



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 66.747/4
du 18 décembre 2019

sur

un avant-projet de décret de la Région wallonne ‘modifiant le
décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire
applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz
et d’électricité’

Le 21 novembre 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Président et Ministre du Climat, de l'Énergie et de la Mobilité de la Région wallonne à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 18 décembre 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébatsien VAN DROGHENBROECK et Mariane DONY, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été rédigé par Anne VAGMAN, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 décembre 2019.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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.

ANTÉCÉDENTS AUPRÈS DE LA SECTION DE LÉGISLATION

1. Le 25 mars 2019, la section de législation a été saisie par le Ministre wallon de l'Énergie d'une demande d'avis portant sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité'.

Cet avant-projet contenait un article unique, rédigé comme suit :

« L'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, 6° du décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité, est complété par un alinéa rédigé comme suit :

'Sans préjudice de l'alinéa précédent, la CWaPE veille à ce que la révision de tout instrument, régime ou mécanisme tarifaire destiné à promouvoir l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables n'ait pas d'incidence négative sur les droits conférés ni ne compromette la viabilité économique des projets bénéficiant déjà d'un tel instrument, régime ou mécanisme tarifaire. La CWaPE peut adapter le niveau de l'instrument, régime ou mécanisme tarifaire conformément à des critères objectifs, pour autant que ces critères aient été prévus au niveau de la conception originale de l'instrument, régime ou mécanisme tarifaire' ».

La demande d'avis introduite auprès de la section de législation sollicitait l'avis de cette dernière dans un délai de cinq jours ouvrables, au bénéfice de l'urgence.

Le 28 mars 2019, la section de législation a donné, sur cet avant-projet de décret, l'avis n° 65.757/4 s'exprimant en ces termes :

« Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

'L'urgence est invoquée dans la mesure où le législateur doit pouvoir être éclairé par l'analyse juridique du Conseil d'État permettant de valider ou non un dispositif à venir qui a fortement été querellé – quant à sa constitutionnalité – par l'avis remis par le régulateur. Or, les destinataires finaux de ce décret à venir (citoyens, installateurs d'unités de production renouvelable, régulateur, ...) se sont

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

saisis pleinement de la problématique depuis l'adoption de ce texte en 1^{ère} lecture en Gouvernement. Il apparaît dès lors qu'une finalisation de ce dossier avant la date du 1^{er} juillet invoquée initialement dans le texte en avant-projet permettra d'éviter toute confusion publique concernant cette norme en projet. Le marché et le secteur du renouvelable sont en effet demandeurs d'une prévisibilité en la matière'.

Irrecevabilité de la demande d'avis

Ni la circonstance que le régulateur ait contesté la constitutionnalité de l'avant-projet ni la demande de prévisibilité du marché et du secteur du renouvelable, ne justifient la saisine de la section de législation dans le délai exceptionnel de cinq jours ouvrables plutôt que dans celui de trente jours prévu par l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Par ailleurs, la nécessité qu'il y aurait de finaliser le dossier pour le 1^{er} juillet prochain ne motive pas davantage à suffisance l'urgence, dès lors que l'auteur de l'avant-projet n'indique pas en quoi un délai de trente jours laissé à la section de législation pour remettre son avis ne permettrait pas l'adoption de l'avant-projet avant cette date.

Quoi qu'il en soit, la date du 1^{er} juillet 2019 figurait dans l'avant-projet en première lecture et correspondait à celle à partir de laquelle l'installation de production des utilisateurs dits 'prosumers'¹ devait être mise en œuvre pour que leur soit appliqué le tarif de distribution du même nom.

Or, tel qu'adopté en seconde lecture, et soumis à l'avis de la section de législation, l'avant-projet abandonne cette idée et ne retient plus d'échéance.

Le commentaire de l'article en projet l'explique ainsi :

'Dès lors, bien que la formulation proposée en 1^{ère} lecture ne puisse tenir en cas de recours face à la Cour constitutionnelle, une disposition moins spécifique (ne faisant pas référence à une situation particulière), plus générale et incitative aurait beaucoup plus de chances de tenir juridiquement (inspiré de la formulation de l'article 6 de la Directive).

Il est proposé de changer quelque peu l'approche. Cette autre approche est offerte par le décret-programme du 17 juillet 2018 qui, en son article 167 dispose que : 'Après l'adoption de la méthodologie tarifaire et jusqu'à la fin de la période régulatoire y relative, l'adaptation par la CWaPE de la méthodologie tarifaire induite par la mise en conformité de celle-ci à de nouvelles dispositions législatives et réglementaires ne requiert pas qu'il soit procédé à une nouvelle concertation et consultation publique et ne nécessite pas l'accord visé à l'alinéa précédent'.

Ainsi, plutôt que de prévoir une disposition impérative et claire (visant les installations certifiées avant le 1^{er} juillet 2019), il conviendra, dans la limite de la compétence du Gouvernement et du Parlement, de prévoir une ligne directrice 'guidant' l'action de la CWaPE. Cette ligne directrice pourra, au visa de l'article 167 susvisé, influencer la méthodologie tarifaire 2019-2023 en cours de période tarifaire.

¹ Note de bas de page n° 1 de l'avis cité : Un « prosumer » (contraction de « producteur » et de « consommateur ») est un « utilisateur du réseau de distribution basse tension disposant d'une installation de production d'électricité décentralisée dont la puissance est inférieure ou égale à 10 kVA, susceptible d'injecter et de prélever de l'électricité au réseau sur le même point de raccordement » (cfr. Avis CD-19b20-CWaPE-1842, p. 5, joint à la demande d'avis).

