



**CWaPE**  
Commission  
Wallonne  
pour l'Energie

*Date du document : 1/03/2018*

## **RAPPORT**

CD-18c01-CWaPE-0041

### **CONTRÔLE DU RESPECT DES RÈGLES D'INDÉPENDANCE, D'ORGANISATION ET DE PROTECTION DES DONNÉES CONFIDENTIELLES PAR RESA**

*Rendu en application de l'article 43bis, § 1er du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et de l'article 36, § 2 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz*

## Table des matières

<b>1.</b>	<b>RÉTROACTES</b> .....	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>MÉTHODOLOGIE DE LA CWaPE</b> .....	<b>6</b>
2.1.	Cadre de référence .....	6
2.2.	Typologie des gestionnaires de réseau .....	6
2.3.	Méthode .....	7
<b>3.</b>	<b>LE CADRE JURIDIQUE EN VIGUEUR</b> .....	<b>8</b>
3.1.	La directive 2009/72/CE .....	8
3.2.	Les dispositions wallonnes applicables.....	9
<b>4.</b>	<b>PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DU GRD RESA</b> .....	<b>11</b>
<b>5.</b>	<b>QUALIFICATION D’ENTREPRISE VERTICALEMENT INTÉGRÉE : PRINCIPES ET CONSÉQUENCES</b> .....	<b>12</b>
5.1.	Le point de vue de la CWaPE contenu dans son rapport provisoire .....	12
5.2.	La réfutation de cette position dans l’argumentaire de RESA.....	14
5.2.1.	<i>Notions et définitions</i> .....	14
5.2.2.	<i>Règles d'unbundling</i> .....	15
5.3.	Examen critique de l’argumentaire de RESA et position finale de la CWaPE quant au régime applicable en matière d’indépendance et d’ <i>unbundling</i> .....	16
<b>6.</b>	<b>RESPECT DES EXIGENCES RELATIVES À LA FORME JURIDIQUE, À LA COMPOSITION DE L’ACTIONNARIAT ET AUX AUTRES ACTIVITÉS</b> .....	<b>20</b>
6.1.	Contrôle public d’un GRD de droit privé .....	20
6.2.	Actionnariat privé .....	20
<b>7.</b>	<b>CONDITIONS RELATIVES À LA COMPOSITION ET AU FONCTIONNEMENT DES ORGANES DE GESTION</b> .....	<b>21</b>
7.1.	Administrateurs indépendants .....	21
7.2.	Composition des différents comités.....	22
7.2.1.	<i>Comité de direction</i> .....	22
7.2.2.	<i>Comité d’audit</i> .....	22
7.2.3.	<i>Mesures nécessaires pour une mise en conformité avec la législation</i> .....	22
<b>8.</b>	<b>EXIGENCES EN MATIÈRE D’INDÉPENDANCE DU PERSONNEL</b> .....	<b>24</b>
8.1.	Positions de RESA en matière d’indépendance de son personnel .....	24
8.2.	Examen critique de l’argumentaire de RESA et position de la CWaPE en matière d’indépendance du personnel.....	25

<b>9.</b>	<b>PRÉCAUTIONS RELATIVES À LA PRÉSERVATION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS PERSONNELLES ET COMMERCIALES .....</b>	<b>27</b>
9.1.	Positions de la CWaPE en matière de confidentialité des informations .....	27
9.2.	Avis juridique .....	28
<b>10.</b>	<b>AUTRES POTENTIELLES IRRÉGULARITÉS RÉVÉLÉES LORS DE L'ANALYSE.....</b>	<b>31</b>
10.1.	Marché public du cabinet de révisorat PWC .....	31
10.2.	Confusion d'image commerciale .....	31
<b>11.</b>	<b>CONCLUSIONS .....</b>	<b>32</b>

**ANNEXES CONFIDENTIELLES**

## 1. RÉTROACTES

Le cadre légal et la structure de nombreux gestionnaires de réseau de distribution ayant été fondamentalement revus au cours de ces trois dernières années, la CWaPE a décidé de renforcer et d'actualiser le contrôle de ces acteurs régulés quant au respect des exigences d'indépendance, d'organisation et de confidentialité inscrites dans les décrets électricité et gaz ainsi que dans leurs arrêtés d'exécution.

C'est dans ce contexte que par courrier du 23 mai 2017, la CWaPE a adressé à RESA, ainsi qu'à l'ensemble des gestionnaires de réseau de distribution wallons, une demande d'obtention d'un certain nombre de documents et informations destinés à effectuer ce contrôle (Annexe 1).

Dans le cas de RESA, il s'agit des documents suivants :

- La composition actualisée des membres du conseil d'administration avec la déclaration d'indépendance de chacun d'entre eux ;
- Les statuts de *RESA*;
- Le rapport d'activité 2015 ;
- Le procès-verbal du comité de direction du 21 avril 2017 ;
- Le procès-verbal de la séance du comité d'audit du 18 avril 2016 ;
- La déclaration du GRD portant sur la détention de participation dans des producteurs, fournisseurs et/ou intermédiaires ;
- les conventions entre *Publifin* et *RESA*, celles entre eux *Publifin* et *Nethys* et celles entre *Nethys* et *RESA* ;
- la déclaration du coordinateur de confidentialité ;
- des extraits du règlement de travail de *Publifin* et de celui de *Nethys*, ainsi que les conventions liant *RESA* à ses prestataires de services ;
- L'analyse du cabinet d'avocats *Linklaters* portant réponse au rapport intermédiaire de la commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner le fonctionnement de la transparence du groupe *Publifin* du 23 juin 2017.

Par courriers des 7, 27, 30 juin 2017 et 3 juillet 2017 ainsi qu'à l'occasion d'une réunion qui s'est tenue le 8 juin 2017 avec Monsieur Christian De Laet, Directeur technique de RESA, les informations réclamées ont été transmises par RESA à la CWaPE (Annexe 2).

Par courrier du 19 octobre 2017, la CWaPE a transmis à RESA un projet de rapport suite au contrôle effectué (Annexe 3).

Par courrier du 14 novembre 2017, RESA a adressé ses remarques au sujet de ce projet de rapport (Annexe 4).

Le 18 décembre 2017, Messieurs Pol Heyse et Gil Simon, ont été entendu à leur demande à propos de ce projet de rapport.

Lors de cette audition Messieurs Heyse et Simon ont souhaité attirer l'attention de la CWaPE sur le fait que l'interprétation à donner à la notion de producteur pourrait avoir des répercussions très importantes sur RESA dans la perspective d'un éventuel démantèlement du groupe. Ils ont également rappelé que jusqu'en juin 2017, l'indépendance de RESA n'a jamais suscité le moindre problème. Ils ont clairement dit que RESA ne partageait pas l'interprétation de la CWaPE sur la notion de producteur étendue à NETHYS. Les éléments du courrier du 14 novembre 2017 de RESA adressé à la CWaPE ont été rappelés. Ils ont souligné les difficultés sociales ainsi qu'une vraisemblable augmentation de l'enveloppe salariale (passage sous statut de travailleurs....) qui pourraient découler d'un transfert du

personnel de Nethys vers Publifin si celle-ci devenait demain le GRD. RESA plaide fortement pour que le personnel de Nethys puisse continuer à prester pour le GRD car les disynergies qui vont en résulter sont extrêmement importantes. <sup>1</sup> Enfin, ils ont indiqué aussi que si l'on se dirige vers la désignation d'un nouveau GRD, il faudrait veiller à ce que la législation permette un transfert automatique pour éviter de devoir présenter le dossier devant l'ensemble des communes.

---

<sup>1</sup> Elles auraient été depuis lors estimées par Mc Kinsey, à 8 Millions d'Euros annuels pour RESA et présenteraient une perte de valeur de 90 millions d'Euros.

## 2. MÉTHODOLOGIE DE LA CWaPE

### 2.1. Cadre de référence

Le contrôle exercé par la CWaPE dans le cadre de la problématique de l'*unbundling* et du respect des règles de confidentialité par les gestionnaires de réseau s'est basé d'une part sur le droit wallon, à savoir le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après le « Décret électricité »), le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (ci-après le Décret gaz »), l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux (ci-après « l'Arrêté ») et d'autre part sur le droit européen, en particulier 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 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 naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

Le droit wallon en la matière manque parfois de clarté, il en va particulièrement ainsi des dispositions du décret du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité qui a réformé fondamentalement les règles entourant l'organisation et la structure des gestionnaires de réseau en permettant notamment à ceux-ci de se constituer désormais sous la forme de personnes morales de droit privé. Les dispositions qui ont opéré cette réforme ont généralement été adoptées au stade parlementaire, via des amendements<sup>2</sup>, de sorte que les travaux parlementaires sont à cet égard très pauvres et ni le Conseil d'Etat, ni la CWaPE n'ont eu la possibilité de remettre un avis à leur sujet. Ce contexte a compliqué la compréhension de ces règles. Compte tenu de ces difficultés d'interprétation, mises en lumière notamment dans le cadre des travaux de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin (ci-après la « Commission Publifin »), la CWaPE a préféré, pour les besoins du présent contrôle, se référer largement au droit européen pour tendre vers une application conforme des directives. La CWaPE s'est également basée sur les interprétations finalement retenues par la Commission Publifin, qui, en tant qu'émanation du Parlement wallon, est légitime pour donner un éclairage sur les intentions originaires du législateur.

### 2.2. Typologie des gestionnaires de réseau

À la lecture du Décret électricité et de l'Arrêté, il apparaît que l'on doit distinguer différents types de gestionnaires de réseau de distribution afin de leur appliquer des régimes distincts. Ainsi, l'article 6 du Décret électricité distingue tout d'abord les GRD de droit privé des GRD de droit public. L'article 7bis distingue ceux qui ont, au sein de leur actionnariat, un producteur/fournisseur ou intermédiaire et, parmi eux, ceux étant constitués sous la forme d'intercommunale ou non. L'Arrêté distingue quant à lui les GRD constitués sous forme d'intercommunale ou de régie et ceux n'ayant pas adopté cette forme. À noter que ces derniers ne sont pas visés par des dispositions spécifiques prévues dans l'Arrêté si ce n'est qu'en son article 11, l'Arrêté réalise un renvoi au chapitre traitant des gestionnaires de réseau local de transport (ci-après GRTL).

En plus d'une multiplicité de régimes applicables, il faut également tenir compte des évolutions pratiques, qui ont eu lieu depuis la promulgation du Décret électricité en 2001. D'abord, il convient de constater la disparition des GRD sous forme de régie communale autonome. Par conséquent, la seule forme de GRD de droit public subsistante concerne les GRD ayant adopté le statut d'intercommunale constituée sous forme de société coopérative à responsabilité limitée. Cette dernière constitue la

---

<sup>2</sup> On a souvent parlé à leur propos, dans la presse ou dans les travées du Parlement, d'un «décret Tecteo» laissant l'impression que le législateur avait souhaité offrir un cadre validant la structure et l'organisation voulue par le gestionnaire de réseau liégeois.

principale forme juridique des intercommunales. Ensuite, lors de la modification du Décret électricité en 2008, le législateur wallon a introduit la possibilité pour les GRD de filialiser leurs activités quotidiennes. Or, ces filiales alors qu'elles se voient appliquer un régime spécifique relevant de l'article 16 § 2 du Décret électricité, échappent à certaines dispositions de l'Arrêté. En effet, celui-ci n'a pas été modifié depuis 2002 et ne prend pas en compte la possibilité de filialisation offerte aux GRD. Il a donc fallu inclure, au sein de la typologie, des catégories spécifiques pour ces filiales.

