ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 32.363/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ETAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre des Transports, de la Mobilité et de l'Energie de la Région wallonne, le 12 octobre 2001, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "relatif aux conditions de désignation et de gestion du gestionnaire de réseau", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 12 décembre 2001 et 9 janvier 2002, a donné , à cette dernière date, l'avis suivant :

OBSERVATIONS GENERALES

1. Les chapitres II et III du projet comprennent des dispositions relatives, notamment, à la composition et au fonctionnement des organes de gestion du gestionnaire de réseau de transport local (chapitre II) et des gestionnaires de réseau de distribution (chapitre III).

Le préambule donne comme fondement légal au projet d'arrêté l'article 12 du décret du 12 avril 2001, relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, qui dispose notamment que :

> "(...) le Gouvernement wallon définit les mesures suivantes en vue d'assurer l'indépendance et l'impartialité de la gestion (...) du réseau :
>
> 1° les règles relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion du gestionnaire de réseau visant à éviter que des producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires ne puissent exercer, seuls ou de concert, une influence notable sur la gestion de ce réseau; (...).".

Pour respecter la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et ne pas excéder les limites de l'habilitation conférée au Gouvernement par le décret, si le projet d'arrêté peut définir des mesures qui pour les gestionnaires des réseaux, complètent ou adaptent les règles régissant la composition et le fonctionnement des organes des sociétés, ce ne peut être dans d'autres buts que ceux mentionnés dans l'article 12, 1°, du décret.

Il convient, dès lors, d'examiner les différentes dispositions des chapitre II et III afin de vérifier leur compatibilité avec le fondement légal précité [1]. Cet examen sera opéré dans les observations particulières relatives à chaque article.

2. Les dispositions du chapitre III relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion des gestionnaires de réseau de distribution sont beaucoup moins développées que celles du chapitre II relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion du gestionnaire du réseau de transport local, alors que l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité, habilite le Gouvernement à définir les règles relatives à la composition et au fonctionnement des organes de gestion de tous les gestionnaires de réseaux, en vue d'éviter que des producteurs, fournisseurs aux clients éligibles, et intermédiaires ne puissent exercer seuls ou de concert, une influence notable sur la gestion des réseaux.

Les gestionnaires des réseaux de distribution se distinguent du gestionnaire du réseau de transport local par le fait qu'ils sont nécessairement des personnes morales de droit public (article 6 du décret du 12 avril 2001, précité). Il appartient à l'auteur du projet de pouvoir démontrer que le contenu propre à chacun des régimes mis en place justifie, tant au regard des articles 10 et 11 de la Constitution que de l'article 12, 1°, du décret, une telle différence de traitement.

---

(1) La section de législation du Conseil d'Etat observe que le projet d'arrêté est manifestement inspiré de l'arrêté royal du 3 mai 1999 relatif à la gestion du réseau national de transport d'électricité, modifié par l'arrêté royal du 6 octobre 2000. L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que seul l'arrêté royal du 6 octobre 2000 a été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat. En outre, l'habilitation contenue dans l'article 9, § 2, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité est plus large que celle prévue par l'article 12 du décret du 12 avril 2001, précité : d'une part les six objectifs que peut poursuivre le Roi ne sont pas limitatifs, comme le prouve l'usage de l'adverbe "notamment" et, d'autre part, le 2° mentionne de manière générale les "autres mesures visant à assurer l'autonomie de gestion selon les meilleures pratiques de gouvernement d'entreprise". Il en résulte que les possibilités dont dispose le Gouvernement wallon pour édicter des règles de bonne gouvernance sont plus limitées que celles dont dispose le Roi, dans la mesure où ces règles ne peuvent avoir pour objectifs que d'éviter que des producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires ne puissent exercer seuls ou de concert, une influence notable sur la gestion du réseau.

3. Le projet d'arrêté utilise à de nombreuses reprises l'expression "gestionnaire de réseau". Tel est le cas, notamment, des chapitres IV à IX . Il y a lieu de préciser, dans chaque cas, si sont visés les gestionnaires des réseaux de distribution, le gestionnaire du réseau de transport local ou les deux à la fois.

Selon la représentante du ministre, les chapitres IV, V, VI et VIII s'appliquent au gestionnaire de réseau de transport local et aux gestionnaires de réseaux de distribution.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Préambule

1. Le projet d'arrêté se donne pour fondement légal le décret du 12 avril 2001, précité, notamment l'article 12.

Dès lors que le projet d'arrêté règle la procédure de désignation et de révocation des gestionnaires des réseaux (chapitres VII et IX) et qu'il fixe l'entrée en vigueur de l'article 12 du décret (article 31), il convient de viser également, à l'alinéa 1er du préambule, les articles 10 et 63 du décret.

