



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 59.338/4
du 25 mai 2016

sur

« un projet d'arrêté du Gouvernement wallon présentant le
projet de décret relatif à la méthodologie tarifaire applicable
aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et
d'électricité »

Le 26 avril 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Énergie de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur « un projet d'arrêté du Gouvernement wallon présentant le projet de décret relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité ».

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 25 mai 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Martine BAGUET et Bernard BLERO, conseillers d'État, Christian BEHRENDT, assesseur, et Colette GIGOT, greffier.

Le rapport a été présenté par Patrick RONVAUX, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 mai 2016.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet se donne pour objet de fixer le cadre juridique dans le respect duquel la CWAPE sera appelée à déterminer la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité.

L'octroi de cette compétence à la CWAPE est imposé par la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE' (ci-après « la directive 2009/72/CE ») et la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz et abrogeant la directive 2003/54/CE' (ci-après « la directive 2009/73/CE »).

Comme le mentionne l'exposé des motifs de l'avant-projet, l'encadrement de la fixation de la méthodologie tarifaire par l'organe de régulation wallon (la CWAPE) s'inspire des principes qui ont fondé la fixation, avant la régionalisation de la compétence tarifaire en matière de réseaux de distribution d'électricité et de gaz¹, de cette même méthodologie par l'organe de régulation fédéral (la CREG), principes qui ont été introduits par la loi du 8 janvier 2012 'portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation' sur l'avant-projet de laquelle la section de législation du Conseil d'État a donné le 31 mai 2011 l'avis 49.570/3².

2. Dans cet avis 49.570/4, la section de législation a notamment formulé l'observation suivante :

« 30. Les articles 12 et 12bis, en projet, de la loi sur l'électricité (articles 16 et 17 du projet) comprennent des réglementations plutôt parallèles pour la fixation de la méthodologie tarifaire et l'approbation des tarifs en ce qui concerne respectivement, le gestionnaire de réseau de transport et les gestionnaires de réseaux de distribution.

La conformité de ces dispositions doit être vérifiée au regard de l'article 37, paragraphe 6, a), de la directive 2009/72/CE. Selon cette dernière disposition, la

¹ Voir l'article 19 de la loi spéciale du 6 janvier 2014 'relative à la Sixième Réforme de l'État'.

² *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1725/1, pp. 262-329.

compétence de fixer ou d'approuver les tarifs ou à tout le moins la méthodologie tarifaire relève de la compétence des autorités de régulation. Cette compétence ne peut donc pas être confiée à d'autres organes ni faire l'objet d'instructions interdites, destinées à l'autorité de régulation.

À cet égard, la Commission européenne a précisé que le régime juridique relevant du troisième paquet énergie diverge considérablement de l'ancien régime ^[...]:

'The [National Regulatory Agency]'s core duty as regards tariffs is stipulated in Article 37(1)(a) of the Electricity Directive and Article 41(1)(a) of the Gas Directive: *'fixing or approving, in accordance with transparent criteria, transmission or distribution tariffs or their methodologies'*. The core task of the NRA relating to the approval of network tariffs is, as in the second Electricity and Gas Directives, further specified in specific provisions, in particular paragraphs 6, 7, 8 and 10.

Under Article 37(6)-(7) of the Electricity Directive and Article 41(6)-(7) of the Gas Directive, the NRA must be responsible for fixing or approving sufficiently in advance of their entry into force at least the methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.

It follows from the text of the Electricity and Gas Directives that this provision gives the NRA the duty of fixing or approving not only network tariffs or their methodologies, but also methodologies used to calculate or establish the terms and conditions for connection and access to national networks, the provision of balancing services and access to cross-border infrastructures.

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

As a result, it is now up to the NRA alone to fix or approve either the network tariff or the network tariff methodology. These new provisions give Member States four options as regards the way tariffs for network access and balancing services are established: the NRA fixes the tariffs, the NRA fixes the methodology, the NRA approves the tariffs or the NRA approves the methodology. Recital 36 of the Electricity Directive and recital 32 of the Gas Directive mention that the NRA will fix or approve the tariff or the methodology on the basis of a proposal by the TSO or distribution system operator(s) or liquefied natural gas (LNG) system operator(s), or on the basis of a proposal agreed between those operator(s) and the users of the network. This means that the NRA also has the power to reject and amend such proposal. If the NRA is given the power over the methodology (fixing or approving), it is up to the TSOs to calculate the tariffs (which have to be in line with the methodology approved by the NRA).

The core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue general policy guidelines which ultimately will have to be translated by the NRA into the tariff structure and methodology. However, these guidelines should not encroach on the NRA's competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to

attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA'³.

La Cour constitutionnelle souligne elle aussi le renforcement de la compétence de l'autorité de régulation en la matière par la directive 2009/73/CE : désormais, la CREG doit être exclusivement compétente pour fixer les tarifs ou la méthodologie tarifaire⁴.

Les dispositions du projet méconnaissent la compétence exclusive de l'autorité de régulation en ce qu'elles enferment la compétence de la CREG dans un carcan trop rigide (voir également ci-après, l'observation 64 concernant l'article 36). Quelques exemples illustreront ce qui vient d'être énoncé ».

Force est de constater qu'à l'instar de ce que prévoyait l'avant-projet de loi sur lequel l'avis précité a été donné, l'avant-projet de décret examiné enferme également la compétence de la CWAPE dans un carcan trop rigide de telle sorte que l'observation doit être *mutatis mutandis* réitérée.

3. Dans l'avis précité, la section de législation a observé que :

« 31. Les articles 12, § 2, et 12bis, § 2, en projet prévoient 'une concertation structurée, documentée et transparente' avec le gestionnaire du réseau de transport et avec les gestionnaires de réseaux de distribution.

La réglementation détaillée de cette concertation limite trop fortement l'intervention de la CREG. Celle-ci doit avoir la possibilité de fixer de manière diligente la méthodologie tarifaire. Les dispositions en projet semblent toutefois assurer au gestionnaire de réseau de transport et aux gestionnaires de réseaux de distribution une participation au processus décisionnel à ce point substantielle que la CREG ne dispose plus du plein contrôle de la prise de décision. Ce constat se voit encore renforcé par le fait que toutes sortes de délais et d'obligations formelles sont imposées à la CREG.

Le respect de l'indépendance de la CREG implique que le législateur s'abstienne d'interférer dans la façon de travailler de la CREG et qu'il lui laisse dans la mesure du possible le soin de fixer la procédure, éventuellement en concertation avec les parties concernées ».

³ Note de bas de page 24 de l'avis cité : Commission européenne, *Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in Electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas - The Regulatory Authorities*, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf, pp. 13-14.

⁴ Note de bas de page 25 de l'avis cité : Cour constitutionnelle, n° 97/2011, 31 mai 2011, B.9.5. Sous le couvert de la précédente directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE', la Cour de Justice a condamné la Belgique pour ne pas avoir transposé correctement les dispositions relatives à la compétence de la CREG concernant la fixation de la méthodologie tarifaire, en ce que la loi sur l'électricité a conféré au Roi le pouvoir de fixer, pour certaines installations de transport de l'électricité, les règles particulières sur la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire équitable (C.J., 29 octobre 2009, *Commission c. Belgique*, C-474/08, points 24-31).

Cette observation doit être *mutatis mutandis* réitérée puisque l'avant-projet soulève les mêmes difficultés.

4. Dans l'avis précité, la section de législation a observé que :

« 33. Selon l'article 12, § 4, alinéa 2, en projet, la méthodologie tarifaire reste d'application pendant toute la période tarifaire et ses éventuelles modifications ne s'appliquent qu'à partir de la période tarifaire suivante [...] ».

Cette disposition n'est pas conforme à l'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE. En vertu de cette dernière disposition, l'autorité de régulation doit pouvoir, à tout moment, opérer des modifications et, le cas échéant, prendre également des mesures provisoires [...] ».

L'avant-projet s'expose à une critique de fond comparable par rapport au respect de l'article 37, paragraphe 10, de la directive 2009/72/CE dans la mesure où il paraît s'inférer de plusieurs de ses dispositions que l'autorité de régulation ne peut, à tout moment et en toute liberté, opérer des modifications et prendre des mesures provisoires ⁵.

5. Dans l'avis précité, la section de législation a observé que :

« 34. Les articles 12, § 5, et 12bis, § 5, en projet, disposent que la CREG fixe la méthodologie tarifaire dans le respect des lignes directrices citées dans ces dispositions. Cela concerne, respectivement, pas moins de 24 ou 21 lignes directrices. Les articles 12, § 14, et 12bis, § 14, en projet, de la loi sur l'électricité indiquent que les lignes directrices se conçoivent comme des instructions contraignantes pour la CREG et qu'il est possible d'en invoquer le respect devant le juge.

Les dispositions citées doivent être examinées au regard de l'article 35, paragraphe 4, b), ii) de la directive 2009/72/CE, selon lequel aucune instruction autre que '[des] orientations générales' ne peut être donnée aux autorités de régulation dans l'exécution des tâches de régulation, étant entendu que ces orientations 'ne [peuvent concerner] [...] les missions et compétences de régulation visées à l'article 37'. La fixation de la méthodologie tarifaire relève précisément des tâches de régulation visées à l'article 37 (article 37, paragraphe 6, a)).

Le Conseil d'État a l'impression qu'un certain nombre des lignes directrices renferment plus que des orientations générales et qu'elles concernent, au contraire, des éléments spécifiques de la méthodologie tarifaire. Tel semble être le cas, par exemple, des lignes directrices ayant trait aux coûts des entreprises concernées (article 12, § 5, 5°, 11° et 12°, en projet, et article 12bis, § 5, 5°, 10° et 11°, en projet), aux coûts échoués (article 12, § 5, 14°, en projet, et article 12bis, § 5, 13°, en projet), aux soldes (article 12, § 5, 15°, en projet, et article 12bis, § 5, 14°, en projet) et aux techniques de comparaison (article 12, § 5, 16°, en projet, et article 12bis, § 5, 15°, en projet).

⁵ Voir par exemple l'article 3, § 3, alinéa 2, de l'avant-projet et les articles 14 et 15 de l'avant-projet dont il paraît s'inférer que le pouvoir de la CWAPE d'opérer des modifications à tout moment ne semble pas être la règle. Il se déduit même de l'article 15, § 5, que le pouvoir dont dispose la CWAPE serait simplement de « demander » aux gestionnaires de réseau de distribution de modifier leurs tarifs pour les rendre proportionnés et non discriminatoires dans l'hypothèse qui est visée.

Dans certains cas, les lignes directrices semblent être conçues pour protéger les intérêts financiers des actionnaires du gestionnaire de réseau et non pas pour atteindre les objectifs énoncés à l'article 36 de la directive 2009/72/CE. Tel semble être particulièrement le cas des articles 12, § 5, 9°, en projet, et 12*bis*, § 5, 9°, en projet, qui disposent qu'il y a lieu de garantir aux actionnaires un niveau de rendement 'conforme à ce qu'offre le marché pour des activités de cette nature'. Il y a lieu d'attirer l'attention à cet égard sur le fait que l'article 37, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE charge les États membres de veiller à ce que les tarifs permettent aux gestionnaires de réseaux de procéder aux investissements nécessaires. La garantie d'un niveau de rendement déterminé aux actionnaires quelle que soit la marge bénéficiaire, excède ce que vise la directive.

Les articles 12, § 5, 11°, et 12*bis*, § 5, 10°, en projet, disposent que les coûts nets des obligations de service public doivent être portés en compte. Le risque de voir octroyer des surcompensations à des gestionnaires de réseau inefficaces, n'est pas illusoire. Pareille surcompensation pour des obligations de service public, si elle est payée au moyen de deniers publics, pourrait constituer une forme interdite d'aide publique⁶. En imputant directement les coûts aux consommateurs, on contourne, il est vrai, les dispositions en matière d'aide publique vu l'absence d'engagement de fonds publics⁷, mais la perturbation de l'équilibre du marché n'est pas réduite pour autant. Une réglementation légale telle que celle en projet, paraît contraire à la directive 2009/72/CE. D'une part, elle entraîne pour l'autorité de régulation l'impossibilité de poursuivre ses objectifs en matière de concurrence, tels qu'ils sont visés à l'article 36, a), b) et g), de la directive. D'autre part, la réglementation constitue une atteinte à la compétence, dévolue à l'autorité de régulation de promouvoir une concurrence effective et d'assurer le bon fonctionnement du marché, au sens de l'article 37, paragraphe 4, b), de la directive⁸. En outre, l'article 37, paragraphe 8, de la directive requiert précisément que la méthodologie incite les gestionnaires de réseau à être efficaces, en d'autres termes, à réduire réellement les coûts de manière effective⁹ ».

⁶ *Note de bas de page 28 de l'avis cité* : C.J., 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. 2003, I-7747, point 88. Voir récemment C.J., 2 septembre 2010, *Commission c. Deutsche Post*, C-399/08 P, point 43.

⁷ *Note de bas de page 29 de l'avis cité* : C.J., 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. 2001, I-2029; C.J., 15 juillet 2004, *Pearle*, C-345/02, Rec. 2004, I-7139.

⁸ *Note de bas de page 30 de l'avis cité* : À cet égard, il semble pouvoir s'inférer de l'article 36, a), b) et g), et de l'article 37, paragraphe 4, b), de la directive 2009/72/CE que la mission de l'autorité de régulation excède celle des autorités de la concurrence ou de la Commission européenne dans le cadre du contrôle des aides publiques. Alors que ces deux dernières autorités jouent un rôle dans la répression d'infractions aux règles formelles concernant la concurrence et les aides publiques, telles qu'elles sont inscrites dans les traités et dans la législation UE secondaire (et dans la loi nationale en matière de concurrence), l'autorité de régulation a une tâche de prévention plus étendue pour garantir l'efficacité du marché, même dans les cas où il n'est techniquement pas question d'une infraction aux règles concernant la concurrence ou les aides publiques mais où il y a bien un dérèglement du marché, en particulier au détriment des consommateurs.

⁹ *Note de bas de page 31 de l'avis cité* : C'est pour cette raison que l'article 12, § 5, 15°, en projet, de la loi sur l'électricité est également problématique dans la mesure où il mentionne les catégories de coûts qui ne sont pas soumis à une « régulation incitative ».

L'observation doit être *mutatis mutandis* réitérée pour ce qui concerne les vingt-et-un principes énoncés à l'article 4, § 2, de l'avant-projet, principes que la méthodologie tarifaire élaborée par la CWAPE doit respecter.

6. Dans l'avis précité, la section de législation a observé que :

« 35. En ce qui concerne l'approbation des propositions tarifaires concrètes, les articles 12, § 8, et 12*bis*, § 8, en projet, arrêtent une procédure détaillée. Cette procédure – dont il est douteux qu'elle puisse se justifier sur tous les points (cf. l'observation 31 en rapport avec la procédure de fixation de la méthodologie tarifaire) – semble, elle aussi, enfermer la CREG dans un carcan trop rigide ».

Cette observation vaut *mutatis mutandis* pour les procédures d'approbation qui font l'objet du titre III de l'avant-projet, spécialement les articles 7 à 13.

7. Dans l'avis précité, la section de législation a observé que :

« 65. L'article 23, § 2*bis*, en projet, de la loi sur l'électricité comporte des dispositions relatives au processus décisionnel de la CREG. À première vue, il s'agit ici de transposer l'obligation de motivation visée à l'article 37, paragraphe 16, de la directive 2009/72/CE et d'insérer un certain nombre de principes de bonne administration dans la disposition. Après analyse, il s'avère toutefois que le fonctionnement de la CREG est réglé d'une manière qui paraît contraire à la directive 2009/72/CE.

En effet, la réglementation en projet prévoit non seulement que la CREG doit motiver ses décisions, mais aussi qu'elle doit transmettre chaque fois un projet de décision aux entreprises concernées, de manière à leur permettre de formuler leurs observations à ce sujet. Ce projet de décision, ainsi que la décision même, devront être rendus publics conjointement avec les observations des parties et les motifs pour lesquels la CREG en a tenu compte ou pas.

L'obligation de demander systématiquement les réactions de certains acteurs du marché quant aux projets de décisions est contraire à l'interdiction de demander ou de recevoir des instructions de gouvernements ou d'autres entités publiques ou privées, visée à l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE. Si la réglementation en projet a pour objet de veiller à ce que la CREG soit informée utilement des incidences possibles de ses décisions, il faut souligner que cette dernière dispose déjà des moyens nécessaires pour ce faire. En effet, elle peut demander aux intéressés les informations nécessaires et elle pourrait même entendre les intéressés dans les cas où une audition serait pertinente.

Par ailleurs, la réglementation en projet contient des dispositions qui s'appliquent de la même manière à toutes les décisions de la CREG. Toutes les décisions ne concernent cependant pas juridiquement les entreprises concernées de la même manière. En outre, certaines décisions, notamment celles ordonnant des mesures d'enquête ou imposant des sanctions (voir l'article 37, paragraphe 4, c), d) et e), de la directive 2009/72/CE), peuvent difficilement être communiquées préalablement aux intéressés. Enfin, les délais fixés par le projet ne permettent pas non plus de prendre éventuellement des mesures urgentes.

Les constatations formulées ci-dessus ne signifient pas que la CREG peut faire fi des principes de bonne administration dans l'exécution de ses missions. Elle doit bien entendu tenir compte également des droits des parties à l'égard desquelles elle prend des décisions contraignantes. Si les auteurs du projet estiment que des garanties doivent être prévues en la matière, il sera préférable d'élaborer une réglementation inscrivant dans la loi un certain nombre de principes. Ils pourraient alors laisser à la CREG le soin d'établir son fonctionnement dans un règlement d'ordre intérieur tenant compte de ces principes. Dès lors, si les auteurs du projet entendent insérer dans la loi même certaines règles de procédure, ils devront en tout cas veiller à ce que ces règles soient suffisamment souples pour que la CREG puisse exercer dûment ses missions sans être limitée par des formalités inutiles ».

De manière générale, ces observations trouvent à s'appliquer à l'avant-projet, et spécialement à son article 10 dont il paraît ressortir que la CWAPE n'est quasi jamais en mesure de prendre une décision produisant des effets définitifs lorsque cette décision « n'épuise » pas les « objections » du gestionnaire de réseau.

8. L'avant-projet doit être fondamentalement revu à la lumière des observations qui précèdent et il n'a donc pas été examiné plus avant.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY