

PARLEMENT WALLON

SESSION 2016-2017

6 JUILLET 2017

**Rapport de la Commission d'enquête parlementaire
chargée d'examiner la transparence et le
fonctionnement du Groupe PUBLIFIN ***

RAPPORT

présenté au nom de la Commission d'enquête parlementaire

par

MM. Mouyard, Baurain et Lefebvre

Mesdames,

Messieurs,

Votre Commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin s'est réunie le 16 février, le 20 février, le 21 février, le 23 février, le 8 mars, le 9 mars, le 10 mars, le 13 mars, le 16 mars, le 23 mars, le 24 mars, le 27 mars, le 28 mars, le 30 mars, le 6 avril, le 13 avril, le 14 avril, le 20 avril, le 24 avril, le 10 mai, le 15 mai, le 18 mai, le 1er juin, le 8 juin, le 15 juin, le 22 juin et le 3 juillet 2017 afin d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ *Ont participé aux travaux* : Mme Baltus-Môres, MM. Baurain (Rapporteur), Crucke, Dupont, Evrard, Fontaine, Fourny, Gillot, Hazée, Kilic, Lefebvre (Rapporteur), Legasse, Maroy, Mouyard (Rapporteur), Mmes Nicaise, Poulin, MM. Prévot, Puget, Mmes Ryckmans, Vandorpe, Vienne, Warzée-Caverenne, Zrihen (Présidente).

Ont assisté aux travaux : Mmes Bonni, Gonzalez Moyano, Leal Lopez, Moinnet, M. Onkelinx, Mmes Pécriaux, Potigny, M. Sampaoli, Mme Simonet, M. Stoffels.

TABLE DES MATIÈRES

Titre 1^{er}. Généralités	6
Partie 1. <u>Institution, mission et compétences de la commission d'enquête</u>	6
1.1. Institution de la commission d'enquête	6
1.2. Mission et compétences de la commission d'enquête	6
1.3. Durée du mandat de la commission d'enquête	7
Partie 2. <u>Aperçu des travaux</u>	8
2.1. Méthode de travail	8
2.2. Désignation d'experts	8
2.3. Auditions	8
2.4. Devoirs d'instruction.....	11
2.5. Interventions de la S.A. NETHYS	12
Titre 2. Constatations, analyses et recommandations	15
Préambule	15
Résumé	15
Partie 1. <u>Comités de secteur</u>	17
1.1. Constats	17
1.1.1. Comité de secteur consultatif pour le fonctionnement du secteur 4 SOCOLIE	17
1.1.2. Comité de secteur 5 Gaz	18
1.1.3. Comité de secteur Energie, comité de sous-secteur Liège Ville et comité de secteur Télécoms	19
1.1.3.1. Règles en vigueur en matière de mandat d'intercommunales suite aux élections locales d'octobre 2012	19
1.1.3.2. Création, objectifs et mise en œuvre des comités de secteur	19
1.1.3.3. Installation des comités et fixation des rémunérations.....	19
1.1.3.4. Règlement d'ordre intérieur des comités de secteur et mode de fonctionnement	21
1.1.3.5. Prolongation des comités de secteur après la modification statutaire du 29 juin 2015....	22
1.1.4. Déficit de transparence caractérisé et indices de dissimulation	23
1.1.5. Réparation du préjudice	24
1.2. Recommandations	24

Partie 2. <u>Rémunérations des administrateurs et gestionnaires de l’intercommunale et de ses filiales</u>	25
2.1. Rémunérations des administrateurs	25
2.1.1. Constats	25
2.1.1.1. Règles en vigueur.....	25
2.1.1.2. Cellule de contrôle des mandats.....	25
2.1.1.3. Absence de mise en œuvre de certaines dispositions	26
2.1.1.4. Perception de rémunérations via des sociétés	26
2.1.2. Recommandations	26
2.2. Rémunérations des membres de la direction de l’intercommunale et de ses filiales	27
2.2.1. Constats	27
2.2.1.1. Pratiques en matière de rémunération des dirigeants	27
2.2.1.2. Statut du personnel de management.....	28
2.2.2. Recommandations	29
2.3. Externalisation du paiement des rémunérations de la direction et des notes de frais	30
2.3.1. Constats	30
2.3.2. Recommandation	31
Partie 3. <u>Notion d’intérêt communal</u>	32
3.1. Constats	32
3.1.1. L’objet déterminé d’intérêt communal dans le CDLD	32
3.1.2. La diversification.....	33
3.1.3. Déplacement du pouvoir	34
3.1.4. Intérêt communal et intérêt sociétal	35
3.2. Recommandations	35
Partie 4. <u>Contrôle régional</u>	36
4.1. Constats	36
4.1.1. Perte de la tutelle régionale	36
4.1.1.1. L’entrée de Fourons dans le capital de TECTEO.....	36
4.1.1.2. Le recours à la tutelle contre le règlement de travail de TECTEO	36
4.1.1.3. Conclusions	38
4.1.2. Absence de mise en œuvre de dispositions décrétales	38
4.1.3. Absence d’action de l’autorité de tutelle.....	39
4.1.4. Rapport de l’administration en janvier 2017.....	39
4.1.5. Le chef de cabinet adjoint du Ministre des Pouvoirs locaux	40
4.1.6. Absence de désignation d’un administrateur régional	40
4.2. Recommandations	40
Partie 5. <u>Exercice des pouvoirs au sein de l’intercommunale et de ses filiales</u>	42
5.1. Constats	42
5.1.1. Droit en vigueur pour les intercommunales	42
5.1.2. Affaiblissement de la capacité de contrôle des communes	42
5.1.3. Conventions de service	43
5.1.4. Résultat de l’affaiblissement du contrôle par les associés locaux	43
5.1.5. Contrôle par l’Assemblée générale	43

5.1.6. Contrôle par le Conseil d'administration	44
5.1.7. Rôle limité du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS	45
5.1.8. Conflits d'intérêts	45
5.1.9. Constats	46
5.2. Recommandations	46
Partie 6. <u>Les marchés publics dans le Groupe PUBLIFIN</u>	48
6.1. Constats	48
6.1.1. Remarque préliminaire	48
6.1.2. Droit des marchés publics applicable aux différentes entités du groupe	48
6.1.3. Relations intragroupes et droit des marchés publics	48
6.1.4. Droit des marchés publics dans les relations avec quelques tiers	50
6.1.5. Droit des marchés publics et les sociétés de management	51
6.2. Recommandations	51
Partie 7. <u>Le Gestionnaire de Réseau de Distribution gaz et électricité « RESA »</u>	52
7.1. Constats	52
7.1.1. Évolution du gestionnaire de réseau	52
7.1.2. Conformité de la structuration du groupe	52
7.1.2.1. Les négociations autour du décret du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et la transformation du groupe TECTEO	52
7.1.2.2. Violation des articles 6 et 7 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité	53
7.1.2.3. Le personnel de RESA	55
7.1.3. Politique de distribution de dividendes de RESA	56
7.1.4. Risque de subsidiation croisée	57
7.1.5. Indépendance du GRD	59
7.1.5.1. Séparation des métiers	59
7.1.5.2. Composition du Conseil d'administration	59
7.1.5.3. Responsabilité de la CWaPE	60
7.1.6. Redevance de voirie « électricité »	61
7.1.7. Plafonnement des rémunérations des dirigeants de GRD	61
7.1.8. Charges de pension	62
7.1.9. Régulateur	62
7.2. Recommandations	62
Partie 8. <u>Recommandations générales</u>	64
Votes	65
Rapport	65
Annexes	66

TITRE 1^{ER}. GÉNÉRALITÉS

Partie 1. Institution, mission et compétences de la commission d'enquête

1.1. Institution de la commission d'enquête

Une proposition de résolution de MM. Christophe Collignon (PS) et Dimitri Fourny (cdH) « visant à instituer une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin » (Doc. 742 (2016-2017) N° 1 à 4) a été adoptée à l'unanimité par la commission des affaires générales et des relations internationales le 15 février 2017.

Elle a été adoptée le 15 février 2017 en séance plénière du Parlement de Wallonie (voir annexe 1).

La commission d'enquête a été constituée par le Parlement de Wallonie au cours de la séance plénière du 15 février 2017 et sa composition, fixée à 12 membres effectifs et 12 membres suppléants, désignés suivant le système de la représentation proportionnelle des groupes politiques reconnus et comprenant aussi trois membres avec voix consultative ayant également des suppléants, a été arrêtée comme suit :

Membres effectifs :

- pour le groupe PS : Mme Zrihen, MM. Prévot, Lefebvre, Legasse, Mmes Poulin et Vienne;
- pour le groupe MR : MM. Crucke, Mouyard, Maroy et Evrard;
- pour le groupe cdH : MM. Fourny et Baurain;
- pour le groupe Ecolo : M. Hazée, avec voix consultative;
- MM. Gillot (PTB-GO !) et Puget (Indépendant), avec voix consultative.

Membres suppléants :

- pour le groupe PS : Mme Bonni, MM. Stoffels, Martin, Fontaine, Kilic et Dupont;
- pour le groupe MR : Mmes Potigny, Nicaise, Warzée-Caverenne et Baltus-Möres;
- pour le groupe cdH : Mmes Moinnet et Vandorpe;
- pour le groupe Ecolo : Mme Ryckmans, avec voix consultative;
- M. Warnier (PTB-GO !), avec voix consultative.

Au cours de sa première réunion du 16 février 2017, présidée par Mme Christiane Vienne, doyenne d'âge, la commission d'enquête a procédé à la nomination de son bureau, composé comme suit :

- Présidente : Mme Zrihen (PS);
- Premier vice-président : M. Crucke (MR);
- Deuxième vice-président : M. Prévot (PS);
- Troisième vice-président : M. Fourny (cdH);
- Membre invité : M. Hazée (Ecolo);
- Rapporteurs : MM. Mouyard (MR), Baurain (cdH) et Lefebvre (PS).

En suite de l'installation de son bureau, la commission d'enquête a adopté son règlement d'ordre intérieur (voir annexe 2).

1.2. Mission et compétences de la commission d'enquête

L'article 1^{er} de la résolution adoptée par le Parlement de Wallonie institue la commission d'enquête et la charge de :

I.

- procéder à un inventaire complet des décisions des organes du Groupe PUBLIFIN en lien avec les comités de secteur;
- d'analyser le mode de désignation, les mécanismes de décisions et le fonctionnement des organes du Groupe PUBLIFIN et de contrôle de celui-ci et du respect des pouvoirs et délégations;
- évaluer les rémunérations octroyées aux différents organes de décision et/ou consultatifs et aux cadres dirigeants du Groupe PUBLIFIN, en ce compris le fonctionnement du comité de rémunération et des comités de secteur, et les mécanismes de contrôle de ces rémunérations, y compris celles des cadres dirigeants, ainsi que les éventuelles pratiques d'ingénierie fiscale;
- examiner l'évolution de l'organisation, de la composition et du fonctionnement de la structuration et des organes de l'ensemble du Groupe PUBLIFIN, à savoir de cette intercommunale, de ses filiales et sous-filiales, en ce compris son actionariat;

- évaluer l'ensemble des activités du Groupe PUBLIFIN et les éventuelles conséquences, notamment financières, en ce compris les flux intra-groupe, sur le prix de l'énergie et la rémunération des actionnaires;

II.

- étudier les éventuels dysfonctionnements au sein des organes de contrôle tels que, entre autres, la tutelle régionale sur les intercommunales et la Direction du Contrôle des mandats locaux;

III.

- établir la liste de tous les services ou organes divers qui, de quelque manière que ce soit, ont pu constater ou permettre les dysfonctionnements éventuels constatés et n'en ont ou n'en auraient pas informé les services ou autorités compétents;

IV.

- formuler des recommandations, en lien avec les éventuels dysfonctionnements que ses travaux auraient mis en lumière. Ces recommandations devront conduire à l'élaboration de toute proposition de modification décrétales ou réglementaire ou de toute proposition de résolution dans le but d'améliorer les mécanismes de fonctionnement, de bonne gouvernance, de transparence et de contrôle du Groupe PUBLIFIN et, le cas échéant, le contrôle d'activités publiques sous forme d'intercommunale ou de toute autre structure publique.

L'article 2 de la résolution investit la commission d'enquête de tous les pouvoirs prévus par la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires et précise également que la commission :

- peut entendre toute personne qu'elle estime devoir faire comparaître;
- peut disposer de toutes les pièces qu'elle juge nécessaires à l'exécution de sa mission;
- peut procéder à des constatations sur place;
- doit veiller à ce que son travail n'interfère pas avec d'éventuelles enquêtes judiciaires.

1.3. Durée du mandat de la commission d'enquête

En vertu de l'article 8 de la résolution, la commission d'enquête est chargée de faire rapport au Parlement dans les cinq mois de son installation, sauf décision expresse du Parlement de lui accorder un délai supplémentaire pour déposer son rapport.

Ce délai vient à échéance le 15 juillet 2017.

Partie 2. Aperçu des travaux

2.1. Méthode de travail

La commission d'enquête a débuté ses travaux le 20 février 2017.

Au cours de cette réunion, il a notamment été décidé :

- de procéder à la désignation d'experts et d'entamer l'audition de témoins;
- que le bureau de la commission d'enquête préparerait les travaux de la commission, à savoir la formulation de propositions relatives à la détermination des pièces et documents à solliciter par la commission d'enquête ainsi que la détermination des personnes à entendre par la commission d'enquête.

Par la suite, le bureau de la commission d'enquête s'est réuni à de multiples reprises et a travaillé à l'élaboration d'un rapport intermédiaire ainsi qu'à la préparation du présent rapport.

Les rapporteurs tiennent à saluer le travail qui a été réalisé par les membres du bureau.

Le Greffe du Parlement a été chargé de répertorier et de conserver, le cas échéant dans les conditions de confidentialité demandées, les documents reçus par la commission d'enquête dont l'accessibilité a été constante.

Le 10 mai 2017, la commission d'enquête a établi un document de travail intitulé : « Rapport intermédiaire de la commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe PUBLIFIN ».

Le 3 juillet 2017, la commission d'enquête a adopté le présent rapport.

2.2. Désignation d'experts

L'article 7 de la résolution prévoit que la commission d'enquête peut, dans les limites budgétaires et aux conditions fixées par le Bureau du Parlement, faire appel à des experts indépendants.

Parmi un panel d'experts et de professeurs compétents en droit public et administratif ainsi qu'en droit financier et comptable, la commission d'enquête a désigné les experts suivants :

- Mme Durviaux, Professeur à l'Université de Liège et avocate spécialisée en droit des marchés et contrats publics;
- M. Pierre-Olivier de Broux, Professeur à l'Université Saint-Louis spécialisé en droit public et européen de l'économie ainsi qu'en droit administratif;
- M. Wilfried Niessen, Professeur à l'Université de Liège spécialisé en matière comptable et financière;
- M. Henri Olivier, Professeur émérite de l'Université de Liège spécialisé en droit économique ainsi qu'en droit comptable et financier.

Les experts désignés par la commission d'enquête ont été chargés de lui soumettre :

- des propositions qui leur paraissent de nature à lui permettre de remplir son mandat tel que défini à l'article 1^{er} de la résolution;
- des propositions relatives à l'audition de témoins;
- des hypothèses en vue de la constatation et de l'interprétation des faits constatés à l'occasion de l'analyse des pièces communiquées à la commission et de l'audition des témoins;
- des avis sur des questions spécifiques;
- des propositions de recommandations, en lien avec les éventuels dysfonctionnements que les travaux de la commission auraient mis en lumière.

Les experts ont assuré à la commission d'enquête un soutien scientifique constant, en ce compris au cours des auditions.

2.3. Auditions

Cinquante-deux témoins ont été entendus au cours de séances d'auditions qui se sont déroulées du 20 février 2017 au 22 juin 2017.

L'article 3 de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires prévoit la publicité des réunions de la commission, celle-ci pouvant à tout moment décider le contraire.

Dès lors, la commission d'enquête a invité les témoins qui souhaitaient être entendus à huis clos à lui en adresser la demande justifiée.

Tous les témoins qui ont formulé une telle requête, à savoir lors des auditions des 20 février, 23 février et 23 mars 2017, ont été entendus à huis clos pour la partie de leur intervention qui le nécessitait.

En vertu du règlement d'ordre intérieur de la commission d'enquête, l'audition de chacun des témoins a fait l'objet d'un compte rendu intégral, à l'exception des interventions à huis clos, et les témoins ont été invités à signer le procès-verbal de leur audition après avoir confirmé qu'ils persistent dans leurs déclarations.

Lorsqu'un témoin a souhaité apporter des précisions à son compte rendu d'audition ou s'il a souhaité rectifier le propos, une note additionnelle a été annexée au procès-verbal.

La liste des témoins que la commission d'enquête a entendus est la suivante.

Le 20 février 2017 :

- M. Gil Simon, Secrétaire général de la S.A. NETHYS et de la SCiRL PUBLIFIN;
- Mme Isabelle Rasmont, Commissaire-réviseur de la SCiRL PUBLIFIN (audition partiellement à huis clos);
- M. Manuel Vieira, Réviseur de plusieurs entités de la SCiRL PUBLIFIN (audition partiellement à huis clos).

Le 21 février 2017 :

- M. Georges Pire, Vice-président du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS et ancien Vice-Président de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Dominique Drion, ancien Vice-président du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS et de la SCiRL PUBLIFIN.

Le 23 février 2017 :

- M. Luc Lambrecht, Président du Tribunal de première instance du Luxembourg (audition partiellement à huis clos);
- Mme Cécile Orban, Juge d'instruction au Tribunal de première instance du Luxembourg (audition partiellement à huis clos).

Le 9 mars 2017 :

- M. André Gilles, Président du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS;
- M. Cédric Halin, Échevin des finances de la Commune d'Olné.

Le 10 mars 2017 :

- M. Stéphane Moreau, Directeur général de la S.A. NETHYS.

Le 13 mars 2017 :

- M. Claude Emonts, ancien Président du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Mohammed Bougnouch, ancien Président du comité de sous-secteur Liège-Ville de la SCiRL PUBLIFIN;
- Mme Catherine Megali, ancienne Présidente du comité de secteur Telecom de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. René Duria, responsable administratif au sein de la SCiRL PUBLIFIN/la S.A. NETHYS.

Le 16 mars 2017 :

- Mme Christine Planus, employée au sein de la SCiRL PUBLIFIN et déléguée principale CGSP;
- Mme Olivia Gabriel, employée au sein de la SCiRL PUBLIFIN et déléguée principale CSC;
- Mme Bénédicte Bayer, Directrice générale de la SCiRL PUBLIFIN et membre du Comité de direction de la S.A. NETHYS.

Le 23 mars 2017 :

- Mme Lannoy, Directrice générale de la Direction générale opérationnelle des Pouvoirs locaux, de l'Action sociale et de la Santé du Service public de Wallonie;
- M. Stéphane Marnette, Inspecteur général de la Direction générale opérationnelle des Pouvoirs locaux, de l'Action sociale et de la Santé du Service public de Wallonie;
- Mme Nicole Matagne, Directrice f.f. de la Direction du Contrôle des mandats locaux du Service public de Wallonie (audition partiellement à huis clos).

Le 24 mars 2017 :

- M. Claude Parmentier, ancien chef de Cabinet adjoint au sein du Cabinet du Ministre des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Énergie du Gouvernement wallon et administrateur au sein de la SCiRL PUBLIFIN, de la S.A. NETHYS et de la S.A. RESA;
- M. Paul Furlan, ancien Ministre des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Énergie du Gouvernement wallon.

Le 27 mars 2017 :

- M. Francis Ghigny, ancien Président de la commission wallonne pour l'Énergie (CWaPE);
- M. François Possemiers, ancien Président de la commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG).

Le 28 mars 2017 :

- M. Pol Heyse, Directeur financier de la S.A. NETHYS.

Le 30 mars 2017 :

- M. Jean-Marc Nollet, ancien Vice-président et Ministre du Développement durable, de l'Énergie, du Logement, de l'Immobilier, de la Fonction publique, de la Recherche scientifique, des Infrastructures et de l'Alliance emploi-environnement du Gouvernement wallon;
- M. Jean-Claude Marcourt, Vice-président et Ministre de l'Économie, de l'Industrie, de l'Innovation et du Numérique du Gouvernement wallon.

Le 6 avril 2017 :

- M. André Stein, ancien membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et ancien membre du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Raphaël Amieva-Acebo, ancien membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et ancien membre du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Maxime Bourlet, ancien membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et ancien membre du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN;
- Mme Marie-Noëlle Mottard, ancienne membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et ancienne membre du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN;
- Mme Vinciane Pirmolin, ancienne membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et ancienne membre du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Eric Vanbrabant, ancien membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et ancien membre du comité de secteur Énergie de la SCiRL PUBLIFIN.

Le 13 avril 2017 :

- M. Pierre Stassart, membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et membre du Conseil d'administration et du comité stratégique de la S.A. NETHYS;
- Mme Virginie Defrang-Firket, ancienne Vice-présidente du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Didier Hamers, ancien Vice-président du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN;
- M. Marc Hody, membre du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN.

Le 14 avril 2017 :

- M. Willy Demeyer, Président de la fédération provinciale de Liège du PS;
- M. Daniel Bacquelaine, Président de la fédération provinciale de Liège du MR;
- M. Dominique Drion, ancien Vice-président du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS et de la SCiRL PUBLIFIN et Président de la fédération provinciale de Liège du cdH;
- M. Christian Noiret, ancien co-président de la Coordination provinciale Ecolo de la province de Liège;
- M. André Gilles, Président du Conseil d'administration de la SCiRL PUBLIFIN et du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS.

Le 18 mai 2017 :

- M. Olivier Spirlet, Chef comptable de la S.A. NETHYS;
- M. Yves Bernard, Directeur du service juridique de la S.A. NETHYS.

Le 1^{er} juin 2017 :

- M. Stéphane Renier, Président et ancien Directeur juridique de la CWaPE;
- M. Antoine Thoreau, Directeur de la Direction socio-économique et tarifaire de la CWaPE.

Le 8 juin 2017 :

- M. Huub Broers, Bourgmestre de la Commune de Fourons;
- M. Guy Verlaine, ancien Inspecteur général de la Direction générale opérationnelle des Pouvoirs locaux, de l'Action sociale et de la Santé du Service public de Wallonie;
- Mme Sylvie Marique, ancienne Directrice générale de la Direction générale opérationnelle des Pouvoirs locaux, de l'Action sociale et de la Santé du Service public de Wallonie.

Le 15 juin 2017 :

- M. Diego Aquilina, Directeur général de la S.A. Intégrale et administrateur dit externe de la S.A. NETHYS et administrateur de la S.A. AGM;
- M. Gil Simon, Secrétaire général de la S.A. NETHYS et de la SCiRL PUBLIFIN.

Le 22 juin 2017 :

- M. Pol Heyse, Directeur financier de la S.A. NETHYS.

Ces auditions ont mobilisé 172 heures de réunion de la commission d'enquête (voir annexe 3).

Les comptes rendus des auditions publiques sont disponibles sur le site web du Parlement de Wallonie : <http://bit.ly/parlement-wallonie-cepp>.

2.4. Devoirs d'instruction

L'article 4, §1^{er}, de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires prévoit que la commission d'enquête peut habiliter son président à prendre toutes les mesures d'instruction prévues par le Code d'instruction criminelle.

L'article 4, §2, de la même loi dispose qu'en vue de l'accomplissement de devoirs d'instruction, la commission d'enquête peut requérir le premier président de la cour d'appel, qui désigne un ou plusieurs conseillers de la cour d'appel ou un ou plusieurs juges du tribunal de première instance du ressort dans lequel les devoirs d'instruction doivent être accomplis.

En réponse à la lettre du 16 février 2017 par laquelle la commission d'enquête faisait savoir au Premier président de la cour d'appel de Liège, M. Marc Dewart, qu'elle envisageait de requérir l'accomplissement de devoirs d'instruction, le Président du Tribunal de première instance du Luxembourg, M. Luc Lambrecht, et le Juge d'instruction au Tribunal de première instance du Luxembourg, Mme Cécile Orban, ont été désignés en qualité de magistrats instructeurs par ordonnance du Premier président de la Cour d'appel de Liège du 17 février 2017.

Par courriel du 21 février 2017, la commission d'enquête a chargé les magistrats instructeurs de vérifier la réalité de l'état de santé de M. André Gilles, absent pour cause de maladie lors de son audition prévue le même jour.

Ce devoir d'instruction a été exécuté le 21 février 2017.

La Présidente de la commission d'enquête a fait part du résultat aux membres de la commission le même jour : ce devoir a permis d'établir la réalité de l'état de santé de M. André Gilles.

La commission d'enquête a reçu, le 8 mars 2017, à l'initiative de M. le Procureur général de Liège, un procès-verbal rédigé par la Police judiciaire de Liège dans le cadre de l'information conduite dans le dossier PUBLIFIN.

Selon ce procès-verbal, « d'informations disponibles, les nommés André Gilles et Stéphane Moreau auraient été tous les deux présents au siège de la société (...) ce mercredi 22 février durant toute la journée (...). Ils y auraient ainsi réalisé, ou fait réaliser, toute une série de documents demandés par la commission d'enquête parlementaire, et qui n'existaient pas. (...) Certains membres du personnel [de PUBLIFIN-NETHYS] auraient le sentiment qu'en plus de sélectionner des documents demandés par la commission, on serait en train d'en faire disparaître ».

A la suite de ces informations, et après concertation avec les magistrats instructeurs, par décision du 9 mars 2017 adressée aux magistrats instructeurs, la commission d'enquête a sollicité les devoirs suivants :

- la saisie de tout support permettant de disposer de documents (figurant dans une liste) utiles aux travaux de la commission d'enquête et d'en valider l'authenticité;
- l'identification et la localisation des échanges téléphoniques intervenus, du 20 au 24 février 2017, entre MM. André Gilles, Georges Pire, Dominique Drion, Stéphane Moreau, Pol Heyse, Daniel Weekers, Frédéric Vandeschoor, Mme Bénédicte Bayer, MM. Gil Simon, Jos Donvil et René Duria;
- l'identification de la présence de MM. André Gilles, Georges Pire, Dominique Drion et Stéphane Moreau au siège des sociétés du Groupe PUBLIFIN du 20 au 24 février 2017;
- une enquête sur les comptes bancaires des sociétés du Groupe PUBLIFIN depuis le 1^{er} janvier 2015 pour identifier les mouvements financiers vers les comptes bancaires de MM. André Gilles, Georges Pire, Dominique Drion, Stéphane Moreau, Pol Heyse, Daniel Weekers, Frédéric Vandeschoor, Mme Bénédicte Bayer, MM. Gil Simon et Jos Donvil;
- les auditions de Mmes Bénédicte Bayer et Carine Hougardy sur les faits recensés dans un pro justitia du 1^{er} mars 2017 (procès-verbal n° 004235/2017).

Ces devoirs d'instruction ont été exécutés à partir du 9 mars 2017.

La Présidente de la commission d'enquête en a fait part aux membres de la commission le même jour et les informations sollicitées ont été progressivement reçues dans les semaines qui ont suivi.

La saisie des documents utiles a permis d'établir l'authenticité d'une série de documents remis à la commission d'enquête par PUBLIFIN-NETHYS; aucune pièce n'a permis d'établir que des documents auraient été fabriqués à l'attention de la commission d'enquête.

L'identification et la localisation des échanges téléphoniques intervenus, notamment le 22 février, contredisent en partie les affirmations contenues dans le procès-verbal établi par la Police judiciaire de Liège.

L'enquête sur les comptes bancaires a permis d'établir l'authenticité des documents relatifs à la société AGM, transmis par NETHYS à la commission d'enquête.

L'examen des supports électroniques saisis par la police judiciaire, et en particulier le relevé des fichiers supprimés sur certains ordinateurs de NETHYS, relevé effectué par la police judiciaire, font par contre apparaître une suppression systématique, le 22 février, « d'un objet » dans les « annexes signées » et dans d'autres documents d'un répertoire intitulé « COMITE DE NOMINATION ET DE REUNERATION » (sic.), et ce pour des documents électroniques créés entre 2012 et 2016. Ce répertoire électronique analysé par la police judiciaire se trouvait sur un ordinateur de NETHYS dont elle avait fait une « image », qu'elle avait ensuite transmise à la commission d'enquête.

Par courriel du 6 juin 2017, la commission d'enquête a adressé aux magistrats instructeurs une demande de recherche de plusieurs documents qui auraient été supprimés, le 22 février 2017, sur un des disques durs dont question, et de lui communiquer le répertoire concerné et son contenu électronique dans une version lisible.

Ces devoirs d'instruction ont été exécutés le 13 juin 2017.

La Présidente de la commission d'enquête a fait part du résultat aux membres de la commission le 22 juin 2017. La police judiciaire a fait savoir que, pour des raisons techniques, elle n'était plus en mesure de lire le contenu des « images » de disque dur réalisées le 9 mars 2017. Faute de temps disponible, la commission d'enquête n'a donc pas pu approfondir ces éléments.

Le produit de ces devoirs est laissé à la discrétion du Parquet général.

Par courriel du 21 juin 2017, la commission d'enquête a demandé aux magistrats instructeurs leur assistance afin d'obtenir le contrat d'emploi à durée indéterminée conclu entre l'Association liégeoise d'électricité et M. Stéphane Moreau, Directeur général de NETHYS, le 1^{er} septembre 2005.

2.5. Interventions de la S.A. NETHYS

Par courrier du 28 mars 2017, les cabinets d'avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS, ont fait part à la commission d'enquête de :

- leur souhait d'obtenir une copie de la décision officielle de la commission d'enquête de procéder aux devoirs d'instruction du 9 mars 2017;
- leur souhait d'obtenir une copie du procès-verbal détaillé de toutes les pièces qui ont été saisies le 9 mars 2017, en particulier relativement aux ordinateurs et tablettes de Mmes Bénédicte Bayer et Carine Hougardy;
- leur souhait que toutes les informations et tous les documents saisis lors de la perquisition du 9 mars 2017 et qui ne tombent pas dans le champ de la saisine de la commission d'enquête, qui dès lors ne pouvaient être saisis et ne pourront être utilisés d'une quelconque manière, soient restitués à la S.A. NETHYS;

– leur incompréhension quant à la manière de procéder de la commission d’enquête au regard des droits des témoins entendus.

Par courrier du 30 mars 2017, la commission d’enquête a notamment indiqué aux cabinets d’avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS :

- que l’ordinateur du bureau de Mme Bénédicte Bayer et l’ordinateur portable de Mme Carine Hougardy leur ont été restitués le 13 mars 2017 et que les deux tablettes et les trois ordinateurs portables de Mme Bayer étaient en cours de restitution par la même voie que précédemment;
- que les documents qui ont été mis en possession de la commission d’enquête par les magistrats désignés auprès de la commission sont en rapport avec le mandat de la commission d’enquête et que les mêmes magistrats ont indiqué que les données informatiques qui ont été copiées entrent dans le même cadre;
- que la commission d’enquête et, plus largement, le Parlement ont pris toutes les précautions utiles afin que le prescrit de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires soit respecté de même que les demandes de confidentialité liées tant à des questions de protection de la vie privée que du secret des affaires.

Par courrier du 12 avril 2017, les cabinets d’avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS, ont indiqué :

- avoir noté que la commission d’enquête et le Parlement ont pris toutes les précautions utiles en relation avec la protection de la vie privée et le secret des affaires;
- retenir que le courrier du 30 mars 2017 de la commission d’enquête ne conteste pas que la perquisition opérée fut décidée sur la seule base du pro justitia (procès-verbal n° 004235/2017);
- souhaiter que les données confidentielles et les données qui ne tombent pas dans le champ de la saisine de la commission d’enquête ne soient copiées, divulguées ou communiquées à quiconque, spécialement aux enquêteurs de police judiciaire qui ne pouvaient prendre connaissance que des données strictement limitées aux fins de la commission d’enquête et que ces données n’aient pas à se retrouver dans d’autres dossiers dont le Parquet de Liège et/ou le Parquet général de Liège et/ou Juges d’instruction sont en charge;
- souhaiter recevoir une copie de la décision officielle de la commission d’enquête de procéder aux devoirs d’instruction;
- souhaiter recevoir une copie du procès-verbal détaillé de toutes les pièces qui ont été saisies le 9 mars 2017;
- supposer que la Présidente de la commission d’enquête aura eu à coeur de rappeler aux membres de la commission les principes de droit des témoins entendus.

Par courrier du 14 avril 2017, la commission d’enquête a notamment indiqué aux cabinets d’avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS :

- prendre note de la perception de sa lettre du 30 mars 2017, constatant qu’elle relève évidemment de leur liberté d’expression;
- prendre toutes les précautions légales, utiles et nécessaires en relation avec la protection de la vie privée et le secret des affaires.

Par courrier du 20 avril 2017, les cabinets d’avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS, ont indiqué :

- souhaiter que la commission d’enquête communique son rapport intermédiaire à leur cliente afin de pouvoir formuler, dans un délai raisonnable, ses observations sur ce rapport;
- que le rapport de la commission d’enquête ne peut en aucun cas formuler en termes catégoriques des observations constatant la responsabilité des personnes et que, compte tenu du manque de retenue des membres de la commission à cet égard, souhaiter rappeler ce principe fondamental.

Par courrier du 24 avril 2017, la commission d’enquête a indiqué aux cabinets d’avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS :

- que les rapports parlementaires étant publics, il sera évidemment loisible à la S.A. NETHYS d’en faire tous les commentaires qu’elle souhaite;
- que les rapports des travaux d’une commission sont approuvés par la commission concernée qui est seule compétente.

Par courrier du 10 mai 2017, les cabinets d’avocats Frederick, Leroy, Henry & Masset et Linklaters LLP, conseils de la S.A. NETHYS, ont indiqué que :

- les comportements des commissaires auraient, à diverses reprises, tant au sein de la commission d’enquête qu’en dehors des auditions, bafoué les droits élémentaires de leur cliente;
- la commission d’enquête aurait systématiquement ignoré les remarques formulées à cet égard et qu’elle aurait persisté à violer de manière récurrente les droits élémentaires de leur cliente;
- ces comportements attesteraient du refus de la commission d’enquête d’accomplir, en toute objectivité et indépendance, la mission qui lui a été confiée;
- leur cliente a décidé de porter ce constat en justice pour demander réparation de l’atteinte à ses droits et que la citation est en voie de signification par huissier.

Le 10 mai 2017, la S.A. NETHYS a donné citation à Mme Olga Zrihen, MM. Patrick Prévot, Jean-Luc Crucke, Dimitri Fourny et Stéphane Hazée à comparaitre le 23 mai 2017 par devant le Tribunal civil de première instance de Namur au motif que depuis l'institution de la commission d'enquête, certains de ses membres auraient bafoué les droits fondamentaux de la S.A. NETHYS et se seraient livrés à de multiples déclarations calomnieuses à son égard.

Le 22 mai 2017, le Parlement de Wallonie a décidé de faire intervention volontaire dans le cadre de l'action civile mise en œuvre par la S.A. NETHYS contre les députés wallons Mme Olga Zrihen, MM. Jean-Luc Crucke, Patrick Prévot, Dimitri Fourny et Stéphane Hazée et de charger le Bureau de toute mesure d'exécution de la décision.

Le Parlement de Wallonie a fait choix des mêmes conseils que ceux qu'il a mis à disposition des députés cités.

Par courrier du 14 juin 2017, M. Pierre Meyers, Président du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS, a indiqué à M. André Antoine, Président du Parlement de Wallonie, et à la Présidente de la commission d'enquête :

- que le Conseil d'administration de la S.A. NETHYS a lu avec intérêt les conclusions intermédiaires des travaux de la commission d'enquête ainsi que les recommandations qui y sont formulées;
- que le Conseil d'administration de la S.A. NETHYS a demandé au cabinet d'avocats Linklaters LLP d'analyser d'un point de vue strictement juridique les conclusions intermédiaires des travaux de la commission d'enquête;
- souhaiter vouloir discuter avec le bureau de la commission d'enquête et M. le Président du Parlement de Wallonie des conclusions de cette analyse juridique avant qu'elle soit communiquée aux actionnaires de la S.A. NETHYS.

Par courrier du 15 juin 2017, M. André Antoine, Président du Parlement de Wallonie, et la Présidente de la commission d'enquête ont indiqué à M. Pierre Meyers :

- qu'il n'entre pas dans les missions d'une commission d'enquête parlementaire, de son bureau ou du Président de l'Assemblée d'entrer dans un dialogue singulier avec une entreprise privée, ses dirigeants ou ses conseils;
- que la commission d'enquête parlementaire établit des rapports qui sont soumis à l'assemblée plénière et qui, rendus publics, offrent à qui de droit la possibilité de tenir compte des conclusions dégagées à l'issue de ses travaux.

Par courrier du 23 juin 2017, M. Pierre Meyers, Président du Conseil d'administration de la S.A. NETHYS, a indiqué à M. André Antoine, Président du Parlement de Wallonie, et à la Présidente de la commission d'enquête regretter qu'il n'ait pas été donné suite à la démarche de la S.A. NETHYS visant à discuter des conclusions de l'analyse juridique effectuée par le cabinet d'avocats Linklaters LLP du rapport intermédiaire de la commission d'enquête et a communiqué ladite étude juridique.

Par courrier du 26 juin 2017, M. André Antoine, Président du Parlement de Wallonie, et la Présidente de la commission d'enquête ont indiqué à M. Pierre Meyers qu'il sera donné connaissance de l'étude juridique du cabinet d'avocats Linklaters LLP aux membres de la commission d'enquête.

TITRE 2. CONSTATATIONS, ANALYSES ET RECOMMANDATIONS

Préambule

La commission d'enquête doit, selon les termes de la résolution qui l'a fondée, faire rapport au Parlement au plus tard le 15 juillet 2017.

La commission d'enquête s'est concentrée sur les entités principales du groupe PUBLIFIN-NETHYS. Pour cette raison, elle n'a, par exemple, pas analysé en profondeur OGEO FUND, le fonds de pension du groupe, en dépit des liens organisationnels et financiers entre OGEO, PUBLIFIN et NETHYS ⁽¹⁾ Il en va de même de la SOCOFE, qui fédère les intérêts communaux dans le secteur de l'énergie, notamment, et dont NETHYS est l'un des principaux actionnaires.

Il faudra donc y revenir selon d'autres modalités, par exemple une étude à l'initiative du Gouvernement wallon.

Il importe également de souligner qu'au moment de déposer son rapport au Parlement, la commission d'enquête n'avait pas eu l'opportunité de prendre connaissance des conclusions de l'audit commandé par le Gouvernement wallon. En outre, l'administratrice et ancienne membre du comité de rémunération de NETHYS n'a pas pu être auditionnée.

Par ailleurs, la commission d'enquête s'est entourée d'experts juridiques et financiers tout au long de ses travaux afin d'analyser au mieux PUBLIFIN et ses filiales ⁽²⁾. Ceux-ci ont été entendus à huis-clos et ont participé activement au travail de la commission.

Enfin, la commission d'enquête souligne une confusion certaine dans les titres et positions de plusieurs cadres dirigeants. La difficulté d'identifier la fonction de certaines personnes auditionnées au regard des décisions prises est réelle. Pour cette raison, en l'absence de titre clair pour certaines personnes, ou en raison de la confusion sur le rôle exact qu'ils occupent au moment de prendre certaines décisions, il est alors renvoyé à la dénomination « PUBLIFIN-NETHYS ».

La commission d'enquête a formulé des constats réalisés au cours des auditions et après analyse des documents produits dans le cadre de ses travaux, a émis des recommandations.

Il appartiendra aux autorités et juridictions éventuellement saisies de trancher de manière précise les questions relevant de leurs compétences respectives. En toute hypothèse, la commission entend transmettre son rapport final au Parquet général afin qu'il puisse connaître des éléments qui relèvent de sa compétence, et entend agir de même à l'égard des autres autorités concernées (Inspection sociale, ONSS, INASTI, tutelle, C'WaPE, Secrétariat général du SPW, communes et province associées).

Les constats et recommandations de la commission d'enquête ne sont cependant fondés que sur les informations dont elle a eu connaissance dans le cadre de ses travaux, de sorte qu'aucun fait constaté dans le présent rapport ne peut être considéré comme établi de manière définitive et incontestable, pour les besoins d'une action civile ou pénale. La commission rappelle en effet son attachement à la présomption d'innocence et aux droits de la défense.

L'ensemble des constats qu'elle a effectués visent strictement à faire évoluer la législation ou les pratiques administratives et à identifier les responsabilités politiques, mais pas à fonder l'existence de fautes civiles ou pénales.

Résumé

La première partie du rapport est consacrée aux comités de secteur. Après avoir mis en lumière les circonstances de leur création, la commission a pu constater que la rémunération des membres des comités de secteur n'a pas été fixée par l'Assemblée générale de PUBLIFIN comme l'exigeaient les statuts de l'intercommunale. Les comités de secteur n'ont pas fonctionné normalement au regard du règlement d'ordre intérieur et ont eu une activité quasi inexistante. Ils auraient dû disparaître avec la modification statutaire du 29 juin 2015 dans leur fonction consultative. En outre, les rémunérations octroyées aux membres des comités de secteur, disproportionnées par rapport aux prestations accomplies, s'accompagnent d'un déficit de transparence caractérisé du management du Groupe et d'indices de dissimulation.

La commission formule des recommandations en vue d'obtenir le remboursement des rémunérations indûment perçues par les présidents et les membres des comités de secteur et d'améliorer le cadre normatif.

La deuxième partie du rapport est consacrée aux rémunérations des administrateurs et gestionnaires de l'intercommunale et ses filiales. Après avoir rappelé le cadre normatif en vigueur pour la rémunération des administrateurs, le rôle de la cellule de contrôle des mandats, l'absence de mise en œuvre de certains dispositifs et le problème de la perception de rémunérations via des sociétés, la commission formule des recommandations en vue d'améliorer le cadre normatif. Les pratiques en matière de rémunération des dirigeants de l'intercommunale et de ses filiales révèlent de nombreuses anomalies, outre leur montant disproportionné : opacité et carence du fonctionnement du Comité de rémunération, cumul de fonction salariée et d'indépendant dans le chef d'une même personne, augmentation de rémunération sur plusieurs années avec effet rétroactif pour certains membres et remboursement de charges sociales dues par le directeur général en tant qu'indépendant, problématique des bonus et de leurs critères d'attribution.

(1) Notons à ce sujet qu'à la lumière de la réalité économique de ces entités, les critères d'analyse de l'autorité belge des services et marchés financiers, la FSMA, ont mené cette dernière à considérer OGEO et PUBLIFIN comme étant un seul et même groupe, ainsi que l'atteste le procès-verbal du Conseil d'administration de NETHYS réuni le 5 juillet 2016.

(2) En droit des sociétés (article 6, 2° du Code des sociétés) et dans ce rapport, le terme « filiale » recouvre la notion de sous-filiale.

La commission formule des recommandations en vue d'obtenir le remboursement des sommes illégalement perçues par les membres des Comités de direction du groupe PUBLIFIN-NETHYS, de saisir l'inspection sociale et d'adapter le cadre normatif en vue d'introduire des plafonds stricts de rémunération.

La troisième partie du rapport est consacrée à la notion d'intérêt communal. Elle comporte plusieurs sections relatives à la notion d'intérêt communal, la diversification des activités du groupe, le déplacement du pouvoir au sein du groupe dans sa structuration actuelle.

La commission formule des recommandations en vue d'encadrer la diversification et la filialisation tout en renforçant les mécanismes de tutelle. En particulier, la commission recommande aux organes compétents du Groupe de repenser le fonctionnement et le périmètre d'intervention dans le strict respect de la Constitution et du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

La quatrième partie du rapport est consacrée au contrôle régional. Absence de mise en œuvre de dispositions décrétales, absence d'action de l'autorité de tutelle lorsqu'elle perd le contrôle en 2009 et lorsqu'elle retrouve son pouvoir de tutelle en 2014, rapport de l'administration en janvier 2017 affecté de nombreuses erreurs ou omissions, présence au sein du cabinet du ministre en charge des pouvoirs locaux en qualité de chef de cabinet adjoint d'un homme clé du groupe PUBLIFIN-NETHYS, absence de désignation d'un administrateur régional, le contrôle exercé par la Région sur le groupe PUBLIFIN-NETHYS est affecté de nombreuses anomalies et carences.

La commission formule des recommandations en vue de redynamiser le contrôle régional et propose la mise en place d'un contrôle externe par la Cour des comptes dans les intercommunales d'une certaine taille.

La cinquième partie du rapport est consacrée à l'exercice du pouvoir, au sein de l'intercommunale et de ses filiales. Elle comporte plusieurs sections : rappel du cadre juridique en vigueur, mise en lumière de l'affaiblissement de la capacité de contrôle des communes (certaines étapes de la chaîne des décisions ayant conduit à la restructuration du groupe ne pouvant à ce jour toujours pas être établies), multiples initiatives des dirigeants de PUBLIFIN-NETHYS ayant pour effet d'échapper à plusieurs législations, mises en œuvre des conventions de service en vue de déplacer le centre stratégique du groupe au sein de NETHYS, limites du contrôle de l'assemblée générale et du Conseil d'administration, et conflits d'intérêts.

La commission formule des recommandations en vue de réévaluer la structure et le fonctionnement du groupe PUBLIFIN-NETHYS. Elle engage le Conseil d'administration de PUBLIFIN à renouveler intégralement le Conseil d'administration de NETHYS et ce dernier à recomposer le Comité de direction de NETHYS.

La sixième partie du rapport est consacrée aux marchés publics dans le groupe PUBLIFIN. Elle comporte plusieurs sections relatives à l'application du droit des marchés publics aux différentes entités du groupe, aux carences dans l'application du droit des marchés publics dans les relations intragroupes et dans les relations avec quelques tiers (marchés des réviseurs, de consultances et sociétés de management).

La commission formule des recommandations en vue de revoir la structure et le fonctionnement du groupe en vue d'assurer le respect du droit des marchés publics.

