

Avis

(A)2536
6 avril 2023

Avis relatif à l'avant-projet de loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, plus particulièrement l'insertion des troisième à cinquième points dans un nouveau paragraphe 1/1 inséré à l'article 9 de cette loi

Article 23, § 2, alinéa 2, 2° de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

Non-confidentiel

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	2
INTRODUCTION	3
1. ANTECEDENTS	4
2. PRESENTATION DES MODIFICATIONS ENVISAGEES	4
3. COMMENTAIRES GENERAUX SUR LES MODIFICATIONS DE LOI OBJET DE CETTE DEMANDE D'AVIS	6
3.1. La sauvegarde contre L'émergence de situations de conflits d'interêt	6
3.2. la note interpretative de la commission europeenne relative a l'application des regles de dissociation.....	7
4. COMMENTAIRES SPECIFIQUES SUR LES MODIFICATIONS DE LOI OBJET DE CETTE DEMANDE D'AVIS	10
5. CONCLUSION	11
ANNEXE 1.....	12
ANNEXE 2.....	12
ANNEXE 3.....	12

INTRODUCTION

La Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG) a reçu, le 23 mars 2023, un courrier de la Ministre de l'Énergie avec une demande d'avis concernant un avant-projet de loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après « la loi électricité ») et plus particulièrement, la demande de rendre un avis dans un délai de 10 jours ouvrables sur une modification spécifique par le biais de l'insertion, à l'article 9 de la loi électricité, des troisième à cinquième points dans un nouveau paragraphe 1/1.

En annexe de cette demande d'avis du Ministre de l'énergie, la CREG a reçu les dernières versions du texte de l'avant-projet de loi, de l'exposé des motifs et du texte coordonné, telles que reprises dans les annexes 1, 2 et 3 du présent avis.

Le présent avis a été adopté par le Comité de direction de la CREG lors de sa réunion du 6 avril 2023.

1. ANTECEDENTS

1. Dans le courant des années 2022 et 2023, plusieurs contacts et échanges informels ont eu lieu entre la CREG, Elia et le cabinet de la ministre de l'Energie concernant des propositions de modification de la loi électricité relatives aux objectifs mentionnés ci-dessous et concernant la gouvernance d'entreprise du gestionnaire du réseau de transport, respectivement à la demande d'Elia et du cabinet de la ministre de l'Energie.

2. Le 23 mars 2023, la CREG a reçu une demande d'avis de la ministre de l'Energie concernant un avant-projet de loi modifiant la loi électricité. Plus précisément, il s'agit d'une demande d'avis à rendre dans les 10 jours ouvrables portant sur une modification spécifique de la loi électricité par le biais de l'insertion à l'article 9 de la loi électricité, des troisième à cinquième points dans un nouveau paragraphe 1/1. Cette demande d'avis est accompagnée des dernières versions de l'avant-projet de loi modifiant la loi électricité, de l'exposé des motifs ainsi que du texte coordonné faisant suite à cet avant-projet.

2. PRESENTATION DES MODIFICATIONS ENVISAGEES

3. Le projet de loi en question apporte un certain nombre de modifications à la loi électricité poursuivant cinq objectifs :

1. prendre en compte le principe de proportionnalité dans l'évaluation des critères de dissociation du gestionnaire de réseau ;
2. permettre un rapprochement entre les actionnaires d'Elia Transmission Belgium SA (ci-après « Elia ») et de Fluxys Belgium SA (ci-après « Fluxys ») pour faciliter les investissements dans la transition énergétique ;
3. préciser qu'au minimum un des administrateurs indépendants ne peut pas siéger à la fois dans Elia Group SA et dans Elia Transmission Belgium SA ;
4. interdire aux administrateurs et aux membres du collège de gestion journalière de siéger par l'intermédiaire d'une société de gestion, compte tenu des missions de service public et d'intérêt général du gestionnaire de réseau ;
5. adapter la loi électricité au code des sociétés et des associations (ci-après : « CSA »).

