



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 25.11.2011
C(2011) 8572 final

AVIS DE LA COMMISSION

du 25.11.2011

**conformément à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 715/2009 et à
l'article 10, paragraphe 6, de la directive 2009/73/CE – France – Certification de TIGF**

AVIS DE LA COMMISSION

du 25.11.2011

conformément à l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 715/2009 et à l'article 10, paragraphe 6, de la directive 2009/73/CE – France – Certification de TIGF

I. PROCÉDURE

Le 27 septembre 2011, la Commission a reçu de l'autorité de régulation nationale française, la Commission de régulation de l'énergie (ci-après la «CRE»), une notification datée du 15 septembre 2011 concernant un projet de décision relative à la certification du gestionnaire de réseau de transport de gaz Total Infrastructures Gaz France S.A. (ci-après «TIGF»).

Conformément à l'article 10 de la directive 2009/73/CE¹ (ci-après la «directive Gaz») et à l'article 3 du règlement (CE) n° 715/2009² (ci-après le «règlement Gaz»), il incombe à la Commission d'examiner le projet de décision notifié et de rendre un avis à l'autorité de régulation nationale compétente quant à la compatibilité dudit projet avec les dispositions de l'article 9 et de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2009/73/CE.

II. DESCRIPTION DU PROJET DE DÉCISION NOTIFIÉ

Contexte

TIGF est l'un des deux gestionnaires de réseau de transport de gaz en France. Afin de se conformer aux règles applicables en matière de dissociation des gestionnaires de réseau de transport, TIGF a choisi le modèle de gestionnaire de réseau de transport indépendant (ci-après «GTI») visé à l'article 9, paragraphe 8, point b), de la directive Gaz. Ce choix est ouvert à TIGF en vertu de la législation française assurant la transposition de la directive Gaz.

L'article 9 de la directive Gaz établit des règles relatives à la dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseau de transport. Conformément à l'article 9, paragraphe 8, point b), de cette directive, lorsque, le 3 septembre 2009, le réseau de transport appartient à une entreprise verticalement intégrée (ci-après «EVI»), un État membre peut décider de ne pas appliquer le paragraphe 1 dudit article, pour autant que l'État membre concerné se conforme aux dispositions du chapitre IV établissant des exigences pour les gestionnaires de réseau de transport indépendants (articles 17 à 23 de la directive Gaz).

¹ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (JO L 211 du 14.8.2009, p. 94).

² Règlement (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel et abrogeant le règlement (CE) n° 1775/2005 (JO L 211 du 14.8.2009, p. 36).

La CRE a examiné si, et dans quelle mesure, TIGF respecte les règles du modèle GTI relatives à la dissociation prévues par la législation française assurant la transposition de la directive Gaz. Dans son projet de décision, la CRE a recensé un certain nombre de mesures qui restent à prendre pour garantir le plein respect des règles relatives à la dissociation. Le récapitulatif des mesures concernées figure au point 7 du projet de décision de la CRE.

III. COMMENTAIRES

Sur la base de la notification de la CRE, la Commission souhaite formuler les commentaires suivants sur le projet de décision.

1. Choix du modèle GTI

Conformément à l'article 9, paragraphe 8, de la directive Gaz, le modèle GTI peut être appliqué dans les cas où, le 3 septembre 2009, le réseau de transport appartenait à une EVI. Dans le cas présent, la Commission estime, comme la CRE, que le choix du modèle GTI est légitime, étant donné que le réseau de transport concerné appartenait effectivement à une EVI à la date considérée.

2. Définition de la notion d'EVI

Une définition de la notion d'EVI figure à l'article 2, paragraphe 20, de la directive Gaz. La définition de la notion d'EVI est nécessaire à l'application d'un nombre considérable de dispositions de la directive Gaz en matière de dissociation. Dans son projet de décision, la CRE se réfère à la notion d'EVI telle que définie dans la législation française assurant la transposition de la directive Gaz. La Commission se demande si la définition contenue dans la législation française est conforme aux dispositions de la directive Gaz. La Commission constate que la définition de la notion d'EVI contenue dans la législation française semble, entre autres, exclure catégoriquement, et sans justification apparente, les entreprises contrôlées par l'EVI mais établies à l'extérieur de l'Espace économique européen. Par ailleurs, la définition de la notion d'EVI contenue dans la législation française semble exclure, sans justification apparente, les gestionnaires de réseau de distribution contrôlés par l'EVI. La Commission est d'avis que la définition de la notion d'EVI contenue dans la législation française ne semble pas conforme aux dispositions de l'article 2, paragraphe 20, de la directive Gaz. La Commission considère que, dans sa décision finale de certification, la CRE devrait appliquer une définition de la notion d'EVI qui soit conforme aux dispositions de l'article 2, paragraphe 20, de la directive Gaz.

3. Ressources humaines

Conformément à l'article 17, paragraphe 1, en liaison avec l'article 17, paragraphe 2, point h), de la directive Gaz, le GTI doit posséder toutes les ressources humaines, techniques, matérielles et financières nécessaires pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la directive Gaz. Cela inclut le personnel nécessaire pour l'activité de transport de gaz et l'accomplissement de toutes les tâches de l'entreprise, y compris les services juridiques. Par ailleurs, conformément à l'article 17, paragraphe 1, point b), de la directive Gaz, le personnel nécessaire pour l'activité de transport de gaz doit être employé par le GTI. Il ressort du projet de décision que près d'un tiers du personnel de TIGF figure toujours officiellement sur la liste des employés de l'EVI. Il s'agit d'une violation de l'article 17, paragraphe 1, point b), de la directive Gaz. Il ressort par ailleurs du projet de décision que cette situation ne sera pas

régularisée avant [...]. La Commission considère que ce délai est inacceptable et est d'avis qu'il faudrait parvenir à une conformité totale dans le courant de l'année [...]. Il ressort par ailleurs du projet de décision que TIGF emploie actuellement un total de 470 personnes. Ce chiffre semble peu élevé, la Commission invite donc la CRE à vérifier avec soin si le GTI dispose d'un personnel suffisant pour remplir ses fonctions essentielles.

4. Missions du GTI

Conformément aux dispositions de la directive Gaz, le GTI est tenu d'exercer l'activité de transport de gaz, y compris d'effectuer toutes les tâches incombant à un gestionnaire de réseau de transport en vertu de l'article 13, ainsi qu'un certain nombre de tâches supplémentaires énumérées à l'article 17, paragraphe 2. Pour ces tâches, le GTI doit être autonome. Le projet de décision ne précise toutefois pas si toutes les tâches pertinentes ont bien été confiées à TIGF. La Commission considère que, dans sa décision finale de certification, la CRE devrait préciser les moyens mis en œuvre par elle pour vérifier que toutes les tâches pertinentes ont été confiées à TIGF.

5. Contrats de services entre l'EVI et le GTI

A. Services fournis au GTI par d'autres parties de l'EVI

L'article 17, paragraphe 1, point c), de la directive Gaz prévoit des règles particulières relatives à la passation de contrats de services entre d'autres parties de l'EVI et le GTI. Étant donné que le GTI devrait être autonome et indépendant des autres parties de l'EVI, la directive Gaz interdit la passation de contrats de fourniture de services au GTI par une autre partie de l'EVI. À titre d'observation préliminaire, et compte tenu de l'interdiction générale relative à la prestation de services en faveur du GTI par d'autres parties de l'EVI, la Commission considère qu'une dérogation ne pourrait être envisagée que dans des circonstances exceptionnelles. Ce type de dérogation devrait faire l'objet d'une interprétation stricte et ne devrait pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour protéger des intérêts supérieurs tels que la sûreté et la fiabilité du réseau de transport. Une dérogation ne pourrait éventuellement être considérée comme justifiée que dans des cas exceptionnels, lorsque les services concernés sont strictement nécessaires pour protéger les intérêts supérieurs susvisés et lorsqu'aucun prestataire de services autre que l'EVI ne pourrait fournir ces services au GTI. En principe, ce type de dérogation devrait également revêtir un caractère purement transitoire et être limité dans le temps. Il convient en outre de garantir que les transactions entre d'autres parties de l'EVI et le GTI sont effectuées aux conditions normales du marché afin d'éviter tout financement croisé. Dans son projet de décision, la CRE n'a pas démontré de façon suffisamment précise si, dans le cas présent, tous les services fournis au GTI par d'autres parties de l'EVI sont strictement nécessaires pour protéger les intérêts supérieurs susvisés. La CRE n'a pas non plus démontré si les services concernés, même s'ils sont strictement et intrinsèquement nécessaires, pouvaient aussi être fournis par d'autres prestataires de services non liés à l'EVI, dans l'immédiat ou dans un avenir proche. Dans le cas présent, la Commission considère que les contrats de fourniture de services au GTI par d'autres parties de l'EVI, tels que, à titre d'exemple, les contrats de services informatiques, les contrats de services de support fiscal, les contrats de services de gestion de trésorerie et les contrats liés à la formation professionnelle, devraient être examinés conformément aux principes susvisés. Cette liste n'est pas exhaustive.

B. Services fournis par le GTI à d'autres parties de l'EVI

Conformément à l'article 17, paragraphe 1, point c), de la directive Gaz, le GTI peut, dans des circonstances particulières, fournir des services à d'autres parties de l'EVI, notamment s'il n'y a aucune discrimination à l'encontre des autres utilisateurs du réseau, s'il n'existe aucune restriction de la concurrence en matière de production ou de fourniture et si l'autorité de régulation a approuvé la fourniture des services concernés. Dans son projet de décision, la CRE se réfère à un nombre significatif de contrats de services fournis par le GTI à d'autres parties de l'EVI. La Commission considère que, dans l'analyse des contrats concernés et en l'absence de marché véritable pour les services concernés, la CRE devrait examiner si les clauses du contrat de services reflètent les coûts, de manière à garantir l'absence de financement croisé indu. Cette analyse n'a pas toujours été effectuée dans le projet de décision. La Commission considère que la CRE devrait systématiquement procéder à cette analyse et prendre les résultats en compte dans sa décision finale de certification.

6. Identité sociale, pratiques de communication et stratégie de marque

Conformément à l'article 17, paragraphe 4, de la directive Gaz, le GTI, dans son identité sociale, ses pratiques de communication ou sa stratégie de marque, doit s'abstenir de toute confusion avec l'identité distincte d'autres entités de l'EVI. Il en résulte une obligation générale d'éviter toute confusion, pour les consommateurs, entre le gestionnaire de réseau de transport et l'entreprise de fourniture. Il ressort du projet de décision que la dénomination sociale officielle de TIGF est «Total Infrastructures Gaz France SA». La présence du mot «Total» dans la dénomination sociale du GTI constitue une référence directe à l'EVI et est donc incompatible avec les dispositions de la directive Gaz. La Commission est d'avis que la CRE devrait exiger, dans sa décision finale de certification, que la dénomination sociale de l'entreprise soit modifiée.

7. Séparation des systèmes informatiques

L'article 17, paragraphe 5, de la directive Gaz dispose que le GTI ne partage aucun système ni matériel informatiques avec une partie de l'EVI et ne fait pas appel aux mêmes consultants ni aux mêmes contractants externes pour les systèmes et matériels informatiques ni pour les systèmes d'accès sécurisé. Il ressort du projet de décision que TIGF ne sera pas en mesure de respecter cette exigence avant la fin de l'année 2014, et même qu'un certain nombre de systèmes informatiques du GTI continueront à être partagés avec l'EVI après 2014, sur la base d'un accord de services conclu entre l'EVI et le GTI. La Commission s'inquiète des éventuels conflits d'intérêts et abus qui pourraient se produire tant que les systèmes informatiques n'auront pas été séparés. La Commission est en outre préoccupée par la très longue période nécessaire pour mettre les systèmes informatiques du GTI en conformité avec l'exigence de la directive et par l'absence de feuille de route détaillée pour parvenir à une séparation totale. Par ailleurs, la Commission renvoie à ses considérations générales ci-dessus sur les possibilités très limitées de conclure des contrats de fourniture de services au GTI par d'autres parties de l'EVI dans le cadre de la directive Gaz, et souligne que ces considérations s'appliquent également aux services informatiques. La Commission invite la CRE à examiner si les systèmes informatiques de TIGF peuvent raisonnablement être séparés avant la fin 2014 et à exiger de TIGF qu'il lui fournisse une feuille de route détaillée et qu'il mette en place des mesures transitoires efficaces pour réduire tout risque de conflit d'intérêts et d'abus en attendant la séparation totale des systèmes.

8. Séparation des auditeurs

Conformément à l'article 17, paragraphe 6, de la directive Gaz, les auditeurs du GTI doivent être différents des auditeurs des autres parties de l'EVI. Il ressort cependant du projet de décision que l'auditeur du GTI travaille pour une société d'audit qui contrôle également d'autres parties de l'EVI. La Commission encourage la CRE à exiger du GTI qu'il veille à ce que la société d'audit qui le contrôle ne puisse pas être la même que celle qui contrôle d'autres parties de l'EVI.

9. Habilitation à réunir des fonds sur le marché des capitaux

L'article 18 de la directive Gaz dispose que, sans préjudice des pouvoirs conférés à l'organe de surveillance en vertu de l'article 20, le GTI est habilité à réunir des fonds sur le marché des capitaux, en particulier par l'intermédiaire d'un emprunt et d'une augmentation de capital. Il ressort du projet de décision que le GTI a conclu un contrat pour la prestation de services de gestion de trésorerie par l'EVI. Le projet de décision ne précise pas dans quelle mesure ce contrat pourrait restreindre le droit du GTI à réunir des fonds sur le marché des capitaux, sous les conditions fixées par lui-même, indépendamment de l'EVI. En tout état de cause, il semble que le contrat de services de gestion de trésorerie concerné ne soit pas conforme aux dispositions de l'article 17, paragraphe 1, point c), de la directive Gaz puisqu'il s'agit d'un contrat de services fournis au GTI par une autre partie de l'EVI. Il est renvoyé aux considérations générales exposées ci-dessus concernant les contrats de fourniture de services au GTI par d'autres parties de l'EVI. La Commission considère que, dans sa décision finale de certification, la CRE devrait réexaminer si le contrat de services de gestion de trésorerie concerné est acceptable au regard de l'autonomie du GTI.

10. Direction - Attributions

Le chapitre IV de la directive Gaz prévoit une répartition précise des attributions entre les différents organes du GTI, y compris entre la direction et l'organe de surveillance. La CRE considère à juste titre que l'organe de surveillance est chargé de prendre les décisions qui pourraient avoir des répercussions importantes sur la valeur des actifs des actionnaires du GTI. Toutefois, l'organe de surveillance ne peut intervenir dans les activités courantes du GTI ni dans la gestion du réseau ni dans la préparation du plan décennal de développement du réseau ni dans la soumission de ce dernier à la CRE. Ces attributions relèvent de la compétence exclusive de la direction. Il ressort du projet de décision que les statuts de TIGF doivent être modifiés pour reproduire correctement cette répartition des attributions et des compétences. La Commission soutient l'exigence de la CRE pour que TIGF révise ses statuts afin de remédier à la situation.

