergétique en rassurant les gestionnaires du réseau amenés à procéder à des investissements* »⁶⁷.

La Cour constitutionnelle a rejeté le moyen d'annulation contre les dispositions fédérales précitées en mettant en évidence la nécessité pour les gestionnaires de réseaux de « *pouvoir procéder à des investissements à long terme et, dès lors, être assurés d'une certaine stabilité ou prévisibilité des prix et des méthodologies tarifaires* »⁶⁸.

122. En conséquence, la CWaPE ne peut pas modifier l'évaluation des actifs régulés comme elle le fait dans la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 (à savoir réduire puis exclure le taux de rendement autorisé sur la plus-value iRAB) sans violer l'article 4, § 1^{er}, du Décret Tarifaire.

123. Dans la motivation de la Méthodologie Tarifaire 2025-2029, la CWaPE soutient que l'article 4, § 1^{er}, du Décret Tarifaire serait respecté car l'amortissement de la plus-value iRAB au taux annuel de 2% serait maintenu. Seul le taux de rendement calculé sur la plus-value iRAB serait progressivement réduit jusqu'à son annulation. Cet argument est spacieux. L'objectif même de la plus-value iRAB est de constituer une base de calcul pour une rémunération des GRD. Les travaux préparatoires et l'arrêt de la Cour constitutionnelle précités sont rédigés en ce sens et confirment que la protection de la valeur des actifs régulés est destinée à assurer la stabilité des tarifs (lire : demeurer une base de calcul pour la MBE). Cette disposition ne vise pas à maintenir la plus-value iRAB dans une rubrique comptable improductive.

La CWaPE ne peut pas non plus tirer argument de l'évolution de la régulation en Région flamande. En effet, contrairement au Décret Tarifaire wallon, le décret flamand du 8 mai 2009 ne comporte pas de disposition en rapport avec les décisions antérieures en matière de valeur des actifs régulés. Le cadre législatif différent empêche toute comparaison utile.

Enfin, la suppression de la rémunération sur la plus-value de réévaluation ayant un impact sur la valeur du réseau et étant en rupture totale avec les réglementations précédentes, cela envoie un signal extrêmement négatif aux investisseurs et aux banques. En effet, la stabilité régulatoire et la valeur du réseau constituent des garanties absolues auprès de ceux-ci.

Les GRD sont des entreprises à forte intensité de capitaux qui ont besoin d'un environnement régulatoire stable pour éviter de décourager les investisseurs et accroître les coûts de financement. Cette suppression de rémunération sur la plus-value iRAB aura nécessairement pour conséquence de réduire l'intérêt des investisseurs.

⁶⁷ C.C., 7 août 2013, n°117/2013, A.30.3.

⁶⁸ C.C., 7 août 2013, n°117/2013, B.32.3 et B.33.3.

124. En conclusion, la décision de la CWaPE d'exclure progressivement la plus-value iRAB de la base de calcul de la MBE viole (i) l'article 4, § 2, 8°, du Décret Tarifaire en ce qu'elle affecte significativement la capacité des GRD d'accéder aux différentes sources de financement de ses activités, et (ii) l'article 4, §1^{er}, alinéa 1^{er} du même décret en ce qu'elle ne maintient pas la cohérence avec les décisions prises au cours des périodes régulatoires antérieures en matière de valeur des actifs régulés, et en ce qu'elle affecte significativement la capacité des GRD de se faire évaluer sur les marchés financiers avec une sécurité raisonnable.

Pour ces raisons, Votre Cour doit annuler les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

B. Les Décisions violent les principes de sécurité juridique, de confiance légitime, d'égalité et de non-discrimination

125. Le principe de confiance légitime est considéré comme un principe de bonne administration obligeant l'autorité à prendre ses décisions individuelles en conformité avec ses lignes de conduite, une pratique administrative ou des engagements pris et des promesses faites antérieurement, afin d'éviter de léser les attentes légitimes que l'administré met dans l'action de l'administration⁶⁹. Le principe de confiance légitime interdit donc à l'administration de briser la confiance qu'elle a créée dans le chef de l'administré, sauf motifs impérieux d'ordre public⁷⁰.

