



COMMISSION WALLONNE POUR L'ENERGIE

PROPOSITION

CD-7k27-CWaPE-177

relative aux

*'difficultés constatées
dans le fonctionnement du marché de l'énergie
suite au rôle tenu par Electrabel
dans la gestion des réseaux de distribution'*

*établie en application de l'article 43, § 2 du décret du
12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de
l'électricité*

Le 20 novembre 2007

**Proposition de la CWaPE relative aux difficultés constatées
dans le fonctionnement du marché de l'énergie
suite au rôle tenu par Electrabel dans la gestion des réseaux de distribution**

Liminaire

La présente proposition a été réalisée d'initiative par la CWaPE en vue de porter à la connaissance du Gouvernement wallon les risques de perte de maîtrise et d'efficacité sur les marchés de l'électricité et du gaz en Wallonie suite à une séparation insuffisante des métiers entre gestionnaires de réseau (secteur mixte) et le partenaire privé (Electrabel), et de proposer des mesures correctrices.

En effet, outre certains aspects qui avaient déjà été évoqués à plusieurs reprises par la CWaPE, des éléments nouveaux et aggravants interviennent suite à l'évolution différente qui se produit entre la Wallonie et les autres Régions du pays en matière d'*unbundling* de la distribution d'énergie dans le secteur mixte.

1. Rappel des prises de position antérieures de la CWaPE

La position de la CWaPE a toujours été de reconnaître la valeur ajoutée qu'apporterait une nouvelle structure permettant qu'un ensemble suffisant de missions "sensibles" (c'est-à-dire celles qui peuvent potentiellement générer des distorsions de concurrence ou des conflits d'intérêts) ne soit plus réalisé par du personnel dépendant hiérarchiquement de supérieurs ayant des responsabilités ou des intérêts dans des activités de fourniture et/ou de production.

A cet égard, déjà à l'occasion d'un avis (CD-4a13-CWaPE-040) sur la "rationalisation des intercommunales de distribution d'énergie" (document daté du 14 janvier 2004), la CWaPE soulignait, concernant les intercommunales mixtes, à propos du développement d'un centre de compétence commun, que: *« La réalisation des plans de développement, les études de raccordement, la comptabilité, les obligations de service public (...) peuvent être pris en charge par un centre de compétence commun aux GRD. (...) [La création d'un tel centre] n'est toutefois acceptable que pour autant que ce centre de compétence reçoive des missions complètes avec des moyens appropriés pour pouvoir développer une autonomie suffisante. (...) La CWaPE propose, à défaut d'un GRD unique, de réduire le nombre de GRD à deux ou trois intercommunales de distribution d'énergie. Dans l'intervalle, les intercommunales mixtes devraient créer une structure autonome, forte et indépendante des producteurs et fournisseurs d'énergie afin de prendre en charge notamment les tâches stratégiques et confidentielles. »*

Dans un avis daté du 26 mai 2005, (Avis CD-5e24-CWaPE-096) sur le "projet de création d'une société d'expertise et de gestion énergétique (SEGE)", la CWaPE avait estimé que le projet soumis à son analyse contenait certaines avancées, mais qu'elles étaient insuffisantes.

« La CWaPE recommande une solution qui mette fin aux conflits d'intérêts (aux soupçons qu'il y en ait); elle estime que la "business unit" Netmanagement Wallonie devrait être filialisée et constituer la base d'une structure indépendante d'Electrabel, bénéficiant de règles de "corporate governance" et d'administrateurs indépendants.

En effet, l'ouverture du marché a scindé la distribution en deux activités qui doivent être totalement séparées et indépendantes: la fourniture d'énergie et la gestion du réseau. De plus, les GRD's n'auront plus à terme la responsabilité de la vente d'énergie et Electrabel, dans un souci de séparation claire, devrait cesser toute activité liée à la gestion du réseau. Prolonger un partage des rôles entre le personnel propre des GRD's (ou entre des experts indépendants du fournisseur) et Electrabel pour la gestion du réseau risque d'entraîner la duplication des tâches et donc confusion, difficultés et surcoûts.

La CWaPE estime donc qu'il serait plus efficace que la gestion du réseau se fasse au départ d'une seule entité d'exploitation et qu'Electrabel se retire complètement des activités opérationnelles de distribution pour se concentrer sur la vente et la production. Cela n'entraîne pas nécessairement qu'Electrabel doive céder l'entièreté de ses intérêts financiers dans la distribution d'électricité et de gaz.