Ce travail de simplification a abouti à une typologie distinguant :

- Les GRD sous forme d'intercommunale ;
- Les GRD sous forme de droit privé (auxquels seront applicables les dispositions relatives aux GRD de droit privé de l'article 7ter du décret et celles applicables aux GRD sous une autre forme d'intercommunale comme l'indique l'article 11 de l'arrêté).
- Les filiales de GRD exerçant, pour eux, leurs activités journalières ;
- Les GRD ayant un producteur, fournisseur ou intermédiaire au sein de leurs actionnaires.

### 2.3. Méthode

Parallèlement à la recherche juridique menée pour interpréter la législation wallonne et réaliser la typologie des GRD, la CWaPE a déterminé les informations et les méthodes pertinentes afin d'opérer ce contrôle. A cette fin, une analyse comparative des travaux menés par d'autres régulateurs a été nécessaire. Parmi ces travaux, on retrouve ceux de la Commission européenne avec son *Working Paper* sur la certification des GRT ou, plus particulièrement, le rapport sur l'indépendance des gestionnaires de réseau de 2015 du régulateur français, la CRE. Dans ce dernier, le régulateur français décrit la méthodologie qu'il a utilisée afin de produire ce rapport. La CRE a utilisé les rapports sur la mise en œuvre du code de bonne conduite transmis par les gestionnaires de réseau au régulateur lorsqu'il réalise des audits sur des points précis. Il peut notamment faire appel à des enquêtes de clients mystères ou organiser des rencontres avec les acteurs de marché. Ces méthodes ont été une source d'inspiration.

La CWaPE a dès lors rédigé une demande d'information selon les pouvoirs accordés par l'article 47 du Décret électricité. Pour ce contrôle, elle a opté pour une demande d'information globale portant sur l'ensemble des documents jugés nécessaires aux fins de la réalisation de ce contrôle. Elle a également tenu compte des documents qui lui avaient déjà été transmis, tels que les rapports du coordinateur de confidentialité. Rappelons que l'article 47 du Décret électricité précise que la CWaPE peut demander « *toutes les informations nécessaires pour l'exécution de ses tâches* ». L'article 47 offre aussi la possibilité de fixer un délai de réponse contraignant. S'il n'est pas respecté, le régulateur peut organiser des visites au sein des entreprises concernées, voire même infliger des sanctions administratives en dernier recours.

### 3. LE CADRE JURIDIQUE EN VIGUEUR

#### 3.1. La directive 2009/72/CE

Le cadre européen applicable en la matière se concentre principalement autour des dispositions relatives à l'*unbundling*. Les règles d'*unbundling* sont un ensemble de dispositions présentes dans les directives relatives au marché intérieur de l'énergie qui imposent un découplage ou une dissociation des métiers de l'énergie. Ces règles ont été renforcées au fur et à mesure de l'adoption des différents « paquets énergie ». Elles ont pour but de rendre les plus indépendants possible, dans la mesure du nécessaire, les gestionnaires de réseau, qu'ils soient de distribution ou de transport, par rapport aux producteurs et aux fournisseurs. Elles s'appliquent particulièrement aux entreprises verticalement intégrées dans le secteur énergétique. L'entreprise verticalement intégrée (ci-après EVI) est définie à l'article 2 de la directive 2009/72/CE. Une EVI est « une entreprise d'électricité ou un groupe d'entreprises d'électricité qui confie directement ou indirectement à la même personne ou aux mêmes personnes l'exercice du contrôle, et qui assure au moins une des fonctions suivantes : transport ou distribution, et au moins une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité. ».

L'indépendance entre ces activités est censée permettre l'élimination des risques de subvention croisée entre les activités régulées et celles qui ne le sont pas. Cette indépendance doit entraîner également une diminution des faits de discrimination dans l'accès aux réseaux, notamment pour le raccordement à celui-ci.

Les normes applicables aux GRD sont moins contraignantes que celles mises en place par la directive pour les gestionnaires de réseau de transport (ci-après GRT). En effet, selon l'enquête sectorielle menée par la Commission en 2007, les principaux problèmes empêchant la mise en place d'une concurrence effective sur les marchés de l'énergie se situent au niveau des GRT. Les gestionnaires de réseau de distribution sont jugés moins cruciaux dans le développement de la concurrence par la Commission. Les GRD se voient donc appliquer un régime plus léger. En effet, la directive ne leur impose pas comme modèle de préférence le *Ownership Unbundling* comme c'est le cas pour les GRT.

Les dispositions sur la dissociation des GRD de la directive 2009/72/CE prévoient trois types d'*unbundling* :

- *Unbundling* juridique : article 26.1 ;
  - Structure juridique autonome, au minimum une filiale.
- *Unbundling* comptable : article 31 ;
- *Unbundling* managériale : articles 26.2 et suivants.
  - Indépendance des personnes responsables de la gestion ;
  - Indépendance concernant la gestion des actifs ;
  - Politique de conformité ;
  - La confusion d'image.

Sur ces questions, la logique de la directive est de faire en sorte que le personnel du GRD soit conscient de constituer une entreprise distincte ayant ses propres intérêts par rapport à l'EVI.

Ce cadre européen étant posé, il convient de rappeler que les dispositions directement applicables en l'espèce ne sont pas celles issues de la directive, mais celles prescrites par des textes wallons qui l'ont transposée. Le droit de l'Union n'a donc servi que de façon subsidiaire dans le cadre de ce contrôle.

## 3.2. Les dispositions wallonnes applicables

Le contrôle qui a été réalisé par la CWaPE s'est focalisé sur les dispositions relatives à l'électricité pour établir les exigences applicables aux GRD, considérant leur grande similitude avec les dispositions prévues pour le gaz. Plus précisément, le contrôle s'est principalement basé sur deux textes :

- Le décret du 12 avril 2001, relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (« le Décret électricité»);
- L'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux («l'Arrêté»).

Ces textes n'instituant pas de chapitre consacré à la dissociation des GRD en tant que telle, il a été décidé de concentrer le champ de ce contrôle au-delà des simples exigences d'indépendance en y incluant par exemple les règles de confidentialité concernant les informations commercialement sensibles, mais en excluant celles sur la protection des données personnelles.

Les dispositions décrétales suivantes ont été identifiées :

- L'article 6 § 1 et §2 concernant la détention du GRD et sa localisation ;
- L'article 7 concernant le seuil de détention des personnes publiques au sein des GRD ;
- L'article 7bis concernant les règles de gouvernance relative aux GRD ayant des producteurs, fournisseurs, intermédiaires détenant des parts représentatives du capital social ;
- L'article 7 ter concernant les règles de gouvernance relatives au GRD constitué sous forme de droit privé ;
- L'article 8 concernant les règles relatives à la séparation entre les activités régulées et non régulées, ainsi qu'aux différents cas d'impartialité dans l'exercice de ces activités ;
- L'article 12 concernant la préservation de la confidentialité et l'utilisation par le GRD des données et informations sensibles ;
- L'article 16 § 1 concernant les règlements de gouvernance relatifs aux GRD ayant des producteurs, fournisseurs, intermédiaires détenant des parts représentatives du capital social ;
- L'article 16 § 2, §3 et §4 concernant les règles relatives aux filiales de GRD exerçant, pour ces derniers, leurs activités journalières.

Les dispositions de l'Arrêté prises en compte dans cette analyse sont les suivantes :

- Le chapitre II relatif aux règles de gouvernance des gestionnaires de réseaux privés en vertu de l'article 11 de l'Arrêté.
- La section II du chapitre II relative aux règles de gouvernance des GRD constitués sous forme d'intercommunale ou de régie communale autonome ;
- L'article 15 relatif à l'indépendance du personnel des GRD ;
- L'article 16 relatif à l'accès aux informations personnelles et commerciales, ainsi qu'au secret professionnel ;
- L'article 17 relatif à la préservation des informations personnelles et commerciales, ainsi qu'au rôle du coordinateur de confidentialité.

Ces différentes dispositions peuvent être réunies en quatre grands thèmes se retrouvant dans le tableau suivant :

**TABLEAU 1 LES DISPOSITIONS WALLONNES CORRESPONDANT AUX DIFFÉRENTES CATÉGORIES D'EXIGENCE**

<b>Catégorie d'exigences</b>	<b>Dispositions</b>
Conditions relatives à la forme juridique, à la composition de l'actionnariat et aux autres activités	DGW: Art. 6 § 1; Art. 6 § 2, Art. 7 § 1; Art. 7 § 2 ; Art. 7bis ; Art. 8 § 1 ; Art. 8 § 2
	AGW:
Conditions relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion	DGW: Art. 2, 20° ; Art. 16 § 1 ; art. 12 § 2 ; Art. 7bis 2 ; Art.7ter ; Art. 16 § 2
	AGW : Art. 4.; Art. 5.; Art. 6 ; Art.7.; Art.8.; Art. 9 ; Art. 13
Exigences en matière d'indépendance du personnel	DGW:
	AGW : Art.15
Précautions relatives à la préservation de la confidentialité des informations personnelles et commerciales	DGW : 12 § 1bis ; 12 § 2 ; art. 16 bis §1
	AGW : Art.16 ; Art. 17.

#### 4. PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DU GRD RESA

En date de collecte des informations, à savoir début juillet 2017, la situation du GRD RESA était la suivante :

Forme juridique : Société anonyme	EVI : Oui
Filiale au sens de l'art. 16 § 1 : Non	Autre filiales ou participations au 31.12.2016
	- SCRL INTER-REGIES 26.07 %
	- SCRL Atrias 15.59%
Associés	
- SA Nethys 100%	
Administrateurs :	
- La Compagnie du Monty SA représentée par M. MEYERS Pierre, Président	
- GUILLAUME Pol Vice-Président	
- MICHAUX Josette Vice-Présidente	
- NETHYS SA représentée par Stéphane MOREAU, Administrateur délégué	
- HEYSE Pol	
- LAURENT Denise	
- STASSART Pierre	
- CGO SA représentée par M. DELAUNOIS Philippe	
- PUBLIFIN SCIRL représentée par André GILLES démissionnaire	
Comité de direction/ organe restreint de gestion :	
- Mr. MOREAU	
- Mr. HEYSE	
- Mr. HUBIN	
- Mr. SIMON	
- Mme. BAYER	

L'annexe 2.4 du présent document reprend en page 80 la structure de l'actionariat de la SA RESA et de ses participations financières.

## **5. QUALIFICATION D'ENTREPRISE VERTICALEMENT INTÉGRÉE : PRINCIPES ET CONSÉQUENCES**

### **5.1. Le point de vue de la CWaPE contenu dans son rapport provisoire**

Le fil conducteur de l'analyse réalisée par la CWaPE dans le cadre du contrôle de RESA repose sur le fait que sa maison-mère, Nethys, doit être considérée comme une « entreprise verticalement intégrée » au sens du droit européen.

On peut estimer en effet que Nethys contrôle à la fois le GRD RESA et le producteur d'électricité ELICIO et que, la production et la distribution étant des activités économiques au sens du droit de l'Union, l'ensemble Nethys-Elicio forme une entreprise verticalement intégrée au sens de la directive 2009/72/CE.

