

**NOTE DE LA DIRECTION GÉNÉRALE ÉNERGIE ET  
TRANSPORTS SUR LES DIRECTIVES 2003/54/CE ET 2003/55/CE  
RELATIVES AU MARCHÉ INTÉRIEUR DE L'ÉLECTRICITÉ ET  
DU GAZ NATUREL**

**LE PRÉSENT DOCUMENT N'ENGAGE PAS LA COMMISSION**

## **LE RÉGIME DE SÉPARATION**

**16.1.2004**

### **A. INTRODUCTION**

Pour garantir un accès non discriminatoire au réseau et éviter les conflits d'intérêts, il est nécessaire de dissocier l'activité de réseau (monopole naturel) des activités des entreprises verticalement intégrées qui sont en concurrence sur le marché, à savoir la production et l'approvisionnement.

Tel est le but des dispositions de séparation figurant dans les nouvelles directives gaz et électricité, qui ont été considérablement renforcées par rapport aux directives précédentes.

Les éléments de base du nouveau régime de séparation sont les suivants:

1. La séparation juridique rendant le gestionnaire du réseau de transport (GRT) et le gestionnaire du réseau de distribution (GRD) indépendants des autres activités non liées respectivement au transport et à la distribution.
2. La séparation fonctionnelle du GRT et du GRD, afin de garantir leur indépendance au sein de l'entreprise verticalement intégrée.
3. Possibilité de dérogations aux exigences de séparation juridique et fonctionnelle applicables au GRD.
4. Séparation comptable: obligation de tenir une comptabilité séparée pour les activités des GRT et des GRD.

Un tableau récapitulatif des exigences de séparation applicables aux GRT et aux GRD et des dérogations possibles figure en annexe.

Le présent document détaille les critères à respecter pour mettre en œuvre les règles susmentionnées, afin d'en garantir l'application cohérente dans tous les États membres.

## **B. SEPARATION JURIDIQUE ET FONCTIONNELLE**

### **1. Dispositions applicables des directives**

L'article 15 de la directive électricité et l'article 13 de la directive gaz énoncent ce qui suit :

- 1. Lorsque le gestionnaire de réseau de transport fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il doit être indépendant, au moins sur le plan de la forme juridique, de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées au transport. Ces règles ne créent pas d'obligation de séparer la propriété des actifs du gestionnaire de réseau de transport, d'une part, de l'entreprise verticalement intégrée, d'autre part.*
- 2. En plus des exigences visées au paragraphe 1, lorsque le gestionnaire du réseau de transport fait partie d'une entreprise intégrée verticalement, il doit être indépendant, sur le plan de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées au transport. Les critères minimaux à appliquer pour cela sont les suivants:  
( critères a) à d)).*

Des dispositions similaires concernant le gestionnaire du réseau de transport sont prévues à l'article 10 de la directive électricité et à l'article 9 de la directive gaz.

En ce qui concerne le GRD, l'article 15, dernière phrase de la directive électricité et l'article 13, dernière phrase de la directive gaz stipulent ce qui suit:

*Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer les paragraphes 1 et 2 aux entreprises d'électricité/gaz intégrées qui approvisionnent moins de 100 000 clients connectés ou approvisionnent de petits réseaux isolés.*

L'article 30, paragraphe 2, de la directive électricité précise:

*Les États membres peuvent surseoir à la mise en oeuvre de l'article 15, paragraphe 1, jusqu'au 1er juillet 2007, et ce sans préjudice des exigences visées à l'article 15, paragraphe 2.*

**L'article 33, paragraphe 2, de la directive gaz contient une disposition similaire pour les gestionnaires des réseaux de distribution de gaz.**

## 2. Principes d'application fondamentaux

### 2.1. Application aux «entreprises verticalement intégrées»

Conformément aux articles susmentionnés, les exigences de séparation s'appliquent si l'activité de réseau en question fait partie d'une «entreprise verticalement intégrée».

Une définition de la notion d'«entreprise verticalement intégrée» (EVI) figure à l'article 2, paragraphe 21, de la directive électricité (et fait l'objet d'une disposition similaire dans la directive gaz):

*«entreprise verticalement intégrée», une entreprise ou un groupe d'entreprises dont les relations réciproques sont définies à l'article 3, paragraphe 3, du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises<sup>1</sup> et qui assure au moins une des fonctions suivantes: transport ou distribution, et au moins une des fonctions suivantes: production ou fourniture d'électricité;*

L'article 3, paragraphe 3, du règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil auquel cette définition fait référence stipule ce qui suit :

*Aux fins de l'application du présent règlement, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment:*

- a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;*
- b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.*

Aussi une entreprise est-elle considérée comme une EVI lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- l'entreprise assure en même temps des activités de production et de fourniture d'électricité/gaz
- et*
- la gestion du réseau est assurée par la même structure juridique;
- ou*
- l'exploitation du réseau est assurée par une entreprise réseau juridiquement distincte qui est cependant sous le «contrôle» de l'entreprise de fourniture/production, ou par une société mère qui «contrôle» une entreprise de fourniture/production au sens de l'article 3, paragraphe 3, du règlement susmentionné du Conseil sur les concentrations (par exemple, parce que l'entreprise mère détient la majorité des parts ou des droits de vote de l'entreprise réseau liée);
- ou*

<sup>1</sup> JO L 395 du 30.12.1989, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 (JO L 180 du 9.7.1997, p.1).

- l'entreprise réseau distincte «contrôle» l'entreprise de fourniture/production, et est donc en même temps une société mère.

Si ces conditions sont réunies, la séparation juridique et fonctionnelle s'applique et l'EVI doit prendre les mesures suivantes :

- une entreprise distincte chargée du réseau doit être constituée (si elle n'existe pas encore)
- l'entreprise chargée du réseau, si elle reste sous le «contrôle» de l'entreprise de fourniture/production liée au sens de l'article 3, paragraphe 3, du règlement susmentionné du Conseil, doit être dissociée sur le plan fonctionnel au sens de l'article 15, paragraphe 2, de la directive électricité ou 13, paragraphe 2, de la directive gaz, afin de garantir l'indépendance nécessaire vis-à-vis de la société mère.

- Si l'entreprise chargée du réseau conserve le «contrôle» de l'entreprise de fourniture/production liée, la séparation fonctionnelle n'est pas possible et ce cas de figure n'est donc pas autorisé par la nouvelle directive (voir paragraphe 4.2.1 ci-après pour de plus amples détails).

Si, en revanche, l'entreprise de fourniture/production détient des parts de l'entreprise chargée du réseau mais ne la «contrôle» pas (ou plus), l'entreprise chargée du réseau en question ne fait pas partie d'une entreprise verticalement intégrée au sens de la directive. Il en résulte que les exigences de séparation énoncées à l'article 15 de la directive électricité ou à l'article 13 de la directive gaz, en particulier à l'article 15, paragraphe 2, [13, paragraphe 2, dans le cas du gaz)] ne s'appliquent pas du tout.

## **2.2. Les éléments de la définition de «contrôle» au sens du règlement sur les concentrations**

Comme indiqué dans ce qui précède, une entreprise chargée du réseau peut être ou non soumise aux exigences de séparation fonctionnelle, suivant qu'elle reste ou non sous le faire «contrôle» de l'entreprise qui assure des activités de fourniture ou de production.

Il est évident qu'un maximum de certitude doit être fourni à cet égard. Une entreprise chargée du réseau a besoin de savoir si, au sens de la directive, son indépendance vis-à-vis de l'activité de fourniture/production peut être considérée comme suffisante ou si elle doit prendre des mesures supplémentaires de séparation fonctionnelle pour renforcer cette indépendance. Il peut s'avérer difficile de trancher, en particulier dans les cas où le «contrôle» exercé par l'entreprise de fourniture/production liée n'est pas évident, par exemple lorsque cette dernière détient moins de 50% des parts de l'entreprise chargée du réseau.

À cet égard, la directive renvoie à la définition du «contrôle» donnée par l'article 3, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations. En vertu de cet article et de la communication de la Commission relative à son interprétation<sup>2</sup>, une entreprise, en résumé, «contrôle» une autre entreprise du même groupe si:

- elle détient la majorité des parts/voix de l'autre entreprise, ou si
- elle ne détient pas la majorité des parts, mais exerce un contrôle exclusif de fait sur l'autre entreprise en raison, par exemple, de la dispersion des autres actionnaires qui sont de petits porteurs, comme en témoigne la majorité des votes effectivement obtenus lors de la dernière assemblée générale annuelle. Par ailleurs, un actionnaire minoritaire peut aussi exercer un contrôle de fait en vertu de modalités contractuelles particulières qui lui confèrent le droit de déterminer effectivement la politique commerciale de l'entreprise.

---

<sup>2</sup> Communication de la Commission du 2 mars 1998, JO C [1998] C 66/5.

### 2.3. Dérogations

En ce qui concerne les GRD, les États membres ont la possibilité, en vertu de leur législation nationale, de prévoir des *dérogations* aux principes susmentionnés de séparation juridique et fonctionnelle applicables aux EVI.

- Les petits GRD (desservant moins de 100 000 clients) peuvent *déroger* à l'obligation de séparation juridique et fonctionnelle. Cette possibilité de dérogation n'est pas limitée dans le temps.
- En ce qui concerne les grands GRD (plus de 100 000 clients), l'obligation de séparation juridique peut être *reportée* au 1er juillet 2007, date de la libéralisation totale du marché.

Étant donné ces dérogations possibles, il se peut que les exigences de séparation fonctionnelle soient applicables indépendamment de la séparation juridique.

Tout d'abord, les États membres peuvent certes repousser au 1er juillet 2007 l'obligation de séparation juridique pour les grands GRD, mais cette possibilité n'existe pas pour l'obligation de séparation fonctionnelle. Il est donc concevable que, jusqu'en 2007, les grands GRD soient tenus par la législation nationale de séparer fonctionnellement les activités de réseau sans être obligés de créer une entreprise distincte.

Ensuite, un État membre pourrait, en vertu du droit national, limiter une dérogation accordée à un petit GRD à la séparation juridique et maintenir l'obligation de séparation fonctionnelle pour tous les GRD (ou leur appliquer un seuil plus bas).

## 3. Séparation juridique

### 3.1. Principes de base

L'élément essentiel de ces dispositions est que le transport et la distribution doivent être assurés par une entreprise «réseau» distincte. Toutefois, l'entreprise réseau ne doit pas nécessairement être propriétaire des actifs du réseau, mais elle doit disposer de «réels pouvoirs de décision» correspondant aux exigences de séparation fonctionnelle (voir ci-après).

L'obligation de créer une entreprise distincte ne concerne que l'activité de réseau, c'est-à-dire le monopole naturel. Toutes les autres activités, notamment la distribution et la production, peuvent continuer à être assurées par une seule et même entreprise.

### **3.2. Forme juridique de l'entreprise chargée du réseau**

L'entreprise verticalement intégrée est en principe libre de choisir la forme juridique de l'entreprise réseau, pour autant que le type d'entreprise choisi garantisse une gestion du GRT/GRD suffisamment indépendante de l'entreprise mère, de manière à satisfaire à l'obligation de séparation fonctionnelle.

Ainsi, si le régime de supervision type prévu par le droit national pour la forme d'entreprise choisie ne répond pas aux exigences de séparation fonctionnelle, par exemple, parce qu'il autorise les propriétaires de l'entreprise à donner des instructions au sujet de la gestion quotidienne, il est nécessaire d'en exiger la modification au moyen d'accords contractuels spéciaux dans les statuts de l'entreprise réseau, afin de garantir à celle-ci une indépendance suffisante vis-à-vis de la société mère. De la même façon, tous les accords contractuels qui introduisent des droits de supervision supplémentaires par rapport à ceux qui sont prévus à la base par la législation et qui limitent l'indépendance de la filiale réseau doivent être compatibles avec les exigences de séparation fonctionnelle.

### **3.3. Gestionnaire de réseau combiné**

Une question qui risque de se poser en pratique est de savoir si un gestionnaire de réseau combiné, c'est-à-dire une même entreprise qui exploite plusieurs réseaux de nature différente, est compatible avec l'exigence de séparation juridique. En particulier, les entreprises de distribution polyvalentes pourraient souhaiter, tout en séparant leurs activités de distribution, exploiter par exemple leurs réseaux d'électricité, de gaz et d'eau au sein d'une seule entreprise, afin de bénéficier de synergies.

En ce qui concerne les GRT/GRD combinés, les directives gaz et électricité prévoient une dérogation à l'obligation de séparation juridique et contiennent une disposition expresse autorisant l'exploitation combinée, à condition que les comptes soient dissociés et que le gestionnaire du réseau combiné soit fonctionnellement indépendant des autres activités du secteur<sup>3</sup>.

En revanche, il n'existe pas de disposition spécifique concernant la possibilité d'exploiter un réseau combiné pour des secteurs différents. Un tel gestionnaire multisecteurs combiné devrait pourtant être possible en principe, dans les mêmes conditions que pour un GRT/GRD combiné. Pour garantir un accès non discriminatoire au réseau et éviter les conflits d'intérêts, il est nécessaire de dissocier l'activité de réseau (monopole naturel) des activités des entreprises verticalement intégrées avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché, à savoir la production et l'approvisionnement. En revanche, l'exploitation de plusieurs réseaux au sein d'une même entreprise ne présente pas le même risque de discrimination et de conflit d'intérêts, à condition que les comptes soient séparés pour garantir la transparence et éviter les subventions croisées.

---

<sup>3</sup> Article 17 de la directive électricité et article 15 de la directive gaz

## 4. Séparation fonctionnelle

### 4.1. Dispositions applicables des directives

L'article 15, paragraphe 2, de la directive électricité et l'article 13, paragraphe 2, de la directive gaz énoncent ce qui suit :

*2. En plus des exigences visées au paragraphe 1, lorsque le gestionnaire du réseau de distribution fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, il doit être indépendant, sur le plan de l'organisation et de la prise de décision, des autres activités non liées à la distribution. Les critères minimaux à appliquer pour cela sont les suivants:*

- a) les personnes responsables de la gestion du gestionnaire de réseau de distribution ne peuvent pas faire partie des structures de l'entreprise d'électricité intégrée qui sont directement ou indirectement chargées de la gestion quotidienne des activités de production, de transport et de fourniture d'électricité;*
- b) des mesures appropriées doivent être prises pour que les intérêts professionnels des responsables de la gestion du gestionnaire de réseau de distribution soient pris en considération de manière à leur permettre d'agir en toute indépendance;*
- c) le gestionnaire de réseau de distribution dispose de réels pouvoirs de décision, indépendamment de l'entreprise intégrée d'électricité, en ce qui concerne les éléments d'actifs nécessaires pour assurer l'exploitation, l'entretien et le développement du réseau. Ceci ne devrait pas empêcher l'existence de mécanismes de coordination appropriés en vue d'assurer que les droits de supervision économique et de gestion de la société mère sur le rendement des actifs d'une filiale, réglementé indirectement en vertu de l'article 23, paragraphe 2, [25, paragraphe 2 (directive Gaz)], soient préservés. En particulier, la présente disposition permet à la société mère d'approuver le plan financier annuel du gestionnaire de réseau de distribution, ou tout document équivalent, et de plafonner globalement le niveau d'endettement de sa filiale. En revanche, elle ne permet pas à la société mère de donner des instructions au sujet de la gestion quotidienne ni en ce qui concerne des décisions individuelles relatives à la construction ou à la modernisation de lignes de transport qui n'excèdent pas les limites du plan financier qu'elle a approuvé ou de tout document équivalent;*
- d) le gestionnaire de réseau de distribution établit un programme d'engagements qui contient les mesures prises pour garantir que toute pratique discriminatoire est exclue et que son application fait l'objet d'un suivi approprié. Ce programme énumère les obligations spécifiques imposées aux employés pour que cet objectif soit atteint. La personne ou l'organisme responsable du suivi du programme d'engagements présente tous les ans à l'autorité de régulation visée à l'article 23, paragraphe 1, [25, paragraphe 1 (directive Gaz)] un rapport décrivant les mesures prises. Ce rapport annuel est ensuite publié.*

Des dispositions similaires concernant le gestionnaire du réseau de transport sont prévues à l'article 10, paragraphe 2, de la directive électricité et à l'article 9, paragraphe 2, de la directive gaz.

## **4.2. Séparation de la gestion (points a) et b))**

### *4.2.1. Principes de base*

Les dispositions de la directive en matière de séparation de la gestion requièrent avant tout que les dirigeants de l'entreprise réseau ne travaillent pas simultanément pour la société assurant la fourniture/production de l'entreprise verticalement intégrée. Cela vaut pour les cadres dirigeants et pour les cadres moyens. Ainsi par exemple, un directeur de l'entreprise réseau ne peut pas être simultanément directeur de l'entreprise du même groupe qui assure la fourniture/production, et vice versa. Il reste toutefois possible, pour un directeur de la société mère, d'assumer des fonctions de supervision dans l'entreprise réseau, mais sans intervenir dans la gestion quotidienne.

Quant à savoir si un directeur de réseau peut travailler en même temps pour la société mère, laquelle n'intervient pas directement dans les activités de production ou de fourniture parce qu'il existe des entités séparées pour cela, la question doit être tranchée au cas par cas. En tout état de cause, ces doubles fonctions ne peuvent être autorisées que si la société mère ne prend pas de décisions concernant la gestion quotidienne des succursales chargées de la fourniture, de la production ou du réseau.