En effet, l'article 10, § 1er, alinéa 1er, prévoit que le Gouvernement wallon désigne, après avis de la CWAPE les gestionnaires des réseaux de distribution et l'article 10, § 2, alinéa 3, habilite le Gouvernement à arrêter la procédure de révocation des gestionnaires des réseaux de distribution. L'article 63 habilite le Gouvernement à fixer la date d'entrée en vigueur du décret.

2. A l'alinéa 3, il convient de mentionner la date de l'accord du Ministre du Budget.

3. L'alinéa 4 doit être omis.

Dispositif

Il y a lieu d'écrire en entier "Chapitre premier", au singulier "Disposition générale" et, en abrégé, "Art. 2", "Art. 3", etc.

Article 1er

1. L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que le texte en projet n'envisage pas des situations telles que l'alliance ou la cohabitation.

2. Au paragraphe 1er, la définition du "décret" est inutile. Il y a lieu de l'intégrer dans le dispositif lorsqu'elle est utilisée pour la première fois.

3. En vertu du paragraphe 1er, alinéa 1er, 5°, b), un administrateur indépendant ne peut être membre du comité de direction et ne peut avoir de lien de parenté jusqu'au troisième degré avec un membre du comité de direction d'un gestionnaire du réseau ou de l'une de ses filiales.

De l'accord de la représentante du ministre, il convient de mentionner également la fonction d'administrateur et non pas uniquement celle de membre du comité de direction.

4. Au paragraphe 1er, alinéa 1er, 5°, d), il y a lieu de remplacer les mots "au tiret précédent" par les mots "au littera c)".

5. Le paragraphe 1er, alinéa 2, dispose que :

> "Les mandats (de) gouverneur, député permanent, conseiller provincial, bourgmestre, échevin, conseiller communal, président ou conseiller de CPAS ne sont pas considérés comme des fonctions ou activités au sens du litera c) du présent article.".

Cette disposition manque de précision. A la question si un bourgmestre doit être considéré comme administrateur indépendant du gestionnaire du réseau de transport local nonobstant le fait qu'il exerce par ailleurs, en sa qualité de bourgmestre, une fonction ou une activité, rémunérée ou non, au service d'une intercommunale de production, de fourniture aux clients éligibles, intermédiaires, ou qui serait actionnaire dominant, la représentante du ministre a répondu :

> "L'interprétation est exacte. Un bourgmestre exerçant une fonction au sein d'une société de production, fourniture aux clients éligibles ou intermédiaire serait considéré comme administrateur indépendant. Toutefois, la notion d'administrateur indépendant ne concerne que le gestionnaire du réseau de transport local (personne morale de droit privé).".

Une telle différence de traitement dans l'appréciation de l'incompatibilité selon la qualité "publique ou privée" de la personne qui exerce la fonction ou l'activité ne se justifie pas au regard des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité.

6. Le paragraphe 2 exprime une évidence et sera dès lors omis.

7. Conformément à l'article 27, § 3, de la directive 96/92 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, l'alinéa 1er doit être complété par la référence à la directive 96/92, précitée.

Chapitre II et chapitre III

Dans l'intitulé de ces deux chapitres, le mot "au" doit être omis.

Article 2

1. Cet article vise l'hypothèse où le gestionnaire du réseau de transport local n'est pas le gestionnaire de réseau désigné par l'autorité fédérale.

Or, il résulte de l'article 4, alinéa 3, du décret du 12 avril 2001 précité, que le gestionnaire du réseau de transport local est nécessairement le gestionnaire du réseau de transport désigné par l'autorité fédérale ou une filiale de celui-ci.

Dès lors, il y a lieu de viser l'hypothèse où le gestionnaire du réseau de transport local est une filiale du gestionnaire du réseau de transport désigné par l'autorité fédérale.

Article 3

La référence aux articles 6 et 7 de la loi du 2 mars 1989, relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, est inadéquate puisque ces articles ont été abrogés par la loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés. Leur contenu a été repris dans les articles 534 et 545 du Code des sociétés avec un champ d'application plus large puisqu'ils s'appliquent également aux sociétés qui ne sont pas cotées en bourse mais dont les statuts ont rendu applicables les articles 1er à 4 de la loi du 2 mars 1989, précitée.