11. Direction - Indépendance

Conformément à l'article 19, paragraphe 3, de la directive Gaz, la majorité des membres de la direction ne peuvent avoir exercé aucune activité ou responsabilité professionnelle ni détenu aucun intérêt ni entretenu aucune relation commerciale, directement ou indirectement, avec une partie de l'EVI ou avec ses actionnaires majoritaires, pendant une période de trois ans avant leur nomination. La direction de TIGF se compose de trois membres. Au moins deux de ces membres doivent respecter les exigences strictes d'indépendance établies dans la directive Gaz. La Commission constate que ces dispositions en matière d'indépendance ne peuvent être contournées par un accord qui, dans le cas présent, permettrait au membre minoritaire de bloquer ou même d'ignorer les décisions prises par la majorité indépendante. Le projet de

décision ne permet toutefois pas de savoir si les décisions de la direction seront adoptées à la majorité simple et si tous les membres de la direction ont les mêmes droits de vote dans tous les cas. La Commission invite la CRE à clarifier son appréciation sur ce point dans sa décision finale de certification.

Il ressort du projet de décision que les trois membres de la direction, y compris ceux ayant été proposés comme membres indépendants, possèdent toujours des intérêts financiers dans l'EVI. La Commission est d'avis que la CRE devrait exiger que les membres concernés vendent leurs parts ou, au minimum, les confient à un mandataire indépendant. La Commission considère que la CRE doit renforcer sa position initiale sur ce point, qui semble constituer une recommandation en la matière mais non une obligation contraignante.

L'article 19, paragraphe 5, de la directive Gaz dispose que la rémunération des membres de la direction n'est pas liée à des activités ou résultats de l'EVI autres que ceux du GTI. Il ressort du projet de décision que cette exigence n'est actuellement pas respectée. TIGF s'est cependant engagé à revoir sa politique de rémunération d'ici au 1^{er} janvier 2012, pour les trois membres de la direction concernés. La Commission encourage la CRE à vérifier s'il a été remédié à la situation avant d'adopter sa décision finale de certification.

Conformément à l'article 19, paragraphe 8, de la directive Gaz, les personnes qui rendent directement des comptes à la direction à propos de questions liées à l'exploitation, à la maintenance ou au développement du réseau doivent, elles aussi, respecter les règles strictes d'indépendance. La Commission constate que le projet de décision ne permet pas de savoir clairement dans quelle mesure cette exigence a été respectée puisqu'il ne contient pas d'informations précises à cet égard. La Commission invite la CRE à clarifier son appréciation sur ce point dans sa décision finale de certification.

12. Organe de surveillance - Attributions

Le chapitre IV de la directive Gaz prévoit une répartition précise des attributions entre les différents organes du GTI, y compris entre la direction et l'organe de surveillance. Le projet de statuts de TIGF s'avère imposer une autorisation préalable de l'organe de surveillance pour certaines décisions de la direction en ce qui concerne les prêts, les crédits et la vente et l'achat d'actifs, au-delà d'un certain seuil. Ces seuils doivent être déterminés dans les statuts. La Commission souligne que les seuils ne devraient pas être trop bas car cela pourrait porter atteinte au principe d'autonomie de la direction inscrit dans la directive Gaz. La Commission doute que ces seuils permettent au GTI d'être autonome et demande dès lors à la CRE de les fixer à un niveau adéquat.

Par ailleurs, le projet de statuts de TIGF paraît requérir que l'organe de surveillance, lorsqu'il prend des décisions relatives au budget, à la politique de financement et à la création d'entités juridiques, obtienne un vote favorable de la majorité des membres de l'organe de surveillance ainsi que de la majorité des membres nommés par l'assemblée générale des actionnaires. La même règle de double majorité paraît s'appliquer aux décisions portant sur des montants dépassant un certain seuil en ce qui concerne la vente ou l'achat d'actifs et la constitution de cautions ou de garanties de toute nature. La Commission constate que les seuils correspondants prévus dans le projet de statuts semblent peu élevés (2 millions d'EUR pour les décisions relatives à la vente et à l'achat d'actifs, ainsi que pour les décisions relatives à la constitution de cautions et de garanties) et risquent de porter atteinte à l'autonomie de la direction du GTI au profit de l'organe de surveillance et de l'assemblée générale des

actionnaires. La Commission invite la CRE à réexaminer, dans sa décision finale de certification, la nécessité de rehausser ces seuils de manière significative.