La séparation de la gestion requiert en outre que des «mesures appropriées» soient prises pour garantir l'indépendance des personnes chargées de la gestion du réseau. Il appartient aux États membres de définir ces mesures, en fonction des circonstances nationales. Toutefois, pour se conformer aux directives, les États membres devront absolument prendre les dispositions qui s'imposent en ce qui concerne les aspects suivants :

Le salaire des responsables de la gestion du réseau ne doit pas dépendre des performances de la société mère ou de la société qui assure la fourniture, et doit être établi sur la base d'éléments prédéfinis liés aux performances de l'entreprise réseau. Les raisons justifiant le remplacement d'un membre du conseil d'administration de l'entreprise réseau sur décision de l'entreprise mère sont clairement énoncés dans les statuts de l'entreprise.

Bien que la mobilité des dirigeants entre les diverses succursales de l'entreprise verticalement intégrée reste en principe possible, le transfert de personnel de l'activité de réseau aux autres activités de l'entreprise et vice versa devrait être soumis à certaines conditions. Si, par exemple, un directeur est élu au conseil d'administration de l'entreprise réseau, son recrutement ultérieur, à la fin de ce mandat, par la société mère ou par l'entreprise qui assure la fourniture ne doit pas être automatique.

L'entreprise chargée du réseau n'est pas autorisée à détenir des parts de l'entreprise mère ou de l'entreprise liée qui assure la fourniture ou la production. Si l'entreprise réseau détient de telles parts, elle a un intérêt financier direct dans les résultats de l'entreprise liée qui assure la fourniture et par conséquent, ses dirigeants ne sont plus

en mesure «d'agir en toute indépendance». Cette règle exclut que l'entreprise réseau puisse être simultanément la société mère d'une entreprise chargée de la fourniture/production. En conséquence, une structure dans laquelle, par exemple, l'entreprise de distribution détient depuis toujours l'entreprise juridiquement distincte qui assure la fourniture, n'est plus admissible. Toutefois, cela ne requiert pas nécessairement un changement de propriétaire des actifs du réseau. Il suffirait de créer une nouvelle entreprise qui exploiterait le réseau sans être simultanément propriétaire des actifs de celui-ci.

De même, la question de la participation, à titre personnel, à la gestion de l'entreprise réseau, doit être réglée de manière à garantir l'indépendance de cette gestion. Le problème est que, si, par exemple, les directeurs de l'entreprise réseau détiennent de nombreuses parts de l'entreprise liée assurant la fourniture ou la production, il y a conflits d'intérêts. C'est précisément pour cette raison que dans de nombreux États membres, les régulateurs nationaux ne sont pas autorisés à détenir, à titre personnel, des parts dans des entreprises du secteur de l'énergie.

#### *4.2.2. Traitement des services communs*

Un aspect important en matière de séparation de la gestion est celui du traitement des *services communs*, c'est-à-dire des services qui, du temps des monopoles, ont souvent été partagés par le transport/la distribution, la fourniture et peut-être d'autres activités. Il s'agit en règle générale du personnel, des services financiers, des services informatiques, des locaux et du transport. D'aucuns pourraient prétendre que l'obligation de dupliquer systématiquement ce type de services entraîne une augmentation considérable des coûts sans apporter d'avantages supplémentaires correspondants.

Il paraît utile d'examiner la question au cas par cas.

Si des services communs sont autorisés, il faudra dans certains cas que certaines conditions soient réunies pour limiter les problèmes de concurrence et éviter les conflits d'intérêts:

- les subventions croisées accordées ou reçues par l'entreprise réseau sont exclues; pour garantir cela, le service est fourni aux conditions du marché, qui font l'objet d'un accord contractuel entre l'entreprise qui assure le service commun et l'entreprise bénéficiaire.
- les services communs sont en général assurés et gérés en dehors de l'entreprise réseau, c'est-à-dire par l'entreprise liée qui assure la fourniture ou, mieux encore, par une société mère, à moins que le réseau ne soit l'utilisateur principal.

#### *4.2.3. Application aux GRD non soumis à l'obligation de séparation juridique*

Lorsqu'un GRD est indépendant sur le plan fonctionnel, mais pas sur le plan juridique, les principes théoriques susmentionnés s'appliquent de la même manière, ce qui se traduit concrètement par les règles suivantes:

- un service distinct est créé pour l'activité de distribution au sein de l'entreprise verticalement intégrée, et est géré comme un «centre de profit».

- Un directeur est désigné pour le service réseau. Il ou elle a un contrat spécifique avec l'entreprise, qui énumère notamment les motifs pour lesquels il pourrait être mis fin à ses fonctions. Le directeur ou la directrice ne siège pas au conseil d'administration de l'entreprise verticalement intégrée.
- Si les membres du conseil d'administration ont des responsabilités individuelles, le membre du conseil d'administration de l'entreprise qui est chargé de la branche réseau ne peut être simultanément responsable de la fourniture/production, du moins pas en ce qui concerne les aspects commerciaux. Des responsabilités strictement limitées aux aspects techniques sont possibles.
- Le personnel dirigeant affecté au service réseau ne doit pas exercer simultanément des tâches en rapport avec les autres activités du secteur.
- Les services communs sont partagés entre le service réseau et les autres services de l'entreprise suivant certaines conditions, conformément aux principes susmentionnés.
- Le salaire des personnes travaillant dans le service réseau dépend exclusivement des résultats de l'activité réseau en tant que «centre de profit», et est établi sur la base d'éléments prédéterminés.
- Les transferts de personnel du service réseau vers les autres services de l'entreprise sont limités.
- Le personnel dirigeant travaillant dans le service réseau n'est pas autorisé à détenir des parts de l'entreprise.