Il s'agit d'une position moins directive en ce que la CWaPE pourra toujours interpréter la disposition dans un sens qui lui conviendra (il ne s'agit que d'une ligne directrice), mais en termes politiques et juridiques, la position du Gouvernement et du Parlement est juridiquement plus solide'.

Enfin, dès lors que, selon l'exposé des motifs de l'avant-projet, la tarification dite 'prosumers' entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020, il ne se justifie pas, à cet égard non plus, que l'avis de la section de législation soit réclamé dans un délai de cinq jours.

Il résulte de ce qui précède que la demande d'avis est irrecevable ».

2. Le 8 avril 2019, la section de législation a été saisie par le président du Parlement wallon d'une demande d'avis portant sur un projet de décret 'modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité'².

Ce projet était identique à l'avant-projet de décret ayant fait l'objet de l'avis n° 65.757/4.

La demande d'avis portant sur ce projet de décret introduite auprès de la section de législation sollicitait l'avis de cette dernière dans un délai de cinq jours ouvrables, au bénéfice de l'urgence.

Le 11 avril 2019, la section de législation a donné, sur ce projet de décret, l'avis n° 65.898/4 s'exprimant en ces termes :

« Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

'L'urgence est motivée par le fait que le législateur doit pouvoir être éclairé par l'analyse du Conseil d'État quant au dispositif en projet qui a fortement été querellé – quant à sa constitutionnalité – par l'avis remis par le régulateur.

Il est en outre nécessaire d'éviter toute confusion pour les destinataires finaux de ce décret (citoyens, installateurs d'unités de production renouvelable, régulateur, etc.). Le marché et le secteur du renouvelable sont en effet demandeurs d'une prévisibilité et d'informations en la matière et la date du 1^{er} juillet, mentionnée dans l'avant-projet, a été rendue publique. Le législateur wallon souhaite donc pouvoir adopter cette mesure avant le 1^{er} juillet, ce qui nécessite une adoption avant la fin de la législature'.

² *Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1381/1.

Recevabilité

Le 25 mars 2019, la section de législation avait été saisie par le Gouvernement d'une demande d'avis dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de décret 'modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité', dont le contenu était identique à celui du présent projet.

Dans son avis n° 65.757/4 du 28 mars 2019, elle avait, en ces termes, jugé la demande irrecevable :

« [...] »

La section de législation n'aperçoit pas en quoi la présente motivation, similaire à la précédente, permettrait de parvenir à une autre conclusion dès lors que, pas plus que dans l'avant-projet précité, rien dans le projet à l'examen ne justifie que la mesure envisagée soit nécessairement adoptée avant le 1^{er} juillet 2019, cette date eût-elle été rendue publique.

La demande d'avis est par conséquent irrecevable » ³.

3. Le 3 mai 2019, la section de législation a à nouveau été saisie par le président du Parlement wallon d'une demande d'avis portant sur le même projet de décret 'modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité' ⁴.

Cette nouvelle demande sollicitait cette fois l'avis de la section de législation dans un délai de trente jours.

Le 3 juin 2019, la section de législation a donné, sur ce projet de décret, l'avis n° 66.112/4 s'exprimant en ces termes :

« Selon l'article 1^{er} du décret du 16 juin 1982 'relatif aux conséquences du renouvellement du Conseil régional wallon sur les projets et propositions de décret pendants devant ce Conseil', '[e]n cas de renouvellement du Conseil régional wallon, les projets et propositions de décret qui ont été introduits devant le Conseil et n'ont pas encore été adoptés par lui sont considérés comme nuls et nonavenus'. À la suite des élections régionales du 26 mai 2019, le projet de décret soumis à la section de législation du Conseil d'État est donc non avenu. Par conséquent, la demande d'avis est devenue sans objet » ⁵.

4. Le 3 mai 2019, la section de législation a également été saisie par le président du Parlement wallon d'une demande d'avis portant sur un amendement au projet de décret 'modifiant le décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité', proposé par M. STOFFELS ⁶.

³ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65898.pdf>, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1381/2.

⁴ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/66112.pdf>, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1381/1.

⁵ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1381/4.

⁶ *Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1381/3.

Cet amendement proposait que l'article unique du projet de décret modifiant le décret du 19 janvier 2017 'relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité'⁷ soit complété par un alinéa rédigé comme suit :

« Toute installation d'énergie renouvelable d'une puissance inférieure à 10KW certifiée avant l'entrée en vigueur effective d'une nouvelle contribution au réseau est exonérée de cette nouvelle contribution pendant une durée de 15 ans. Au terme de cette période, la contribution au réseau est proportionnelle à la puissance installée ».

La demande d'avis portant sur l'amendement introduite auprès de la section de législation sollicitait son avis dans un délai de trente jours.

Le 3 juin 2019, la section de législation a donné, sur cet amendement, l'avis n° 66.113/4⁸, qui conclut, pour les mêmes motifs que ceux évoqués dans l'avis n° 66.112/4, au fait que la demande d'avis est devenue sans objet.

ANTÉCÉDENTS RELATIFS AU CONTEXTE JURIDIQUE EN CE COMPRIS LES DÉCISIONS ET AVIS DE LA CWAPE ET LES DÉCISIONS DE JUSTICE Y RELATIVES

1.1. L'article unique de l'avant-projet de décret ayant fait l'objet de l'avis n° 65.757/4 différait fortement du texte que le Gouvernement avait adopté, à l'époque, en première lecture, et qu'il avait soumis pour avis à la CWAPE.