La référence à l'article 8 de la loi du 2 mars 1989, précitée, est inadéquate : les statuts d'une société sont évidemment sans pouvoir pour attribuer une compétence matérielle au président du tribunal de commerce. Par ailleurs, l'article 516 du Code des sociétés prévoit la compétence du président du tribunal de Commerce en cas de violation de l'article 515, alinéa 1er, du même Code, c'est-à-dire lorsque les statuts prévoient une obligation d'information à charge des actionnaires.

Article 4

1. En disposant que le conseil d'administration du gestionnaire du réseau de transport local doit être composé, pour la moitié au moins, d'administrateurs indépendants, l'article 4, § 2, excède l'habilitation contenue dans l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité, dans la mesure où la définition de l'"administrateur indépendant" que donne l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, 5°, de l'arrêté en projet est trop large. En effet, elle vise non seulement des administrateurs qui n'ont pas de lien avec les producteurs, les

fournisseurs aux clients éligibles et les intermédiaires, mais également, ce que ne prévoit pas l'article 12 du décret du 12 avril 2001, précité, des administrateurs qui ne fournissent pas des biens ou des services à un gestionnaire de réseau ou à l'une de ses filiales, et qui n'ont pas un intérêt patrimonial significatif dans une société ou association qui fournit des biens ou services à un gestionnaire de réseau ou à l'une de ses filiales.

2. En disposant que le conseil d'administration du gestionnaire du réseau doit être composé, pour la moitié au moins, d'administrateurs non exécutifs, l'article 4, § 1er, excède également l'habilitation contenue dans l'article 12 du décret du 12 avril 2001, précité. En effet, en vertu de l'article 1er, 4°, du projet d'arrêté, un "administrateur non exécutif" est un administrateur qui n'assume pas de fonction de direction au sein du gestionnaire de réseau dont il est administrateur, ou de l'une de ses filiales. Or, l'article 12 du décret n'habilite pas le Gouvernement à garantir que les administrateurs, ou certains d'entre eux, n'exercent pas également des fonctions de direction dans la société.

3. Le paragraphe 2, alinéa 2, qui dispose que "Les premiers administrateurs indépendants sont nommés pour une durée de trois ans au plus" déroge à l'article 518, § 3, du Code des sociétés qui prévoit que le terme des mandats d'administrateur ne peut excéder six ans. L'on n'aperçoit cependant pas le lien entre la durée limitée du mandat des administrateurs indépendants et leur indépendance par rapport aux producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires. Il en résulte que le paragraphe 2, alinéa 2, excède les compétences du Gouvernement.

Article 5

Les dispositions de l'article 5 ont pour but de permettre une bonne gouvernance de la société en général. Les 1° et 3° ne visent pas spécialement à assurer l'indépendance et l'impartialité du gestionnaire du réseau de transport local par rapport aux producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires. Ils excèdent, dès lors, l'habilitation contenue dans l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité.

Article 6

La mission confiée au comité de gouvernement d'entreprise par le 2° porte sur les conflits d'intérêt entre le gestionnaire du réseau de transport local et un actionnaire dominant. Une telle incompatibilité n'entre cependant pas dans le champ d'application de l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité, à moins que l'actionnaire dominant ne soit un producteur, un fournisseur aux clients éligibles ou un intermédiaire.

Article 8

Cette disposition prévoit la constitution, au sein du conseil d'administration du gestionnaire du réseau de transport local, d'un comité de rémunération. Il s'agit d'une mesure visant à promouvoir la bonne gouvernance de la société en général. Elle ne vise pas spécialement à assurer l'indépendance et l'impartialité du gestionnaire du réseau de transport local par rapport aux producteurs, fournisseurs aux clients éligibles et intermédiaires. Elle excède, dès lors, l'habilitation contenue dans l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité.

Article 9

Cette disposition étend le champ d'application des articles 523, 524 et 529 du Code des sociétés au gestionnaire du réseau de transport local qui n'a pas fait publiquement appel à l'épargne et qui n'est pas coté en bourse.

L'on relèvera, tout d'abord, qu'en ce qui concerne l'article 523, § 1er, cette extension n'a de sens que pour son dernier alinéa. En effet, les autres alinéas s'appliquent à toute société et non pas uniquement aux sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

Par ailleurs, la section de législation relève que l'actionnaire dans le chef duquel surgit un conflit d'intérêt, ne sera pas nécessairement un producteur, un fournisseur

aux clients éligibles ou un intermédiaire à l'égard desquels l'article 12, 1°, du décret du 12 avril 2001, précité, entend protéger l'indépendance et l'impartialité de la société.

La disposition doit être revue en conséquence.

Article 12

Cette disposition est inutile et sera omise.

Article 19

Cet article dispose que le gestionnaire de réseau est tenu d'insérer dans le contrat relatif à l'accès au réseau une clause compromissoire.

