



CWaPE
Commission
Wallonne
pour l'Energie

Date du document : 26/06/2018

RAPPORT

CD-18f26-CWaPE-0050

**STATUT DES RECOMMANDATIONS FORMULÉES
PAR LA COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE PUBLIFIN
EN CE QUI CONCERNE LA SOCIÉTÉ ANONYME RESA,
GESTIONNAIRE DE RÉSEAU DE DISTRIBUTION DE GAZ ET D'ÉLECTRICITÉ
ACTIF EN RÉGION WALLONNE**

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

Table des matières

OBJET	4
1. CHAPITRE 1 : CONTRÔLES REALISES PAR LA CWAPE QUANT AU RESPECT DES REGLES DE GOUVERNANCE, D'INDEPENDANCE ET DE CONFIDENTIALITE PAR LES GESTIONNAIRES DE RESAU.	6
2. CHAPITRE 2 : MISE EN CONFORMITE DE LA STRUCTURE DU GROUPE	7
2.1. <i>Recommandations de la Commission d'enquête</i>	7
2.2. <i>Contrôle réalisé par la CWAPE</i>	7
2.3. <i>Décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018</i>	8
2.4. <i>Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	8
3. CHAPITRE 3 : MISE EN CONFORMITE DES ORGANES DE GESTION	11
3.1. <i>Recommandations de la Commission d'enquête</i>	11
3.2. <i>Contrôle réalisé par la CWAPE</i>	11
3.3. <i>Décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018</i>	13
3.4. <i>Statut des recommandations de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	13
4. CHAPITRE 4 : EMPRUNT OBLIGATAIRE ET CHARGES DE PENSION	15
4.1. <i>Emission d'un emprunt obligataire « Emprunt James »</i>	15
4.1.1. <i>Recommandation de la Commission d'enquête</i>	15
4.1.2. <i>Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	15
4.2. <i>Charges de pension des agents sous statut public</i>	31
4.2.1. <i>Recommandation de la Commission d'enquête</i>	31
4.2.2. <i>Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	31
5. CHAPITRE 5 : VERSEMENT DES REDEVANCES DE VOIRIE	34
5.1. <i>Recommandation de la Commission d'enquête</i>	34
5.2. <i>Dispositions légales</i>	34
5.2.1. <i>AGW des 28 novembre 2002 et 15 juillet 2010</i>	34
5.2.2. <i>AGW du 11 janvier 2018</i>	34
5.3. <i>Versement des redevances de voirie Electricité par RESA</i>	35
5.3.1. <i>Mécanismes de redistribution des redevances de voirie au sein du groupe PUBLIFIN d'application jusqu'en 2016</i>	35
5.3.2. <i>Mécanismes de redistribution des redevances de voirie à partir de 2017</i>	35
5.3.3. <i>Contrôles des versements des redevances de voirie électricité en 2016</i>	36
5.3.4. <i>Contrôles des versements des redevances de voirie électricité en 2017</i>	36
5.4. <i>Versement des redevances de voirie Gaz par RESA</i>	37
5.4.1. <i>Mécanismes de redistribution des redevances de voirie au sein du groupe PUBLIFIN</i>	37
5.4.2. <i>Contrôles des versements des redevances de voirie gaz en 2016</i>	37
5.4.3. <i>Contrôles des versements des redevances de voirie gaz en 2017</i>	38
5.5. <i>Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	38
6. CHAPITRE 6 : DISPOSITION LEGALES EN MATIERE DE LIMITATION DES REMUNERATIONS DES FONCTIONS DIRIGEANTES ET DE PROTECTION DU CABLE	39
6.1. <i>Plafonnement des rémunérations des dirigeants</i>	39
6.1.1. <i>Recommandations de la Commission d'enquête</i>	39
6.1.2. <i>Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	39
6.2. <i>Protection du câble en tant qu'actif public</i>	40
6.2.1. <i>Recommandations de la Commission d'enquête</i>	40
6.2.2. <i>Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018</i>	40
7. CONCLUSION	41
ANNEXE(S).....	43

Index des tableaux

TABLEAU 1	TABLEAU DE COMPARAISON DES GEARING NORMATIFS APPLIQUES PAR LES REGULATEURS EUROPEENS.....	18
TABLEAU 2	EVOLUTION DES CHARGES D'INTERÊT DE L'EMPRUNT OBLIGATAIRE PAR TRANCHE	21
TABLEAU 3	FRAIS D'EMISSION LIES A L'EMPRUNT JAMES	21

Index des figures

FIGURE 1	EVOLUTION DE LA STRUCTURE FINANCIERE DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2015	16
FIGURE 2	EVOLUTION DU POURCENTAGE DE GEARING DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2015	16
FIGURE 3	GEARING REEL DES GESTIONNAIRES DE RESEAU DE DISTRIBUTION ACTIFS EN REGION WALLONNE ENTRE 2013 ET 2017	17
FIGURE 4	EVOLUTION DE LA STRUCTURE FINANCIERE DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2016.....	22
FIGURE 5	EVOLUTION DU POURCENTAGE DE GEARING DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2016	23
FIGURE 6	EVOLUTION PREVISIONNELLE DU GEARING DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023.....	23
FIGURE 7	EVOLUTION PREVISIONNELLE DE LA STRUCTURE FINANCIERE DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023	23
FIGURE 8	EVOLUTION PREVISIONNELLE DE LA STRUCTURE DES FONDS PROPRES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023	24
FIGURE 9	EVOLUTION PREVISIONNELLE DES DETTES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023	24
FIGURE 10	GEARING REEL DES GESTIONNAIRES DE RESEAU DE DISTRIBUTION ACTIFS EN REGION WALLONNE ENTRE 2013 ET 2017	25
FIGURE 11	EVOLUTION DU RATIO DETTES NETTES/ACTIFS REGULES DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2016 ...	26
FIGURE 12	EVOLUTION PREVISIONNELLE DU RATIO DETTES NETTES/ACTIFS REGULES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023.....	26
FIGURE 13	EVOLUTION DU RATIO FFO/DETTES NETTES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2018	27

OBJET

En date du 6 juillet 2017, la Commission d'enquête parlementaire constituée en date du 15 février 2017 par le Parlement de Wallonie et en charge d'examiner la transparence et le fonctionnement du groupe PUBLIFIN (ci-après dénommée « Commission d'enquête PUBLIFIN »), déposait son rapport final.

La partie 7 dudit rapport exposait spécifiquement les constats de la Commission d'enquête concernant le Gestionnaire de Réseau de Distribution de gaz et d'électricité « RESA » et formulait **onze recommandations** relatives notamment à la structure de la société, à l'indépendance des administrateurs et à la réalisation d'analyses spécifiques par le régulateur wallon. Ces recommandations étaient formulées comme suit :

1. Mettre la structure du groupe en conformité à l'égard des décrets « gaz¹ » et « électricité² » et prendre toutes les mesures permettant d'assurer la légalité des actes posés par chaque entité et notamment le GRD. En conséquence, prendre toutes les mesures utiles à cette fin et notamment remonter les actions, voire les actifs, de RESA dans PUBLIFIN – sans coût pour celle-ci- afin de lier directement le GRD à son actionnariat public et en assurer la stricte indépendance à l'égard des autres activités menées au sein du groupe ;
2. A défaut pour les organes compétents de prendre les mesures reprises au point 1, prendre une mesure coercitive de tutelle pour arriver à ce résultat ;
3. Désigner au sein du Conseil d'administration et des autres organes de gestion de RESA des administrateurs siégeant exclusivement au sein de PUBLIFIN et des administrateurs et des experts indépendants conformément aux législations en vigueur (en particulier, aux articles 2, 20^o et 7^{ter} du décret électricité et aux articles 13 et 15 de l'AGW du 22 novembre 2002 [lire 21 mars 2002] relatif aux gestionnaires de réseaux) ;
4. Garantir intégralement pour les administrateurs et les cadres dirigeants des GRD l'incompatibilité avec tout emploi ou mandat au sein d'une entreprise de production ou de fourniture d'énergie, en ce compris en qualité de représentant d'une personne morale ;
5. Solliciter la CWaPE afin :
 - a. Qu'elle procède effectivement à l'analyse des différents dispositifs de transferts financiers réalisés au sein du groupe dont RESA fait partie, notamment l'impact du projet « James », au regard de sa mission définie à l'article 43, §2, 16^o du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, au regard des dispositions similaires prévues dans le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz et au regard de l'article 4, §2, 18^o du décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de distribution de gaz et d'électricité et qu'elle veille au respect des décrets du 12 avril 2001 et 19 décembre 2002 dans leur intégralité ;
 - b. De vérifier l'indépendance de RESA, en particulier ses organes de gestion, au regard de l'article 26 Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2002 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 2003/54/CE, au regard des articles 12 et 16 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et au regard de l'AGW du 21 mars 2002 ;
 - c. Qu'elle estime l'impact des charges de pension sur les tarifs suite à l'arrêt du 25 mai 2016 de la Cour constitutionnelle pour tous les GRD concernés par l'impact de l'arrêt.
6. Inviter la CWaPE à remettre au Parlement, pour le 30 juin 2018 au plus tard, un rapport spécifique portant :
 - a. Sur l'évolution de son mode de fonctionnement sur la base des constats et recommandations de la commission d'enquête ;
 - b. Sur le suivi des recommandations de la commission d'enquête.
7. Renforcer l'indépendance de la CWaPE notamment au niveau de son financement et du mode de désignation de sa direction ;

¹ Décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz

² Décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité

8. Rappeler à la CWaPE le respect impératif des délais dans la remise de son rapport annuel ;
9. Engager RESA à verser directement la redevance voirie aux communes, dans l'état actuel des statuts de PUBLIFIN ;
10. Exécuter la disposition visée à l'article 7^{ter} du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité visant à déterminer un montant minimal et un montant maximal pour la fonction dirigeante des GRD entre lesquels les rémunérations imputables à l'activité des GRD sont fixées, ainsi que les critères objectifs appropriés ;
11. Etudier la mise en œuvre d'un dispositif légal visant à protéger le câble en tant qu'actif public à l'instar des garanties prévues pour les GRD électricité et gaz.

Le présent rapport spécifique a pour objectif de répondre à la recommandation référencée 6b en matière de suivi des recommandations susvisées de la Commission d'enquête PUBLIFIN. Le rapport est structuré en cinq chapitres au travers desquels la CWaPE fournit le statut, en date du 1^{er} juin 2018, de la mise en œuvre de chacune des recommandations. Ainsi, le chapitre 1^{er} examinera la mise en œuvre des recommandations référencées (1) et (2) relatives à la structure de la société, le chapitre 2 abordera la question de l'indépendance des administrateurs et cadres dirigeants du gestionnaire de réseau de distribution telle qu'abordée dans les recommandations référencées (3, 4 et 5b), le chapitre 3 exposera les conclusions des analyses demandées par la Commission à la CWaPE par le biais des recommandations référencées (5a et 5c), le chapitre 4 apportera une clarification sur les versements des redevances de voirie d'électricité et de gaz évoqués dans la recommandation référencée (9) et, finalement, le chapitre 5 fera état des dispositions légales en matière de limitation des rémunérations des fonctions dirigeantes au sein des gestionnaires de réseau de distribution et de la protection du câble (recommandations référencées 10 et 11).

Concernant les recommandations 6a, 7 et 8 se rapportant plus spécifiquement au fonctionnement, au financement et à l'indépendance de la CWaPE, le Gouvernement travaille actuellement sur leur mise en œuvre. La CWaPE s'exprimera à ce sujet lorsque les projets du Gouvernement lui seront communiqués pour avis. Un projet a déjà été établi et communiqué à la CWaPE en ce qui concerne son futur financement. A ce sujet, la CWaPE renvoie le lecteur aux dispositions pertinentes de l'avant-projet de décret-programme³ portant modification notamment du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation régional de l'électricité et à l'avis de la CWaPE référencé CD-18b09-CWaPE-1763 sur les dispositions relatives à l'énergie (articles 124 à 175). Il convient cependant de noter que la CWaPE a également ouvert, dès le mois d'avril 2017, un important chantier de contrôle systématique, reposant sur une méthode standardisée, de l'ensemble des gestionnaires de réseau de distribution quant au respect des dispositions légales en vigueur instituées dans les « décrets gaz et électricité », et dans leurs arrêtés d'exécution, à propos de la gouvernance, de l'indépendance et des règles de confidentialité. Ce contrôle a été guidé notamment par les interprétations et les enseignements de la Commission d'enquête PUBLIFIN mais aussi par le cadre européen. Les rapports découlant de ces contrôles ont été finalisés et publiés dans le courant du premier semestre 2018. Ce contrôle thématique, qui s'ajoute à ceux réalisés systématiquement par la CWaPE en matière de respect des obligations de service public, sera répété de façon périodique par la CWaPE.

³ Avant-projet de décret programme portant des mesures diverses en matière d'action sociale, de handicap, de santé, d'emploi de formation, d'économie, d'industrie, de recherche d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transport, d'énergie, de client de politique aéroportuaire, pouvoirs locaux, de logement, de tourisme, d'agriculture, de nature et forêt.

1. CHAPITRE 1 : CONTRÔLES REALISES PAR LA CWAPE QUANT AU RESPECT DES REGLES DE GOUVERNANCE, D'INDEPENDANCE ET DE CONFIDENTIALITE PAR LES GESTIONNAIRES DE RESAU.

Le cadre légal et la structure de nombreux gestionnaires 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 la CWAPE a réclamé en mai 2017 à l'ensemble des gestionnaires de réseau de distribution wallons, un certain nombre de documents et d'informations destinés à permettre ce contrôle (statuts, certains procès-verbaux, règlements de travail, déclarations sur l'honneur, diverses conventions avec des prestataires de service...).

Le contrôle exercé par la CWAPE a donné lieu à divers échanges de courriers, réunions ou visites sur place.

Ce contrôle 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, le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseau et d'autre part 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 a manqué 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 avait 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, de sorte que les documents préparatoires sont 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 bonne compréhension de ces règles nouvelles. Compte tenu de ces difficultés d'interprétation, mises en lumière notamment dans le cadre des travaux de la Commission d'enquête parlementaire, la CWAPE a choisi, pour les besoins de son contrôle, de 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 d'enquête PUBLIFIN, qui, en tant qu'émanation du Parlement wallon, est évidemment légitime pour donner un éclairage sur les intentions originaires du législateur.

Au terme du contrôle effectué par la CWAPE, cinq rapports ont été établis et publiés, le 1^{er} mars 2018 pour RESA, le 29 mars 2018 pour REW et ORES et le 19 avril 2018 pour l'AIESH et l'AIEG. Compte tenu de la cessation actée ou programmée de leurs activités en Wallonie et des contrôles potentiellement effectués pour la VREG, les GRD Gaselwest et PBE n'ont pas fait l'objet d'un rapport.

Ces rapports ont mis en évidence un certain nombre d'irrégularités à corriger, particulièrement chez RESA et chez REW. Des injonctions ont été émises et des plans de régularisation seront suivis dans les prochains mois. En ce qui concerne RESA, les chapitres 2 et 3 ci-après reprennent les demandes formulées par la CWAPE et leur suivi.

2. CHAPITRE 2 : MISE EN CONFORMITE DE LA STRUCTURE DU GROUPE

2.1. Recommandations de la Commission d'enquête

Le titre 7.1.2 du rapport de la Commission d'enquête PUBLIFIN abordait la question de la conformité de la structure du groupe PUBLIFIN-NETHYS aux décrets gaz et électricité, d'une part, et du respect de l'obligation de disposer de personnel propre en suffisance, d'autre part.

La Commission concluait à ce sujet que :

- « *la structure du capital de RESA ne respecte pas les articles 6 et 7 du décret électricité et les articles 5 et 6 du décret gaz* », dans la mesure où RESA aurait dû, en vertu de ces dispositions, être détenue par les communes et, le cas échéant, les provinces, soit directement, soit indirectement, par l'intermédiaire d'une intercommunale pure de financement ;
- RESA n'ayant pas confié l'exploitation journalière de ses activités à une filiale, elle devait disposer d'un personnel propre conformément à l'article 16, § 1^{er}, du décret électricité. Tel n'était pourtant pas le cas en l'espèce, la gestion quotidienne du réseau du GRD RESA étant assurée par le personnel de NETHYS ainsi que de PUBLIFIN ;
- NETHYS étant plus que vraisemblablement un producteur, fournisseur ou intermédiaire au sens des décrets électricité et gaz, une série d'activités auraient en outre dû être confiées aux mains exclusives d'administrateurs indépendants (notamment le développement du réseau, le relevé des compteurs, le traitement des données résultant de ce relevé, la comptabilité relative à la gestion du réseau), conformément à l'article 16, § 1^{er}, du décret électricité. Or, tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque les activités du GRD étaient en grande partie exercées par le personnel de NETHYS, sous la responsabilité du management de NETHYS.

La Commission recommandait par conséquent :

- « **une mise en conformité sans délai de la structure du capital de RESA aux articles 6 et 7 du décret électricité et aux articles 5 et 6 du décret gaz** » ;
- « **Une mise en conformité sans délai par RESA, et à défaut une intervention impérative de la CWaPE, relative aux conventions de services de 2012 et de 2014 conclues avec NETHYS et PUBLIFIN est donc indispensable pour assurer le respect des articles 12 et 16 du décret électricité et des articles 13 et 17 du décret gaz relatifs aux activités stratégiques et confidentielles du GRD, et visant à garantir l'indépendance de celui-ci** ».

2.2. Contrôle réalisé par la CWaPE

Le 1^{er} mars 2018, à l'occasion de son rapport réalisé suite au contrôle du respect des règles d'indépendance, d'organisation et de protection des données confidentielles par RESA (CD-18c01-CWaPE-0041), la CWaPE a notamment constaté :

- que la structure du capital de RESA n'avait pas été modifiée, RESA maintenant son interprétation du décret électricité défendue devant la Commission ;
- que RESA ne disposait toujours pas d'un personnel propre ;
- que les garanties quant à l'indépendance du personnel de NETHYS auquel il est fait appel étaient insuffisantes en l'état actuel (section 8 du rapport) ;
- l'absence d'organe émanant du Conseil d'administration, composé exclusivement d'administrateurs indépendants et compétents pour la préparation des décisions relatives aux tâches stratégiques et confidentielles (section 7 du rapport).

La CWaPE a, par conséquent, demandé à RESA de se mettre en conformité et de lui communiquer le calendrier selon lequel elle entendait se conformer aux injonctions contenues dans le rapport.

2.3. Décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018

Le 9 mai 2018, le Parlement wallon a, dans la continuité des recommandations faites par la Commission, adopté un décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (décret « Gouvernance des GRD »). Ce décret, daté du 11 mai 2018 et publié au *Moniteur Belge* en date du 28 mai 2018, renforce le caractère contraignant et indiscutable des réformes recommandées au sein de RESA. Les mesures suivantes ont ainsi été adoptées :

- Obligation de constitution des GRD en personnes morales de droit public (nouvel article 6, § 1^{er}, du décret électricité) ;
- Obligation que les parts des GRD détenues par les communes et les provinces, le soient soit directement, soit par l'intermédiaire direct d'une intercommunale pure de financement (nouvel article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, du décret électricité) ;
- Interdiction de détention directe ou indirecte de parts d'un GRD par une société liée ou associée à un producteur (à l'exception des pouvoirs publics et des IPF) (nouvel article 7, alinéa 1^{er}, 3^o, du décret électricité), ce qui vise notamment NETHYS ;
- Obligation, pour le Conseil d'administration, d'être composé exclusivement d'administrateurs indépendants (nouvel article 7, alinéa 1^{er}, 4^o, du décret électricité) ;
- Obligation de disposer « d'un personnel qualifié, en nombre suffisant, dépendant directement du gestionnaire de réseau, et ne travaillant pas pour un producteur, fournisseur, intermédiaire ou toute autre société liée ou associée, afin d'assurer l'exercice des missions » de GRD (nouvel article 16, § 1^{er}, du décret électricité).

Un délai a toutefois été laissé aux GRD pour se conformer à ces nouvelles mesures, et ce jusqu'au 1^{er} juin 2019.

2.4. Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

Suite au rapport précité de la CWaPE, RESA a fait part, par courrier du 30 mars 2018, du calendrier envisagé pour mettre en œuvre les mesures demandées par la CWaPE et les réformes rendues nécessaires par le décret « Gouvernance des GRD », alors en cours d'adoption.

Les modifications nécessitées par le rapport de la CWaPE et par le décret « Gouvernance des GRD » étant étroitement liées, ce calendrier a été élaboré en prenant en compte le délai laissé par le décret « Gouvernance » pour que les GRD se conforment aux dispositions de celui-ci. Si des analyses juridiques, financières et économiques étaient déjà en cours, aucune mise en conformité n'était donc prévue à très court terme. RESA annonçait les opérations de mise en conformité suivantes :

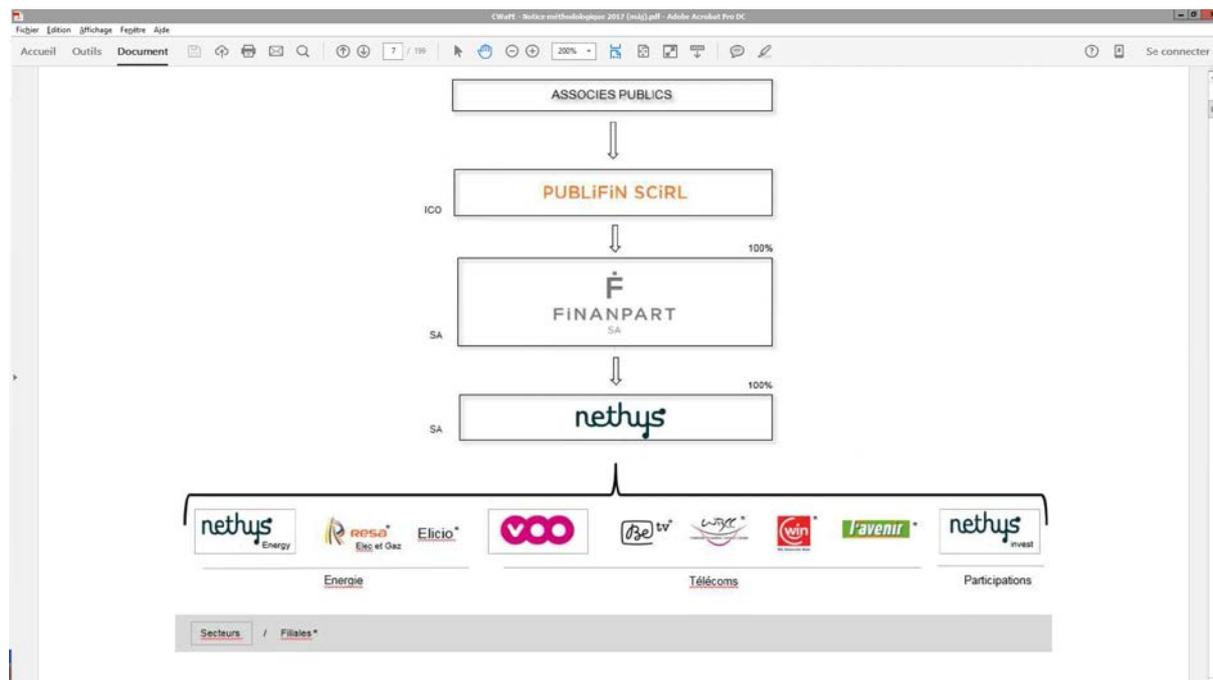
26 avril 2018 : renouvellement du Conseil d'administration de RESA. Ce renouvellement a toutefois finalement été postposé et devrait intervenir au plus tard le 30 juin 2018. Une liste des candidats administrateurs a été transmise à la CWaPE par courriel du 21 juin 2018. Ces candidats sont présentés comme indépendants par rapport aux activités de fournisseurs, producteurs ou intermédiaires d'électricité ou de gaz. Des déclarations sur l'honneur attestant de cette indépendance ont été transmises et examinées par la CWaPE. Les représentants de RESA ont par ailleurs assuré que ces candidats ne sont et ne seront pas administrateurs de Nethys. Le Conseil d'Administration se composera de onze personnes dont, selon la clé de répartition proportionnelle, cinq

Administrateurs représentant le Parti Socialiste, trois représentants le Mouvement Réformateur, deux représentant le Centre Démocrate Humaniste et un représentant Ecolo.

- 1- M. Pierre STASSART, Echevin à la Ville de Liège (PS), Quai de la Boverie 7/41 - 4020 LIEGE ;
- 2- Mme Josette MICHAUX, Conseillère Provinciale liégeoise (PS), Rue C. Demblon, 49 – 4683 OUPEYE (Vivegnis) ;
- 3- Mme Denise LAURENT, Conseillère Provinciale liégeoise (PS), Rue de la Gare 231 – 4870 TROOZ ;
- 4- M. Guy COEME, Avenue Edmond Leburton, 146 - 4300 Waremme ;
- 5- M. Bernard THIRY, Avenue du Luxembourg, 31 - 4020 LIEGE ;
- 6- M. Pol GUILLAUME, Bourgmestre à Braives (MR), Rue de la Gohalle 3 – 4260 BRAIVES ;
- 7- M. Adrien CROISIER, Avocat et conseiller communal à Herstal, Place Coronmeuse 8 bte 42 – 4040 HERSTAL (MR) ;
- 8- M. Michel GRIGNARD, Réviseur d'Entreprises, Rue Jean GOME 31 - 4800 Verviers (MR) ;
- 9- M. Laurent ANTOINE, Conseiller communal (CDH) à Oupeye, Rue de Hermalle, 131 - 4680 OUPEYE ;
- 10- M. Philippe KNAEPEN, Echevin (CDH) à Bassenge, Rue du Cheval Blanc, 9 4690 Glons ;
- 11- 1 administrateur ECOLO – dont l'identité doit encore nous parvenir.

- Il est à noter que RESA contestait toujours devoir créer un organe émanant du Conseil d'administration, composé exclusivement d'administrateurs indépendants, NETHYS n'étant, selon le GRD, pas un producteur au sens du décret électricité. Compte tenu de l'adoption du décret « Gouvernance », cette discussion n'a toutefois plus lieu d'être ;
- **26 avril 2018 au plus tôt** : lancement des opérations juridiques mettant en œuvre la remontée de RESA dans le groupe PUBLIFIN (d'abord au niveau de FINANPART, puis au niveau de PUBLIFIN, et, enfin, transformation en une intercommunale). Aucun délai plus précis n'était annoncé, RESA insistant sur l'existence de différents délais impératifs liés à l'approbation des opérations par les organes compétents, aux formalités de publicité, etc., ainsi sur le délai de douze mois prévu dans le projet de décret, alors en cours d'adoption. Le 12 juin 2018, RESA a toutefois donné plus de détail sur le suivi des opérations :
 - En ce qui concerne la remontée de RESA au niveau de FINANPART, un projet de scission partielle par absorption de NETHYS au profit de FINANPART a été approuvé par les Conseils d'administration de ces deux sociétés, les 15 et 16 mai 2018 (décisions déposées au Greffe du Tribunal de commerce le 16 mai 2018). Cette scission devrait être finalisée par une décision des Assemblées générales de ces deux sociétés, le 29 juin 2018 ;
 - En ce qui concerne la remontée de RESA au niveau de PUBLIFIN, dans la mesure où les comptes 2017 de PUBLIFIN auront été approuvés, un projet de scission partielle par absorption de FINANPART au profit de PUBLIFIN devrait être approuvé par les Conseils d'administration de ces deux sociétés dans le courant de la première quinzaine de juillet 2018. Les Assemblées générales de ces deux sociétés devraient finaliser cette scission à la fin du mois de septembre 2018 (afin de permettre aux Conseils communaux et provincial, qui ne se réunissent généralement pas en juillet et en août, de délibérer). RESA deviendra alors une filiale de PUBLIFIN ;
 - En ce qui concerne la transformation de RESA en intercommunale, celle-ci devrait, selon RESA, intervenir fin de l'année 2018 au plus tôt, compte tenu notamment des délais de tutelle.
- **1^{er} janvier 2019 au plus tôt** : achèvement de la séparation effective des ressources humaines et des systèmes informatiques. Le 12 juin 2018, RESA précisait que, selon un timing optimiste de son consultant EY, la séparation effective des ressources humaines et des systèmes informatiques de RESA serait réalisée pour le 1^{er} juin 2019.

Au 12 juin 2018, aucune de ces mesures n'avait donc été finalisée.



Au vu des modifications apportées par le décret « Gouvernance des GRD », le suivi des recommandations devrait, en principe, aboutir pour le 1^{er} juin 2019. Si la CWaPE est favorable et encourage RESA à une mise en conformité plus rapide, en particulier en ce qui concerne le renouvellement de son Conseil d'administration, elle ne dispose toutefois plus, depuis l'adoption du décret « Gouvernance des GRD », de la possibilité de contraindre RESA à suivre un rythme plus rapide. La plupart des exigences auxquelles elle demandait à RESA de se conformer (articles 6, 7 et 16 du décret « électricité ») ont en effet été supprimées et remplacées par des exigences équivalentes ou plus contraignantes, pour lesquelles RESA peut désormais se prévaloir du délai laissé par ce nouveau décret.

Dans son avis sur l'avant-projet de décret « Gouvernance des GRD » (CD-17101-CWaPE-1751), la CWaPE avait en effet attiré l'attention du Gouvernement sur le fait que « L'article 23 de l'avant-projet prévoit une entrée en vigueur immédiate du décret, tout en laissant aux GRD un délai de douze mois à dater de l'entrée en vigueur du décret pour se conformer aux dispositions de celui-ci.

En procédant de la sorte, le décret instaure une période de douze mois pendant laquelle bon nombre des règles actuellement prévues ne seront plus d'application (puisque supprimées) alors que les nouvelles règles prévues pour compenser cette suppression ne pourront pas être appliquées.

Il serait donc préférable selon la CWaPE de fixer l'entrée en vigueur du décret douze mois après sa publication au Moniteur belge sans prévoir de délai de mise en conformité après cette entrée en vigueur. Il n'existera ainsi pas de période pendant laquelle les GRD pourront potentiellement agir comme ils le souhaitent ».

Conformément à l'article 23, alinéa 3, du décret « Gouvernance des GRD », la CWaPE remettra, pour le 1^{er} décembre 2019, un rapport au Gouvernement sur le niveau d'implémentation par les GRD et leurs filiales des prescriptions de ce décret.

Dans le cadre de la préparation de ce rapport, de même que dans le cadre d'une éventuelle révision des tarifs de RESA en vue de prendre en compte la réforme de sa structure, la CWaPE sera attentive à ce que RESA démontre que l'option retenue par l'actionariat de RESA en ce qui concerne la future structure organisationnelle du gestionnaire de réseau de distribution, a été choisie dans l'intérêt de ses utilisateurs du réseau de distribution et permette que le GRD puisse continuer à respecter l'ensemble de ses obligations légales. La CWaPE rappelle qu'en date du 29 mai 2018, les revenus autorisés des secteurs gaz et électricité soumis par la SA RESA pour la période 2019-2023, ont été approuvés et que ceux-ci ont été établis en tenant compte d'une législation constante notamment en matière d'une poursuite des activités régulées du gestionnaire de réseau de distribution sous la forme organisationnelle de RESA sa telle qu'opérationnelle en 2017 ainsi qu'en matière de rémunération des fonctions dirigeantes.

3. CHAPITRE 3 : MISE EN CONFORMITE DES ORGANES DE GESTION

3.1. Recommandations de la Commission d'enquête

Le titre 7.1.5 du rapport de la Commission d'enquête PUBLIFIN abordait la problématique de l'indépendance de RESA, tant au regard des activités menées par le groupe PUBLIFIN dans la production et la fourniture d'énergie qu'au regard de la composition des organes de gestion.

La Commission concluait à ce sujet qu'il n'y avait aucun administrateur indépendant au sein du Conseil d'administration de RESA, en violation des articles 13 et 15 de l'AGW du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux, des articles 12 et 6 du décret électricité et des articles 13 et 17 du décret gaz.

La Commission recommandait, par conséquent, de :

- « Désigner au sein du Conseil d'administration et des autres organes de gestion de RESA des administrateurs siégeant exclusivement au sein de PUBLIFIN et des administrateurs et des experts indépendants conformément aux législations en vigueur (en particulier, aux articles 2, 20° et 7ter du décret électricité et aux articles 13 et 15 de l'AGW du 22 novembre 2002 [lire 21 mars 2002] relatif aux gestionnaires de réseaux) » ;
- « Garantir intégralement pour les administrateurs et les cadres dirigeants des GRD l'incompatibilité avec tout emploi ou mandat au sein d'une entreprise de production ou de fourniture d'énergie, en ce compris en qualité de représentant d'une personne morale » ;
- « Vérifier l'indépendance de RESA, en particulier ses organes de gestion, au regard de l'article 26 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, au regard des articles 12 et 16 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et au regard de l'AGW du 21 mars 2002 ».

3.2. Contrôle réalisé par la CWaPE

Le 1^{er} mars 2018, à l'occasion de son rapport réalisé suite au contrôle du respect des règles d'indépendance, d'organisation et de protection des données confidentielles par RESA (CD-18c01-CWaPE-0041), la CWaPE a notamment constaté (section 7 du rapport) :

- que, 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, siégeaient encore à la fois au sein du Conseil d'administration de NETHYS et de celui de RESA. La CWaPE a pris bonne note de cette évolution mais a relevé que, pour les trois administrateurs cités, l'indépendance ne pouvait être constatée compte tenu de cette double casquette ;
- l'absence d'organe émanant du Conseil d'administration, composé exclusivement d'administrateurs indépendants et compétents pour la préparation des décisions relatives aux tâches stratégiques et confidentielles ;
- en ce qui concerne l'indépendance des membres du Comité de direction de RESA, que « 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 ».

- en ce qui concerne le Comité d'audit, qu'il n'était pas établi qu'il y siège au moins un administrateur pouvant être qualifié d'expert indépendant (condition imposée par l'article 7ter 7°, du décret électricité).

La CWaPE a, par conséquent, demandé à RESA de se mettre en conformité en prenant les **douze mesures suivantes, nécessaires pour une mise en conformité de ses organes de gouvernance** :

1. Introduction de la notion d'administrateur indépendant dans les statuts (l'article 16, § 1^{er}, du décret électricité et l'article 10 de l'arrêté du 21 mars 2002 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^{er}, 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^{er}, 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 du 21 mars 2002) ;
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 du 21 mars 2002 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 du 21 mars 2002) ;
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 du 21 mars 2002) ;
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 du 21 mars 2002 ;
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.

La CWaPE a en outre demandé à RESA de lui communiquer le calendrier selon lequel elle entendait se conformer aux injonctions contenues dans le rapport.

3.3. Décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018

Le 9 mai 2018, le Parlement wallon a, dans la continuité des recommandations faites par la Commission, adopté un décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz (décret « Gouvernance des GRD »). Ce décret, daté du 11 mai 2018 et publié au *Moniteur Belge* en date du 28 mai 2018, renforce le caractère contraignant et indiscutable des réformes recommandées au sein de RESA. Les mesures suivantes ont ainsi été adoptées :

- Clarification de la définition d'administrateur indépendant en visant toutes les personnes physiques qui siègent au Conseil d'administration, indépendamment du fait qu'elles y représentent éventuellement une personne morale (modification apportée à l'article 2, 20°, du décret électricité) ;
- Interdiction de détention directe ou indirecte de parts d'un GRD par un producteur, fournisseur, intermédiaire ou toute autre société liée ou associée (à l'exception des pouvoirs publics et des IPF) (nouvel article 7, alinéa 1^{er}, 3°, du décret électricité), ce qui garantit complètement l'indépendance des GRD à l'égard des producteurs, fournisseurs ou intermédiaires autres que publics. Pour ces derniers, il est prévu que, « *si des parts représentatives du capital social du gestionnaire du réseau de distribution sont détenues divisément par des pouvoirs publics détenant directement ou indirectement des participations dans le capital social d'un producteur, fournisseur ou intermédiaire, les statuts du gestionnaire du réseau de distribution empêchent que l'un de ces actionnaires puisse individuellement, directement ou indirectement, rejeter, bloquer ou imposer une décision ou faire obstacle à une prise de décision* » (nouvel article 7, alinéa 1^{er}, 5°, du décret électricité) ;
- Obligation, pour le Conseil d'administration, d'être composé exclusivement d'administrateurs indépendants (nouvel article 7, alinéa 1^{er}, 4°, du décret électricité) ;

Un délai a toutefois été laissé aux GRD pour se conformer à ces nouvelles mesures, et ce jusqu'au 1^{er} juin 2019.

3.4. Statut des recommandations de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

Suite au rapport précité de la CWaPE, RESA a fait part, par courrier du 30 mars 2018, du calendrier envisagé pour mettre en œuvre les mesures demandées par la CWaPE et les réformes rendues nécessaires par le décret « Gouvernance des GRD », alors en cours d'adoption.