Comme il ressort de cet avis de la CWAPE, donné le 21 février 2019 figurant au dossier joint à l'avant-projet ayant fait l'objet de l'avis n° 65.757/4, l'article unique adopté en première lecture visait alors à insérer l'alinéa suivant à l'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, 6°, du décret du 19 janvier 2017 :

« Toute nouvelle contribution à charge des utilisateurs du réseau ayant placé des panneaux photovoltaïques d'une puissance inférieure à 10 KWc ou une installation d'une autre filière de production renouvelable d'électricité d'une puissance inférieure à 10 KW ne peut viser que les nouvelles installations certifiées à partir du 1^{er} juillet 2019 ».

Cette disposition a fait l'objet d'un avis défavorable de la CWAPE, avis longuement motivé qui rappelle, notamment, les antécédents institutionnels, administratifs et contentieux relatifs au tarif « prosumer ».

⁷ Projet de décret faisant l'objet de l'avis n° 66.112/4.

⁸ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/66113.pdf>, Doc. parl., Parl. wall., 2018-2019, n° 1381/5.

1.2. S'agissant de l'aspect institutionnel, l'avis de la CWaPE du 21 février 2019 rappelle :

« [...] la compétence relative au contrôle des prix de la distribution publique de l'électricité a été transférée de l'État fédéral vers les entités fédérées, à partir du 1^{er} juillet 2014.

En Région wallonne, suite à l'adoption du décret du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, c'est la CWaPE qui s'est vue confier cette tâche.

Jusqu'alors, elle avait été exercée par la CREG ».

1.3. Quant à l'aspect administratif, dans le cadre de cette nouvelle compétence, la CWaPE a tout d'abord adopté une méthodologie tarifaire transitoire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution d'électricité en Région wallonne pour la période 2015-2016.

Elle a ensuite adopté une méthodologie tarifaire pour les années 2017-2018 et enfin, pour les années 2019-2023.

Dans le cadre de cette méthodologie tarifaire, la CWaPE a mis en place un tarif « prosumer », dont, s'agissant spécialement de la période 2019-2023, elle motive la raison d'être, dans son avis du 21 février 2019, comme suit :

« Un prosumer (contraction de 'producteur' et de 'consommateur') est un utilisateur du réseau de distribution basse tension disposant d'une installation de production d'électricité décentralisée dont la puissance est inférieure ou égale à 10 kVA, susceptible d'injecter et de prélever de l'électricité au réseau sur le même point de raccordement.

Le tarif prosumer est un tarif pour l'utilisation du réseau de distribution par les prosumers. Contrairement aux autres utilisateurs du réseau, jusqu'au 31 décembre 2019, les prosumers ne contribuent pas au financement du réseau à hauteur de l'utilisation qu'ils en font. En effet, bien qu'ils disposent d'une installation de production d'électricité, les prosumers utilisent le réseau d'une part lorsqu'ils consomment de l'électricité à un moment où leur installation ne produit pas ou pas assez d'énergie (prélèvement) et, d'autre part lorsqu'ils produisent plus qu'ils ne consomment (injection). Dans ces cas, il y a désynchronisation entre la production et la consommation.

Le tarif prosumer n'est pas un tarif d'injection puisqu'il s'agit d'un tarif qui se base sur l'utilisation du réseau relative aux prélèvements. Le prosumer peut toujours injecter gratuitement son énergie dans le réseau (il n'y a pas de tarif d'injection dans son cas), mais il est équitable qu'il participe aux frais du réseau lorsqu'il prélève de l'énergie qu'il n'a pas produite lui-même au même instant.

Le tarif prosumer, qui n'est pas non plus une taxe, vise à faire contribuer de manière équitable l'ensemble des utilisateurs du réseau de distribution d'électricité aux coûts de celui-ci.

L'évolution de la tarification vers une plus grande équité est en effet nécessaire afin de pérenniser le développement d'installations de production chez les particuliers. Cette volonté d'assurer une contribution équitable et transparente de l'ensemble des

clients finals pour l'utilisation du réseau s'explique par le fait que l'on observe, depuis plusieurs années, une multiplication des consommateurs-producteurs (prosumers) qui bénéficient de la compensation (dont le compteur tourne à l'envers), ce qui entraîne une diminution des kWh contributifs aux coûts du réseau de distribution d'électricité. Cette diminution de la contribution n'étant pas accompagnée d'une diminution des coûts de réseau (le réseau n'étant pas moins sollicité pour autant), celle-ci conduit automatiquement à un renchérissement des tarifs de distribution pour les consommateurs ne possédant pas d'unité de production décentralisée. Le tarif prosumer permet donc d'éviter de réduire l'assiette de répercussion des coûts des gestionnaires de réseau de distribution.

En outre, cette contribution équitable aux frais du réseau a pour objectif, d'une part, d'assurer le maintien et le développement du réseau électrique en le rendant acceptable socialement et économiquement et, d'autre part, d'inciter les prosumers à autoconsommer davantage afin de pouvoir intégrer encore plus d'énergie renouvelable sur le réseau de distribution sans devoir renforcer ce dernier.

2.1.1. Le tarif prosumer permet une contribution équitable de l'ensemble des utilisateurs du réseau

Faire contribuer les utilisateurs du réseau de distribution basse tension disposant d'une installation de production d'électricité décentralisée dont la puissance est inférieure ou égale à 10 kVA, à savoir les prosumers, aux coûts du réseau d'électricité, est toujours apparu aux yeux de la CWaPE, depuis qu'elle dispose de la compétence tarifaire, comme une nécessité au regard des objectifs d'équité et de non-discrimination qu'elle est tenue de poursuivre.

Comme expliqué infra c'est un principe qui est soutenu par les autorités européennes et qui est d'ailleurs partagé et mis en oeuvre par les régulateurs des autres régions du pays. Les prosumers utilisent en effet le réseau, soit pour prélever l'électricité qu'ils ne produisent pas (par exemple la nuit ou l'hiver), soit pour injecter l'électricité qu'ils produisent au-delà de leurs besoins. Le réseau est donc utilisé par ces prosumers comme un système de stockage pour pallier la désynchronisation de leur production et de leur consommation. À l'heure actuelle, en Wallonie, les prosumers ne contribuent toujours pas aux coûts du réseau à hauteur de l'utilisation qu'ils en font. Ces coûts sont donc supportés par les autres consommateurs, dont les locataires, les propriétaires d'appartements ou les ménages dont la maison est mal orientée ou exposée, qui ne pourront jamais installer de panneaux photovoltaïques. Plus de dix ans après le déploiement progressif de ces unités de production individuelles, et vu la multiplication des prosumers qui bénéficient de la compensation (à savoir le compteur qui tourne à l'envers), il paraît à présent urgent et équitable que ces prosumers participent aussi aux frais du réseau, comme c'est prévu dans les autres régions du pays.

La méthodologie tarifaire 2019-2023 approuvée par la CWaPE prévoit donc l'entrée en vigueur des tarifs prosumer le 1^{er} janvier 2020.

Selon le choix du prosumer, le tarif prosumer prendra la forme :

° soit d'un tarif capacitaire, à savoir un montant forfaitaire, exprimé en EUR/kWe et fonction de la puissance électrique nette développable de l'installation de production. En l'absence de choix du prosumer, ce tarif s'appliquera par défaut ;

° soit d'un tarif proportionnel exprimé en EUR/kWh et fonction du volume brut d'électricité prélevé sur le réseau. Cette alternative nécessite un compteur réseau qui comptabilise séparément le prélèvement et l'injection (compteur double flux ou intelligent). Dans cette forme de tarification, le montant porté à charge du prosumer ne pourra pas dépasser ce qu'il aurait dû payer si le tarif capacitaire avait été appliqué.

Afin de garantir que la contribution des prosumers aux frais d'utilisation du réseau soit équitable par rapport aux autres utilisateurs, la CWaPE a imposé aux gestionnaires de réseau d'établir le tarif capacitaire applicable aux prosumers de manière à ce qu'il génère, sur une base annuelle, un coût similaire, dans le chef du prosumer, aux coûts qui seraient générés si les tarifs de prélèvement d'électricité sur le réseau de distribution et les tarifs de refacturation des coûts d'utilisation du réseau de transport sur le réseau de basse tension étaient appliqués aux volumes prélevés du réseau correspondant aux volumes produits par l'installation de production et non autoconsommés simultanément par le prosumer.

Sur base de cette méthodologie, les gestionnaires de réseau de distribution ont proposé des tarifs 2019-2023 incluant cette tarification prosumer applicable à partir du 1^{er} janvier 2020. Ces tarifs ont été approuvés et publiés par la CWaPE »⁹.

1.4. Concernant les aspects contentieux, il convient de relever que la méthodologie tarifaire arrêtée par la CWaPE pour les années 2015-2016 a fait l'objet d'un recours en annulation auprès de la Cour d'appel de Liège, au motif notamment que cette méthodologie méconnaissait différents textes réglementaires émanant de la Région wallonne.

Dans son arrêt du 30 juin 2015, la Cour d'appel a annulé les dispositions de la méthodologie relatives au tarif prosumer, au motif que

« Certes la CWaPE est l'autorité régulatrice chargée d'établir les tarifs spécifiques pour lesquels la compétence lui a été donnée mais il n'appartient pas à la CWaPE, par le biais de cette compétence de remettre en cause directement ou indirectement des mécanismes qui ont été organisés par des dispositions réglementaires spécifiques qui restent applicables tel le système de la compensation pour les prosumers »¹⁰.

⁹ La CWaPE a rappelé, en substance, ces éléments, dans son avis donné le 29 novembre 2019 sur l'avant-projet de décret à l'examen.

¹⁰ <https://jura.kluwer.be/secure/documentview.aspx?id=rf300092293&state=changed>, Liège (civ.) (12e ch.) n° 2014/RG/1419, 30 juin 2015.

Dans son arrêt du 23 octobre 2018 évoqué ci-après, la Cour d'appel de Liège a rappelé en ces termes la teneur de son arrêt du 30 juin 2015 :

« – les dispositions réglementaires applicables à l'époque au bénéfice des prosumers organisaient une compensation qui touchait tant la composante électricité que « l'ensemble du coût des quantités d'électricité prélevée qui se compensent avec les quantités d'électricité injectée » et ceci en raison notamment de la présence de disposition réglementaire concernant le compteur tournant à l'envers ;

– la CWaPE est certes l'autorité régulatrice chargée d'établir les tarifs spécifiques pour lesquels la compétence lui a été donnée mais il n'appartenait pas à la CWaPE, par le biais de cette compétence, de remettre en cause directement ou indirectement des mécanismes qui ont été organisés par des dispositions réglementaires spécifiques qui restaient applicables tel le système de la compensation pour les prosumers ».

À la suite d'un pourvoi formé par la CWaPE contre cet arrêt, par un arrêt du 13 décembre 2018, la Cour de cassation a cassé ce dernier, aux motifs que :

« En vertu de l'article 43, § 2, alinéa 2, 14^o*bis*, du décret wallon du 12 avril 2001, la [CWaPE] assure l'exercice des compétences tarifaires, notamment la fixation de la méthodologie tarifaire et la surveillance et le contrôle de la mise en œuvre des plans d'adaptation des gestionnaires de réseau.