4. Conformément à la demande du cabinet de la ministre de l'Energie, le présent avis de la CREG se limite strictement à l'insertion des points 3° à 5° dans le nouveau § 1/1 à l'article 9 de la loi électricité (point 2 des objectifs susmentionnés). Ces modifications sont libellées comme suit (les passages soulignés résultent de cette modification) :

« §1/1 (...)

3° les statuts du gestionnaire du réseau et les conventions d'actionnaires ne peuvent octroyer de droits particuliers aux entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou le stockage et/ou la fourniture d'électricité et/ou la production et/ou la fourniture de gaz naturel ;

4° les entreprises actives, directement ou indirectement, dans la production et/ou le stockage et/ou la fourniture d'électricité et/ou la production et/ou la fourniture de gaz

naturel ne peuvent désigner les membres du conseil d'administration, du collège de gestion journalière, du comité de gouvernance d'entreprise, du comité d'audit, du comité de rémunération et de tout autre organe représentant légalement le gestionnaire du réseau ;

5° une même personne physique n'est pas autorisée à être membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou de tout autre organe qui peut légalement représenter le gestionnaire du réseau, et simultanément d'une entreprise assurant une des fonctions suivantes: production et/ou stockage et/ou fourniture d'électricité et/ou la production et/ou la fourniture de gaz naturel; »

5. Ce nouveau paragraphe reprend les exigences en matière de dissociation des structures de propriété qui pèsent sur le gestionnaire de réseau de transport et qui sont déjà contenues dans la version actuelle de l'article 9 § 1 de la loi électricité transposant l'article 43 de la Directive 2019/944 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive.

6. Toutefois, les modifications introduites aux points 3° à 5° ont été insérées afin de permettre aux entreprises de gaz naturel, autres que celles actives dans la production et la fourniture de pouvoir, directement ou indirectement, participer au capital du gestionnaire de réseau et partant, de favoriser un rapprochement structurel entre Publi-T SC, actionnaire de référence d'Elia Transmission Belgium, et Publigaz SC, actionnaire de référence de Fluxys SA, lui-même actionnaire de référence du gestionnaire de réseau de transport de gaz naturel, Fluxys Belgium.

7. S'agissant spécifiquement du point 3°, la modification de la règle anciennement prévue à l'article 9 § 1, 5° de la loi électricité permet désormais aux statuts du gestionnaire de réseau et des conventions d'actionnaire d'octroyer des droits particuliers aux entreprises actives directement ou indirectement dans le stockage de gaz naturel. Concernant l'interdiction qui vise le stockage de l'électricité, celle-ci subsiste.

8. S'agissant spécifiquement des points 4° et 5°, la modification des règles anciennement respectivement prévues à l'article 9 § 1, 6° et 7° de la loi électricité permet désormais :

- à une entreprise (/aux entreprises) active directement ou indirectement dans le stockage de gaz naturel de désigner les membres du conseil d'administration, du collège de gestion journalière, du comité de gouvernance d'entreprise, du comité d'audit, du comité de rémunération et de tout autre organe représentant légalement le gestionnaire du réseau (art. 9 § 1/1, 4°) ;
- à une même personne (/aux mêmes personnes) d'être simultanément membre du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou de tout autre organe de représentation légale du gestionnaire de réseau, d'une part, et d'une entreprise qui mène des activités de stockage de gaz naturel, d'autre part (art. 9 § 1/1, 5°) ;
- concernant le stockage de l'électricité les interdictions anciennement prévues subsistent.

9. Ainsi, un rapprochement entre les gestionnaires des réseaux de transport d'électricité et de gaz naturel est rendu possible par l'exclusion du « stockage de gaz naturel » des activités visées à l'article 9, § 1^{er}/1, 3° à 5°. L'avant-projet de loi vise à maintenir ces règles de dissociation de la même manière pour le « stockage d'électricité » que pour la production et la fourniture d'électricité.

10. A cet égard, l'application de ces règles au stockage d'électricité est une perpétuation de la règle déjà établie dans la loi électricité en vigueur. Par conséquent, les modifications proposées à l'article 9 § 1/1, points 3°, 4° et 5° ne contiennent aucune obligation supplémentaire ou nouvelle pour le gestionnaire de réseau de transport concernant les éléments précités.

3. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX SUR LES MODIFICATIONS DE LOI OBJET DE CETTE DEMANDE D'AVIS

3.1. LA SAUVEGARDE CONTRE L'ÉMERGENCE DE SITUATIONS DE CONFLITS D'INTÉRÊT

11. Compte tenu des éléments suivants, la CREG est favorable à la levée des interdictions mentionnées ci-avant s'agissant des activités de stockage de gaz naturel et au maintien de celles-ci s'agissant des activités de stockage de l'électricité.

12. Bien que l'article 43 de la Directive 2019/944 établissant les règles en matière de dissociation ne vise que l'indépendance du gestionnaire de réseau vis-à-vis des activités de production et de fourniture et non vis-à-vis des activités de stockage, la nécessité de garantir une telle indépendance à l'égard des activités de stockage d'électricité s'explique notamment par l'existence de risques de conflit d'intérêts pouvant survenir entre le gestionnaire de réseau de transport, d'une part, et les entreprises qui mènent des activités de stockage d'électricité et qui sont raccordées au réseau de transport, d'autre part.

13. Dans ce cadre, l'existence de risques de conflits d'intérêt découle de plusieurs éléments contenus dans la Directive 2019/944. En effet, celle-ci prévoit au considérant 62 ce qui suit :

« (62) Les gestionnaires de réseau ne devraient pas être propriétaires d'installations de stockage d'énergie, ni les développer, les gérer ou les exploiter. Dans la nouvelle organisation du marché de l'électricité, les services de stockage de l'énergie devraient être fondés sur le marché et concurrentiels. Par conséquent, il y a lieu d'éviter les subventions croisées entre le stockage d'énergie et les fonctions réglementées de distribution ou de transport. Les restrictions portant sur la propriété d'installations de stockage d'énergie visent à prévenir les distorsions de concurrence, à éliminer le risque de discrimination, à préserver l'égalité d'accès aux services de stockage pour l'ensemble des acteurs du marché et à encourager une utilisation efficace et efficiente des installations de stockage d'énergie, au-delà de la gestion de réseau de distribution ou de transport. Il convient d'interpréter et d'appliquer cette exigence conformément aux droits et principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée la «Charte»), en particulier la liberté d'entreprise et le droit de propriété garantis par les articles 16 et 17 de la Charte. » (la CREG souligne)

14. Par conséquent, en vue d'éviter les subventions croisées entre les activités de stockage d'électricité et les activités de transport ainsi que l'émergence de conflits d'intérêt – et partant, de garantir une égalité de traitement et un accès non discriminatoire à l'ensemble des propriétaires d'installations de stockage d'électricité raccordées au réseau d'Elia – la directive assure une séparation entre les deux types d'activités :

- par le contrôle effectué par l'autorité de régulation nationale s'agissant du raccordement de nouvelles installations de stockage au réseau de transport, tel que prévu par l'article 42 de la directive. En effet, celui-ci prévoit, entre autres, que le gestionnaire de réseau de transport doit établir et publier des procédures transparentes et efficaces pour le raccordement non discriminatoire d'installations de stockage, soumises à l'approbation de l'autorité de régulation ; ainsi que
- par l'introduction d'un principe d'interdiction relatif à la propriété des installations de stockage dans le chef du gestionnaire de réseau de transport, tel que visé à l'article 54 de la

directive. A cet égard, les dérogations audit principe demeurent possibles mais très strictement encadrées, soumises à une notification à ACER et à la Commission ainsi qu'à une réévaluation, tous les 5 ans, effectuée par l'autorité de régulation nationale à la lumière des critères énoncés aux paragraphes 4 et 5 du même article.

15. De tels risques sont largement plus limités s'agissant des activités de stockage du gaz naturel compte tenu du fait que, tant au niveau européen qu'au niveau interne, celles-ci font l'objet de règles et d'un contrôle beaucoup plus stricts que ceux qui s'appliquent au stockage d'électricité, ce qui justifie, de ce fait, la mise en place d'un régime différencié dans le cadre de la dissociation.

16. En effet, à l'échelle européenne, le Règlement 2022/1032 du 29 juin 2022¹ est venu modifier le Règlement 715/2009² relatif aux conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel afin d'insérer un nouvel article 3bis qui met en place une procédure de certification des installations de stockage de gaz, à l'inverse des activités de stockage d'électricité qui demeurent non réglementées. Dans ce cadre, et en application de l'article 3bis, la CREG a approuvé la demande de certification de Fluxys Belgium, désigné comme gestionnaire indépendant de l'infrastructure de stockage en Belgique par l'arrêté ministériel du 23 février 2010³ et propriétaire de l'installation de stockage de gaz naturel, en tant que gestionnaire de stockage⁴.

17. En outre, au niveau interne, et conformément à ce que prévoit la directive 2009/73/CE, la gestion de l'installation de stockage de gaz naturel en matière d'accès et de tarification constitue une activité régulée depuis de longue date et fait, en conséquence, l'objet d'un contrôle plus strict de la CREG ce qui constitue un rempart supplémentaire à l'émergence de risques de conflits d'intérêt et de subventions croisées.

3.2. LA NOTE INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION EUROPEENNE RELATIVE A L'APPLICATION DES REGLES DE DISSOCIATION

18. Ces considérations étant faites, et similairement au raisonnement adopté par la Commission européenne s'agissant de l'application des règles en matière de dissociation⁵, la CREG considère, qu'il ne serait pas conforme à l'objectif des interdictions envisagées aux points 3° à 5° de l'article 9 paragraphe 1/1 de la loi électricité, et qui visent les activités de stockage d'électricité, d'assurer leur application dans les cas où il peut être démontré qu'il n'existe pas de risques de conflits d'intérêt.

19. En effet, la note interprétative de la Commission relative à l'examen de l'existence de conflits dans le cadre de l'application des règles en matière de dissociation prévoit ce qui suit :

« As stated above, the objective which the unbundling rules of the Electricity and Gas Directives pursue is the removal of any conflict of interest between generators/producers, suppliers and transmission system operators. It would not be in line with this objective if certification of a TSO were to be refused in cases where it can be clearly demonstrated that there is no incentive for a shareholder in a TSO to influence the TSO's decision making in

¹ Règlement (UE) n° 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) 2017/1938 et (CE) n° 715/2009 en ce qui concerne le stockage de gaz

² Règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 1^{er} juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le Règlement (CE) n° 1775/2005

³ Arrêté ministériel du 23 février 2010 portant désignation du gestionnaire d'installation de GNL

⁴ Décision (B)2471 du 15 décembre 2022 relative à la demande de certification de Fluxys Belgium SA – gestionnaire du stockage

⁵ SWD(2013) 177 final, Commission staff working document – ownership unbundling “The Commission’s practice in assessing the presence of a conflict of interest including case of financial investors”

order to favour his generation, production and/or supply interest to the detriment of other network users. »

20. En outre elle précise que :

« In situations as referred to above, where it can be clearly demonstrated that even though one or more of the circumstances referred to in Article 9(1)(b), (c) and/or (d) appear to be present, there is clearly no incentive for a shareholder in a TSO to influence the decision making in this TSO with the intention to favour its generation, production and/or supply interests to the detriment of other network users, the Commission has taken the view that a refusal to certify such a TSO given the fact that such participation in generation, production and/or supply activities does not lead to a situation which the unbundling rules seek to prevent. Any different interpretation of the unbundling rules of Article 9(1)(b) to (d) Electricity and Gas Directives could lead consequences which would not be justified by the objective the unbundling rules seek to pursue, notably, avoiding discrimination in the operation of the network and in the investment decisions concerning the network. »

21. Néanmoins, la Commission rappelle que la note interprétative n'a pas de valeur juridique contraignante et que l'interprétation contraignante des règles de droit européen relève en dernier ressort de la compétence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

22. A cet égard, et bien qu'un examen au cas par cas, en fonctions des éléments de fait, soit nécessaire, la Commission a, au fil de ses décisions en la matière, dégagé plusieurs critères généraux permettant d'évaluer l'existence de risques en matière de conflits d'intérêt et partant, d'une atteinte à l'objectif des règles en matière de dissociation.

23. Les principaux critères développés par la Commission peuvent être résumés comme suit :

- critère géographique : lorsque les activités concernées ont lieu dans un autre Etat membre (ou une autre zone) que celui dans lequel le gestionnaire de réseau de transport est actif, le risque de conflit d'intérêt est limité ;
- critère relatif à la nature et la valeur des participations ainsi qu'à la part des activités de production et/ou de fourniture : lorsque la participation et la part des activités concernées sont négligeables, en particulier par rapport à la production totale sur le territoire national ou au chiffre d'affaire total réalisé, le risque de conflit d'intérêt est limité ;
- critère relatif à l'application d'un cadre réglementaire et/ou réglementaire spécifique : lorsque les activités concernées font l'objet d'un certain contrôle, en particulier en matière de prix (prix régulés, *feed-in tariffs*, etc), le risque de conflit d'intérêt est limité.

24. Par ailleurs, la Commission rappelle dans ce cadre, l'importance qu'il convient d'accorder à l'examen des risques relatifs à l'échange d'informations commercialement sensibles et au respect des dispositions empêchant l'accès aux secrets d'affaires concernant les activités de production et/ou de fourniture.

25. Les critères appliqués par la Commission dans ses décisions ne sont toutefois pas exhaustifs. En effet, d'autres critères peuvent également s'avérer pertinents dans le cadre de cet examen, par exemple, le critère relatif au raccordement de l'installation concernée au réseau de transport ou encore à la nature et la part des droits votes de l'actionnaire concerné. A cet égard, la Commission considère que :

« It is underlined that if it were to follow from the assessment that a shareholder with participation in generation, production and/or supply interests may have an incentive to discriminate, it would still be allowed for this shareholder to maintain a passive minority shareholding in the TSO, without being entitled to directly or indirectly exercising voting rights related to this shareholding, or to appoint board members in the TSO. Its financial

rights in relation to its shareholding, in particular the right to receive dividends, would remain unaffected in such case. » (la CREG souligne)

26. Enfin, eu égard à la question de savoir quelle partie dispose de la charge de la preuve, la Commission précise que :

« It is for the TSO to be certified to bring to the attention of the regulatory authority, where appropriate, that even though one or more of the circumstances set out to in Article 9(1)(b), (c) and/or (d) of the Directive may arguably be present, no conflict of interest exists in the particular case. The burden of proof as to the absence of a conflict of interest or an incentive to exploit it lies with the TSO to be certified and its shareholders, and includes an obligation to submit all the relevant information. The regulatory authority is to take the presented information into account and include it in its assessment whether the unbundling rules of Article 9 Electricity and Gas Directives are complied with. » (la Creg souligne)

27. Concrètement, la CREG a déjà fait application, dans le passé, de la note interprétative de la Commission afin de déterminer l'existence de risques de conflits d'intérêt dans le chef de Katoen Natie Group, devenu en 2022 actionnaire à 9,96%⁶ de Elia Group, contre une participation de 5,21 % en 2016.

28. En l'espèce, la CREG avait considéré, [CONFIDENTIEL], qu'il pouvait être établi que Katoen Natie Group n'a pas la possibilité ou une incitation à influencer à son avantage le processus décisionnel au sein du gestionnaire de réseau de transport en vue de favoriser ses intérêts en matière de production ou de fourniture au détriment des autres utilisateurs du réseau. En particulier, la CREG s'est appuyée dans le cadre de son analyse sur la production limitée du groupe Katoen Natie [CONFIDENTIEL], ainsi que de la faible possibilité d'exercer une influence à travers un nombre limité de droit de vote au sein du gestionnaire de réseau.

29. A la lumière des éléments évoqués ci-avant, la CREG considère qu'une application trop stricte des règles envisagées à l'article 9 § 1/1, 3° à 5° serait contraire à l'esprit de la note interprétative de la Commission ainsi qu'à l'application du principe de proportionnalité tel que prévu à l'article 5 § 4 du TUE⁷.

30. Toutefois, l'application de ces règles gagnerait en clarté et permettrait d'assurer un niveau plus haut de sécurité juridique si les modalités d'application et les limites de celles-ci étaient davantage précisées. Cette tâche relève de la compétence du législateur

⁶ Notification de cette augmentation faite par Elia le 7 juin 2022 par courrier

⁷ Ces considérations s'appliquent sans préjudice de la règle prévue à l'article 54 de la directive 2019/944

4. COMMENTAIRES SPECIFIQUES SUR LES MODIFICATIONS DE LOI OBJET DE CETTE DEMANDE D'AVIS

S'agissant de l'article 9 § 1/1, 3° :

31. Cette modification est en ligne avec le contenu de la note interprétative de la Commission relative à l'examen de l'existence de conflits d'intérêt

32. En l'espèce, la possibilité donnée aux entreprises actives directement ou indirectement dans le stockage de gaz naturel d'entrer dans l'actionnariat du gestionnaire de réseau n'a pas d'incidence sur les règles en matière de dissociation et n'est pas, dans ce cadre, de nature à créer/favoriser l'émergence de risques de conflits d'intérêt, contrairement aux activités de stockage d'électricité.

S'agissant de l'article 9 § 1/1, 4° et 5° :

33. Telles qu'envisagées dans l'avant-projet modifiant la loi électricité, les modifications introduites aux points 4° et 5° sont conformes aux exigences de l'article 43 § 1^{er} c) et d) de la Directive 2019/944. En effet, l'article 43 § 3 dispose que :

« Aux fins du paragraphe 1, point b), la notion d'«entreprise assurant une des fonctions suivantes: "production ou fourniture"» comprend la notion d'«entreprise assurant une des fonctions suivantes: "production ou fourniture"» au sens de la directive 2009/73/CE, et les termes «gestionnaire de réseau de transport» et «réseau de transport» comprennent les termes «gestionnaire de réseau de transport» et «réseau de transport» au sens de ladite directive »

34. L'interdiction transsectorielle n'est donc pas applicable aux exigences contenues aux points c) et d) et permet au législateur de procéder à cet assouplissement.

5. CONCLUSION

La Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz est d'accord avec l'insertion à l'article 9 de la loi électricité d'un paragraphe 1/1, 3° à 5°, en vue de permettre un rapprochement entre les gestionnaires des réseaux de transport d'électricité et de gaz naturel qui est rendu possible par l'exclusion du « stockage de gaz naturel » des activités visées, à la lumière des éléments développés aux points 11 à 30 du présent avis. Toutefois, la CREG considère, tel que mentionné au point 30 du présent avis, que l'application de ces règles devrait faire l'objet de plus amples précisions afin d'assurer un niveau plus haut de sécurité juridique.

///

Pour la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz :

Laurent JACQUET
Directeur

Andreas TIREZ
Directeur

Koen LOCQUET
Président f.f. du Comité de direction

ANNEXE 1

Avant-projet de loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

ANNEXE 2

Exposé des motifs de l'avant-projet de loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité

ANNEXE 3

Texte coordonné de l'avant-projet de loi modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité