



COMMISSION WALLONNE POUR L'ENERGIE

AVIS

CD-9f23-CWaPE-236

sur

*'la conformité, au regard du prescrit
de la législation wallonne,
des statuts et de la convention d'associés
soumis au Gouvernement wallon
à la suite de la création de la société ORES'*

*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.*

Le 24 juin 2009

**Avis de la CWaPE sur la conformité,
au regard du prescrit de la législation wallonne,
des statuts et de la convention d'associés soumis au Gouvernement wallon
à la suite de la création de la société ORES**

1. Objet

Par courrier daté du 11 mai 2009, le Ministre du Logement, du Transport et du Développement territorial, a transmis à la CWaPE une demande d'avis portant sur l'examen, au regard du prescrit de la législation wallonne, de différents documents relatifs à la création de la société ORES, à savoir la copie de la convention d'associés signée par les différents partenaires ; les statuts coordonnés de la société, la liste des administrateurs et celle du personnel dirigeant. Le Ministre a reçu ces documents en application des décrets du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (ci-après « décret électricité ») et du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, ci-après « décret gaz », qui prévoient que « *Les statuts de la filiale et la convention d'actionnaires, de même que la liste des administrateurs et du personnel dirigeant sont transmis au ministre dans les trois mois de la constitution de la filiale (...)* » (article 16 § 3 du décret du 12.01.01 et 17 § 3 du décret du 19.12.02).

2. Analyse

L'examen de ces documents doit porter essentiellement sur leur conformité avec les articles 12 §3 et 16 § 2 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et les articles 13 § 3 et 17 § 2 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz. Il convient de noter que les remarques exprimées ci-après sont très comparables à celles qui avaient été formulées dans l'avis CD 8 f06 CWaPE 190 « sur le projet de création de la société Netwal », du 9 juin 2008, sous réserve du fait que cet avis était basé sur le texte des projets de décrets qui allaient être adoptés le 17 juillet 2008.

a) Conformité avec les articles 16 § 2 du décret électricité et 17 § 2 du décret gaz

Les conditions posées par le législateur dans ces articles 16 § 2 et 17 § 2 à propos de cette filiale sont commentées ci-après au regard des différents documents reçus :

Art 16

(...)

§2. Le gestionnaire de réseau peut choisir de confier l'exploitation journalière de ses activités à une filiale répondant aux exigences énoncées au présent paragraphe, que celle-ci soit propre à chaque gestionnaire de réseau ou commune à plusieurs d'entre eux.

La création de la filiale doit se faire dans le respect des conditions suivantes:

1° la filiale constitue une entité juridiquement distincte de tout producteur, fournisseur ou intermédiaire;

ORES est une filiale des intercommunales Ideg, Ieh, Igh, Interlux, Intermosane, Interest-Interoost, Sedilec et Simogel et est bien une entité juridique distincte des producteurs, fournisseurs ou intermédiaires qui est constituée sous la forme d'un SCRL.

2° les producteurs, fournisseurs ou intermédiaires ne peuvent détenir de titre représentatif de son capital;

Selon l'article 1.3. de la convention d'associés qui a été communiquée, l'ensemble des GRD mixtes wallons dispose d'une participation au capital d'ORES à hauteur de 100 % de celui-ci. Les documents transmis à la CWaPE ne permettent cependant pas de vérifier qu'à la date du présent avis la cession de toutes les parts d'Electrabel a bien été réalisée en faveur des GRD mixtes wallons. Une confirmation formelle et probante devrait être adressée par ORES.

3° ses statuts appliquent des règles strictes de « corporate gouvernance » prévoyant à tout le moins ce qui suit:

- a) 80 % au moins des membres de son conseil d'administration sont des administrateurs indépendants au sens de l'article 2, 20°, et sont proposés par le ou les gestionnaire(s) de réseaux associé(s),*

Cette règle n'est pas consacrée formellement dans les statuts contrairement à ce qu'impose cette disposition du décret. En ce qui concerne la convention d'associés, celle-ci prévoit tout au plus, en son article 1.1.1., que le conseil d'administration sera composé d'un maximum de 21 membres, en ce compris l'administrateur délégué, et que 16 membres sur 21 seront présentés par les GRD mixtes wallons (et 4 par Electrabel). Les statuts doivent donc être revus sur ce point. Par ailleurs, la CWaPE ne peut pas, sur base des seules informations reçues et des connaissances propres dont elle dispose, vérifier que 80 % de ces 21 administrateurs sont bien indépendants au sens de l'article 2,20° du « décret électricité » (et 2, 14° du « décret gaz »), qui définit l'administrateur indépendant comme étant :

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

- a) n'exerce aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur, d'un fournisseur ou d'un intermédiaire et n'a pas exercé une telle fonction ou activité au cours des vingt-quatre mois précédant sa nomination en tant qu'administrateur, et*
b) ne bénéficie d'aucun avantage matériel octroyé par l'une des personnes visées au littera a), ni par l'une de leurs entreprises associées ou liées, qui, de l'avis de la CWaPE, est susceptible d'influencer son jugement; »

Il conviendrait donc que ces 21 administrateurs transmettent une déclaration sur l'honneur qui atteste qu'ils sont bien indépendants au sens de cette disposition et qui reprend l'inventaire des éventuels avantages matériels au sens du point b) ci-dessus dont ils disposeraient;

- b) le conseil d'administration élit en son sein un Comité Exécutif et Stratégique, composé exclusivement d'administrateurs indépendants, et compétent pour la préparation des tâches stratégiques et confidentielles énoncées au §1 ;*

Les statuts ne prévoient qu'une possibilité de création d'un tel comité (cfr. le paragraphe 3 de l'article 14), or le décret l'impose. Les statuts stipulent que les membres de ce comité, s'il est créé, sont au nombre de 10 dont l'administrateur-délégué et le Président du Conseil et qu'ils sont nommés par le conseil d'administration en son sein.

La convention d'associé indique en son article 1.1.1. que 8 membres de ce comité seront choisis parmi les membres du conseil d'administration présentés par les GRD mixtes wallons. Comme indiqué précédemment, cette présentation par les GRD mixtes wallons n'est pas une garantie suffisante pour vérifier que ces membres sont tous des « administrateurs indépendants». Les déclarations sur l'honneur dont question *supra* permettront de vérifier le respect de cette condition.

- c) *le conseil d'administration crée en son sein les comités suivants, composés majoritairement d'administrateurs indépendants, et qui assistent le conseil d'administration dans ses décisions ou qui ont une compétence d'avis:*
- un comité d'audit, chargé au moins de l'examen des comptes et du contrôle du budget,*
 - un comité d'éthique, tel que visé au §1^{er},*
 - un comité de nomination et de rémunération, chargé de faire des propositions au conseil d'administration au sujet de l'engagement de la personne en charge de la direction générale et des cadres rapportant directement à cette personne, ainsi que de leur rémunération;*

Ces comités sont bien prévus par les statuts mais leur constitution est à nouveau facultative : « Le conseil d'administration peut constituer... » (cfr. article 14 des statuts) alors que le décret n'institue pas une faculté mais une obligation.

Les statuts prévoient à nouveau que les membres sont nommés par le conseil d'administration en son sein, mais ne reprennent pas l'exigence relative aux « administrateurs indépendants ». Sans disposer des déclarations sur l'honneur don question *supra*, la CWaPE n'est pas en mesure de vérifier que ces comités sont bien composés majoritairement d'administrateurs indépendants.

Nous notons que le contrôle du budget n'est pas formellement repris parmi les activités du comité d'audit défini dans les statuts.

Enfin, pour éviter que les différents comités ne s'arrogent de fait une partie des compétences du conseil d'administration, pour lequel les règles d'indépendance sont parfois plus strictes, il pourrait être prévu de façon explicite que le conseil d'administration doit approuver dans tous leurs aspects et de façon expresse, les propositions et décisions émanant de ces comités.

4° ses statuts ne contiennent aucune disposition permettant à un producteur, fournisseur ou intermédiaire, directement ou indirectement, seul ou de concert, de rejeter, bloquer ou imposer une décision ou de faire obstacle à une prise de décision;

Les statuts prévoient en leur article 18 « *qu'une décision susceptible de porter gravement atteinte aux intérêts financiers ou à l'économie de la société ou d'un associé peut être reportée à une réunion ultérieure sur demande motivée d'un administrateur au moins. Cette demande est adressée au président, accompagnée d'une motivation circonstanciée qui expose concrètement l'atteinte possible invoquée. Le conseil d'administration se réunit dans un délai de dix jours à compter de l'introduction de la demande et se prononce sur le point qui a fait l'objet du report ainsi que sur les arguments invoqués dans la demande de report.* »

La CWaPE est d'avis qu'en théorie ce mécanisme n'est pas susceptible de contrarier la règle énoncée au point 4°. Il conviendra éventuellement de revenir sur cette appréciation si les faits démontrent qu'il est fait un usage abusif ou détourné de ce mécanisme.

5° la filiale ne peut réaliser des tâches autres que celles liées à l'exploitation journalière des activités exercées dans les secteurs électrique et gazier par le ou les gestionnaires de réseaux associés.

L'objet d'ORES qui est défini à l'article 3 des statuts, reprend les activités normalement exercées par les GRD. Nous notons toutefois qu'il est prévu qu'ORES peut exercer « *les activités liées à la production et la vente de l'énergie renouvelable et de l'énergie provenant d'installation de cogénération* ». Ce point n'est apparemment pas conforme à l'article 8 § 1^{er} du décret qui stipule que « *Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte. L'électricité ainsi produite est exclusivement utilisée pour alimenter ses propres installations et/ou pour compenser ses pertes de réseau* ». Une disposition similaire est prévue à l'article 7 § 1^{er} du décret gaz pour le gaz issu de SER.

Les documents parlementaires insistent sur ce point en précisant « *Il convient donc dans ce cadre de limiter au strict minimum l'activité du gestionnaire de réseau en matière de production d'électricité à la production d'électricité verte en vue de la couverture desdits besoins.* »¹ A noter que dans le projet de décret sur base duquel la CWaPE s'était prononcée dans son avis relatif à Netwal (avis CD 8f06 du 9 juin 2008), la disposition envisagée semblait moins stricte puisqu'elle stipulait : « *Le gestionnaire du réseau de distribution ne peut réaliser des activités de production autres que de l'électricité verte ; il peut vendre cette électricité, à condition que cette activité reste accessoire par rapport à ses activités exercées en qualité de gestionnaire de réseau* ».

¹ Parl.Wal. (2007-2008) 813, n°1, p.20.

Cette remarque étant faite, la CWaPE s'interroge toutefois sur ce qu'ORES devrait faire avec les quantités éventuellement produites au-delà des besoins liés aux installations propres et aux pertes de réseau.

Nous constatons aussi que selon ces statuts, ORES peut réaliser « *toutes les activités liées à la pose et à l'entretien de l'éclairage public* ». Cet objet paraît trop vaste dans la mesure où, dans l'énumération décrétale des activités des GRD dans les secteurs électriques et gaziers, l'on ne retrouve en matière d'éclairage public que « *le service d'entretien de l'éclairage public* » (voyez l'article 11 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité). Selon l'arrêté du Gouvernement wallon du 6 novembre 2008 relatif à l'obligation de service public imposée aux gestionnaires de réseaux de distribution en termes d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public, les GRD semblent ne pouvoir intervenir en matière de pose d'éclairage public que dans le cadre de la passation de marchés:

Art. 3.

Le GRD peut réaliser, le cas échéant, à la demande et pour compte des villes et communes associées dans le cadre de nouvelles installations d'éclairage communal et/ou de renouvellement des installations existantes d'éclairage communal, les activités suivantes:

- a) les études et conceptions;*
- b) les procédures préalables à l'attribution, notamment la constitution des cahiers des charges, les éventuelles publications ou consultations et l'analyse des offres;*
- c) la passation et le suivi des commandes après attribution des marchés par les villes et communes;*
- d) l'exécution et la surveillance des travaux ainsi que les prestations administratives liées à celles-ci, notamment les décomptes techniques et financiers*

b) Conformité des documents reçus avec les articles 12 § 3 du décret électricité et 13 § 3 du décret gaz