Cette disposition transpose l'article 37.1 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, qui prévoit que l'autorité de régulation est investie de la mission de fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul.

Les compétences réglementaires attribuées à la demanderesse excluent celles de toute autre autorité publique.

L'arrêt, qui annule la décision de la [CWaPE] au motif que, 'certes, la [CWaPE] est l'autorité régulatrice chargée d'établir les tarifs spécifiques pour lesquels la compétence lui a été donnée mais [qu']il n'appartient pas à la [CWaPE], par le biais de cette compétence, de remettre en cause directement ou indirectement des mécanismes qui ont été organisés par des dispositions réglementaires spécifiques qui restent applicables, tel le système de la compensation pour les prosumers', ne justifie pas légalement sa décision. Le moyen est fondé »¹¹.

1.5. Il y a lieu de souligner qu'entretemps, antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2018, deux décisions importantes pour l'examen du dossier sont intervenues.

1.5.1. D'une part, la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur un recours en annulation formé par la CWaPE à l'encontre de l'article 12, 2^o, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

La Cour constitutionnelle a annulé la disposition attaquée au motif que

« B.6.1. L'article 35, §§ 4 et 5, de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE dispose :

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

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

¹¹ http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20181213-3.

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

i) agissent indépendamment de tout intérêt commercial ; et

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

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

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

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

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

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

Celui-ci dispose :

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

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

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

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

(34) Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n'empêche

ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres. Par ailleurs, le fait que le budget du régulateur soit approuvé par le législateur national ne fait pas obstacle à l'autonomie budgétaire. Il convient que les dispositions relatives à l'autonomie de l'autorité de régulation en ce qui concerne la mise en œuvre du budget qui lui est alloué soient appliquées dans le cadre défini par la législation et la réglementation budgétaires nationales. Tout en contribuant par un système approprié de rotation à l'indépendance de l'autorité de régulation nationale à l'égard de tout intérêt économique ou politique, il convient que les États membres puissent tenir dûment compte de la disponibilité en ressources humaines et de la taille du conseil'.

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

‘En vertu des deuxièmes directives sur l'électricité et le gaz, l'autorité de régulation nationale pouvait soumettre les tarifs ou la méthode à l'approbation formelle de l'instance compétente de l'État membre et l'instance compétente pouvait approuver ou rejeter le projet de décision de l'autorité de régulation nationale. C'est contraire aux dispositions des nouvelles directives sur l'électricité et le gaz qui disposent sans équivoque que l'autorité de régulation nationale doit être à même de prendre des décisions de manière autonome et que ses décisions sont directement obligatoires.

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

Les tâches principales d'une autorité de régulation nationale en ce qui concerne les tarifs de réseau ne privent pas l'État membre de la possibilité d'émettre des lignes directrices de politique générale qui devront, à terme, être transposées dans la structure et la méthodologie tarifaire par l'autorité de régulation nationale. Cependant, ces lignes directrices ne doivent pas empiéter sur les compétences de l'autorité de régulation nationale ni violer aucune des exigences prévues par les directives sur l'électricité et le gaz et les législations en la matière. Bien qu'un État membre puisse par exemple adopter une ligne directrice de politique générale visant à attirer des investissements dans les sources d'énergie renouvelables, les services de la Commission considéreront qu'une règle intégrant la marge de profit dans le tarif 'cost plus' constitue une instruction directe interdite à l'encontre de l'autorité de régulation nationale' (traduction libre) (Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning

common rules for the internal market in electricity and directive 2009/73/CE concerning common rules for the internal market in natural gas, The regulatory authorities, <http://ec.europa.eu>, pp. 13 et 14).

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

Ainsi, les coûts gérables, qui concernent les coûts sur lesquels les gestionnaires de réseau exercent un contrôle direct, font partie du résultat comptable des gestionnaires de réseau et lui sont imputés. En revanche, les coûts non gérables, qui concernent les coûts sur lesquels les gestionnaires de réseau n'ont pas de contrôle direct, peuvent constituer une créance ou une dette à l'égard des clients et sont transférés aux comptes de régularisation du bilan du gestionnaire de réseau.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.5.2. D'autre part, la Cour d'appel de Liège avait été saisie d'un recours en annulation dirigé contre la méthodologie tarifaire arrêtée pour les années 2019-2023¹³.

La Cour d'appel de Liège, après avoir rappelé la teneur de sa décision précédente du 30 juin 2015 et tout en rappelant également les compétences de la CWaPE en matière tarifaire, telles que décrites dans l'arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 71/2016, a cette fois rejeté le recours en annulation au motif notamment que l'article 4, § 2, 6°, du décret du 19 janvier 2017 'relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité' donne désormais une base décrétole à la CWaPE pour adopter le tarif prosumer¹⁴.

OBSERVATION PRÉALABLE

La mise en perspective ci-avant évoquée permet d'appréhender les éléments qui ont amené le Gouvernement, après différents avant-projets de décret rédigés en des termes différents, à adopter en première lecture l'avant-projet à l'examen.

Si la description de ces antécédents est essentielle en vue d'examiner l'avant-projet à l'examen, il est tout aussi fondamental de rappeler que la section de législation est ici saisie uniquement de l'avant-projet à l'examen. Elle n'est en aucun cas saisie – et ne pourrait l'être en vertu de l'article 3 des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 – des décisions ou réglementations arrêtées par la CWaPE, notamment en matière tarifaire.

