



COMMISSION WALLONNE POUR L'ÉNERGIE

PROPOSITIONS

CD-17e24-CWaPE-1701

en matière de

*'simplification des structures
des gestionnaires de réseau de distribution (GRD)'*

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

Le 29 mai 2017

Propositions de la CWaPE en matière de simplification des structures des gestionnaires de réseau de distribution (GRD)

1. Objet

Par un courrier du 22 mars 2017, Monsieur Christophe LACROIX, Ministre du Budget, de la Fonction publique, de l'Énergie et de la Simplification administrative, a demandé à la CWaPE de lui faire part de ses propositions en matière de simplification des structures des GRD, dans l'objectif de clarifier leurs métiers et de simplifier le contrôle de la CWaPE et du Gouvernement sur leurs activités.

Dans le présent document, la CWaPE expose les différentes mesures de simplification des structures des GRD envisageables pour atteindre les objectifs poursuivis par le Gouvernement. Pour chacune de ces mesures, la CWaPE identifie en outre, à titre indicatif, les principales dispositions décrétales et réglementaires qui devraient nécessairement être modifiées pour assurer leur mise en œuvre concrète.

2. Propositions de la CWaPE

Selon la CWaPE, seraient de nature à atteindre les objectifs poursuivis par le Gouvernement, les mesures suivantes :

- Interdiction d'exercer, directement ou indirectement au travers de prises de participation, sur le territoire de la Région wallonne, d'autres activités/missions que celles de GRD (en ce compris les missions particulières qui seraient confiées par les actionnaires du GRD) **(2.1.)** ;
- Interdiction de la présence, parmi les personnes morales détenant des parts représentatives du capital du GRD, de personnes morales actives directement ou indirectement sur le marché de l'énergie (production, fourniture, intermédiaire), hormis pour les communes et provinces qui produisent directement ou indirectement de l'énergie pour leurs propres besoins ou dans le cadre de leurs activités de traitement et de valorisation des déchets ainsi que de gestion des eaux usées **(2.2.)** ;
- Modification de la définition de la notion d'administrateur indépendant de manière à ce que l'administrateur-personne morale ne puisse être considéré comme indépendant que si la personne physique qui représente cette personne morale répond également aux conditions d'indépendance fixées par le décret **(2.3.)** ;
- Obligation de disposer de personnel propre ou, en cas de sous-traitance, de respecter les règles de passation des marchés publics **(2.4.)** ;
- Limitation de la possibilité de créer une filiale aux hypothèses où cela serait, pour plusieurs GRD, justifié par une économie d'échelle. La filiale devrait en outre avoir un actionnariat composé à 100 p.c. de GRD **(2.5.)** ;
- Interdiction de GRD constitués sous forme de personne morale de droit privé (uniquement intercommunales ou régies communales) **(2.6.)**.

2.1. Interdiction d'exercer, directement ou indirectement au travers de prises de participation, sur le territoire de la Région wallonne, d'autres activités/missions que celles de GRD (en ce compris les missions qui seraient confiées par les actionnaires du GRD)

Actuellement, les GRD :

- ne peuvent déjà réaliser aucune activité de production, à l'exception de la production d'électricité verte exclusivement utilisée pour alimenter ses propres installations et/ou pour compenser ses pertes de réseau (article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 11, § 2, alinéa 2, 9^o, du décret électricité) et de la production de gaz issu de SER exclusivement utilisé pour couvrir ses besoins, en ce compris la fourniture aux clients finals dans les cas prévus par le décret gaz (article 7, § 1^{er}, du décret gaz) ;
- peuvent détenir directement et/ou indirectement des participations dans des producteurs d'électricité, de gaz ou des gestionnaires de transport, à certaines conditions (article 8, § 1^{er}, alinéa 2, du décret électricité et article 7, § 1^{er}, alinéa 2, du décret gaz).

Afin d'écartier tout soupçon quant à l'indépendance du GRD et toute influence négative sur l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, la CWaPE propose de supprimer cette possibilité de production pour son propre compte¹, moyennant toutefois l'instauration d'une période transitoire pour permettre la valorisation des installations présentes à l'heure actuelle, ainsi que la possibilité de détenir directement et/ou indirectement des participations dans des producteurs d'électricité, de gaz ou des gestionnaires de transport.