Ces dispositions décrétale prévoient une extension des règles de composition, d'indépendance du personnel, de confidentialité et de non discrimination entre utilisateurs, définies par le Gouvernement dans ses arrêtés du 21 mars 2002 et du 16 octobre 2003 relatifs aux gestionnaires de réseaux, à la filiale des gestionnaires de réseaux de distribution. Si le respect de ces dispositions devra être contrôlé dans les faits, la CWaPE relève que deux règles au moins pourraient dès à présent être reproduites dans le texte des statuts. Il s'agit tout d'abord de la règle selon laquelle « *Les décisions du conseil d'administration relatives à la désignation et révocation des membres du personnel et, le cas échéant, des membres de l'organe restreint de gestion requièrent 75 pour cent des voix des administrateurs indépendants.* » (article 3 alinéa 2 de l'AGW du 21 mars 2002 et de l'AGW du 16 octobre 2003). Il s'agit ensuite du principe de la désignation d'une personne, indépendante des producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires, spécialement chargée de la coordination des mesures adoptées en matière de confidentialité des informations personnelles et commerciales (article 7 des deux arrêtés précités du Gouvernement wallon).

De même, les règles de confidentialité (accès aux données confidentielle réservé exclusivement aux administrateurs indépendants) et de prohibition des conflits d'intérêt prévues aux articles 12 § 2 du décret électricité et 13 § 2 du décret gaz pour les GRD sont été rendus applicables aussi à cette filiale par les articles 12 § 3 et 13 § 3 précités des décrets. Ces exigences devraient être formellement reproduites dans les statuts d'ORES.

c) Article 4.3. de la convention d'associés

L'article 4.3. de la convention d'associés stipule : « *Dans le respect de l'indépendance des GRD vis-à-vis de tout producteur, fournisseur ou intermédiaire, pour assurer la continuité des services et garantir un transfert harmonieux des activités, compte tenu de leur complexité, les parties conviennent que ORES pourra encore bénéficier de la part du groupe Electrabel/Suez d'une assistance dans les domaines informatiques, de gestion des ressources humaines, d'assurances, de gestion des fonds de pension et de services généraux. Cette assistance sera formalisée dans des conventions de services, la finalité étant l'autonomisation d'ORES.* »

La CWaPE estime que pour lui permettre de vérifier que cette clause ne contrarie pas l'indépendance d'ORES, il serait nécessaire qu'elle reçoive copie des conventions qui y sont visées.

3. Avis

La CWaPE est d'avis que les mesures suivantes doivent être prise :

- a) Les statuts d'ORES devraient être modifiés sur les points suivants, conformément à l'analyse qui précède:
 - Consécration formelle des règles décrétale de composition du conseil d'administration et des comités ;
 - Consécration du principe d'absence de pouvoir décisionnel autonome des comités ;
 - Introduction de l'obligation de créer ces comités;
 - Inclusion du contrôle du budget parmi les tâches du comité d'audit;
 - Adaptation de l'objet des activités d'ORES en matière de vente d'énergie renouvelable et d'éclairage public ;
 - Insertion de la règle selon laquelle la désignation et la révocation des membres du personnel requièrent 75 % des voix des administrateurs indépendants ;
 - Prévoir la désignation du coordinateur de confidentialité ;
- b) La réalité de la cession de 100 % des parts sociales d'ORES en faveur des GRD mixtes wallons devrait être attestée.
- c) ORES doit transmettre les déclarations sur l'honneur de ses 21 administrateurs attestant qu'au sens de l'article 2,20° du « décret électricité » (et 2,14° du « décret gaz »), ils sont bien indépendants au sens de l'article cette disposition et qui reprend l'inventaire des éventuels avantages matériels, au sens du point b) de cet article du décret, dont ils disposeraient;
- d) ORES doit transmettre l'inventaire et les copies des éventuelles conventions conclues ou à conclure avec le groupe Electrabel/SUEZ (et/ou ses filiales), en application de l'article 4.3. de la convention d'associés.

* * *