¹² C.C., 25 mai 2016, n° 71/2016.

¹³ Aucun recours n'a été introduit contre la méthodologie tarifaire 2017-2018. L'avis de la CWaPE du 21 février 2019, ainsi que son avis du 29 novembre 2019 donné sur l'avant-projet de décret à l'examen, mentionnent à cet égard que : « Les principes de la méthodologie tarifaire transitoire 2015-2016 ont été prolongés pour les années 2017-2018, dans l'attente de l'adoption d'un cadre législatif tarifaire propre à la Région wallonne.

L'arrêt du 30 juin 2015 de la Cour d'appel de Liège n'ayant pas encore été cassé par la Cour de cassation lorsque les décisions d'approbation des tarifs de distribution 2017 et 2018 ont été adoptées par la CWaPE, le principe de tarif prosumer initialement prévu, mais annulé par la Cour d'appel de Liège, n'a pas pu être mis en œuvre par les gestionnaires de réseau de distribution pendant cette période ».

¹⁴ Arrêt transmis par la déléguée du Ministre, non répertorié dans la banque de donnée Juridat.

L'examen qui suit ne porte donc nullement sur la légalité du tarif prosumer arrêté par la CWaPE, mais uniquement sur les termes et le contenu limités de l'avant-projet à l'examen.

DISPOSITIONS DE DROIT EUROPÉEN

1. L'ensemble de la jurisprudence évoquée précédemment a égard à 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', dont les dispositions pertinentes ont été citées ci-avant, spécialement dans l'arrêt n° 71/2016 de la Cour constitutionnelle.

Cette directive restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 ¹⁵.

Elle sera en effet abrogée à la date du 1^{er} janvier 2021 par la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE', laquelle constitue une directive de refonte, qui est entrée en vigueur le 4 juillet 2019, nombre de ses dispositions s'appliquant toutefois à compter du 1^{er} janvier 2021 ¹⁶. Le délai de transposition de cette directive expirera, pour la plupart de ses dispositions, le 31 décembre 2020 ¹⁷.

Les considérants 80 et 81 de la nouvelle directive sont rédigés comme suit :

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

¹⁵ Article 72 de la directive (UE) 2019/944.

¹⁶ Article 73 de la directive (UE) 2019/944.

¹⁷ Article 71 de la directive (UE) 2019/944.

(81) Les autorités de régulation devraient pouvoir fixer ou approuver les tarifs, ou les méthodes de calcul des tarifs, sur la base d'une proposition du gestionnaire de réseau de transport ou des gestionnaires de réseau de distribution, ou sur la base d'une proposition agréée par ces gestionnaires et les utilisateurs du réseau. Dans l'exécution de ces tâches, les autorités de régulation devraient veiller à ce que les tarifs de transport et de distribution soient non discriminatoires et reflètent les coûts, et devraient tenir compte des coûts de réseau marginaux évités à long terme grâce à la production distribuée et aux mesures de gestion de la demande ».

Pour sa part, l'article 15, paragraphe 2, e), de la directive (UE) 2019/944, qui ne trouve pas son pendant dans la directive 2009/72/CE et constitue donc une disposition nouvelle, prévoit :

« Les États membres veillent à ce que les clients actifs :

[...]

e) soient soumis à des redevances d'accès au réseau qui reflètent les coûts, qui soient transparentes et non discriminatoires et qui comptabilisent séparément l'électricité injectée dans le réseau et l'électricité consommée à partir du réseau, conformément à l'article 59, paragraphe 9, de la présente directive et à l'article 18 du règlement (UE) 2019/943, de façon à ce qu'ils contribuent de manière adéquate et équilibrée au partage du coût global du système ».

Quant à l'article 57, paragraphes 4 et 5, de la directive (UE) 2019/944, qui correspond à l'article 35, paragraphes 4 et 5, de la directive 2009/72/CE, il dispose :

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

a) soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante d'autres entités publiques ou privées ;

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

i) agissent indépendamment de tout intérêt commercial ; et

ii) ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation. Cette exigence est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées ou d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation prévues à l'article 59.

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

a) l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique

[...] ».

Enfin, conformément à l'article 59, paragraphe 1, a), de la directive (UE) 2019/944, qui correspond, pour l'essentiel, à l'article 37, paragraphe 1, a), de la directive 2009/72/CE, l'autorité de régulation est investie de la mission de « fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul, ou les deux ».

2.1. Il convient également de prendre en considération la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables', laquelle constitue une directive de refonte, qui est entrée en vigueur le 24 décembre 2018¹⁸ et dont délai de transposition expirera, pour la plupart de ses dispositions, le 30 juin 2021¹⁹.

Cette directive abroge, avec effet au 1^{er} juillet 2021, la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE'²⁰.

2.2. Selon l'exposé des motifs de l'avant-projet, l'article 1^{er} entend se fonder sur l'article 6 de la directive (UE) 2018/2001 qui n'a pas son pendant dans la directive 2009/28/CE et constitue ainsi une disposition nouvelle. Cette disposition qui a pour objet, selon son intitulé la « Stabilité de l'aide financière », dispose comme suit, en ses paragraphes 1 et 2 :

« 1. Sans préjudice des adaptations nécessaires au respect des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les États membres veillent à ce que la révision du niveau et des conditions de l'aide accordée aux projets en matière d'énergie renouvelable n'ait pas d'incidence négative sur les droits conférés ni ne compromette la viabilité économique des projets bénéficiant déjà d'une aide.

2. Les États membres peuvent adapter le niveau de l'aide conformément à des critères objectifs, pour autant que ces critères aient été prévus au niveau de la conception originale du régime d'aide ».