Les GRD ne peuvent également déjà pas, à l'heure actuelle, exercer d'activités de fourniture d'électricité et de gaz aux clients finals, sauf dans les cas prévus par les décrets électricité et gaz (article 8, § 1^{er}, alinéa 3, combiné aux articles 30, § 5, 33*bis* et 34 du décret électricité et article 7, § 1^{er}, alinéa 4, combiné aux articles 30, § 5, 31*ter* et 32 du décret gaz), qui devraient être maintenus.

L'article 8, § 2, du décret électricité autorise en revanche les GRD à réaliser d'autres activités non directement liées au secteur électrique (idem pour le secteur gaz (article 7, § 3, du décret gaz). Il est proposé de supprimer cette possibilité.

Conformément aux règles européennes en préparation, bien que l'activité de stockage d'énergie soit une activité soumise à concurrence, les GRD devraient toutefois pouvoir être exceptionnellement autorisés par la CWaPE à détenir, développer, gérer ou exploiter des installations de stockage d'énergie dans l'hypothèse où il serait établi que ces installations sont nécessaires pour assurer la gestion optimale du réseau et que ce besoin ne peut être pourvu par des opérateurs privés, sans préjudice d'éventuelles conditions plus restrictives qui seraient fixées par le droit européen.

→ Principales dispositions décrétales et réglementaires à modifier : article 8 du décret électricité, article 7 du décret gaz, article 19 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux.

¹ Cette possibilité, qui avait été imaginée pour amorcer la production d'électricité verte et de gaz issu de SER dans les premiers temps de la libéralisation, ne paraît plus nécessaire et justifiée à l'heure actuelle.

2.2. Interdiction de la présence, parmi les personnes morales détenant des parts représentatives du capital du GRD, de personnes morales actives directement ou indirectement sur le marché de l'énergie (production, fourniture, intermédiaire), hormis pour les communes et provinces qui produisent directement ou indirectement de l'énergie pour leurs propres besoins ou dans le cadre de leurs activités de traitement et de valorisation des déchets ainsi que de gestion des eaux usées

Toujours dans l'objectif d'écartier tout soupçon quant à l'indépendance du GRD et toute influence négative sur l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, il est proposé d'interdire la présence, parmi les personnes morales détenant des parts représentatives du capital du GRD (indépendamment de l'exercice d'un contrôle effectif sur le GRD), la présence de personnes morales actives directement ou indirectement sur le marché de l'énergie. Actuellement, les décrets électricité et gaz ne prévoient pas d'interdiction absolue à ce niveau (article 7bis du décret électricité et article 6bis du décret gaz).

Cette interdiction est toutefois limitée de manière à ne pas empêcher la participation de communes et provinces qui seraient également actives directement ou indirectement sur le marché de l'énergie pour leur propre besoin ou dans le cadre de leurs activités de traitement et de valorisation des déchets ainsi que de gestion des eaux usées.

La notion d'activité indirecte sur le marché de l'énergie pourrait renvoyer à la présence, parmi les sociétés liées à la société détenant des parts représentatives du capital du GRD, de sociétés actives sur le marché de l'énergie. L'on entend par « sociétés liées à une société » au sens de l'article 11, 1°, du Code des sociétés :

- « a) les sociétés qu'elle contrôle;*
- b) les sociétés qui la contrôlent;*
- c) les sociétés avec lesquelles elle forme consortium;*
- d) les autres sociétés qui, à la connaissance de son organe d'administration, sont contrôlées par les sociétés visées sub a), b) et c) ».*

En ce qui concerne la notion de contrôle, l'article 5 du Code des sociétés prévoit que :

« § 1er. Par " contrôle " d'une société, il faut entendre le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion.

§ 2. Le contrôle est de droit et présumé de manière irréfragable :

- 1° lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause;*
- 2° lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants;*
- 3° lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société en cause ou de conventions conclues avec celle-ci;*
- 4° lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de la société en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci;*
- 5° en cas de contrôle conjoint.*

§ 3. Le contrôle est de fait lorsqu'il résulte d'autres éléments que ceux visés au § 2.

Un associé est, sauf preuve contraire, présumé disposer d'un contrôle de fait sur la société si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette société, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées » (soulignements ajoutés).

En ce qui concerne la notion de consortium, l'article 10 du Code des sociétés prévoit que :

« § 1er. Il y a " consortium " lorsqu'une société et une ou plusieurs autres sociétés de droit belge ou étranger, qui ne sont ni filiales les unes des autres, ni filiales d'une même société, sont placées sous une direction unique.

§ 2. Ces sociétés sont présumées, de manière irréfragable, être placées sous une direction unique :

1° lorsque la direction unique de ces sociétés résulte de contrats conclus entre ces sociétés ou de clauses statutaires, ou,

2° lorsque leurs organes d'administration sont composés en majorité des mêmes personnes.

§ 3. Des sociétés sont présumées, sauf preuve contraire, être placées sous une direction unique, lorsque leurs actions, parts ou droits d'associés sont détenus en majorité par les mêmes personnes. Les dispositions de l'article 7 sont applicables.

Ce paragraphe n'est pas applicable aux actions, parts et droits d'associés détenus par des pouvoirs publics ».

→ Principales dispositions décrétales et réglementaires à modifier : article 7bis du décret électricité et article 6bis du décret gaz.

2.3. Modification de la définition de la notion d'administrateur indépendant de manière à ce que l'administrateur-personne morale ne puisse être considéré comme indépendant que si la personne physique qui représente cette personne morale répond également aux conditions d'indépendance fixées par le décret

L'article 2, 20°, du décret électricité définit la notion d'administrateur indépendant comme suit :

« l'administrateur du gestionnaire de réseau ou de la filiale créée en application de l'article 16, § 2, qui :

a) n'exerce aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur, d'un fournisseur ou d'un intermédiaire et n'a pas exercé une telle fonction ou activité au cours des vingt-quatre mois précédant sa nomination en tant qu'administrateur, et

b) ne bénéficie d'aucun avantage matériel octroyé par l'une des personnes visées au littera a), ni par l'une de leurs entreprises associées ou liées, qui, de l'avis de la CWaPE, est susceptible d'influencer son jugement » (voir également l'article 2, 14°, du décret gaz).

Cette disposition ne requiert pas expressément que, lorsque l'administrateur en question est une personne morale, la personne physique qui représente cette personne morale réponde également aux conditions d'indépendance ainsi fixées. Pourrait par conséquent potentiellement être considéré comme administrateur indépendant, l'administrateur-personne morale qui répond aux conditions de l'article 2, 20°, précité, alors même que la personne physique qui représente cette personne morale dans les tâches d'administrateur ne présente pas les mêmes garanties d'indépendance.

Afin d'éviter un tel contournement des conditions fixées pour qu'un administrateur puisse être considéré comme indépendant, il est proposé de modifier la définition de la notion d'administrateur indépendant en précisant que la personne physique représentant un administrateur-personne morale doit également répondre à ces conditions.

→ Principales dispositions décrétales et réglementaires à modifier : article 2, 20°, du décret électricité et article 2, 14°, du décret gaz.

2.4. Obligation de disposer de personnel propre ou, en cas de sous-traitance, de faire appel à des personnes indépendantes des producteurs, fournisseurs ou intermédiaires, dans le respect des règles de passation des marchés publics

Cette obligation vaudrait sous réserve de la délégation de la gestion journalière à une filiale, dans le respect des conditions mentionnées au point 2.5. ci-dessous.