La septième partie du rapport est consacrée à la qualité de gestionnaire de réseau de distribution de gaz et d'électricité : RESA. Elle comporte plusieurs sections : évolution du gestionnaire de réseau, absence de conformité de la structuration du groupe par rapport aux décrets « gaz » et « électricité », politique de distribution des dividendes de RESA, risque de subsidiation croisée, indépendance du GRD, redevance voirie électricité, plafonnement des rémunérations des dirigeants de GRD et charges de pensions.

La commission formule plusieurs recommandations en vue notamment de mettre la structuration du groupe en conformité avec les décrets « gaz » et « électricité », de solliciter la CWaPE pour une analyse approfondie des transferts financiers au sein du groupe et du respect des décrets « gaz » et « électricité », et d'améliorer l'encadrement normatif en vigueur.

La huitième partie du rapport indique une volonté ferme de la commission de mener une réflexion sur la création de sanctions administratives et pénales complémentaires et formule des recommandations générales.

Partie 1. Comités de secteur

1.1. Constats

1.1.1. *Comité de secteur consultatif pour le fonctionnement du secteur 4 SOCOLIE*

Dans le cadre de la fusion par absorption de la Société Coopérative Liégeoise d'Électricité (SOCOLIE), un holding énergétique, par l'ALE, le maintien des organes de l'entité absorbée a fait l'objet d'un accord préalable à la fusion. Deux conditions suspensives étaient prévues avant d'acter la fusion, à savoir l'accord de l'autorité de tutelle et celui du Conseil de la concurrence ⁽³⁾. Ces deux autorités se prononceront favorablement à l'absorption.

La création du premier comité de secteur consultatif, le « comité de secteur consultatif pour le fonctionnement du secteur 4 SOCOLIE » s'inscrit donc dans cette optique de fusion et a été décidée en Assemblée générale dans le contexte de la fusion le 30 décembre 2006 ⁽⁴⁾.

Cette fusion s'inscrit par ailleurs dans le cadre de la circulaire du 27 avril 2006 sur les étapes de rapprochement et modalités d'organisation des secteurs d'activités publiée par le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique. Dans cette circulaire, le Ministre précise que :

« En ce qui concerne l'organisation des secteurs d'activités, le processus de rationalisation des intercommunales conduit, dans la plupart des cas, à créer, dans les intercommunales absorbantes, plusieurs secteurs d'activités auxquels des communes différentes seront associées. Il apparaît nécessaire de conserver une certaine décentralisation par secteurs au sein de ces intercommunales, sans toutefois créer de nouveaux organes de gestion. » ⁽⁵⁾.

Les dispositions de la circulaire sont intégrées dans les statuts de l'ALE fin 2006 à l'article 29 ⁽⁶⁾.

Ce comité de secteur n'aurait existé que quelques semaines, entre la date de prise d'effet de la fusion suite à la rencontre des conditions suspensives et le renouvellement des organes opéré en juin 2007.

Alors que le Secrétaire de direction de l'ALE à cette époque ⁽⁷⁾ qualifie ce comité de « pseudo comité de secteur », il doit être relevé que le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de l'époque, suite à l'Assemblée générale, a formulé son opposition à la rémunération des membres de ce comité de secteur.

En effet, il s'avère que le Ministre avait envoyé un courrier, courant janvier 2007, stipulant :

« Je ne m'oppose pas à la création d'éventuels organes consultatifs (dénommés comités de secteur); Néanmoins en application des articles L1532-4 et L1532-5 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, aucun jeton, indemnité ne pourra être octroyé aux membres de ces comités. » ⁽⁸⁾

La rémunération attribuée aux membres, le cas échéant, du comité de secteur SOCOLIE poserait question puisque le Ministre interprète les articles L1532-4 et L1532-5 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) comme interdisant toute rémunération au sein d'organes consultatifs. Ce courrier du Ministre s'inscrivait dans le cadre de la réforme de 2006 en matière de mandats qui introduisait notamment un article L1523-17, al.2 dans le CDLD. Cet article visait à confier la rémunération des membres d'organes de gestion à un comité de rémunération créé au sein du Conseil d'administration (CA). Selon le Professeur de Broux :

« les balises multiples prévues en matière de rémunération et de mandat au sein des intercommunales ne permettent plus d'autres rémunérations ou jetons de présence que celles prévues ou permises par le CDLD. La liberté d'organisation est ici bridée par le législateur, qui a spécifiquement légiféré sur le sujet des rémunérations et des jetons de présence au sein des intercommunales. Cette position a d'ailleurs encore été renforcée par la réforme de 2014. »

Le courrier du Ministre, cité plus haut, confirme l'esprit sous-jacent de la réforme. Dès 2006, la légalité de l'attribution de rémunération à des membres de comités consultatifs est clairement remise en cause par le Ministre compétent qui prend une position claire et ferme sur le sujet. Or, selon l'information de la commission, l'intercommunale n'a pas contesté auprès du Ministre l'analyse qu'il défendait du CDLD. La position prise par le Ministre en janvier 2007 n'a pas été répercutée correctement en interne. Le Président de l'ALE a indiqué à ses instances, selon le procès-verbal du 7 mai 2007 du Bureau Exécutif de l'ALE et du comité de secteur consultatif pour le fonctionnement du secteur 4, « qu'avec

⁽³⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 150 (2016-2017) - Vendredi 14 avril 2017.

⁽⁴⁾ Procès-verbal de l'Assemblée générale de fusion et modification des statuts de l'ALE, Liège, 30 novembre 2006, p.7 et p.26.

⁽⁵⁾ Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique, circulaire sur les étapes de rapprochement et modalités d'organisation des secteurs d'activités, Namur, 27 avril 2006.

⁽⁶⁾ Association Liégeoise d'Electricité, *Modification des statuts publiée au Moniteur belge le 15 décembre 2006.*

⁽⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 127 (2016-2017) - Vendredi 10 mars 2017.

⁽⁸⁾ Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique, *Courrier relatif au Procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire du 30 novembre 2006 de l'ALE*, Namur, 30 janvier 2007, p.1.

l'accord de l'Autorité de tutelle »⁽⁹⁾, TECTEO pouvait maintenir les indemnités des anciens membres du Conseil d'administration et du Bureau exécutif attachés aux mandats exercés en SOCOLIE.

Cette affirmation est contraire à la réalité.

1.1.2. Comité de secteur 5 Gaz

Le comité de secteur 5 Gaz s'inscrit dans le cadre de la fusion entre TECTEO et l'intercommunale ALG. L'absorption de l'ALG avait notamment pour condition que les organes décisionnels de celle-ci soient conservés au travers d'un comité de secteur. Les négociations ayant abouti, c'est le Bureau exécutif conjoint entre les organes de TECTEO et de l'ALG qui décide de créer le comité de secteur⁽¹⁰⁾.

Deux semaines plus tard, suite à l'Assemblée générale, le Bureau exécutif approuve le procès-verbal du Bureau exécutif précédent en y précisant par ailleurs les rémunérations.

Comme pour l'éphémère comité de secteur SOCOLIE, les membres sont en réalité les anciens membres du Conseil d'administration et du Bureau exécutif de l'ALG. De la même façon que dans le comité de secteur SOCOLIE, les membres sont rémunérés sur base de jetons de présence pour les ex-administrateurs de l'ALG et d'indemnités forfaitaires fixes pour les anciens membres du Bureau exécutif de l'ALG.

TECTEO n'est plus soumise, dans l'esprit des dirigeants de l'intercommunale, à la tutelle wallonne étant donné son caractère interrégional⁽¹¹⁾. La loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales s'applique à l'intercommunale et non le CDLD. La rémunération des membres de comités consultatifs n'est pas interdite par ladite loi de 1986. La situation est plus floue que sous l'empire du CDLD.

Le comité de secteur 5 gaz fut mis en place sur la base de l'article 29 des statuts en vigueur à cette époque, c'est-à-dire les statuts de juin 2010, prévoyant que :

« Les activités de l'association décrites à son objet social peuvent, par décision du conseil d'administration, s'exercer dans le cadre de secteur ou de sous-secteurs d'activité distincts. Dans ce cas, le conseil d'administration fixe, aux termes d'un règlement d'ordre intérieur, l'organisation, les limites des compétences et la composition des éventuels organes consultatifs (dénommés comité de secteur). Le conseil d'administration peut attribuer un nom spécifique à ces secteurs ou sous-secteurs. »

En revanche, l'article 35 de ces mêmes statuts prévoit que : « l'Assemblée générale est seule compétente pour la fixation des indemnités et jetons de présence à accorder aux membres [...] des organes consultatifs spécifiques aux secteurs d'activité ». L'organe qui a formellement décidé de la création de ce comité de secteur est le Bureau exécutif⁽¹²⁾, en violation de l'article 29 des statuts de l'intercommunale. Le Conseil d'administration de l'intercommunale s'est ensuite limité à établir sa composition⁽¹³⁾. L'Assemblée générale n'a adopté aucune délibération relative aux rémunérations des membres de celui-ci. La délibération conjointe des bureaux exécutifs de TECTEO et de l'ALG, qui crée ce comité de secteur⁽¹⁴⁾ ne contient au demeurant aucune référence à l'article 29 et à l'article 35 des statuts, pas davantage que le courrier de TECTEO à l'ensemble des collègues communaux concernés qui les informent de la fusion et des engagements pris dans ce contexte⁽¹⁵⁾.

La commission doit constater que les rémunérations versées étaient dépourvues de tout fondement légal ou statutaire.

Le comité de secteur 5 gaz s'est réuni une fois par mois et avait aussi pour mission de faciliter la fusion des deux intercommunales et de rassurer les mandataires les plus inquiets. L'Administrateur-délégué de NETHYS indique à ce sujet : « Je crois que la confiance s'est créée au fur et à mesure avec la région verwiétoise et avec la communauté germanophone et après, il n'y a plus eu aucun problème de fonctionnement »⁽¹⁶⁾. Le comité de secteur avait aussi, selon d'autres sources, pour mission informelle de rassurer le personnel de l'ALG inquiet pour son futur et de favoriser l'harmonie de la fusion⁽¹⁷⁾. Le courrier de TECTEO à l'ensemble des collègues communaux concernés stipule également qu'il :

« conviendra aux quatre fédérations politiques provinciales d'envisager les suites à donner aux instances de TECTEO : maintien d'un comité de secteur gaz, création d'un comité de secteur télécoms ou élargissement du Conseil d'administration de TECTEO ? Dans l'état actuelle des choses, la question est ouverte et peut être débattue. »⁽¹⁸⁾

⁽⁹⁾ Procès-verbal de la séance commune du Bureau Exécutif de l'A.L.E. et du comité de secteur consultatif pour le fonctionnement du secteur 4, Liège, 7 mai 2007, p.3. La citation entière est la suivante : « M. le Président indique qu'il ne s'agit pas d'un nouveau mandat, mais qu'avec l'accord de l'Autorité de tutelle, il rappelle qu'il a été décidé de mettre en place, après réalisation des conditions suspensives et jusqu'à l'Assemblée générale de juin 2007, "un comité de secteur consultatif pour le fonctionnement du secteur 4 (SOCOLIE), composé des anciens membres du Conseil d'Administration, du Bureau permanent et du Collège des Commissaires de la SOCOLIE, pour autant que ceux-ci répondent aux conditions prescrites par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation pour remplir les fonctions d'Administrateur d'une intercommunale et de maintenir le montant des indemnités et jetons de présence qui étaient attachés aux mandats exercés en SOCOLIE" ».

⁽¹⁰⁾ Extrait conforme du procès-verbal de la séance commune des Bureaux exécutifs de TECTEO de l'ALG, Liège, 15 novembre 2010.

⁽¹¹⁾ Voir Partie 4.

⁽¹²⁾ Procès-verbal de la séance commune des Bureaux Exécutifs de TECTEO et de l'ALG, Liège, 15 novembre 2010.

⁽¹³⁾ Procès-verbal de la séance du Conseil d'administration de TECTEO, Liège, 22 décembre 2010.

⁽¹⁴⁾ Procès-verbal de la séance commune des Bureaux Exécutifs de TECTEO et de l'ALG, Liège, 15 novembre 2010.

⁽¹⁵⁾ Courrier de TECTEO Group à l'attention des Collèges communaux des communes associées de l'A.L.G. et de TECTEO, Liège, 23 novembre 2010.

⁽¹⁶⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 127 (2016-2017) - Vendredi 10 mars 2017.

⁽¹⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 150 (2016-2017) - Vendredi 14 avril 2017.

⁽¹⁸⁾ Courrier de TECTEO Group et ALG à l'attention des Collèges communaux des communes associées de l'A.L.G. et de TECTEO, Liège, 23 novembre 2010.

Ce courrier est signé par les Présidents et les directeurs généraux des deux intercommunales TECTEO et ALG et présentait le comité de secteur gaz comme un organe qui avait pour mission de « perpétuer la gestion de l'activité gazière au sein de TECTEO »⁽¹⁹⁾, alors que le comité était consultatif ce qui fut d'ailleurs rappelé d'emblée lors de la première réunion ⁽²⁰⁾.

L'information donnée aux associés n'était donc pas correcte. Les personnes auditionnées par la commission d'enquête ont exprimé une unité de vue quant au travail effectivement accompli et au fonctionnement normal dudit comité. Les procès-verbaux corroborent ce point de vue pour les 18 premiers mois, mais il faut cependant noter une activité plus réduite par la suite.

Le comité de secteur 5 gaz a été dissout au terme de la période prévue et annoncée dans le courrier envoyé aux communes.

1.1.3. Comité de secteur Énergie, comité de sous-secteur Liège Ville et comité de secteur Télécoms

1.1.3.1. Règles en vigueur en matière de mandat d'intercommunales suite aux élections locales d'octobre 2012

Le Code de la démocratie locale et de la décentralisation prévoit que les conseils d'administration des intercommunales sont composés sur base de la représentation proportionnelle. Au lendemain des élections locales de 2012, les fédérations politiques actent les résultats et les sièges de chaque famille politique. En fonction de ceux-ci est appliquée la clé D'Hondt pour une dévolution des mandats à pourvoir proportionnellement aux résultats du scrutin.

Par la suite, les fédérations politiques ont dû établir la dévolution des mandats au sein des intercommunales afin de respecter les équilibres fixés par le CDLD et les statuts des intercommunales. Outre l'équilibre politique, un équilibre entre les représentants provinciaux et communaux devait également être trouvé ainsi qu'un équilibre des genres et un équilibre territorial ⁽²¹⁾. Aucune réunion plénière entre les quatre Présidents de fédérations n'a eu lieu à ce sujet ⁽²²⁾.

1.1.3.2. Création, objectifs et mise en œuvre des comités de secteur

Les Présidents des trois fédérations concernées ont initié la création des comités de secteur et ont proposé les noms de leurs membres.

Le but poursuivi par la création de ces trois comités de secteur reste incertain. Il y a en tout cas un écart manifeste entre les missions des comités de secteur telles que présentées par les Présidents des trois fédérations et par leurs initiateurs avec ce que sera in fine la réalité de ceux-ci. Le Président de la fédération MR a indiqué qu'il pensait ainsi nommer des mandataires au sein de comités « quasi-exécutifs » et le Président de la fédération PS que les réunions seraient fréquentes et constitueraient une véritable charge de travail. Dès l'origine, la rémunération se base sur la norme prévue par le CDLD pour les bureaux exécutifs, les rémunérations sont fixes et les Présidents de fédérations concernés en étaient conscients.

Les futurs membres en matière énergétique ou de télécommunication n'ont pas été nommés en tenant compte de leur compétence dans ces secteurs complexes. Un Président de comité de secteur a précisé que pour la plupart des conseillers communaux qui intégraient son comité, il s'agissait de leur premier mandat au sein de TECTEO ⁽²³⁾. Plusieurs d'entre eux ont indiqué lors de leur audition ne pas savoir en quoi consisterait leur travail.

1.1.3.3. Installation des comités et fixation des rémunérations

L'installation des trois comités de secteur se fait donc suite à l'accord des trois Présidents de fédérations concernés.

Selon plusieurs témoins, la fixation des rémunérations a été discutée au sein du Bureau exécutif sortant de PUBLIFIN, en date du 18 juin 2013 ⁽²⁴⁾. Ainsi, un Vice-Président de PUBLIFIN explique que « cette délibération [concernant la création et fixation des rémunérations] a été préparée par le bureau exécutif sortant »⁽²⁵⁾. Plusieurs témoins ont également précisé que cela avait été discuté sur base d'une proposition du management ⁽²⁶⁾.

Sur base du travail du Bureau exécutif sortant, le Conseil d'administration crée ces comités de secteur le 21 juin 2013, dans le respect des statuts, cette fois, sur base de l'article 29 ⁽²⁷⁾, dans la foulée de l'Assemblée générale.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ Procès-verbal de la réunion du comité de secteur 5 Gaz, Liège, 11 janvier 2011.

⁽²¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 150 (2016-2017) - Vendredi 14 avril 2017.

⁽²²⁾ *Ibidem*

⁽²³⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 128 (2016-2017) - Lundi 13 mars 2017.

⁽²⁴⁾ Procès-verbal de la séance du Bureau exécutif de TECTEO, Liège, 18 juin 2013.

⁽²⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 113 (2016-2017) - Mardi 21 février 2017.

⁽²⁶⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 150 (2016-2017) - Vendredi 14 avril 2017..

⁽²⁷⁾ Procès-verbal de la séance du Conseil d'administration de TECTEO, Liège, 21 juin 2013, pp.5 et 6.

Selon le procès-verbal, le Conseil d'administration fixe aussi les rémunérations. Cependant, comme déjà évoqué ci-avant ⁽²⁸⁾, la fixation de la rémunération relevait de l'Assemblée générale et non du Conseil d'administration. L'article 35 des statuts ne souffre d'aucune ambiguïté sur la compétence de l'Assemblée générale pour fixer les rémunérations d'organes consultatifs.

De l'avis unanime des experts de la commission d'enquête, l'article 35 des statuts en vigueur le 21 juin 2013 n'a pas été respecté. Cet avis est d'ailleurs partagé par le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS ⁽²⁹⁾. Ce dernier a également regretté qu'on ne l'ait « pas consulté lorsqu'il eut été intéressant de le faire en 2013 pour s'interroger sur l'application d'un article 35 » ⁽³⁰⁾. Plus largement, ses services n'ont d'ailleurs été consultés sur aucun des actes liés à la création des comités de secteur, à leur fonctionnement, à leur maintien après la modification statutaire de 2015, ou encore à leur règlement d'ordre intérieur par exemple.

Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État ⁽³¹⁾, il faut donc constater que le Conseil d'administration de l'intercommunale, en violant ses statuts, a commis un excès de pouvoir.

En outre, plusieurs anomalies doivent encore être soulignées.

Premièrement, selon plusieurs administrateurs présents à cette réunion du 21 juin 2013 et auditionnés par la commission d'enquête, aucun montant n'a été évoqué lors de cette réunion, contrairement à ce que mentionne le procès-verbal de la séance du 21 juin 2013. Seule une allusion au fonctionnement du comité de secteur 5 Gaz (comité qui avait fonctionné entre 2011 et 2012 dans le contexte de la fusion difficile TECTEO-ALG) ⁽³²⁾ aurait été faite par le Président du Conseil d'administration. Sous réserve des explications qui suivent sur leur mode de consultation et d'approbation, le procès-verbal n'a toutefois pas fait l'objet d'une demande de modification de la part d'un administrateur.

Deuxièmement, aucun point relatif à la fixation des rémunérations n'est mentionné dans l'ordre du jour du Conseil d'administration et aucun document n'est joint à l'ordre du jour à ce sujet. La réalité matérielle de la décision est donc à tout le moins sujette à caution ⁽³³⁾.

Troisièmement, les projets de procès-verbaux ne sont pas transmis aux membres du Conseil d'administration et ne peuvent être consultés qu'au siège de l'intercommunale, pendant la séance suivante du Conseil d'administration. Le projet de procès-verbal n'est dès lors jamais approuvé en tant que tel, ni *a fortiori* signé par les membres du Conseil d'administration. Ce mode de fonctionnement peu transparent est formalisé dans le règlement d'ordre intérieur du Conseil d'administration de PUBLIFIN du 16 décembre 2015.

Quatrièmement, et plus fondamentalement, c'est la portée réelle de la décision elle-même qui est mise en doute. En effet, d'une part, le procès-verbal indique que les modalités de rémunération seront fixées par le Comité de rémunération de l'intercommunale. Le Comité de rémunération de l'intercommunale ne le fera jamais ⁽³⁴⁾, ce qui est confirmé notamment par le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS ⁽³⁵⁾. D'autre part, le procès-verbal fait référence aux rémunérations prévues dans le comité de secteur gaz. Or, une large majorité des membres de ce comité touchaient uniquement un jeton de présence, comme expliqué plus haut. On constate que des rémunérations fixes seront pourtant versées à l'ensemble des membres. Ce qui ne correspond pas à l'usage antérieur. A ce sujet, le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS explique que le procès-verbal mentionne la notion d'émolument, et non pas de jeton. Selon lui, « dès lors qu'il s'agissait d'émoluments, c'était un fixe et c'étaient les mêmes fixes que pour l'ancien comité « gaz » » ⁽³⁶⁾.

Le Secrétaire général de NETHYS a ajouté que cette notion d'« émolument » est toujours entendue comme étant une rémunération fixe, de façon générale dans les intercommunales dont il a connaissance ⁽³⁷⁾. Cette justification ne résiste pas à l'analyse. La notion d'émolument n'a pas de définition juridique précise. Il ressort au contraire des travaux parlementaires et des commentaires doctrinaux que la notion d'émolument, telle qu'elle est utilisée dans le CDLD, ne vise pas seulement les traitements fixes mais également les jetons de présence ⁽³⁸⁾.

⁽²⁸⁾ *Supra*, point 1.1.2.

⁽²⁹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽³¹⁾ Voy. notamment C.E., arrêt n° 102.804 du 23 janvier 2002.

⁽³²⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 148 (2016-2017) - Jeudi 6 avril 2017.

⁽³³⁾ A l'instar d'autres points largement développés avec chiffres et détails, dans le procès-verbal, alors qu'ils ont également été discutés sans aucune note.

⁽³⁴⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 149 (2016-2017) - Jeudi 13 avril 2017.

⁽³⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017

⁽³⁸⁾ Voy. notamment l'article L1123-15 §3 CDLD, qui trouve son origine dans l'article 103, al. 2 de la loi communale de 1836. La notion d'émolument qui y est utilisée a toujours été comprise comme relative aux profits éventuels qui proviennent de la charge (et en particulier des jetons de présence), par opposition au revenu fixe qui constitue le traitement du bourgmestre ou des échevins (voy. notamment C. Wiliquet, La loi communale du 30 mars 1836 et les lois modificatives – Commentaire pratique, Frateries, Dufrane-Friart, 2^e ed., 1900, p. 297, n°1323; Ch. Repr., sess. ord. 1952-1953, n°686, p. 3 : « En outre la sous-commission a estimé devoir préciser que le mot 'émolument' doit être interprété comme rémunération et ne vise pas les frais de représentation ou de déplacements éventuellement alloués »; réitéré encore dans Ch. repr. sess. ord. 1953-1954, n° 195, p. 4).