#### *4.2.4. Séparation entre réseaux de différents secteurs*

Les principes décrits ci-dessus concernant la séparation de la gestion doivent être appliqués strictement en ce qui concerne l'activité réseau et l'activité fourniture d'un même secteur.

Lorsqu'il s'agit de secteurs différents, une plus grande souplesse est possible, par exemple, dans le cas d'un distributeur d'électricité dont les activités dans les secteurs du gaz et de l'eau sont gérées par la même entreprise. À cet égard, les considérations évoquées plus haut concernant la possibilité d'avoir un gestionnaire de réseau multisecteurs s'appliquent. L'exigence énoncée au point a) des articles 10, paragraphe 2, et 15, paragraphe 2, de la directive électricité, ainsi que des articles 9, paragraphe 2, et 13, paragraphe 2, de la directive gaz, par exemple, est libellée de telle manière qu'elle s'applique exclusivement pour d'autres activités du secteur de l'électricité/du gaz.

Cependant, la souplesse à cet égard doit être compatible avec l'objectif global qui est de faire en sorte que les responsables de la gestion du réseau puissent «agir en toute indépendance»<sup>4</sup>. Seule une analyse au cas par cas permettra de déterminer si cela nécessite une séparation de la gestion des activités liées à des secteurs différents. Il convient de faire la part des choses entre la nécessité d'indépendance, d'une part, et l'intérêt, par exemple, de gestionnaires polyvalents, d'autre part, afin de mettre en évidence d'éventuelles synergies.

---

<sup>4</sup> Voir point b) des articles 10, paragraphe 2, et 15, paragraphe 2, de la directive électricité ainsi que des articles correspondants de la directive gaz.

### **4.3. Pouvoirs de décision effectifs (point c))**

#### *4.3.1. Principes de base*

Toutes les décisions commerciales et organisationnelles en rapport avec l'exploitation, l'entretien et le développement du réseau doivent être prises par la branche réseau, indépendamment de la branche approvisionnement de l'entreprise verticalement intégrée. Cela revêt une importance particulière pour les questions susceptibles d'influer sur la concurrence sur le marché de l'approvisionnement, telles que l'extension ou la construction d'interconnexions avec d'autres réseaux.

L'entreprise réseau dispose de ressources humaines et matérielles suffisantes pour exécuter ses tâches, indépendamment des autres branches de l'entreprise intégrée. Elle dispose également de moyens financiers lui permettant de s'acquitter de sa tâche d'entretien et de développement du réseau.

#### *4.3.2. Gestionnaire de réseau non-proprétaire des actifs*

Les principes susmentionnés s'appliquent également dans les cas où l'entreprise mère reste propriétaire des actifs. Bien que les décisions de base reviennent aussi dans ce cas à l'entreprise réseau, l'entreprise mère peut en principe participer à la mise en œuvre de ces décisions, à condition que des mesures de sauvegarde aient été mises en place pour faire en sorte que l'entreprise mère se limite à exécuter les décisions prises par l'entreprise réseau. Si l'entreprise mère ne se conforme pas à ces décisions, l'entreprise réseau doit avoir la possibilité d'intervenir en faisant jouer un droit d'intervention. Les modalités sont arrêtées au cas par cas et sont énoncées clairement dans un accord spécifique (voir, par exemple, l'accord sur les infrastructures publié par le régulateur irlandais).

#### *4.3.3. Droits de supervision de l'entreprise mère*

La deuxième phrase du point c) précise que le fait de disposer de pouvoirs de décision effectifs est sans préjudice des «droits de supervision économique et de gestion de la société mère concernant le rendement des actifs d'une filiale». En ce qui concerne la portée de ces droits de supervision, la directive mentionne expressément deux éléments : le plan financier de l'entreprise réseau ou tout document équivalent, et le niveau global d'endettement de cette dernière. Pour ce qui est des limites de ces droits de supervision, la directive est également claire : la société mère n'est pas autorisée à donner des instructions au sujet de la gestion quotidienne de la branche réseau, notamment en ce qui concerne les décisions relatives à la construction ou à la modernisation de lignes, qui n'excèdent pas les limites du plan financier.

Dans les limites du plan financier approuvé, l'entreprise réseau jouit donc d'une totale indépendance. Par ailleurs, le plan financier, bien qu'il puisse être adopté par l'entreprise mère, doit être compatible avec l'obligation de veiller à ce que l'entreprise réseau dispose de moyens financiers suffisants pour entretenir et développer l'infrastructure existante.

La directive fait référence au plan financier ou à «tout document équivalent». Ce terme doit être interprété de manière restrictive en ce sens que seuls les documents fonctionnellement équivalents à un plan financier mais qui, dans les différentes terminologies nationales, ne sont pas dénommés «plans financiers» peuvent être approuvés par l'entreprise mère.

En ce qui concerne la composition du conseil de surveillance de l'entreprise réseau, s'il en existe un, il faut dans l'idéal au moins deux membres, suivant la taille du conseil, indépendants des intérêts de l'entreprise mère.

#### *4.3.4. Application aux GRD non soumis à l'obligation de séparation juridique*

Si un GRD n'est indépendant que sur le plan fonctionnel, le point c) ne peut pas s'appliquer à la lettre puisqu'il concerne la relation entre une société mère et sa filiale, ce qui est sans objet lorsque toutes les fonctions sont assurées par la même structure juridique. Cependant, les principes de base du point c) s'appliquent de manière analogue. En conséquence, le service de distribution séparé jouit de pouvoirs de décision étendus en ce qui concerne l'exploitation, l'entretien et le développement du réseau.

L'indépendance du directeur décrite précédemment est sans préjudice de la responsabilité globale des dirigeants de l'entreprise, y compris en ce qui concerne les décisions d'investissement.

## **4.4. Programme d'engagements**

Le but du programme d'engagements est d'offrir un cadre formel permettant de s'assurer que l'entreprise réseau dans son ensemble ainsi que les employés individuellement respectent le principe de non-discrimination.

Trois aspects sont importants à cet égard:

- le contenu du programme, notamment les obligations spécifiques imposées aux employés pour respecter l'objectif de non-discrimination;
- les mesures de mise en œuvre du programme;
- le suivi effectif et les rapports réguliers.

#### *4.4.1. Contenu du programme d'engagements*

Le programme d'engagements contient des règles de conduite qui doivent être respectées par le personnel afin d'exclure la discrimination.

Ces règles ont trait, par exemple, à l'obligation de respecter la confidentialité des informations commercialement sensibles (articles 12 et 16 de la directive électricité et articles 10 et 14 de la directive gaz). Le programme d'engagements indique donc en détail quel type d'informations est considéré comme confidentiel dans ce sens et de quelle manière il doit être traité. Il fait aussi référence aux sanctions prévues par la

législation nationale en cas de non-respect des règles de confidentialité contenues dans les directives<sup>5</sup>.

L'autre série de règles à respecter concerne le comportement du personnel vis-à-vis des clients du réseau. Les employés font notamment clairement savoir qu'ils représentent exclusivement un gestionnaire de réseau et s'abstiennent de toute référence à l'activité de fourniture connexe. En général, les employés ne font aucune recommandations sur les fournisseurs possibles et renvoient plutôt les clients vers des sources d'informations publiques.

Les mesures destinées à éviter la discrimination comprennent également des interdictions ou des restrictions d'accès, pour le personnel ne faisant pas partie de la branche réseau, aux locaux du gestionnaire de réseau ou à une partie de ceux-ci et, plus important encore, aux systèmes d'enregistrement, de traitement ou de stockage des données sensibles.

#### *4.4.2. Mise en œuvre du programme d'engagements*

Le programme d'engagements doit être activement mis en œuvre et encouragé au moyen de mesures et de procédures spécifiques.

Ces mesures devraient notamment comprendre les éléments suivants:

- soutien actif, régulier et visible des cadres supérieurs au programme, notamment sous forme de messages de la direction au personnel, faisant état de son attachement au programme;
- engagement écrit du personnel envers le programme, par la signature de celui-ci;
- déclaration indiquant qu'une action disciplinaire sera engagée à l'encontre du personnel qui enfreint les règles relatives au programme d'engagements;
- formation régulière sur le programme d'engagements et notamment dans le cadre de l'entrée en service pour le nouveau personnel.

#### *4.4.3. Suivi et rapports*

Pour garantir le succès du programme, il convient de vérifier régulièrement son efficacité. Cela est essentiel, non seulement pour s'assurer du bon fonctionnement du programme, mais aussi pour mettre en évidence les domaines dans lesquels les risques de non-mise en conformité sont les plus élevés.

La procédure d'évaluation est menée de manière transparente, afin de faire savoir aux employés que leur comportement est en permanence comparé aux termes et conditions du programme.

---

<sup>5</sup> L'article 23, paragraphe 9, de la directive électricité et l'article 25, paragraphe 9, de la directive gaz obligent les États membres à prendre des mesures appropriées en cas de non-respect des règles de confidentialité.

Le suivi du programme d'engagements incombe à la direction ou à un membre de la direction. L'autorité de régulation publie des lignes directrices concernant le contenu du rapport annuel qui doit être présenté par cette personne ou ce groupe de personnes.

Le rapport annuel est approuvé par les membres indépendants du conseil de surveillance, le cas échéant, avant d'être présenté à l'autorité de régulation.

#### **4.5. Protection des données confidentielles – cloisonnement de l'information**

Les règles de séparation fonctionnelle sont complétées par l'obligation faite aux gestionnaires des réseaux de transport et de distribution de préserver le caractère confidentiel des informations commercialement sensibles (voir, par exemple, les articles 12 et 16 de la directive électricité).

Cela exclut, par exemple, que le personnel de l'entreprise assurant la fourniture puisse avoir un accès illimité aux bases de données contenant des informations pouvant s'avérer commercialement avantageuses, telles que des détails sur les utilisateurs actuels ou potentiel du réseau. Même si cela n'implique pas nécessairement la constitution de bases de données distinctes, des droits d'accès spécifiques doivent être clairement définis et délimités pour respecter la règle de confidentialité.

#### **4.6. Mesures supplémentaires visant à renforcer la séparation fonctionnelle**

Il convient de signaler que les mesures de séparation fonctionnelle prévues par les directives correspondent à des «critères minimaux». Les États membres peuvent donc envisager de compléter la série de critères minimaux par d'autres mesures afin de garantir la séparation la plus efficace possible compte tenu des circonstances nationales particulières et notamment du droit national des entreprises.

Ces mesures peuvent consister par exemple en un *changement de nom* de l'activité de réseau afin de permettre au clients de la distinguer clairement de l'activité de fourniture de l'entreprise. Des noms distincts contribuent également à consolider les principes de la séparation dans l'esprit du personnel. Une autre mesure consisterait à faire en sorte que le gestionnaire de réseau et l'activité de fourniture soient logés dans des *bâtiments différents*, à condition qu'une telle mesure se justifie compte tenu de la taille de l'entreprise considérée. Concernant la présentation de l'entreprise réseau sur internet, la page d'accueil ne doit comporter aucun lien vers l'entreprise qui assure la fourniture.

#### **4.7. Transposition des règles de séparation fonctionnelle dans le droit national**

Les dispositions des directives relatives à la séparation fonctionnelle doivent être précisées davantage au niveau des États membres pour pouvoir être totalement mises en œuvre dans la pratique. Plusieurs méthodes sont envisageables à cet effet, afin que les gestionnaires sachent à l'avance ce qu'ils doivent faire pour se conformer aux règles.

- Spécification des exigences détaillées de séparation fonctionnelle dans la législation nationale (primaire et/ou secondaire) mettant en œuvre les directives.

- Publication préalable, par le régulateur, de «lignes directrices» sur la séparation fonctionnelle.
- Spécification des exigences de séparation fonctionnelle dans la licence des gestionnaires de réseau.

Bien que les États membres puissent choisir entre les approches susmentionnées (et peut-être d'autres encore), il ne serait de toute évidence pas satisfaisant de se contenter de transposer littéralement le texte des directives en droit national, sans fournir d'autres indications au préalable. Il paraît également souhaitable d'exiger que les GRT/GRD soumettent au préalable à l'approbation du régulateur une «déclaration d'engagements» dans laquelle ils précisent la manière dont ils entendent se mettre en conformité.

## **5. Dérogations pour les GRD desservant moins de 100 000 clients**

### **5.1. Principes de base**

Par «100 000 clients raccordés», il faut entendre «100 000 raccordements». En conséquence, un ménage est considéré comme un raccordement au sens de cette disposition, indépendamment du nombre de personnes qui constituent ce ménage. En revanche, un bâtiment comprenant, disons, 8 appartements est considéré comme 8 raccordements au sens de la disposition. Dans les cas où le nombre exact de «raccordements» d'un bâtiment est difficile à déterminer, le GRD procède, en concertation avec l'autorité de régulation, à une évaluation raisonnable. [Autre possibilité : le nombre de clients «facturés», car il n'y a relation avec un client que si ce dernier est «facturé»].

### **5.2. Application concrète - deux scénarios de base**

#### *5.2.1. La distribution et la fourniture/production sont assurées par une seule et même entreprise*

Dans le cas d'une seule entité juridique, l'application de la règle des 100 000 est sans ambiguïté: si l'entreprise a moins de 100 000 clients, c'est-à-dire si moins de 100 000 clients sont raccordés au réseau de distribution de l'entreprise en question, une dérogation est possible, auquel cas l'entreprise peut continuer à exploiter le réseau et à gérer les activités de fourniture/production au sein de la même entité juridique. En revanche, si le nombre de clients est supérieur à 100 000, une branche réseau séparée doit être créée.

Lors de la création de cette branche séparée, l'entreprise a deux possibilités :

- elle peut conserver tout ou partie des parts de la branche réseau, ce qui lui confère le «contrôle» de cette dernière au sens de l'article 3, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations. Dans ce cas, la branche réseau continue de faire partie de l'entreprise verticalement intégrée et doit par conséquent être indépendante sur le plan fonctionnel au sens de l'article 15, paragraphe 2, de la directive électricité et de l'article 13, paragraphe 2, de la directive gaz.

- elle peut renoncer au «contrôle» de la branche réseau, par exemple, en vendant tout ou partie des parts de cette branche à des tiers. En conséquence, la branche réseau ne fait plus partie de l'entreprise verticalement intégrée et les articles 15, paragraphe 2 (électricité) et 13, paragraphe 2 (gaz) en particulier ne s'appliquent pas.

### 5.2.2. Une entreprise exerçant des activités d'approvisionnement/production «contrôle» une ou plusieurs entreprises de distribution juridiquement distinctes

En pareilles circonstances, puisque le groupe d'entreprises forme une seule entreprise verticalement intégrée, tous les clients raccordés des entreprises de distribution «contrôlées» par l'entreprise mère doivent être additionnés. Le cas échéant, le résultat doit être additionné au nombre de clients raccordés à un réseau de distribution exploité par la même structure d'entreprise que l'entreprise de fourniture/production question.

Si le chiffre global est supérieur à 100 000, *toutes* les entreprises réseau «contrôlées» doivent être soumises à l'obligation de séparation conformément à l'article 15 (ou 13 dans le cas du gaz) même si les entreprises en question, considérées individuellement, desservent moins de 100 000 clients.

Les raisons qui justifient cette règle sont doubles :

- la dérogation aux dispositions de l'article 15 [13 G] se justifie pour tenir compte de la situation particulière des petites entreprises de distribution. Cependant, une entreprise qui contrôle plusieurs entreprises réseau qui, au total, desservent plus de 100 000 clients ne peut pas être considérée comme une petite entreprise.
- si l'on ne considérait pas le nombre total de clients, il serait facile de contourner la loi: une entreprise intégrée pourrait organiser sa distribution de manière que les règles relatives à la séparation fonctionnelle ne s'appliquent pas, c'est-à-dire en créant plusieurs entreprises de distribution desservant chacune moins de 100 000 clients.

Voici trois exemples concrets qui illustrent l'application de la règle des 100 000 clients dans le scénario 2:

1. L'entreprise A qui s'occupe d'approvisionnement achète trois entreprises réseau desservant chacune 40 000 clients: ces trois entreprises doivent toutes être indépendantes sur le plan fonctionnel (ou fusionnées en une ou deux entreprises indépendantes).
2. L'entreprise A qui s'occupe d'approvisionnement achète cinq entreprises réseau dont l'une dessert 120.000 clients et les quatre autres 1000 clients chacune : ces cinq entreprises doivent toutes être indépendantes sur le plan fonctionnel (ou fusionnées en une ou plusieurs entreprises indépendantes).
3. L'entreprise A qui s'occupe d'approvisionnement et qui gère un réseau de distribution de 80 000 clients au sein de la même structure (donc sans séparation) achète une entreprise réseau qui dessert 30 000 clients : l'ensemble de la branche réseau, comprenant les 80 000 clients initialement desservis, doit être indépendant.

### **5.3. Latitude des États membres pour l'application de la dérogation**

Il faut noter que le seuil de «100 000» a été choisi en raison de sa pertinence compte tenu de la situation dans l'ensemble de la Communauté. Toutefois, lorsqu'ils statuent sur une éventuelle dérogation, les États membres doivent avant tout tenir compte des circonstances nationales et par conséquent abaisser le seuil s'il y a lieu. En règle générale, le seuil national choisi doit aboutir à un résultat tel que le plus grand nombre de clients possible puissent bénéficier d'un accès dégroupé au réseau.

De surcroît, les États membres optent généralement pour une approche différenciée et n'exemptent pas systématiquement tous les petits GRD des obligations de séparation juridique *et* fonctionnelle. Une approche progressive consisterait à accorder une dérogation pour la séparation juridique au plus grand des petits GRD, tout en maintenant la séparation fonctionnelle ou au moins certains éléments de la séparation fonctionnelle. Seules les entreprises les plus petites seraient exemptées des obligations concernant les deux types de séparation.

## C. SEPARATION COMPTABLE

### 1. Dispositions applicables des directives

L'article 19, paragraphes 1 à 4, de la directive électricité précise:

#### *Séparation des comptabilités*

1. *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir une tenue de la comptabilité des entreprises du secteur de l'électricité qui soit conforme aux paragraphes 2 et 3.*
2. *Indépendamment du régime de propriété qui leur est applicable et de leur forme juridique, les entreprises d'électricité établissent, font contrôler et publient leurs comptes annuels selon les règles nationales relatives aux comptes annuels des sociétés de capitaux, adoptées conformément à la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 44, paragraphe 2, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés<sup>6</sup>.*  
  
*Les entreprises qui ne sont pas tenues légalement de publier leurs comptes annuels tiennent un exemplaire de ceux-ci à la disposition du public à leur siège social.*
3. *Les entreprises d'électricité tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour chacune de leurs activités de transport et de distribution, comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées par des entreprises distinctes, en vue d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence. Elles tiennent également des comptes, qui peuvent être consolidés, pour les autres activités concernant l'électricité non liées au transport ou à la distribution. Jusqu'au 1er juillet 2007, elles tiennent des comptes séparés pour les activités de fourniture aux clients éligibles et les activités de fourniture aux clients non éligibles. Les revenus de la propriété du réseau de transport/distribution sont mentionnés dans la comptabilité. Le cas échéant, elles tiennent des comptes consolidés pour d'autres activités en dehors du secteur de l'électricité/du gaz. Elles font figurer dans la comptabilité interne un bilan et un compte de résultats pour chaque activité.*
4. *Le contrôle des comptes mentionné au paragraphe 2 du présent article consiste notamment à vérifier que l'obligation d'éviter les discriminations et les subventions croisées, en vertu du paragraphe 3, est respectée.*

Des dispositions similaires sont prévues pour les entreprises de gaz à l'article 17, paragraphes 1 à 4 de la directive gaz.

---

<sup>6</sup> JO L 222 du 14.8.1978, p. 11. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/65/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 283 du 27.10.2001, p. 28).

\* Le titre de la directive 78/660/CEE a été adapté pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE en conformité avec l'article 12 du traité d'Amsterdam. La référence initiale était l'article 54, paragraphe 3, point g).

## **2. Principes de base**

Les dispositions relatives à la séparation des comptes sont en grande partie inchangées par rapport aux premières directives. Étant donné la nouvelle exigence de séparation juridique qui implique nécessairement la séparation comptable, ces dispositions sont particulièrement pertinentes, dans le nouveau régime, pour les GRD non soumis à l'obligation de séparation juridique.

Il importe de signaler que contrairement à la séparation juridique et fonctionnelle, aucune dérogation ne peut être accordée aux petits GRD en ce qui concerne la séparation comptable. La séparation des comptabilités est donc l'exigence minimale en matière de séparation qui doit être respectée par tous les gestionnaires de réseau sans exception.

Le principe de base est que les activités de réseau liées au gaz et à l'électricité nécessitent des comptes séparés. Des comptes consolidés sont possibles pour toutes les autres activités, y compris les autres activités en rapport avec le gaz et l'électricité. Cependant, par dérogation à cette règle et jusqu'à l'ouverture totale du marché, une comptabilité séparée doit être tenue pour les ventes aux clients éligibles et pour les ventes aux clients non éligibles, afin d'éviter les subventions croisées.

### **3. Importance d'une imputation précise des coûts**

L'application précise des principes comptables est au moins aussi importante que le principe de la séparation des comptes. Il est essentiel que les éléments de coûts soient affectés de manière transparente et précise aux activités concernées. Toute surévaluation des coûts de l'entreprise réseau est notamment à exclure. Une telle inexactitude dans l'imputation des coûts risque en effet d'entraîner des subventions croisées au profit de l'activité d'approvisionnement et de créer des distorsions de concurrence sur le marché correspondant.

Dans la mesure où le paragraphe 4 des articles pertinents précise que le contrôle des comptes prévu au paragraphe 2 porte sur les éventuelles subventions croisées, il est évident que la manière dont les coûts ont été imputés sera examinée à l'occasion de ce contrôle.

Il faut également rappeler que les autorités de régulation jouent un rôle essentiel à cet égard. Conformément à l'article 23, paragraphe 1, point e) de la directive électricité et à l'article 25, paragraphe 1, point e) de la directive gaz, celles-ci sont chargées de veiller à la dissociation comptable effective, afin qu'il n'y ait pas de subventions croisées entre les activités de production, de transport, de distribution et de fourniture.

Il faut noter à cet égard qu'une réglementation incitative (plafonnement des prix) des redevances d'accès au réseau peut constituer un instrument efficace pour réduire considérablement les incitations et les possibilités qui s'offrent aux entreprises intégrées de déplacer les coûts de l'activité de fourniture/production vers l'activité réseau. Mis à part ses autres avantages, une réglementation incitative peut donc constituer un instrument efficace pour réduire le risque de subventions croisées.

## ANNEXE

### APPLICATION DES REGLES EN MATIERE DE SEPARATION AUX GRT ET AUX GRD

	Séparation juridique	Séparation fonctionnelle	Séparation comptable
<b>GRT</b>	+	+	+
<b>GRD au delà de 100 000 clients</b>	Dérogation possible jusqu'au 1.7.2007	+	+
<b>GRD en dessous de 100 000 clients</b>	Dérogation possible	Dérogation possible	+