

Date du document : 29/03/2018

RAPPORT

CD-18c29-CWaPE-0044

CONTRÔLE DU RESPECT DES RÈGLES D'INDÉPENDANCE, D'ORGANISATION ET DE PROTECTION DES DONNÉES CONFIDENTIELLES PAR RÉSEAU D'ÉNERGIES DE WAVRE (REW)

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

1.	RÉTROACTES	3
2.	MÉTHODOLOGIE DE LA CWAPE.....	4
2.1.	Cadre de référence	4
2.2.	Typologie des gestionnaires de réseau	4
2.3.	Méthode	5
3.	LE CADRE JURIDIQUE EN VIGUEUR	6
3.1.	La directive 2009/72/CE	6
3.2.	Les dispositions wallonnes applicables.....	7
4.	PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DU GRD REW	9
5.	ANALYSE.....	9
6.	CONCLUSION ET AVIS SUR LE SUIVI DE L'ÉVALUATION	14

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 REW, 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 REW, les documents suivants ont été collectés par courriers des 3 juillet, 10 juillet, 12 septembre et par courriel du 25 octobre 2017 (Annexe 2):

- La composition des membres du conseil d'administration ;
- les statuts ;
- le rapport d'activité ;
- les comptes-rendus des trois derniers conseils d'administration ;
- le compte-rendu du dernier comité de rémunération ;
- la déclaration du GRD portant sur la détention de participation dans des producteurs ;
- fournisseurs et/ou intermédiaires ;
- la déclaration du coordinateur de confidentialité ;
- le code de gouvernance ;
- Le règlement de travail de REW.

Par ailleurs, des échanges intervenus dans le courant de l'année 2017 avec REW ont permis à la CWaPE de prendre connaissance de projets de production à l'étude avec la Ville de Wavre. Ces éléments font également partie de la présente analyse.

Par courrier du 10 novembre 2017, la CWaPE a transmis à REW un projet de rapport consécutif au contrôle effectué (Annexe 3).

Par courriel du 30 novembre 2017, REW a communiqué le message suivant à la CWaPE : « *Nous avons bien reçu votre courrier daté du 10 novembre 2017 reçu le 13 novembre 2017, nous proposant de faire part de nos remarques par écrit au sujet du projet de rapport relatif aux règles d'indépendance, d'organisation et de protection des données confidentielles pour le 30 novembre prochain. Nos remarques devant être validées par notre conseil d'administration qui se réunit le 4 décembre prochain, nous vous informons que nous ferons parvenir ces remarques par courrier le 5 décembre. En espérant que ce délai complémentaire n'entrave pas vos propres démarches* ».

En l'absence de remarques reçues dans le délai annoncé, la CWaPE a relancé REW par courriel du 7 décembre 2017, du 15 janvier 2018 et du 16 février 2018.

Les remarques de REW ont finalement été communiquées par courrier du 20 mars 2018 (Annexe 4).

Le présent rapport est donc une version amendée du rapport provisoire compte tenu de la réaction communiquée par REW. REW contestait notamment les fondements européens sur base desquels la CWaPE faisait reposer son raisonnement en réclamant davantage de références au droit wallon. La CWaPE a complété son rapport provisoire en tenant compte de cette remarque tout en insistant sur la nécessité d'adopter une interprétation du décret conforme au droit européen en ayant égard à la lumière du texte et de la finalité des directives « gaz » et « électricité ».

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 amendements¹, 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

¹ 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.

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 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

Catégorie d'exigences	Dispositions
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 REW

Forme juridique : SCRL	EVI : Non
Filiale au sens de l'art. 16§1 : Non	Autre filiales ou participation : Arewal
Associés : - Ville Wavre - AREWAL - IBW	
Administrateurs : - Anne Masson - Freddy Quibus - Bertrand Vosse - François Ruelle - Philippe Delfaque - Jacques Fraix - Luc Gillard - Jean-Pol Hannon	
Comité de direction/ organe restreint de gestion : - Roger le Bussy – Directeur Général - Fabienne Dejean – Directeur Marché – Access et Transit - Directeur financier : information non communiquée - Directeur exploitation : information non communiquée	

5. ANALYSE

La présente analyse s'est focalisée sur le cadre légal existant. Elle devra le cas échéant être actualisée si le projet de décret porté par l'actuel Gouvernement en matière de gouvernance, de structure, de contrôle, de rôle et de missions des gestionnaires de réseau venait à être adopté. Cette analyse nous paraît par ailleurs répondre aux arguments transmis par la REW dans son courrier du 20 mars 2018. Des références à ces arguments figurent dans divers passages de cette analyse.

5.1. **Conditions relatives à la structure et aux activités de REW**

L'examen des informations transmises par REW nous amène à épingleur un certain nombre de contrariétés ou de difficultés imposant au minimum des clarifications à court terme.

- Tout d'abord, nous constatons que la société AREWAL est associée au sein de REW et que REW est également associée au sein d'AREWAL. Or la société AREWAL, dont REW, détient des parts, a inscrit le développement de la production et la fourniture d'énergie dans son objet social ainsi que cela ressort de ses statuts modifiés le 27 juin 2017. La détention de parts au sein d'un producteur, fournisseur ou intermédiaire imposerait pourtant le respect, par REW, des règles d'*unbundling* les plus strictes prévues par le droit européen et sa transposition en droit wallon, ce qui ne paraît pas rencontré en l'espèce.

L'article 7bis du décret électricité définit ces strictes conditions qui découlent de l'article 26 de la directive 2009/72/CE selon lequel:

« 1. **Lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée**, il est indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution. Ces règles ne créent pas d'obligation de séparer la propriété des actifs du gestionnaire de réseau de distribution, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part.

2. En plus des exigences visées au paragraphe 1, lorsque le gestionnaire de réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il est indépendant, sur le plan de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution. À cet effet, les critères minimaux à appliquer sont les suivants:

- a) **les personnes responsables de la gestion du gestionnaire de réseau de distribution ne doivent pas faire partie des structures de l'entreprise intégrée d'électricité qui sont directement ou indirectement chargées de la gestion quotidienne des activités de production, de transport ou de fourniture d'électricité;**
- b) (...) »

L'article 8 § 1^{er} du décret électricité prévoit quant à lui que: «*Le gestionnaire de réseau de distribution peut détenir directement et/ou indirectement des participations dans des producteurs d'électricité ou des gestionnaires de transport dans les limites fixées par la réglementation européenne applicable.* »

L'article 16 § 1^{er} du décret électricité dispose par ailleurs : « *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 :

(...)

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. »

A l'heure actuelle, la structure et l'organisation de REW ne répondent pas à ces exigences. La situation du directeur général de REW qui est également administrateur au sein d'AREWAL devrait notamment être clarifiée. Rappelons que selon l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 et son article 9 rendu applicable à REW par l'article 11 stipule:

« § 1er. Le conseil d'administration du gestionnaire du réseau de transport local définit la politique générale de la société et exerce les pouvoirs attribués au conseil d'administration par le Code des

sociétés, à l'exception des compétences déléguées au comité de direction dont il assure le contrôle général.

Le président et le vice-président du comité de direction peuvent assister aux réunions du conseil d'administration avec voix consultative.

§ 2. La délégation du conseil d'administration au comité de direction comprend la gestion journalière du réseau de transport local.

§ 3. Les membres du comité de direction ne peuvent exercer aucune fonction ou activité rémunérée ou non au service d'un producteur, fournisseur aux clients éligibles et intermédiaire.

Les décisions du conseil d'administration relatives à la désignation et révocation des membres du comité de direction et, le cas échéant, du personnel requièrent 75% des voix des administrateurs indépendants.

Les membres du comité de direction sont choisis en raison de leur compétence, leur expérience et leur indépendance au sens du § 3, alinéa 1er, les rendant aptes à gérer le réseau de transport local dans ses aspects techniques, financiers, humains et stratégiques. »

Il en va de même pour la personne qui a été désignée comme coordinatrice confidentialité de REW qui est en même temps administratrice d'AREWAL.

Dans son argumentaire transmis le 20 mars 2018, la REW réfute le fait qu'AREWAL serait un producteur dans la mesure où son objet social tel que défini dans ses statuts ne correspond pas encore à une réalité opérationnelle. Cette position est défendable si l'on s'en tient à une interprétation littérale de la notion de producteur. Toutefois, il ne revient pas à la CWaPE d'aller contrôler si, dans les faits, la société dont l'objet social prévoit qu'elle puisse produire de l'électricité le fait vraiment de sorte qu'elle doit donc s'en tenir à l'objet social publié au *Moniteur belge*. En outre, les dangers que le législateur a voulu éviter en prévoyant des règles d'*unbundling* sont également présents dès le moment où une société entame les premières étapes menant à la production, ce qui pourrait justifier de ne pas suivre l'interprétation restrictive, nécessitant un contrôle poussé des activités réelles d'une entreprise non soumise à la régulation, proposée par REW.

- b) Par ailleurs, la CWaPE a été informée il y a plusieurs mois du fait que REW entend mettre en place, avec la Ville de Wavre, un certain nombre d'unités de cogénération. D'après les montages juridiques dont la CWaPE a pu prendre connaissance, la Ville de Wavre serait le producteur et REW serait tiers investisseur. Dans ce contexte, en ce qui concerne droit de l'Union européenne, la Ville Wavre pourrait être considérée comme un producteur d'électricité (cfr. art. 2 (1) de la directive 2009/72/CE). De plus, la Ville en détenant l'essentiel des parts du capital social de REW, exerce un contrôle (cfr. art. 2 (34), 2009/72/CE et cfr. notion et interprétations tirés du règlement CE 139/2004) sur une personne chargée de la fonction de distribution d'électricité. Par conséquent, l'ensemble Ville de Wavre-REW pourrait être considéré comme une entreprise verticalement intégrée (art.2 (21), 2009/72/CE). Le caractère public de la Ville est indifférent en raison du principe de neutralité des traités à l'égard du régime de propriété (art. 345 TFUE).

Dans l'argumentaire qu'elle a transmis à la CWaPE, REW estime que Wavre ne pourrait être considérée comme une entreprise d'électricité, celle-ci n'assurant pas les missions commerciales, techniques ou de maintenance liées à une fonction de production.

Il n'est cependant pas contesté que Wavre compte revendre l'électricité qu'elle ne consommera pas elle-même : « *L'utilisation des installations de cogénération vise à satisfaire les besoins de la Ville qui ne vendra, le cas échéant, que l'électricité qu'elle ne consommerait pas* ». Elle devra donc obligatoirement assumer une mission commerciale relative à cette vente, sauf erreur. Il n'est pas non plus démontré qu'elle n'assurera pas les missions techniques ou de maintenance.

Par ailleurs, une simple sous-traitance de certaines prestations ne suffirait pas selon la CWaPE à échapper à la notion d'entreprise d'électricité.

Cette qualification d'entreprise verticalement intégrée emporte une nécessité de dissociation comptable (art. 31, 2009/72/CE), juridique et managériale (art. 26, 2009/72/CE) entre la Ville et le GRD.

Rappelons cependant que le droit wallon pourrait assouplir pour les entreprises verticalement intégrées d'électricité approvisionnant moins de 100.000 clients, conformément à l'article 26.4 de la directive électricité 2009/72/CE.

En ce qui concerne ce droit wallon, relevons qu'en tant que GRD constitué sous forme de droit privé avec éventuellement un producteur qui détiendrait des parts représentatives de son capital social, REW se verrait à nouveau appliquer le régime d'*unbundling* le plus strict qui est prévu. Nous reprenons ci-dessous une liste, non exhaustive, des dispositions du droit wallon constituant ce régime et visant à transposer la directive :

- Décret du 21 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité :
 - Art. 7bis
 - Art. 7ter
 - Art. 8 §1
 - Art. 16 §1
 - Arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux :
 - Chapitre II en raison de l'art. 11
 - Art. 15
 - Art. 16
 - Art. 17
- c) L'examen du rapport du Conseil d'administration du 19 juin 2017, fait par ailleurs apparaître que REW a acheté de l'huile végétale et que *« cinq des huit sites sont actuellement équipés des nouvelles unités de cogénération. »* Ce même rapport indique : *« Nous allons pouvoir procéder à la mise en route des unités déjà installées, aux tests de conformité et de performance ».*

Il convient que REW précise si ces unités sont celles évoqués dans le cadre du projet évoqué *supra* avec la Ville de Wavre ou s'il s'agit d'une production propre à REW. Même si cette disposition, et en particulier le passage que nous soulignons ci-après manque de clarté, il convient de rappeler l'article 7 § 1^{er} qui stipule : *Au minimum 70 % des parts représentatives du capital du gestionnaire du réseau de distribution sont détenus par les communes et, le cas échéant, par les provinces. Dans l'hypothèse où le gestionnaire de réseau de distribution s'est engagé dans des activités de production, de vente ou de fourniture d'électricité, dans les cas spécialement prévus dans le présent décret, la proportion de parts visée à l'alinéa précédent représente l'ensemble de ces activités (...).* A noter que l'intercommunale IBW et, rappelons-le, la société AREWAL, figurent parmi les associés de REW.

Ce même décret prévoit également, en son article 8 § 1er. *« Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte. L'électricité ainsi produite est exclusivement utilisée pour alimenter ses propres installations et/ou pour compenser ses pertes de réseau. »* REW devra démontrer qu'en l'occurrence ces activités de production sont conformes à cette disposition.

5.2. Conditions relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion

De nombreuses irrégularités ont été mises au jour lors du contrôle à ce sujet:

- Concernant le contrôle de la qualité « d’administrateurs indépendants », la CWaPE constate qu’il n’est fait aucune mention de cette notion dans les statuts de REW. Par ailleurs, le GRD ne nous a fourni qu’une seule déclaration attestant de l’indépendance d’un administrateur (celle de Monsieur Jacques Fraix). De plus, on constate à l’examen des comptes-rendus du Conseil d’administration, que lors de la nomination d’un administrateur, sa possible indépendance ou son expertise n’est pas analysée formellement par l’Assemblée générale. Ces différents éléments tendent à démontrer une possible méconnaissance des obligations du GRD sur ce point. Une analyse plus poussée de l’indépendance des administrateurs devrait donc être réalisée. Dans son argumentaire, la REW tente de justifier la situation en se référant à la notion d’administrateur indépendant au sens de l’article 526 ter du Code des sociétés. Cette dernière notion ne correspondant cependant pas à la notion d’administrateur indépendant au sens de l’article 2, 20°, du décret, dont la présence est exigée notamment par l’article 4 de l’arrêté (rendu applicable à REW par l’article 11 du même arrêté). L’article 4 précité impose, pour rappel, que la moitié au moins des membres du conseil d’administration soient des administrateurs indépendants. La seule déclaration concernant Monsieur Jacques Fraix est donc insuffisante.
- Les PV du Conseil d’administration fournis, portant notamment sur la nomination du personnel chargé de la direction, nous permettent de constater qu’il n’a pas été procédé à l’analyse de l’indépendance des personnes nommées, alors que cela devrait être le cas d’après l’article 9 de l’arrêté qui est rendu applicable à REW par son article 11. Rappelons que cet article 9 dispose que : « *Les membres du comité de direction sont choisis en raison de leur compétence, leur expérience et leur indépendance (...)* » Comme indiqué précédemment, la présence du directeur général de REW dans le Conseil d’administration d’AREWAL, potentiellement producteur ou fournisseur, peut être problématique si des clarifications et rectifications ne sont pas apportées à brève échéance.
- Le document présenté en tant que code de gouvernance est parcellaire par rapport aux standards exigés pour de tels documents. En outre, il a été approuvé par le Conseil d’administration et non par l’Assemblée générale.
- Nous remarquons, à la lecture des documents transmis, que le comité d’audit ne s’est jamais réuni alors que selon l’article 6 de l’AGW, applicable à REW conformément à l’article 11 de cet AGW, ce comité d’audit doit notamment examiner les comptes et assurer le contrôle du budget.
- REW n’a pas institué de comité de gouvernement contrairement à ce qui lui est imposé par l’article 5 de l’AGW rendu applicable à REW par l’article 11 de l’AGW, comité de gouvernement qui est chargé notamment de proposer des candidats administrateurs à l’Assemblée Générale.
- Selon l’article 7 ter du décret, lorsqu’un GRD est constitué sous la forme d’une personne morale de droit privé, le Conseil d’administration doit compter au minimum 20 pour cent d’experts indépendants au sens de l’article 526ter du Code des sociétés, qui sont nommés par l’assemblée générale pour leurs connaissances en matière financière ou pour leurs compétences utiles en matière technique. Nous ne retrouvons pas dans les documents transmis, d’éléments permettant de constater que cette exigence a été réclamée et respectées, hormis probablement en ce qui concerne Monsieur Jacques Fraix dont les compétences sont notoires dans le secteur.

5.3. Exigences en matière d'indépendance du personnel

Au regard des documents fournis, il est difficile de se prononcer sur l'indépendance effective de l'ensemble des membres du personnel. Cependant, le « rapport confidentialité » du GRD, bien que succinct, explique que l'ensemble du personnel est employé en propre par le GRD, sans préciser, outre mesure, s'ils ont des activités annexes ou non. Nous constatons cependant que la personne en charge de la fonction de « coordinateur confidentialité » de REW est échevine de la Ville de Wavre en même temps qu'elle est administratrice d'AREWAL tout comme le directeur général de REW.

5.4. Précautions relatives à la préservation de la confidentialité, des informations personnelles et commerciales

Le rapport confidentialité, qui nous a été soumis, est assez sommaire. Il précise l'existence de différents types de sécurité au niveau de l'informatique, notamment par des moyens d'identification. La majorité des informations sont traitées soit en propre, soit par AREWAL. Ce dernier point n'est pas rassurant compte tenu des évolutions précitées de cette société. Une expertise approfondie serait donc nécessaire afin de déterminer la viabilité de ce système de sécurité informatique.

6. CONCLUSION ET AVIS SUR LE SUIVI DE L'ÉVALUATION

REW est invitée à adresser, pour accord de la CWaPE, un plan de régularisation de sa situation en fonction des constats qui précèdent et ce dans le mois de la réception du présent rapport. Ce plan de régularisation devra être mis en œuvre dans les meilleurs délais déterminés par la CWaPE.

REW est également invitée à transmettre dans le même délai les schémas et organigramme permettant d'appréhender correctement les liens existants entre elle, ses associés et ses filiales.

* *

*

ANNEXES CONFIDENTIELLES