2.3. Il faut également prendre en considération l'article 21 de la directive (UE) 2018/2001, article nouveau qui, lui non plus, n'a pas son pendant dans la directive 2009/28/CE.

¹⁸ Article 38 de la directive (UE) 2018/2001.

¹⁹ Article 36 de la directive (UE) 2018/2001.

²⁰ Article 37 de la directive (UE) 2018/2001.

Cette disposition, qui, selon son intitulé, a trait spécifiquement aux autoconsommateurs d'énergies renouvelables, prévoit en son paragraphe 6 :

« Les États membres mettent en place un cadre favorable visant à promouvoir et à favoriser le développement de l'autoconsommation d'énergies renouvelables, sur la base d'une évaluation des obstacles injustifiés existants et du potentiel d'autoconsommation d'énergies renouvelables sur leur territoire et compte tenu de leurs réseaux énergétiques. Ce cadre favorable porte entre autres sur les points suivants :

[...]

e) l'accès non discriminatoire des autoconsommateurs d'énergies renouvelables, pour l'électricité renouvelable qu'ils ont eux-mêmes produite et qu'ils injectent dans le réseau, aux régimes d'aide qui existent, ainsi qu'à tous les segments du marché de l'électricité ;

f) la nécessité de s'assurer que les autoconsommateurs d'énergies renouvelables contribuent de manière adéquate et équilibrée au partage du coût global du système lorsque de l'électricité est injectée dans le réseau ».

EXAMEN DE L'AVANT- PROJET

DISPOSITIF

Article 1^{er}

1. L'avant-projet à l'examen diffère non seulement du texte adopté à l'époque en première lecture par le Gouvernement, à propos duquel la CwaPE a donné son avis le 21 février 2019, mais il diffère également du texte de l'avant-projet et du projet soumis à diverses reprises pour avis à la section de législation.

Ainsi, l'article 1^{er} de l'avant-projet à l'examen est rédigé comme suit :

« L'article 4, § 2 du décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité, modifié par les décrets des 17 juillet 2018, 19 juillet 2018 et 2 mai 2019, est complété par un 25° rédigé comme suit :

‘Sans préjudice du 6° et dans un but de stabilité, de prévisibilité et de durabilité, la CWaPE veille à ce que la méthodologie tarifaire n'ait pas d'incidence négative significative sur les droits conférés aux bénéficiaires d'un mécanisme tarifaire destiné à promouvoir les installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables d'une puissance inférieure ou égale à 10 kVA, jusqu'au 31 décembre 2024' ».

Dans son avis donné le 29 novembre 2019 sur l'avant projet à l'examen, la CWaPE constate à ce propos que « cet avant projet de décret, contrairement aux intentions et projets présentés précédemment, ne semble plus décréter une exonération ou un report de l'entrée en vigueur du tarif prosumer » et que « ce faisant, le Gouvernement a tenu compte de certaines objections du régulateur à propos des exigences européennes relatives à son indépendance et de ses compétences exclusives ».

2.1. Il reste que, si des modifications fondamentales ont ainsi été apportées au texte ayant fait l'objet de l'avis de la CWaPE du 21 février 2019, l'article 1^{er} de l'avant-projet n'en soulève pas moins des questions.

2.2. Dans un premier temps, la section de législation s'interroge sur la portée de la disposition en projet, compte tenu de l'objectif poursuivi par l'auteur de l'avant-projet.

L'exposé des motifs rappelle en effet :

« L'article 4, § 2, alinéa 1^{er}, 6° du décret du 19 janvier 2019 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseaux de distribution de gaz et d'électricité ouvre la voie à la mise en place d'une tarification prenant en considération l'utilisation du réseau pour les énergies renouvelables. Sur cette base, dans le cadre de sa méthodologie tarifaire pour la période 2019-2023, la CWaPE a arrêté le tarif 'prosumers', qui est un tarif pour l'utilisation du réseau de distribution par les 'prosumers', devant entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2020.

La CWaPE a instauré ce tarif suite au constat que, contrairement aux autres utilisateurs du réseau, les 'prosumers' ne contribuent pas au financement du réseau à hauteur de l'utilisation qu'ils en font. En effet, le principe du compteur qui tourne à l'envers leur permet une compensation sur base annuelle entre leurs prélèvements et leurs injections d'électricité tant au niveau de l'énergie que des frais de réseau. Le tarif 'prosumer' est un tarif de prélèvement calculé forfaitairement ou en fonction de l'utilisation réelle du réseau comptée à partir d'un compteur double flux, afin que les 'prosumers' participent aux frais du réseau lorsqu'ils prélèvent de l'énergie qu'ils n'ont pas produite au même instant ».

Ce faisant, l'exposé des motifs semble dans un premier temps justifier l'admissibilité du tarif prosumer.

Il poursuit cependant en indiquant :

« L'article 6 de la directive 2018/2001 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de source renouvelable prévoit en substance que les modifications des régimes de soutien, quelle qu'en soit la forme, n'ait pas d'incidence négative sur les droits conférés ni ne compromettent la viabilité économique des projets bénéficiant déjà d'une aide.

Le présent avant-projet de décret vise à reporter de 5 ans l'entrée en vigueur de la redevance dont doivent s'acquitter les 'prosumers', décidée par la CWaPE et se base sur l'article 6 de la directive 2018/2001 ».