13. Organe de surveillance - Indépendance

Conformément à l'article 20, paragraphe 3, en liaison avec l'article 19, paragraphe 3, de la directive Gaz, les membres indépendants de l'organe de surveillance ne peuvent avoir exercé aucune activité ou responsabilité professionnelle ni possédé aucun intérêt ni entretenu aucune relation commerciale, directement ou indirectement, avec une partie de l'EVI ou avec ses actionnaires majoritaires, pendant une période de trois ans avant leur nomination. L'organe de surveillance de TIGF se compose de huit membres. Au total, trois membres de l'organe de surveillance doivent respecter les règles strictes d'indépendance fixées par la directive Gaz. Il ressort du projet de décision de la CRE que l'un des membres a été employé par l'EVI jusqu'à la fin de l'année 2009. La Commission estime, comme la CRE, que, dans ces conditions, le membre concerné ne peut avoir le statut de membre indépendant de l'organe de surveillance et que TIGF doit prendre des mesures pour remédier à la situation.

Conformément à l'article 20, paragraphe 3, en liaison avec l'article 19, paragraphe 5, de la directive Gaz, les membres indépendants de l'organe de surveillance ne peuvent posséder aucun intérêt ni recevoir aucun avantage financier, directement ou indirectement, d'une partie de l'EVI autre que le GTI. Il ressort du projet de décision que l'un des membres indépendants de l'organe de surveillance pourrait encore posséder des intérêts financiers dans l'EVI. La Commission est d'avis que la CRE devrait exiger, dans sa décision finale de certification, que, le cas échéant, le membre concerné vende ses parts ou, au minimum, les confie à un mandataire indépendant.

14. Cadre chargé du respect des engagements - Indépendance

Conformément à l'article 21, paragraphe 2, de la directive Gaz, le cadre chargé du respect des engagements du GTI doit se conformer à des exigences d'indépendance similaires à celles applicables à la majorité des membres de la direction. La Commission n'a pas été en mesure de vérifier si [...], en tant que personne proposée pour remplir la fonction de cadre chargé du respect des engagements du GTI, respecte ces exigences d'indépendance. Le projet de décision ne permet notamment pas de savoir si [...] a possédé, ou possède toujours, certains intérêts financiers dans l'EVI. La Commission invite la CRE à clarifier son appréciation sur ce point dans sa décision finale de certification.

15. Conclusion

En vertu de l'article 3 du règlement Gaz, lorsqu'elle adoptera sa décision finale concernant la certification de TIGF, la CRE devra tenir le plus grand compte des commentaires formulés ci-dessus par la Commission. Une fois sa décision adoptée, la CRE devra la communiquer à la Commission.

La position de la Commission sur cette notification particulière est sans préjudice de toute position qu'elle pourrait prendre vis-à-vis d'autorités de régulation nationales quant à d'autres projets de mesures notifiés en rapport avec une certification, ou vis-à-vis d'autorités nationales chargées de la transposition de la législation de l'UE quant à la compatibilité de toute mesure nationale de mise en œuvre avec le droit de l'UE.

La Commission publiera ce document sur son site web. La Commission ne considère pas les informations qu'il contient comme confidentielles. Si la CRE considère que, conformément à la réglementation de l'UE et à la réglementation nationale en matière de secret des affaires, ce document contient des informations confidentielles qu'elle souhaiterait voir supprimer avant toute publication, elle doit en informer la Commission dans un délai de cinq jours ouvrables suivant réception de la présente³. Dans ce cas, la demande doit être motivée..

Fait à Bruxelles, le 25.11.2011

Par la Commission
Günther OETTINGER
Membre de la Commission



³ Votre demande doit être envoyée par courrier électronique à l'adresse suivante:
Inge.Bernaerts@ec.europa.eu .