Comme les GRD's mixtes ne disposent actuellement pratiquement pas de personnel propre et qu'ils sont tenus de confier des tâches à des experts "indépendants", la création d'une filiale autonome (règles de "corporate governance" et administrateurs indépendants) permettrait de respecter les prescrits décrets tout en permettant une unité d'exploitation. »

Enfin, dans une étude confidentielle datée du 18 janvier 2007, la CWaPE a examiné "les possibilités d'harmonisation des réseaux de distribution en vue de réduire, voire supprimer les grandes disparités des tarifs des GRD's en Région wallonne" (Etude CD-7a16-CWaPE). Elle concluait de la façon suivante:

« L'objectif annoncé par la demande ministérielle est de gommer les différences de tarifs de distribution entre GRD's. Comme déjà souligné, deux voies sont possibles soit la création d'un fonds de compensation soit la fusion des GRD's.

Dans le cas d'un mécanisme de compensation, la perspective d'une harmonisation des tarifs de distribution qui viserait à supprimer toute disparité de tarifs entre GRD's a pour conséquence de voir les clients de certaines régions payer plus cher, sans motifs de coûts directs, par solidarité avec les consommateurs reliés aux réseaux plus coûteux. Le bénéfice de cette harmonisation reviendrait aux clients des GRD's les plus coûteux, qui ne paieraient dès lors pas le coût réel d'utilisation de leur réseau.

(...)

En cas de fusion, il s'agirait d'inviter les GRD's à s'associer dans une (ou plusieurs) structure(s) nouvelle(s) à constituer où chaque GRD pourrait y apporter son réseau. La valorisation de ce réseau pourrait comprendre au-delà de la valorisation des actifs (RAB) sa valeur d'utilisation qui est différente par GRD sur base des tarifs adoptés par la CREG.

Cette manière de faire permettrait de réduire le coût, de poursuivre le processus de rationalisation souhaité par le Gouvernement et de proposer un tarif identique pour une zone desservie élargie au périmètre de l'association. »

2. Difficultés constatées

Les difficultés constatées par la CWaPE, suite au manque d'unbundling dans le secteur de la distribution, dans l'exercice de ses missions sont de quatre ordres.

2.1. Les missions de contrôle effectuées par la CWaPE sont plus complexes que nécessaire.

Face à tout manquement constaté ou supposé des GRD's mixtes, la CWaPE n'a pas la possibilité de s'adresser officiellement au service concerné (le service Netmanagement d'Electrabel) mais elle doit contacter tous les GRD's mixtes. Ceux-ci donnent alors injonction au service Netmanagement d'Electrabel de répondre à la sollicitation de la CWaPE.

En outre, le personnel d'Electrabel connaît une mobilité interne importante, qui est logique de la part de cet opérateur intégré dans un grand groupe énergétique (SUEZ), mais qui fait que les interlocuteurs de la CWaPE ne sont pas stables et continuent à se sentir liés davantage au futur d'Electrabel que d'un service de gestion de réseau en particulier.

Il existe donc dans les faits un double écran entre le régulateur et les personnes chargées d'exécuter les procédures sur le terrain.

2.2. Les fournisseurs et producteurs, autres qu'Electrabel, sont rendus méfiants par la présence d'Electrabel dans l'exploitation des réseaux.

Cette situation, et la suspicion qui l'accompagne, rend problématique les missions de "facilitateur" que les GRD's devraient prendre en charge de façon naturelle pour favoriser le fonctionnement du marché. Dans la situation actuelle, les fournisseurs sont réticents à laisser l'organisation complète notamment des échanges de données et des exercices de réconciliation aux seuls gestionnaires de réseaux. Ils sont ainsi amenés à souhaiter l'intervention d'un acteur indépendant supplémentaire, susceptible pourtant de compliquer l'organisation générale et d'augmenter les coûts, alors que les GRD's devraient être cet acteur indépendant! Les clients résidentiels (et la presse fréquemment aussi) ne font pas de distinction entre Electrabel et les GRD's, ce qui ne permet pas aux GRD's d'apparaître comme cet acteur neutre et objectif, qui pourrait orienter ces clients dans des démarches parfois complexes.

2.3. Les gestionnaires de réseaux flamands et bruxellois sont réticents à laisser des responsabilités à des employés d'Electrabel, pour des missions communes.

Les gestionnaires de réseaux du secteur mixte de Flandre et de la Région Bruxelles-Capitale ont intégré le personnel, précédemment chez Electrabel, dans des structures indépendantes d'Electrabel et sous l'autorité directe des GRD's (EANDIS et filiales du GRD SIBELGA). Dans de multiples domaines, des interactions et des développements communs existent entre GRD's de Régions différentes, essentiellement en ce qui concerne les échanges d'information, la validation de données, les exercices de réconciliation, l'hébergement de systèmes informatiques (notamment pour le registre d'accès), le développement de nouvelles applications, des programmes de réduction de coûts et d'augmentation des performances...) Tous ces échanges entre GRD's mixtes de Régions différentes sont hautement souhaitables pour le bon fonctionnement du marché à un coût raisonnable.

A partir du moment où les GRD's de Régions voisines demandent que certaines fonctions de coordination ou de développement stratégique soient assumées par une personne indépendante d'Electrabel, ces fonctions échappent aux personnes compétentes actives en Wallonie, à moins que ces personnes n'intègrent une autre structure. Cette structure doit être significative et offrir des possibilités professionnelles attrayantes dans le secteur de la gestion des réseaux, pour intéresser les candidats.

EANDIS semble correspondre à ces exigences, ce qui explique que certaines missions stratégiques pour la Région wallonne sont aujourd'hui remplies par des cadres sous contrat EANDIS. C'est vrai pour la plate-forme UMI, mais aussi pour la société INDEXIS, essentiellement active pourtant en Wallonie. Cette situation ne préjuge en rien de la qualité des actions qui y sont menées, mais crée une situation de dépendance inquiétante par rapport à une Région voisine, qui pourrait avoir d'autres priorités. Ce qui est vrai pour les responsables est vrai également pour les produits et les programmes développés. Il s'agit de produits ou de programmes qui sont développés en commun par les GRD's des différentes Régions, et il convient de s'assurer qu'ils prennent en compte, de façon équitable, les priorités ou spécificités de chaque Région.

2.4. Le coût d'exploitation du réseau

En laissant l'exploitation de réseaux à Electrabel, avons-nous la garantie que cette exploitation continuera à se faire au meilleur coût? La CWaPE est d'avis que cette question sort assez largement de ses compétences légales. Mais pas de ses préoccupations.

Il semble que cette garantie n'existe pas (hormis le contrôle effectué par le régulateur fédéral), étant entendu qu'aucune mise en concurrence n'est en place pour organiser l'exploitation du réseau et que le GRD n'a pas l'autorité nécessaire à cet égard sur le partenaire privé chargé de l'exploitation.

La CWaPE n'a pas la compétence légale pour apprécier si le fonctionnement actuel satisfait à la législation sur les marchés publics, mais elle considère que toute évolution dans l'organisation du secteur devra se faire avec le souci de respecter au mieux l'esprit de cette législation et de ses développements en cours et à venir.

3. Proposition

3.1. Initiative à prendre rapidement

Dans la suite des avis précédemment émis, la CWaPE estime que, même si les initiatives précédentes prises par les autorités pour créer un pôle de compétences propre aux GRD's mixtes n'ont pas abouti, il convient de prendre rapidement une nouvelle initiative dans ce domaine.

Les difficultés constatées précédemment subsistent et se sont amplifiées, alors que de nouvelles difficultés sont apparues liées au fait que la situation en Flandre et à Bruxelles a évolué dans le sens souhaité, c'est-à-dire une séparation nette entre les activités de fourniture et de gestion du réseau. Ainsi, continuer à confier l'exploitation du réseau de distribution à Electrabel uniquement en Wallonie, non seulement crée un message ambigu au marché, mais ôte aux acteurs wallons la possibilité de prendre un rôle majeur dans l'évolution du secteur.

L'évolution souhaitée du secteur en Wallonie doit viser aussi à permettre un contrôle efficace des prix, en évitant les doublons (duplication de tâches) et en renforçant l'autorité du GRD sur son sous-traitant. Dans un second temps, elle doit rendre possible des mécanismes permettant de limiter des disparités tarifaires entre réseaux.

3.2. Une société chargée de l'exploitation des réseaux de gaz et d'électricité

- Le schéma suivi en Flandre, qui a abouti à la création d'EANDIS, correspond bien à ce qu'il est possible de faire en Région wallonne pour répondre aux difficultés identifiées sous le point 2.

