



CWaPE
Commission
Wallonne
pour l'Energie

L:\1 Présidence\11 Avis, propositions et études\112 Électricité

Date du document : 24/10/2017

AVIS

CD-17j24-CWaPE-1732

PROCÉDURES DEVANT ÊTRE SUIVIES DANS LE CADRE DU TRANSFERT DES QUATRE COMMUNES WALLONNES DE PBE VERS UN GRD WALLON

*Rendu en application de l'article 43bis, § 1er du décret du 12 avril 2001 relatif à
l'organisation du marché régional de l'électricité*

Table des matières

1.	OBJET	3
2.	AVIS	3

1. OBJET

La CWaPE a été informée du fait que les quatre communes wallonnes du GRD PBE entendaient quitter ce gestionnaire de réseau bi-régional pour rejoindre un GRD wallon.

Des contacts avancés entre ORES, PBE et ces communes wallonnes pourraient déboucher sur le transfert de ces communes vers ce GRD.

Le GRD REW souhaite toutefois remettre offre pour que sa candidature puisse également être prise en compte.

Les positions de ces deux GRD sont étayées dans des analyses juridiques communiquées à la CWaPE les 20 septembre (ORES) et 3 octobre 2017 (REW).

Le présent avis, destiné au Ministre wallon de l'Énergie et aux deux gestionnaires de réseau candidats à une désignation, contient l'analyse que fait la CWaPE de cette situation au regard des procédures devant légalement être suivies.

2. AVIS

La CWaPE constate tout d'abord que PBE doit être considéré comme le seul gestionnaire de réseau valablement désigné jusqu'à ce que son mandat prenne valablement fin. Il ressort de l'article 10, § 2, du décret électricité que son mandat pourrait prendre fin dans les hypothèses suivantes :

- absence de renouvellement au terme de la désignation ;
- dissolution/ scission/fusion (autre que fusion entre GRD) ;
- apport de branche d'activités à une personne morale autre qu'une personne morale de droit privé visée à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, du décret électricité (dans ce cas, le mandat ne prend pas fin mais est transféré de plein droit);
- révocation par le Gouvernement.

L'on pourrait également imaginer que, en dehors de ces hypothèses explicitement prévues, le mandat de PBE puisse prendre fin par une décision du Gouvernement qui prendrait acte du souhait de PBE de renoncer à poursuivre ses activités de GRD en région wallonne et l'y autoriserait.

En l'espèce, il ressort du projet tel que décrit dans la consultation juridique transmise par ORES que PBE serait susceptible de se trouver dans l'hypothèse de fin de mandat liée à la scission. Il est en effet annoncé que le projet serait d'opérer une scission par absorption au profit d'ORES.

L'on ne pourrait en revanche pas considérer, contrairement à ce qui est affirmé dans la consultation juridique, qu'ORES et PBE se trouveraient dans le cas de l'apport de branche d'activités visé à l'article 10, § 2, du décret électricité, lequel implique un maintien du mandat de GRD et un transfert automatique de celui-ci au bénéficiaire de l'apport de branche (en l'espèce, ORES). En effet, l'apport de branche d'activités visé à l'article 10, § 2, du décret électricité ne concerne que les hypothèses où la société bénéficiaire de l'apport est une personne morale de droit privé, ce qui n'est pas le cas

d'ORES. Le fait que cette disposition du décret électricité puisse éventuellement être considérée comme discriminatoire sur ce point est sans incidence à ce stade. L'article 10, § 2, du décret électricité est en effet clair et il ne revient ni au Gouvernement, ni à la CWaPE, de modifier d'initiative la portée de cette disposition en partant du principe qu'elle viole actuellement la Constitution. C'est en effet à la Cour constitutionnelle seule qu'il revient de contrôler la validité des décrets au regard des articles 10 et 11 de la Constitution (en l'espèce sur question préjudicielle d'un juge).

À cela s'ajoute que l'on pourrait se demander si l'on est bien, en l'espèce, dans le cas d'un « apport de branche d'activités » au sens de l'article 10, § 2, du décret électricité. Le Code des sociétés distingue bien, à tout le moins en ce qui concerne la rémunération, la scission (par absorption) de l'apport de branche d'activités. Alors que, dans le cas de la scission par absorption (même partielle), il ressort de l'article 673 du Code des sociétés que ce sont les associés de la société scindée qui se voient attribuer des actions ou parts des sociétés bénéficiaires de la scission, dans le cas de l'apport de branche d'activités, il ressort de l'article 679 du Code des sociétés que c'est la société effectuant l'apport qui se voit attribuer des actions ou parts de la société bénéficiaire de l'apport. Or, en l'espèce, la rémunération envisagée dans le cadre du projet envisagé dans la consultation juridique est bien prévue directement au profit des associés de PBE (et, plus particulièrement, les quatre communes wallonnes) et non de PBE (la société qui effectue l'apport), ce qui correspond davantage à une scission telle que définie par le Code des sociétés.

Dans l'hypothèse où PBE poursuivrait jusqu'au bout son projet de scission par absorption au profit d'ORES, une décision du Gouvernement wallon serait alors nécessaire pour qu'ORES puisse obtenir un renouvellement du mandat de GRD qui prendra fin dans le chef de PBE. L'article 10, § 2, du décret électricité prévoit en effet que, en cas de scission, « *le Gouvernement décide, sur proposition de la CWaPE, si les nouvelles entités doivent ou non obtenir un renouvellement du mandat de gestionnaire de réseau de distribution* ».

Selon la CWaPE, par souci de parallélisme avec la procédure classique de désignation d'un GRD et compte tenu des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, le Gouvernement devrait, pour se prononcer en pleine connaissance de cause sur l'obtention ou non par ORES d'un renouvellement du mandat de GRD, publier un avis de désignation au *Moniteur belge* pour permettre à d'autres candidats de se manifester ou, à tout le moins, organiser une certaine forme de mise en concurrence. Il en va d'autant plus ainsi que REW a clairement manifesté son souhait de se porter candidat.

La CWaPE ferait alors une proposition de désignation au Gouvernement, après comparaison des candidatures reçues suite à la publication de cet avis. L'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, du décret électricité plaide en ce sens lorsqu'il prévoit que, si le candidat gestionnaire de réseau est proposé par les communes, la proposition doit se fonder sur une comparaison objective. Il serait difficilement compréhensible qu'une même comparaison ne doive pas intervenir dans l'hypothèse où ce serait le Gouvernement qui désignerait directement un gestionnaire de réseau. De même, l'article 20, § 1^{er}, de l'AGW du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux, en prévoyant la publication d'un avis relatif à la désignation des GRD qui contient le délai d'introduction des demandes (2°), laissent bien entendre que plusieurs demandes pourraient entrer en concurrence.

Dans le cadre de cette procédure de désignation, aucun rôle particulier ne devrait en principe être réservé aux communes concernées. L'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, du décret électricité qui prévoit un rôle particulier pour les communes lorsqu'elles sont propriétaires de tout ou partie du réseau ne serait en effet *a priori* pas applicable dans cette hypothèse puisque le réseau en question est toujours actuellement la propriété de PBE et deviendrait directement la propriété d'ORES en cas de scission par absorption. Indirectement, les communes pourraient toutefois avoir une influence sur le choix du Gouvernement. Le candidat GRD devrait en effet, pour constituer une candidature valable, être notamment en mesure d'acquérir un droit de propriété ou d'usage sur ce réseau¹. Si les communes annonçaient leur intention de procéder à une expropriation si cela s'avérait nécessaire pour confier un droit de propriété ou d'usage au candidat qui serait considéré comme le plus intéressant par le Gouvernement, toutes les candidatures seraient valables au regard de ce critère. A l'inverse, il serait difficile, pour le candidat qui ne disposerait pas d'un droit de propriété ou d'usage sur le réseau au moment où il dépose sa candidature, de constituer une candidature sérieuse en l'absence de soutien ou de déclaration de neutralité des communes.