Cette conclusion repose sur les éléments suivants :

- La détention de l'intégralité du capital social de RESA et d'Elicio par Nethys et donc de la présomption capitalistique ;
- La mise à disposition du personnel de Nethys à RESA ;
- Les activités de production concernées ne sont pas marginales (capacité de production actuelle d'au moins 120 MW) et ne sont pas éloignées de la zone d'activité de RESA (nombreux sites de production en Belgique et plus précisément en Wallonie) ;

En conséquence de ce constat, la CWaPE a exprimé l'avis selon lequel Nethys doit être vue comme un producteur rendant applicables notamment les articles 7 bis et 16 § 1<sup>er</sup> du décret électricité (et les dispositions équivalentes du décret gaz) qui disposent ce qui suit :

*Art. 7bis. Sans préjudice de l'article 7, un producteur, fournisseur ou intermédiaire ne peut détenir, directement ou indirectement, des parts représentatives du capital social du gestionnaire de réseau de distribution que si les conditions suivantes sont réunies :*

*1° les statuts du gestionnaire de réseau de distribution] ne contiennent aucune disposition permettant à un tel producteur, fournisseur ou intermédiaire, directement ou indirectement, de rejeter, bloquer ou imposer une décision ou de faire obstacle à une prise de décision;*

*2° si le gestionnaire de réseau de distribution est une intercommunale, nonobstant l'article L1523-12, § 2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, ses statuts disposent que toute modification statutaire, à l'exception de dispositions relatives à la protection légitime des associés minoritaires, exige la majorité simple des voix exprimées par les délégués présents à l'assemblée générale et la majorité des deux tiers des voix exprimées par les délégués des associés communaux et provinciaux;*

*3° les statuts du gestionnaire de réseau de distribution prévoient qu'un tel producteur, fournisseur ou intermédiaire ne peut augmenter les la proportion de parts sociales qu'il détient dans le capital du gestionnaire de réseau de distribution ou les céder à des personnes qui ne sont pas associées, qu'avec l'autorisation du Gouvernement, donnée après avis de la CWaPE;*

*4° les statuts du gestionnaire de réseau de distribution de distribution ne prévoient aucun plafond en ce qui concerne la détention des parts représentatives du capital par les communes et les provinces.*

*Art. 16. § 1er. 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.*

*Si un producteur, fournisseur ou intermédiaire détient, directement ou indirectement des parts représentatives du capital d'un gestionnaire de réseau n'ayant pas confié l'exploitation journalière de ses activités à une filiale conformément au paragraphe 2, les statuts de celui-ci garantissent la création d'un organe émanant du conseil d'administration, composé exclusivement d'administrateurs indépendants, et compétent pour la préparation des décisions relatives aux tâches stratégiques ou confidentielles énoncées ci-après :*

- l'exploitation, l'entretien et le développement du réseau de distribution;*
- l'accès au réseau, les conditions de raccordement, les conditions techniques et les tarifs;*
- le relevé des compteurs et le traitement des données en résultant;*
- la comptabilité relative à la gestion du réseau;*
- la sous-traitance des tâches et des travaux ainsi que les dossiers d'achat;*
- la gestion des informations confidentielles visées à l'article 12.*

*Après avis de la CWaPE, le Gouvernement peut déterminer d'autres tâches stratégiques et confidentielles.*

*En outre, dans l'hypothèse visée à l'alinéa 2, les statuts garantissent également la création, au sein du conseil d'administration, d'un comité d'éthique composé majoritairement d'administrateurs indépendants et chargé de contrôler le respect, par le personnel, des règles relatives à la confidentialité des informations personnelles et commerciales.*

RESA et Nethys ne partagent toutefois pas cette analyse et défendent une interprétation littérale de ces articles 7bis et 16 § 1<sup>er</sup> consistant à affirmer qu'en l'espèce aucun producteur, intermédiaire ou fournisseur ne détiendrait véritablement de parts au sein de RESA.

La CWaPE pense cependant que l'inapplication des articles 16 § 1<sup>er</sup> et 7 bis du Décret électricité laisserait des brèches probablement contraires aux exigences de la directive 2009/72 dans la législation wallonne.

Par ailleurs, l'interprétation littérale de Nethys et RESA irait à l'encontre de l'effectivité de l'article 7 bis du Décret électricité puisqu'il suffirait à un producteur ou un fournisseur de créer une holding, qui détiendrait les parts sociales de ce fournisseur ou producteur, pour échapper à ce texte. La possibilité d'un tel montage irait à l'encontre de la logique d'entreprise verticalement intégrée prévue par le droit de l'Union.

Il semble donc indiqué de retenir pour ces deux dispositions une interprétation téléologique. En effet, ces textes ont pour objectif de transposer une directive, or une interprétation par trop littérale priverait ces textes d'effets utiles dans la présente situation.

**La CWaPE est donc d'avis qu'une société qui détient des parts du capital social d'un GRD sans être elle-même productrice mais qui exerce un contrôle sur un producteur doit être considérée comme un producteur au sens des articles 7 bis et 16 § 1<sup>er</sup> du Décret électricité.**

## 5.2. La réfutation de cette position dans l'argumentaire de RESA

Dans son argumentaire communiqué le 14 novembre 2017, RESA conteste cette position en avançant notamment les éléments suivants.

### 5.2.1. Notions et définitions

*« Les notions de « producteur », « fournisseur » et « intermédiaire » d'électricité sont clairement définies dans le Décret Electricité comme suit:*

- *l'article 2, 33°, du Décret Electricité définit un fournisseur comme « toute personne physique ou morale qui vend de l'électricité à des clients finaux, le fournisseur produit ou achète librement l'électricité vendue aux clients finaux » ;*
- *l'article 2, 1 °, du Décret Electricité définit un producteur comme « toute personne physique ou morale qui produit de l'électricité, y compris tout auto-producteur » ; et*
- *l'article 2, 36°, du Décret Electricité définit un intermédiaire comme « toute personne physique ou morale qui achète librement de l'électricité en vue de la revente à un autre intermédiaire ou à un fournisseur ».*

*Ces définitions font explicitement référence à l'activité de production, de vente et de revente d'électricité telle qu'exercée directement par la société. Lorsque le législateur souhaite appréhender des activités de manière indirecte (via la détention de capital), le terme « indirectement » est explicitement mentionné dans ces dispositions. En l'espèce, les définitions susmentionnées ne font pas référence aux activités indirectement exercées. Il en résulte qu'une société qui détient des participations dans des sociétés qui exercent des activités de production, de fourniture ou d'intermédiaire en électricité ne tombe pas dans le champ d'application de ces définitions. Or, Nethys n'exerce aucune des activités visées par l'article 2, 1 °, 33° et 36° du Décret Electricité. Il en ressort qu'elle ne tombe manifestement pas dans le champ d'application de ces définitions et ne peut être considérée comme étant un producteur, un fournisseur ou un intermédiaire en électricité au sens du Décret Electricité.*

*Par ailleurs, les travaux préparatoires du Décret Electricité n'envisagent pas une interprétation des définitions telle que reflétée dans le Rapport.*

*De surcroît, vous indiquez, comme seule base pour qualifier Nethys de producteur d'électricité, une interprétation téléologique de ces dispositions « pour éviter d'aller à l'encontre de la logique d'entreprise verticalement intégrée prévue par le droit de l'Union ». Or, l'article 2 de la directive 2009/72/CE définit un « producteur » d'électricité comme une personne physique ou morale produisant de l'électricité. Cette définition, tout comme les définitions prévues dans le Décret Electricité, fait référence à l'activité effectivement et directement exercée par la société. Elle ne fait nullement référence à la prise de participation directe ou indirecte dans des sociétés qui exercent effectivement ladite activité. Il est donc erroné de considérer que l'interprétation qui est donnée dans le Rapport de la notion de producteur d'électricité est conforme au droit européen.*

*Il ressort de ce qui précède que les notions de producteur, fournisseur et intermédiaire en électricité sont clairement définies dans le Décret Electricité. Ces notions ne sont sujettes à aucune ambiguïté. Dans la mesure où Nethys ne poursuit aucune des activités visées par le Décret Electricité, il ne saurait*

*être considéré que Nethys est un producteur, fournisseur ou intermédiaire en électricité. Une telle interprétation serait contraire à la Directive 2009/72/CE et au Décret Electricité.*

*Nethys n'étant pas un producteur, fournisseur ou intermédiaire en électricité, les articles 16, §1 et 7 bis du Décret Electricité ne sont pas applicables à Resa.*

## **5.2.2. Règles d'unbundling**

*Les dispositions relatives à l'unbundling prévues par la Directive 2009/72/CE créent trois types d'unbundling: un unbundling juridique, un unbundling comptable et un unbundling managérial (qui comprend notamment l'indépendance des personnes responsables de la gestion du GRD, l'indépendance relative à la gestion des actifs du GRD, etc.).*

*En l'état actuel du droit, il n'existe pas d'unbundling de propriété. La Commission européenne a d'ailleurs adopté cette approche puisque la directive 2009/72/CE n'interdit pas les entreprises verticalement intégrées mais les réglemente. La volonté du législateur européen était de préserver l'intérêt des actionnaires de sociétés verticalement intégrées plutôt que d'interdire ce type de structure.*

*Le simple fait qu'un actionnaire détienne à la fois des participations dans un GRD et dans une société active sur le marché de l'énergie n'est donc pas considéré comme de nature à altérer l'indépendance du GRD ou l'accomplissement de ses tâches.*

*En pratique, les actionnaires ont le droit de convoquer une assemblée générale et d'y participer, le droit de recevoir des informations sur la société ou encore le droit d'en contrôler la situation financière et de nommer et révoquer les administrateurs de la société lors de l'assemblée générale. Les actionnaires n'ont par contre pas le droit de s'immiscer directement dans la gestion et l'organisation des sociétés qu'ils contrôlent. Ils ne peuvent en effet exercer qu'un contrôle indirect des activités de cette société et de ses filiales par le biais de la nomination et révocation des administrateurs et de l'octroi éventuel de la décharge lors de l'assemblée générale des actionnaires.*

*Le seul droit que détiennent les actionnaires qui pourrait potentiellement impacter l'indépendance du GRD est le droit des actionnaires de nommer et révoquer les administrateurs de leurs sociétés. Or, afin de garantir l'indépendance du GRD, le législateur européen et le législateur wallon ont mis en place différentes mesures afin de s'assurer que les personnes qui gèrent le GRD ne siègent pas au sein d'une société active sur le marché de l'énergie. L'idée sous-jacente est de créer une herméticité entre le GRD et la société active sur le marché de l'énergie, notamment en ce qui concerne leur gestion, les informations qu'elles détiennent et les flux financiers.*

*Sur la base de ce qui précède, il nous semble inopportun d'interdire à des actionnaires de détenir des participations dans un GRD et dans une société active sur le marché de l'énergie (...). »*

### 5.3. Examen critique de l'argumentaire de RESA et position finale de la CWaPE quant au régime applicable en matière d'indépendance et d'*unbundling*

L'examen de l'argumentaire transmis par RESA ne conduit pas la CWaPE à revoir la position qu'elle a exprimée dans son rapport provisoire. La position de la CWaPE est même confortée par une analyse réalisée par le bureau d'avocats Janson Baugniet qui a communiqué l'avis suivant à la CWaPE :

« 1. Les articles 7bis et 16 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après, « le décret électricité »)<sup>3</sup> prévoient un certain nombre d'obligations particulières dans le chef des gestionnaires de réseau de distribution (ci-après, les « GRD ») lorsque ceux-ci sont détenus, directement ou indirectement, par un producteur, un fournisseur ou un intermédiaire.

La question d'interprétation qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la notion de « producteur » au sens de cette disposition :

- doit être comprise uniquement au sens de l'article 2, 1°, du décret du 12 avril 2001, qui définit le producteur comme « toute personne physique ou morale qui produit de l'électricité, y compris tout autoproducteur ». Il s'agit de l'interprétation littérale faite par le GRD RESA qui aboutit à considérer que celui-ci n'est pas détenu par un producteur et n'est donc pas soumis aux articles 7bis et 16 du décret électricité précité ; ou,
- si cette notion de producteur peut, dans le cadre spécifique de ces dispositions, être rapprochée du concept européen d'« entreprise verticalement intégrée » et, partant, être comprise comme visant également les sociétés qui ne produisent pas directement de l'électricité, mais qui contrôlent une société productrice d'électricité. Il s'agit de l'interprétation retenue par la CWaPE, qui aboutit à considérer que le GRD RESA est détenu par un « producteur », à savoir la société NETHYS. Celle-ci contrôle en effet notamment le producteur d'électricité ELICIO.

2. Tout d'abord, l'interprétation faite par RESA rend le décret électricité non conforme à l'article 26 de la directive 2009/72/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (ci-après, « la directive électricité ») ou, à tout le moins, rend celui-ci discriminatoire en ce qu'il ne transposerait pas l'article 26 de la directive électricité de la même manière pour tous les GRD.

L'article 26 de la directive électricité prévoit en effet que lorsque le GRD fait partie d'une entreprise verticalement intégrée au sens de la directive, il doit répondre à toute une série d'exigence en matière d'indépendance (règles d'*unbundling*).

Constitue une « entreprise verticalement intégrée » au sens de la directive électricité : « une entreprise d'électricité ou un groupe d'entreprises d'électricité qui confie directement ou indirectement à la même personne ou aux mêmes personnes l'exercice du contrôle, et qui assure au moins une des fonctions suivantes : transport ou distribution, et au moins une des fonctions suivantes : production ou fourniture d'électricité »<sup>4</sup>.

Cette notion peut notamment couvrir les hypothèses suivantes : celle d'un GRD qui contrôlerait un producteur, celle d'un GRD qui serait contrôlé par un producteur, mais aussi celle d'une même société qui contrôlerait à la fois un producteur et un GRD (ce qui est le cas de NETHYS).

---

<sup>3</sup> M.B., 1<sup>er</sup> Janvier 2001.

<sup>4</sup> Art. 2.21 de la directive électricité

La notion de « contrôle » est, quant à elle, définie à l'article 2.34 de la directive électricité qui dispose que :

« droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et, compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ». La notion d'« entreprise verticalement intégrée » comprend toute entreprise ou tout groupe d'entreprises<sup>5</sup>. Cette notion, vise la situation dans laquelle des personnes, quel que soit le lieu d'établissement, sont en droit, **directement ou indirectement**, d'exercer un contrôle (au sens de l'article 2.34 de la directive) et lorsque l'entreprise ou le groupe d'entreprises remplit notamment une fonction de transport ou de distribution d'électricité »<sup>6</sup>.

**3.** Le décret électricité a prévu toute une série de garanties en matière d'indépendance des GRD sans toutefois faire référence à l'hypothèse générale où le GRD serait une entreprise verticalement intégrée au sens de la directive. Le décret s'est en effet limité à prévoir des exigences spécifiques lorsque le GRD détient un producteur (article 8 du décret) ou lorsque le GRD est détenu directement ou indirectement par un producteur (articles 7bis et 16, § 1er). Rien n'a en revanche été explicitement prévu lorsque le GRD fait partie d'une entreprise verticalement intégrée qui prend une autre forme, comme c'est le cas de la structure RESA-NETHYS-ELICIO. L'entreprise verticalement intégrée n'est, du reste, pas définie en droit wallon.

Interprété littéralement, le décret électricité transpose donc la directive électricité de manière incomplète ou, à tout le moins, discriminatoire et laisse donc des brèches contraires aux exigences de cette directive. La CWaPE estime donc qu'il y a lieu de privilégier une interprétation du décret électricité conforme à la directive électricité et de considérer que la notion de « producteur » au sens des articles 7bis et 16, § 1er, du décret électricité vise également les sociétés qui détiennent à la fois un producteur et un GRD.

En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « la CJUE ») :

« en appliquant le droit national, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE »<sup>7</sup>.

Par ailleurs, la CJUE précise encore que :

« la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise »<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Commission européenne, *Interpretative Note on Unbundling under the Gas and Electricity Directives*, Commission Working Paper, 22 janvier 2010, p. 11.

<sup>6</sup> Commission européenne, *ibidem*, p. 11.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, 14/83, EU:C:1984:153, point 26 ; C.J.U.E., 13 novembre 1990, *Marleasing SA*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, point 8 à 14 ; C.J.U.E., 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, points 107 à 119 ; C.J.U.E., 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, points 108 et sv. ; *adde* Cass. (1re ch.) RG F.14.0206.N, 2 septembre 2016, *R.G.C.F.*, 2017, liv. 4, p. 365 ; L. DANIELE, « Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition? », *R.A.E.*, 2007-2008, liv. 4, pp. 705 à 714.

<sup>8</sup> C.J.C.E., 11 août 1995, *Commission / République fédérale d'Allemagne*, ECLI:EU:C:1995:263, C-433/93.

Il s'ensuit que l'exigence d'une interprétation du droit national conforme à l'article 2 de la directive électricité impose d'interpréter les dispositions du décret électricité d'une manière telle qu'une société telle que NETHYS, qui contrôle non seulement un GRD, mais aussi un producteur d'électricité, rentre dans le champ d'application ratione personae des articles 7bis et 16 du décret électricité.

4. Par ailleurs, il est compréhensible que la définition de la notion de « producteur » (ou de fournisseur) contenue dans le décret électricité ne fasse pas référence aux activités indirectement exercées (argument utilisé par RESA), puisque, à travers cette définition, il s'agit notamment de déterminer précisément, sur quelle entité juridique pèse l'obligation de détenir une licence de fourniture, ainsi que de respecter les obligations de service public, et qui peut bénéficier des certificats verts au titre de producteur. Il ne se justifierait pas de faire peser toutes ces obligations sur les sociétés détenant ces producteurs ou fournisseurs.

En outre, il convient de se référer à l'intention du législateur qui mentionne dans le commentaire des articles reprenant les définitions de « producteur », de « fournisseur » et d'« intermédiaire » que « ces définitions correspondent essentiellement à celles de la directive [2009/72/CE] »<sup>9</sup>.

Par contre, les articles 7bis et 16, § 1er, du décret électricité contiennent bien une référence à l'influence indirecte d'un producteur, fournisseur ou intermédiaire (« un producteur, fournisseur ou intermédiaire ne peut détenir, directement ou indirectement, des parts représentatives du capital social du GRD »). Même s'il est vrai que, tel qu'elles sont rédigées actuellement, ces dispositions ne visent pas clairement l'hypothèse de NETHYS, elles révèlent toutefois la volonté du législateur de ne pas se limiter aux hypothèses de lien direct avec un producteur, ce qui va dans le sens de la notion d'« entreprise verticalement intégrée », contenue dans la directive électricité et implicitement dans le décret électricité.

En outre, dans un avis du 25 novembre 2011 en matière de certification, la Commission européenne a rappelé que la notion d'« entreprise verticalement intégrée », telle que définie dans la législation d'un État membre assurant la transposition de la directive électricité, doit être conforme aux dispositions de ladite directive<sup>10</sup>.

Par conséquent, l'interprétation faite par RESA ferait perdre aux articles 7bis et 16, § 1er, du décret électricité une grande partie de leur effectivité puisqu'il suffit alors à un producteur ou un fournisseur de créer une holding qui détiendrait des parts de ce fournisseur pour échapper à l'application de ces dispositions.

5. Au surplus, il apparaît que les sociétés NETHYS, RESA et ELICIO forment un « groupe de sociétés » au sens de l'article 11 du Code des sociétés<sup>11</sup>. Il s'agit donc d'une « entreprise », entendue au sens large, indépendamment de sa structure apparente<sup>12</sup>. Dès lors, les obligations en matière d'indépendance ne sauraient être diluées dans la complexité de l'organisation des trois entités susvisées.

---

<sup>9</sup> Projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, Commentaire des articles, Doc., parl. wall., 2000-2001, n°177, p. 11.

<sup>10</sup> Commission européenne, avis rendu conformément à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 714/2009 et à l'article 10, paragraphe 6, de la directive 2009/72/CE – France – Certification de RTE, 25 novembre 2011, C(2011) 8570 final.

<sup>11</sup> un ensemble de sociétés « liées à une société [car ce sont]:

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);

<sup>12</sup> CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/63.

*Il résulte des considérations qui précèdent, que ces sociétés forment pratiquement une seule et même unité économique<sup>13-14</sup> constituant, à tout le moins, une « entité verticalement intégrée », qui doit en conséquence se conformer aux articles 7bis et 16 du décret électricité. (...) »*

La CWaPE observe par ailleurs que la Cour constitutionnelle a tenu une interprétation similaire du cadre législatif fédéral relatif à l'*unbundling* du gestionnaire de réseau de transport, sans même avoir recours à la technique de l'interprétation conforme au droit européen. En effet, alors que l'article 9, § 1<sup>er</sup>, alinéas 2 et 3, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité se limite à interdire au GRT de « *détenir, directement ou indirectement, des droits d'associé, quelle qu'en soit la forme, dans des producteurs, distributeurs, fournisseurs et intermédiaires* » et aux entreprises d'électricité<sup>15</sup> et de gaz naturel de « *détenir seules ou conjointement, directement ou indirectement* » des parts du capital ou des actions du GRT, la Cour constitutionnelle a jugé que :

*« B.39.4. Contrairement à ce que soutient la CREG, les termes utilisés par l'article 9, § 1er, permettent de couvrir l'ensemble des cas, visés par la directive, dans lesquels un contrôle serait exercé par une même personne sur un gestionnaire de réseau de transport et un producteur ou un fournisseur comme dans l'hypothèse d'une société de type « holding » : l'article 9, § 1er, alinéa 2, de la loi sur l'électricité interdit en effet au gestionnaire de réseau de détenir « *directement ou indirectement, des droits associés, quelle qu'en soit la forme* », dans les entreprises de production ou de fourniture d'électricité. L'expression « *quelle qu'en soit la forme* », utilisée à l'alinéa 2, et les termes de l'alinéa 3 permettent, eux aussi, de couvrir les notions de « *contrôle* » et de « *pouvoirs* » utilisées par la directive. Rien n'indique par ailleurs que, lors des travaux préparatoires de la loi attaquée, le législateur aurait entendu restreindre la portée de ces notions (Doc. parl., Chambre, 2010-2011, DOC 53-1725/001, p. 35) » (C.C., n° 117/2013 du 7 août 2013) (soulignements ajoutés).*

Il ressort de cet arrêt que la Cour constitutionnelle a estimé que constitue un cas de détention directe ou indirecte d'un producteur par un GRD ou de détention d'un GRD par un producteur, l'hypothèse dans laquelle un contrôle serait exercé par une même personne sur un gestionnaire de réseau de transport et un producteur ou un fournisseur comme dans l'hypothèse d'une société de type « holding ».

Par analogie, l'on peut donc considérer que, lorsque le décret électricité prévoit des dispositions spécifiques applicables aux GRD détenus directement ou indirectement par un producteur, il peut raisonnablement être interprété comme visant également l'hypothèse dans laquelle une société de type « holding » contrôlerait à la fois ce GRD et un producteur.

**La CWaPE considère donc en conclusion que RESA est un GRD de droit privé qui est détenu par un producteur au sens du droit européen.**

---

<sup>13</sup> La notion de contrôle figurant à l'article 2.34 de la directive 2009/72/CE correspond *mutatis mutandis* à celle du droit européen de la concurrence. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière est pertinente en l'espèce.

<sup>14</sup> La Cour de justice estime pertinente l'existence de participations de contrôle de l'une des entités dans les autres structures et d'autres liens fonctionnels, économiques et organiques entre elles : C.J.U.E., 16 décembre 2010, *Acea Electrabel Produzione/Commission*, C-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787, points 47 à 55; C.J.U.E., 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, point 112.

<sup>15</sup> Entendues comme « toute personne physique ou morale qui effectue la production, le transport, la distribution, le comptage, la fourniture ou l'achat d'électricité ou plusieurs de ces activités et qui assure les missions commerciales, techniques ou de maintenance liées à ces activités, à l'exclusion des clients finals ».

## **6. RESPECT DES EXIGENCES RELATIVES À LA FORME JURIDIQUE, À LA COMPOSITION DE L'ACTIONNARIAT ET AUX AUTRES ACTIVITÉS**

À propos des exigences décrétales relatives à la forme juridique et à la composition de l'actionnariat, deux points se sont révélés potentiellement problématiques dans le cadre du contrôle effectué.

### **6.1. Contrôle public d'un GRD de droit privé**

Le premier point porte sur la question de savoir si la structure du groupe *Publifin* respecte les conditions prévues par les articles 6 § 1<sup>er</sup> et 7 § 1<sup>er</sup> du Décret électricité concernant le contrôle public d'un GRD de droit privé.

Après analyse des textes et des différentes études menées par la Commission *Publifin* et par le cabinet d'avocats de RESA, il paraît difficile de trancher catégoriquement. En effet, l'article 7 du Décret électricité semble indiquer qu'il est nécessaire que la personne publique venant s'interposer entre les actionnaires communaux et le GRD soit une intercommunale pure de financement. *A contrario*, il est vrai, comme le soutient le bureau *Linklaters*, que la combinaison des articles 6 et 10 semble admettre une structure telle qu'elle existe actuellement dans le groupe *Publifin*. Il est à noter que les articles 6 et 10 visent spécifiquement le cas des GRD de droit privé et qu'ils sont plus récents que l'article 7, ce qui tendrait à les faire primer sur ce dernier.

### **6.2. Actionnariat privé**

Le deuxième point concerne l'article 8 des statuts de *RESA* qui laisse entrevoir la possibilité pour l'assemblée générale du GRD de renoncer au droit de préférence de souscription en cas d'augmentation du capital pour les actionnaires actuels. Cela a pour conséquence de permettre à des actionnaires, autres que les actionnaires publics actuels, d'entrer dans le capital, même s'ils exercent des activités de production et fourniture, ce qui est contraire à l'article 7bis du Décret électricité qui dispose ce qui suit : « *Sans préjudice de l'article 7, un producteur, fournisseur ou intermédiaire ne peut détenir, directement ou indirectement, des parts représentatives du capital social du gestionnaire de réseau de distribution que si les conditions suivantes sont réunies :*

*1° les statuts du gestionnaire de réseau de distribution ne contiennent aucune disposition permettant à un tel producteur, fournisseur ou intermédiaire, directement ou indirectement, de rejeter, bloquer ou imposer une décision ou de faire obstacle à une prise de décision;*

*2° si le gestionnaire de réseau de distribution est une intercommunale, nonobstant l'article L1523-12, § 2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, ses statuts disposent que toute modification statutaire, à l'exception de dispositions relatives à la protection légitime des associés minoritaires, exige la majorité simple des voix exprimées par les délégués présents à l'assemblée générale et la majorité des deux tiers des voix exprimées par les délégués des associés communaux et provinciaux;*

*3° les statuts du gestionnaire de réseau de distribution prévoient qu'un tel producteur, fournisseur ou intermédiaire ne peut augmenter la proportion de parts sociales qu'il détient dans le capital du gestionnaire de réseau de distribution ou les céder à des personnes qui ne sont pas associées, qu'avec l'autorisation du Gouvernement, donnée après avis de la CWaPE;*

*4° les statuts du gestionnaire de réseau de distribution ne prévoient aucun plafond en ce qui concerne la détention des parts représentatives du capital par les communes et les provinces. »*

Enfin, dans les statuts de *RESA*, aucune disposition ne limite la participation de tels actionnaires au sein du GRD liégeois comme cela devrait être le cas.

## **7. CONDITIONS RELATIVES À LA COMPOSITION ET AU FONCTIONNEMENT DES ORGANES DE GESTION**

Sur ces sujets, les irrégularités de la RESA paraissent multiples, d'autant que, comme le GRD le précise dans ses courriers des 3 juillet et 14 novembre 2017, il ne considère pas que des producteurs, fournisseurs ou intermédiaires détiennent des parts au sein de son capital social. **La CWaPE est d'avis que RESA n'applique donc pas les articles 7bis et 16§1 du Décret.**

### **7.1. Administrateurs indépendants**

Les premières irrégularités majeures concernent les administrateurs indépendants. Effectivement, alors que dans son courrier du 3 juillet 2017 le GRD et ses administrateurs nous confirment tous être indépendants au sens de l'article 2.20° du Décret, après analyse de la situation personnelle de ces derniers, il est apparu lors de l'établissement du rapport provisoire qu'aucun ne respectait les critères nécessaires pour disposer d'une telle qualification, en raison notamment de la présence de l'entièreté des administrateurs au sein du conseil d'administration de *Nethys*. Or, ce dernier, contrôlant les entreprises productrices d'électricité par le contrôle intermédiaire d'*Elicio SA*, peut être considéré comme entreprise associée à un producteur d'électricité. Supposons que les administrateurs soient rémunérés pour leur participation au conseil d'administration de *Nethys*, de telles rémunérations seraient susceptibles d'influencer leur jugement quant à leurs décisions concernant le GRD. Par conséquent, ils ne peuvent être considérés comme des administrateurs indépendants au sens de l'article 2 20 ° b) du Décret.

D'après le courrier du 14 novembre 2017 de RESA, suite à une modification du conseil d'administration de *Nethys* intervenue le 18 octobre 2017, seuls Stéphane Moreau, la Compagnie du Monthy représentée par Monsieur Pierre Meyers et CGO, représentée par Monsieur Philippe Delaunois, siègent encore à la fois au sein du Conseil d'administration de *Nethys* et de celui de RESA. La CWaPE prend bonne note de cette évolution mais constate que pour les trois administrateurs cités l'indépendance ne peut être constatée en l'espèce compte tenu de cette double casquette.

Le cas de Monsieur Moreau est particulièrement problématique. En effet, il représente *Nethys* au sein de RESA, mais également au sein du Conseil d'administration d'*EDF Luminus*. Cette situation problématique présente un fort risque de conflit d'intérêts notamment en raison de la détention directe de parts sociales au sein du fournisseur/producteur par *Nethys* via la *Socofe* et *Publilec*. Monsieur Moreau est en outre membre du conseil d'administration du producteur d'électricité *Elicio* et actionnaire de la société « Electricité du bassin de IVUGHA » dont l'objet social est formulé comme suit : « toutes les activités liées directement ou indirectement soit à la production d'électricité, le transport d'électricité, la distribution et la vente d'électricité ; tant pour compte propre que pour compte d'autrui. En outre, la société pourra prendre des participations financières dans des sociétés et/ou personnes morales publiques ou privées ayant pour objet la production, le transport, la distribution et la vente d'électricité dans tous pays ». De tels conflits d'intérêts ne devraient pas exister et sont interdits *per se* par l'article 2, 20° a) du Décret électricité. La justification défendue par RESA dans son courrier du 14 novembre 2017 selon laquelle « Monsieur Moreau n'est pas administrateur de RESA, il représente *Nethys S.A.* au sein du conseil d'administration de RESA en sa qualité d'administrateur-délégué » n'est pas de nature, selon la CWaPE, à lever l'objection relative à un manque d'indépendance.

La situation de Monsieur Pol Heyse en tant qu'administrateur était également irrégulière au moment de rédiger le rapport provisoire. Toutefois, la CWaPE a été informée par courrier que Monsieur Heyse avait quitté ses fonctions d'administrateur du Conseil d'administration de RESA avec effet rétroactif au 24 janvier 2018.

Messieurs Pierre Meyers (la compagnie de *Monty SA*) et Philippe Delaunois (*CGO SA*), sont tous deux qualifiés d'experts indépendants au sens de l'article 526ter du code des sociétés. Cependant, une approche cumulative des fonctions d'administrateurs indépendants et d'experts indépendants dans la composition du Conseil d'administration doit être retenue. Ainsi, selon le droit wallon, le Conseil d'administration d'un GRD de droit privé doit être composé de 50 % d'administrateurs indépendants au sens du Décret électricité, de 20 % d'experts indépendants. Les 30 % restants peuvent être attribués à des administrateurs ne répondant pas à ces deux qualifications.

**A la lumière des éléments avancés ci-avant, la CWaPE est d'avis que la question du respect de ces dispositions relatives aux administrateurs indépendants doit donc être fondamentalement réévaluée par RESA.**

## **7.2. Composition des différents comités**

Le deuxième volet des irrégularités relevées concerne la composition des différents Comités, lorsqu'ils existent.

### **7.2.1. Comité de direction**

L'article 9 §3 de l'Arrêté prévoit que les membres du comité de direction sont choisis en raison de leur compétence, de leur expérience et de leur indépendance. Si les analyses de ce rapport ne se sont pas portées sur les deux premiers critères, concernant le dernier, la présence de Monsieur Stéphane Moreau pour les raisons précédemment évoquées, celle de Monsieur Pol Heyse qui est présent dans le Conseil d'administration d'EDF Luminus ainsi que dans de nombreuses filiales d'Elicio, toutes productrices d'électricité et contrôlées par Nethys, ainsi que de Monsieur Gil Simon, administrateur d'Elicio S.A., pose question. L'argument invoqué par RESA dans son courrier du 14 novembre 2017 selon lequel « *Monsieur Pol Heyse ne siège pas au sein du conseil d'administration d'EDF Luminus, il y représente la société Heres Communication SPRL* » n'est pas de nature à lever l'objection relative au manque d'indépendance.

### **7.2.2. Comité d'audit**

Concernant le Comité d'audit, il ne nous semble pas établi qu'il y siège au moins un administrateur pouvant être qualifié d'expert indépendant. Cette condition, imposée par l'article 7ter 7°, du Décret électricité n'est donc pas respectée. Cet élément est incontestablement problématique pour un comité de ce type qui impose des compétences d'expertise financière importantes. Il convient aussi de noter que ce comité d'audit ne se serait réuni en 2016 que durant 15' et à propos d'un seul objet, le contrat de révisiorat. Un tel manque d'activité pose question.

### **7.2.3. Mesures nécessaires pour une mise en conformité avec la législation**

La CWaPE est d'avis qu'une série de modifications dans la composition des organes de gouvernance de la société s'avère nécessaire afin qu'ils soient en conformité avec la législation en vigueur. Ces modifications devront, pour la plupart d'entre elles, forcément passer par une modification des statuts de la société.

La CWaPE reprend ci-après une liste de **douze mesures** nécessaires **pour une mise en conformité** des organes de gouvernance :

1. Introduction de la notion d'administrateur indépendant dans les statuts (l'article 16, § 1<sup>er</sup>, du décret électricité et l'article 10 de l'Arrêté impliquent que les statuts doivent transposer cette notion);
2. Renouvellement du conseil d'administration dans son intégralité ;
3. Inscription d'une interdiction d'être présent à la délibération d'un organe du GRD pour les administrateurs ayant des conflits d'intérêts potentiels ;
4. Création d'un organe, émanant du Conseil d'administration, composé exclusivement d'administrateurs indépendants et compétents pour la préparation des décisions relatives aux tâches stratégiques et confidentielles, conformément à l'article 16 § 1<sup>er</sup> du Décret électricité. Cet organe s'avère indispensable pour respecter la dissociation entre les activités de distribution et de production au sein d'une entreprise verticalement intégrée comme *Nethys* ;
5. Création d'un comité d'éthique dans les modalités prévues à l'article 16§1 du décret ;
6. Inscription aux statuts d'une règle requérant que la moitié au moins du Conseil d'administration soit composé d'administrateurs indépendants (articles 9, § 3, et 10 de l'Arrêté) ;
7. Inscription aux statuts d'une règle exigeant que les décisions relatives à la désignation et à la révocation des membres du comité de direction requièrent 75 % des voix des administrateurs indépendants (articles 9 § 3, et 10 de l'Arrêté rendus applicables à RESA par l'article 11 du même Arrêté);
8. Inscription dans les statuts d'une règle exigeant que les membres du comité de direction soient choisis en raison de leur compétence, de leur expérience et de leur indépendance (article 9 §3 de l'Arrêté) ;
9. Création d'un comité de gouvernance d'entreprise, qui contrairement à ce qu'affirme le GRD dans son courrier du 3 juillet, n'est en rien identique au comité de direction. Ce comité ayant justement pour but de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des autres organes par rapport aux producteurs, fournisseurs et intermédiaires. Du fait de cette mission et des constatations précédentes, il nous paraît indispensable d'en instaurer un au sein de la structure *RESA* (article 5 de l'Arrêté) ;
10. Éclaircissement de la répartition des rôles entre le comité de direction et le comité de rémunération, article 7ter du Décret électricité et article 7 de l'Arrêté ;
11. Mise aux normes du comité d'audit afin d'y introduire un administrateur qui ait la qualification d'experts indépendants ;
12. Mise en place d'un code de gouvernance : article 7ter du Décret électricité.

## 8. EXIGENCES EN MATIÈRE D'INDÉPENDANCE DU PERSONNEL

Ce point constitue l'un des principaux problèmes de la structure actuelle du GRD liégeois. Ce dernier ne disposant pas de son propre personnel, il délègue donc au travers d'une convention l'ensemble de ses tâches au personnel de *Publifin* (personnel statutaire) et de *Nethys* (personnel contractuel). Cette situation fait peser sur le GRD de graves soupçons de manque d'indépendance de son personnel vis-à-vis des entités productrices d'électricité (*Elicio*) ou en contact avec des producteurs d'énergie (*Nethys energy*) du groupe *Nethys*.

### 8.1. Positions de RESA en matière d'indépendance de son personnel

En réaction à cette critique, RESA a communiqué les éléments suivants dans son argumentaire communiqué par courrier du 14 novembre 2017 :

*« Comme indiqué dans votre Rapport, Resa remplit ses missions de GRD en ayant recours à du personnel de Publifin et de Nethys conformément aux conventions de services. Grâce à ces conventions, le personnel travaillant effectivement pour Resa est suffisant pour assurer ses missions, conformément à l'article 11 du Décret Electricité.*

*L'article 16, §1er du Décret Electricité 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 ». Cet article a pour but d'assurer que les GRD ne constituent pas des coquilles vides et assument pleinement leurs activités de gestion des réseaux. Or, la conclusion de conventions de services en vertu desquelles le GRD a du personnel suffisant pour assurer ses missions rencontre le but poursuivi par l'article 16, §1er susmentionné.*

*L'utilisation de ce personnel permet de mutualiser les coûts et de dégager d'importantes synergies qui se répercutent dans les tarifs de Resa qui sont relativement bas pour un GRD de cette taille. Cette mutualisation des coûts bénéficie donc aux consommateurs d'électricité et de gaz. A cet égard, les auditeurs de la Région wallonne ont, dans leur rapport du 5 juillet 2017, mentionné que « Quelles sont les synergies ? C'est essentiellement les fonctions de support, c'est-à-dire le management, la direction, la gestion des ressources humaines, la fonction informatique, la fonction de centrale d'appels, de call center, qui sont mutualisées dans Nethys et qui sont centralisées à Liège. Le raisonnement est de dire que, si ces entreprises étaient vendues à des groupes qui se trouvent ailleurs en Belgique ou même à l'étranger, ces fonctions-là disparaîtraient du bassin liégeois. Cette mutualisation procure des économies de coûts et on peut dire que ces effets de mutualisation sont globalement de l'ordre de 10 à 20% par entreprise. Cela veut dire que si on les supprimait, la structure des coûts serait accrue de 10 à 20% ». Dans l'hypothèse où Resa ne pourrait plus bénéficier de ces synergies, il en résulterait une augmentation des coûts de Resa de l'ordre 5 à 10 millions d'euros (mutualisation des supports) ce qui ne serait pas favorable aux consommateurs. Ces estimations demandent des analyses fines qui ne peuvent se faire qu'à un certain niveau sous peine d'agiter le spectre des restructurations auprès des équipes.*

*En clair, RESA, à défaut de bénéficier d'un effet de taille géographique, bénéficie d'un effet de groupe. Il suffit de comparer avec d'autres GRD's, comme ORES ASSETS.*

*En 2016, 261 personnes (équivalentes) travaillaient dans les activités de supports. L'équivalent de 148,5 personnes était occupé à remplir des tâches incombant à RESA. Après une revue limitée, nous estimons qu'il faudrait compléter les effectifs de RESA de 15 à 20 personnes, essentiellement de managers et/ou cadres. Rien que cela entraîne un surcoût de plus de 4 millions d'euros annuels. D'autres analyses sont également en cours mais à un stade trop préliminaire pour avancer des chiffres.*

## **Indépendance du personnel de Resa**

*En pratique, deux catégories de personnel peuvent être distinguées : d'une part, le personnel opérationnel affecté uniquement à Resa et d'autre part, le personnel de support administratif qui preste pour différentes entités du groupe.*

*En ce qui concerne le personnel opérationnel affecté uniquement à Resa, celui-ci dispose des informations confidentielles et commerciales de Resa. Nonobstant toute mention contraire dans le règlement d'ordre intérieur, en pratique, ce personnel n'est jamais affecté à d'autres tâches que celles de Resa. Afin d'éviter tout doute, nous allons établir un règlement d'ordre intérieur en ce sens et nous vous fournirons une copie de celui-ci dans les meilleurs délais.*

*En revanche, le personnel de support administratif (secrétariat général, finance, facility, etc.) preste pour différentes entités du groupe en ce compris Resa afin de mutualiser les coûts et dégager des synergies qui profitent aux consommateurs. Ce personnel n'a, en aucune circonstance, accès aux informations confidentielles et commerciales dont dispose Resa puisque ces informations ne sont pas pertinentes dans l'accomplissement de leurs missions.*

*Nous vous invitons d'ailleurs à visiter nos locaux où vous pourrez constater qu'il y a une séparation physique du personnel de Resa des autres membres du personnel, en ce compris de Nethys Energy.*

*Eu égard au Rapport et afin d'éviter tout doute à cet égard, nous formaliserons la pratique actuelle qui crée une herméticité entre le personnel de Resa ayant accès à des informations confidentielles et commerciales des autres membres du personnel. Nous estimons le délai de mise en conformité à cet égard de [6] mois. »*

## **8.2. Examen critique de l'argumentaire de RESA et position de la CWaPE en matière d'indépendance du personnel**

La CWaPE considère que les éléments avancés ne sont pas de nature à lever les critiques émises, même si l'on peut parfois en comprendre la rationalité économique. En effet, au-delà des engagements annoncés en vue d'atteindre un meilleur hermétisme entre les activités de RESA et celles de *Nethys*, le risque de conflit reste inhérent à la structure.

Concernant les documents qui nous ont été fournis par le courrier du 27 juin 2017, c'est-à-dire le règlement de travail de *Publifin*, celui de *Nethys*, les articles relatifs à la confidentialité au sein des conventions de prestataires de services de *RESA*, ainsi que la convention relative au traitement des données à caractère personnel, leur analyse n'a pas pu aboutir à des conclusions déterminantes faute d'avoir pu en saisir toute la portée et d'avoir pu analyser concrètement les procédures internes de *Nethys* par la vérification sur place de l'existence d'une séparation effective entre les différents acteurs et par l'audit complet de leurs systèmes informatiques afin d'en vérifier l'imperméabilité.

**La CWaPE, à ce stade, émet des doutes sur l'effectivité des dispositions qui lui ont été présentées. Quelques éléments permettent déjà d'avoir une crainte sérieuse quant à l'indépendance du personnel au sein du groupe *Nethys*.**

Tout d'abord, sur la possibilité que des membres du personnel des sociétés mères travaillent pour *RESA* en même temps qu'auprès de producteurs, un faisceau d'indices concordants permettent de penser que cela n'est pas impossible. Effectivement, dans le règlement de travail communiqué, la direction peut autoriser un employé à avoir des activités tierces. Ce même règlement de travail ne

reprend pas la décision 2003-C/C-57 du conseil de la concurrence (contrairement par exemple au règlement de travail d'ORES).

Ensuite, rien dans les conventions à destination des prestataires de services de RESA n'indique qu'il y a des activités incompatibles avec ces prestations de services. L'avenant à la convention entre RESA et Nethys précise que la première peut accomplir les tâches dans son domaine d'expertise pour la seconde. Le GRD pourrait notamment réaliser une expertise réseau pour *Elicio*, mais aussi pour les clients de *Nethys energy*. En effet, cette dernière, d'après les éléments dont nous disposons, n'est pas séparée juridiquement de l'ensemble de *Nethys*. RESA exercerait ainsi une activité de conseils auprès de clients voulant mettre en place des systèmes d'efficacité énergétique ou bien des installations de production d'énergie verte. D'autre part, si on retient une interprétation littérale de l'article 15 de l'Arrêté, les employés de *Nethys* qui réaliseraient des opérations de conseil, voire même d'entretien pour des panneaux photovoltaïques ou d'autres installations productrices d'électricité dans le cadre de *Nethys Energy*, exerceraient bien une activité rémunérée au service d'un producteur, ce qui est interdit pour les salariés exerçant également des tâches stratégiques et confidentielles du GRD. Or, les conventions passées entre RESA et sa société mère nous indiquent que le bureau d'études est par exemple commun aux deux sociétés.

Par conséquent, RESA (et Nethys) doit démontrer que les membres du personnel du bureau d'études travaillant pour son compte ne sont en rien liés aux membres du bureau d'études travaillant sur des projets de raccordement de *Nethys Energy*.

Un autre indice d'une situation problématique, est la circonstance qu'une même personne est directeur des achats pour RESA et pour Nethys. Or, la fonction d'achat est une fonction stratégique au sens de l'article 16§1 du Décret électricité. Si cette personne venait aussi à réaliser des achats pour *Elicio* dans le cadre d'opérations menées pour d'autres producteurs, cela s'avérerait contraire au Décret électricité.

Enfin, l'avenant à la convention entre RESA et sa société mère stipule à son article 6.1 que Nethys peut confier des tâches aux sociétés contrôlées ; sociétés dont fait partie *Elicio*.

Finalement, concernant les craintes évoquées par les représentants de RESA en matière d'augmentation de l'enveloppe salariale qui pourrait découler d'un transfert du personnel de Nethys vers *Publifin* en raison de leur passage sous statut public, la CWaPE n'est pas convaincue que cette situation s'impose de fait à RESA. Nombre de sociétés du secteur de l'énergie ont réussi, notamment suite à la libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité, à gérer des conditions salariales du passé en parallèle avec de nouvelles conditions salariales plus en adéquation avec l'actuel marché du travail et ce, au sein d'une structure unique.

## 9. PRÉCAUTIONS RELATIVES À LA PRÉSERVATION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES INFORMATIONS PERSONNELLES ET COMMERCIALES

### 9.1. Positions de la CWaPE en matière de confidentialité des informations

Ces questions nécessiteraient une vérification et une expertise informatique dans le simple but de s'assurer de la préservation de la confidentialité, afin que cela ne soit pas non plus un problème rédhibitoire. **La CWaPE est d'avis que la situation concernant RESA est cependant préoccupante.**

En effet, notamment en raison de la totale délégation des tâches stratégiques confidentielles à l'intercommunale liégeoise et à la société mère, nous relevons une série de conventions de règlement de travail qui se superposent les unes aux autres. Par conséquent, dans l'attente d'un rapatriement complet du personnel vers le GRD, une vérification concrète dans les locaux de l'entreprise paraît nécessaire pour s'assurer de la répartition des tâches entre les employés travaillant à la fois pour RESA, mais aussi pour NETHYS energy ou encore pour Elicio. Ces employés seraient donc susceptibles, ne serait-ce qu'involontairement, d'utiliser les informations confidentielles qu'ils ont acquises auprès du GRD dans le cadre d'autres missions, pendant qu'ils réalisent des activités de production. Il est demandé à RESA de présenter à la CWaPE des propositions en vue de réaliser ce contrôle.

Un autre élément préoccupant, constaté lors de la lecture des différentes conventions liant RESA à ses prestataires du groupe Publifin, tient au fait que la plupart des clauses de confidentialité limitant la divulgation d'information concernent uniquement les tiers. Or, si Nethys fait une interprétation littérale du texte, il est tout à fait possible qu'il en déduise que la préservation de la confidentialité ne doit pas se faire au sein de sa propre société, et notamment pour le personnel travaillant pour l'opérateur Nethys energy. On peut aussi noter que dans la convention du 29 juin 2012, conclue entre TECTEO service group et RESA, les parties faisaient déjà part de leurs doutes à propos de la légalité de cette délégation totale des tâches du GRD par rapport aux exigences relatives au transfert des informations confidentielles.

Enfin, du fait des manquements quant à la gouvernance des organes, exposés précédemment, les garanties prévues notamment dans l'Arrêté en matière de préservation de la confidentialité grâce au régime des administrateurs indépendants, se retrouvent lacunaires au sein de RESA. En effet, comment réserver les informations confidentielles aux seuls administrateurs indépendants lorsqu'il est constaté que RESA a une interprétation contestable de cette notion ? De même, comment s'assurer de la confidentialité de ces informations afin qu'elles ne soient pas divulguées au producteur, quand M. Gilles Simon est à la fois membre du comité de direction de RESA qui est l'organe disposant des informations les plus sensibles, et administrateur d'Elicio ?

Concernant les règles relatives à la confidentialité des informations prescrites par l'article 12 § 1<sup>er</sup>bis alinéa 2 du Décret électricité qui dispose « *Le gestionnaire du réseau s'abstient de transférer les informations susvisées à des entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité.* », dès lors que Nethys peut être considérée comme une société active dans la production d'électricité, elle ne pourrait donc pas se voir transférer des informations commercialement sensibles ou avantageuses. Or, c'est cependant le cas actuellement en raison de la totale délégation des tâches stratégiques et confidentielles.

Enfin, selon l'article 12 § 2, au sein du Conseil d'administration, l'accès aux données confidentielles ne peut être accordé qu'aux seuls administrateurs indépendants. Compte tenu des interprétations erronées de RESA quant à la notion d'administrateur indépendant, le respect de cette exigence paraît menacé.

## 9.2. Avis juridique

L'analyse du cabinet d'avocats Janson Baugniet, qui a été consulté après la réception de l'argumentaire de RESA contenu dans son courrier du 14 novembre 2017, conforte par ailleurs les conclusions de la CWaPE en ce qui concerne la question de la confidentialité des données. Celui-ci exprime en effet l'opinion reprise ci-après :

*« De plus, la gestion du personnel de RESA pose question en termes de confidentialité et du droit au respect à la vie privée.*

*En effet, l'article 12 du décret électricité dispose :*

*« §1<sup>er</sup> Après avis de la CWaPE, le Gouvernement définit les mesures suivantes en vue d'assurer l'indépendance et l'impartialité de la gestion dudit réseau :*

*1°[...];*

*2°les exigences en matière d'indépendance du personnel, visé à l'article 16, du gestionnaire de réseau à l'égard des producteurs, fournisseurs et intermédiaires, notamment du point de vue financier ;*

*3°les précautions à prendre par le gestionnaire de réseau en vue de préserver **la confidentialité des informations personnelles et commerciales** dont le gestionnaire de réseau a connaissance dans l'exécution de ses tâches ;*

*4°les dispositions visant à éviter toute discrimination entre des utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du réseau et, en particulier, toute discrimination en faveur des associés du gestionnaire de réseau ainsi que des entreprises liées à ces associés ou au gestionnaire de ce réseau.*

*§ 1<sup>er</sup>bis Le gestionnaire du réseau de distribution préserve **la confidentialité des informations commercialement sensibles** dont il a connaissance au cours de l'exécution de ses activités et empêche que des informations sur ses activités, qui peuvent être commercialement avantageuses, soient divulguées de manière discriminatoire.*

*Le gestionnaire du réseau s'abstient de transférer les informations susvisées à des entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou la fourniture d'électricité. Il s'abstient également de transférer son personnel à de telles entreprises.*

*Le gestionnaire du réseau, lorsqu'il vend ou achète de l'électricité à une entreprise d'électricité, n'exploite pas de façon abusive les informations commercialement sensibles qu'il a obtenues de tiers lors de leur accès au réseau ou de la négociation de leur accès au réseau.*

*Les informations nécessaires à une concurrence effective et au bon fonctionnement du marché sont rendues publiques. Cette obligation ne porte pas atteinte à la protection de la confidentialité des informations commercialement sensibles.*

*Le Gouvernement peut préciser les règles relatives à la confidentialité applicables au gestionnaire du réseau de distribution [...] » (Nous soulignons)<sup>16</sup>.*

---

<sup>16</sup> Voy. ég. les arrêtés du Gouvernement wallon pris en exécution de cette disposition du 21 mars 2002 relatif à la licence de fourniture d'électricité, *M.B.*, 27 avril 2002 et du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux, *M.B.*, 27 avril 2002.

*RESA, ne disposant pas de son propre personnel, délègue par le biais d'une convention de service l'ensemble de ses propres tâches aux membres du personnel, d'une part, de PUBLIFIN, en qualité de statutaire, et d'autre part, de NETHYS, en qualité de contractuel de la fonction publique. Cette situation méconnaît, prima facie, les exigences d'indépendance, déduites du décret électricité transposant notamment la directive électricité, vis-à-vis tant d'ELICIO que de NETHYS ENERGY.*

*Par rapport à l'obligation légale de confidentialité, il ressort de la convention de service et des règlements de travail en vigueur au sein de RESA et PUBLIFIN qu'il existe des indices sérieux de méconnaissance des obligations légales de confidentialité, par cela même qu'aucune disposition contractuelle ne régit la matière.*

*De surcroît, l'avenant à la convention conclue entre RESA et NETHYS dispose en son article 6.1 que des tâches peuvent être confiées aux sociétés contrôlées, dont la société ELICIO fait partie.*

*En outre, il existe une confusion d'image commerciale entre NETHYS, RESA et ELICIO ce qui n'est, certes, pas expressément prohibé par le décret électricité, mais qui l'est formellement par l'article 26 de la directive électricité. Pour rappel, ce dernier trouve pleinement à s'appliquer par l'effet direct de la directive nonobstant sa transposition imparfaite.*

*En ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel<sup>17</sup> (ci-après, la « loi vie privée ») et l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de cette loi<sup>18</sup> n'autorisent le traitement de données à caractère personnel que dans des cas précis énumérés limitativement et définissent les conditions à respecter en cas de traitement de ces données ainsi que les interdictions absolues de traitement de certaines données.*

*Ainsi, la loi vie privée n'autorise le traitement de données à caractère personnel que si le traitement envisagé entre dans l'un des six cas qu'elle énumère, à savoir :*

- « a) lorsque la personne concernée a indubitablement donné son consentement;*
- b) lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci;*
- c) lorsqu'il est nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance;*
- d) lorsqu'il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée;*
- e) lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées;*
- f) lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi ».*

*La loi vie privée impose en outre que les données soient i) traitées loyalement et licitement, ii) collectées à des fins déterminées, explicites et légitimes, iii) adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies, iv) exactes et mises à jour si nécessaire, v) n'être conservées que pendant la durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été obtenues.*

---

<sup>17</sup> M.B., 18 mars 1993.

<sup>18</sup> M.B., 13 mars 2001.

Qui plus est, au 25 mai 2018, le Règlement général sur la protection des données (2016/679) du 27 avril 2016 sera d'application. Les entreprises ont donc jusqu'au 25 mai prochain (soit 7 mois) pour se conformer aux nouvelles exigences de ce Règlement. Il y a donc lieu d'en tenir compte dès à présent. Parmi les nouvelles exigences, il convient de particulièrement faire attention aux points suivants :

- lorsque le traitement repose sur le consentement donné par la personne concernée, ce consentement devra résulter d'une action positive. Un consentement implicite n'est dès lors plus admis ;
- le consentement doit être libre et au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de vérifier si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat (Article 7, §4) ;
- l'obligation pour les entreprises de plus de 250 employés de tenir un registre des activités de traitement (qui traite ? quoi ? dans quel but ? durée de conservation, ? etc.) ;
- l'obligation pour certaines entités ou entreprises de désigner un Délégué à la protection des données.

Enfin, la proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité du 20 avril 2017 prévoit que « dans la mesure où un grand nombre de GRD font partie d'entreprises verticalement intégrées qui sont également actives dans la fourniture d'énergie, des garanties réglementaires sont nécessaires pour assurer la neutralité des GRD dans leurs nouvelles fonctions, par exemple en ce qui concerne la gestion des données et lors du recours à la flexibilité pour gérer les congestions locales »<sup>19</sup> (Nous soulignons).

C'est dans ce cadre que l'article 34 de la proposition de Directive concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité prévoit en ce qui concerne les tâches des gestionnaires de réseau de distribution en matière de gestion des données :

« Les États membres veillent à ce que toutes les parties éligibles disposent d'un accès non discriminatoire aux données selon des modalités claires et équitables. Dans les États membres où les compteurs intelligents ont déployés conformément à l'article 19 et où les gestionnaires de réseau de distribution participent à la gestion des données, les programmes d'engagements prévus à l'article 35, paragraphe 2, point d), prévoient des mesures spécifiques afin d'exclure toute discrimination en matière d'accès aux données pour les parties éligibles conformément à l'article 23. Lorsque les gestionnaires de réseau de distribution ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 35, paragraphes 1, 2 et 3, les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'entreprise verticalement intégrée ne bénéficie pas d'un accès privilégié aux données pour la conduite de ses activités de distribution » (Nous soulignons).

Le nouveau Règlement général sur la protection des données et la proposition de Directive concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité renforcent les obligations des GRD en matière de confidentialité des données à caractère personnel. Or, dans la mesure où le Conseil d'administration des trois sociétés est composé de la même manière, que RESA ne possède pas de personnel propre et que les informations fournies démontrent que le système informatique utilisé n'est pas étanche, il existe un risque que RESA ne respecte pas les obligations imposées par le nouveau Règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016 et le Quatrième Paquet Energie. »

---

<sup>19</sup> Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité du 20 avril 2017 (refonte), COM (2016)864final/2-2016/0380 (COD).

## **10. AUTRES POTENTIELLES IRRÉGULARITÉS RÉVÉLÉES LORS DE L'ANALYSE**

Deux autres difficultés ont été mises au jour au cours de l'analyse des documents fournis par RESA.

### **10.1. Marché public du cabinet de révisorat PWC**

Premièrement, il s'agit du marché public désignant le réviseur de RESA : la société PWC. Cette dernière est le réviseur de RESA alors qu'elle agit également en tant que réviseur de toutes les filiales d'Elicio, ce qui n'est pas sans poser de problèmes quant à l'indépendance et à l'impartialité de ce réviseur. Dans son courrier du 14 novembre 2017, RESA rétorque à ce propos qu'elle est « *soumise aux règles des marchés publics et a effectué une procédure négociée avec publicité (...) et que c'est suite à cette procédure que PWC a été désignée comme réviseur. Il ne s'agit pas d'un choix délibéré de la part de RESA.* » La CWaPE est d'avis que cet argument ne peut pas être retenu dès lors qu'il était possible pour RESA de prévoir une clause d'incompatibilité dans son cahier spécial des charges.

### **10.2. Confusion d'image commerciale**

Enfin, notons une possible confusion de l'image commerciale entre Nethys, Elicio et RESA par le biais du site Internet de la maison-mère où les logos des trois marques sont visibles. De plus, différents « goodies » nous ont été fournis laissant apparaître ces différents logos. On les retrouve encore dans les signatures des courriels de nos différents interlocuteurs. Même si cela n'est pas transposé en tête dans la législation wallonne, une confusion de l'image commerciale est prohibée par la directive 2009/72/CE dans son article 26. A ce sujet, la CWaPE a noté que dans son courrier du 14 novembre 2017 RESA s'est engagée à mettre en place un « branding » séparé dans les six mois.

## 11. CONCLUSIONS

L'option de régulation *ex ante* des gestionnaires de réseau a été mise en place par le droit de l'Union à travers les règles de dissociation entre les différentes activités, afin notamment d'éviter d'infliger une charge probatoire trop importante aux autorités de régulation. Il a donc été mis en place un arsenal législatif qui limite au maximum les risques en la matière. Après la modification des décrets en 2014 et 2015, un affaiblissement de cet arsenal a cependant été constaté, engendrant des risques de confusion de métiers, de discrimination dans le cadre des raccordements au réseau ou de la préservation de la confidentialité et des données commerciales. Une révision du décret devrait donc être encouragée à terme pour simplifier les structures des GRD et minimiser ces risques. La CWaPE a noté à cet égard qu'un décret relatif à la gouvernance des gestionnaires de réseau est en préparation et s'en réjouit<sup>20</sup>. Des propositions en ce sens ont d'ailleurs été et seront encore formulées à l'avenir par la CWaPE dont la proposition de la CWaPE du 16 juin 2017 CD-17<sup>e</sup>24-CWaPE-1701 en matière de simplification des structures des gestionnaires de réseau de distribution.

En attendant l'adoption et l'entrée en vigueur d'un tel « décret gouvernance », la CWaPE entend exiger la mise en place de solutions afin d'améliorer la situation à court et moyen terme.

En premier lieu, il s'agit de régler la trop grande asymétrie d'information qu'il y a entre le régulateur et le régulé du fait de la complexité de la structure de *Nethys*. En effet, il est indispensable pour la CWaPE d'avoir plus d'informations que ce dont elle dispose actuellement à propos de cette structure, malgré les demandes effectuées pour ce contrôle.

Pour ce faire, la CWaPE requiert que les moyens suivants soient mis en œuvre conformément aux dispositions visées par l'article 47 du décret:

- La mise en place d'un *reporting* systématique des documents officiels des organes décisionnels de *RESA*. Ce reporting devrait cibler tous les comptes-rendus des différents comités afin de constater s'ils ont un réel pouvoir de décision et le contenu de ces comptes rendu ;
- La transmission de toutes les informations complémentaires démontrant que les conventions et ressources des employés travaillant pour son compte garantissent le respect des règles de confidentialité ;
- La mise en œuvre d'une visite d'inspection au sein des locaux de *RESA* à la fois pour recueillir des informations d'opportunités qui mettraient en évidence d'éventuels manquements. Une telle visite permettrait par ailleurs de se rendre compte de la répartition des rôles et des fonctions au sein du groupe.

Sans préjudice des mesures plus poussées qui devraient être prises si le « décret gouvernance » dont question *supra* devait être adopté, la CWaPE enjoint par ailleurs *RESA* de se mettre en conformité avec le Décret électricité tel qu'interprété dans le cadre du présent rapport. Le but étant de simplifier la structure actuelle, de rapatrier le personnel au sein du GRD et d'assurer son indépendance par rapport à l'entreprise verticalement intégrée *Nethys*. Même dans le cadre des textes actuels, il nous paraît possible d'obliger *RESA* à adopter une structure plus simple et une meilleure gouvernance, qui simplifieront d'autant son contrôle par la CWaPE.

---

<sup>20</sup> Voyez à ce sujet l'avis rendu par la CWaPE le 19 décembre 2017 à propos du projet de décret portant sur « la gouvernance, la structure, le contrôle, le rôle et les missions des GRD. »

Compte tenu des irrégularités exposées dans le présent rapport, la demande de mise en conformité porte sur plusieurs points :

- Tout d'abord, il s'agit des modifications statutaires et des organes évoqués dans la partie consacrée aux obligations organisationnelles. Revenir sur le renouvellement des administrateurs indépendants semble nécessaire. Il convient à cet égard d'appliquer le troisième alinéa de l'article 4 de l'Arrêté qui dispose que la désignation des administrateurs indépendants « est soumise à l'avis conforme de la CWaPE, qui ne peut se prononcer que sur la base de motifs tenant à l'indépendance et à la partialité du candidat ». Ce texte, qui ne s'applique qu'aux GRD de droit privé, permet à la CWaPE de s'assurer de l'indépendance des futurs administrateurs de RESA. Si le régulateur peut s'assurer de l'indépendance réelle des nouveaux administrateurs du GRD, cela constituerait une avancée importante pour une nouvelle structure exempte des potentiels conflits d'intérêts actuels.
- Concernant la délégation totale de l'exécution des tâches à *Publifin* et *Nethys*, la CWaPE entend y mettre fin en contraignant RESA à engager du personnel afin d'effectuer ses propres tâches. Dans l'attente de la réalisation de cet objectif, RESA est invitée, comme indiqué *supra* à organiser à l'attention de la CWaPE, une visite de ses locaux afin de mesurer plus précisément les lacunes existantes en matière d'étanchéité des activités de *Nethys* et de ses filiales par rapport à la confidentialité des informations personnelles et commerciales.
- Enfin, RESA est invitée à respecter toutes les autres exigences contenues dans le présent rapport, notamment en matière de marché de révisorat, d'image commerciale séparée et de mise en conformité avec la législation de ses organes de gouvernance par la mise en œuvre des douze mesures suivantes :
  1. Introduction de la notion d'administrateur indépendant dans les statuts (l'article 16, § 1er, du décret électricité et l'article 10 de l'Arrêté impliquent que les statuts doivent transposer cette notion);
  2. Renouvellement du conseil d'administration dans son intégralité ;
  3. Inscription d'une interdiction d'être présent à la délibération d'un organe du GRD pour les administrateurs ayant des conflits d'intérêts potentiels ;
  4. Création d'un organe, émanant du Conseil d'administration, composé exclusivement d'administrateurs indépendants et compétents pour la préparation des décisions relatives aux tâches stratégiques et confidentielles, conformément à l'article 16 § 1er du Décret électricité. Cet organe s'avère indispensable pour respecter la dissociation entre les activités de distribution et de production au sein d'une entreprise verticalement intégrée comme *Nethys* ;
  5. Création d'un comité d'éthique dans les modalités prévues à l'article 16§1 du décret ;
  6. Inscription aux statuts d'une règle requérant que la moitié au moins du Conseil d'administration soit composé d'administrateurs indépendants (articles 9, § 3, et 10 de l'Arrêté) ;
  7. Inscription aux statuts d'une règle exigeant que les décisions relatives à la désignation et à la révocation des membres du comité de direction requièrent 75 % des voix des administrateurs indépendants (articles 9 § 3, et 10 de l'Arrêté rendus applicables à RESA par l'article 11 du même Arrêté);

8. Inscription dans les statuts d'une règle exigeant que les membres du comité de direction soient choisis en raison de leur compétence, de leur expérience et de leur indépendance (article 9 §3 de l'Arrêté) ;
9. Création d'un comité de gouvernance d'entreprise, qui contrairement à ce qu'affirme le GRD dans son courrier du 3 juillet, n'est en rien identique au comité de direction. Ce comité ayant justement pour but de s'assurer de l'indépendance et de l'impartialité des autres organes par rapport aux producteurs, fournisseurs et intermédiaires. Du fait de cette mission et des constatations précédentes, il nous paraît indispensable d'en instaurer un au sein de la structure RESA (article 5 de l'Arrêté) ;
10. Éclaircissement de la répartition des rôles entre le comité de direction et le comité de rémunération, article 7ter du Décret électricité et article 7 de l'Arrêté ;
11. Mise aux normes du comité d'audit afin d'y introduire un administrateur qui ait la qualification d'experts indépendants ;
12. Mise en place d'un code de gouvernance : article 7ter du Décret électricité.

RESA est invitée à indiquer à la CWaPE, dans le mois du présent rapport, de quelle manière et selon quel planning elle entend se conformer aux injonctions qui précèdent.

\* \*  
\*

## ANNEXES CONFIDENTIELLES