126. Le principe de sécurité juridique peut être défini comme le principe selon lequel le contenu du droit doit en principe être prévisible et accessible de sorte que le sujet de droit puisse prévoir à un degré raisonnable, les conséquences juridiques d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise⁷¹.

127. Enfin, les articles 10 et 11 de la Constitution sont les garants des principes d'égalité et de non-discrimination.

Le principe d'égalité et de non-discrimination est également rappelé dans la ligne directrice prévue à l'article 4, §2, 1°, du Décret Tarifaire que la CWaPE doit respecter lorsqu'elle établit la Méthodologie Tarifaire.

128. En l'espèce, ces principes sont violés par la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

129. Comme développé ci-dessus, la CWaPE a opéré une rupture totale avec ses décisions précédentes en ce qu'elle décide de supprimer progressivement la MBE sur la plus-value iRAB sur 10 ans.

En cela, la CWaPE viole, outre le principe de cohérence avec les décisions prises au cours des périodes régulatoires antérieures (consacré à l'article 4, §1^{er}, du Décret Tarifaire), les

⁶⁹ P. Bouvier, *Eléments de droit administratif*, De Boeck, Bruxelles, 2002, pp. 49-50, n°42.

⁷⁰ D. Dero-Bugny, « Chapitre VIII. - Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime » in *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 651-669.

⁷¹ C.A. n°25/90, 5 juillet 1990, R.C.J.B, 1991, p. 621.

principes de sécurité juridique et confiance légitime puisqu'elle brise les attentes légitimes que les investisseurs (dont les Requérantes) avaient placées en investissant dans les GRD. La CWaPE réduit en pratique considérablement leur rémunération alors que la MBE sur la plus-value de réévaluation en a toujours fait partie jusqu'ici.

Dans sa motivation, la CWaPE reconnaît elle-même explicitement qu'elle « *est tenue de maintenir la cohérence avec les décisions régulatoires antérieures relatives à la valeur des actifs régulés* »⁷². Pourtant, elle poursuit en n'appliquant ce principe qu'à la seule plus-value indexation historique : « *[la CWaPE] ne peut dès lors modifier le traitement de la plus-value indexation historique* »⁷³. La CWaPE ne justifie pas en quoi la modification du traitement de la plus-value de réévaluation iRAB serait conforme au principe de cohérence avec les décisions antérieures alors qu'elle reconnaît elle-même que la modification du traitement de la plus-value indexation historique ne serait pas conforme au prescrit de l'article 4, §1^{er}, du Décret Tarifaire.

130. En outre, en ce qui concerne la plus-value indexation historique, la CWaPE reconnaît explicitement que la différence de traitement de la plus-value indexation historique entre les GRD est source de discrimination et se justifie en indiquant que cette différence de traitement « *n'est pas créée par la présente méthodologie mais existe dans les faits, depuis l'apparition des différentes plus-values de réévaluations* »⁷⁴. La CWaPE reconnaît donc qu'il existe bien une discrimination entre GRD et que la Méthodologie Tarifaire 2025-2029 maintient cette violation des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

131. Enfin, lorsqu'elle indique explicitement que son choix de supprimer la MBE sur la plus-value de réévaluation est justifié par le fait que « *la CWaPE souhaite corriger l'avantage ainsi versé aux actionnaires des GRD sur la plus-value de réévaluation* »⁷⁵, elle reconnaît qu'elle rompt avec ses décisions régulatoires antérieures au préjudice des Requérantes. En cela, la CWaPE viole également le principe de sécurité juridique, puisqu'elle prend une décision qui était totalement imprévisible lors des périodes régulatoires antérieures.

Dès lors, en ce qu'elle revient sur le cadre que la CWaPE a fixé explicitement dans ses décisions précédentes, la Décision Attaquée du 31 mai 2023 ne respecte pas les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, et crée une différence de traitement non justifiée en violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

132. Pour ces raisons également, les Requérantes sollicitent de Votre Cour l'annulation des articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023.

⁷² Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 21.

⁷³ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 21.

⁷⁴ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 22.

⁷⁵ Motivation annexée à la Décision du 31 mai 2023, pièce 2, p. 21.

§4. Quatrième moyen (d'annulation partielle de la Décision Attaquée du 31 mai 2023) : la CWaPE viole son obligation de motivation

133. Le quatrième moyen est pris de la violation, par la Décision Attaquée du 31 mai 2023, de l'obligation de motivation qui s'impose à la CWaPE, en ce qu'elle ne répond pas à tous les arguments invoqués ou le fait de manière lacunaire et insatisfaisante.

134. La CWaPE est tenue par une obligation de motivation formelle⁷⁶ et matérielle de ses décisions. Cette obligation de motivation trouve son fondement non seulement dans les textes légaux, mais aussi dans les principes généraux de droit administratif.

L'obligation de motivation des décisions du régulateur découle notamment de l'article 60.7 de la Directive Électricité et de l'article 41.16 de la Directive Gaz, qui sont transposés à l'article 50 du Décret Electricité, lequel stipule que :

« *La CWaPE motive ses décisions.*

Les modalités applicables pour ces motivations sont précisées dans le règlement d'ordre intérieur du comité de direction, eu égard notamment aux principes suivants:

1° la motivation reprend l'ensemble des éléments sur lesquels est basée la décision ;

2° les entreprises d'électricité ont la possibilité, préalablement à la prise d'une décision les concernant, de faire valoir leurs commentaires ;

3° la suite donnée à ces commentaires est justifiée dans la décision finale » (nous soulignons).

Les travaux préparatoires du Décret Tarifaire rappellent que « *la CWaPE motive sa décision relative à la méthodologie tarifaire notamment au regard des principes énoncés [à l'article 4 du Décret Tarifaire]* »⁷⁷.

135. Dans le cadre de l'adoption des méthodologies tarifaires, l'obligation de motivation matérielle veut que la CWaPE justifie les choix sous-jacents de la méthodologie tarifaire et les raisons de la non-prise en compte des remarques émises par les GRD⁷⁸. Ainsi, lorsqu'une décision repose sur des motifs de nature économique ou technique, la motivation doit reprendre tous les éléments qui justifient cette décision. Lorsque ces choix reposent sur une comparaison, la motivation doit comprendre toutes les données prises en compte pour établir cette comparaison.

136. En l'espèce, la Décision Attaquée du 31 mai 2023 est affectée des défauts de motivation développés tout au long du présent recours (voy. ci-dessus, les deuxième et troisième moyens). La CWaPE n'a pas tenu compte d'un certain nombre de remarques faites par les GRD dans leurs avis formels du 31 août 2022, et les réponses (lacunaires)

⁷⁶ Comme tout acte administratif, les décisions de la CWaPE sont soumises à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

⁷⁷ Doc. Parl. , Parl. w., 2015-2016, n° 576/1, p. 8.

⁷⁸ Voy. en ce sens, Commission européenne, *Interpretative note on directive 2009/72/CE 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*, 22 janvier 2010, p. 5.

apportées par la CWaPE aux critiques formulées par les GRD lors de la procédure de concertation, et par les Requérantes dans la Plainte en réexamen, ne sont pas satisfaisantes.