Par ce courrier, RESA annonçait avoir l'intention de :

- renouveler le Conseil d'administration le 26 avril 2018 ;
- renouveler les Comités spécialisés ;
- créer un Comité de Gouvernance ;
- mettre en place, dans un délai de deux à trois mois, un code de gouvernance et des règlements d'ordre intérieur ayant pour vocation, notamment, de clarifier les fonctions des différents organes et comités de RESA.

Comme indiqué dans le chapitre 1^{er}, le renouvellement du Conseil d'administration a toutefois finalement été postposé et devrait intervenir au plus tard le 30 juin 2018. Le renouvellement des Comités spécialisés a donc également été postposé puisqu'il aura lieu dans la foulée.

Le 12 juin 2018, RESA précisait en outre que :

- la mise en place d'un code de gouvernance et de règlements d'ordre intérieur était toujours en cours de préparation et que ce sujet serait traité en priorité par le nouveau Conseil d'administration ;
- le nouveau Conseil d'administration procéderait à une modification des statuts afin de se conformer aux dispositions décrétales, soit à l'occasion de la transformation de RESA en intercommunale, soit avant, si la CWaPE l'exige.

Au 12 juin 2018, le Conseil d'administration de RESA était donc toujours composé comme suit :

- COMPAGNIE DU MONTY SA, représentée par Monsieur Pierre MEYERS ;
- NETHYS SA, représentée par Monsieur Stéphane MOREAU ;
- Monsieur Pol GUILLAUME ;
- Madame Josette MICHAUX ;
- Madame Denise LAURENT ;
- Monsieur Pierre STASSART.

4. CHAPITRE 4 : EMPRUNT OBLIGATAIRE ET CHARGES DE PENSION

4.1. Emission d'un emprunt obligataire « Emprunt James »

4.1.1. Recommandation de la Commission d'enquête

Le titre 7.1.4 du rapport de la Commission d'enquête PUBLIFIN abordait le risque de subsidiation croisée résultant de la structure du groupe PUBLIFIN. La Commission d'enquête PUBLIFIN pointait spécifiquement l'emprunt obligataire émis en juillet 2016 par la SA RESA et la réduction du capital de 250 millions d'euros qui en a suivi, au travers d'un remboursement en numéraire à ses actionnaires, les SA NETHYS et W.B.C.C.

Ainsi la Commission observait que :

« - La diminution de capital de 250 millions d'euros permet à RESA de transformer sa structure bilantaire et de diminuer ses fonds propres, ce qui améliore la rémunération du capital selon les paramètres définis par le régulateur. Il demeure par contre la question du remboursement en numéraire au bénéfice de NETHYS : en principe, les actionnaires publics (communes et province) auraient dû être consultés.

- Une juste application des articles 6 et 7 du Décret électricité (et des dispositions analogues du Décret gaz) aurait en effet impliqué la remontée des capitaux vers ces actionnaires publics ;

- Au contraire, la diminution de capital a été utilisée par NETHYS pour se diversifier dans ses secteurs non-régulés et concurrentiels. Ainsi, NETHYS a octroyé des avances de fonds à ELICIO dans le cadre de projets éoliens offshore en Mer du Nord. Les liquidités dégagées par la diminution de capital ont également permis l'acquisition de l'Intégrale, société d'assurances. Sans préjudice des enjeux posés en termes de respect de l'intérêt communal et de contrôle par la tutelle, les pouvoirs locaux auraient dû pouvoir délibérer de l'affectation de ces moyens et de tous les objets de la diversification ;

- L'emprunt obligataire a été conclu sous certaines conditions. »

A titre de recommandation sur cette thématique, la Commission d'enquête PUBLIFIN suggérait au Parlement de : **« Solliciter la CWaPE afin qu'elle procède effectivement à l'analyse des différents dispositifs de transferts financiers réalisés au sein du groupe dont RESA fait partie, notamment l'impact du projet « James », au regard de sa mission définie à l'article 43, §2, 16° du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, au regard des dispositions similaires prévues dans le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz et au regard de l'article 4, §2, 18° du décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de distribution de gaz et d'électricité et qu'elle veille au respect des décrets du 12 avril 2001 et 19 décembre 2002 dans leur intégralité ».**

4.1.2. Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

Le présent titre a pour objectif de répondre à la recommandation référencée 5a de la Commission d'enquête PUBLIFIN. Il est structuré de manière à détailler d'une part, l'émission de l'emprunt obligataire émis courant du mois de juillet 2016 (ci-après dénommé « emprunt James ») et son impact sur l'évolution de la structure bilantaire de la SA RESA d'autre part, les différents transferts financiers réalisés consécutivement à l'emprunt James et finalement les conséquences de la modification de la structure d'actionnariat du gestionnaire de réseau de distribution sur les obligations découlant de l'emprunt obligataire.

A la question de l'éventuelle présence de subsidiation croisée entre les activités de gestion des réseaux électriques et gaziers et les autres activités de la SA RESA résultant des transferts financiers ayant été réalisés suite à l'emprunt James, la CWaPE n'en a pas identifié. Il est à noter que RESA n'a pas été le seul gestionnaire de réseau de distribution à recourir à une réduction de capital suite à un emprunt. Ainsi par exemple la même année 2016, le gestionnaire de réseau de distribution ORES Assets procédait de manière similaire dans le cadre d'un

emprunt destiné à rembourser du capital aux IPF⁴ pour le rachat de parts d'Electrabel. Concernant l'analyse de l'utilisation faite du capital remonté par les actionnaires de la SA RESA, il est à souligner que cette requête excède le champ des missions du régulateur régional telles que visées par l'article 43, §2 du décret électricité du 12 avril 2001 et de l'article 36, §2 du décret gaz du 19 décembre 2002.

4.1.2.1. Evolution de la structure financière de la SA RESA et du cadre réglementaire

Au 31 décembre 2015, la structure financière de la SA RESA présentait un ratio d'endettement de l'ordre de 23% en ligne avec la politique de financement des activités régulées de distribution d'électricité et de gaz menée depuis des années par le gestionnaire de réseau de distribution liégeois à savoir, un financement majoritairement par fonds propres.

Les graphiques reprennent ci-après l'évolution de la structure financière et le *gearing* de la SA RESA pour les années 2014 et 2015. Il est à signaler que, l'apport de branche d'activité GRD Gaz ayant été réalisé courant de l'année 2015 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2015, seule l'activité GRD Electricité était reprise dans les comptes annuels 2014 de la SA RESA.

Figure 1 EVOLUTION DE LA STRUCTURE FINANCIERE DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2015

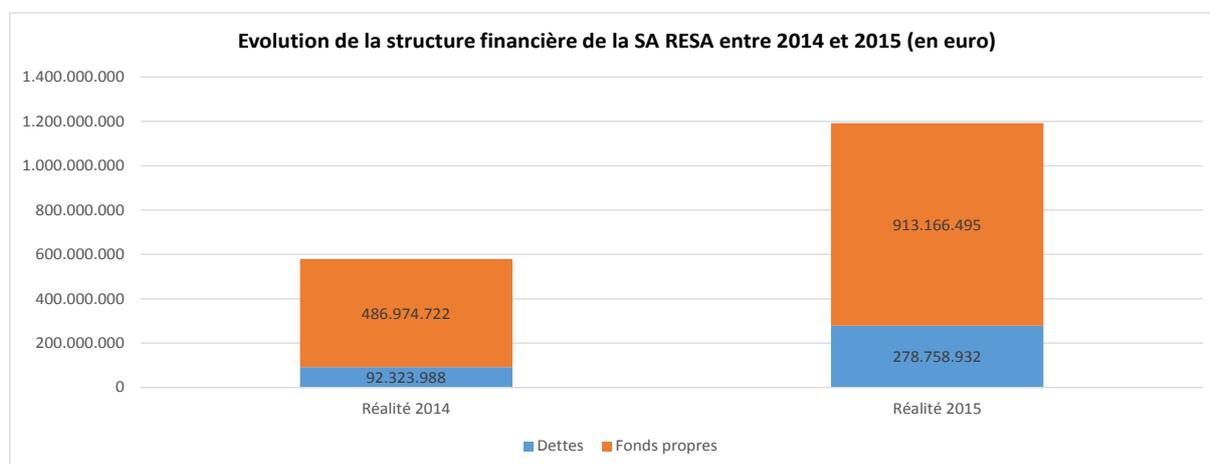
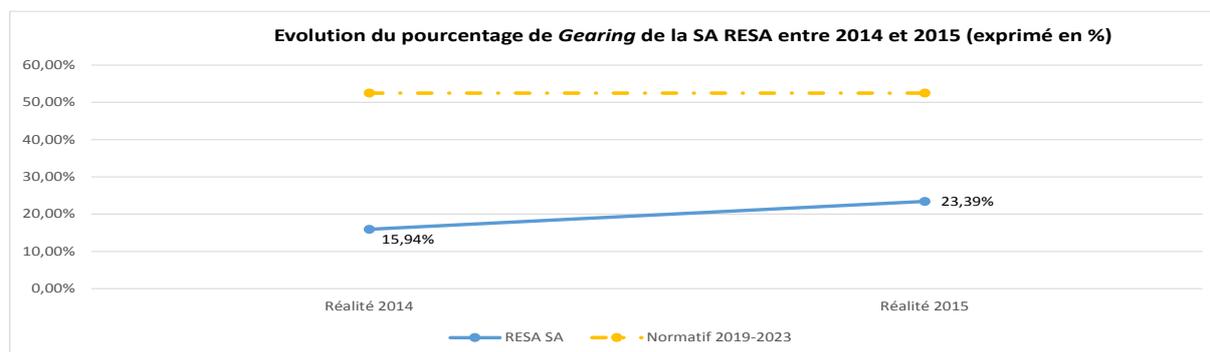


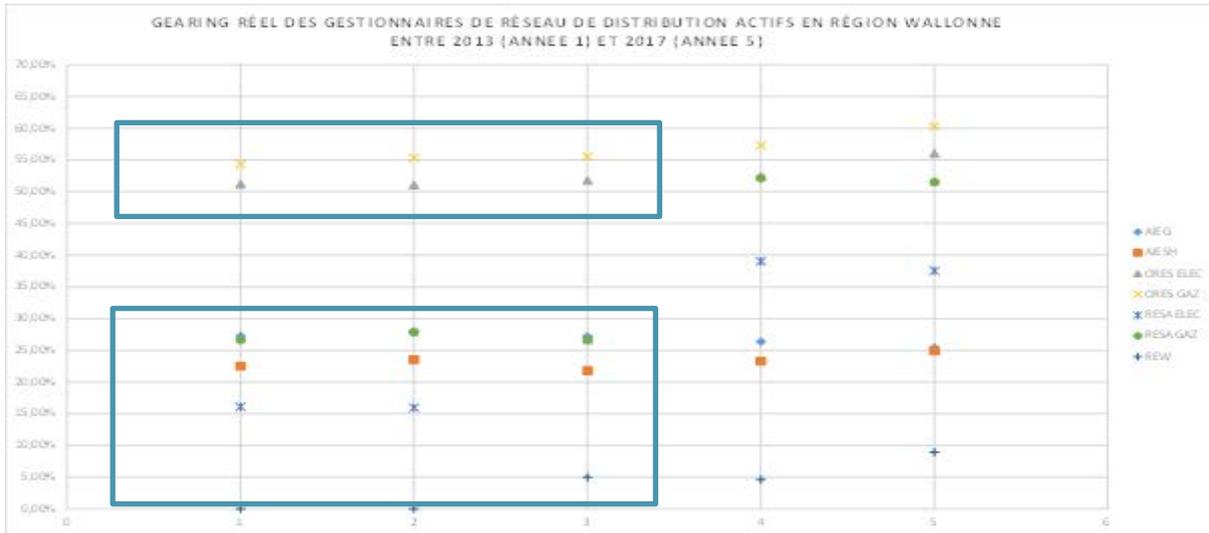
Figure 2 EVOLUTION DU POURCENTAGE DE GEARING DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2015



⁴ IPF = Intercommunales Pures de Financement

Dans le cadre du rapport de consultation inhérent à la méthodologie tarifaire 2019-2023, la CWaPE a publié un tableau comparatif des *gearing* propres aux opérateurs wallons pour les années 2013 à 2017. L'analyse des résultats a mis en évidence les grandes disparités relatives aux structures financières des opérateurs régulés en Wallonie. Ainsi, au 31 décembre 2015, les gestionnaires de réseau de distribution purs (dont RESA) présentaient un taux de *gearing* inférieur à 30% alors que les gestionnaires de réseau de distribution mixtes présentaient quant à eux un *gearing* variant entre 35% et 65% comme le montre le graphique suivant.

Figure 3 GEARING REEL DES GESTIONNAIRES DE RESEAU DE DISTRIBUTION ACTIFS EN REGION WALLONNE ENTRE 2013 ET 2017



Dans le cadre des travaux préparatoires de la méthodologie tarifaire 2019-2023, la CWaPE a confirmé, au travers de son acte préparatoire daté du 15 juillet 2015, sa volonté de mettre en œuvre un Coût Moyen Pondéré du Capital (CMPC ou WACC) pour rémunérer les actifs régulés des gestionnaires de réseau de distribution actifs en Région wallonne pour les prochaines périodes réglementaires. Un CMPC conventionnel qui rémunère à la fois les dettes et les fonds propres ayant servi au financement des activités du gestionnaire de réseau de distribution et qui s'applique à la base d'actifs régulés en vue d'en déterminer la hauteur de la marge bénéficiaire équitable autorisée.

L'introduction d'un CMPC conventionnel a pour objectif d'aligner la rémunération des actifs des gestionnaires de réseau de distribution wallons sur des pratiques couramment répandues en Europe et d'inciter ces derniers à optimiser le financement de leurs actifs régulés et ce, dans un contexte financier de réduction des taux d'intérêt et de moyens de recapitalisation limités pour les actionnaires à savoir, les pouvoirs locaux. Cette mise en œuvre est par ailleurs conforme aux dispositions décrétales visées à l'article 4, §2, 8°, du Décret tarifaire du 19 janvier 2017, qui précisent que : « la rémunération équitable des capitaux investis dans les actifs régulés permet au gestionnaire de réseau de distribution de réaliser les investissements nécessaires à l'exercice de ses missions et d'assurer l'accès aux différentes sources de financement de ses activités, le renouvellement et le développement des infrastructures. La rémunération équitable du capital investi assure aux associés ayant investi dans le réseau de distribution un taux de rendement stable et suffisant afin que le gestionnaire du réseau de distribution puisse faire face à ses obligations sur le long terme. Cette rémunération répond aux attentes du marché pour des activités présentant un profil de risque comparable. Les paramètres la définissant, y compris la structure de financement sont fixés conformément aux pratiques d'activités comparables dans les pays limitrophes ».

Pour la période réglementaire 2019-2023, la méthodologie tarifaire 2019-2023 fixe le CMPC à 4,053% ; pourcentage calculé sur la base d'un taux d'endettement normatif de 52,5% défini à partir d'un benchmark européen de ratios d'endettement employés par les régulateurs européens. Dans le cadre du rapport de consultation inhérent à la méthodologie tarifaire 2019-2023, la CWaPE a publié un tableau comparatif, repris ci-après, des *gearing* normatifs appliqués par les régulateurs européens montrant que le *gearing* moyen observé en Europe (entre 2011 et 2016) est de 52,51 % pour la distribution d'électricité et de 48,46 % pour la distribution de gaz.

Il est à noter que le calcul de ce ratio n'est pas directement une incitation du régulateur envers les gestionnaires de réseau de distribution à respecter ce pourcentage de *gearing* et ne peut être interprété comme tel ; il sert à calculer un CMPC conformément à un *gearing* qualifié de « normal » d'une société active dans la gestion de réseau de distribution. Comme évoqué précédemment, l'objectif poursuivi par la CWaPE est d'appliquer un même CPMC pour tous les gestionnaires de réseau de distribution actifs en Région wallonne ; ces derniers gardant leur liberté de fonctionnement et d'optimisation de leur financement.

Tableau 1 TABLEAU DE COMPARAISON DES GEARING NORMATIFS APPLIQUES PAR LES REGULATEURS EUROPEENS

Pays	Gearing (Distribution d'électricité)	Gearing (Distribution de gaz)
Autriche	60%	60%
République Tchèque	45,75%	38,48%
Allemagne	60%	60%
Estonie	50%	50%
Finlande	40%	40%
Royaume Uni	65%	65%
Hongrie	45%	40%
Irlande	55%	35%
Italie	44,40%	37,50%
Lituanie	60%	70%
Luxembourg	50%	50%
Pologne	50%	22,36%
Portugal	55%	50%
Slovénie	60%	60%
Suède	50%	47%
Pays Bas	50%	50%
Moyenne :	52,51%	48,46%
Moyenne (électricité + gaz) :	50,48%	

Finalement, ce nouveau principe réglementaire met fin aux règles d'application depuis 2008 en matière d'une part, d'*embedded costs* et d'autre part, de fixation de pourcentage de rendement individualisé par gestionnaire de réseau de distribution. Ainsi, jusqu'en 2018, les charges financières relatives aux dettes financières (ou *embedded costs*) sont qualifiées de charges non gérables et tout écart avec le budget préalablement établi est imputé aux utilisateurs de réseau de distribution. Quant au pourcentage de rendement appliqué aux actifs régulés, celui-ci est calculé individuellement sur la base du rapport entre la valeur moyenne des fonds propres et la valeur moyenne des actifs régulés de chaque gestionnaire de réseau de distribution.

4.1.2.2. Emission d'un emprunt obligataire

Le changement de principes réglementaires évoqué au titre précédent a amené les organes de gestion de la SA RESA à optimiser la politique de financement de ses actifs régulés dans un contexte de taux d'intérêt relativement bas. La CWaPE tient à nouveau à préciser qu'en la matière, cette décision relève pleinement de l'autonomie des instances décisionnelles de la société et que le régulateur régional ne peut intervenir dans la stratégie financière des gestionnaires de réseau de distribution. Le régulateur régional ne souhaite nullement imposer de structure bilantaire, il se doit simplement de vérifier que le gestionnaire de réseau de distribution est capable de financer ses missions telles que visées par l'article 11 du décret électricité du 12 avril 2001 et l'article 12 du décret gaz du 19 décembre 2002.

a) Emission obligataire

En juillet 2016, le Conseil d'administration de la SA RESA arrête les conditions et procède officiellement au placement d'un emprunt obligataire d'un montant de 500 millions d'euros en trois tranches à savoir :

1. 300 millions d'euros à un taux d'intérêt de 1% venant à l'échéance en 2026 ;
2. 130 millions d'euros à un taux d'intérêt de 1,65% venant à l'échéance en 2031 ;
3. 70 millions d'euros à un taux d'intérêt de 1,95% venant à l'échéance en 2036.

Le montant de 500 Mios EUR a été alloué au bilan du secteur électricité pour un montant de 165 Mios EUR et au bilan du secteur gaz pour un montant de 335 Mios EUR. Il est à noter que la tranche de 300 Mios EUR a été émise en dessous du pair générant une perte qualifiée par la SA RESA de perte à l'émission, pour un montant total de 2,151 Mios EUR activé par la SA RESA en tant que frais d'établissement et amortis en un an sur l'exercice d'exploitation 2016. La SA RESA n'a dès lors pas perçu 500 Mios EUR mais le montant exact de 497.849.000 EUR.

A la question de savoir si les formalités requises en vue de l'émission des obligations ont bien été respectées, l'avis d'un conseiller juridique mandaté par la CWaPE a conclu que : « *Prima facie, toutes les formalités requises en vue de l'émission des Obligations ont bien été accomplies. Nous notons que le Conseil d'administration de RESA a notamment conclu que l'opération était conforme à l'intérêt social de la société.* »

b) Utilisation des montants perçus

En vue d'assurer l'indépendance de la SA RESA vis-à-vis de PUBLIFIN et de Nethys les montants de l'emprunt obligataire ont été utilisés dans un premier temps pour rembourser l'ensemble des dettes intra-groupes à long et à court terme. A l'analyse des mouvements de *cash* ayant été opérés après l'émission d'emprunt obligataire, les remboursements suivants ont été réalisés :

- **Le remboursement à la SA Nethys, d'une dette intra-groupe à long terme octroyée par la SA NETHYS à la SA RESA pour un montant de 155,461 Mios EUR.**
Cette dette trouvait son origine dans un emprunt accordé par le secteur financier de l'ex-ALG (S5.2) au secteur GRD de l'ex-ALG (S5.1) ; un emprunt datant d'avant l'absorption de l'ex-ALG par l'ex-Tecteo. Lors de l'opération d'apport de branche du secteur gaz de PUBLIFIN SCiRL à la SA RESA au 1^{er} janvier 2015, la dette a été portée au bilan de la SA RESA tandis que le prêt a quant à lui été porté au bilan de la SA Nethys. La charge annuelle d'intérêt supportée par le gestionnaire de réseau de distribution versées à la SA Nethys était valorisée en 2015 à 3,8 Mios EUR et correspondait à l'application d'un taux d'intérêt composé IRS ASK 10 ans + 160 PB.
- **Le remboursement à la SA Nethys, de la quote-part de la SA RESA dans la dette intra-groupe à long terme de la SCiRL PUBLIFIN vis-à-vis de la société OGEO FUND OFP, pour un montant de 69,407 Mios EUR.**
Cette dette avait été constituée dès l'année 2010 suite au préfinancement par la société OGEO des cotisations ONSSAPL du personnel statutaire de PUBLIFIN. A cette dette sont venus également s'ajouter les intérêts n'ayant pas fait l'objet non plus de paiement par l'intercommunale. Si cette dernière a repris le paiement des cotisations ONSSAPL dès 2015, PUBLIFIN SCiRL avait une dette financière de l'ordre de 82,127 Mios EUR vis-à-vis du fonds de pension OGEO à fin 2015 et portée à 84 Mios EUR à fin juin 2016. Au moment des apports de branche d'activité, la dette OGEO de PUBLIFIN SCiRL n'a pu être transférée à la SA RESA dans la mesure où le personnel statutaire est resté dans l'intercommunale PUBLIFIN. La charge de cette dette a toutefois été supportée par les différentes sociétés du groupe (refacturation par PUBLIFIN) en fonction de la quote-part des statutaires présents dans les différentes activités du groupe (RESA/VOO/Autres). Pour la SA RESA, la charge financière inhérente à cette dette a été valorisée en 2015 à 2,2 Mios EUR (secteurs gaz et électricité) et correspondait à l'application d'un taux d'intérêt de l'ordre de 3,25%, à savoir un taux correspondant au taux garanti des Assurances.
- **Le remboursement à la SCiRL PUBLIFIN, d'un montant reçu erronément de la CILE (Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux) et destiné à la SCiRL PUBLIFIN pour un montant de 10,055 Mios EUR.**
Ce montant correspondait au remboursement par la CILE de l'ancienne souscription de PUBLIFIN au capital « D » de la CILE, souscription convertie en autres dettes à un an au plus au 31.12.2015 et complètement remboursée au 30 juin 2016.

Dans un second temps, les comptes inter-sociétés à court terme ont été clôturés amenant **la SCiRL PUBLIFIN et la SA Nethys à verser à la SA RESA respectivement un montant de 8,522 Mios EUR et de 17,376 Mios EUR.**

Dès 2015, un système de *cash pooling* entre les entités du groupe (Nethys, RESA, PUBLIFIN, Finanpart et WBCC) avait été implémenté pour permettre de niveler périodiquement les soldes des différents comptes bancaires. Ainsi, tous les soldes débiteurs ou créditeurs des comptes participants étaient ramenés à zéro de façon journalière via un transfert vers un compte principal centralisateur (si solde créditeur) ou une compensation au départ du compte principal centralisateur (si solde débiteur). Les intérêts étaient calculés en fonction des mouvements journaliers sur la base du taux Euribord 1 mois + 40 PB (en 2015 et 2016).

Dans un troisième temps, les émissions ont conduit la SA RESA à procéder à **une réduction de son capital pour un montant total de 250 Mios EUR au travers un remboursement en numéraire à ses actionnaires, à savoir la SA Nethys (99.9%) et la SA W.B.C.C.** Cette réduction de capital a été validée par l'Assemblée générale extraordinaire du 20 juillet 2016 et ce, moyennant respect des conditions visées par les articles 612 et 613 du Code des sociétés. Les résolutions unanimes du Conseil d'administration datées du 13 juillet 2016 spécifiaient notamment en leur titre 2 (ii) que:

« Le Conseil d'administration confirme à l'unanimité que les résolutions ci-dessous sont adoptées dans le prolongement, d'une part, de la décision prise par le Conseil d'administration du 10 juin 2016 concernant le lancement d'un emprunt obligataire (projet « James ») et d'autre part, des différentes sessions d'information et rencontres formalisées avec les investisseurs sur les places financières. La réduction de capital susvisée aura pour effet d'adapter le ratio fonds propres/dettes aux normes qui seraient édictées par le Régulateur en vue de déterminer le nouveau cadre réglementaire applicable dès la période tarifaire pluriannuelle 2018-2022 ».

Finalement, l'émission obligataire a également amené la SA RESA à mettre en place une stratégie de *Ring-fencing* destinée d'une part, à assurer l'indépendance de la SA RESA sur le plan financier et d'autre part, à rassurer les investisseurs sur les éventuels besoins en *cash* de ses actionnaires. En pratique, cette stratégie s'est traduite par trois actions concrètes à savoir :

1. La limitation des dividendes versés à l'actionnariat fixée à hauteur de 60% du résultat net: le solde étant affecté à la réserve légale et au bénéfice reporté ;
2. La mise en place d'une ligne de crédit de 30 millions d'euros pour une durée de trois ans (échéance 30.06.2019) ;
3. L'arrêt de la participation de RESA au système de *Cash pooling* entre les entités du groupe et ce, jusqu'au 30 juin 2016.

A la question d'une éventuelle présence de subsidiation croisée entre les activités de gestion des réseaux électriques et gaziers et les autres activités de la SA RESA résultant des transferts financiers ayant été réalisés consécutivement à l'emprunt James, la CWaPE n'en a pas identifié à l'examen des remboursements des dettes intra-groupes cités ci-avant et du remboursement en numéraire opéré suite à la réduction du capital de la SA RESA.

c) Valorisation des charges d'intérêt inhérentes à l'emprunt obligataire

Pour l'exercice d'exploitation 2016, le montant des charges financières pris en charge a été valorisé à 2,9 Mios EUR dont 0,953 Mio EUR pour le secteur électricité et 1,935 Mios EUR pour le secteur gaz. Le tableau ci-après reprend l'évolution du montant des charges d'intérêt qui seront prises en charge annuellement entre 2016 et 2036; dernière année de l'emprunt obligataire d'une durée de 20 ans.

Tableau 2

EVOLUTION DES CHARGES D'INTERÊT DE L'EMPRUNT OBLIGATAIRE PAR TRANCHE

en EUR Année	Charges d'intérêt				charges d'intérêt ELEC			charges d'intérêt GAZ			Total
	Bond 10y	Bond 15y	Bond 20y	Total	Bond 10y	Bond 15y	Bond 20y	Bond 10y	Bond 15y	Bond 20y	
2016	1.331.507	952.027	605.836	2.889.370	439.397	314.169	199.926	892.110	637.858	405.910	2.889.370
2017	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2018	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2019	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2020	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2021	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2022	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2023	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2024	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2025	3.000.000	2.145.000	1.365.000	6.510.000	990.000	707.850	450.450	2.010.000	1.437.150	914.550	6.510.000
2026	1.668.493	2.145.000	1.365.000	5.178.493	550.603	707.850	450.450	1.117.890	1.437.150	914.550	5.178.493
2027		2.145.000	1.365.000	3.510.000	0	707.850	450.450	0	1.437.150	914.550	3.510.000
2028		2.145.000	1.365.000	3.510.000	0	707.850	450.450	0	1.437.150	914.550	3.510.000
2029		2.145.000	1.365.000	3.510.000	0	707.850	450.450	0	1.437.150	914.550	3.510.000
2030		2.145.000	1.365.000	3.510.000	0	707.850	450.450	0	1.437.150	914.550	3.510.000
2031		1.192.973	1.365.000	2.557.973	0	393.681	450.450	0	799.292	914.550	2.557.973
2032			1.365.000	1.365.000	0	0	450.450	0	0	914.550	1.365.000
2033			1.365.000	1.365.000	0	0	450.450	0	0	914.550	1.365.000
2034			1.365.000	1.365.000	0	0	450.450	0	0	914.550	1.365.000
2035			1.365.000	1.365.000	0	0	450.450	0	0	914.550	1.365.000
2036			759.164	759.164	0	0	250.524	0	0	508.640	759.164

d) Valorisation des frais d'établissement inhérents à l'emprunt obligataire

Les frais d'établissement liés à cette émission obligataire ont été valorisés à 3,6 Mios EUR et portés à l'actif de la SA RESA au cours de l'exercice d'exploitation 2016. Ces frais ont été ventilés entre les secteurs gaz et électricité sur la base d'un ratio Elec/Gaz de 33%/67% correspondant à la ventilation de l'emprunt obligataire (à savoir, 165 Mios EUR pour le secteur électricité et 335 Mios EUR pour le secteur Gaz).

Parmi les frais d'émission, il y a lieu de citer notamment les honoraires d'avocats, les commissions bancaires, les frais liés à l'agence de notation mais également une prime valorisée à 2,151 Mios EUR résultant de l'émission en dessous du pair de la tranche de 300 Mios EUR et qualifiée par la SA RESA de « Perte à l'émission ».

Le tableau ci-après reprend la ventilation des frais d'établissement par nature de charge activés au cours de l'exercice d'exploitation 2016:

Tableau 3 FRAIS D'EMISSION LIES A L'EMPRUNT JAMES

Frais émission d'emprunt			
	ELEC	GAZ	Total
Perte à l'émission	709.830	1.441.170	2.151.000
Commission banques	247.500	502.500	750.000
Honoraires avocats	54.277	110.199	164.476
Frais Euronext	866	1.759	2.625
Honoraires PwC	7.920	16.080	24.000
Agences de notation	166.469	337.982	504.450
ING roadshow	7.188	14.593	21.781
TOTAL	1.194.050	2.424.282	3.618.332

La CWaPE a été particulièrement attentive à la comptabilisation de ces frais d'établissement dans le cadre de l'analyse des soldes rapportés pour l'exercice d'exploitation 2016 des secteurs gaz et électricité de la SA RESA.

Ainsi, la SA RESA applique une durée d'amortissement d'un an sur les frais d'établissement activés au cours de l'exercice d'exploitation 2016. La CWaPE est toutefois d'avis que cette prise en charge totale de ces frais sur l'année d'acquisition est défavorable aux utilisateurs de réseau de distribution, puisque, avant 2019, ces frais sont considérés comme non-gérables et viennent donc augmenter le tarif du gestionnaire de réseau de distribution, et au contraire à partir de l'année 2019, conformément à la méthodologie tarifaire applicable, ces frais font partie intégrante de la rémunération équitable du GRD et n'impact donc plus les tarifs à la hausse. Par conséquent, la prime qualifiée de « perte à l'émission » par RESA et de « prime de remboursement » par la CWaPE aurait dû, selon le régulateur régional, être assimilée à un complément de charge d'intérêt, et être amortie sur la durée de l'emprunt. Selon cette même logique, un prorata de cette prime aurait dû être

comptabilisé, au cours de chaque exercice, sous un compte du PCMN 6500 ; ce prorata étant calculé sur une base actualisée ou linéaire. De surcroît, la méthodologie tarifaire 2019-2023 prévoit dans le calcul du pourcentage de rendement autorisé un pourcentage forfaitaire de 0.15 points de base complémentaire pour les frais de transaction liés aux emprunts émis par les gestionnaires de réseau de distribution.

Questionnée par la CWaPE, la SA RESA a dûment motivé les écritures comptables notamment en se basant sur la référence doctrinale « *De Lembre, E., Vander Linden, M., Mercier, S., & De Kimpe, A. (2018). Principes de comptabilisation. Bruxelles: Editions Wolters Kluwer* » qui prévoit que la perte à l'émission soit reprise en frais d'établissement à l'actif du bilan et d'autre part sur la réalité économique suivante :

- la perte à l'émission a un caractère définitif au moment de l'émission tandis que la prime de remboursement se construit au fil du temps pour être définitive au moment du remboursement ;
- En cas de novation de débiteur, le nouveau débiteur continuera à constituer la prime de remboursement après la novation alors que la perte à l'émission aura déjà été reconnue dans le chef du premier débiteur;
- En cas de remboursement anticipé (quelle qu'en soit la raison), la valeur de remboursement sera la valeur nominale et non à une valeur intermédiaire entre la valeur nominale et la valeur d'encaissement.

Le gestionnaire de réseau de distribution a en outre rappelé que le régulateur régional n'avait pas fixé de taux d'amortissement pour les frais d'émission au travers de sa méthodologie tarifaire 2015-2016 et que le taux appliqué par la SA RESA était conforme aux règles d'évaluation fixées et appliquées historiquement par la société.

Afin de disposition d'un avis neutre sur les dispositions légales inhérentes aux principes de comptabilisation des frais, des primes d'émission et des pertes à l'émission liés à un emprunt obligataire, la CWaPE a récemment interrogé la Commission des Normes Comptables (CNC) sur l'interprétation des textes légaux encadrant cette opération financière.

4.1.2.3. Situation financière de la SA RESA après l'opération financière

A la question de savoir quel a été l'impact de l'émission obligataire sur la situation financière du gestionnaire de réseau de distribution RESA, la CWaPE apporte les éléments de réponses suivants.

a) Evolution du ratio d'endettement

Concernant la situation financière du gestionnaire de réseau de distribution RESA, le *gearing* de la SA RESA a augmenté entre 2015 et 2016 pour atteindre 45,81% à fin 2016.

Figure 4 EVOLUTION DE LA STRUCTURE FINANCIERE DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2016

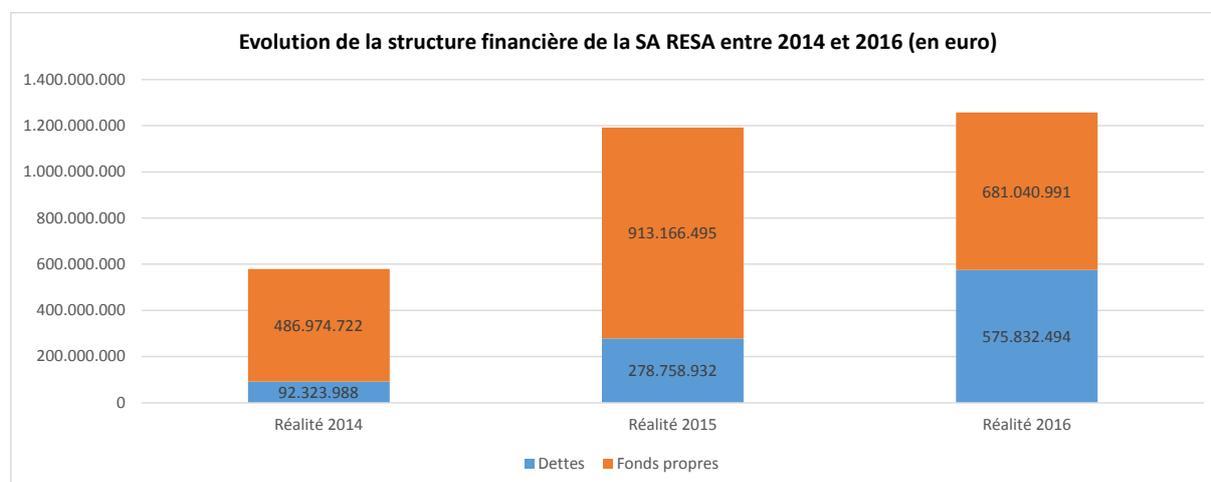
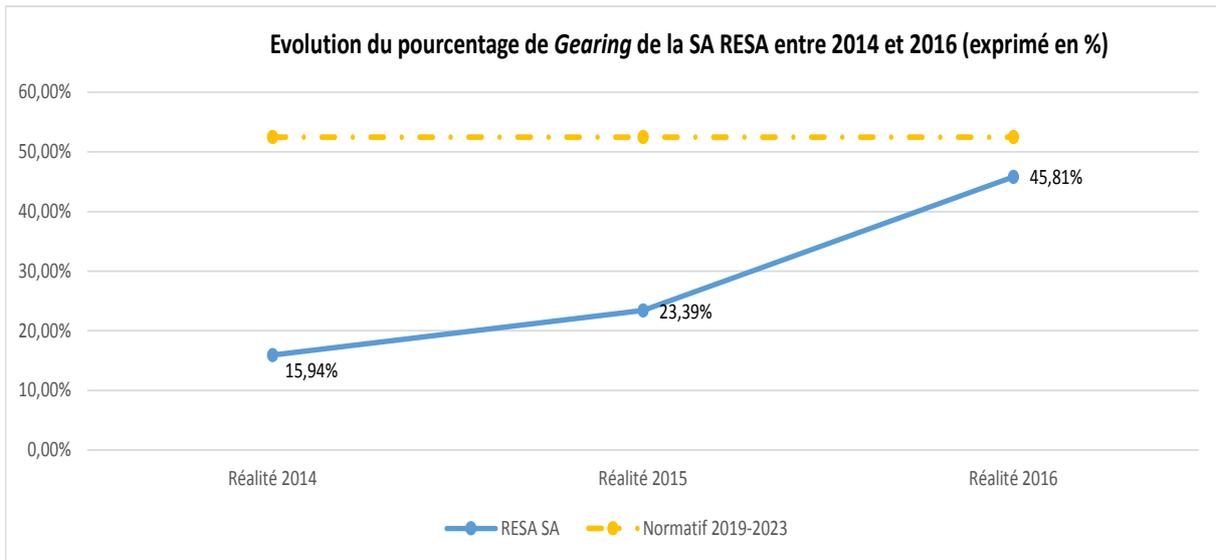


Figure 5 EVOLUTION DU POURCENTAGE DE GEARING DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2016



Sur la base des données prévisionnelles communiquées par la SA RESA dans le cadre de ses propositions tarifaires pour la période régulatoire 2019-2023, l'évolution du *Gearing* pour la période 2019 à 2023 devrait rester relativement stable voire présenter une légère décroissance résultant de l'augmentation des fonds propres par le maintien en bénéfice reporté de 40% des résultats nets de la société compensée par une croissance des dettes financières à moins d'un an comme le montrent les graphiques suivants.

Figure 6 EVOLUTION PREVISIONNELLE DU GEARING DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023

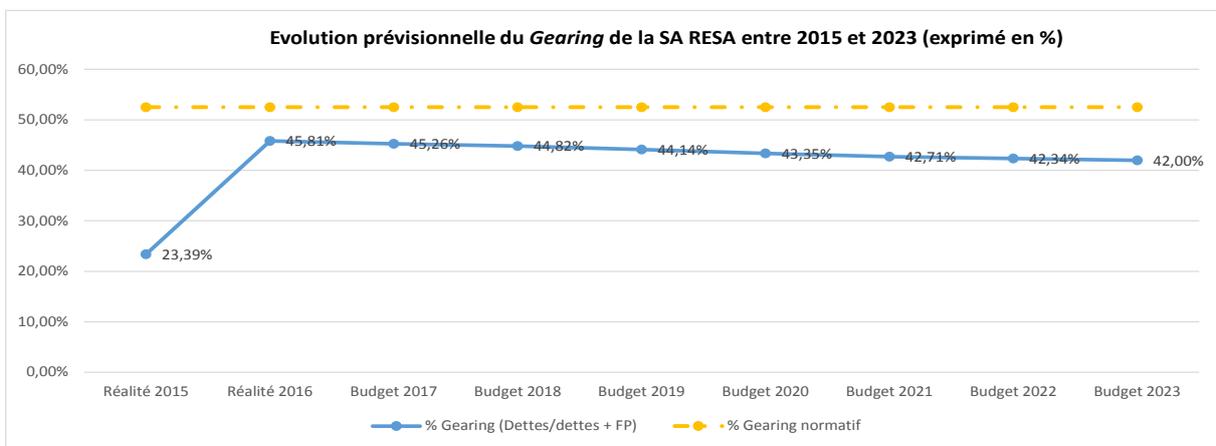


Figure 7 EVOLUTION PREVISIONNELLE DE LA STRUCTURE FINANCIERE DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023

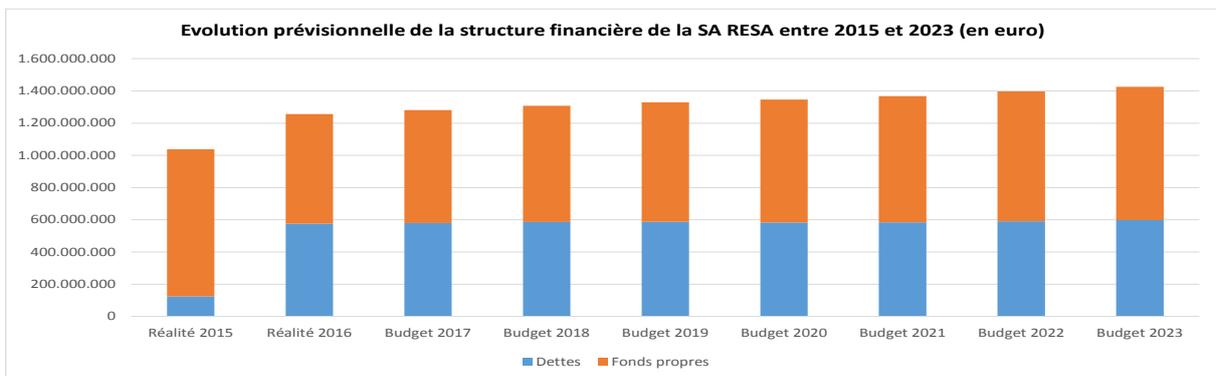


Figure 8 EVOLUTION PREVISIONNELLE DE LA STRUCTURE DES FONDS PROPRES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023

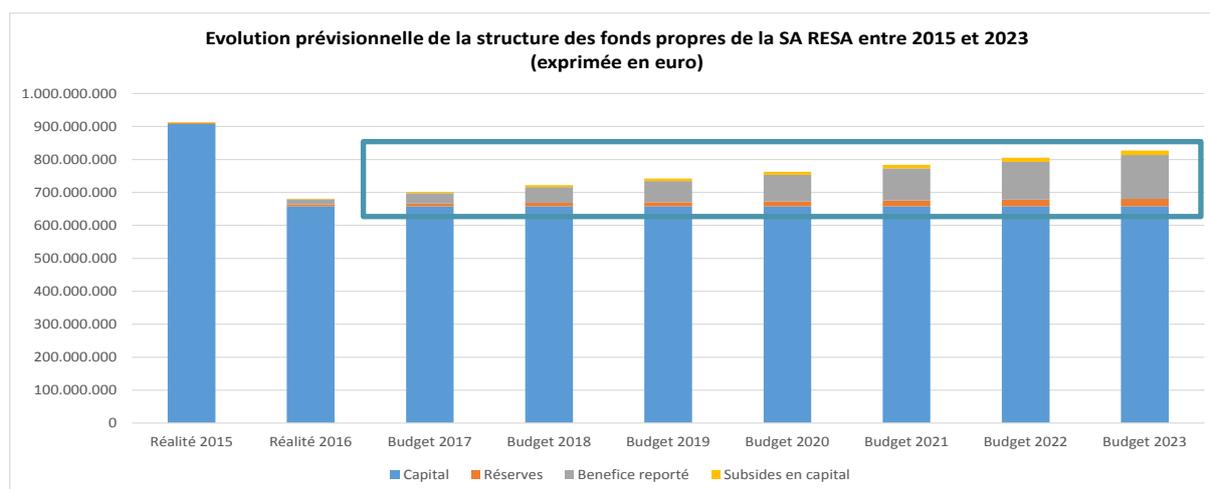
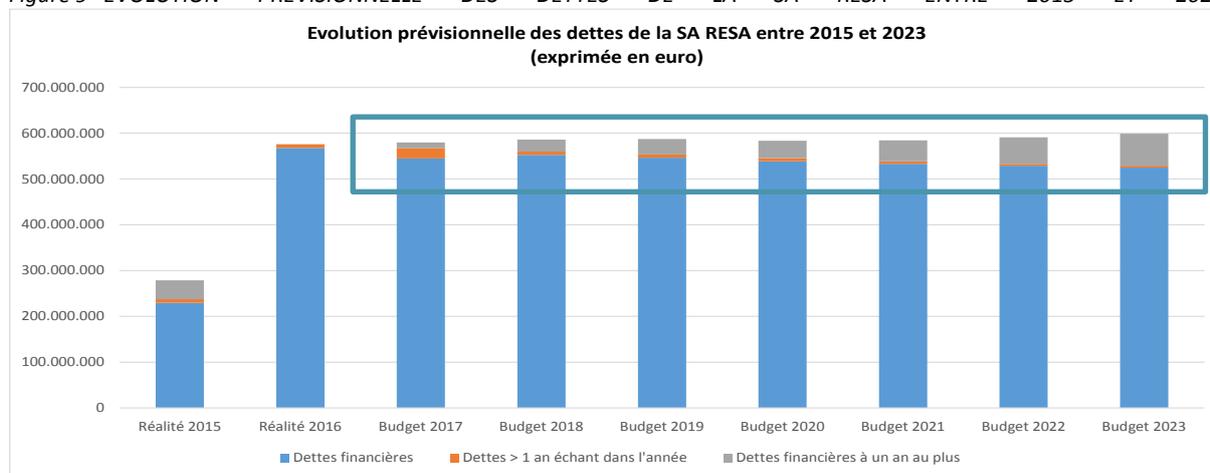


Figure 9 EVOLUTION PREVISIONNELLE DES DETTES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023



A l'examen de l'évolution du ratio d'endettement, force est de constater que la structure financière du gestionnaire de réseau de distribution RESA a évolué au cours de l'année 2016 pour atteindre un niveau comparable au *gearing* moyen observé en Europe.

Toutefois, comme évoqué précédemment, cette évolution a été favorisée par l'adoption de nouveaux principes réglementaires encourageant les gestionnaires de réseau de distribution actifs en Région wallonne à optimiser le financement de leurs actifs régulés et ce, dans un contexte financier des taux d'intérêt bas sur les marchés.

En outre, il y a lieu de souligner que cette évolution a également permis de réduire dès 2016 les disparités observées en matière de structure financière des deux principaux opérateurs régulés en Wallonie.

Figure 10
2013 ET 2017

GEARING REEL DES GESTIONNAIRES DE RESEAU DE DISTRIBUTION ACTIFS EN REGION WALLONNE ENTRE



b) Notation A2 de la SA RESA par Moody's

En date du 1^{er} juillet 2016, la société Moody's Investors Service (Moody's) publiait le *first-time rating* de la SA RESA valorisé à A2⁵ et motivait la notation⁶ comme suit :

« RESA's ratings are supported by the low-risk business profile of its monopoly of its regulated electricity and gas distribution network operations in the Walloon region of Belgium. These are underpinned by a relatively transparent and supportive regulatory framework, although the latter displays a short track record in the context of European peers due to the recent transfer of tariff setting responsibilities from the national to the regional regulator. Moody's further notes that there are uncertainties associated with the transition from the current cost-plus regulatory regime to an incentive-based framework from 2018. Nevertheless, the ratings take into account that the methodologies to set tariffs are designed to follow established principles comparable to other incentive-based framework in Europe, and the proposed five-year tariff period from 2018 will provide significant revenue visibility.

The ratings also reflect RESA's relatively modest leverage post-transaction for the sector and moderate investment requirements. In addition, Moody's expects that the company will maintain a conservative dividend policy, further supported by the restriction under the bond documentation to limit dividend distributions to 60% of net income. As a result, Moody's anticipates that RESA will maintain net debt/fixed assets (which is a close proxy for the Regulated Assets Base) around the 40% over the medium term.

These factors are balanced by RESA's exposure to the weaker credit quality of its direct parents, Nethys SA (Nethys), which is involved in higher-risk telecom and energy activities. This is partly mitigated by (1) the proposed bond covenant package which restrict distributions if RESA's leverage ratio (expressed as net debt to Regulated Assets Base) rises above 55% ; and (2) the benefits from the ultimate ownership by the Province of Liège and the other municipalities, which result in a conservative financial policy. Under the 2001 Walloon electricity and gas decrees, the share capital of a Distribution System Operator such a RESA must be held at least 70% by municipalities or provinces.”

⁵ Rated as upper-medium grade and low credit risk

⁶ Moody's Investors service - Global Credit Research – 01 Jul 2016

Ainsi, en matière de bonnes pratiques sur les marchés financiers, Moody's⁷ préconise un ratio de dette nette par rapport à l'actif régulé (= ratio de suivi) compris dans une fourchette entre 30% et 60% et ce, pour les ratings de type A, à savoir les ratings Aaa, Aa et A. Au 31 décembre 2016, la SA RESA présentait un ratio de dette nette sur actif régulé de 41,36%, soit dans la fourchette des ratings de type A. Sur la base des données prévisionnelles communiquées par le gestionnaire de réseau de distribution, ce ratio devrait rester aux alentours des 40% au cours de la période réglementaire 2019-2023.

Figure 11 EVOLUTION DU RATIO DETTES NETTES/ACTIFS REGULES DE LA SA RESA ENTRE 2014 ET 2016

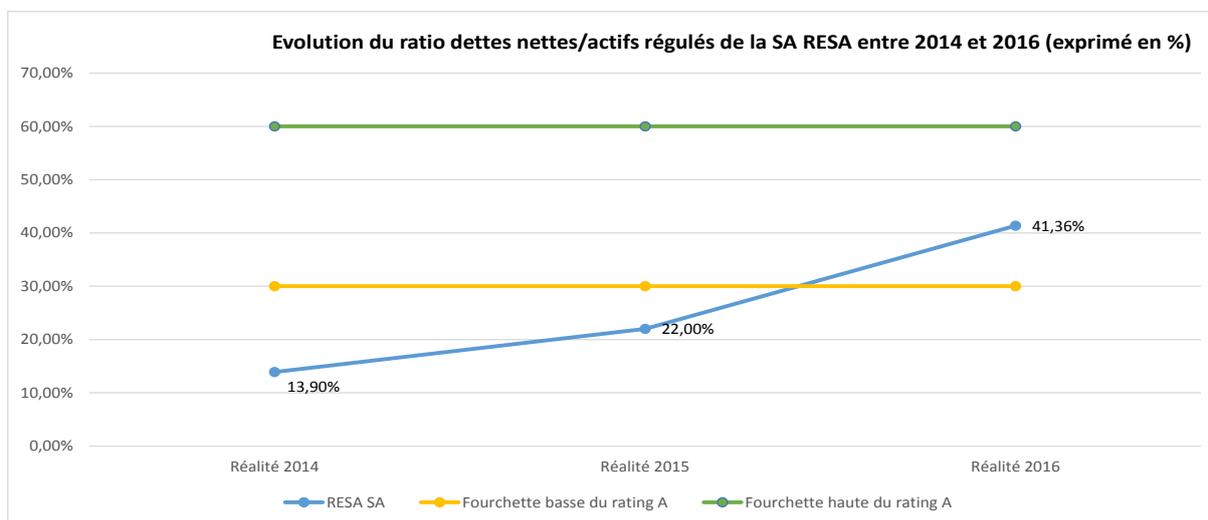
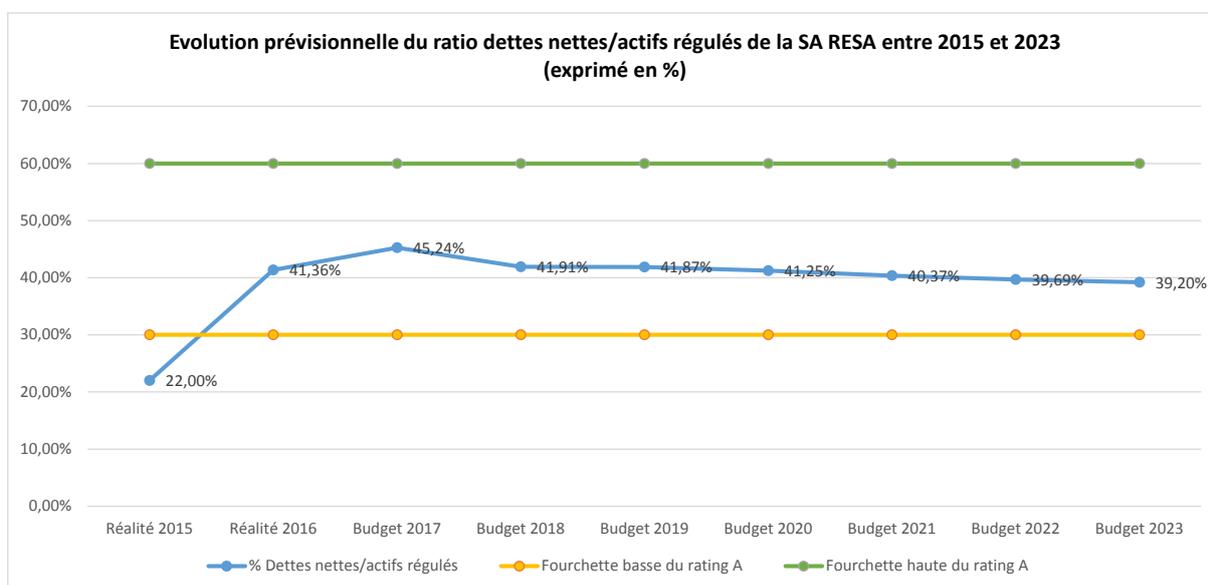


Figure 12 EVOLUTION PREVISIONNELLE DU RATIO DETTES NETTES/ACTIFS REGULES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2023

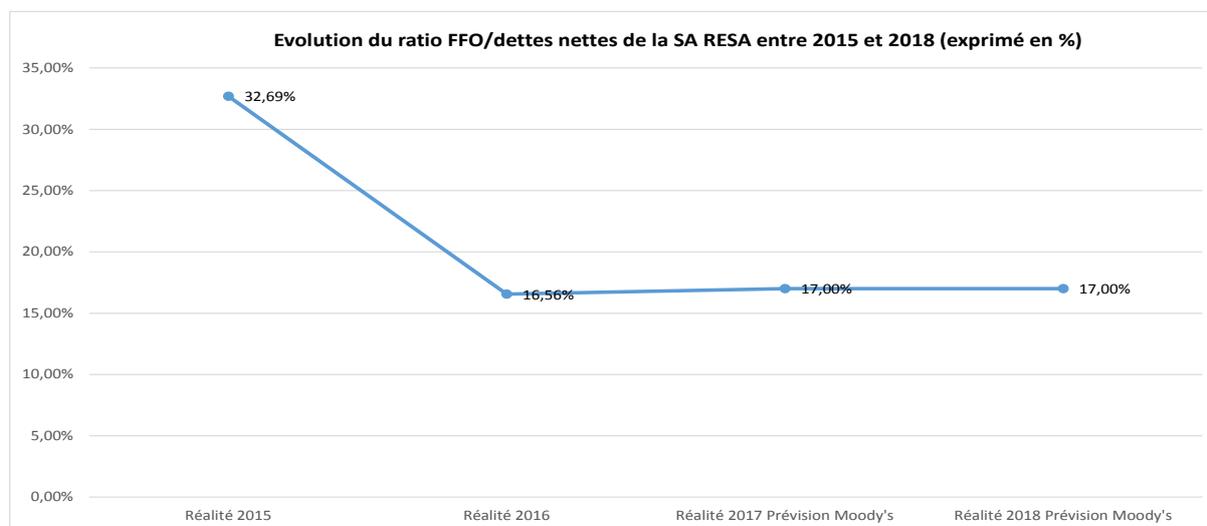


En date du 14 septembre 2017, Moody's confirmait le *rating* A2 pour la SA RESA. Toutefois au regard de la nouvelle méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution actifs en Région wallonne pour la période réglementaire 2019-2023 qui introduit entre autres une approche TOTEX sur les coûts, Moody's a adapté le ratio de suivi par le ratio FFO⁸ sur dettes nettes dont la valorisation pour la SA RESA au 31 décembre 2016 était de 16,6%.

⁷ Rating Methodology, Regulated Electricity and Gas networks, Moody's, 2014

⁸ Funds from Operations

Figure 13 EVOLUTION DU RATIO FFO/DETTES NETTES DE LA SA RESA ENTRE 2015 ET 2018



La motivation de la confirmation de la notation⁹ était exprimée comme suit :

« The rating action reflects Moody's expectation that RESA's ratio of funds from operations (FFO) to net debt is likely to remain broadly stable in 2017 and 2018 at around 16-17%, before strengthening from 2019 onwards as a result of the shift to the new tariff methodology. In particular, RESA will benefit from a lower cost of debt (c. 1.6% currently) than that embedded in the WACC set by the CWaPE (2.7%).

Moody's adds that RESA's dividend policy, which assumes a payout ratio of 60% based on the restriction included in the bond documentation, further support credit metrics in line with Moody's revised guidance for the current A1 ratings, which includes FFO/net debt in the mid-teens in the short term, rising into the high-teens by 2019 (both in percentage terms). The revised guidance (vs. a prior guidance based on net debt/RAB) reflect the characteristics of the new tariff methodology, notably the potential for a mismatch between regulatory and accounting depreciation.

Finally, RESA's ratings continue to be supported by (1) the low-risk profile of its monopoly regulated electricity and gas distribution network operations in the Walloon region, underpinned by a relatively transparent and supportive regulatory framework, and (2) moderate investments requirements. These factors are balanced by 1) the short track record of the regulatory framework in the Walloon region in the context of European peers due to the recent transfer of tariff setting responsibilities from the national to the regional regulator; and (2) RESA's exposure to the weaker credit quality of the group it belong to, Publifin SCiRL (Publifin), which is involved in higher-risk telecom and energy activities. "

La prochaine publication de la notation de la SA RESA est attendue pour le 2ème semestre 2018. Toutefois, Moody's a déjà défini les éléments qui pourraient générer une dégradation du *rating* du gestionnaire de réseau de distribution à savoir :

1. une dégradation du paramètre de suivi crédit (FFO/debt net);
2. la détérioration matérielle de la qualité de crédit du groupe Publifin ayant pour conséquence l'augmentation des charges financières additionnelles au niveau de la société mère ;
3. les retombées sur RESA de la révision de la *corporate governance* du groupe Publifin.

⁹ Moody's Investors service - Global Credit Research – 14 Sep 2017

Concernant ce dernier élément, les commentaires de Moody's publiés en date du 14 septembre 2017 se voulaient rassurants en la matière et précisait que : « *Moody's further notes the concerns that have arisen in past months in respect of the Publifin group's corporate governance. Moody's nevertheless believes that RESA's credit quality is partly insulated from that of Publifin by (1) the bond covenant package that restrict distribution if net debt/RAB is above 55%; and (2) the benefits from the ultimate ownership by the Province of Liège and the other municipalities, which results in a conservative financial policy. Under the 2001 Walloon electricity and gas decrees, the share capital of a DSO such as RESA must be held directly or indirectly at least 70% by entities governed by public law, which includes municipalities or provinces.* »

En conclusion, la notation de la SA RESA affirmée par Moody's (A2) confirme la santé financière du gestionnaire de réseau de distribution ainsi que le niveau de crédit relativement bas des obligations émises. Cette notation est soutenue par l'activité monopolistique de la gestion des réseaux de distribution de gaz et d'électricité en Région wallonne et d'un cadre réglementaire favorable. A titre d'information, cette notation est identique à celle obtenue par la Région wallonne et publiée par Moody's en date du 14 mars 2018.

4.1.2.4. Conséquences de la modification de la structure d'actionnariat de la SA RESA sur les obligations découlant des emprunts obligataires

Dans le cadre de la mise en conformité du gestionnaire de réseau de distribution SA RESA avec les dispositions du décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018, la question des conséquences directes et indirectes de la modification de la structure d'actionnariat de la société RESA SA sur les obligations découlant de l'emprunt obligataire, a été posée.

Plus précisément, la question susvisée portait sur les trois éléments suivants :

1. la portée de la Condition référencée 6.4 (Change of Control) et de la Condition référencée 11.1.5. (Reorganisation, Change of Business) des Conditions Générales des Obligations (Terms and Conditions of the Bonds) ;
2. l'applicabilité de ces clauses dans l'hypothèse où le changement d'actionnariat envisagé serait mis en œuvre ;
3. l'existence d'autres clauses de l'Information Memorandum qui pourraient être invoquées par les détenteurs d'obligations pour réclamer le remboursement des Obligations ou une augmentation des taux d'intérêts y relatifs au cas où la SA RESA changerait d'actionnariat.

Pour répondre à ces questions, la CWaPE a demandé l'avis d'un bureau d'avocat dont les éléments de réponses et argumentations sont repris ci-après. Les conclusions sont exposées dans l'hypothèse où la SA RESA deviendrait filiale directe de la SCiRL PUBLIFIN ; hypothèse confirmée par RESA au travers de son courrier daté du 30 mars 2018.

« La réorganisation envisagée de RESA n'est pas de nature à entraîner le déclenchement des dispositions applicables en cas de changement de contrôle car le contrôle final n'est pas modifié. Tant que le contrôle final reste exercé par PUBLIFIN, les dispositions en matière de réorganisation des activités ne permettent pas non plus aux Obligataires d'exiger le remboursement des Obligations. Enfin, pour autant que les dispositions relatives à l'actionnariat des GRD telles que contenues dans le Décret Electricité et dans le Décret Gaz soient respectées, un changement d'actionnariat à lui seul ne peut pas entraîner la perte de la qualité de GRD, ni dès lors constituer un Event of Default pouvant permettre aux Obligataires d'exiger le remboursement des Obligations. »

1. **Change of Control**

Concernant la portée de la clause « **Change of Control** » l'avis juridique expose que : « *Le Changement de Contrôle (Change of Control) est défini comme suit dans les Conditions (traduction libre) :*

- i) les Communes, les Provinces, les associations intercommunales contrôlées par les Communes ou les Provinces, les Régions ou les Communautés de Belgique ne détiennent pas, séparément ou dans leur ensemble, en ce compris également par l'intermédiaire des entités ou personnes qu'elles contrôlent, au moins 50% (+1) des actions avec droit de vote de l'Emetteur ; ou*
- ii) une ou plusieurs entités ou personnes autres que (A) celles listées au point (i) ou (B) des entités ou personnes contrôlées par des entités ou personnes listées au point (i), exercent le contrôle sur l'Emetteur, le terme « contrôle » devant s'entendre au sens des articles 5 à 9 (inclus) du Code belge des sociétés (appliqués, en ce qui concerne les entités ou personnes listées au point (i), mutatis mutandis) et, dès lors, couvrant également le contrôle direct et indirect ainsi que le contrôle par une seule entité/personne et le contrôle conjoint.*

Conformément à l'article 556 du Code des Sociétés (« CDS »), « seule l'assemblée générale peut conférer à des tiers des droits affectant le patrimoine de la société ou donnant naissance à une dette ou à un engagement à sa charge, lorsque l'exercice de ces droits dépend du lancement d'une offre publique d'acquisition sur les actions de la société ou d'un changement de contrôle exercé sur elle ». A peine de nullité, la décision de l'assemblée générale doit être déposée au greffe et publiée par mention aux Annexes du Moniteur belge.

En l'espèce, les clauses de changement de contrôle ont été approuvées par les actionnaires de la RESA (décisions écrites et unanimes des actionnaires en date du 10 juin 2016) : « Les actionnaires de la Société ont décidé d'approuver, conformément à l'article 556 du Code des Sociétés, les dispositions des Modalités des Obligations, des Documents de Transactions et des Documents Accessoires (tels que définis dans le Procès-verbal) qui confèrent à des tiers des droits affectant le patrimoine de la Société ou donnant naissance à une dette ou à un engagement à sa charge, lorsque l'exercice de ces droits dépend du lancement d'une offre publique d'acquisition sur les actions de la Société ou d'un changement de contrôle exercé sur elle y compris, notamment, la Condition 6.4 (Redemption at the option of Bondholders following a Change of Control). » La publication aux Annexes du Moniteur belge est intervenue le 13 juillet 2016.

Conformément à l'article 5 du CDS, par « contrôle » d'une société, il faut entendre le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion.

Le contrôle est de droit et présumé de manière irréfragable: (1°) lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de la société en cause; (2°) lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants; (3°) lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de la société en cause ou de conventions conclues avec celle-ci; (4°) lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de la société en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci; (5°) en cas de contrôle conjoint. Le contrôle est de fait lorsqu'il résulte d'autres éléments que ceux visés ci-avant. Un associé est, sauf preuve contraire, présumé disposer d'un contrôle de fait sur la société si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette société, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées.

Par ailleurs, en vertu de l'article 7 du CDS, il faut tenir compte pour la détermination du pouvoir de contrôle: (1°) du pouvoir détenu indirectement à l'intermédiaire d'une filiale, lequel est ajouté au pouvoir détenu directement; et (2°) du pouvoir détenu par une personne servant d'intermédiaire à une autre personne, lequel est censé détenu exclusivement par cette dernière (et n'est donc pas compté). Il n'est pas tenu compte des éventuelles suspensions du droit de vote ni des limitations à l'exercice du pouvoir de vote.

Les autres notions juridiques à prendre en considération lorsqu'il est question de pouvoir de contrôle sont :

- Société mère :* la société qui détient un pouvoir de contrôle sur une autre société ;
- Filiale :* la société à l'égard de laquelle un pouvoir de contrôle existe ;
- Contrôle exclusif :* le contrôle exercé par une société soit seule, soit avec une ou plusieurs de ses filiales ;
- Contrôle conjoint :* le contrôle exercé ensemble par un nombre limité d'associés, lorsque ceux-ci ont convenu que les décisions relatives à l'orientation de la gestion ne pourraient être prises que de leur commun accord. »

Concernant l'applicabilité de la condition du « **Change of control** », l'avis juridique expose que : « En tout état de cause, selon les termes de la Condition 6.4, tant que la majorité des actions avec droit de vote de RESA (50% +1) est détenue par des Communes, des Provinces, des associations intercommunales contrôlées par des Communes ou des Provinces, des Régions ou des Communautés ET tant que d'autres entités que celles visées (c'est-à-dire, Communes, Provinces, associations intercommunales contrôlées par des Communes ou des Provinces, Régions ou Communautés – ou des entités contrôlées par celles-ci) n'exercent pas le contrôle sur RESA (au sens défini aux points 2.10 à 2.13), la clause de changement de contrôle ne devrait pas trouver à s'appliquer. »

Cette position est basée sur les éléments de motivation suivants : « PUBLIFIN est actuellement l'actionnaire indirect de RESA, puisque PUBLIFIN détient l'entière des actions de FINANPART, laquelle détient l'entière des actions de NETHYS qui, à son tour, détient RESA. Dans le cadre de la réorganisation envisagée, PUBLIFIN deviendrait l'actionnaire direct de RESA. Une telle réorganisation n'est dès lors pas de nature à déclencher, à elle seule, les dispositions applicables en cas de changement de contrôle puisqu'in fine, le contrôle reste le même. Il n'y a donc pas de changement de contrôle dans l'hypothèse envisagée. »

2. Reorganisation, Change of Business

Concernant la portée de la clause « **Reorganisation, Change of Business** » l'avis juridique expose que : « En vertu de la Condition 11 des Conditions, un certain nombre d'événements sont définis comme des cas de défaut (Events of Default) qui, s'ils se produisent, permettent aux détenteurs d'Obligations de les déclarer immédiatement exigibles à concurrence du solde restant dû en capital, augmenté des intérêts courus. La demande de remboursement doit être adressée à RESA par lettre recommandée, avec copie à l'Agent (Belfius Bank SA/NV).

La Condition 11.1.5 (Reorganisation, Change of Business) définit certains cas de réorganisation comme des cas de défaut (traduction libre) :

- i) L'Emetteur cesse d'être l'opérateur désigné du réseau de distribution d'électricité et/ou de gaz et d'exercer ses activités dans une quelconque partie du territoire de la Région wallonne, sauf si le nombre de codes EAN dans cette partie du territoire représente moins de 10% du nombre total de codes EAN gérés par l'Emetteur à la date de l'Information Memorandum.
- ii) L'Emetteur fait l'objet d'une réorganisation à l'issue de laquelle tout ou partie de ses activités sont transférées à un tiers et qui impacte son chiffre d'affaires relatif aux activités réglementées à concurrence de 15%.
- iii) L'Emetteur transfère, vend, cède ou dispose d'une quelconque façon de tout ou partie des actifs nécessaires pour être la société opérant le GRD d'électricité ou de gaz.

Concernant l'applicabilité de la clause « **Reorganisation, Change of Business** » l'avis juridique expose que : « Les trois cas de réorganisation susvisés, bien qu'ils puissent aller de pair avec un changement d'actionnariat, sont néanmoins des situations distinctes dans la mesure où ils concernent les activités et les actifs de RESA et non directement ses actions. Toutefois, certains types de restructurations telles que par exemple des fusions, scissions ou apports de branche d'activité peuvent également entraîner un changement d'actionnariat. Si c'est le cas, le changement d'actionnariat devra être analysé à la lumière des principes exposés ci-dessus pour déterminer s'il implique également un changement de contrôle. Dans ce cas de figure, toutefois, il ne devrait pas y avoir de changement de contrôle lorsque PUBLIFIN devient l'actionnaire direct de RESA suite à la restructuration puisque PUBLIFIN exerce déjà indirectement le contrôle sur RESA.

Peut-on tirer argument de ce que l'approbation des actionnaires ne vise pas nommément la Condition 11 ? A notre sens, non. Les actionnaires ont approuvé de manière générale les dispositions de changement de contrôle, dont la Condition 6.4 n'est citée que comme cas particulier sans exclure nécessairement d'autres clauses qui auraient un objet ou un effet similaire. En outre, comme exposé ci-dessus, le transfert des actions de RESA à PUBLIFIN n'entraîne pas de changement de contrôle puisque le contrôle final n'est pas modifié. »

3. Existence d'autres clauses de l'Information Memorandum pouvant être invoquées par les détenteurs d'obligations pour réclamer le remboursement des obligations ou une augmentation des taux d'intérêts y relatifs au cas où la SA RESA changerait d'actionariat

L'avis juridique souligne qu'en complément des clauses de *Change of control* et de *Reorganisation, Change of Business*, la perte de la qualité de GRD constitutive à un *Event of Default* serait susceptible d'entraîner le remboursement des Obligations.

4.2. Charges de pension des agents sous statut public

4.2.1. Recommandation de la Commission d'enquête

Le titre 7.1.8 du rapport de la Commission d'enquête PUBLIFIN abordait les charges de pension et les conséquences en matière tarifaire de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle en date du 25 mai 2016, suite au recours introduit par la CWaPE, annulant l'article 12, 2° du décret du 11 avril 2014 modifiant le décret électricité du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité. Ainsi la Commission statuait que :

« Le principe est donc admis que la qualification des coûts comme gérables ou non gérables est une compétence exclusive du régulateur de l'énergie en Région wallonne, la CWaPE.

Toutefois, la qualification d'un coût comme « non-gérable » a un impact sur les tarifs de distribution appliqués dans la facture des clients finaux. Cela s'applique particulièrement à RESA puisqu'une convention de service permet au personnel statutaire de PUBLIFIN, dont les pensions sont donc définies légalement, de profiter au bénéfice de RESA. »

A titre de recommandation sur cette thématique, la Commission d'enquête PUBLIFIN suggérait au Parlement : **« De solliciter la CWaPE pour qu'elle estime l'impact des charges de pension sur les tarifs suite à l'Arrêt du 25 mai 2016 de la Cour constitutionnelle pour tous les GRD concernés par l'impact de l'Arrêt ».**

4.2.2. Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

La CWaPE est d'avis que la recommandation formulée par la Commission d'enquête PUBLIFIN a été réalisée en date du 19 avril 2017, date à laquelle la CWaPE transmettait à la DGO4¹⁰ une note explicative sur le traitement des cotisations ONSSAPL.

Cette note avait pour objectif d'une part, de fournir un éclairage sur la question du traitement des charges de pension des agents sous statut public au travers de ses différentes méthodologies tarifaires et ce, depuis la reprise de la compétence tarifaire au 1er juillet 2014. D'autre part, cette note avait également pour objectif de synthétiser les dispositions législatives introduites par la loi du 24 octobre 2011 relative au financement des pensions et instaurant le fonds solidarisé de pension de l'ONSSAPL, et de fournir une évolution chiffrée des charges de pension des agents sous statut public entre les années 2015 et 2020. Et finalement, la note abordait les incidences tarifaires de l'Arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 mai 2016.

¹⁰ Direction générale opérationnelle de l'Aménagement du territoire, du Logement, du Patrimoine et de l'Énergie

Les principales conclusions de la note susvisée sont reprises ci-après et actualisées compte tenu de l'approbation par le Comité de direction de la CWaPE de la décision référencée CD-17g17-CWaPE-0107 relative à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et de gaz naturel actifs en Région wallonne pour la période régulatoire 2019-2023.

4.2.2.1. Traitement des charges de pension des agents sous statut public

Pour les périodes régulières transitoires 2015 à 2018, **l'ensemble des charges de pension des agents sous statut public sont qualifiées de non gérables**. Cette qualification concerne à la fois les cotisations de pension de base, les cotisations de régularisation et les cotisations de responsabilisation versées par les gestionnaires de réseau de distribution actifs en Région wallonne à l'ONSSAPL pour les membres de son personnel statutaire. Le traitement de ces charges en coût non gérable a été prévu par l'article 2 de la méthodologie tarifaire 2015-2016 et ce, en application de la disposition décrétole visée par l'article 14, §2 du décret du 12 avril 2001 tel que modifié par le décret du 11 avril 2014, relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 mai 2016 référencée 71/2016, rendu suite à l'introduction par la CWaPE d'un recours en annulation de l'article 12, 2° du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014, modifiant le décret du 12 avril 2001, confirme que « *l'autorité ne peut pas édicter de façon unilatérale le choix d'une qualification déterminée d'un coût préalable à la fixation du tarif à imposer et de sa méthodologie, étant donné que celui-ci relève de la compétence exclusive du régulateur indépendant de l'énergie.* ».

Si la CWaPE n'a pas souhaité adapter ses méthodologies tarifaires transitoires en vigueur pour les années 2016 à 2018, elle a toutefois acté la position de la Cour constitutionnelle et en a tenu compte lors de ses travaux préparatoires inhérents à l'établissement de sa méthodologie tarifaire d'application pour la période régulatoire 2019 à 2023. Ainsi, la méthodologie tarifaire 2019-2023 approuvée par le Comité de direction de la CWaPE en date du 17 juillet 2017 qualifie de **contrôlables les charges de pension des agents sous statut public à l'exception des cotisations de responsabilisation dues à l'ONSSAPL et ce, en application de la loi du 24 octobre 2011**. Par cette décision, la CWaPE confirme sa position initiale en matière de traitement des charges de pension des agents sous statut public exposée dans son rapport de consultation daté du 14 août 2014 relatif à la version du 1^{er} juillet 2014 des propositions de décision de la CWaPE fixant les méthodologies tarifaires transitoires applicables aux gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et de gaz naturel pour la période 2015-2016, à savoir :

- « *Pour les cotisations de base, le montant de celles-ci résulte de l'application combinée de deux facteurs : le taux de la cotisation de base et la rémunération soumise aux cotisations de pensions payées aux agents nommés à titre définitif. Si le taux de cotisation est unilatéralement fixé par l'autorité, le gestionnaire de réseau dispose cependant d'une certaine marge de manœuvre sur le montant de la masse salariale à travers sa politique de ressources humaines. La CWaPE estime, dès lors, que les gestionnaires de réseau de distribution disposent d'une marge de manœuvre suffisamment large dans leurs décisions en matière de recrutement, remplacement et promotion pour assurer un contrôle direct de leur niveau des cotisations de base ONSSAPL. Par conséquent, la CWaPE considère ces dernières comme des coûts gérables.* »
- « *Pour les cotisations de régularisation, la CWaPE considère que les gestionnaires de réseau peuvent assurer un contrôle direct de ces cotisations de régularisation et reprend ces dernières en coûts gérables.*»
- « *Si le fait générateur des cotisations de responsabilisation (c'est-à-dire les actes de nomination), était gérable au moment de la prise de décision, la CWaPE est d'avis que les conséquences supportées ultérieurement par le gestionnaire de réseau de distribution, du fait de l'entrée en vigueur et de l'application d'une nouvelle législation ayant pour objet la création de la cotisation de responsabilisation¹¹, doivent être considérés comme non-gérables.* »

¹¹ Si la variation du taux de la cotisation de base est un élément variable par nature, la cotisation de responsabilisation constitue, quant à elle, une nouvelle mesure dans sa globalité.

4.2.2.2. Dispositions législatives en matière de financement des pensions du secteur local

Le Parlement fédéral adoptait en 2011 un nouveau modèle de pension et ce, afin d'assurer le maintien du financement des dépenses de pension du secteur local. Les dispositions légales de la loi du 24 octobre 2011 rentraient en vigueur au 1^{er} janvier 2012 et instaurent trois catégories de cotisations à savoir, les cotisations pension de base, les cotisations de régularisation et les cotisations de responsabilisation.

Valorisées annuellement à 13Mios EUR, les charges de pension des agents sous statut public versées par les gestionnaires de réseau de distribution d'électricité et de gaz affiliés au fonds de pension solidarisé de l'ONSSAPL devraient croître au cours des prochaines années et ce, malgré la diminution du personnel statutaire. En effet, la politique d'arrêt de nomination des agents menée par certains gestionnaires de réseau de distribution mènera inévitablement à une augmentation croissante de la cotisation de responsabilisation et ce, conformément au modèle de financement de l'ONSSAPL qui implique que : *« lorsqu'une administration locale n'a plus d'agents nommés à titre définitif en service durant une année civile, elle sera soumise à une responsabilisation complète. Ainsi, la masse salariale des nommés à titre définitif est égale à zéro mais le Fonds solidarisé de pension de l'ONSSAPL supporte encore des charges de pension pour les anciens membres du personnel nommé à titre définitif. L'administration doit supporter ses propres charges de pension à hauteur de 100 % . »*

En outre, sur la base des dernières informations communiquées par l'ONSSAPL pour la période régulatoire 2019-2023, le taux de cotisation de base légal fixé actuellement à 41,50% devrait être porté à 43% pour les années 2022 et 2023. Le taux de cotisation de responsabilisation quant à lui présente une augmentation encore plus significative passant de 50% pour les années 2015-2018 à 85% d'ici 2023. Ces hausses impacteront inévitablement les tarifs de distribution de gaz et d'électricité des gestionnaires de réseau de distribution concernés.

4.2.2.3. Impact tarifaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle

Concernant l'incidence exacte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle en matière de coûts et de couverture des montants pour le passé et pour l'avenir, la CWaPE est d'avis que **cet arrêt n'a pas d'incidence directe sur la couverture** des charges de pension des agents sous statut public par les tarifs de distribution d'électricité et/ou de gaz naturel dans la mesure où cet arrêt ne fait que confirmer l'indépendance du régulateur wallon dans la qualification des éléments de coûts des gestionnaires de réseau de distribution en « coût gérable » ou en « coût non gérable » et n'impose nullement, à la CWaPE, de modifier la qualification donnée aux charges de pension des agents sous statut public dans les méthodologies tarifaires adoptées. En outre, quelle que soit la qualification qui leur est donnée par le régulateur, les **charges de pension des agents sous statut public, pour autant qu'elles soient inhérentes aux activités régulées, font partie intégrante du revenu autorisé** des gestionnaires de réseau de distribution et **doivent être prises en compte** dans l'établissement des tarifs de distribution d'électricité et de gaz naturel actuel et futur des gestionnaires de réseau concernés. Toutefois, **cet arrêt a une incidence indirecte sur le traitement qui sera opéré, à l'avenir**, de ces charges de pension des agents sous statut public, où le gestionnaire de réseau de distribution a la liberté de gestion de continuer ou non une politique de nomination de ses agents, de la manière la plus efficace pour la conduite de ses affaires. Enfin, si la CWaPE n'a pas souhaité adapter ses méthodologies tarifaires 2015-2016, 2017 et 2018, afin de maintenir une stabilité du cadre régulatoire, le traitement des charges de pension des agents sous statut public a quant à lui été adapté pour la prochaine période régulatoire 2019-2023 comme évoqué au titre 3.2.2.1.

Concernant les soldes régulatoires inhérents aux charges de pension des agents sous statut public et leur impact sur les futurs tarifs de distribution, les soldes cumulés rapportés par les gestionnaires de réseau de distribution inhérents aux charges de pension des agents sous statut public pour les exercices d'exploitation 2015 et 2016, constitue une **dette tarifaire** à l'égard des clients dans leur ensemble valorisée à 6,6Mios EUR, à savoir un montant à rendre aux utilisateurs de réseau au travers des tarifs de distribution dont 3,5Mios EUR pour RESA secteur électricité et 3Mios EUR pour RESA secteur gaz. Toutefois, le solde régulatoire doit être vu dans sa globalité et les charges de pension des agents sous statut public ne concernent qu'une partie du calcul du solde régulatoire annuel rapporté par les gestionnaires de réseau de distribution.

5. CHAPITRE 5 : VERSEMENT DES REDEVANCES DE VOIRIE

5.1. Recommandation de la Commission d'enquête

Le titre 7.1.6 du rapport de la Commission d'enquête PUBLIFIN abordait spécifiquement la redevance de voirie électrique et statuait que :

« En l'état actuel des choses, la redevance de voirie doit être directement versée aux communes associées.

Au demeurant, selon l'analyse des Professeurs Wilfried Niessen et Henry Olivier, la contribution directe aux communes permettra d'éviter a taxation à l'ISOC et du précompte mobilier résultant de la transformation du montant de la redevance en dividendes.

La Commission d'enquête souligne encore que la perception de la redevance ne pourrait être confiée à une personne juridique distincte des communes que dans le cadre d'une relation in house supposant le respect du droit des marchés publics ou des concessions. ».

A titre de recommandation sur cette thématique à l'adresse du gestionnaire de réseau de distribution RESA, la Commission d'enquête PUBLIFIN suggérait au Parlement d' : **« Engager RESA à verser directement la redevance voirie aux communes, dans l'état actuel des statuts de PUBLIFIN ».**

5.2. Dispositions légales

5.2.1. AGW des 28 novembre 2002 et 15 juillet 2010

Le décret électricité du 12 avril 2001 prévoit en son article 20, le versement aux Communes d'une redevance annuelle pour occupation du domaine public par le réseau dont il assure la gestion. Les dispositions de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 28 novembre 2002 et de l'AGW du 15 juillet 2010 fixent les modalités de déclaration, d'établissement et de paiement de la redevance pour occupation du domaine public par le réseau électrique et le réseau gazier. Ainsi,

- l'article 13 de l'AGW du 28 novembre 2002 précise que : *« Le gestionnaire de réseau procède au paiement des redevances, pour moitié, avant le 30 juin et, pour moitié, avant le 31 décembre, de l'année n à laquelle les redevances se rapportent. Le paiement est effectué auprès de chaque commune ou de toute autre personne morale désignée par elle. »*
- l'article 12 de l'AGW du 15 juillet 2010 précise que : *« Le gestionnaire de réseau procède au paiement des redevances, pour moitié, avant le 30 juin et, pour moitié, avant le 31 décembre, de l'année n à laquelle les redevances se rapportent. Le paiement est effectué auprès de la Région, province et commune ou de toute autre personne morale désignée par elle. »*

5.2.2. AGW du 11 janvier 2018

Par courrier daté du 31 août 2017, le Ministre wallon de l'Energie soumettait pour avis à la CWaPE un avant-projet d'arrêté du Gouvernement wallon modifiant l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 novembre 2002 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau électrique et l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 juillet 2010 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau gazier, adopté en 1^{ère} lecture le 20 juillet 2017. La modification proposée par le Ministre visait spécifiquement à supprimer comme bénéficiaire desdites redevances de voirie toute autre personne morale ayant été désignée par les Communes ou Province.

Par son avis référencé 17j02-CWaPE-1731, la CWaPE n'émettait aucune réserve quant à la modification envisagée aux AGW et soulignait par ailleurs l'avantage d'un paiement de la redevance de voirie directement aux communes, à savoir offrir une plus grande transparence quant aux montants repris sur la facture d'électricité et de gaz.

Publié au *Moniteur belge* du 19 janvier 2018, l'Arrêté du Gouvernement wallon du 11 janvier 2018 a abrogé les mots « *ou de toute autre personne morale désignée par elle* » de l'article 13, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 novembre 2002 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau électrique et de l'article 12, alinéa 2, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 juillet 2010 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau gazier.

La modification ainsi apportée étant entrée en vigueur le 29 janvier 2018, les gestionnaires de réseau de distribution doivent s'y conformer pour les versements des redevances de voirie des années 2018 et suivantes.

5.3. Versement des redevances de voirie Electricité par RESA

5.3.1. Mécanismes de redistribution des redevances de voirie au sein du groupe PUBLIFIN d'application jusqu'en 2016

Les flux financiers et mécanismes de redistribution des redevances de voirie électricité au sein du groupe PUBLIFIN d'application jusqu'en 2016 suivaient la logique suivante décrite par RESA:

« Concernant la Redevance de voirie électricité (à l'exception de Liège centre-ville), la redevance de voirie est une charge pour le GRD (Resa) qui est répercutée dans les tarifs de distribution. En application de la décision de l'assemblée générale du 20 décembre 2002, RESA paie la redevance de voirie, non pas aux communes, mais à Publifin. Les montants perçus par Publifin constituent pour celle-ci un revenu et font partie intégrante du résultat. Le résultat net de Publifin fait l'objet d'une répartition bénéficiaire par l'assemblée générale pour être soit distribué, soit mis en réserve. Le bénéfice de la redevance de voirie pour Publifin appartient en totalité aux associés de celle-ci, il est perçu soit immédiatement, soit de manière différée.

Concernant la redevance de voirie électricité (Liège centre-ville), cette zone géographique ne ressortait pas de l'ALE au moment de l'assemblée générale de 2002. La redevance de voirie est une charge pour le GRD (Resa) qui est répercutée dans les tarifs de distribution. RESA paie la redevance de voirie pour la distribution de gaz et pour la distribution d'électricité « Liège centre-ville » aux communes directement. »

5.3.2. Mécanismes de redistribution des redevances de voirie à partir de 2017

Fin décembre 2017 et faisant suite aux travaux d'élaboration du projet d'Arrêté du Gouvernement wallon modifiant l'Arrêté du Gouvernement wallon du 28 novembre 2002 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau électrique, l'Assemblée Générale ordinaire de la SCiRL PUBLIFIN a pris la décision de revoir le mécanisme de redistribution des redevances de voirie électricité et ce, à partir de l'exercice d'exploitation 2017. Ainsi, les redevances de voirie sont dorénavant versées directement aux Communes associées et à la Ville de Liège.

L'extrait du procès-verbal de l'AG de la SCiRL PUBLIFIN datée du 21 décembre 2017 et annexé au présent rapport précise que :

« Dès lors il est proposé à l'Assemblée générale, dans la perspective de l'entrée en vigueur du projet d'arrêté adopté en deuxième lecture par le Gouvernement wallon et dans le souci du respect de la recommandation de la Commission d'enquête parlementaire sur la déperdition fiscale dont souffre le produit de cette redevance, de décider, avec effet au 1^{er} janvier 2017 :

- *De l'abandon du projet de mutualisation de la redevance annuelle pour occupation du domaine public par le réseau de distribution perçue par PUBLIFIN SCiRL*

- *Du retrait de la désignation de PUBLIFIN SCiRL, conformément à l'article 13 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 novembre 2002 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau électrique, en qualité de percepteur de la dite redevance.*

Ces décisions auront pour conséquence la perception directe et sans mutualisation aucune au bénéfice des communes associées du produit de la redevance de voirie électricité due par le GRD Electricité RESA SA, à l'instar de ce qui d'application pour la redevance de voirie gaz.

Par application de cette décision, le versement relatif à la redevance de voirie de RESA SA prévu initialement en décembre 2017 au bénéfice de PUBLIFIN se fera dès lors aux bénéficiaires des communes associées. »

5.3.3. Contrôles des versements des redevances de voirie électricité en 2016

A l'occasion du contrôle opéré sur les soldes rapportés pour l'année 2016, la CWaPE a apporté une attention particulière aux charges et produits inhérents aux redevances de voirie supportées par le gestionnaire de réseau de distribution.

Pour l'exercice d'exploitation 2016, la SA RESA a rapporté une charge totale de **8,9 Mios EUR** de redevances de voirie correspondant à la notification définitive pour l'année 2016 (8,7 Mios EUR) et au complément de redevance 2015 (0,2 Mio EUR) établies en date du 02.08.2016 par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW.

Sur la base des extraits de compte bancaire de la société, la CWaPE a vérifié les paiements effectués par la SA RESA en la matière. La société a ainsi procédé en date du 16 décembre 2016 à un versement de 8,3 Mios EUR à PUBLIFIN SCiRL inhérent à la redevance de voirie électricité (secteur RESA) et au versement d'un montant de 0,6Mio EUR à la Ville de Liège en date du 23 décembre 2016 (secteur IMO1).

A l'analyse des informations reçues, la CWaPE confirme que **la SA RESA a bien procédé pour l'exercice d'exploitation 2016 aux versements des redevances de voirie** telles que notifiées par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW, aux bénéficiaires désignés (à savoir, pour l'électricité, la SCiRL PUBLIFIN et la Ville de Liège) par décision de l'Assemblée Générale du 20 décembre 2002.

La CWaPE a toutefois constaté que les versements avaient été réalisés annuellement et ce, contrairement aux délais visés par les dispositions de l'article 13 de l'AGW du 28 novembre 2002 en matière de redevance de voirie électricité qui prévoient que : « *Le gestionnaire de réseau procède au paiement des redevances, pour moitié, avant le 30 juin et, pour moitié, avant le 31 décembre, de l'année n à laquelle les redevances se rapportent* ».

5.3.4. Contrôles des versements des redevances de voirie électricité en 2017

Pour l'exercice d'exploitation 2017, la notification définitive en matière de redevances de voirie électricité établie en date du 19.07.2017 par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW, s'élève à **8,8 Mios EUR**.

Sur la base des extraits de compte bancaire de la société, la CWaPE a vérifié les paiements effectués par la SA RESA en la matière. La société a ainsi procédé en date du 3 janvier 2018 à un versement de 7,1 Mios EUR aux Communes associées et à un versement d'un montant de 1,7 Mios EUR à la Ville de Liège.

A l'analyse des informations reçues, la CWaPE confirme que **la SA RESA a bien procédé pour l'exercice d'exploitation 2017 aux versements des redevances de voirie** telles que notifiées par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW, aux bénéficiaires désignés.

La CWaPE a toutefois constaté qu'à l'instar des redevances de voirie 2016, les versements 2017 avaient été réalisés annuellement à savoir en date du 03.01.2018 et ce, contrairement aux délais visés par les dispositions

de l'article 13 de l'AGW du 28 novembre 2002 en matière de redevance de voirie électricité qui prévoient que :
« *Le gestionnaire de réseau procède au paiement des redevances, pour moitié, avant le 30 juin et, pour moitié, avant le 31 décembre, de l'année n à laquelle les redevances se rapportent* ».

5.4. Versement des redevances de voirie Gaz par RESA

5.4.1. Mécanismes de redistribution des redevances de voirie au sein du groupe PUBLIFIN

Les informations transmises par la SA RESA sur les flux financiers et mécanismes de redistribution des redevances de voirie gaz sont synthétisées ci-après :

« Concernant la Redevance de voirie gaz, la redevance de voirie a été imposée par le législateur par AGW du 15/7/2010 et pour la première fois en 2010. Pour ce qui concerne le gaz, la méthode appliquée par l'ALG avant la fusion par absorption a été maintenue.

En ce qui concerne le secteur Gaz, aucune mutualisation des redevances pour occupation du domaine public par le réseau gazier n'a été effectuée au sein du Groupe PUBLIFIN. Cette dernière est payée directement aux Communes par le GRD et le GRT. »

5.4.2. Contrôles des versements des redevances de voirie gaz en 2016

A l'occasion du contrôle opéré sur les soldes rapportés pour l'année 2016, la CWaPE a apporté une attention particulière aux charges et produits inhérents aux redevances de voirie supportées par le gestionnaire de réseau de distribution.

Pour l'exercice d'exploitation 2016, la SA RESA a rapporté une charge totale de **7,3 Mios EUR** de redevances de voirie correspondant à la notification provisoire pour l'année 2016 (7,8 Mios EUR) établie en date du 13.05.2016 par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW et d'un ajustement 2016 pour produits acquis (0,6 Mio EUR) ; la CWaPE note qu'un ajustement est comptabilisé annuellement par le gestionnaire de réseau de distribution afin de tenir compte du décalage observé entre le paiement de la redevance en année N et sa récupération au travers des tarifs de distribution en année N+1.

Sur la base des extraits de compte bancaire de la société, la CWaPE a vérifié les paiements effectués par la SA RESA en la matière. La société a ainsi procédé, en date des 5 juillet 2016 et 6 janvier 2017, respectivement au premier et second versement des redevances de voirie directement aux bénéficiaires (Communes, Région et Provinces) et ce, pour un montant total de 7,8 Mios EUR.

A l'analyse des informations reçues, la CWaPE confirme que la **SA RESA a bien procédé pour l'exercice d'exploitation 2016 aux versements des redevances de voirie** telles que notifiées par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW, **aux bénéficiaires désignés (à savoir, pour le gaz aux Communes, Région et Provinces de Liège et de Namur)** et ce, en application de l'article 20 du décret relatif à l'organisation du marché régional du gaz du 19 décembre 2002 et de l'AGW du 15 juillet 2010 en matière de redevance pour occupation du domaine public par le réseau gazier.

La CWaPE a toutefois constaté que les versements ont été réalisés après les dates d'échéance définies par les dispositions légales visées à l'article 12 de l'AGW du 15 juillet 2010 en matière de redevance pour occupation du domaine public par le réseau gazier qui prévoient que : « *Le gestionnaire de réseau procède au paiement des redevances, pour moitié, avant le 30 juin et, pour moitié, avant le 31 décembre, de l'année n à laquelle les redevances se rapportent* ».

5.4.3. Contrôles des versements des redevances de voirie gaz en 2017

Pour l'exercice d'exploitation 2017, la notification définitive en matière de redevances de voirie gaz établie en date du 05.07.2017 par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW, s'élève à **8,1 Mios EUR**.

Sur la base des extraits de compte bancaire de la société, la CWaPE a vérifié les paiements effectués par la SA RESA en la matière. La société a ainsi procédé, en date des 30 juin 2017 et 3 janvier 2018, respectivement au premier et second versement des redevances de voirie directement aux bénéficiaires (Communes, Région et Provinces) et ce, pour un montant total de 8,1 Mios EUR.

A l'analyse des informations reçues, la CWaPE confirme que la **SA RESA a bien procédé pour l'exercice d'exploitation 2017 aux versements des redevances de voirie** telles que notifiées par la Direction de l'organisation des marchés régionaux de l'énergie du SPW, **aux bénéficiaires désignés (à savoir, pour le gaz aux Communes, Région et Provinces des Liège et de Namur)** et ce, en application de l'article 20 du décret relatif à l'organisation du marché régional du gaz du 19 décembre 2002 et de l'AGW du 15 juillet 2010 en matière de redevance pour occupation du domaine public par le réseau gazier.

La CWaPE a toutefois constaté que le second versement avait été réalisé après la date d'échéance du 31 décembre définie par les dispositions légales visées à l'article 12 de l'AGW du 15 juillet 2010 en matière de redevance pour occupation du domaine public par le réseau gazier.

5.5. Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

Par décision de l'Assemblée générale de la SCiRL PUBLIFIN datée du 21 décembre 2017, le mécanisme de mutualisation de la redevance annuelle pour occupation du domaine public par le réseau de distribution perçue par PUBLIFIN SCiRL a été abandonné avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2017 et la désignation de PUBLIFIN SCiRL, conformément à l'article 13 de l'arrêté du Gouvernement wallon du 28 novembre 2002 relatif à la redevance pour occupation du domaine public par le réseau électrique, en qualité de perceuteur de la dite redevance a été retirée.

La CWaPE est d'avis que **la recommandation** formulée par la Commission d'enquête PUBLIFIN en matière de redevances de voirie qui suggérait au Parlement d' **« Engager RESA à verser directement la redevance voirie aux communes, dans l'état actuel des statuts de PUBLIFIN »** est effective au **1^{er} janvier 2017** et d'application depuis **le 3 janvier 2018**, date de paiement des redevances de voirie électricité directement aux Communes associées pour l'exercice d'exploitation 2017.

6. CHAPITRE 6 : DISPOSITION LEGALES EN MATIERE DE LIMITATION DES REMUNERATIONS DES FONCTIONS DIRIGEANTES ET DE PROTECTION DU CABLE

6.1. Plafonnement des rémunérations des dirigeants

6.1.1. Recommandations de la Commission d'enquête

Le titre 7.1.7 du rapport de la Commission d'enquête PUBLIFIN visait le plafonnement des rémunérations des dirigeants des gestionnaires de réseau de distribution et émettait la conclusion que la disposition décrétales visée par l'article 7ter du décret électricité du 12 avril 2001, permettant au Gouvernement de déterminer un montant minimal et maximal entre lesquels les rémunérations imputables à l'activité de GRD devront être fixées, n'avait pas été exécutée par le Gouvernement.

A titre de recommandation sur cette thématique, la Commission d'enquête PUBLIFIN suggérait au Parlement d' :
« **Exécuter la disposition visée à l'article 7ter du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité visant à déterminer un montant minimal et un montant maximal pour le fonction dirigeante des GRD entre lesquels les rémunérations imputables à l'activité des GRD sont fixées, ainsi que les critères objectifs appropriés** ».

6.1.2. Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

La question de la rémunération des fonctions dirigeantes des GRD a finalement été traitée par le Parlement lui-même, lors de l'adoption du décret du 29 mars 2018 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales et du décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018.

Le premier décret prévoit notamment, en ses articles 52 et 56, des règles applicables en matière de rémunération :

- des administrateurs et membres des organes restreints de gestion, titulaires d'un mandat dérivé, défini comme « *tout mandat exercé par le titulaire d'un mandat originaire¹² qui lui a été confié en raison de ce mandat originaire, soit par l'autorité dans laquelle il exerce celui-ci, soit de toute autre manière ou qui lui a été confié par décision d'un des organes, ou en raison de la représentation* :

- a) *d'une commune;*
- b) *d'une province;*
- c) *d'un centre public d'action sociale;*
- d) *d'une intercommunale;*
- e) *d'une régie communale ou provinciale autonome;*
- f) *d'une association de pouvoirs publics visée à l'article 118 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale;*
- g) *d'une société de logement;*
- h) *de toute personne morale ou association de fait associant une ou plusieurs de ces autorités précitées* » (nouvel article L5111-1, 2°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, inséré par l'article 47 du décret du 29 mars 2018 précité).

¹² Le mandat originaire est « *le mandat de conseiller communal, d'échevin, de bourgmestre, de député provincial, de conseiller provincial ou de président du centre public d'action sociale si la législation qui lui est applicable prévoit sa présence au sein du collège communal* ».

- des administrateurs et membres des organes restreints de gestion, non élus mais mandatés pour représenter, notamment, une commune, une province, une intercommunale, une régie communale ou provinciale autonome ou toute personne morale associant une ou plusieurs des autorités précitées ;

- du titulaire d'une fonction dirigeante locale, défini comme « *la personne occupant la position hiérarchique la plus élevée, sous contrat de travail ou sous statut dans une intercommunale, une association de pouvoirs publics visées à l'article 118 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, une régie communale ou provinciale autonome, une A.S.B.L. communale ou provinciale, une association de projet, une société de logement, une société à participation publique locale significative* » (nouvel article L5111-1, 7°, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, inséré par l'article 47 du décret du 29 mars 2018 précité).

Bien que les administrateurs, membres des organes restreints de gestion et titulaires de fonctions dirigeantes au sein de l'ensemble des GRD étaient, dans la plupart des cas, directement visés par le décret du 29 mars 2018 précité, le décret « Gouvernance des GRD » est venu confirmer l'obligation pour l'ensemble des GRD de respecter ces nouvelles règles en matière de rémunération, en opérant un renvoi vers le Code de la démocratie locale et de la décentralisation :

« *6° les dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatives à la rémunération des administrateurs et titulaires d'une fonction dirigeante locale s'appliquent aux administrateurs et gestionnaires du gestionnaire de réseau de distribution ainsi qu'à sa ou ses filiales, quelle que soit leur forme juridique* » (nouvel article 6, 6°, du décret électricité, inséré par l'article 15 du décret « Gouvernance des GRD »).

La recommandation de la Commission a donc été pleinement suivie.

L'article 7ter du décret électricité (et, par conséquent, l'habilitation au Gouvernement qu'il contenait) a, quant à lui, été abrogé par le décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018.

6.2. Protection du câble en tant qu'actif public

6.2.1. Recommandations de la Commission d'enquête

A titre de recommandation sur cette thématique, la Commission d'enquête PUBLIFIN suggérait au Parlement d' :
« **Etudier la mise ne œuvre d'un dispositif légal visant à protéger le câble en tant qu'actif public à l'instar des garanties prévues pour les GRD électricité et gaz** ».

6.2.2. Statut de la recommandation de la Commission d'enquête au 1^{er} juin 2018

La régulation des câbles audiovisuels **excède le champ des missions de la CWaPE** telles que visées par l'article 43, §2 du décret électricité du 12 avril 2001 et de l'article 36, §2 du décret gaz du 19 décembre 2002.

7. CONCLUSION

En date du 6 juillet 2017, la Commission d'enquête parlementaire constituée en date du 15 février 2017 par le Parlement de Wallonie et en charge d'examiner la transparence et le fonctionnement du groupe PUBLIFIN, déposait son rapport final.

La partie 7 dudit rapport exposait spécifiquement les constats de la Commission d'enquête PUBLIFIN concernant le Gestionnaire de Réseau de Distribution de gaz et d'électricité « RESA » et formulait onze recommandations relatives notamment à la structure de la société, l'indépendance des administrateurs et à la réalisation d'analyses spécifiques par le régulateur wallon.

Conformément à la recommandation référencée 6b de la Commission d'enquête PUBLIFIN, la CWaPE communique, par le présent rapport spécifique au Parlement Wallon, le statut en date du 1^{er} juin 2018 de la mise en œuvre de chacune des recommandations susvisées de la Commission d'enquête PUBLIFIN.

Concernant la mise en conformité de la structure du groupe PUBLIFIN et des organes de gestion de RESA aux dispositions des décrets électricité et gaz, RESA a entamé le processus de mise en œuvre du décret « Gouvernance des GRD », qui rend contraignant les recommandations formulées en la matière par la Commission d'enquête PUBLIFIN. Ce processus devrait, en principe, aboutir à une mise en conformité complète de RESA pour le 1^{er} juin 2019 au plus tard, conformément à ce que prévoit le décret précité. La CWaPE veillera à ce que le GRD justifie que cette mise en conformité se fasse de la manière la plus favorable ou, à tout le moins, la moins préjudiciable, aux utilisateurs du réseau de distribution.

Concernant l'éventuelle présence de subsidiation croisée entre les activités de gestion des réseaux électriques et gaziers et les autres activités de la SA RESA résultant des **transferts financiers ayant été réalisés consécutivement à l'émission, en juillet 2016, d'un emprunt obligataire (« Emprunt James)**, la CWaPE est d'avis que les **dispositions visées par l'article 43, §2, 16° du décret électricité du 12 avril 2001, par l'article 4, §2, 18° du décret du 19 janvier 2017 ont été respectées et n'observe donc aucune subsidiation croisée**. Toutefois, la CWaPE note que la comptabilisation des frais d'émission inhérents à l'emprunt obligataire et leur prise en charge en intégralité l'année d'émission est défavorable aux utilisateurs de réseau d'électricité et de gaz de la SA RESA. Ce point est toujours en cours d'analyse par la CWaPE qui a notamment demandé récemment un avis concernant cette écriture comptable auprès de la Commission des Normes Comptables (CNC).

Concernant **l'analyse de l'utilisation faite du capital remonté par les actionnaires de la SA RESA**, il est à souligner que **cette requête excède le champ des missions du régulateur régional** telles que visées par l'article 43, §2 du décret électricité du 12 avril 2001 et de l'article 36, §2 du décret gaz du 19 décembre 2002.

Concernant **l'impact des charges de pension sur les tarifs faisant suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 mai 2016**, la CWaPE est d'avis que **cet arrêt n'a pas d'incidence directe** sur la couverture des charges de pension des agents sous statut public par les tarifs de distribution d'électricité et/ou de gaz naturel dans la mesure où cet Arrêt ne fait que confirmer l'indépendance du régulateur wallon dans la qualification des éléments de coûts des gestionnaires de réseau de distribution en « coût gérable » ou en « coût non gérable » et n'impose nullement, au régulateur régional, de modifier la qualification donnée aux charges de pension des agents sous statut public dans les méthodologies tarifaires adoptées. En outre, quel que soit la qualification qui leur est donnée par le régulateur, les **charges de pension des agents sous statut public, pour autant qu'elles soient inhérentes aux activités régulées, font partie intégrante du revenu autorisé** des gestionnaires de réseau de distribution et **doivent être prises en compte** dans l'établissement des tarifs de distribution d'électricité et de gaz naturel actuel et futur des gestionnaires de réseau concernés. Toutefois, **cet arrêt a une incidence indirecte sur le traitement qui sera opéré, à l'avenir**, de ces charges de pension des agents sous statut public, où le gestionnaire de réseau de distribution a la liberté de gestion de continuer ou non une politique de nomination de ses agents, de la manière la plus efficace par rapport aux coûts pour la conduite de ses affaires. Enfin, si la CWaPE n'a pas souhaité adapter ses méthodologies tarifaires transitoires 2015-2016, 2017 et 2018, afin de maintenir une stabilité du cadre réglementaire, le traitement des charges de pension des agents sous statut public a quant à lui été adapté pour la période réglementaire 2019-2023 en vue d'inciter le gestionnaire de réseau de distribution à une bonne gestion de ce coût.

Concernant la recommandation formulée par la Commission d'enquête PUBLIFIN en matière de redevances de voirie qui suggérait au Parlement d' « **Engager RESA à verser directement la redevance de voirie aux communes, dans l'état actuel des statuts de PUBLIFIN** », la CWaPE est d'avis que **la recommandation est effective depuis le 1^{er} janvier 2017**. Ainsi, anticipativement à l'entrée en vigueur de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 11 janvier 2018 supprimant comme bénéficiaire des redevances de voirie toute autre personne morale ayant été désignée par le Communes ou Province, l'Assemblée générale de la SCiRL PUBLIFIN en date du 21 décembre 2017 décidait d'une part, d'abandonner le mécanisme de mutualisation de la redevance annuelle pour occupation du domaine public par le réseau de distribution perçue par PUBLIFIN SCiRL avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2017 et d'autre part, de retirer la désignation de PUBLIFIN SCiRL en qualité de percepteur de la dite redevance. Concrètement, les redevances de voirie électricité dues à partir de l'exercice d'exploitation 2017 seront versées par la SA RESA aux Communes et Province associées et ce, à l'instar des redevances de voirie électricité de la Ville de Liège (ex-secteur IMO1) et des redevances de voirie gaz.

Finalement, concernant le plafonnement des rémunérations des fonctions dirigeantes des gestionnaires de réseau de distribution, celui-ci a récemment été mis en place par le Parlement, par le biais du décret du 29 mars 2018 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de renforcer la gouvernance et la transparence dans l'exécution des mandats publics au sein des structures locales et supra-locales et de leurs filiales et du décret « Gouvernance des GRD » du 11 mai 2018.

Pour conclure, la CWaPE se tient naturellement à disposition du Parlement Wallon pour répondre à toutes questions qui lui serait adressées dans le cadre de travaux parlementaires découlant de la publication du présent rapport.

* *
*

ANNEXE(S)

- I. Rapport référencé CD-18c01-CWaPE-0041 relatif au contrôle du respect des règles d'indépendance, d'organisation et de protection des données confidentielles par RESA



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

1.	RÉTROACTES	4
2.	MÉTHODOLOGIE DE LA CWaPE	6
2.1.	Cadre de référence	6
2.2.	Typologie des gestionnaires de réseau	6
2.3.	Méthode	7
3.	LE CADRE JURIDIQUE EN VIGUEUR	8
3.1.	La directive 2009/72/CE	8
3.2.	Les dispositions wallonnes applicables.....	9
4.	PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DU GRD RESA	11
5.	QUALIFICATION D’ENTREPRISE VERTICALEMENT INTÉGRÉE : PRINCIPES ET CONSÉQUENCES	12
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
6.	RESPECT DES EXIGENCES RELATIVES À LA FORME JURIDIQUE, À LA COMPOSITION DE L’ACTIONNARIAT ET AUX AUTRES ACTIVITÉS	20
6.1.	Contrôle public d’un GRD de droit privé	20
6.2.	Actionnariat privé	20
7.	CONDITIONS RELATIVES À LA COMPOSITION ET AU FONCTIONNEMENT DES ORGANES DE GESTION	21
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
8.	EXIGENCES EN MATIÈRE D’INDÉPENDANCE DU PERSONNEL	24
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

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

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. ¹ 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.

¹ 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 amendements², 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

² 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

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 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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 »)³ 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 »⁴.

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).

³ M.B., 1^{er} Janvier 2001.

⁴ 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'entreprises⁵. 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 »⁶.

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 »⁷.

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 »⁸.

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

⁶ Commission européenne, *ibidem*, p. 11.

⁷ 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.

⁸ 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] »⁹.

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 directive¹⁰.

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 sociétés¹¹. Il s'agit donc d'une « entreprise », entendue au sens large, indépendamment de sa structure apparente¹². Dès lors, les obligations en matière d'indépendance ne sauraient être diluées dans la complexité de l'organisation des trois entités susvisées.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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);

¹² 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 économique¹³⁻¹⁴ 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^{er}, 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'électricité¹⁵ 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 § 1er et 7 § 1^{er} 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'entière 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 révisorat. 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^{er}, 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^{er} 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^{er}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^{er} 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^{er}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)¹⁶.

¹⁶ 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 personnel¹⁷ (ci-après, la « loi vie privée ») et l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de cette loi¹⁸ 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.

¹⁷ M.B., 18 mars 1993.

¹⁸ 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 »¹⁹ (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. »

¹⁹ 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 réjouit²⁰. 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^e24-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.

²⁰ 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