Une telle disposition est contraire au principe de l'autonomie de la volonté qui implique qu'une convention soit librement conclue entre les parties. Seul un décret pourrait éventuellement y déroger.

Article 20

1. Il convient de prévoir la publication au Moniteur belge d'un appel aux candidatures.

2. A l'alinéa 2, il y a lieu d'écrire "qu'il satisfait aux critères de désignation (et non d'octroi) prescrits par le décret (...)".

Article 22

Le Conseil d'Etat se demande ce que vise les mots "des compléments (...) effectués en application de l'article 21".

Article 23

1. Le dernier alinéa dispose qu'à défaut de décision prise dans les quatre mois par le Gouvernement sur une candidature pour être désigné gestionnaire de réseau la demande est réputée acceptée.

Qu'en est-il cependant si plusieurs demandes ont été introduites pour un même réseau ? De l'accord de la représentante du ministre, l'alinéa 4 sera supprimé.

CHAPITRE IX - REVOCATION DU GESTIONNAIRE DE RESEAU

1. L'article 10, § 2, alinéa 2, du décret du 12 avril 2001, précité, dispose que

> "Le Gouvernement wallon peut, après avis de la CWAPE, révoquer le gestionnaire de réseau pour cause de manquement grave à ses obligations en vertu du présent décret ou de ses arrêtés d'exécution".

Il n'appartient pas à un arrêté du Gouvernement de paraphraser ni, à fortiori, de modifier le contenu d'une disposition décrétale.

C'est pourtant ce que fait l'article 27 du projet en substituant à la notion de "manquement grave à ses obligations" celle de "non respect (...) des critères ou obligations" [(2)].

L'article 27 sera dès lors omis.

---

(2) Si l'on peut, à la limite, considérer les critères que doit remplir le gestionnaire d'un réseau de distribution pour être désigné, comme entrant dans la notion "d'obligation", il ne peut être admis que le critère de gravité soit supprimé.

2. L'article 28 du projet a une portée plus large que la procédure de révocation dans laquelle la CWAPE est appelée à donner un avis conformément à l'article 10, § 2, alinéa 2, du décret du 12 avril 2001, précité.

Il établit une procédure de constatation de manquement dans laquelle la CWAPE joue un rôle actif, d'une part en examinant les informations fournies dans le cadre des articles 24 à 26 et, d'autre part, en invitant le gestionnaire de réseau de distribution à transmettre ses observations ou en l'obligeant à prendre les mesures pour remédier à la situation. Cette procédure n'est pas nécessairement liée à la révocation du gestionnaire du réseau de distribution dans la mesure où seul un manquement grave aux obligations peut entraîner une telle révocation.

L'article 28 semble, en réalité, exécuter deux articles différents du décret du 12 avril 2001, précité : l'article 10, § 2, alinéas 2 et 3, relatif à la révocation d'un gestionnaire de réseau de distribution et l'article 43, § 2, alinéa 2, 5°, qui donne pour mission à la CWAPE de contrôler le respect par les gestionnaires de réseaux de distribution des dispositions des seuls articles 11 et 12 du décret ainsi que de leurs arrêtés d'exécution [(3)].

Les dispositifs relatifs à ces deux missions gagneraient à être mieux distingués.

4. Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas clairement l'utilité de l'article 29.

Si l'examen des informations fournies dans le cadre des articles 24 à 26 indique qu'un gestionnaire de réseau de distribution manque à ses obligations, la procédure à suivre n'est-elle pas celle de l'article 28 ?

Par ailleurs, la référence que fait l'article 29 à l'article 28 entraîne une interrogation : la procédure prévue à l'article 29 est-elle la suite de la procédure prévue à l'article 28 ou une procédure distincte ?

---

(3) L'article 43, § 2, alinéa 2, 5°, sert également de fondement aux article 24 et 25 du projet.

Il résulte des observations qui précèdent que la rédaction du chapitre IX doit être revue, en distinguant plus clairement les différentes hypothèses donnant ouverture à la procédure de révocation.

Articles 31 et 32

Il convient de fusionner ces articles en un seul article rédigé comme suit :

"Entrent en vigueur le jour de la publication du présent arrêté au Moniteur belge :

1° l'article 12 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité;

2° le présent arrêté.".

Article 33

Il y a lieu d'ajouter les mots "qui a l'Energie dans ses attributions" après le mot "Ministre".

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'Etat,
	B. GLANSDORFF,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par Mme V. FRANCK, référendaire adjoint et exposée par cette dernière et M. P. BROUWERS, référendaire.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT M.-L. WILLOT-THOMAS