Actuellement, l'article 16, § 1^{er}, du décret électricité pourrait déjà être interprété comme imposant une telle obligation dès lors qu'il prévoit que « *Le gestionnaire de réseau dispose d'un personnel suffisant et qualifié afin d'assurer l'exercice des missions visées à l'article 11. Il peut toutefois confier l'exploitation journalière de ses activités à une filiale, conformément au paragraphe 2* » (idem pour l'article 17, § 1^{er}, du décret gaz). Il serait toutefois opportun de venir confirmer explicitement cette interprétation en spécifiant expressément cette obligation de disposer d'un personnel propre qui ne peut notamment être mis à disposition par la maison-mère du gestionnaire de réseau, un actionnaire ou une entreprise liée.

Concernant les exigences relatives aux membres du personnel du GRD ou aux sous-traitants, il est prévu ce qui suit, dans l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux (voir également l'article 16*bis* du décret électricité et l'article 17*bis* du décret gaz) :

« Art. 15. § 1er. Les membres du personnel du gestionnaire du réseau ou, le cas échéant, l'expert indépendant qui réalisent des tâches stratégiques et confidentielles visées à l'article 16 du décret ou spécifiées par un arrêté d'exécution ne peuvent exercer aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur, fournisseur aux clients éligibles ou intermédiaire.

Aux fins d'exécuter les tâches stratégiques et confidentielles visées à l'alinéa précédent, le gestionnaire de réseau ne peut recourir directement ni indirectement aux services de membres du personnel d'un producteur, d'un fournisseur aux clients éligibles ou d'un intermédiaire.

§ 2. Les membres du gestionnaire de réseau de distribution, où, le cas échéant, l'expert indépendant exécutant les tâches stratégiques et confidentielles susmentionnées ne peuvent accepter aucune gratification directe ou indirecte de la part d'un producteur, d'un fournisseur aux clients éligibles ou d'un intermédiaire ».

Art. 16. L'accès aux informations personnelles et commerciales dont le gestionnaire du réseau a connaissance dans l'exécution de ses tâches est réservé aux membres de son personnel ou à l'expert indépendant, pour les besoins stricts de l'exercice de leurs fonctions.

Il ne peut être ouvert qu'à des tiers agissant sous couvert du secret professionnel.

Art. 17. Le gestionnaire de réseau veille à recueillir et à consigner les informations personnelles et commerciales dont il a connaissance dans l'exécution de ses tâches sous une forme et dans des conditions propres à en préserver la confidentialité. Il garantit la séparation systématique entre ces données et celles qui sont susceptibles de connaître une publicité.

Le gestionnaire du réseau désigne une personne, indépendante des producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires, spécialement chargée de la coordination des mesures adoptées en application du présent article. La CWAPE peut solliciter à tout moment de la personne ainsi désignée un rapport sur l'application de ces mesures ».

2.5. Limitation de la possibilité de créer une filiale aux hypothèses où cela se justifierait par une économie d'échelle. La filiale devrait en outre avoir un actionariat composé à 100 p.c. de GRD

La création d'une filiale engendre des difficultés de contrôle pour le régulateur, notamment en ce qui concerne l'examen et la bonne compréhension des coûts rapportés par le GRD (manque de transparence).

Actuellement, il est possible pour le GRD de confier l'exploitation journalière de ses activités à une filiale (articles 16 du décret électricité et 17 du décret gaz), indépendamment de l'existence d'une véritable justification en termes d'efficacité et d'économie d'échelle.

Compte tenu des difficultés de contrôle que la présence d'une filiale engendre pour le régulateur, il est proposé de limiter cette possibilité aux hypothèses dans lesquelles l'intervention de cette filiale permettrait d'opérer une économie d'échelle au niveau des GRD. L'actionariat de cette filiale devrait en outre être composé à 100 p.c. de GRD.

→ Principales dispositions décrétales et réglementaires à modifier : article 16 du décret électricité et article 17 du décret gaz.

2.6. Interdiction de GRD constitués sous forme de personne morale de droit privé (uniquement intercommunales ou régies communales)

L'obligation d'être constitués sous forme d'intercommunale ou de régie communale permettrait de renforcer le contrôle sur les GRD, par le biais de l'intervention de l'autorité de tutelle.

→ Principales dispositions décrétales et réglementaires à modifier : article 6 du décret électricité et article 5 du décret gaz.

* *
*