Le commentaire de l'article 1^{er} de l'avant-projet de décret mentionne pour sa part :

« Le présent article vise à compléter le paragraphe 2 pour confier à la CWaPE la mission de veiller à ce que la méthodologie tarifaire n'ait pas d'incidence négative significative sur les droits conférés aux bénéficiaires d'un mécanisme tarifaire destiné à promouvoir les installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables d'une puissance inférieure à 10 kVA, jusqu'au 31 décembre 2024. L'objectif de cette disposition est de garantir une prévisibilité financière et une stabilité de la tarification wallonne afin de maintenir la confiance des ménages ayant investi ou voulant investir dans les filières de production d'électricité renouvelable jusqu'au 31 décembre 2024.

En effet, la politique wallonne a largement encouragé les investissements dans les filières renouvelables dans un objectif de durabilité et il n'est pas souhaitable de charger financièrement les ménages qui ont fait confiance aux politiques wallonnes jusqu'au 31 décembre 2024. Cette disposition poursuit un objectif de stabilité et de fiabilité du marché régional de l'énergie et contribue à l'atteinte de l'objectif d'énergie de source renouvelable qui représente un enjeu supérieur d'intérêt général ».

2.3. Si l'intention annoncée dans l'exposé des motifs est claire – à savoir, reporter purement et simplement de cinq ans l'entrée en vigueur du tarif prosumer²¹ –, le texte en projet ne reflète pas cette intention, puisqu'il impose plus largement à la CWaPE, jusqu'au 31 décembre 2024, et ce « dans un but de stabilité, de prévisibilité et de durabilité, » de « veiller à ce que la méthodologie tarifaire n'ait pas d'incidence négative significative sur les droits conférés aux bénéficiaires d'un mécanisme tarifaire destiné à promouvoir les installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables d'une puissance inférieure ou égale à 10 kVA ».

Cette formulation est particulièrement ambiguë.

Diverses questions se posent :

1° L'intention est-elle de donner à la CWaPE une « orientation générale » au sens rappelé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 71/2016 ?

2° Ou s'agit-il, comme le laisse entendre l'exposé des motifs, de lui imposer une obligation de fixer des tarifs qui n'aient pas d'incidence significative sur les « droits » considérés ? Si l'intention est, par ce biais, purement et simplement de reporter de cinq ans l'entrée en vigueur du tarif prosumer, pour quels motifs l'article 1^{er} de l'avant-projet n'est-il pas rédigé en ce sens ?

3° Quels sont les « droits conférés » concernés ?

4° Selon quels critères sera-t-il apprécié, *in limine* et *in fine*, si la méthodologie tarifaire a une incidence « significative » ou non sur les « droits » concernés ?

²¹ C'est en ce sens que le Pôle Énergie a compris le texte en projet, comme il ressort de son avis défavorable donné le 28 novembre 2019.

2.4. L'ensemble de ces questions, qui ont trait aux aspects fondamentaux du sens et de la portée à donner à la disposition à l'examen, témoignent de l'insécurité juridique qui serait engendrée par cette dernière, cette insécurité accroissant elle-même les risques de contentieux dans une matière où le dossier et ses antécédents attestent que ces risques sont déjà élevés.

3.1. En toute hypothèse, l'avant-projet est sujet à critique pour les motifs suivants.

3.2. Comme mentionné ci-avant, en tant que l'article 1^{er} entend s'opposer à ce qu'il soit porté atteinte à des « droits conférés aux bénéficiaires d'un mécanisme tarifaire destiné à promouvoir les installations de production d'énergie à partir de sources renouvelables d'une puissance inférieure ou égale à 10 kVA », la section de législation n'aperçoit pas ce qui est exactement visé par le recours à la notion de « droits », dès lors que l'administré lorsqu'il se voit appliquer un tarif déterminé n'acquiert aucun droit au maintien de ce tarif pour l'avenir.

3.3. Plus fondamentalement, dès lors que l'avant-projet doit être interprété soit comme interdisant purement et simplement à la CWaPE de fixer un tarif prosumer avant le 1^{er} janvier 2025, soit comme lui faisant obligation, jusqu'à cette date, de ne porter aucune atteinte significative aux tarifs concernés, il est inadmissible en droit.

En effet, comprise en ce sens, cette obligation ne peut être qualifiée d'« orientation générale » qui, pour rappel, n'est conforme à l'objectif de la directive électricité que si elle incite seulement le régulateur national de l'énergie à tenir compte des objectifs poursuivis par l'autorité en matière de politique énergétique et de ses intérêts tels que la viabilité, la fiabilité, la durabilité du marché de l'énergie ²².

Or, par hypothèse, imposer à la CWaPE une obligation telle que celle qui vient d'être décrite ne se limite pas à « inciter » cette dernière à prendre en compte des objectifs de politique générale.

Pareille obligation ne peut par ailleurs pas s'appuyer sur la directive (UE) 2018/2001. En effet, l'article 6 de cette directive, auquel se réfère l'exposé des motifs ne peut être interprété en ce sens qu'il autoriserait l'État à s'abstenir temporairement ou définitivement d'introduire une contribution aux frais du réseau dans le chef des autoconsommateurs puisque l'article 21, paragraphe 6, f), de la même directive impose précisément que « les autoconsommateurs d'énergies renouvelables contribuent de manière adéquate et équilibrée au partage du coût global du système lorsque de l'électricité est injectée dans le réseau ».

En conclusion, le dispositif à l'examen porte atteinte à l'indépendance de la CWaPE dans l'exercice de la mission qui lui est dévolue de fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul.

²² Voir, à ce propos, C.C., 25 mai 2016, n° 71/2016.

4. Eu égard aux observations fondamentales qui viennent d'être formulées, l'avant-projet de décret à l'examen ne peut être adopté en l'état.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET