

CREG

Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz
Rue de l'industrie 26-38
1040 Bruxelles
Tél. 02/289.76.11
Fax 02/289.76.99

COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉLECTRICITÉ ET DU GAZ

PROPOSITION

C 2000/001-D

relative à

'la désignation du gestionnaire du réseau'

faite en application des articles 10, § 1er, premier alinéa,
et 23, § 2, troisième alinéa, de la loi du 29 avril 1999
relative à l'organisation du marché de l'électricité

4 juillet 2000

PROPOSITION

La COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉLECTRICITÉ ET DU GAZ (CREG) examine ci-après, en application de l'article 10, § 1er, premier alinéa, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après dénommée la loi sur l'électricité) la proposition que les propriétaires du réseau ont formulée par courrier du 3 novembre 1999 adressé au Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable. Par pli du 28 janvier 2000, le Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable a communiqué ce courrier à la CREG qui l'en avait prié par missive du 24 janvier 2000. Il a qualifié le courrier des propriétaires du réseau de 'dossier' relatif à la désignation du gestionnaire du réseau et a ajouté qu'un groupe de travail intercabinet était occupé à se pencher sur le rapport des experts intitulé 'libéralisation du secteur de l'électricité', qui contient un chapitre à propos du gestionnaire du réseau. Il a en même temps fait savoir qu'il tiendrait la CREG informée des résultats de ce groupe de travail intercabinet, ce qu'il a effectivement fait par courrier en date du 6 avril 2000. Par ce dernier courrier, il a communiqué les décisions gouvernementales du 5 avril 2000 à la CREG. Hormis la décision gouvernementale qui est commentée au paragraphe 3 de la présente proposition, il n'y avait pas de décisions gouvernementales qui concernaient directement la proposition du 3 novembre 1999 des propriétaires du réseau.

La CREG constate que le Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable ne lui a pas demandé d'avis en ce qui concerne la proposition précitée des propriétaires du réseau. Ce n'est que le 28 juin 2000 que la CREG apprend par courrier portant la même date et émanant du Chef de cabinet du Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable que le Secrétaire d'Etat veut inscrire à l'ordre du jour du Conseil des ministres du 14 juillet 2000 la désignation du gestionnaire du réseau et pour ce faire, il attend l'avis de la CREG pour le 1^{er} juillet 2000. La CREG constate que le Secrétaire d'Etat ne lui a pas adressé directement cette requête, alors qu'il doit prendre lui-même cette initiative. La CREG constate également que le Chef de cabinet accorde deux jours à la CREG pour remettre son avis. Ce délai peut être difficilement qualifié de raisonnable. En outre, la CREG signale que la loi sur l'électricité ne lui impose aucun délai pour remettre ses avis et que la loi sur l'électricité n'accorde aucune délégation en la matière ni au Secrétaire d'Etat ni à son Chef de cabinet. Par conséquent, seul prévaut le principe juridique général selon lequel la CREG doit remettre ses avis dans un délai raisonnable. Une période de deux jours calendrier ne répond absolument pas dans le présent

dossier à la notion de 'délai raisonnable', pour autant, du moins, que le courrier du Chef du cabinet puisse être qualifié de requête officielle. La CREG signale également que, contrairement à ce que le Chef de cabinet écrit dans le courrier susdit, le Conseil des ministres ne peut pas procéder à la désignation du gestionnaire du réseau après avoir constaté que la CREG n'était pas en mesure de fournir son avis dans ce délai (déraisonnable) de deux jours calendrier. La CREG souhaite signaler le danger qu'il y aurait ainsi à prendre une décision de désignation non valable en raison de la méconnaissance d'une formalité substantielle prescrite par la loi qui est en la matière l'avis de la CREG.

Le fait que la CREG formule néanmoins sa proposition dans un délai de cinq jours calendrier à compter du courrier susdit du Chef du cabinet n'autorise pas l'interprétation selon laquelle un délai de cinq jours calendrier soit considéré comme un délai raisonnable dans ce dossier. Le paragraphe 5 de la proposition qui suit, fait en effet clairement ressortir que la CREG, après avoir reçu la proposition des propriétaires du réseau le 28 janvier 2000, en application de l'article 23, § 2, troisième alinéa, de la loi sur l'électricité, a de sa propre initiative commencé à examiner cette proposition afin de formuler une proposition en conclusion. Le fait que la CREG ait pris elle-même cette initiative et qu'entre-temps aucune requête officielle ne lui ait été adressée directement par le Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable a pour conséquence que l'avis visé à l'article 10, § 1er, de la loi sur l'électricité, prend la forme d'une proposition conformément à l'article 23, § 2, troisième alinéa, de cette même loi.

Lors de sa réunion du 4 juillet 2000, le comité de direction a ainsi approuvé la proposition qui suit.

REMARQUES GENERALES

1. L'article 10, § 1er, premier alinéa, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après dénommée la loi sur l'électricité) stipule que le ministre ne peut désigner le gestionnaire du réseau :

- qu'après proposition d'un ou de plusieurs propriétaires du réseau ;
- qu'après avis de la CREG ; et
- qu'après délibération en Conseil des ministres.

De l'article 10, § 1er, deuxième alinéa, de la loi sur l'électricité, il s'ensuit que le ministre doit publier un avis au *Moniteur belge* pour inviter les propriétaires du réseau à soumettre leur proposition. Si les propriétaires du réseau ne font aucune proposition dans les trois mois qui suivent la publication de cet avis, le ministre peut effectivement procéder à la désignation du gestionnaire du réseau à condition qu'il observe les deux autres formalités substantielles (avis de la CREG et délibération en Conseil des ministres).

En ce qui concerne la procédure de désignation du gestionnaire du réseau, la loi sur l'électricité ne contient aucune autre disposition. Elle ne prévoit dès lors que les deux hypothèses suivantes :

- il y a une proposition des propriétaires du réseau sur la base de laquelle le ministre désigne le gestionnaire du réseau ;
- il n'y a pas de proposition (dans le délai) des propriétaires du réseau, auquel cas le ministre prend lui-même l'initiative en ce qui concerne le choix du gestionnaire du réseau. Pour cela il a besoin de l'avis de la CREG et la délibération en Conseil des ministres.

La loi sur l'électricité ne prévoit aucune autre hypothèse. Une autre hypothèse de ce genre pourrait être que les propriétaires du réseau déposent bien une proposition dans le délai, mais que leur proposition soit incomplète ou que les exigences légales n'aient pas été respectées ou qu'elles ne l'aient été que partiellement. Dans ce cas, on pourrait défendre la thèse selon laquelle les propriétaires du réseau n'ont pas déposé de proposition valable, c'est-à-dire ils n'ont pas déposé de proposition, car leur proposition doit respecter la loi. On pourrait toutefois aussi prendre contact avec les propriétaires du réseau pour les prier de compléter ou d'adapter leur proposition. La CREG a retenu cette dernière option dans le sens où, s'il ressort de ces contacts

que les propriétaires du réseau ont manifestement l'intention de se conformer à la loi, leur proposition (il est vrai à améliorer) doit être traitée comme une proposition valable.

Les contacts que la CREG a eus avec les propriétaires de réseau a fait apparaître leur volonté de se conformer à la loi. Ces contacts ont également permis d'éclaircir bon nombre de points, tout en en laissant cependant une partie dans l'ombre au moment où la présente proposition est rédigée. Qui plus est, la CREG est convaincue qu'il faut adopter certaines mesures, qui prendront du temps, pour que la situation sur le terrain, et par conséquent, la proposition des propriétaires du réseau soient adaptés aux exigences légales . En outre, la CREG ne peut pas préjuger du résultat de ces mesures. En effet, elle ne pourra les évaluer et les confronter à la loi que lorsque leur résultat définitif aura été atteint.

La CREG se trouvait par conséquent devant l'alternative suivante : soit elle attendait que la proposition des propriétaires du réseau soit parfaitement conforme à la loi avant de soumettre sa propre proposition, soit elle soumettait, à court terme, une proposition qui comporterait des remarques critiques et qui proposerait d'assortir la désignation du gestionnaire du réseau de conditions précises . La CREG a opté pour la seconde branche de l'alternative pour la raison très simple qu'elle est d'avis que la libéralisation du marché de l'électricité en Belgique ne peut plus attendre.

Bien que la loi sur l'électricité n'envisage pas expressément l'hypothèse dans laquelle les propriétaires du réseau formulent dans le délai une proposition qui serait incomplète, la CREG est d'avis que cette loi doit être interprétée d'une manière raisonnable. Selon la CREG, on ne peut pas supposer en effet que le législateur ait approuvé une loi qui compromettrait gravement le respect par la Belgique de ses obligations européennes. Une telle interprétation raisonnable de la loi sur l'électricité implique qu'une proposition conditionnelle est légalement possible, tout comme la désignation conditionnelle du gestionnaire du réseau par le ministre. En d'autres termes, selon la CREG, il est légalement possible que le ministre désigne le gestionnaire du réseau tout en lui imposant en outre des obligations à observer dans un délai à déterminer par le ministre sous peine d'une révocation de sa désignation sur la base de l'article 10, § 2, 2°, de la loi sur l'électricité ou sous peine d'amendes administratives imposées conformément à l'article 31 de cette même loi. En cas de révocation de la désignation, il faut également examiner si l'article 10, § 1er, deuxième alinéa, de la loi sur l'électricité est alors d'application (le ministre

désigne un gestionnaire du réseau sans avoir besoin d'aucune proposition des propriétaires du réseau)

Pour cette raison et parce qu'elle est d'avis que la proposition des propriétaires du réseau du 3 novembre 1999 ne répond pas encore complètement aux prescriptions légales, (voyez plus loin), la CREG a décidé de faire une proposition conditionnelle. Elle souhaite en outre souligner que toutes les remarques critiques qu'elle formule dans sa proposition doivent figurer dans la décision du ministre quant à la désignation du gestionnaire du réseau à titre de conditions auxquelles le gestionnaire du réseau doit satisfaire dans un délai à déterminer par le ministre.

2. Un cas particulier de la situation qui vient d'être esquissée est à voir dans le rapport qui existe entre, d'une part, l'approbation par la CREG des statuts de la société qui est candidate-gestionnaire du réseau et, d'autre part, l'avis de la CREG à propos de la désignation même de cette société comme gestionnaire du réseau. L'intervention de la CREG dans la désignation du gestionnaire du réseau ne se limite en effet pas à donner un avis au ministre compétent en matière d'énergie sur la proposition des relative à la gestion du réseau de transport. Conformément à l'article 12 de propriétaires du réseau l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité (ci-après dénommé l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau), les clauses des statuts du gestionnaire du réseau qui transposent les dispositions des articles 2 à 11 de cet arrêté sont soumises à l'approbation de la CREG. Plus encore, l'approbation 'préalable' de la CREG est exigée. Ni l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau, ni la loi sur l'électricité ne déterminent à quoi cette approbation doit être "préalable". Comme cet arrêté royal met en application l'article 9, § 2, de la loi sur l'électricité et que cet article impose une gestion du réseau indépendante et impartiale, la notion de "préalable" ne peut avoir un sens et une utilité que si elle signifie que la CREG doit d'abord approuver les statuts avant que le ministre chargé de l'énergie puisse désigner le gestionnaire du réseau. Une interprétation utile de cette notion signifie même que la CREG ne peut formuler son avis sur le candidat-gestionnaire du réseau qu'après avoir approuvé les statuts de ce candidat-gestionnaire du réseau. En effet, l'analyse de ces statuts offre de précieuses informations permettant de savoir si le candidat-gestionnaire du réseau répond bien aux exigences d'indépendance et d'impartialité, qui font partie des éléments de la candidature à évaluer. Plus encore, si l'approbation des statuts par la CREG n'était pas préalable à son avis relatif à la désignation du gestionnaire, on pourrait arriver à la curieuse situation où le ministre désignerait un gestionnaire

du réseau dont la CREG refuserait d'approuver les statuts. Cette situation peut se présenter si, comme on peut normalement s'y attendre, la CREG émet des objections à l'encontre des statuts et donne un avis négatif. Le ministre n'est en effet pas tenu par l'avis de la CREG et peut toujours décider de nommer le gestionnaire du réseau que lui déconseillerait la CREG.

Ce problème d'un refus d'approbation des statuts du candidat-gestionnaire du réseau se rencontre actuellement. En effet, aux termes de sa décision du 4 juillet 2000, la CREG a refusé d'approuver les statuts de la société Elia SCRL en cours de constitution. Pourtant, la CREG a décidé de faire une proposition à propos du candidat-gestionnaire du réseau. A la lumière du raisonnement mené au premier paragraphe de cette proposition, la CREG est en effet d'avis que le ministre peut désigner le gestionnaire du réseau tout en imposant un certain nombre de conditions, telles que par exemple l'adaptation immédiate de ses statuts et l'obtention de l'approbation de la CREG de ces statuts ainsi modifiés.

3. La CREG doit attirer l'attention sur le fait que l'article 10, § 2, de la loi sur l'électricité stipule que le gestionnaire du réseau est désigné pour une durée de vingt ans. La loi sur l'électricité stipule en outre qu'un renouvellement de cette période de vingt ans est possible. Elle prévoit aussi la possibilité d'une révocation anticipée de la désignation dans deux cas seulement, à savoir : un changement significatif au sein de l'actionnariat du gestionnaire du réseau qui est susceptible de compromettre l'indépendance de la gestion du réseau de transport et un manquement grave du gestionnaire de réseau à ses obligations en vertu de cette loi ou de ses arrêtés d'exécution.

Le 6 avril 2000, la CREG a reçu du Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable une lettre portant la même date dans laquelle il communiquait à la CREG les décisions du Gouvernement fédéral du 5 avril 2000. La décision portant le numéro 3.2. s'établissait comme suit :

“Le gouvernement décide d'une phase transitoire de 2 ans pendant laquelle sera désigné provisoirement un Gestionnaire du Réseau de Transport d'électricité (GRT). Il charge le Secrétaire d'Etat à l'Energie de soumettre une proposition dans ce sens pour le 30 avril 2000.”

La CREG constate que, jusqu'au jour de la présente proposition, le Gouvernement fédéral n'a pas encore proposé au Parlement fédéral d'adapter la loi sur l'électricité dans le sens de la décision susmentionnée. Elle constate par conséquent que la loi ne prévoit que l'hypothèse d'une désignation (définitive) pour une période de vingt ans.

La CREG constate également que le dépôt de la proposition des propriétaires du réseau du 3 novembre 1999 a devancé l'adoption de la décision gouvernementale. Par conséquent, la proposition des propriétaires du réseau doit être comprise comme une proposition en vue de désigner le gestionnaire définitif du réseau pour une période de vingt ans.

Pour tous ces motifs, la CREG a examiné la proposition des propriétaires du réseau en partant de la perspective d'une désignation d'un gestionnaire définitif du réseau pour une période de vingt ans. De plus, la CREG n'exclut pas que cette désignation soit assortie de conditions devant être remplies dans un délai à déterminer ultérieurement sous peine de révocation de la désignation (voir le paragraphe 2, *in fine*, de la présente proposition).

EXAMEN DU CANDIDAT-GESTIONNAIRE DU RÉSEAU 'ELIA'

4. En exécution de l'article 10, § 1er, de la loi sur l'électricité, la CREG doit, en vue de l'arrêté de désignation qui doit encore être adopté, donner un avis à l'égard de l'admissibilité d'ELIA S.C.R.L. en tant que gestionnaire du réseau.

A cette fin, la CREG a examiné le respect des conditions imposées par la loi sur l'électricité en ce qui concerne :

- l'objet social du gestionnaire du réseau (article 8);
- la constitution sous la forme d'une société commerciale (article 9, § 1er);

- l'interdiction de la détention de droits d'associés dans des producteurs, des distributeurs ou des intermédiaires (article 9, § 1er);
- l'indépendance de la gestion du réseau (article 9, § 2);
- l'impartialité de la gestion du réseau (article 9, § 2);
- la condition de couverture territoriale (article 10, § 1er).

5. Pour bien comprendre les points de vue de la CREG formulés ci-après et délimiter les informations sur lesquelles reposent ces points de vue, nous traçons ci-après un aperçu chronologique sommaire des démarches qui ont déjà été entreprises et qui peuvent conduire à la désignation par le ministre du gestionnaire du réseau :

- a. Dans le Moniteur Belge du 2 octobre 1999, le Secrétaire d'Etat à l'Energie, publie, en exécution de l'article 10, §1^{er}, de la loi sur l'électricité, un appel à l'adresse des propriétaires du réseau belge de transport pour qu'ils lui soumettent dans les trois mois une proposition en vue de désigner le gestionnaire du réseau.
- b. Par courrier du 3 novembre 1999, la S.C.R.L. CPTÉ introduit une telle candidature au nom d'ELECTRABEL, de SPE et de CPTÉ elle-même. Sur requête de la CREG formulée par courrier du 24 janvier 2000, le Secrétaire d'Etat à l'Energie et au Développement Durable transmet la candidature à la CREG par un courrier daté du 28 janvier 2000.
- c. En vue de formuler son avis à propos de la candidature (aux termes de l'article 10, § 1er, de la loi sur l'électricité), la CREG communique par courrier daté du 25 février 2000 un premier questionnaire respectivement à ELECTRABEL et à SPE.
- d. En réponse à ce questionnaire, la S.C.R.L. CPTÉ transmet par un courrier du 15 mars 2000 à la CREG le projet de statuts du candidat-gestionnaire du réseau.

- e. Afin de respecter le droit d'être entendu et le droit de réplique du candidat-gestionnaire du réseau, des réunions de travail ont lieu les 12 avril et 8 mai 2000 et un échange de courrier électronique intervient entre la CREG et C.P.T.E. le 9 avril 2000.
- La S.C.R.L. C.P.T.E. rédige le 12 avril 2000 une série de notes assorties de documents de droit comparé et de propositions qui concernent :
- la couverture zonale du réseau de transport dont C.P.T.E. est propriétaire ;
 - les mesures de précaution possibles en vue de prévenir toute discrimination entre les utilisateurs du réseau ;
 - les mesures de précaution possibles en vue de protéger le caractère confidentiel des données commerciales ;
 - l'indépendance et le statut du personnel.
- f. Par son courrier daté du 18 avril 2000, après la tenue le 13 avril au sein de son Comité de Direction, d'une première discussion relative à la candidature de la S.C.R.L. C.P.T.E. au poste de gestionnaire de réseau, la CREG envoie à cette dernière un nouveau questionnaire plus détaillé à propos du projet de statuts du gestionnaire du réseau qui lui a été transmis.
- g. Par son courrier du 11 mai 2000, la S.C.R.L. C.P.T.E. communique une réponse détaillée qui tient compte d'un certain nombre de remarques déjà formulées par la CREG.
- Une deuxième version modifiée du projet de statuts du candidat-gestionnaire du réseau est entre-temps disponible.
- Cette version fait l'objet de la proposition qui suit.

L'OBJET SOCIAL DU GESTIONNAIRE DU RÉSEAU

6. Selon l'article 8 de la loi sur l'électricité, le gestionnaire du réseau est responsable de la gestion du réseau de transport, c'est-à-dire l'exploitation, l'entretien et le développement de celui-ci, et cet article dresse une énumération limitative du contenu précis de cette gestion. L'article 9, § 1^{er} de la même loi stipule en outre que le gestionnaire du réseau ne peut s'engager

dans aucune activité de production ou de vente d'électricité autre que les ventes nécessitées par son activité de coordination en tant que gestionnaire du réseau et qu'il ne peut fournir d'autres services sur le marché de l'électricité qui ne sont pas directement liés à l'exécution des tâches visées à l'article 8 de la loi sur l'électricité.

Dans sa décision B 2000/001-D du 4 juillet 2000 relative au projet de statuts du candidat-gestionnaire du réseau (ci-après dénommée la décision relative au projet de statuts), la CREG examine en détail l'objet social tel qu'il est défini par le projet de statuts.

La CREG en arrive à la conclusion que les dispositions du projet de statuts posent un problème en ce qui concerne l'objet social, notamment parce qu'elles permettent des activités qui sont légalement interdites au gestionnaire du réseau, telles que :

- la définition de l'objet social au moyen d'une énumération non limitative d'activités autorisées de sorte que les statuts n'excluent pas des activités que le législateur interdit au gestionnaire du réseau ;
- le fait de prévoir la possibilité de gérer des réseaux de distribution ;
- la définition trop large de certaines activités dont une interprétation large et non limitée peut conduire à une violation de la loi sur l'électricité (par exemple, les activités à l'étranger ; la définition de la notion 'd'intermédiaires').

LA CONSTITUTION SOUS LA FORME D'UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE

7. Dans sa décision relative au projet de statuts, la CREG constate l'intention du candidat-gestionnaire du réseau de se constituer en société coopérative à responsabilité limitée (en abrégé : S.C.R.L.). Une S.C.R.L. est une société commerciale et il est ainsi satisfait à la condition de l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité.

Néanmoins, la CREG remarque que cette S.C.R.L. n'est pas la forme juridique la plus indiquée dans la perspective d'une future cotation en bourse, compte tenu de la négociabilité restreinte des actions nominatives et des fortes possibilités de contrôle des actionnaires en ce qui

concerne l'admission et le retrait respectivement des nouveaux actionnaires et des éventuels actionnaires existants.

L'INTERDICTION DE DETENIR DES DROITS D'ASSOCIE AUPRES DES PRODUCTEURS, DES DISTRIBUTEURS OU D'INTERMEDIAIRES

8. Conformément à l'article 9, § 1er, de la loi sur l'électricité, le gestionnaire du réseau ne peut détenir aucun droit direct ou indirect d'associé, quelle qu'en soit la forme, dans des producteurs, distributeurs ou intermédiaires. Dans sa décision relative au projet de statuts, la CREG a constaté que le projet de statuts donne au concept 'd'intermédiaires' une définition plus large que la loi sur l'électricité, et que cette définition rend possibles des participations qui sont légalement interdites.

L'INDÉPENDANCE DE LA GESTION DU RÉSEAU

9. L'article 9, § 2, de la loi sur l'électricité, qui est exécuté par l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité (ci-après dénommé l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau), établit une série de mesures qui doivent garantir l'indépendance de la gestion du réseau. Ces mesures doivent se répercuter dans les statuts du gestionnaire du réseau. Par conséquent, la CREG examine dans sa décision relative au projet de statuts ces dispositions en les confrontant au projet de statuts. Dans cette décision, la CREG arrive à plusieurs reprises à la conclusion que le projet de statuts répond de manière insuffisante aux prescriptions légales en matière d'indépendance de la gestion du réseau, ce qui amène la CREG à arrêter toute une série de recommandations, dont notamment celles :

- de limiter le nombre d'administrateurs à 12;
- de spécifier la procédure en vue de pourvoir aux mandats vacants;
- de spécifier le système de 'liste double ' pour les mandats vacants;

- de stipuler statutairement que les liens économiques et les autres liens pertinents des administrateurs indépendants soient consignés dans le rapport annuel;
- de soumettre également à l’approbation de la CREG les candidats aux premiers postes d’administrateur indépendant, et ce à l’initiative des administrateurs fondateurs ;
- de spécifier dans les statuts les missions et le fonctionnement :
 - du comité de gouvernement d’entreprise;
 - du comité d’audit;
 - du comité de rémunération;
 - du comité de direction;
- de spécifier dans les statuts également la collaboration entre le comité d’audit et le commissaire-réviseur et de concrétiser les rapports du comité d’audit au conseil d’administration;
- d’établir statutairement que pour un certain nombre de sujets sensibles qui concernent directement l’indépendance et l’impartialité, les décisions doivent être prises à la majorité qualifiée des administrateurs liés aux actionnaires et des administrateurs indépendants. Ces sujets concernent notamment la désignation et la révocation des membres du comité de direction et des commissaires-réviseurs, la composition du comité de gouvernement d’entreprise, la stratégie en matière d’élaboration du règlement technique et les propositions de tarif à la CREG et les différends qui en résulteraient;
- la communication des informations aux administrateurs non exécutifs, y compris les données éventuellement confidentielles, à garantir par le biais des administrateurs exécutifs;
- de permettre la rédaction dans les procès-verbaux des points de vue de la minorité au sein du conseil d’administration;
- de stipuler statutairement que les membres du comité de direction observent les mêmes incompatibilités que les administrateurs indépendants.

L’IMPARTIALITÉ DE LA GESTION DU RÉSEAU

10. La gestion du réseau doit être non seulement indépendante, mais aussi impartiale. L’impartialité concerne surtout le niveau opérationnel.

Le contenu légal de ce concept est tout d'abord schématisé.

- a. L'article 9, § 2, de la loi sur l'électricité charge le Roi de définir des mesures en vue de garantir l'impartialité de la gestion du réseau de transport qui concernent en particulier :
 - les exigences en matière d'indépendance du personnel du gestionnaire du réseau à l'égard des producteurs, distributeurs, intermédiaires et propriétaires du réseau, notamment du point de vue financier (article 9, § 2, 3°);
 - les mesures de précautions à prendre par le gestionnaire du réseau en vue de préserver la confidentialité des données relatives aux utilisateurs du réseau (article 9, § 2, 4°);
 - les mesures visant à éviter toute discrimination entre des utilisateurs du réseau ou catégories d'utilisateurs du réseau et, en particulier, toute discrimination en faveur d'entreprises liées au gestionnaire du réseau (article 9, § 2, 5°);
 - L'éventuelle obligation du gestionnaire du réseau d'accepter que des différends relatifs à l'accès au réseau de transport, à l'application du règlement technique ou aux tarifs visés à l'article 12 soient soumis à conciliation ou arbitrage conformément au règlement visé à l'article 28 (article 9, § 2, 6°).

- b. Le règlement technique visé à l'article 11 de la loi sur l'électricité est, à titre accessoire, un instrument destiné à garantir l'impartialité poursuivie : l'énumération, dans cette disposition, de son contenu, le montre.

- c. La structure tarifaire qui, selon l'article 12, § 2, 1°, de la loi sur l'électricité doit être non discriminatoire et transparente, est également un élément pertinent dans le cadre de l'impartialité .

- d. Enfin, il faut aussi rappeler l'article 14 de la loi sur l'électricité qui stipule que "(l)es membres du personnel du gestionnaire du réseau (sont) soumis au secret professionnel ; ils ne peuvent divulguer à quelque personne que ce soit les informations confidentielles dont ils ont eu connaissance en raison de leurs fonctions auprès du gestionnaire du réseau, dans le cadre de l'exécution des tâches visées à l'article 8, hormis le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et sans préjudice des communications à des gestionnaires d'autres réseaux d'électricité ou à la commission

qui sont expressément prévues ou autorisées par cette loi ou par ses arrêtés d'exécution".

11. Le Roi a fait un usage limité de ses compétences de réglementation prévues par la loi sur l'électricité en matière d'impartialité.

a. Dans l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau, l'article 5, 4°, stipule il est vrai que le comité de gouvernement d'entreprise qui va fonctionner au sein du conseil d'administration du gestionnaire du réseau doit veiller à l'application des dispositions de cet arrêté, en évaluer l'efficacité au regard des objectifs (...) d'impartialité de la gestion du réseau de transport et soumettre chaque année un rapport à ce sujet à (la CREG). Il ne s'agit pas encore d'une interprétation opérationnelle de la mission d'impartialité mentionnée dans la loi sur l'électricité.

b. L'article 13 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau stipule en outre que "(l)e gestionnaire du réseau (prend) les mesures techniques et organisationnelles requises pour limiter l'accès aux données commerciales relatives aux utilisateurs du réseau et au traitement de ces données aux seuls membres de son comité de direction et de son personnel, dans la mesure nécessaire à l'exercice de leurs fonctions."

Des entretiens sont intervenus entre la CREG et le candidat-gestionnaire du réseau (voir le paragraphe 5 de la présente proposition) en vue de définir l'impartialité. Ces entretiens se sont traduits par une série de notes établies par la S.C.R.L. C.P.T.E. à propos des aspects de l'impartialité qui entrent en ligne de compte ci-après.

L'impartialité relative au statut du personnel

12. En ce qui concerne la ratio legis de l'article 9, § 2, 3°, de la loi sur l'électricité, le Gouvernement déclare dans l'exposé des motifs ce qui suit :

"Le Roi pourra également définir les règles nécessaires pour assurer l'indépendance du personnel du gestionnaire du réseau à l'égard des opérateurs du marché et des propriétaires du réseau, surtout du point de vue financier. Ceci constitue l'un des

principes de base établis par la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) quant au fonctionnement des « *independent system operator* » (ISO) aux Etats-Unis¹.

L'intention est manifestement d'éliminer l'emprise du propriétaire du réseau ou d'autres opérateurs du marché sur la rémunération des travailleurs du gestionnaire du réseau et de prévenir ainsi toute influence.

13. En premier lieu, la CREG constate dans sa décision relative au projet de statuts que, selon le projet de statuts, un comité de rémunération fonctionnera au sein du conseil d'administration d'ELIA S.C.R.L. et qu'il donnera des conseils à propos des rémunérations des membres du comité de direction conformément à l'article 7 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau.

Les dispositions de l'article 7 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau ont été reprises littéralement dans les statuts, mais la CREG trouve indiqué que les statuts soient plus explicites à propos de la composition et de la fréquence des réunions, de la rédaction des rapports, et, surtout, à propos de la manière de soumettre les points à l'ordre du jour, de la convocation de ce comité et de la discussion de la politique en matière de rémunération.

En outre, l'article 10 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau établit une interdiction stricte de cumul pour "les membres du comité de direction et du personnel du gestionnaire du réseau (qui) ne peuvent exercer aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur, de l'un des propriétaires du réseau, d'un distributeur, d'un intermédiaire ou d'un actionnaire dominant". Ces prescriptions légales sont du reste ancrées dans le projet de statuts d'ELIA S.C.R.L.

14. Le 12 avril 2000, la S.C.R.L. C.P.T.E. a transmis une note intitulée "Discussion de l'indépendance et du statut du personnel" à la CREG.

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1933/1, p. 17.

Il y est précisé que dès qu' ELIA S.C.R.L. sera opérationnelle, elle dépendra en principe de la Commission paritaire n° 326 de l'Industrie du gaz et de l'électricité, sur la base des dispositions de l'arrêté royal du 17 juin 1985.

La S.C. C.P.T.E. écrit :

- a. "Le fait que toutes les CCT que conclura à l'avenir dans le cadre de la CP n° 326 l'Association des entreprises d'électricité et de gaz de Belgique (AEEGB), dont le GRT fera également partie, seront (donc) automatiquement d'application tant pour les membres du personnel du GRT, que pour ceux des autres entreprises de l'AEEGB (à savoir Distrigaz, Electrabel, Laborelec et Statoil), ne peut constituer en soi un problème d'indépendance au sens de l'art. 9§2 de la loi sur l'électricité".
- b. Les activités d'engineering du réseau, de gestion de projet et les achats concernés sont effectués par des membres du personnel de Tractebel Energy Engineering (division Réseaux et Services de l'énergie), lesquels jouissent d'un autre statut, à savoir le statut CPNAE, et par conséquent, sont du ressort d'une autre CP (n° 218).
Pour ces motifs, ces activités pourraient être confiées à une filiale du GRT qui sera du ressort de la CP n° 218".

La CREG croit savoir d'une part que les travailleurs des propriétaires du réseau jouissent d'un ensemble substantiel d'avantages extralégaux et participent à un fonds de pension au niveau de l'entreprise.

D'autre part, la CREG n'est pas convaincue que le renvoi notamment à la CP n° 326 soit une garantie suffisante pour réaliser l'impartialité financière que le législateur a poursuivie.

La CREG doute également que le groupe des cadres soit concerné par les commissions paritaires.

C'est pourquoi la CREG recommande de déterminer la politique en matière de rémunérations pour tous les travailleurs en faisant intervenir le comité de rémunération qui doit être constitué au sein du conseil d'administration du gestionnaire du réseau. Le problème est différent en ce qui concerne le fonds de pension auquel participent actuellement les travailleurs qui seront transférés au gestionnaire du réseau. Des avantages extralégaux doivent être accordés par le gestionnaire du réseau aux membres de son personnel, sans que d'autres entreprises des propriétaires du réseau y soient associées.

15. En vue de renforcer l'impartialité des travailleurs du gestionnaire du réseau, voulue par le législateur, la CREG recommande d'éviter le système de "*revolving doors*" en faisant figurer chaque fois qu'elle est légalement possible une clause de non-concurrence dans les contrats de travail qui seront conclus avec les travailleurs du gestionnaire du réseau.

16. Pour être complet, il convient de rappeler qu'outre une impartialité financière, une impartialité fonctionnelle est également exigée par l'article 10 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau via une interdiction de cumul. Dans cet article 10, il est question 'd'actionnaire dominant', une notion qui est définie à l'article 1er, § 2, 1°, de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau comme quelqu'un qui détient, 'directement ou indirectement, 10 pour-cent au moins du capital du gestionnaire du réseau'.

Bien que la législation de droit commun sur les sociétés ne connaisse pas de structures de holding, le Roi, par le biais de cet article 1er, § 2, 1°, a défini et rendu pertinente la notion de holding dans cette matière. Sur base de ces dispositions, combinées à l'article 10 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau, l'interdiction du cumul de fonctions s'applique par conséquent également au personnel du gestionnaire du réseau au niveau du holding.

17. La CREG juge nécessaire que les futurs membres du comité de direction s'engagent à titre personnel à ne pas acquérir ou détenir de participations dans des entreprises du secteur de l'électricité (sauf naturellement, leur lien avec le gestionnaire du réseau lui-même).

La CREG recommande que, lors de la désignation du gestionnaire du réseau, les membres de son comité de direction soient sous la surveillance de la CREG en ce qui concerne leur respect des exigences légales.

L'impartialité par la non-discrimination

18 L'article 9, § 2, 5°, de la loi sur l'électricité charge le Roi de définir des mesures visant à "éviter toute discrimination entre des utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du réseau et, en particulier, toute discrimination en faveur d'entreprises liées au gestionnaire du réseau".

De l'explication que donne l'exposé des motifs de cette disposition, il ressort que le législateur envisage ici les clients des services de transport.

19. Le 12 avril 2000, la S.C.R.L. C.P.T.E. a communiqué à la CREG une note intitulée "Discussion des mesures de précaution à envisager en vue d'éviter la discrimination entre les utilisateurs du réseau".

Dans cette note, des principes visant à la non-discrimination entre les utilisateurs sont définis et des mesures possibles de précaution sont formulées, notamment :

- une dissociation des dispatchings pour la gestion du parc de production et l'exploitation du réseau;
- des procédures de nomination pour l'accès au réseau belge de transport;
- une standardisation de l'échange des informations relatives aux nouveaux raccordements et à l'emploi du réseau de transport;
- une gestion des courants électriques sur le réseau en cas de contraintes;
- des études sur les nouveaux raccordements de manière à ce que tous les utilisateurs du réseau reçoivent des informations identiques.

La CREG est d'avis que le développement concret de ces propositions peut prendre place dans le règlement technique visé à l'article 11 de la loi sur l'électricité.

La CREG recommande qu'un calendrier précis soit fixé par le ministre, après concertation avec le gestionnaire du réseau et la CREG, et que le respect de ce calendrier soit imposé comme condition à la désignation du gestionnaire du réseau pour que celui-ci conserve cette qualité. La CREG contrôlera le respect de ce calendrier.

20. L'article 9, § 2, 5°, de la loi sur l'électricité considère en premier lieu la relation entre le gestionnaire du réseau et les utilisateurs de ses services.

La CREG juge toutefois aussi important que le même principe de non-discrimination soit pris en considération dans la relation entre le gestionnaire du réseau et ses fournisseurs. Sur ce plan également, toutes les opérations doivent se dérouler aux conditions du marché (*'at arm's*

length) et tout privilège, par exemple du propriétaire du réseau, doit être évité en ce qui concerne l'achat de services auxiliaires.

Il faut donc mettre au point des systèmes qui permettent de démontrer la conformité au marché à l'occasion de transactions avec les propriétaires du réseau à propos des services auxiliaires lors des contrôles périodiques des tarifs et du respect du règlement technique.

La CREG part du principe que le gestionnaire du réseau documentera complètement ses procédures d'achat et qu'il les fera approuver par son comité d'audit. A l'occasion du contrôle périodique des tarifs, la CREG vérifiera si la politique des achats se déroule d'une manière suffisamment conforme au marché.

L'impartialité et la confidentialité des données commerciales

21. L'article 9, § 2, 4°, de la loi sur l'électricité charge le Roi de définir des mesures en vue de préserver la confidentialité des données commerciales que le gestionnaire du réseau obtient relatives aux utilisateurs du réseau, tandis que l'article 14 de la loi sur l'électricité soumet les membres du personnel du gestionnaire du réseau au secret professionnel.

Sauf la restriction concernant l'accès à ces données, telle qu'elle est contenue dans l'article 13 de l'arrêté royal relatif à la gestion du réseau, le Roi n'a pris aucune mesure concrète.

22. Le 12 avril 2000, la S.C.R.L. C.P.T.E. a transmis à la CREG une note intitulée "Discussion des mesures de précaution à envisager afin de protéger la confidentialité des données commerciales".

Cette note tente d'établir une "description du contenu et de l'ampleur de la confidentialité". Celle-ci devrait notamment contenir entre autres ce qui suit :

- une définition de ce qui doit être considéré comme information confidentielle;
- quelles catégories du personnel auront accès à quelles informations;
- des procédures qui garantiront le respect des obligations de confidentialité.

La note formule ensuite des ‘mesures de précaution à envisager’ telles que :

- la dissociation des systèmes de décompte et de facturation;
- la dissociation des systèmes SCADA;
- le traitement confidentiel des demandes de raccordement et d’accès;
- le traitement confidentiel des nominations à l’accès au réseau belge de transport.

La CREG est d’avis que le développement concret de ces propositions peut prendre place dans le règlement technique visé à l’article 11 de la loi sur l’électricité.

La CREG recommande qu’un calendrier précis soit fixé par le ministre, après concertation avec le gestionnaire du réseau et la CREG, et que le respect de ce calendrier soit imposé comme condition au maintien de la qualité de gestionnaire de réseau. La CREG contrôlera le respect de ce calendrier.

LA CONDITION DE COUVERTURE TERRITORIALE

23. L’article 10, § 1er, de la loi sur l’électricité stipule que peut être désigné comme gestionnaire du réseau le candidat qui est proposé par “un ou plusieurs propriétaires du réseau (y compris, le cas échéant, le gestionnaire du réseau sortant) qui, seuls ou conjointement, détiennent une partie du réseau de transport qui couvre au moins 75 pour-cent du territoire national et au moins deux tiers du territoire de chaque région.”

Le 4 mai 2000, la S.C.R.L. C.P.T.E. a transmis à la CREG une note intitulée “Couverture territoriale du réseau de transport dont la S.C. C.P.T.E. est propriétaire”.

Celle-ci livre la conclusion suivante:

“L’examen du réseau en ce qui concerne les niveaux de tension supérieurs à 70 kV montre que les minima qui sont exigés par l’article 10 de la loi sur l’électricité de 29 avril 1999 pour la couverture du territoire au niveau national et régional se retrouvent dans le réseau de transport dont la C.P.T.E. est propriétaire.”

La CREG accepte cette communication de la C.P.T.E. dont l'exactitude factuelle est de notoriété publique, de sorte que la candidature d'ELIA S.C.R.L. est en effet proposée par des actionnaires qui satisfont à la condition légale de couverture territoriale.

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

Guido CAMPS
Directeur

Christine VANDERVEEREN
Président