



CWaPE
Commission
Wallonne
pour l'Énergie

L:\1 Présidence\11 Avis, propositions et études\116 Electricité et gaz

Date du document : 4/12/2017

AVIS

CD-17I01-CWaPE-1751

**AVANT-PROJET D'ARRÊTÉ DU GOUVERNEMENT WALLON
PRÉSENTANT LE PROJET DE 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,
ADOPTÉ EN 1^{RE} LECTURE LE 26 OCTOBRE 2017**

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 et de l'article 36bis du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz

Table des matières

1.	OBJET.....	3
2.	ANALYSE DE L'AVANT-PROJET	3

1. OBJET

Par courrier daté du 30 octobre 2017, le Ministre wallon de l'Énergie a soumis pour avis à la CWaPE un avant-projet d'arrêté du Gouvernement wallon présentant le projet de 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, adopté en 1^{re} lecture par le Gouvernement wallon.

2. ANALYSE DE L'AVANT-PROJET

L'avant-projet d'arrêté présente un projet de décret visant à réformer la structure, la gouvernance ainsi que le rôle des gestionnaires de réseau de distribution wallons. Il fait suite aux recommandations formulées dans le rapport du 6 juillet 2017 de la Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin ainsi qu'aux propositions en matière de simplification des structures des gestionnaires de réseau de distribution (GRD), formulées le 29 mai 2017 par la CWaPE (CD-17e24-CWaPE-1701).

La CWaPE constate que les dispositions de l'avant-projet correspondent en très grande partie aux propositions de simplification des structures qu'elle a formulées.

Elle relève toutefois que, contrairement à sa proposition, l'article 9, 1° et 3°, c, ainsi que l'article 21, 1° et 3°, c, de l'avant-projet maintiennent toujours la possibilité pour un GRD de confier seul tout ou partie de l'exploitation journalière de ses activités à une filiale. La CWaPE estime qu'il conviendrait de limiter cette possibilité de création d'une filiale aux seules hypothèses où cela serait justifié par une économie d'échelle, ce qui pourrait difficilement être le cas lorsqu'un seul GRD crée une filiale, comme c'est le cas d'ORES Assets actuellement. En effet, la présence d'une filiale engendre des difficultés de contrôle pour le régulateur, notamment en ce qui concerne l'examen et la bonne compréhension des natures de coûts de la filiale qui sont refacturés au GRD.

La CWaPE prend également acte que des discussions sont en cours au sujet de l'insertion d'une exception, pour les communes et provinces qui produisent directement ou indirectement de l'énergie pour leurs propres besoins ou dans le cadre de leurs activités de traitement de valorisation des déchets ainsi que de gestion des eaux usées (comme proposé par la CWaPE), à l'interdiction de la présence de producteur, fournisseur ou intermédiaire parmi les personnes morales détenant directement ou indirectement des parts représentatives du capital social du GRD. En l'absence d'une telle exception, le risque est donc qu'un certain nombre de communes doivent, soit abandonner complètement ces activités, soit se retirer des GRD.

La CWaPE met en évidence, ci-dessous, quelques modifications de fond qui devraient, selon elle, être apportées à l'avant-projet pour que celui-ci mette en œuvre de la manière la plus cohérente possible les réformes envisagées.

Des observations de forme sont également formulées. Celles-ci ne sont toutefois pas exhaustives, considérant que des relectures auront encore lieu par la suite, sur le plan légistique notamment.

- **Titre I**

Deux coquilles se sont glissées dans l'intitulé du Titre I, dans les mots « avril » et « électricité ».

- **Article 1^{er}**

Tel que formulé actuellement, l'article 2, 20°, du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité implique qu'un « prosumer » ne pourrait être considéré comme administrateur indépendant. Il pourrait donc être pertinent de prévoir que n'est pas incompatible avec la notion d'administrateur indépendant la production d'électricité par un « prosumer » (utilisateur du réseau de distribution basse tension disposant d'une installation de production d'électricité décentralisée dont la puissance est inférieure ou égale à 10 kVA, susceptible d'injecter et de prélever de l'électricité au réseau sur le même point de raccordement).

- **Article 5**

- Il est actuellement prévu, à l'article 5, 1°, de l'avant-projet de remplacer l'alinéa 1^{er} de l'article 7^{ter} du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité par le passage suivant : « Sans préjudice du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le gestionnaire de réseau de distribution est constitué conformément aux dispositions suivantes : ».

La volonté du Gouvernement n'est manifestement pas de supprimer les points 1° à 10° de l'alinéa 1^{er}. Il conviendrait donc de préciser que seule la première phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 7^{ter} est remplacée par ce passage.

L'article 5, 1°, deviendrait alors : « 1° la première phrase de l'alinéa 1^{er} est remplacée comme suit : « *Sans préjudice du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le gestionnaire de réseau de distribution est constitué conformément aux dispositions suivantes :* ».

- L'article 5 de l'avant-projet ne prévoit pas de modification à l'article 7^{ter}, alinéa 1^{er}, 2°, du décret du 12 avril 2001. Celui-ci prévoit toutefois que, « dans les organes de gestion, les représentants des actionnaires publics sont majoritaires et disposent de tout temps de la majorité des voix », ce qui pourrait créer une ambiguïté par rapport à la volonté d'une détention à 100% par les communes et les provinces.

- **Article 6**

- Le § 2 de l'article 8 du décret du 12 avril 2001, tel qu'il devrait être remplacé par l'article 6, 1°, de l'avant-projet, est ambigu en ce qui concerne l'autorité compétente pour autoriser les gestionnaires de réseaux de distribution à réaliser d'autres activités que celles relevant de sa mission générale. D'une part, il est prévu à la première phrase de l'alinéa 2 que c'est le Gouvernement qui peut octroyer l'autorisation, après simple avis de la CWaPE. D'autre part, il découle de l'alinéa 2, 3°, que le Gouvernement ne pourra octroyer l'autorisation que si la CWaPE a elle-même approuvé l'exercice de cette activité par les gestionnaires de réseaux de distribution, ce qui revient à considérer que c'est la CWaPE qui est en réalité compétente pour décider. A cela s'ajoute que l'alinéa 5 prévoit que, pour la reconduction de l'autorisation, c'est le Gouvernement qui prend la décision mais, cette fois-ci, sur avis conforme de la CWaPE.

Selon la philosophie de la proposition de directive actuellement en cours d'adoption, la compétence d'approbation devrait en principe revenir à l'autorité de régulation (voir l'article 36.2, a, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (refonte)).

Il conviendrait donc de simplifier le § 2 en projet en supprimant le point 3° de l'alinéa 2 et en prévoyant:

- Soit directement que c'est la CWaPE qui est compétente (sans aucune intervention du Gouvernement) pour approuver l'exercice d'autres activités, après avoir évalué la nécessité d'une telle dérogation en tenant compte des conditions visées aux 1° et 2° ;
- Soit que le Gouvernement octroie l'autorisation après avis conforme de la CWaPE, remis après évaluation de la nécessité d'une dérogation en tenant compte des conditions visées aux 1° et 2°.

Des modifications similaires devraient également être apportées aux alinéas 4 et 5 du § 2 de l'article 8 du décret du 12 avril 2001, tel qu'il devrait être remplacé par l'article 6, 1°, de l'avant-projet, dans la mesure où ceux-ci prévoient également actuellement que c'est le Gouvernement qui liste les activités autorisées et qui décide de la reconduction de l'autorisation accordée.

- L'alinéa 2, 1°, du § 2 de l'article 8 du décret du 12 avril 2001, tel qu'il devrait être remplacé par l'article 6, 1°, de l'avant-projet, prévoit actuellement que la première condition pour qu'un GRD puisse exercer une autre activité que celles relevant de sa mission générale est qu'aucun acteur de marché n'ait manifesté son intérêt pour une telle activité « à la suite d'une consultation publique ouverte et transparente, organisée par la CWaPE ».

Il conviendrait d'apporter les trois modifications suivantes à l'alinéa 2, 1° :

- Remplacer les mots « consultation publique » par les mots « procédure d'appel d'offres ». C'est en effet ce qui est prévu dans la directive actuellement en cours d'adoption. C'est également ce qui est prévu dans l'article 18 de l'avant-projet qui contient une disposition équivalente à l'article 6 de l'avant-projet, mais pour le gaz.
- Remplacer les mots « la CWaPE » par les mots « le gestionnaire de réseau de distribution ». Il est en effet plus logique que ce soient les GRD qui lancent les procédures d'appel d'offres et non la CWaPE. Ce n'est en effet qu'une fois que le GRD constate qu'aucun acteur de marché n'a marqué son intérêt à la suite de l'appel d'offres qu'il pourra demander une autorisation pour exercer lui-même l'activité concernée. Dans le cadre de l'examen de cette demande d'autorisation, la CWaPE examinera alors si une procédure d'appel d'offres ouverte et transparente a bien été mise en œuvre par le GRD et si aucun acteur de marché n'a manifesté son intérêt.

Afin de garantir un contrôle effectif de la CWaPE du caractère transparent de la procédure d'appel d'offres et de l'absence de réponse d'un acteur de marché, il conviendrait en outre de compléter l'alinéa 2, 1°, en précisant que « La CWaPE est habilitée à requérir du gestionnaire de réseau de distribution la communication de tout document relatif à la procédure d'appel d'offres organisée par celui-ci ».

- Afin d'éviter que le GRD ne se voie interdire l'exercice d'une autre activité que celles relevant de sa mission générale dès qu'un acteur de marché aurait manifesté son intérêt, indépendamment du caractère proportionné de l'offre formulée, il serait préférable de nuancer la condition visée à l'alinéa 2, 1°, en précisant qu'aucun acteur de marché ne doit avoir manifesté son intérêt à exercer pareille activité « à des conditions économiquement raisonnables pour la collectivité ». Cette nuance irait dans le sens des amendements à l'article 36 de la proposition de directive en cours d'adoption (qui concerne la détention d'installations de stockage par les GRD), proposés respectivement par le Conseil et par la Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie (ITRE) du Parlement européen. Elle paraît nécessaire dans la mesure où il n'est pas à exclure que pour la recherche de solutions très locales, le marché ne soit pas soumis à une concurrence suffisante et que certains acteurs de marché en profitent pour formuler des propositions déraisonnables sachant que le GRD n'aura pas forcément d'alternatives.
- En remplaçant le § 2 de l'article 8 du décret du 12 avril 2001, l'article 6, 1°, de l'avant-projet supprime donc la mission suivante de la CWaPE, actuellement prévue à l'article 8, § 2, dernier alinéa : « Toute aliénation de l'infrastructure et de l'équipement faisant partie du réseau de distribution, faite par le gestionnaire du réseau de distribution et ses filiales, est soumise à l'avis conforme de la CWaPE ».

Il s'agit d'une garantie nécessaire qu'il conviendrait de réintégrer dans l'avant-projet.

- **Article 7**

Il est prévu à l'article 7, 2°, de l'avant-projet que soit uniquement considéré comme manquement grave, le non-respect des dispositions relatives à l'actionnariat, aux organes de gestion ou aux missions des gestionnaires de réseau de distribution, et le cas échéant de leur filiale.

La CWaPE ne comprend pas la volonté de limiter la notion de manquement grave au non-respect de ces dispositions. L'article 7, 2°, a en effet pour conséquence :

- d'une part, que des fautes aussi sérieuses que le non-respect répété des dispositions en matière de confidentialité, de non-discrimination en matière de raccordement, etc. ne pourraient jamais mener à une révocation ;
- d'autre part, que la CWaPE pourrait potentiellement se voir opposer par un GRD auquel elle envisagerait d'imposer une sanction administrative pour de tels manquements, l'argument selon lequel la sanction devrait être réduite, ces manquements n'ayant pas été considérés comme graves par le législateur.

Il conviendrait donc d'ajouter à cette énumération les manquements répétés liés à la divulgation de données confidentielles ou au non-respect du principe de non-discrimination dans le cadre de demandes de raccordement, ou à tout le moins d'ajouter le mot « notamment » dans la définition de manquement grave.

- **Article 9**

- L'article 9, 1° et 3°, h, de l'avant-projet prévoit notamment que le personnel du gestionnaire de réseau de distribution ou de sa filiale ne peut cumuler son emploi au sein de celui-ci/celle-ci avec une activité complémentaire au service d'un producteur, fournisseur ou intermédiaire.

La CWaPE attire l'attention du Gouvernement sur le fait qu'il ressort notamment d'échanges récents avec le GRD RESA que celui-ci considère que la s.a. NETHYS n'est pas un producteur ou fournisseur au sens des articles 7bis et 16, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001, dans leur configuration actuelle. RESA estime en effet que sont seules concernées les personnes qui exercent directement les activités de production, de vente et de revente d'électricité et non les personnes morales qui, comme NETHYS, ne font que détenir des sociétés qui exercent de telles activités (notamment ELICIO).

Une telle interprétation de ces dispositions paraît, selon la CWaPE, non conforme à l'article 26 de la directive 2009/72/CE qui prévoit que les garanties d'indépendance voulues par la directive doivent s'appliquer à tout GRD faisant partie d'une entreprise verticalement intégrée au sens de l'article 2.21 de cette directive, ce qui est le cas de RESA- NETHYS -ELICIO. Cette interprétation prive en outre les articles 7bis et 16, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001 d'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 producteur ou fournisseur pour échapper à l'application de ces dispositions.

Ces divergences d'interprétation du décret entre RESA et la CWaPE risqueraient de se poursuivre s'il s'avérait, à l'avenir, que des membres du personnel de RESA travaillent également pour NETHYS ou une autre société contrôlant des producteurs, fournisseurs ou intermédiaires au sens de l'article 2, 1^o, 33^o et 36^o, du décret du 12 avril 2001.

Il conviendrait donc, selon la CWaPE, de préciser dans l'avant-projet que, pour l'application de l'article 16 du décret du 12 avril 2001, la notion de producteur, fournisseur ou intermédiaire, vise également les personnes associées ou liées¹ à un producteur, fournisseur ou intermédiaire au sens de l'article 2, 1^o, 33^o et 36^o, du décret du 12 avril 2001. Il n'existerait alors plus de doute quant à la soumission de toutes les formes d'entreprises verticalement intégrées au sens de la directive 2009/72/CE aux garanties d'indépendance prévues à l'article 16 du décret.

Cette définition devrait également être rendue applicable pour l'article 7bis du décret du 12 avril 2001 qui, dans sa version telle que modifiée par l'avant-projet, prévoirait qu'un producteur, fournisseur ou intermédiaire ne peut détenir, directement ou indirectement, des parts représentatives du capital social du gestionnaire de réseau de distribution. Cette disposition pourrait alors toutefois interdire la présence, parmi les actionnaires des GRD, non seulement d'intercommunales, communes et provinces produisant elle-même de l'énergie (comme déjà évoqué au début du présent avis) mais également potentiellement d'intercommunales, communes et de provinces détenant directement ou indirectement des participations dans des sociétés de production ou fourniture d'énergie.

Si la volonté du Gouvernement n'est pas d'interdire aux communes et provinces liées à la production ou la fourniture d'électricité d'être également actionnaires des GRD, il conviendrait alors de ne pas supprimer et d'adapter les garanties actuellement prévues par le décret du 12 avril 2001 (articles 7bis et 16, § 1^{er}) en cas de détention directe ou indirecte de parts représentatives du capital social du GRD par un producteur, fournisseur ou intermédiaire.

¹ Voir, à cet égard, la définition de la notion d'entreprise liée faite à l'article 2.22 de la directive 2009/72/CE (et dans la proposition de directive en cours d'adoption) ou encore la définition des notions de sociétés liées ou associées faite aux articles 11 et 12 du Code des sociétés.

- Compte tenu de la suppression des alinéas 2 à 4 du § 1^{er}, de l'article 16 du décret du 12 avril 2001, il y a également lieu de modifier le § 2, alinéa 2, 3°, b) et c) de la même disposition. Celui-ci ne présentera en effet plus beaucoup d'utilité puisqu'il renvoie pour le moment aux alinéas du § 1^{er} qui seront supprimés.
- À l'article 9, 5°, b, de l'avant-projet, les mots « paragraphe 1^{er} » devraient être remplacés par les mots « paragraphe 2 ».

L'article 9, 5°, b, deviendrait alors : « b. les mots « *conformément au paragraphe 2, délègue* » sont remplacés par les mots « *conformément au paragraphe 2, ne peut déléguer* » ».

- **Article 10**

L'article 10 de l'avant-projet insère un nouvel article 16/1 dans le décret du 12 avril 2001 prévoyant également que le personnel du gestionnaire de réseau de transport local ne peut cumuler son emploi au sein de celui-ci avec une activité complémentaire au service d'un producteur, fournisseur ou intermédiaire.

Pour les motifs évoqués ci-dessus, il conviendrait, selon la CWaPE, de préciser dans l'avant-projet que, pour l'application de l'article 16/1 du décret du 12 avril 2001, la notion de producteur, fournisseur ou intermédiaire, vise également les personnes associées ou liées à un producteur, fournisseur ou intermédiaire au sens de l'article 2, 1°, 33° et 36°, du décret du 12 avril 2001.

- **Article 17**

Il est renvoyé, *mutatis mutandis*, à l'observation formulée concernant l'article 5 de l'avant-projet.

- **Article 18**

L'article 18, 3°, de l'avant-projet prévoit notamment de supprimer l'alinéa 3 du § 4 de l'article 7 du décret du 19 décembre 2002 qui dispose que « Les revenus de la propriété du réseau de distribution sont mentionnés dans la comptabilité ».

Il y a lieu de maintenir cette disposition. Il s'agit en effet d'une exigence reprise à l'article 31.3 de la directive 2009/73/CE et rien ne justifie sa suppression du décret du 19 décembre 2002. La CWaPE constate d'ailleurs qu'il n'est pas prévu, dans l'avant-projet, de supprimer l'équivalent de cette disposition dans le décret du 12 avril 2001 (article 8, § 2bis, alinéa 3).

Pour le surplus, il est renvoyé, *mutatis mutandis*, aux observations formulées concernant l'article 6 de l'avant-projet.

- **Article 19**

Dans le nouvel alinéa que l'article 19, 2°, de l'avant-projet prévoit d'insérer dans l'article 10, § 2, du décret du 19 décembre 2002, les mots « entre l'alinéa 4, devenu l'alinéa 3 et l'alinéa 5 » devraient être remplacés par les mots « après l'alinéa 4, devenu l'alinéa 3 ».

L'article 19, 2°, deviendrait alors : « 2° un nouvel alinéa rédigé comme suit est inséré après l'alinéa 4, devenu l'alinéa 3 : « *Est considéré comme manquement grave, le non-respect des dispositions relatives à l'actionnariat, aux organes de gestion ou aux missions des gestionnaires de réseau de distribution, et le cas échéant de leur filiale.* ».

Pour le surplus, il est renvoyé, *mutatis mutandis*, à l'observation formulée concernant l'article 7 de l'avant-projet.

- **Article 21**

Par souci de parallélisme, à l'article 21, 5°, de l'avant-projet, il conviendrait de rajouter la même modification que celle prévue à l'article 9, 5°, a, de l'avant-projet.

Pour le surplus, il est renvoyé, *mutatis mutandis*, aux observations formulées concernant l'article 9 de l'avant-projet.

L'article 21, 5°, deviendrait alors : « 5° le paragraphe 5 est modifié comme suit :

- a. les mots « Dans l'hypothèse où le gestionnaire de réseau de distribution ou sa filiale » sont remplacés par « La filiale » ;
- b. les mots « conformément au paragraphe 2, délègue » sont remplacés par les mots « conformément au paragraphe 2, ne peut déléguer » ;
- c. les mots « , les dispositions du présent article lui sont applicables. Le gestionnaire de réseau de distribution, ou le cas échéant, sa filiale, est réputé être titulaire des missions et obligations découlant du présent décret. » sont supprimés.

- **Article 22**

Il conviendrait d'ajouter entre « 32 » et « alinéa 1^{er} », « § 1^{er} », ».

L'article 22 deviendrait alors : « A l'article 32, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du même décret, le i) est supprimé ».

- **Article 23**

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 (puisqu'elles sont 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.

* *
*