A titre d'exemple, en ce qui concerne le coût des fonds propres, la CWaPE ne motive pas, ou à tout le moins pas de manière satisfaisante (quand elle prend la peine de répondre aux remarques formulées) en quoi (i) le taux sans risque fixé à 1,64% répondrait aux attentes du marché alors qu'il est manifestement insuffisant au regard des valeurs prévisionnelles issues des publications du Bureau Fédéral du Plan, de l'horizon d'investissement des GRD et du profil de risque de la Région wallonne (comparé à celui de l'Etat fédéral belge), (ii) la prime de risque marché fixée sur une base historique à 4,7% répondrait aux attentes du marché alors qu'elle ignore complètement les conditions actuelles du marché, et (iii) le calcul du facteur *bêta* répondrait aux attentes du marché alors qu'il ne tient pas compte, entre autres, de la structure du capital, laquelle a un effet significatif sur le coût des capitaux propres.

137. La CWaPE viole donc également son obligation de motivation. Dès lors, il y a lieu pour Votre Cour d'annuler les articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023 pour ce motif également et d'enjoindre ainsi à la CWaPE de prendre une nouvelle décision adoptant une méthodologie complète et conforme au Décret Tarifaire.

POUR CES MOTIFS

Sous toute réserve et sans aucune reconnaissance préjudiciable,

PLAISE A LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES

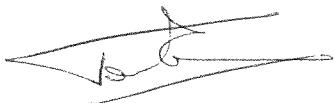
De déclarer le recours des Requérantes recevable et fondé ;

De prononcer l'annulation totale de la Décision Attaquée du 21 septembre 2023 et l'annulation des articles 17 à 34 de la Décision Attaquée du 31 mai 2023 ;

En toute hypothèse, de condamner la CWaPE aux entiers dépens de l'instance en ce compris l'indemnité de procédure au montant de base de 1800€.

Bruxelles, le 23 octobre 2023,

Pour les Requérantes,
leurs conseils



Xavier TATON
Avocat



Sacha VANDERVEKEN
Avocat

Inventaire des pièces

de M^{es} Xavier Taton et Sacha Vanderveken, conseils de CNEO, IDEFIN, SOFILUX,
FINOST-FINEST, FINIMO, IPFBW, IEG, IFIGA et IPFW,

en cause de

CNEO, IDEFIN, SOFILUX, FINOST-FINEST, FINIMO, IPFBW, IEG, IFIGA et IPFW

/ CWAPE

(Cour des marchés de la Cour d'appel de Bruxelles)

1. Décision de la CWAPE du 31 mai 2023 référencée CD-23e31-CWaPE-0773 relative à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et de gaz actifs en Région wallonne pour la période régulatoire 2025-2029 ;
2. Motivation annexée à la décision de la CWAPE du 31 mai 2023 référencée CD-23e31-CWaPE-0773 et son annexe F ;
3. Plainte en réexamen déposée le 30 juin 2023 par les Requérantes auprès de la CWAPE ;
4. Courier de la CWAPE du 7 juillet 2023 contenant une demande d'informations complémentaires aux Requérantes ;
5. Courier du conseil des Requérantes à la CWAPE du 31 juillet 2023 [confidentiel] et échange d'emails entre le conseil des Requérantes et le Président de la CWAPE des 11 et 12 septembre 2023 ;
6. Courier du conseil des Requérantes à la CWAPE du 10 août 2023 ;
7. Courier de la CWAPE au conseil des Requérantes du 17 août 2023 ;
8. Courier des GRD à la CWAPE du 12 septembre 2023 ;
9. Courier de la CWAPE aux GRD du 15 septembre 2023 ;
10. Décision de la CWAPE référencée CD-23i21-CWaPE-0801, adoptée par le Comité de direction de la CWAPE en date du 21 septembre 2023 et notifiée aux Requérantes par un courrier recommandé du 25 septembre 2023 ;
11. Rapport de NERA du 30 août 2022, intitulé « Examen critique du projet de méthodologie tarifaire pour les gestionnaires de réseau électricité et gaz de la CWAPE (2024-2028) » [confidentiel] ;
12. Rapport de TANDEM de juillet 2022, intitulé « Analyse des paramètres financiers utilisés pour le calcul de la rémunération équitable des capitaux investis » [confidentiel].