Selon la CWaPE, pendant la procédure de désignation d'un nouveau GRD, PBE devrait bien entendu poursuivre ses activités de GRD jusqu'à ce qu'il soit formellement mis un terme à son mandat et qu'un nouveau GRD soit désigné par le Gouvernement. Selon l'article 8, § 2, dernier alinéa, du décret électricité, « *Toute aliénation de l'infrastructure et de l'équipement faisant partie du réseau de distribution, faite par le gestionnaire du réseau de distribution et ses filiales, est soumise à l'avis conforme de la CWaPE* ». Un avis de la CWaPE sera donc requis avant l'aboutissement de la scission de PBE. Le cas échéant, la CWaPE ne remettra un avis favorable à la scission que sous la condition suspensive de la désignation effective d'ORES comme GRD par le Gouvernement.

Dans l'hypothèse où PBE renoncerait au projet de scission par absorption et se limiterait à notifier au Gouvernement wallon son intention de ne plus poursuivre son activité de GRD en Région wallonne et où le Gouvernement serait prêt à accepter de procéder à une nouvelle désignation, l'on pourrait alors potentiellement se trouver dans deux cas de figures différents :

- Soit les communes concernées prennent l'initiative de récupérer le droit de propriété sur le réseau de distribution situé sur leur territoire (expropriation de PBE ou transfert amiable de la propriété dans le cadre de leur retrait de PBE). L'on se trouverait alors dans l'hypothèse visée à l'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, du décret électricité, selon lequel, « *Si le réseau de distribution en question est la propriété, en tout ou en partie, d'une ou plusieurs communes et/ou provinces, la désignation est faite sur proposition de celles-ci. Cette proposition se fonde sur une comparaison objective menée par la commune des diverses candidatures, au regard notamment des conditions de désignation visées à l'alinéa 1er, de la volonté de rationaliser la distribution d'électricité sur son territoire, ainsi qu'une projection des tarifs et, éventuellement, des dividendes proposés* ». Les communes procéderont alors à une comparaison objective des candidats GRD et feront une proposition au Gouvernement.

¹ L'article 20, § 1^{er}, 3^o, a), de l'AGW du 21 mars 2002 prévoit en effet que le candidat GRD doit produire des pièces permettant de vérifier qu'il « *est propriétaire ou titulaire d'un droit lui garantissant la jouissance des infrastructures et équipements du réseau pour lequel il postule la gestion* ». Étant donné que l'article 10 du décret électricité permet qu'un GRD soit désigné sous condition suspensive de l'obtention de la propriété ou d'un droit d'usage sur le réseau, il faut comprendre la condition fixée par l'AGW comme exigeant une preuve de ce qu'il est en mesure d'obtenir un droit sur le réseau.

- Soit les communes concernées ne prennent aucune initiative. L'on se trouverait alors dans le cas d'une nouvelle désignation visée par l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret électricité, laquelle implique d'office la publication d'un avis de désignation au *Moniteur belge* pour permettre aux candidats potentiels de se manifester et une comparaison des candidatures reçues (comme exposé ci-dessus) par la CWaPE et le Gouvernement. Dans le cadre de cette procédure, les communes n'auront aucun rôle direct à jouer. Indirectement, les communes pourraient toutefois, comme expliqué ci-dessus, avoir une influence sur le choix du Gouvernement.

Dans ces deux cas de figure, PBE devrait également, selon la CWaPE, continuer à exercer en tant que GRD jusqu'à ce qu'il soit formellement mis un terme à son mandat et qu'un nouveau GRD soit désigné par le Gouvernement.

En conclusion, selon la CWaPE, la situation devrait se résoudre d'une des manières suivantes :

- soit directement par les communes qui pourraient, d'initiative, décider d'obtenir à nouveau la propriété du réseau situé sur leur territoire et faire une proposition de désignation d'un nouveau GRD au Gouvernement, après comparaison objective ;
- soit par PBE et ORES en décidant de procéder à la scission par absorption. Le Gouvernement devrait alors publier un avis de désignation comprenant un appel à candidat. Dans le cadre de la comparaison qui serait réalisée, ORES partirait a priori avec un avantage sur REW en ce qui concerne la condition de l'existence d'un droit de propriété ou d'usage (sous réserve de la position que pourraient prendre les communes).

* *
*