Cette nouvelle société à créer (appelons la provisoirement RESO, pour Réseaux d'Energies, Stratégie et Opérations) devrait reprendre l'ensemble des compétences remplies aujourd'hui par les experts des communes, Netmanagement (Electrabel) et, pour les applications spécifiquement wallonnes, Indexis. Son nom importe peu, quoiqu'il soit préférable qu'il fasse clairement allusion à la notion de "gestion de réseau" aux oreilles du profane qui, sinon, pourrait encore longtemps douter du rôle spécifique de chacun des acteurs. A cet égard, le choix du nom EANDIS en Flandre n'est pas le plus heureux puisqu'il fait référence à une notion (code EAN) de spécialiste, initialement peu connue du grand public.

- Il importe surtout que RESO soit une filiale des GRD's mixtes de façon à ce que les GRD's aient l'autorité maximale sur cette société. Si à un moment donné, les GRD's mixtes devaient fusionner, RESO serait la filiale à 100% de ce GRD et les conditions seraient réunies pour correspondre à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après CJCE), consécutive à l'arrêt Teckal du 18 novembre 1998.

Selon la CJCE, il suffit en principe que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière pour entraîner la qualification de marché, nécessitant la mise en concurrence conformément à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. *« (...) Il ne peut en être autrement que dans l'hypothèse où à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »*. Cette exception est donc une petite brèche ouverte par la CJCE dans le carcan de plus en plus présent de la législation sur les marchés publics. Cette jurisprudence est à la base de la théorie de la gestion "in house".

En première analyse, il semble que cette relation *in house* serait respectée en cas de GRD unique vis-à-vis de sa filiale à 100%. En attendant la création de ce GRD unique, il nous semble que la situation serait déjà bien plus confortable en cas de création de RESO, vu l'article 41ter, § 1, 2° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. En marge de cette théorie de la gestion in house issue de la jurisprudence de la CJCE, le mécanisme de co-entreprise prévu à l'article 41ter de la loi du 24 décembre 1993 pourrait peut-être trouver à s'appliquer en l'espèce. Selon cet article 41 ter,

« § 1. Les dispositions de la loi ne s'appliquent pas aux marchés publics de services visés au présent chapitre :

1° (...);

2° qu'une co-entreprise constituée, aux fins de la poursuite des activités visées au présent titre IV, de plusieurs pouvoirs adjudicateurs au sens du livre premier et d'entités adjudicatrices au sens du livre II passe auprès d'un de ces pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à un de ceux-ci.

Cette exception ne vaut qu'à la condition que quatre-vingt p.c. au moins du chiffre d'affaires moyen réalisé en matière de services par cette entreprise dans la Communauté européenne au cours des trois dernières années provienne de la prestation de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée. (...) »

Il s'agit ici d'une première analyse qui pourrait être complétée prochainement.

- Les structures décisionnelles de RESO devraient être telles que, outre l'autorité prépondérante laissée aux GRD's, des centres de décision soient organisés qui excluraient les représentants du partenaire privé des GRD's pour toute décision à caractère confidentiel ou stratégique (au sens du décret du 12 avril 2001) ainsi que de la politique de rémunération des employés et cadres de RESO.
- Les conventions entre RESO et les GRD's mixtes devraient contenir explicitement des clauses qui autorisent la CWaPE à contrôler au besoin directement RESO quant à la mise en œuvre des règles et des procédures. Un tel contrôle consisterait non pas à vérifier le respect par RESO d'obligations légales qui lui seraient propres mais à vérifier, chez un sous-traitant, le respect des obligations légales des GRD's.

4. Conclusion

La CWaPE est consciente qu'elle va, dans la présente proposition, au-delà des contraintes légales strictement existantes. Les décrets du 12 avril 2001 et du 19 décembre 2002 prévoient que le Gouvernement wallon peut déterminer d'autres missions stratégiques ou confidentielles propres aux GRD's, missions qui, si elles étaient décidées, pourraient contraindre les GRD's à créer une structure de type RESO.

La Commission européenne n'a pas "encore" étendu aux réseaux de distribution l'obligation de séparation (juridique et patrimoniale) avec les fournisseurs, comme elle l'a fait entre la production et le transport. Mais la volonté est manifestement d'aller dans ce sens et des initiatives se développent.

Enfin, la CWaPE est d'avis que si le maintien d'une participation, même minoritaire, d'Electrabel dans le capital des GRD's mixtes n'est pas une bonne chose en soi, elle est cependant peu susceptible de perturber le fonctionnement du marché. Une telle exigence qui serait imposée aujourd'hui rendrait la solution préconisée dans la présente proposition beaucoup plus aléatoire et longue à mettre en œuvre. Elle nous semble relever davantage d'une réflexion générale sur l'avenir à long terme à réserver aux intercommunales mixtes par les autorités compétentes pour les pouvoirs locaux.

* *
*