Il faut encore observer que des « émoluments » ont été prévus pour le Conseil d'administration de NETHYS et que ces rémunérations varient selon la présence effective des membres. Plus largement, le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS précise encore à ce sujet que :

« la phrase [du procès-verbal de la séance du 21 juin 2013] sur la déclinaison des modalités de paiement [...] m'a paru raisonnablement obscure, je n'ai pas bien compris ce qu'elle impliquait. Néanmoins, nous y avons procédé, comme cela se fait dans d'autres intercommunales, en payant au départ le montant plein, quitte à réajuster par la suite. Le comité de rémunération ne s'est jamais prononcé et n'a donc visiblement jamais vu la nécessité de préciser d'autres modalités de paiement que celles appliquées au Comité de secteur V « gaz ». »

A cet égard, s'il est vrai que le Comité de rémunération ne s'est jamais prononcé, la commission d'enquête ne peut par contre partager le point de vue selon lequel le Comité de rémunération n'aurait jamais vu la nécessité de préciser des modalités de rémunération, puisque le Comité de rémunération n'a pas été saisi du dossier, en violation de la décision prise par le Conseil d'administration. De manière assez contradictoire, le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS a ensuite qualifié la décision du Conseil d'administration du 21 juin 2013 de « particulièrement explicite »⁽³⁹⁾. Il explique enfin que « la transmission du procès-verbal et [...] la confirmation [du paiement] *pro rata temporis* du premier mois »⁽⁴⁰⁾ a été réalisée par courrier électronique par le secrétaire des comités de secteur, sur instruction du Secrétaire général de NETHYS. C'est donc sur instruction du Secrétaire général que le service comptabilité a débuté le paiement⁽⁴¹⁾.

Cinquièmement, les membres ayant la double appartenance, comité de secteur et membre du Conseil d'administration, ne reçoivent pas des jetons de présence pour leur travail au Conseil d'administration mais bien une rémunération unique équivalente à la rémunération reçue comme membre d'un comité de secteur sans qu'aucune décision en ce sens n'ait pu être identifiée par les personnes auditionnées par la commission (voy. infra, point 1.1.5.).

En conclusion, sans préjudice des interrogations quant à sa réalité matérielle, le procès-verbal du Conseil d'administration du 21 juin 2013, n'est pas suffisant pour fonder le paiement des rémunérations. Il serait vain, en outre, de chercher un fondement de secours dans la très relative publicité qui a été donnée à ces rémunérations (rapport annuel, comptes annuels et déclarations de mandat), ou dans l'approbation des comptes et la décharge donnée aux administrateurs par l'assemblée générale. En effet, comme le Professeur de Broux l'a indiqué à la commission, l'article 411, al. 2, du Code des sociétés précise que la décharge donnée aux administrateurs : « (...) n'est valable que si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fautive dissimulant la situation réelle de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts ou en violation du présent code, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation. ».

En l'espèce, l'Assemblée générale de l'intercommunale n'a jamais été spécialement informée de la rémunération décidée par le Conseil d'administration du 21 juin 2013 en violation des statuts, et n'a donc jamais pu valider celle-ci.

1.1.3.4. Règlement d'ordre intérieur des comités de secteur et mode de fonctionnement

Le Conseil d'administration a formalisé en date du 12 novembre 2013 le règlement d'ordre intérieur (ROI) des trois comités de secteur, en prévoyant un nombre minimum de quatre réunions, en déterminant le rôle de leurs Présidents et du Comité de direction de NETHYS pour la convocation et la fixation de l'ordre du jour⁽⁴²⁾, en prévoyant la formulation de recommandations et en établissant un certain nombre de principes quant à l'engagement et l'assiduité de ses membres⁽⁴³⁾.

Par ailleurs, tous les membres des comités de secteur ont dû signer une Déclaration de confidentialité lors de leur entrée en fonction, par laquelle ils s'engageaient « à s'assurer que le comité se réunit à intervalle régulier et reçoit une information suffisante et en temps utile pour que les Membres puissent valablement délibérer »⁽⁴⁴⁾.

Il est établi que les comités de secteur ont eu une activité extrêmement faible, réduite pour l'essentiel à une fonction d'information de ses membres, et qui semble en tout cas disproportionnée par rapport aux rémunérations versées. Ils ne respectent par ailleurs pas plusieurs des éléments de leur propre ROI (nombre minimal de réunions, formulation de recommandations, quorum de présence, engagements pris par ses membres). Les trois comités ont sombré dans la même léthargie⁽⁴⁵⁾ et ont été confrontés à un manque d'assiduité de leurs membres.

Ni les Présidents de comités, ni les membres à la fois de comités de secteur et du conseil d'administration, ni les membres du Comité de direction de NETHYS, ne s'en sont émus formellement auprès de quiconque. Le management réalisait l'ordre du jour des comités de secteur, fixait leurs dates de réunions, assurait les procès-verbaux et le suivi et participait à leur animation. Il n'a pas non plus estimé devoir réagir alors que des dysfonctionnements constatés se multipliaient et qu'il était dans une position telle qu'il aurait dû agir au regard des règles élémentaires de bonne gouvernance.

⁽³⁹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ Voy. le courrier électronique du 27 juin 2013 transmis par le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS (pièce 134, annexe 2)

⁽⁴²⁾ Article 2 : « (...) la compétence de décider que le Comité de Secteur Énergie se réunira tel jour, à telle heure, appartient au Président du Comité de Secteur Énergie en concertation avec le Comité de Direction de Tecteo Services Group »; article 5 : « la compétence de décider de l'ordre du jour des réunions appartient au Président du Comité de Secteur Énergie en concertation avec le Comité de Direction de Tecteo Services Group ».

⁽⁴³⁾ PUBLIFIN, Règlement d'ordre intérieur des comités de secteur, Liège, 2013.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁵⁾ Procès-verbaux des comités de secteur Énergie, comité de sous-secteur Liège Ville et comité de secteur Télécoms, Liège, de 2013 et 2016.

Au demeurant, le ROI était mal conçu depuis le départ puisqu'il ne prévoyait que quatre réunions au minimum par an alors que les rémunérations étaient mensuelles et fixes même s'il est vrai qu'une partie des administrateurs de l'intercommunale ignoraient la hauteur des rémunérations.

Selon les informations recueillies par la commission d'enquête, il apparaît que deux membres ont alerté à une seule reprise le Président de leur comité de secteur sur cette situation très problématique, sans réaction particulière ⁽⁴⁶⁾. Une autre membre indique également avoir alerté le Président de PUBLIFIN et un des Vice-Présidents de cette situation ⁽⁴⁷⁾, mais cet élément est contesté par le Président de l'intercommunale ⁽⁴⁸⁾ et le Vice-Président en question n'a pu être interrogé à cet égard. L'échevin des finances de la commune d'Olné et un membre du Conseil d'administration de PUBLIFIN indiquent avoir également alerté un autre Vice-Président, sans qu'une réelle suite ne soit apportée au problème ⁽⁴⁹⁾. En toute hypothèse, dans l'état de nos informations, aucun des membres de comité de secteur ne semble avoir exprimé de façon formalisée une quelconque alerte par rapport à cet état de fait, alors qu'ils bénéficiaient chaque mois d'une rémunération importante sans aucune ou quasiment aucune prestation.

Enfin, on notera que les comités Énergie et Liège Ville se réunissaient au même moment et au même endroit. Or les procès-verbaux, quasiment identiques, diffèrent sur la personne qui préside la séance. Pour une version, il s'agira du Président du comité Énergie, pour l'autre du Président du comité Liège Ville. A la question de savoir pourquoi il en est ainsi, le secrétaire des comités de secteur, explique qu'il « faut reconnaître que c'est une maladresse administrative qui fait que cela détrône la paternité des propos de l'un au détriment de l'autre [...] »⁽⁵⁰⁾. Il n'en reste pas moins que l'un des deux procès-verbaux n'est pas conforme à la réalité.

1.1.3.5. Prolongation des comités de secteur après la modification statutaire du 29 juin 2015

Selon l'analyse du Professeur de Broux, en ce qui concerne la faculté de créer des organes qui n'étaient prévus ni par la loi du 22 décembre 1986 ni par le CDLD, à savoir des comités consultatifs :

« Deux principes s'opposent : celui de la légalité (tout ce qui n'est pas autorisé est interdit) et celui de la liberté d'organisation (tout ce qui n'est pas interdit ou réglementé est autorisé). Selon la littérature juridique, le principe de légalité est déduit de l'article 33 de la Constitution : la légalité est exigée dès lors qu'est concernée une parcelle de puissance publique – donc par exemple pour des comités de secteur décisionnel. En revanche, les comités de secteur visés par les statuts étant explicitement consultatifs (et leur mise en œuvre concrète confirme manifestement ce caractère à tout le moins consultatif – la commission a même évoqué le terme d'informatif) n'exercent aucun pouvoir, ni ne disposaient de la moindre parcelle de puissance publique. ».

A partir de la modification statutaire du 29 juin 2015 cependant, l'article 29, al. 2, disparaît des statuts et est remplacé par deux nouveaux articles : l'article 17, al. 2 ⁽⁵¹⁾ et l'article 32 ⁽⁵²⁾. Ces articles reprennent quelques éléments de l'ancien article 29 et font expressément référence à l'article L1523-18, §§1 - 2 CDLD, permettant donc la création de comités de secteur entendus comme des organes de gestion émanant du Conseil d'administration et ayant une faculté décisionnelle dans certains secteurs. La tutelle a accepté cette modification statutaire ⁽⁵³⁾.

Malgré cette modification statutaire, les comités de secteur en place continuent d'exister et de connaître les mêmes dysfonctionnements que par le passé. Selon l'analyse du Professeur de Broux :

« Il est en tout cas surprenant que l'intercommunale ne semble pas s'être posé cette question alors qu'elle supprime l'ancien article 29, al. 2 de ses statuts. Si on fait à nouveau prévaloir la liberté d'organisation, l'existence de comités de secteur consultatifs pourrait paraître admissible. Mais en supprimant la disposition qui les permettait expressément, [...] l'intercommunale a souhaité juridiquement leur suppression ou leur évolution en comités de secteur décisionnels, bien qu'elle n'ait pas mis en œuvre ce souhait. ».

La proposition de modification statutaire de 2015 fut entreprise avec la collaboration des services juridiques de NETHYS. Le Directeur du service juridique explique en effet que :

« Si l'intercommunale [n'avait] pas réglé et ne [s'était] pas mise en conformité au niveau de ses statuts, n'importe quel tiers, le lendemain de la date d'échéance [prévue par l'Accord de coopération du 24 avril 2014] [...] pouvait très bien nous poursuivre devant le tribunal civil et demander la dissolution de l'intercommunale »⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁶⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 128 (2016-2017) - Lundi 13 mars 2017.

⁽⁴⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 148 (2016-2017) - Jeudi 6 avril 2017.

⁽⁴⁸⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 150 (2016-2017) - Vendredi 14 avril 2017.

⁽⁴⁹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 149 (2016-2017) - Jeudi 13 avril 2017.

⁽⁵⁰⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 128 (2016-2017) - Lundi 13 mars 2017.

⁽⁵¹⁾ Article 17, al. 2, des statuts de PUBLIFIN adoptés le 29 juin 2015 : « En outre, conformément à l'article 1523-18 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, le Conseil d'Administration peut déléguer sous sa responsabilité une partie de ses pouvoirs à un ou plusieurs organes restreints de gestion, notamment pour gérer un secteur particulier de l'Intercommunale. ».

⁽⁵²⁾ Article 32 des statuts de PUBLIFIN adoptés le 29 juin 2015 : « Les activités de l'association peuvent, par décision du Conseil d'Administration s'exercer dans le cadre de secteurs ou sous-secteurs. Dans ce cas, le Conseil d'Administration fixe, aux termes d'un règlement d'ordre intérieur, l'organisation, les limites des compétences et la composition de ces Comités de secteurs; le Conseil d'Administration peut attribuer un nom spécifique à ces secteurs ou sous-secteurs. Ces Comités de secteurs sont composés au minimum de quatre (4) membres et sont désignés à la proportionnelle de l'ensemble des conseils des communes et des provinces associées, conformément aux articles 167 et 168 du Code électoral. Des experts peuvent être invités à assister aux réunions, sans voix délibérative. ».

⁽⁵³⁾ AGW du 11 septembre 2015.

⁽⁵⁴⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017.

Le Directeur du service juridique de NETHYS a toutefois indiqué ne pas avoir eu connaissance de la prolongation de l'activité des comités de secteur malgré leur suppression dans les statuts, ce qui illustre une mise à l'écart du service juridique par rapport aux enjeux stratégiques ou sensibles et/ou une volonté dans le chef du comité de direction de maintenir les comités de secteur en dépit du caractère illégal de cette situation.

A partir du 1^{er} juillet 2015, en outre, le droit wallon s'applique à nouveau complètement à PUBLIFIN ⁽⁵⁵⁾. Or, en ce qui concerne les rémunérations, comme exposé ci-avant, les balises multiples prévues en matière de rémunération et de mandat au sein des intercommunales ne permettent plus d'autres rémunérations ou jetons de présence que ceux prévus ou permis par le CDLD. La rémunération des membres des comités de secteur est donc, à partir du 1^{er} juillet 2015 et jusque décembre 2016, illégale.

1.1.4. Déficit de transparence caractérisé et indices de dissimulation

Les rémunérations octroyées aux membres des comités de secteur, manifestement disproportionnées par rapport aux prestations accomplies, s'accompagnent d'un déficit de transparence caractérisé du Groupe et d'indices de dissimulation.

Premièrement, les nombreuses entraves du secrétariat général et de ses services à l'égard des investigations d'un mandataire local issu de la commune d'Olné, commune associée de l'intercommunale ont été largement mises au jour : absence de réponses aux questions légitimes et précises posées, lenteurs caractérisées et obstacles multiples pour décourager ou fatiguer l'interlocuteur ⁽⁵⁶⁾.

Deuxièmement, des informations non conformes à la réalité ont été délivrées par le Secrétaire général de NETHYS à l'Assemblée générale de PUBLIFIN du 24 juin 2016, en particulier lorsqu'il indique que « la fréquence des réunions répond aux dispositions du règlement d'ordre intérieur de ces comités » ⁽⁵⁷⁾. Une réponse tout aussi erronée sera donnée par ses services en février 2017 au même mandataire local lorsque le secrétaire administratif indique, à propos d'un comité de secteur SOCOLIE, que « renseignement pris à l'interne, il n'y a pas eu de comité de secteur spécifique à l'époque suite à cette opération » ⁽⁵⁸⁾ alors que les procès-verbaux de 2006 mentionnent l'existence, certes très éphémère, d'un tel comité.

Troisièmement, les rapports annuels d'activités de l'intercommunale PUBLIFIN laissent penser que les comités de secteur ont une activité effective.

Quatrièmement, certains éléments ne sont pas divulgués aux membres du Conseil d'administration, à savoir : l'absence de point à l'ordre du jour sur les rémunérations, l'absence de note annexée à l'ordre du jour ou même déposée en séance à ce sujet, les questionnements sur la réalité matérielle de la délibération, l'absence de transmission et d'approbation du procès-verbal ainsi que l'absence d'impulsion ou d'alerte par rapport au vide de contenu des comités de secteur.

Cinquièmement, dans le cadre de l'enquête diligentée par la tutelle en janvier 2017 suite au déclenchement du scandale, le secrétariat général de PUBLIFIN a transmis à la tutelle, à la signature de la Directrice générale de PUBLIFIN, un extrait du procès-verbal du Conseil d'administration du 21 juin 2013.

Dans cet extrait, la phrase : « La déclinaison des modalités de rémunération seront fixées par le Comité de rémunération de l'intercommunale » a été retirée. Les travaux de la commission d'enquête ont montré que cet organe aurait dû nécessairement se réunir. La suppression de cette phrase serait motivée, selon le Secrétaire général de PUBLIFIN-NETHYS, par l'absence de plus-value dans le cadre de l'enquête administrative ⁽⁵⁹⁾. La communication de cet « extrait conforme » ⁽⁶⁰⁾ incomplet est d'autant plus étonnante que ce procès-verbal n'était pas explicitement demandé par la tutelle et que sa transmission relevait donc d'une action volontaire de l'intercommunale ⁽⁶¹⁾. Compte tenu du caractère central de cette phrase (la seule soustraite des deux pages de délibérations), la commission d'enquête ne peut comprendre cette omission que comme une démarche volontaire visant à dissimuler cette information à l'autorité de tutelle. A la question de savoir qui avait décidé la suppression de cette phrase, le Secrétaire général de PUBLIFIN-NETHYS a fait valoir son droit de ne pas répondre lors de sa seconde audition ⁽⁶²⁾.

Sixièmement, les rapports relatifs aux rémunérations de l'intercommunale déposés chaque année en application du décret du 28 avril 2014, via courrier à la signature du Secrétaire général de NETHYS, et signés par le Président du Comité de rémunération, également Président du Conseil d'administration, ne font aucune mention des rémunérations au sein des comités de secteur, et en particulier pas de la rémunération des administrateurs de l'intercommunale qui sont également membres des comités de secteur.

⁽⁵⁵⁾ Voir Partie 4, point 4.1.3.

⁽⁵⁶⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 124 (2016-2017) - Jeudi 9 mars 2017.

⁽⁵⁷⁾ Procès-verbal de l'Assemblée générale de PUBLIFIN du 24 juin 2016.

⁽⁵⁸⁾ Annexes à la déposition de l'échevin des finances de la commune d'Olné, Annexe 19bis, Namur, 9 mars 2017.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁰⁾ Un extrait-conforme, à l'inverse d'une copie-conforme, peut omettre certains passages avec les précautions de langage administratif d'usage.

⁽⁶¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

⁽⁶²⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017, p. 47.

Au contraire, ces rapports entretiennent volontairement le flou en laissant croire que tous les administrateurs qui ne sont pas membre du Bureau exécutif de l'intercommunale perçoivent un jeton de présence de 121,05 euros, ce qui n'est pas conforme à la réalité : les six administrateurs qui sont membres d'un comité de secteur bénéficient uniquement de la rémunération fixe prévue dans les comités de secteur, qui est sans commune mesure avec ce jeton de présence et qui n'est donc pas déclarée. A ce propos, le Secrétaire général de NETHYS estime que le tableau repris dans le rapport remis à la tutelle montre un « montant globalisé payé aux administrateurs »⁽⁶³⁾. Or, à nouveau, ce montant ne comprend pas les montants perçus par les 6 administrateurs membres d'un comité de secteur. Le Secrétaire général de NETHYS a enfin avancé la thèse d'un renoncement au jeton de présence promérité dans le cadre de la participation au Conseil d'administration, sans pouvoir étayer le fondement de cette thèse et, *a fortiori*, la forme de ce renoncement⁽⁶⁴⁾. Il s'ensuit, en toute hypothèse, que les rapports établis ne sont pas conformes aux obligations décrétales et, en particulier, à l'article 1523-17 du CDLD inséré par le décret du 28 avril 2014.

1.1.5. Réparation du préjudice

A partir des constats qu'elle a pu établir et des explications fournies, la commission d'enquête estime que les sommes versées aux Présidents et membres des comités de secteur sans qu'une présence et une prestation suffisante n'ait été accomplie en contrepartie ont été illégitimement perçues et doivent faire l'objet d'un remboursement.

Sans préjudice d'une démarche volontaire des personnes concernées et de leur fédération politique, que plusieurs ont d'ailleurs annoncée, une faute ne peut être constatée in fine de façon contraignante que par le juge compétent. Les éléments mis en lumière par la commission d'enquête sont néanmoins très convergents et suffisamment caractérisés pour aborder la question du remboursement.

Il appartient au Conseil d'administration de PUBLIFIN de prendre ses responsabilités et de réclamer le remboursement des sommes indûment versées aux Présidents et membres des comités de secteur. Le cas échéant, le Conseil d'administration peut, sur base de l'article 1382 du Code civil, saisir le juge civil qui devra évaluer l'étendue du dommage pour l'intercommunale au cas par cas pour chaque rémunération versée à un membre de comité de secteur.

Le Conseil d'administration peut également se retourner civilement contre les responsables du management pour la mise en paiement des rémunérations au-delà de la portée réelle de la délibération du 21 juin 2013, en se fondant sur les illégalités qui leur incombent⁽⁶⁵⁾, les indices de dissimulation qui ont été relevés par la commission d'enquête, ainsi que les dysfonctionnements dont ils seraient co-responsables.

Subsidiairement, sur base de l'article 408 du Code des sociétés⁽⁶⁶⁾, l'intercommunale pourrait se retourner contre le Conseil d'administration du 21 juin 2013 dans la mesure où il aurait avalisé la rémunération des comités de secteur⁽⁶⁷⁾, sous réserve de la réalité matérielle de cette délibération, de l'information différenciée dont disposaient les administrateurs et des contradictions quant à la portée réelle de cette délibération (référence au comité de secteur 5 Gaz incorrectement appliquée, absence de décision du Comité de rémunération, régime des administrateurs membres des comités de secteur).

1.2. Recommandations

1. Engager le Conseil d'administration de PUBLIFIN à organiser le remboursement volontaire par les membres des comités de secteur des sommes indûment perçues et en cas de refus d'un ou plusieurs membres, de saisir le juge compétent; à défaut pour le Conseil d'administration de le faire, prendre toutes les mesures de tutelle coercitives pour assurer le remboursement des rémunérations indûment perçues;
2. Demander à l'autorité de tutelle de désapprouver les comptes de 2015 et 2016 de PUBLIFIN à titre conservatoire étant donné l'action nécessaire du Conseil d'administration en matière de remboursement;
3. Préciser dans un décret interprétatif du CDLD que ne sont autorisées que les rémunérations qui sont expressément prévues par le Code. En toute hypothèse, ces rémunérations ne peuvent concerner que des organes décisionnels;
4. Prévoir une rémunération liée quoiqu'il arrive au taux de présence, y compris au sein des organes de gestion.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁵⁾ Notamment, le maintien des comités de secteur en 2015 malgré leur suppression statutaire.

⁽⁶⁶⁾ Article 408 du Code des sociétés : « Les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux.

Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance. »

⁽⁶⁷⁾ Certains administrateurs ont en effet indiqué ne pas avoir abordé ce point lors du Conseil d'administration du 21 juin 2013. Le Professeur de Broux explique que « la décharge accordée annuellement aux administrateurs par l'assemblée générale ne concerne donc pas les infractions au Code des sociétés ou aux statuts » en vertu de l'article 411 du Code des sociétés.

Partie 2. Rémunérations des administrateurs et gestionnaires de l'intercommunale et de ses filiales

2.1. Rémunérations des administrateurs

2.1.1. Constats

2.1.1.1. Règles en vigueur

Les règles relatives au cumul des mandats et des rémunérations des mandataires publics dans les intercommunales sont fixées par les articles L5111-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

Au sein du groupe PUBLIFIN-NETHYS se retrouvent des mandataires exerçant à la fois, d'une part, un mandat dérivé au sein d'un organe de gestion de l'intercommunale, au départ de leur mandat originaire, d'autre part un mandat dérivé de mandat dérivé au sein d'une filiale de l'intercommunale, voire de sociétés apparentées.

Le Code de la démocratie locale et de la décentralisation (article L5111-1) définit le mandat dérivé comme « toute fonction exercée par le titulaire d'un mandat originaire et qui lui a été confiée en raison de ce mandat originaire, soit par l'autorité dans laquelle il exerce celui-ci, soit de toute autre manière ». Quant au mandat privé, il est « tout mandat exercé dans un organe de gestion d'une personne juridique ou d'une association de fait et qui n'est pas un mandat dérivé ».

Dans ce contexte, une même personne peut être amenée à exercer au sein du groupe des mandats dont la somme des rémunérations dépasse celle de son mandat originaire exécutif. De plus, certains mandataires perçoivent via leurs mandats au sein de NETHYS et de ses filiales des sommes bien supérieures à la rétribution de leur mandat exercé au sein de la maison-mère PUBLIFIN. Ainsi en va-t-il de l'ancien Président de l'intercommunale et des anciens vice-présidents de NETHYS.

Les rémunérations de certains mandataires politiques dépassent donc largement la rémunération liée à l'exercice du mandat au sein de l'intercommunale, et conduisent même certains à dépasser le plafond légal de 150% de l'indemnité parlementaire si l'on y inclut les « mandats privés » qui, dans l'état actuel du droit et de la jurisprudence, sont en dehors des sommes comptabilisées à l'intérieur du plafond de 150%, ce même s'ils sont exercés au sein de sociétés partiellement ou entièrement détenues par les pouvoirs publics.

2.1.1.2. Cellule de contrôle des mandats

Au sujet de cette possibilité pour les mandataires publics de dépasser le plafond légal de 150% ⁽⁶⁸⁾ en exerçant des mandats dits privés, il apparaît que la Cellule de contrôle des mandats a attiré l'attention de l'ancien Ministre en charge des Pouvoirs locaux sur cette problématique dans ses rapports annuels successifs et qu'elle y a questionné la portée à donner à un arrêt rendu par le Conseil d'État en la matière, et selon lequel la rémunération perçue en raison de mandats dits privés ne devait pas être prise en considération pour le calcul du plafond légal ⁽⁶⁹⁾.

En parallèle, en date du 14 mai 2012, le conseil de l'ancien Ministre en charge des Pouvoirs locaux lui a écrit pour lui transmettre l'arrêt du Conseil d'État du 3 mai 2012 et lui indique alors qu'il s'agit là lui semble-t-il « d'une interprétation particulièrement discutable des textes ». Il l'interroge surtout sur la suite à donner au nouveau recours formé par le même requérant contre une nouvelle décision identique de la Cellule de contrôle des mandats et présente trois options. Faisant suite à la note verte du 16 mai 2012 à travers laquelle le Cabinet du Ministre lui transmet le courrier précité pour analyse et rapport, la Cellule de contrôle des mandats indique au Ministre que la première option (acquiescement) « ne doit absolument pas être retenue », mais qu'il convient de retenir les deux autres options, à savoir la poursuite de cette seconde procédure et l'adoption d'un décret interprétatif.

La commission d'enquête a malheureusement dû constater que le Ministre a décidé de retenir la voie de l'acquiescement et n'a pas suivi les deux propositions soutenues par la Cellule de contrôle des mandats ⁽⁷⁰⁾.

La Directrice faisant fonction de la Cellule de contrôle des mandats écrit une nouvelle fois au Ministre en date du 21 décembre 2012 : « une inconnue demeure sur la portée générale de l'arrêt à toutes les catégories de mandats prévues par le Code. (...) Dans les faits, cette exclusion n'a pas eu, jusqu'à présent, de conséquences générales sur l'application du texte. ». Elle préconise néanmoins au Ministre « que le législateur précise ses intentions en clarifiant en conséquence les différentes catégories de mandats. ».

Pour une raison non expliquée, le Ministre a décidé de se soumettre à l'interprétation du Conseil d'État dans le cas d'espèce, et il n'a pas suivi la proposition suggérée par son conseil et soutenue par la Cellule de contrôle des mandats d'adopter un décret interprétatif. Les alertes successives de l'administration sont restées sans réaction dans le chef du Ministre durant plusieurs années. Le Ministre a indiqué avoir finalement présenté des propositions au sujet de ces mandats « privés » ou « dérivés de dérivés » à ses collègues du Gouvernement courant 2015 mais cela n'a manifestement pas

⁽⁶⁸⁾ Plafond de 150% de l'indemnité parlementaire, qui est applicable aux élus, qu'ils soient parlementaires ou élus locaux et qui équivaut à un montant annuel brut de 183.519,45 euros en 2017.

⁽⁶⁹⁾ Arrêt du Conseil d'État n° 219.146 du 3 mai 2012.

⁽⁷⁰⁾ Note verte du 16 mai 2012 transmettant les options exprimées par Maître Uyttendaele dans le cadre de l'affaire Région wallonne c/ Desama.

abouti, sans que la cause n'ait été à ce stade identifiée. En réaction aux propos de l'ancien Ministre des Pouvoirs locaux qui lui étaient rapportés lors de son audition en commission d'enquête, le Ministre de l'Économie a indiqué :

« Je n'ai malheureusement pas de réponse à votre question. Je tiens à dire que, là où j'ai eu des responsabilités, nous avons pris des mesures pour qu'il y ait un retour vers le mandat primaire et c'est ce que, d'ailleurs, le Gouvernement a décidé de faire, et de mettre en œuvre à l'avenir. »⁽⁷¹⁾.

En outre, le Ministre des Pouvoirs locaux n'a pas transmis les rapports annuels de la Cellule de contrôle des mandats au Gouvernement ni au Parlement, depuis 2010.

Enfin, il apparaît que la Cellule de contrôle des mandats a ultérieurement décidé de donner une portée générale à l'arrêt précité du Conseil d'État et donc de considérer comme privés, et par conséquent en dehors du plafond de 150%, les mandats dérivés de mandats dérivés.

A la lumière de cet épisode, la responsabilité politique de l'ancien Ministre des Pouvoirs locaux dans l'exclusion des mandats dits « privés » du plafond de rémunération prévu par le CDLD est indéniable.

2.1.1.3. Absence de mise en œuvre de certaines dispositions

Ceci illustre en outre l'impact de l'absence de mise en œuvre par le Gouvernement du décret du 24 avril 2014 portant assentiment à l'accord de coopération relatif à la création d'une commission de déontologie et d'éthique, en tant qu'autorité indépendante notamment chargée d'assurer cette mission de contrôle des mandats et rémunérations des élus locaux.

Subsidiairement, une exécution du décret du 28 avril 2014 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue d'améliorer le fonctionnement et la transparence des intercommunales, notamment à travers une normalisation de l'information issue des intercommunales dans des tableaux harmonisés, aurait également permis d'identifier les rémunérations manifestement disproportionnées par rapport aux prestations accomplies, sans préjudice des éléments qui semblent avoir fait l'objet d'une opération de dissimulation dans le chef de l'intercommunale.

2.1.1.4. Perception de rémunérations via des sociétés

Par ailleurs, la commission d'enquête a constaté que la rémunération attribuée à certains mandataires politiques pour l'exercice de mandats d'administrateur voire de Président de conseil d'administration au sein de filiales du groupe (entre autres, présidence de la société NeWIN, présidence honoraire et administrateur de la société EDF Luminus) est perçue par l'intermédiaire d'une société, ce qui pose d'évidentes questions vis-à-vis de l'éthique et du droit des marchés publics.

2.1.2. Recommandations

1. Élargir le champ d'application des règles prévues aux articles L5111-1 et suivants du CDLD aux filiales et à toute personne morale détenue à hauteur de 20% minimum par les pouvoirs publics (par une ou plusieurs communes, provinces, intercommunales, régions communales ou provinciales autonomes) ou toute autre entité publique. Il faut légiférer afin que les rémunérations liées aux mandats actuellement dits « privés » soient comprises dans le calcul du plafond de 150% applicables aux élus exerçant un ou plusieurs mandats d'administrateur public;
2. Soumettre les mandataires non-élus aux mêmes règles de plafonnement de revenus que les mandataires élus dans les limites des prérogatives des Parlement et Gouvernement wallons;
3. Étendre le champ d'application des articles L1125-11 et L2212-81^{ter} du CDLD ⁽⁷²⁾ aux personnes morales contrôlées par les intercommunales afin que l'incompatibilité prévue entre les fonctions exercées au sein d'un collège communal ou provincial et au sein d'un organe de direction d'une intercommunale en tant que membre permanent ne puisse désormais plus être contournée par la création d'une filiale;
4. Mettre en œuvre la commission de déontologie et d'éthique prévue par le décret du 24 avril 2014. Les missions de cette commission sont ⁽⁷³⁾ de :
 - a. rendre des avis, à la demande d'un mandataire public (dont membre du Gouvernement), sur une situation particulière de déontologie, d'éthique ou de conflits d'intérêts le concernant;
 - b. formuler des avis ou des recommandations à caractère général, à l'exclusion de cas particuliers visant notamment un ou plusieurs mandataires publics, en matière de déontologie et d'éthique et de conflits d'intérêts, d'initiative, à la demande du Gouvernement wallon, ou sur base d'une demande signée par au moins un tiers des membres du Parlement wallon;

⁽⁷¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 146 (2016-2017) - Jeudi 30 mars 2017.

⁽⁷²⁾ Pour rappel, l'article L1125-11 du CDLD dit : « Sans préjudice de l'article L1531-2, par. 6, un membre d'un collège communal d'une commune associée ne peut siéger en qualité de membre permanent au sein d'un organe de direction d'une intercommunale ». L'article L2212-81^{ter} du CDLD dit : « Sans préjudice de l'article L1531-2, par. 6, un membre d'un collège provincial d'une province associée ne peut siéger en qualité de membre permanent au sein d'un organe de direction d'une intercommunale ».

⁽⁷³⁾ Il s'agit des missions prévues dans l'Accord de coopération du 13 mars 2014 entre la Communauté française, la commission communautaire française et la Région wallonne portant création d'une commission de déontologie et d'éthique.

- c. exercer, lorsque le mandataire public est également un mandataire local, les compétences de l'organe de contrôle visées aux articles L5111-1 à 5611-1 du CDLD (contrôle des mandats) et assurer le respect des dispositions du CDLD et de la Loi organique des CPAS relatives aux jetons de présence et rémunérations des élus locaux;
 - d. rédiger un projet de Code au plus tard trois mois après son installation, qui contient des règles de nature déontologique, d'éthique, de conflits d'intérêts ainsi que toute ligne directrice jugée utile par la commission en matière de déontologie et d'éthique et de conflits d'intérêts;
5. Élargir les missions de la commission d'éthique et de déontologie à tous les membres de cabinets ministériels ainsi qu'aux administrateurs des intercommunales et de leurs filiales;
 6. Exécuter le décret du 28 avril 2014 précité afin qu'un cadastre des mandats soit mis en place intégrant des informations relatives aux rémunérations au sein des intercommunales;
 7. Instaurer de nouvelles dispositions en matière de transparence et de publicité visant l'établissement d'un cadastre complet reprenant, selon des modalités à définir (transmission de l'information, centralisation), l'ensemble des organes mis en place par les pouvoirs locaux, leur composition, la fréquence des réunions et les présences à ces réunions, ainsi que les rémunérations ou jetons de présence, le cas échéant;
 8. Instaurer une nouvelle incompatibilité entre une mission de gestion journalière (membre permanent d'un organe de direction d'une intercommunale ou membre d'un organe de gestion exécutif) et :
 - a. l'exercice d'une fonction dirigeante au sein d'un cabinet ministériel;
 - b. l'exercice d'un mandat de député dans une assemblée parlementaire.
 9. Limiter les présidences et vice-présidences à un Président et à un Vice-Président;
 10. Limiter les rémunérations fixes aux Présidents et Vice-Présidents assumant des responsabilités de gestion journalière ou délégués à des fonctions de gestion au sein de filiales;
 11. Encadrer l'éventuelle rémunération fixe par un principe de dégressivité en cas d'assiduité insuffisante. Les jetons de présence sont liés à une présence minimale calculée en fonction des votes des délibérations des organes de gestion pour éviter que certains ne se limitent à signer les registres des présences;
 12. Définir dans le CDLD les missions et les règles de fonctionnement des comités de nomination et de rémunération des intercommunales, en visant notamment à limiter le pouvoir de ces comités à une fonction de proposition et d'avis, en interdisant aux membres qui exercent une fonction exécutive de prendre part aux décisions relatives à ces fonctions, et en détaillant les informations devant se retrouver dans le rapport de rémunérations annuel communiqué au Gouvernement et au Parlement wallon. Il est également proposé de prévoir légalement la tenue d'au moins une réunion physique de ce comité, aux fins d'établir le rapport mentionné ci-avant et de procéder à une évaluation de la politique de rémunération des mandataires et des membres des organes de direction de l'entité à laquelle se rapporte le comité;
 13. Étendre la norme prévue dans le décret du 6 novembre 2008 visant à interdire aux mandataires publics d'exercer tout mandat public par le biais d'une société interposée, à tout administrateur ou gestionnaire d'entités contrôlées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs pouvoirs locaux. Cette norme sera également intégrée dans le CDLD.

2.2. Rémunérations des membres de la direction de l'intercommunale et de ses filiales

2.2.1. Constats

2.2.1.1. Pratiques en matière de rémunération des dirigeants

La commission d'enquête a pris connaissance de la rémunération des membres du Comité de direction de NETHYS et de la direction de PUBLIFIN, et en particulier des conventions de management conclues avec chacun de leurs membres, ainsi que des procédures ayant conduit à leur adoption.

Par décision du 17 juillet 2013 évoquant un souci de confidentialité, les membres du Conseil d'Administration approuvent l'ensemble des recommandations formulées par le Comité de nomination et de rémunération dans son rapport d'activités et « décident de déléguer ses pouvoirs en matière de rémunération et/ou rétributions quelconques, recrutements, nomination et révocation, au dit Comité constitué le 29 juin 2012 pour mise en œuvre et exécution des décisions prises »⁽⁷⁴⁾. Sur base de cette délégation du Conseil d'administration, le Comité de nomination et de rémunération de NETHYS fixe les rémunérations de ses administrateurs et dirigeants.

Plusieurs anomalies ont été constatées.

Premièrement, le plafond annuel fixé par la Région wallonne de 245.000 euros pour les gestionnaires est très largement dépassé par chacun des membres du Comité de direction par rapport au montant recommandé par la circulaire du Ministre des Pouvoirs locaux du 11 décembre 2014 ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Procès-verbal du 17 juillet 2013.

⁽⁷⁵⁾ Ce plafond est fixé de manière similaire par l'article 15bis du Décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public, modifié par le Décret du 24 novembre 2016.

Deuxièmement, des « bonus à court terme » pour plusieurs membres du Comité de direction sont versés chaque année. Or, si des indicateurs généraux (indicateurs financiers, opérationnels et de leadership) ont bien été présentés et adoptés en séances des 3, 13 et 20 juin 2013 du Comité de nomination et rémunération ⁽⁷⁶⁾, la commission d'enquête note l'absence d'objectifs individuels préalablement chiffrés, liés à ces indicateurs ⁽⁷⁷⁾. Or, en dépit de cette absence, la plupart des membres du comité de direction ont obtenu 100% de leur bonus à court terme pour 2015.

Troisièmement, la plupart des conventions prévoient la modalité suivante : « [les] modalités de détermination (objectifs, seuils, déclencheurs, etc.) seront définies chaque année par le CNR et feront l'objet d'une annexe annuelle, considérée comme faisant partie de la présente convention », ou une modalité similaire, tant pour les bonus à court terme qu'à long terme. Plusieurs personnes auditionnées et concernées ont déclaré que ces annexes n'existent pas ⁽⁷⁸⁾. Outre le fait que les conventions conclues ne sont donc pas respectées, ce constat renforce l'anomalie précédente, en confirmant qu'aucun objectif chiffré n'est fixé préalablement et individuellement pour l'octroi des bonus concernés.

Quatrièmement, pour plusieurs membres du Comité de direction, il est encore prévu un bonus à long terme, dont les conditions d'octroi n'ont pas pu être éclaircies par les témoins auditionnés et qui semble pouvoir être octroyé sur une base discrétionnaire. Le procès-verbal du Comité de nomination et de rémunération du 24 mars 2016 évoque plusieurs indicateurs « long term incentives » pour la plupart des membres du comité de direction, mais aucun terme de mesure chiffrée n'est prévu.

Cinquièmement, par décision du Comité de nomination et de rémunération du 3 décembre 2013, les « cotisations d'indépendant dans le cadre des missions exercées pour TECTEO », et plus exactement « l'ensemble des cotisations sociales de travailleurs indépendants, majorations, frais et intérêts de retard dus à ce titre depuis le deuxième trimestre 2007 », seront prises en charge par NETHYS puisque le directeur général de NETHYS aurait été rétroactivement « obligé de s'affilier à une Caisse en tant qu'indépendant à titre complémentaire depuis le 8 juin 2007 compte tenu de l'exercice de différents mandats dans plusieurs sociétés ».

Sixièmement, des augmentations très importantes de rémunération avec effet rétroactif de plusieurs années ont été accordées par décision du comité de rémunération de l'intercommunale du 29 juin 2012, à certains membres du Comité de direction et ce, la veille du transfert de leur contrat à TECTEO Services Group (futur NETHYS).

Septièmement, la composition du comité de nomination et de rémunération de NETHYS, notamment lors de l'octroi des bonus, pose également question. La composition de ce comité est de trois membres, à savoir, à l'époque examinée, un Vice-Président et une administratrice, rejoints par un expert, qui est également Président du conseil d'administration d'EDF Luminus. En outre, les réunions du comité ont pratiquement toujours lieu en présence des principaux membres du comité de direction, qui ne sortent, un par un, que lorsque leur rémunération personnelle est évoquée. Les procès-verbaux du Comité de nomination et de rémunération montrent par ailleurs que ce sont principalement les membres du comité de direction qui s'expriment lors des réunions.

2.2.1.2. Statut du personnel de management

Quant au régime social des membres du Comité de direction, des questions de droit doivent également être examinées. Plusieurs membres du Comité de direction sont engagés par NETHYS sous le statut d'indépendant, et il ressort du support de la présentation faite par l'Administrateur-délégué de NETHYS le 10 mars 2017 devant la commission d'enquête que NETHYS recourt aux services de 162 consultants indépendants ⁽⁷⁹⁾.

Ainsi que le souligne le Professeur de Broux : « la régularité du statut du management de NETHYS est encore posée sous deux autres angles : le respect du droit des marchés publics et le respect du statut d'indépendant pour ceux qui l'ont adopté ».

Quant au statut d'indépendant, selon l'analyse du Professeur de Broux :

« la régularité du statut d'indépendant relève de la compétence de l'inspection sociale, essentiellement compétente pour requalifier une relation de travail. Le principe est la liberté de la nature de la relation de travail, pour autant que l'exécution effective du travail soit en concordance avec ce choix ».

En ce qui concerne en particulier le statut de l'Administrateur délégué de NETHYS, deux contrats distincts ont été conclus : un contrat de travail, tout d'abord, qui remonte à son engagement comme directeur général de TECTEO sous le statut d'employé, et une convention de management ensuite, au même titre que les autres membres du comité de direction, évoquée dans le point précédent, et conclue en 2013, sous le statut d'indépendant. Par avenant du 23 avril 2013, le contrat de travail est suspendu. Cet avenant prévoit que le contrat est automatiquement réactivé « si le mandat d'Administrateur délégué prend fin », étant entendu que l'ancienneté continue à courir durant toute la période de sus-

⁽⁷⁶⁾ Procès-verbaux des réunions du Comité de nomination et de rémunération de NETHYS des 3, 13 et 20 juin 2013.

⁽⁷⁷⁾ Lesquels sont tout à fait envisageables au regard des indicateurs utilisés. A titre d'exemple, les résultats financiers du groupe sont un indicateur financier, et le pourcentage du variable accordé pourrait être lié d'une manière ou d'une autre au pourcentage de variation du résultat financier. De même, la capacité à respecter le budget prévu, ou à rester en deçà de celui-ci pourrait être chiffré et permettre d'adapter proportionnellement le variable à accorder.

⁽⁷⁸⁾ P.W.- C.R.I.C. n° 127 (2016-2017) - Vendredi 10 mars 2017; C.R.I.C. n° 129 (2016-2017) - Jeudi 16 mars 2017, p. 46.

⁽⁷⁹⁾ Chiffres 2016.

pension du contrat. L'avenant prévoit également l'application de toutes les clauses de rupture, et inclut dans le calcul de l'indemnité ou du préavis toute la période de suspension du contrat de travail. En d'autres termes, l'Administrateur délégué de NETHYS dispose de deux indemnités de rupture.

Selon le Professeur de Broux, « la suspension d'un contrat de travail avec maintien de l'ancienneté est une pratique connue en droit social (notamment lorsqu'un travailleur est envoyé pour une période plus ou moins longue à l'étranger : il est alors soumis à deux contrats de travail, l'un en droit belge et l'autre relevant du pays où il séjourne). Dans ce cas, en général, le second contrat est aménagé pour exclure le cumul des indemnités de rupture (par exemple seule l'indemnité la plus élevée est due). Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'existence de deux contrats n'est donc pas en soi juridiquement problématique, mais les modalités de ceux-ci, dès lors qu'elles sont cumulées au bénéfice de l'Administrateur délégué (en particulier en ce qui concerne l'indemnité de rupture), sont critiquables et contraires à l'intérêt de la société. Enfin, combinée au paiement rétroactif des cotisations sociales de travailleur indépendant par NETHYS, la coexistence d'un contrat de travail et d'une convention de management mérite certainement un examen de l'inspection sociale pour valider la qualification de la relation de travail du directeur général de NETHYS ⁽⁸⁰⁾ ».

En ce qui concerne par ailleurs le cas spécifique de la Directrice générale de l'intercommunale, celle-ci a expliqué lors de son audition être à la fois employée de cette dernière en tant que Directrice générale et membre du Comité de direction de NETHYS en qualité d'indépendante. Plus précisément, du 7 janvier 2008 au 30 juin 2012, elle est en effet sous contrat de travail avec l'intercommunale. Le Conseil d'administration du 12 juin 2012 décide de la nommer Directrice générale de l'intercommunale à partir du 1^{er} juillet 2012. Lors de la même réunion, il est également décidé de transférer celle-ci à mi-temps à TECTEO Services Group (aujourd'hui NETHYS), laissant sous-entendre qu'un mi-temps continuerait à être presté au sein de l'intercommunale, en sa nouvelle qualité de Directrice générale. Selon la lettre de notification de ces décisions, signée par TECTEO et datée du 30 juin 2012, l'intéressée ne sera « donc plus membre de notre personnel à la date du 30 juin 2012 minuit ». Les deux documents (procès-verbal du 12 juin 2012 et lettre du 30 juin 2012) sont donc contradictoires. Par ailleurs, aucun document n'est produit qui atteste d'une décision de ne rémunérer ce mi-temps qu'à concurrence d'1/5^e temps, ni à cette date, ni ultérieurement.

Il est ensuite mis fin de commun accord au contrat de travail à mi-temps avec NETHYS le 19 juillet 2013, au moment où la directrice générale de l'intercommunale passe sous statut d'indépendant au sein de NETHYS (ce qui distingue sa situation de celle de l'Administrateur délégué de NETHYS : le contrat de travail n'a ici pas été suspendu).

Cette situation pourrait constituer un indice de subordination susceptible de requalifier son contrat avec NETHYS en contrat de travail, ou un indice de mandat ⁽⁸¹⁾ susceptible de requalifier son contrat de travail avec PUBLIFIN en activité indépendante.

2.2.2. *Recommandations*

1. Engager le Conseil d'administration de PUBLIFIN à examiner la régularité des contrats et des rémunérations versées aux membres du Comité de direction de NETHYS, d'un point de vue social, du point de vue du droit des marchés publics et d'un point de vue statutaire (effet rétroactif, annexes manquantes, rémunérations variables sans objectifs chiffrés,...) et à évaluer toutes les possibilités d'action pour aboutir au remboursement des sommes illégitimement perçues et pour empêcher le maintien et/ou la mise en œuvre des deux indemnités de rupture prévues en faveur de l'Administrateur délégué de NETHYS. A défaut pour le Conseil d'administration de le faire, prendre toutes les mesures de tutelle coercitives pour aboutir au résultat;
2. Saisir l'Inspection sociale des constats ayant suscité le questionnement de la commission au regard du droit social, notamment la prise en charge par l'entreprise, avec effet rétroactif, des lois sociales payées par le directeur général en tant qu'indépendant; ainsi que le statut d'indépendant de membres du Comité de direction;
3. Adopter une législation spécifique aux rémunérations des fonctions dirigeantes au sein des intercommunales et de leurs filiales dans les limites des prérogatives du législateur wallon. La rémunération des dirigeants, c'est-à-dire des membres d'un organe de direction d'une intercommunale ou de toute autre structure détenue par une intercommunale, ne peut excéder le montant prévu actuellement par la circulaire du Ministre des Pouvoirs locaux du 11 décembre 2014 ⁽⁸²⁾, et des échelles intermédiaires doivent être prévues au regard de la description des responsabilités de la fonction. A l'intérieur du plafond doit être établie une proportionnalité en rapport avec l'importance de l'intercommunale, de son chiffre d'affaires, du volume du personnel et de la tension salariale. La rémunération perçue dans le cadre d'une filiale doit être prise en compte dans le calcul du plafond et ne peut excéder celui-ci;
4. Limiter les rémunérations des gestionnaires d'intercommunales et leurs filiales à une rémunération fixe, sans possibilité d'octroi de rémunérations variables complémentaires;
5. Prévoir en outre la rétrocession au profit de la maison-mère de toute rémunération perçue par un membre du management au sein d'une filiale suite à l'exercice d'un mandat dans un organe de gestion de celle-ci;

⁽⁸⁰⁾ On peut en effet s'interroger sur la différence des prestations attendues pour l'un et pour l'autre contrat, en prenant en considération la lettre et/ou l'esprit de l'art. 5bis de la loi du 3 juillet 1978, selon lequel « Des prestations de services complémentaires exécutées en application d'un contrat d'entreprise sont présumées l'être en application d'un contrat de travail sans que la preuve du contraire puisse être apportée lorsque le prestataire des services et le bénéficiaire de ceux-ci sont liés par un contrat de travail pour l'exercice d'activités similaires ».

⁽⁸¹⁾ Au sens de l'art. 3, §1, al. 4 de l'arrêté royal n° 38 organisant le statut social des travailleurs indépendants.

⁽⁸²⁾ C'est-à-dire 245.000 euros.

6. Légiférer en vue d'appliquer le plafond de 245.000 euros précité et les autres balises prévues par le décret du 24 novembre 2016 aux cadres dirigeants des intercommunales et à leurs filiales, pour l'ensemble des situations actuelles et futures;
7. Organiser la transparence des rémunérations des cadres dirigeants des intercommunales et de leurs filiales.

2.3. Externalisation du paiement des rémunérations de la direction et des notes de frais

2.3.1. Constats

Si autrefois le paiement des rémunérations des membres des organes de gestion et de direction du groupe était réalisé par le service comptable, tel n'est plus le cas depuis plusieurs années. En effet, le paiement des rémunérations versées aux membres du Conseil d'administration et du Comité de direction de NETHYS est effectué par la société AGM S.A. administrée par les trois administrateurs dits « externes » de NETHYS. Cette décision d'externalisation a été prise par les signataires de l'accord avec AGM, c'est-à-dire deux membres du Comité de Direction, et non pas via une décision du Conseil d'administration, selon le Secrétaire général de NETHYS⁽⁸³⁾. Pour justifier ce mode de décision, NETHYS prend appui sur l'article 17 de ses statuts, lequel énonce que :

« la société est représentée dans les actes, y compris ceux où interviennent un fonctionnaire public ou un officier ministériel et en justice, en Belgique et à l'étranger, par deux membres du Comité de direction agissant conjointement, ceux-ci n'ayant pas à justifier vis-à-vis des tiers d'une délibération préalable du conseil. [...] ».

Chaque mois, le service comptable de NETHYS effectue un virement d'un premier compte NETHYS, contrôlé par le service comptable, vers un second compte NETHYS, contrôlé par AGM S.A. sur base d'une instruction reçue du Directeur financier de NETHYS. Selon le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS, « le montant standard habituel est de 300.000 euros mensuels. Cela peut être plus sur demande particulière »⁽⁸⁴⁾. Ce montant n'a dès lors été ajusté qu'à la hausse. Il apparaît même à la vue des documents reçus par la commission d'enquête que les versements effectifs exécutés en 2016 aboutissent à un total annuel dépassant le double des montants versés au titre de montant standard habituel mensuel tel qu'indiqué par le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS. Ceci serait dû, selon l'administrateur d'AGM en charge des paiements, également administrateur dit « externe » chez NETHYS, au fait que « puisqu'en 2014-2015, il n'y a pas eu de bonus qui ont été payés [...], tout a été payé en 2016 »⁽⁸⁵⁾. En outre, le versement mensuel, passe en février 2017 de 300.000 euros à 500.000 euros⁽⁸⁶⁾. De ce fait, la somme totale qui devrait être atteinte à la fin de l'année 2017 dépassera vraisemblablement les six millions d'euros, sans qu'elle soit cette fois justifiée par le versement simultané de bonus de plusieurs années consécutives.

Le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS précise qu'il « a été décidé (...) de faire appel à cette société pour exécuter les paiements du management, pour des raisons de confidentialité »⁽⁸⁷⁾. Il apparaît toutefois qu'outre le Conseil d'administration et le comité de direction, certains cadres de NETHYS, mais aussi certains membres du personnel, sont rémunérés via ce circuit confidentiel. L'administrateur d'AGM en charge des paiements, également administrateur dit « externe » au Conseil d'administration de NETHYS, explique que cela est dû au fait que la branche « activité direction », ou branche « corporate », gravitant autour de la direction a été incluse dans ce circuit au moment du transfert de ce personnel de l'intercommunale vers TECTEO Services Group⁽⁸⁸⁾.

Il faut signaler que certains membres de cette branche « corporate » ignorent qu'ils sont payés via ce mécanisme qualifié de confidentiel.

Le service comptabilité ne dispose que de documents agrégés, le détail étant détenu de façon exclusive par le Directeur financier de NETHYS. Cette pratique pose de sérieuses questions en termes de transparence et de contrôle public, même si « [l]e commissaire réviseur [...] a l'occasion de vérifier la matérialité des dépenses et l'existence des pièces justificatives »⁽⁸⁹⁾. A la question de savoir si cette pratique revient à établir une comptabilité parallèle, le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS explique :

« Est-ce que l'on peut appeler cela une comptabilité parallèle ? Comme je vous l'ai dit, le détail de ces paiements, de ces charges, ne se trouve pas dans mes comptes et le détail en est disponible chez M. Heyse. C'est exact. »⁽⁹⁰⁾

L'administrateur d'AGM en charge des paiements, également administrateur dit « externe » au Conseil d'administration de NETHYS, estime qu'il s'agit d'un « processus correctement reflété dans les comptes de NETHYS »⁽⁹¹⁾, même s'il s'agit d'un montant agrégé.

⁽⁸³⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

⁽⁸⁴⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017.

⁽⁸⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

⁽⁸⁶⁾ Courriel électronique du Directeur financier de NETHYS du 7 février 2017.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁸⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁹¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

Il faut aussi noter que « la société AGM paie tant des rémunérations d'indépendants ou autres que des factures »⁽⁹²⁾. Il s'agirait de factures de fournisseurs, dont le service comptable ne dispose que de chiffres agrégés. Selon les informations reçues par la commission d'enquête, d'autres paiements sont également effectués pour des infractions de roulage, des frais de représentation, etc. Ces infractions seraient envoyées par les sociétés de leasing à NETHYS ⁽⁹³⁾.

Enfin, certaines notes de frais relatives à des missions accomplies à l'étranger, en France et au Congo, sont également prises en charge par NETHYS via AGM. Ces missions sont réalisées au profit de filiales, à savoir l'Avenir Développement en France, et vraisemblablement, s'agissant du Congo, au profit d'ELICIO et d'administrateurs investissant à titre privé, voire au profit de la société Electricité Bassin d'Ivugha, dans laquelle ELICIO n'a qu'une participation.

Toutes les notes de frais sont validées par l'administrateur-délégué de NETHYS puis par le Directeur financier de NETHYS. Tous les paiements sont exécutés directement par l'administrateur d'AGM en charge des paiements, également administrateur dit externe au Conseil d'administration de NETHYS. Il n'y a pas de plafond de paiement en ce qui concerne les notes de frais ⁽⁹⁴⁾.

2.3.2. *Recommandation*

Prévoir de manière explicite au sein du CDLD que toute décision d'externaliser le paiement de toute rémunération ou autres frais, à des administrateurs, cadres, ou autres membres du personnel d'intercommunales ou de leurs filiales soit notifiée à la tutelle.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*.

⁽⁹³⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 211 (2016-2017) - Jeudi 22 juin 2017.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*.

Partie 3. Notion d'intérêt communal

3.1. Constats

Les notions d'intérêt communal et d'intérêt provincial sont mentionnées dans la Constitution pour définir les compétences des communes et des provinces ⁽⁹⁵⁾. Il existe différentes modalités pour gérer ces intérêts. En particulier, les communes peuvent décider de s'associer pour gérer ensemble des objets déterminés d'intérêt communal.

3.1.1. L'objet déterminé d'intérêt communal dans le CDLD

Il fallut attendre la révision constitutionnelle de 1921 pour qu'une loi autorise les communes à s'associer pour gérer et exploiter en commun tout objet d'intérêt communal bien déterminé. La loi du 22 décembre 1986 a confirmé l'exigence que les intercommunales gèrent des objets déterminés d'intérêt communal.

Selon l'analyse du Professeur Durviaux :

« Si la notion d'intérêt communal (et provincial) n'est pas définie par la Constitution, mais laissée à l'initiative et à l'appréciation des communes et provinces, la jurisprudence et le législateur ont toujours imposé que les communes s'associent pour un objet déterminé. Il s'agissait d'éviter la création de structures qui puissent sortir ainsi du périmètre de compétences des communes et provinces, en se voyant confier des compétences multiples et générales.

Si la plupart des intercommunales ont des objets déterminés, certaines, singulièrement celles actives dans le domaine du développement économique ont un objet social rédigé très largement qui leur permet parfois de prendre « toute initiative en rapport direct et indirect (...) avec le développement économique de la région sur tous ces aspects ».

Les intercommunales sont des personnes morales de droit public.

L'article 1512-3 du CDLD s'inscrit dans le prolongement de ce qui précède puisqu'il dispose que : « Plusieurs communes peuvent, dans les conditions prévues par le présent Livre, former des associations ayant des objets déterminés d'intérêt communal. Ces associations sont dénommées ci-après intercommunales. »

A bien des égards, l'intercommunale n'est pas un instrument juridique dépassé, ou uniquement adapté à la gestion d'une infrastructure simple comme une piscine (au demeurant plus souvent gérée au travers d'une régie communale autonome que par le biais d'une intercommunale), pas plus que l'intercommunale ne serait devenue subitement une structure inadaptée aux activités du groupe PUBLIFIN.

En effet, de nombreuses intercommunales exercent des activités d'INVEST (ou de gestion de participations financières)⁽⁹⁶⁾, de manière efficace et en recherchant la poursuite des intérêts qui leur sont confiés par les communes : FINEST, FINIMO, I.FM, IPFH, IDEFIN, IDELUX Finances, FIGA, PUBLILEC, SLF, SLF Finances, SEDIFIN, SOFILUX. Leur objet social est généralement en lien avec les missions d'une autre intercommunale. Par exemple, l'objet social de la SOFILUX est « D'une part l'acquisition de parts sociales dans le capital de sociétés actives dans des secteurs d'intérêt économique général, en vue de favoriser des synergies de nature à optimiser la compétence communale en ce qui concerne la distribution publique d'électricité, de gaz. D'autre part, le financement des activités de l'intercommunale Interlux pour compte des communes affiliées. ».

Les intercommunales sont nombreuses dans les secteurs de l'énergie, de la gestion des eaux, le médico-social, l'expansion économique, les déchets, l'environnement, notamment.

Encore faut-il, en vertu de l'article L1512-6 du CDLD, que « Quel que soit leur objet, les associations de projet et les intercommunales exercent des missions de service public et à ce titre sont des personnes morales de droit public ».

Cette qualification a plusieurs conséquences :

- « Le caractère public des associations de projet et des intercommunales est prédominant dans leurs rapports avec leurs associés, leurs agents et tout tiers ainsi que dans toute communication interne ou externe »⁽⁹⁷⁾;
- Les intercommunales peuvent poursuivre en leur nom des expropriations pour cause d'utilité publique, contracter des emprunts, accepter des libéralités et recevoir des subventions des pouvoirs publics ⁽⁹⁸⁾;
- Tout apport et toute acquisition doivent être affectés à la réalisation de l'objet social de l'association de projet ou de l'intercommunale;
- Les intercommunales ou associations de projet qui réalisent un chiffre d'affaires annuel net de plus de quarante millions d'euros et auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été attribués par un pouvoir public, ou qui sont chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, §1^{er} du traité des Communautés européennes, et qui reçoivent une compensation de service public sous quelque forme que ce soit pour ce service, et qui en même temps exercent d'autres activités doivent tenir en outre des comptes séparés;

⁽⁹⁵⁾ Articles 41 et 162 de la Constitution.

⁽⁹⁶⁾ Et aussi des activités industrielles et commerciales des missions de service public.

⁽⁹⁷⁾ Art. L1512-6, §1^{er} al.3, du CDLD.

⁽⁹⁸⁾ Art. L.1512-6, §2, du CDLD.

- Les comptes séparés doivent refléter les différentes activités exercées par la même entreprise ainsi que sa structure financière et organisationnelle en faisant ressortir :
 - a. les charges et produits associés aux différentes activités;
 - b. le détail de la méthode d'imputation ou de répartition des charges et produits entre les différentes activités.

Pour les intercommunales, ces données font partie intégrante des comptes de l'exercice concerné et sont soumises aux dispositions de l'article L3131-1, §3, 2°⁽⁹⁹⁾.

Quelles que soient les controverses juridiques qui entourent l'identification d'un service public, il est admis que les « lois » du service public constituent le régime juridique spécial minimum applicable à tout service public organique, quel que soit son mode de gestion.

Ces règles découlent de l'origine, de la nature et de l'essence même du service public. Elles sont au nombre de trois : la loi du changement ou d'adaptabilité (ou principe de mutabilité), la loi de la continuité et de la régularité et, enfin, la loi d'égalité des usagers.

En toute hypothèse et pour de simples raisons sémantiques sans espace pour la controverse juridique, assurer un dividende aux communes et provinces associées ne peut être considéré comme une mission de service public⁽¹⁰⁰⁾.

En d'autres termes, la restructuration du groupe dans son principe ne respecte pas les contraintes juridiques qui s'appliquent à l'intercommunale telle que régie par la loi du 22 décembre 1986 ou par le CDLD. En effet, les objets déterminés d'intérêt communal doivent être logés dans les statuts de l'intercommunale pour permettre un contrôle direct de l'actionnaire public. Ce n'est pas tant la notion d'intérêt communal qui est en jeu que la manière dont le groupe s'est réorganisé pour gérer ces activités d'intérêt communal en dehors de l'intercommunale, sans la protection juridique qui est organisée par le CDLD.

3.1.2. La diversification

Selon le Professeur Durviaux :

« Il n'est pas rare que les intercommunales poursuivent plusieurs activités (énergie et télécommunications – expansion économique et déchets) ou au contraire, se spécialisent dans une activité (secteur de l'eau – secteur médico-social).

Les regroupements de l'énergie et de la télédistribution à l'époque s'expliquaient en partie par le contexte légal et concret : les communes jouissaient d'un monopole de droit pour l'électricité à basse tension et d'un monopole de fait pour le gaz et la télédistribution en raison de la circonstance que l'exploitation du réseau impliquait l'utilisation des voiries communales.

Le secteur des télécommunications est aujourd'hui entièrement libéralisé, le secteur de l'énergie a été fondamentalement réorganisé à la suite des directives européennes de libéralisation.

Les raisons du regroupement des secteurs de l'énergie et des télécommunications (notion plus large que la télédistribution) sont liées aux évolutions technologiques fulgurantes qui influenceront, à terme, tout le modèle économique de ces deux secteurs avec des enjeux sociétaux importants (smart grids/accessibilité à l'énergie et aux services de télécommunications garantie pour tous).

Le regroupement de plusieurs activités ou le choix de la spécialisation (mono-activité) dépend donc de facteurs divers d'ordre technique, économique et politique.

Il n'existe à cet égard aucune contrainte juridique particulière si ce n'est la limite de l'intérêt communal.

D'un point de vue théorique, la diversification des activités (et des activités d'invest) n'implique pas *ipso facto* un processus de filialisation, l'organisation de secteurs différents permettant parfois de réaliser une gestion optimum. On trouve cette organisation dans certaines intercommunales « pures » de financement, par exemple l'I.P.F.H.⁽¹⁰¹⁾ et IDEFIN⁽¹⁰²⁾ qui est quant à elle organisée en différents secteurs d'activités économiques (secteur 1 électricité, secteur 2 gaz).

Au demeurant, la filialisation n'est pas conçue dans le CDLD comme un instrument de diversification des activités, mais comme une possibilité de prises de participation dans des sociétés existantes dont l'objet social peut contribuer à la réalisation des objets déterminés d'intérêt communal confiés à l'intercommunale par les communes (ou une province).

Toujours d'un point de vue théorique, la filialisation peut également présenter un intérêt lorsqu'il s'agit d'isoler un risque ou d'organiser les ressources spécialisées (par exemple, les ressources humaines), ou des ressources spécifiques (par exemple, les moyens financiers) aux différentes activités. Il s'agit alors d'améliorer et de simplifier la gouvernance et la transparence financière.

⁽⁹⁹⁾ Art. L1512-7 du CDLD.

⁽¹⁰⁰⁾ L'article 3 de la loi du 22 décembre 1986 précisant que : « Les intercommunales sont des personnes morales de droit public. Quels que soient leur forme et leur objet, elles n'ont pas un caractère commercial ».

⁽¹⁰¹⁾ Intercommunale Pure de Financement du Hainaut.

⁽¹⁰²⁾ Intercommunale De Financement de Namur.

Le CDLD ne contient qu'une seule disposition relative à la filialisation.

Il s'agit de l'article L1512-5 qui dispose que : « Les intercommunales peuvent prendre des participations au capital de toute société lorsqu'elles sont de nature à concourir à la réalisation de leur objet social.

Toute prise de participation au capital d'une société est décidée par le conseil d'administration; un rapport spécifique sur ces décisions est présenté à l'assemblée générale, conformément à l'article L1523-13, §3.

Toutefois, lorsque la prise de participation dans une société est au moins équivalente à un dixième du capital de celle-ci ou équivalente à au moins un cinquième des fonds propres de l'intercommunale, la prise de participation est décidée par l'assemblée générale, à la majorité simple des voix présentes, en ce compris la majorité simple des voix exprimées par les délégués des associés communaux »⁽¹⁰³⁾.

Quelques observations s'imposent.

La prise de participation est conçue comme un moyen de contribuer à la réalisation de l'objet social, et non un moyen de le réaliser. Si la nuance peut paraître subtile, elle n'est pas sans incidence. La prise de participation dans des sociétés existantes, actives dans des secteurs qui sont en lien avec l'objet social (qui ne peut être en rapport qu'avec des intérêts communaux déterminés) de l'intercommunale serait donc tout à fait possible.

En revanche, dans le cas d'espèce, le démantèlement d'une structure existante avec l'apport de ses diverses branches d'activités à des sociétés filiales ne respecte pas cette disposition, puisqu'il ne s'agit pas de contribuer à la réalisation de l'objet social, mais bien de confier à une société privée un objet déterminé de l'intercommunale en s'exonérant des contraintes juridiques (et notamment du contrôle démocratique des associés communaux et provinciaux) prévues par le CDLD.

Dans la pratique, la réorganisation de TECTEO est manifestement contraire à la lettre et à l'esprit du CDLD. ».

Le Professeur Durviaux rappelle encore que « ce n'est qu'en 1996 qu'un décret a habilité les intercommunales à créer les filiales. La loi du 22 décembre 1986 était muette sur cette question. Or, en vertu du principe de spécialité des personnes morales de droit public, seul le législateur peut l'autoriser à créer ou prendre des participations dans le capital d'une société. Dès lors, si la logique du groupe PUBLIFIN est suivie - non application du CDLD -, la base juridique pour créer des filiales semble faire défaut ».

Plus spécifiquement, l'achat du groupe de presse des Éditions de L'Avenir par une intercommunale avait fait débat il y a quelques années.

Depuis lors, NETHYS n'a cessé de multiplier les investissements dans des nouveaux créneaux d'activité, qu'il s'agisse de nouveaux secteurs, comme celui des assurances avec le rachat de l'Intégrale, ou qu'il s'agisse de nouveaux territoires comme le rachat d'actions dans la presse provençale ou les investissements réalisés au Kenya, et en ex-Yougoslavie suite à l'absorption d'Electra Winds, devenue ELICIO, ou plus récemment au Congo par l'intermédiaire de sa filiale ELICIO (voy. infra, point 5.1.9). Une telle diversification apparaît toujours plus éloignée de l'intérêt communal qui fonde l'action des pouvoirs locaux.

La diversification en dehors du territoire ne peut en aucun cas se fonder sur l'article L1524-1 du CDLD qui prévoit les modalités de participation des communes, associations de projet et intercommunales à des personnes morales de droit public dépassant les frontières nationales, conformément aux conventions et traités internationaux.

Il importe que les associés de l'intercommunale puissent directement prendre part aux décisions relatives à la diversification des activités, puisqu'il s'agit en définitive d'interpréter les objets déterminés d'intérêt communal qui sont confiés à l'intercommunale. Lorsqu'il s'agit de modifier les objets confiés, il faut encore revenir vers les communes, seules compétentes pour apprécier cette question.

Les différentes décisions relatives à la diversification des activités ou à la modification des objets déterminés doivent être contrôlées par la tutelle.

3.1.3. Déplacement du pouvoir

Selon le Professeur Durviaux :

« En vertu de l'article 9 de la loi de l'organique relative aux intercommunales, « Les personnes de droit public associées à l'intercommunale ne peuvent s'engager que divisément et jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Toute modification aux statuts qui entraîne pour les communes des obligations supplémentaires ou une diminution de leurs droits doit faire l'objet d'une délibération des conseils communaux. ».

La même disposition figure à l'article L1523-6 du CDLD.

En vertu de ces dispositions (l'application de l'article 9 de la loi du 22 décembre 1986), la restructuration de TECTEO débouchant sur la création de PUBLIFIN, FINANPART, NETHYS, RESA et autre sous-filiale ne pouvait être décidée

⁽¹⁰³⁾ Ainsi remplacé par le Décr./W. du 19 juillet 2006, art. unique, qui ne contient aucune disposition spécifique relative à son entrée en vigueur et a été publié le 23 août 2006.

par les organes de l'intercommunale. Elle devait nécessairement être décidée par les conseils communaux et provinciaux, parce qu'elle entraîne une diminution drastique des droits des Communes et de la Province au sein de la nouvelle structure, ces dernières ne pouvant plus en aucune manière contrôler NETHYS. Sauf erreur de ma part, ces délibérations n'ont pas été prises par les conseils. »

Les pouvoirs locaux associés se trouvent engagés sans qu'aucun débat n'ait eu lieu sur l'opportunité d'investissements diversifiés. Or, l'intérêt communal s'en trouve singulièrement dénaturé, ce qui est problématique lorsqu'il s'agit de décider de tels développements inédits. Contrairement au rachat du câble wallon, qui est historiquement situé dans une mission de service public et qui a fait l'objet de délibérations dans les communes avant de le décider, ces nouveaux développements toujours plus éloignés de l'intérêt communal voient le patrimoine des associés publics investi sans qu'ils aient voix au chapitre. Ces nouveaux risques sont pris avec des moyens publics, sans aval préalable et éclairé des associés. Au contraire, ils sont accomplis au terme d'une restructuration qui empêche toute influence significative des associés communaux.

3.1.4. *Intérêt communal et intérêt sociétal*

De façon générale, la question se pose de la confrontation de deux objectifs mis en œuvre par le Groupe, entre l'intérêt communal et un intérêt sociétal (création d'emplois), souvent mis en avant par les dirigeants lors des auditions.

Ces deux objectifs peuvent être considérés en soi comme légitimes, mais ce qui ne ressort pas à des objets déterminés d'intérêt communal doit trouver un autre fondement dans un cadre plus approprié, par exemple au niveau de l'initiative publique régionale, et un certain nombre d'activités doivent être réexaminées.

3.2. Recommandations

1. Exercer effectivement la compétence de tutelle de conformité à l'intérêt général prévue par la Constitution et les décrets, notamment pour garantir que l'objet social et les activités des intercommunales et leurs filiales respectent le cadre prévu pour leur action (intérêt communal, objets déterminés, mission de service public et délibérations des conseils communaux en cas d'obligations supplémentaires ou de diminution de leurs droits);
2. Organiser une tutelle spéciale d'autorisation sur la décision de confier à une société filiale un objet qui contribue directement aux missions de service public poursuivies par la société mère, et dans cette hypothèse, assurer que la société mère dispose bien d'un contrôle effectif de la filiale;
3. Prévoir que les règles d'organisation et de tutelle applicables à l'intercommunale seront applicables, *mutatis mutandis*, à la filiale et à l'entité dont le capital est majoritairement contrôlé par les pouvoirs locaux;
4. Organiser les modalités d'une tutelle spéciale d'approbation effective pour toute prise de participation ⁽¹⁰⁴⁾ de l'intercommunale et de ses filiales afin de s'assurer que ces participations s'inscrivent bien dans le plan stratégique de l'intercommunale et dans le périmètre des activités poursuivies par l'intercommunale et ses filiales;
5. Engager les organes des différentes entités du groupe PUBLIFIN-NETHYS, en concertation avec le Gouvernement, et en pleine considération des enjeux liés à l'emploi, à repenser le fonctionnement et le périmètre d'intervention du groupe dans le strict respect de la Constitution et du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vigueur et à venir, notamment en envisageant de céder à des tiers certaines participations, liées notamment à des activités situées à l'extérieur du pays, dans des conditions optimales sous l'angle économique, ou de céder à des sociétés publiques régionales les participations liées à des activités qui dépassent le périmètre d'intervention de l'intercommunale;
6. Imposer que toute restructuration et modification des structures existantes en lien avec les intérêts communaux gérés par une intercommunale implique nécessairement (en approfondissant l'article L1523-6 du CDLD) :
 - a. une décision préalable des différents conseils communaux et le cas échéant provinciaux sur base d'une présentation de l'intercommunale avec un plan stratégique;
 - b. le cas échéant, la consultation obligatoire des autorités de régulation;
 - c. une mesure de tutelle spéciale d'autorisation;
 - d. un mécanisme de sortie facilitée pour les communes en désaccord.

⁽¹⁰⁴⁾ C'est-à-dire une participation de minimum 20%.

Partie 4. Contrôle régional

4.1. Constats

4.1.1. *Perte de la tutelle régionale*

4.1.1.1. L'entrée de Fourons dans le capital de TECTEO

Depuis les années 70', Interomosane était le câblodistributeur dans la commune de Fourons. Elle fut longtemps la seule entreprise à proposer un service de télédistribution dans cette commune ⁽¹⁰⁵⁾.

Les auditions du Secrétaire général de l'intercommunale et du bourgmestre de Fourons ne permettent pas de déterminer qui a pris l'initiative de suggérer l'adhésion de la commune de Fourons à l'intercommunale ni quelles étaient les réelles motivations des acteurs.

Ils évoquent tous deux une même réunion au cours de laquelle le projet a été abordé.

Le premier explique que celle-ci a eu lieu dans le contexte d'une suppression de certaines chaînes analogiques pour permettre le développement de la télédistribution numérique ⁽¹⁰⁶⁾.

Le second évoque la satisfaction des services offerts par l'intercommunale et la volonté d'obtenir plus de chaînes néerlandophones tout comme la crainte de ne plus bénéficier de la télédistribution ⁽¹⁰⁷⁾.

Ces explications ne résistent pas à l'analyse puisque aucune chaîne flamande n'a été ajoutée à l'offre après l'adhésion de la commune de Fourons et qu'une intercommunale peut offrir des services en dehors du ressort territorial de ses associés, comme c'est précisément le cas pour le câble wallon au-delà des communes associées au sein de PUBLIFIN.

Le bourgmestre de Fourons a finalement admis que ses craintes étaient infondées et qu'il ne se serait sans doute rien passé si la commune n'avait pas adhéré à l'intercommunale.

Il est dès lors impossible de déterminer les motivations réelles des acteurs participants à l'initiative de l'adhésion de la commune de Fourons.

L'intégration de Fourons dans le capital de TECTEO fut réalisée le 7 juillet 2009, par décision du Conseil d'administration. Or, à cette date, l'article 5 des statuts de TECTEO stipule que : « La Société est régie par le livre V de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ainsi que par le Code des sociétés [...] ». En outre, le CDLD, en son article L1511-1, précise que : « Le présent Livre s'applique aux coopérations entre communes dont le ressort géographique ne dépasse pas les limites de la Région wallonne ». Fourons ne pouvait donc pas devenir associée de TECTEO sans modification statutaire préalable de TECTEO, même si l'autorité de tutelle flamande de Fourons, le collègue des gouverneurs, a approuvé cette association par expiration du délai de tutelle. Le caractère illégal de cette entrée dans le capital n'a pas été compris par le bourgmestre de Fourons, qui a indiqué lors de son audition qu'à la lumière des éléments dont il a pris connaissance, il ne poserait pas le même choix aujourd'hui ⁽¹⁰⁸⁾.

Au sujet de l'entrée de Fourons dans le capital de TECTEO, le Secrétaire général de TECTEO ⁽¹⁰⁹⁾ a affirmé devant la commission de l'Économie, du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles du Parlement de Wallonie, à l'occasion d'auditions sur TECTEO en juin 2010, que :

« C'est vrai que nous avons, nous-mêmes, posé la question à l'Administration de la Région wallonne quand la Commune de Fourons est entrée dans notre capital, de savoir si nous devions encore transmettre ces différentes pièces à la tutelle. Il nous a d'abord été répondu que nous pouvions le faire, ce que nous avons continué à faire, et ensuite, en effet, s'est posé le problème de cette tutelle sur les intercommunales bi-régionales et sur ces actes transmissibles. »⁽¹¹⁰⁾

Ces propos ont été démentis par l'inspecteur général de la Direction de la législation en charge des Pouvoirs locaux en poste au moment des faits ⁽¹¹¹⁾.

4.1.1.2. Le recours à la tutelle contre le règlement de travail de TECTEO

Le 13 août 2009, un nouveau règlement de travail est adopté pour le personnel de TECTEO. Un recours est introduit auprès de la tutelle concernant certaines dispositions de celui-ci. Il ressort des pièces déposées par la DGO5 que l'Inspecteur général de la Direction de la législation des Pouvoirs locaux en 2009, a indiqué dans une note adressée à sa directrice générale que selon lui, l'intercommunale n'était pas habilitée à devenir une intercommunale bi-régionale ⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 198 (2016-2017) - Vendredi 8 juin 2017.

⁽¹⁰⁶⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

⁽¹⁰⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 198 (2016-2017) - Vendredi 8 juin 2017.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁹⁾ Actuel Secrétaire général de NETHYS.

⁽¹¹⁰⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 141 (2009-2010) - Mardi 15 juin 2010.

⁽¹¹¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 198 (2016-2017) - Vendredi 8 juin 2017.

⁽¹¹²⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 143 (2016-2017) - Vendredi 24 mars 2017.

En substance, cet Inspecteur général considérait que l'existence d'un accord de coopération entre les Régions était une condition préalable posée par le législateur spécial et qu'il convenait d'appeler et d'annuler dans le cadre de la tutelle générale, l'acte de l'intercommunale ayant pour objet l'acceptation de la commune de Fourons comme associé. Il estimait cette décision contraire à l'article 5 des statuts de TECTEO en vigueur à l'époque, aux articles L1511-1 et L1512-3 CDLD qui ne prévoient pas la possibilité pour une intercommunale régionale de se transformer en « nouvelle » intercommunale bi-régionale, ainsi qu'aux lois spéciales du 8 août 1980 (art. 92*bis*, §2, d) et du 16 juillet 1993, en ce qu'elles nécessitaient un accord sur la tutelle avant de créer une nouvelle structure bi-régionale. Sa thèse repose sur des travaux préparatoires au Sénat en date du 30 mars 1999 et diverses analyses juridiques ⁽¹¹³⁾.

Selon l'analyse du Professeur de Broux :

« Sur le plan juridique, le raisonnement ainsi tenu est parfaitement clair et incontestablement défendable. Le délai pour agir prévu par le CDLD pour la tutelle d'annulation était (et est toujours) de 30 jours après la communication de l'acte litigieux. Mais il n'y a pas de délai pour la communication d'actes non visés par le code, telle la décision de l'intercommunale de s'associer avec Fourons. La jurisprudence impose uniquement un délai raisonnable. En prenant connaissance en août 2009 de l'adhésion de Fourons en juillet 2009, la tutelle était parfaitement dans les temps pour demander la communication de cette délibération. ».

C'est du reste ce que l'autorité de tutelle a fait à travers son courrier du 28 septembre 2009 et son courrier de rappel du 18 novembre 2009. Aucune suite n'a été réservée à ces demandes dans les délais.

Néanmoins, selon la Directrice générale de l'époque de la Direction Générale des Pouvoirs Locaux (DGPL)⁽¹¹⁴⁾, le dossier TECTEO fit l'objet d'une réunion le 9 novembre 2009 entre elle-même, le chef de cabinet du Ministre des pouvoirs locaux ainsi que son chef de cabinet adjoint, le Directeur général de TECTEO, le conseil de TECTEO, le Ministre de l'économie et un de ses collaborateurs. La Directrice générale de l'époque de la DGPL explique la présence du Ministre de l'économie « dans le cadre de sa compétence sur les câblodistributeurs »⁽¹¹⁵⁾⁽¹¹⁶⁾.

Cette présence du Ministre de l'Économie est toutefois interpellante alors que le Ministre des Pouvoirs locaux n'est pas présent personnellement et que le Ministre de l'Énergie n'a pas été associé à la démarche.

Face à la thèse de l'administration telle qu'évoquée ci-avant, le conseil de TECTEO a fait valoir la primauté du principe d'autonomie communale et de la liberté d'association ainsi que l'application de la loi de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales. La note du Conseil de l'intercommunale TECTEO, sur laquelle s'est basée TECTEO pour faire entrer Fourons dans le capital, précise que : « on ne peut faire application à une intercommunale des dispositions contenues dans le CDLD si son ressort géographique s'étend au-delà des frontières de la Région wallonne »⁽¹¹⁷⁾. Le Secrétaire général de NETHYS s'appuie sur cette note pour justifier l'absence de communication avec l'autorité de tutelle. Il rappelle également que l'époque était à la transformation de TECTEO en intercommunale bi-régionale : après Fourons, c'est la commune d'Uccle qui s'est associée; et par ailleurs un accord existait pour fusionner TECTEO et l'intercommunale bruxelloise BRUTÉLÉ (même si cet accord n'a, finalement, jamais été exécuté).

La commission d'enquête ne peut se rallier à cette approche dès lors que l'intercommunale, avant la modification statutaire et son approbation par l'autorité de tutelle, reste soumise à la tutelle régionale.

La Directrice générale de l'époque de la DGPL a indiqué que :

« de la confrontation des différentes thèses exprimées, la thèse [du conseil de TECTEO] a été préférée en ce qui concerne l'arrivée de Fourons par le pouvoir politique à l'issue de cette réunion. Par conséquent, il n'a pas été demandé à l'administration de constituer un dossier afin d'appeler la délibération qui accueillait Fourons au sein de TECTEO. »⁽¹¹⁸⁾.

A l'issue de la réunion du 9 novembre 2009, il est donc décidé par le Ministre des Pouvoirs locaux, représenté par son chef de cabinet, en présence du Ministre de l'Économie, que TECTEO peut devenir interrégionale sans accord de coopération mais qu'une modification statutaire reste nécessaire pour ne plus faire référence au CDLD.

La commission d'enquête conteste cette conclusion compte tenu du fait que les statuts interdisaient l'entrée au sein de TECTEO d'une commune extérieure au territoire wallon. TECTEO était et devait rester sous tutelle régionale.

C'est le 17 décembre 2009 que TECTEO procédera à cette modification statutaire visant à intégrer la commune de Fourons.

Cet acte ne sera cependant jamais envoyé à l'autorité de tutelle, en violation de l'article L3131-1 CDLD stipulant que : « Sont soumis à l'approbation du collège provincial, les actes des autorités communales portant sur les objets suivants : [...] 5° les actes des organes des intercommunales ayant pour objet l'adoption de leurs statuts et des modifications de ceux-ci ». Un acte soumis à tutelle d'approbation ne commence à produire ses effets en droit qu'après

⁽¹¹³⁾ Annexes à la note du 30 octobre 2009 de l'Inspecteur général relative au statut de TECTEO suite à l'arrivée de la commune de Fourons.

⁽¹¹⁴⁾ Ancien nom de la DGO5.

⁽¹¹⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 198 (2016-2017) - Vendredi 8 juin 2017.

⁽¹¹⁶⁾ Arrêté du Gouvernement wallon du 17 juillet 2009 fixant la répartition des compétences entre les Ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement.

⁽¹¹⁷⁾ Bourtembourg & Co, *TECTEO, intercommunale trirégionale est-elle soumise à la tutelle de la Région wallonne ?*, Liège, 2009.

⁽¹¹⁸⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 198 (2016-2017) - Vendredi 8 juin 2017.

approbation par la tutelle, indépendamment de la question de savoir si un accord de coopération était nécessaire ou non. Il revenait à la tutelle d'approuver ou de rejeter les statuts du 17 décembre 2009 pour acter la fin de son contrôle, ce que la non-transmission de la décision de TECTEO l'a empêché de faire.

La commission d'enquête constate dès lors que la modification statutaire de TECTEO est illégale.

Le 31 mars 2010, alors que l'administration sollicite le Ministre pour annuler la disposition litigieuse du règlement de travail, celui-ci l'informe par courrier que TECTEO a retiré, lors d'un conseil d'administration organisé la veille, ladite disposition et que : « l'intercommunale n'est, aujourd'hui, plus soumise aux dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation »⁽¹¹⁹⁾. C'est à l'occasion de ce courrier que l'administration apprend l'existence de la modification statutaire de TECTEO et la formalisation de la position prise par le Ministre.

La commission considère que le courrier du 31 mars 2010 du Ministre des Pouvoirs locaux envoyé à TECTEO prenant acte de la modification statutaire ne peut en aucun cas être considéré comme un arrêté d'approbation du Ministre⁽¹²⁰⁾.

4.1.1.3. Conclusions

La commission d'enquête constate que le Ministre des Pouvoirs locaux a privilégié la thèse défendue par le conseil de l'intercommunale plutôt que celle défendue par son administration, et qu'il a ainsi volontairement abandonné un instrument de contrôle essentiel sur l'intercommunale. Or, c'est durant la période où la tutelle n'a plus été exercée que la plupart des dysfonctionnements constatés par la commission ont eu lieu et se sont mis en place : filialisation et conventions de services entre les filiales, diversification de l'objet social, création des comités de secteur en 2010 et en 2013, rémunérations et contrats des membres du Conseil d'administration et du management de l'intercommunale et ses filiales.

La responsabilité ainsi prise est d'autant plus grande que la thèse défendue par l'intercommunale à cette époque ne peut être considérée comme plus solide juridiquement que celle de l'administration. Selon le Professeur de Broux, en effet :

« d'autres arguments peuvent soutenir la thèse de l'administration, en particulier les travaux préparatoires de l'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980⁽¹²¹⁾; la thèse de l'intercommunale est au contraire particulièrement fragile lorsqu'elle se fonde sur la liberté d'association des communes, liberté dont la reconnaissance aux communes est en soi très controversée⁽¹²²⁾, et qui est en toute hypothèse encadrée par l'article 162, al. 4 de la Constitution : la liberté des communes de s'associer s'exerce strictement dans les conditions et suivant le mode fixé par le décret régional⁽¹²³⁾, décret qui n'était, en l'espèce, pas respecté ».

Le choix de privilégier la thèse qui dépossédait la Région wallonne de son pouvoir de tutelle était donc, sans conteste, le mauvais choix.

4.1.2. Absence de mise en œuvre de dispositions décrétales

La commission d'enquête a aussi constaté la carence du Gouvernement ou du Ministre des Pouvoirs locaux dans la mise en œuvre de plusieurs décrets adoptés par le Parlement en ne prenant pas les textes nécessaires à leur exécution.

Ainsi, le Gouvernement n'a pas exécuté le décret du 28 avril 2014 prévoyant la désignation de délégués au contrôle au sein des intercommunales stratégiques, l'un sous l'autorité du Ministre en charge des Pouvoirs locaux et l'autre sous l'autorité du Ministre en charge de l'Économie.

Cette inaction reste incompréhensible, d'autant que la DGO5 a rapidement formulé un projet d'arrêté d'exécution, quelques mois après l'adoption du décret.

Outre les attributions définies par le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, ces délégués auraient permis l'exercice d'un contrôle sur place, avec une présence au sein des organes de gestion, de sorte que la capacité d'action de la tutelle aurait été renforcée.

Le décret du 11 avril 2014 modifiant le décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité dispose que le Gouvernement détermine un montant minimal et un montant maximal entre lesquels les rémunérations imputables à l'activité de gestionnaire de réseau devront être fixées. Le Gouvernement devait agir et ne l'a pas fait.

⁽¹¹⁹⁾ Courrier du Ministre des Pouvoirs locaux à l'intention du Président de TECTEO, Namur, 31 mars 2010.

⁽¹²⁰⁾ A titre d'exemple, il tombe sous le sens que ce courrier ne peut être comparé à l'arrêté ministériel du 11 septembre 2015 par lequel le même Ministre approuvera les statuts de PUBLIFIN dans le cadre de l'exercice de la tutelle.

⁽¹²¹⁾ Selon ces travaux préparatoires, la conséquence de l'obligation de conclure un accord de coopération pour les intercommunales bi-régionales est la suivante : « les procédures, règlements et situations de fait existant au 1^{er} janvier 1989 restent applicables à ces intercommunales jusqu'à la conclusion d'un accord de coopération » (*Doc.parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 558/1, p. 45 – (nous soulignons). Le législateur spécial de 1993 n'a donc pas visé ni permis des situations nouvelles, postérieures à la régionalisation.

⁽¹²²⁾ La Cour constitutionnelle a ainsi affirmé (C.C., arrêts n° 36/2014 du 27 février 2014, B.3. et n° 73/2014 du 8 mai 2014, B.24.1.) que : « La liberté d'association a pour objet de garantir la création d'associations privées et la participation à leurs activités. Elle ne concerne pas les communes » (nous soulignons). Voy. aussi F. Belleflamme, P.O. de Broux et M. El Berhoumi, « Les personnes morales de droit privé et de droit public », note sous C.C., n° 115/2004 du 30 juin 2004, n° 118/2007 du 19 septembre 2007 et n° 40/2011 du 15 mars 2011, dans *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, dir. S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 58-72.

⁽¹²³⁾ Comme le rappelle encore explicitement la section de législation du Conseil d'État dans son avis du 6 février 2014, n° 55.009, p. 4.

Le décret du 21 mai 2015 modifiant le décret relatif au marché régional du gaz a reproduit la même disposition. Le Gouvernement n'a pas plus exécuté cette disposition.

Il convient encore de relever l'absence de mise en œuvre du décret du 24 avril 2014 portant assentiment à l'accord de coopération relatif à la création d'une commission de déontologie et d'éthique, en tant qu'autorité indépendante notamment chargée d'assurer une mission de contrôle des mandats et rémunérations des élus locaux.

En outre, une exécution du décret du 28 avril 2014 modifiant certaines dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue d'améliorer le fonctionnement et la transparence des intercommunales, notamment à travers une normalisation de l'information issue des intercommunales dans des tableaux harmonisés, aurait également permis d'identifier les rémunérations abusives, sans préjudice des éléments qui ont fait l'objet d'une opération de dissimulation dans le chef des dirigeants des intercommunales concernées.

4.1.3. Absence d'action de l'autorité de tutelle

Plus largement, il faut observer qu'aucune initiative n'a réellement été entreprise par l'administration ni sollicitée par le Ministre en charge des Pouvoirs locaux, lorsque la Région a retrouvé sa compétence de tutelle au 1^{er} juillet 2014, pour appréhender de façon proactive et documentée cette intercommunale PUBLIFIN et pouvoir exercer valablement cette compétence de tutelle, alors que le combat mené pour résoudre cette problématique des intercommunales interrégionales était précisément motivé, en priorité, par la volonté de retrouver une capacité de contrôle de PUBLIFIN. Les rapports publiés par l'intercommunale contenaient cependant des indications précises relatives à sa restructuration qui auraient dû interpeler l'autorité de tutelle.

Par ailleurs, comme le souligne le Professeur de Broux, « le 16 juillet 2015 est cependant adopté un décret qui repousse l'échéance de mise en conformité avec la législation régionale jusqu'au 1^{er} juillet 2017 pour les intercommunales gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité, de gaz ou de « communication » ». Comme l'a exposé le Professeur de Broux déjà en 2015 ⁽¹²⁴⁾ :

« ce champ d'application ne peut concerner les intercommunales interrégionales qui n'agissent pas en qualité de gestionnaire de réseaux. A cet égard, bien qu'évoquée dans les débats parlementaires, l'intercommunale PUBLIFIN ne peut pas prétendre à l'application de ce décret, dès lors que ce sont ses filiales, de forme privée et commerciale, qui agissent comme gestionnaire de réseau, et non l'intercommunale elle-même, et ce depuis le 22 juin 2015 et la finalisation de l'apport de branche du GRD Gaz à la sous-filiale RESA (parue au M.B. du 7 juillet 2015). A la date du 1^{er} juillet 2015, PUBLIFIN n'est donc plus une intercommunale gestionnaire de réseau, et n'a donc jamais pu bénéficier du décret du 16 juillet 2015, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2015. Une consultation du cabinet Bourtembourg destinée à l'intercommunale et conseil habituel de celle-ci, datée du 27 janvier 2017, le confirme dans des termes lapidaires ».

Cette conclusion est d'ailleurs également partagée par le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS ⁽¹²⁵⁾.

4.1.4. Rapport de l'administration en janvier 2017

Le rapport de l'administration déposé en janvier 2017 suite au déclenchement du scandale des comités de secteur est également troublant ⁽¹²⁶⁾.

En particulier, il développe deux options juridiques quant à l'application ou non à PUBLIFIN du décret du 16 juillet 2015 reportant de deux ans l'entrée en vigueur du droit régional pour certaines intercommunales, et donc quant à l'application à PUBLIFIN du Code de la démocratie locale. Or, l'administration indique avoir déjà exposé ces deux options au Ministre à l'occasion de la préparation de l'arrêté ministériel d'approbation de la modification des statuts de l'intercommunale du 29 juin 2015. Le Ministre a alors tranché en approuvant cette modification des statuts par arrêté ministériel en date du 11 septembre 2015 ⁽¹²⁷⁾. Il est étonnant que l'administration ressuscite en 2017 une deuxième hypothèse alors que l'adoption de l'arrêté ministériel de septembre 2015 constitue un arbitrage dans le chef du Ministre.

L'application de ce décret à PUBLIFIN est devenue sans objet puisque PUBLIFIN n'est plus un GRD suite au transfert des actifs opéré en juin 2015 ⁽¹²⁸⁾.

Au-delà, au moment de conclure quant à la régularité des rémunérations, le rapport omet de considérer les statuts de l'intercommunale, qu'il évoque pourtant dans ses constats et qui n'ont en toute hypothèse pas été respectés ⁽¹²⁹⁾. Il ne

⁽¹²⁴⁾ P.O. de Broux, « Décret de la Région wallonne du 16 juillet 2015 », *Revue du droit des industries de réseau*, 2015/4, p. 579-581.

⁽¹²⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017.

⁽¹²⁶⁾ Nonobstant les opérations de dissimulation de l'intercommunale évoquées dans ce rapport et dont l'administration ne peut naturellement pas être tenue responsable.

⁽¹²⁷⁾ Même si, tout aussi curieusement, cet arrêté ne fait pas référence dans ses considérants à ces deux hypothèses et à l'option qu'il retient. Toujours est-il que le décret du 16 juillet 2015 n'est pas même mentionné dans les considérants de l'arrêté ministériel du 11 septembre 2015.

⁽¹²⁸⁾ Cela était cependant moins clair lors de l'examen par le Parlement de la proposition de décret. Il faut rappeler que la demande d'auditions des bénéficiaires présumés de cette proposition a été refusée et que l'examen en commission se fit le jour suivant l'Assemblée générale de PUBLIFIN du 29 juin 2015.

⁽¹²⁹⁾ Enfin, subsidiairement, en indiquant que ces rémunérations sont en tout cas contestables sur le plan éthique, le rapport semble quitter le domaine du droit pour se situer sur un plan moral, alors que sa compétence constitutionnelle ne porte pas seulement sur la légalité mais également sur la conformité à l'intérêt général.

prend pas non plus en compte les nombreux manquements au règlement d'ordre intérieur de ces comités. Ce rapport comporte dès lors de nombreuses erreurs et omissions difficilement explicables. Il ne peut donc ni suffire ni servir à contester le constat précédent : la tutelle est rétablie depuis le 1^{er} juillet 2014, mais l'autorité de tutelle a fait preuve d'une abstention ou d'une réserve regrettable depuis cette date.

4.1.5. Le chef de cabinet adjoint du Ministre des Pouvoirs locaux

Dans ce contexte, la présence au sein du cabinet du Ministre en charge des Pouvoirs locaux en qualité de chef de cabinet adjoint, d'un administrateur/membre exécutif notamment de l'intercommunale PUBLIFIN, NETHYS et RESA constitue une autre anomalie flagrante.

Le Ministre a potentiellement été abusé par la déclaration de mandats déposée par son chef de cabinet adjoint. Les explications formulées par ce dernier quant aux consignes qui lui auraient été données au moment de remplir sa déclaration, restent obscures.

Ceci étant et nonobstant les déclarations de l'intéressé et du Ministre, il existe là une apparence de conflit d'intérêts, qui prend une dimension particulière compte tenu des carences soulignées dans l'action du Ministre en lien avec l'objet de la commission d'enquête.

Si le chef de cabinet adjoint s'est défendu de toute ingérence, le procès-verbal, transmis à la commission à l'occasion de l'audition de la directrice générale et de l'inspecteur général de la DGO5 fait état d'une réunion entre PUBLIFIN, la DGO5 et le cabinet du Ministre lors de laquelle la question des statuts de PUBLIFIN a été abordée. La tenue de cette réunion a été confirmée par le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS. Cela contredit les déclarations antérieures du chef de cabinet adjoint du Ministre et du Ministre qui affirmaient que ce dernier n'avait jamais traité la question de PUBLIFIN au sein du cabinet.

4.1.6. Absence de désignation d'un administrateur régional

Le Gouvernement n'a pas non plus désigné son représentant au sein du Conseil d'administration de PUBLIFIN, à travers la SOGEPa, alors que la possibilité lui en était donnée. Même si un administrateur a un rôle différent d'un commissaire du Gouvernement, le Ministre de l'Économie s'est privé d'un levier qui lui aurait permis de mieux appréhender la situation de l'intercommunale, d'être potentiellement informé de la réalisation de ses missions, voire de pouvoir formuler une position avant l'adoption d'une décision stratégique.

En effet, les articles 11 et 12 du décret du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public prévoient que : « L'administrateur public s'assure, auprès du Président de l'organe de gestion de l'organisme, que le Ministre de tutelle ou toute autre personne désignée par le Gouvernement est informé de manière régulière de la réalisation des missions de l'organisme » et aussi que :

« Lorsque l'organe de gestion de l'organisme envisage d'adopter une décision stratégique, l'administrateur public s'assure au préalable, auprès de son Président, que le Ministre-Président du Gouvernement, le Ministre du Budget et le Ministre de tutelle ou toute autre personne désignée par le Gouvernement ont été informés de l'enjeu et des conséquences de la décision à prendre. »

Comme l'analyse le Professeur de Broux :

« Si le décret de 2004 n'est pas directement applicable à l'intercommunale PUBLIFIN, il couche sur le papier des principes de gouvernance publique qui me paraissent largement partagés, même si pas toujours explicitement, notamment par la plupart des statuts des personnes morales de droit public belge; par les articles L1532-1 et suivants du CDLD relatifs aux administrateurs des intercommunales wallonnes; par la Cour des comptes; ou encore par les récents rapports de l'Institut Guberna ».

4.2. Recommandations

1. Rétablir sans délai, dans les faits, la tutelle pleine et entière de l'autorité régionale, y compris sur l'organisation, le fonctionnement et les statuts de l'intercommunale PUBLIFIN, en vigueur en droit depuis le 1^{er} juillet 2014;
2. Exécuter l'article 3122-3 bis du CDLD mis en place par le décret du 28 avril 2014 et désigner les délégués au contrôle au sein des intercommunales stratégiques et étendre leurs prérogatives;
3. Ouvrir au sein de la DGO5 un guichet qui puisse accompagner les administrateurs au sein des intercommunales et plus largement les élus locaux quant à l'exercice de leurs droits et devoirs;
4. Intensifier le dispositif de formation pour les élus locaux permettant d'acquérir, en début puis en cours de mandat, les compétences utiles à l'exercice du mandat;

5. Introduire un véritable contrôle externe des finances et des structures des intercommunales, notamment aux intercommunales d'une certaine taille ainsi que celles qui seront visées par l'article L3122-3*bis* CDLD, via la possibilité introduite depuis la sixième réforme de l'État de confier à la Cour des comptes de nouvelles missions de contrôle contre rémunération ⁽¹³⁰⁾;
6. Renforcer la tutelle sur toutes les conventions passées par une intercommunale avec ses filiales ou entre celles-ci, de même que sur tous les contrats des cadres dirigeants des intercommunales et de leurs filiales.

⁽¹³⁰⁾ Constitution, art. 180, al.3.

Partie 5. Exercice des pouvoirs au sein de l'intercommunale et de ses filiales

5.1. Constats

5.1.1. *Droit en vigueur pour les intercommunales*

Les dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation contiennent des dispositions relatives à l'exercice des pouvoirs au sein des intercommunales. S'agissant de PUBLIFIN, où la prépondérance provinciale est effective (53,91% du capital souscrit), l'article L1523-19 du CDLD prévoit que lorsqu'un associé provincial fait des apports dépassant la moitié du capital de l'intercommunale, hors parts privilégiées, les statuts peuvent prévoir que :

- la majorité des voix au sein des organes de gestion appartient à la province. Dans ce cas, les décisions de l'assemblée générale, du conseil d'administration et des organes restreints de gestion ne sont prises valablement que si elles ont obtenu la majorité des voix des associés provinciaux présents ou représentés au sein de ces organes,
- la présidence du conseil d'administration est confiée à un membre du conseil provincial. Dans cette hypothèse, les éventuels mandats de Vice-Présidents ne peuvent pas être attribués aux représentants de cet associé provincial.

En ce qui concerne les organes, en particulier pour l'Assemblée générale :

- chaque commune dispose de 5 délégués, désignés par le conseil communal de chaque commune parmi les membres des conseils et collèges communaux, proportionnellement à la composition dudit conseil, parmi lesquels trois au moins représentent la majorité du conseil communal (article L1523-11 CDLD). Il en va de même en cas de participation provinciale.
- chaque commune dispose à l'assemblée générale d'un droit de vote déterminé par les statuts ou le nombre de parts qu'elle détient. Les délégués de chaque commune et, le cas échéant, de chaque province ou C.P.A.S., rapportent à l'assemblée générale, la proportion des votes intervenus au sein de leur conseil.

À défaut de délibération du conseil communal et, le cas échéant, provincial ou de C.P.A.S., chaque délégué dispose d'un droit de vote correspondant au cinquième des parts attribuées à l'associé qu'il représente. Toutefois, en ce qui concerne l'approbation des comptes, le vote de la décharge aux administrateurs et aux membres du collège des contrôleurs aux comptes, les questions relatives au plan stratégique, l'absence de délibération communale, provinciale ou de C.P.A.S. est considérée comme une abstention de la part de l'associé en cause (article L1523-12 CDLD).

En ce qui concerne le Conseil d'administration (articles L1523-15 CDLD et 522 Code des sociétés) :

- les administrateurs représentant les communes associées sont désignés respectivement à la proportionnelle de l'ensemble des conseils communaux des communes associées (clé D'Hondt);
- aux fonctions d'administrateur réservées aux communes, ne peuvent être nommés que des membres des conseils ou collèges communaux;
- le nombre de membres du conseil d'administration ne peut être inférieur à dix unités ni supérieur à trente unités. Le nombre de sièges est fixé en fonction du nombre d'habitants de l'ensemble des communes associées de l'intercommunale;
- son pouvoir est limité par la loi et par les statuts de la société.

Par ailleurs, l'intercommunale est tenue de faire rapport de sa gestion de la manière suivante (article L1523-23. §1^{er} CDLD) :

« ... les comptes annuels, le rapport du collège des contrôleurs aux comptes, le rapport spécifique relatif aux prises de participation, le plan stratégique tous les trois ans ou le rapport d'évaluation annuel sur celui-ci, ainsi que le rapport de gestion de l'intercommunale, sont adressés chaque année à tous les membres des conseils communaux et provinciaux des communes et provinces associées, en même temps qu'aux associés et de la même manière, afin que soit organisé un débat dans chaque conseil ou dans une commission spéciale organisée à cette fin au sein du conseil.

L'ordre du jour de la séance du conseil communal suivant la convocation de l'assemblée générale doit contenir un point relatif à l'approbation des comptes et un point relatif au plan stratégique ».

5.1.2. *Affaiblissement de la capacité de contrôle des communes*

De longue date, les dirigeants de PUBLIFIN-NETHYS ont multiplié les initiatives ayant pour effet d'échapper à plusieurs législations, notamment la tutelle, et affaiblir la capacité de contrôle des communes :

- adhésion des communes de Fourons et Uccle, ayant pour effet de sortir du cadre régional, de revenir sous l'empire de la loi du 22 décembre 1986 et d'échapper à la tutelle régionale;
- délégation de la gestion opérationnelle et stratégique à des filiales, vidant l'intercommunale de sa substance;
- multiplication des étages de la structure et création de FINANPART, dont l'objectif annoncé était d'accueillir d'autres partenaires publics (BRUTÉLÉ), mais dont l'objet social de participer dans des entreprises semble être virtuel. En réalité, aujourd'hui, FINANPART constitue essentiellement un écran supplémentaire entre l'intercommunale et le centre réel de décision qu'est NETHYS;

– transfert des actifs de l’intercommunale vers NETHYS et, pour ce qui concerne les GRD, vers RESA.

L’organisation du Groupe (58 sociétés dont 13 avec un capital supérieur à 25 millions d’euros) apparaît aujourd’hui inutilement complexe, avec 4 étages (voire 6 à 8 étages en prenant en compte toutes les participations).

Le pouvoir a ainsi été progressivement déplacé et concentré au sein d’un petit groupe de personnes au sein des instances de NETHYS (Conseil d’administration et Comité de direction). Le recrutement politique d’une partie du management contribue également à l’affaiblissement des contre-pouvoirs et à une culture de l’entre-soi.

Plus largement, aucune initiative n’a été prise par le Gouvernement pour renforcer le cadre juridique des filiales des intercommunales qui, sauf les dispositions propres à certaines matières, ne doivent actuellement quasi répondre à aucune balise et ne sont soumises à aucune tutelle.

Le Ministre en charge des Pouvoirs locaux a indiqué avoir formulé à ses collègues des propositions courant 2015 à ce sujet et avoir constaté qu’il n’y avait alors pas d’accord. Le Ministre de l’Économie a toutefois contesté avoir été saisi de propositions concrètes à ce sujet. Interrogé par écrit pour obtenir un tel document, le Ministre-président a indiqué ne disposer d’aucune note de propositions à ce sujet qui aurait été débattue en intercabine ou en séance du Gouvernement wallon ⁽¹³¹⁾.

5.1.3. Conventions de service

Il a été constaté que PUBLIFIN et NETHYS sont liées par une convention de services d’exploitation du 23 juin 2014, à travers laquelle elles confient à l’autre l’exercice d’un certain nombre de tâches.

Cette convention asymétrique est illustrative du rapport de pouvoir entre la société mère et sa filiale : PUBLIFIN fait périodiquement un rapport précis et circonstancié au conseil d’administration et/ou au Comité de direction de NETHYS, tandis que NETHYS fait périodiquement un rapport précis et circonstancié à la seule directrice générale de PUBLIFIN (par ailleurs membre du Comité de direction de NETHYS). C’est donc la filiale NETHYS qui gère PUBLIFIN, la société-mère.

La disproportion des rémunérations respectives fixées pour les mandats exercés au sein de PUBLIFIN et au sein de NETHYS mettent en relief la même réalité. Plus encore, les membres du Conseil d’administration de NETHYS rendent compte devant une Assemblée générale composée de leurs propres « employés ».

5.1.4. Résultat de l’affaiblissement du contrôle par les associés locaux

Il résulte de ces évolutions dans l’organisation du Groupe que des orientations importantes peuvent être définies, et l’ont été (rachat des Editions de l’Avenir; rachat de l’Intégrale; investissements en France, en Serbie, au Kenya et au Congo), sans que les associés, pourtant propriétaires in fine de l’ensemble, engagés par ces décisions et en supportant les risques, n’aient plus rien à dire et ne soient plus informés qu’a posteriori (quand ils sont informés).

Les récents mouvements et cooptations au sein du Conseil d’administration de NETHYS et de certains de ses comités alors que la société est au cœur d’un scandale majeur, annoncés en outre quelques heures avant l’Assemblée générale de PUBLIFIN (30 mars 2017) ou le jour de l’audition des Présidents des fédérations politiques en commission d’enquête (13 avril 2017) peuvent illustrer une forme de confiscation du pouvoir. Cet état de fait prive de majorité les représentants des associés de l’intercommunale au sein de ce Conseil d’administration, pour autant que certains administrateurs puissent encore être considérés comme représentant valablement la Province ou les communes associées, ce qui est plus que contestable.

5.1.5. Contrôle par l’Assemblée générale

La Province de Liège, en tout cas via certains de ses représentants, disposant de la majorité de l’actionnariat, est le véritable centre de décision au sein de PUBLIFIN. Néanmoins, une commune peut « peser », même modestement, sur les débats.

Chaque commune associée dispose de cinq représentants au sein de l’Assemblée générale. Le rôle de ces représentants est multiple. Ils doivent reporter la voix de leur commune au sein de l’Assemblée générale, mais ils sont également libres de poser des questions, ouvrir des débats, réclamer des explications ou des documents, etc. C’est également là que les communes peuvent notamment s’intéresser de près aux différentes facettes de l’intercommunale. Or, les élus locaux, eux-aussi, pourraient sembler avoir abandonné tout contrôle sur PUBLIFIN. Ainsi, en 2016, deux assemblées générales se sont tenues, le 24 juin et le 22 décembre (soit quelques jours à peine après l’éclatement de l’affaire) et sur les 381 sièges disponibles, on dénombre la présence de 35 mandataires en juin, pour 42 seulement en décembre.

⁽¹³¹⁾ Courrier du Ministre-Président de la Région wallonne transmis à la commission d’enquête le 30 mai 2017.

En outre, pour le mois de décembre, 46 communes associées n'avaient même pas envoyé le moindre représentant. Seule la présence des représentants de la Province a permis à l'assemblée de délibérer valablement. Ainsi, plusieurs communes n'avaient aucun représentant à aucune des deux assemblées de PUBLIFIN en 2016, alors qu'un seul sur les cinq suffit pour transmettre officiellement la voix de sa commune.

Cette situation semble symptomatique d'un désintérêt face à une structure certes complexe, certes diversifiée, mais qui reste un outil public dont les communes et la Province de Liège sont responsables.

Il faut toutefois considérer que :

- le cadre actuel de l'intervention des communes est limité par l'ordre du jour de l'Assemblée générale fixé par l'intercommunale. La récente réunion de l'Assemblée générale de PUBLIFIN du 30 mars 2017 a illustré cette limitation de la capacité d'action : de nombreuses communes ont en effet tenté, par l'adoption d'une délibération de leur conseil communal, d'élargir à FINANPART et à NETHYS la proposition visant à réfléchir à l'avenir de PUBLIFIN. En vain, puisque ces demandes ont été considérées comme irrecevables par l'intercommunale;
- en organisant de façon mécanique le report en Assemblée générale des votes intervenus au sein des conseils communaux, le décret wallon induit une certaine déresponsabilisation des délégués communaux, dont la présence ou non n'affecte en rien, en ce cas, le sens des décisions de l'Assemblée générale;
- les mandataires communaux ne disposent pas nécessairement de l'expertise nécessaire, au sein de leur personnel, pour analyser avec précision et justesse les tenants et aboutissants de chaque dossier, d'autant plus dans une structure aussi complexe que celle de PUBLIFIN.

Pour le surplus, les communes disposent effectivement de la possibilité de s'opposer aux points soumis à leur délibération. On notera ainsi que la commune d'Olné s'était opposée au dernier plan stratégique, estimant ne pas avoir suffisamment d'information. Au sein de PUBLIFIN, cette capacité a toutefois été largement affaiblie par les initiatives de la direction conduisant notamment à réduire la capacité d'action des communes et par la rétention d'informations. Ainsi, le transfert des actifs opéré en juin 2014 n'a par exemple jamais été soumis à l'approbation des communes. De même, le rachat de l'Intégrale ou les acquisitions dans le Sud de la France n'ont pas été évoqués dans les plans stratégiques dont les communes ont eu à débattre.

5.1.6. Contrôle par le Conseil d'administration

Au sein du Conseil d'administration de PUBLIFIN, les administrateurs avaient la possibilité de peser sur les décisions prises au sein du Groupe. Cependant, les réunions semblaient cadencées par des accords préalables liant certains administrateurs entre eux. Un certain nombre se sont montrés passifs, voire dépassés par des dossiers trop complexes. De même, certains administrateurs se sont étonnés d'avoir été choisis pour occuper un siège au sein du Conseil d'administration ⁽¹³²⁾.

D'autres ont reconnu que si, légalement, il leur était possible de s'opposer à toute décision, cela était inimaginable ⁽¹³³⁾, notamment en raison du fait que les conséquences étaient importantes. A cet égard, le rôle et la culture autocratique du management, le manque systématique de transparence, les carences dans son devoir d'information aux administrateurs, ont conduit à dissimuler aux administrateurs les véritables décisions.

Ainsi, un administrateur déclarait :

« les administrateurs n'avaient plus vraiment de pouvoir sur tout ce qui était l'activité opérationnelle du holding et qui, en termes de missions de service public, était bien les missions les plus importantes », ou encore que « quand nous posons des questions par rapport à l'activité de certaines filiales, il a été répondu à plusieurs reprises - et même de façon très virulente - à certains administrateurs que nous étions les actionnaires majoritaires de FINANPART, que nous pouvions donc demander des comptes à FINANPART, mais qu'il n'était pas question que nous en demandions aux filiales de FINANPART »⁽¹³⁴⁾.

Quant aux documents émanant du Conseil d'administration, plusieurs témoins déclarent que la plupart du temps aucun document stratégique n'était disponible avant les réunions, ou encore que les procès-verbaux « ne sont pas envoyés aux administrateurs. Aucune copie n'est possible. Ils ne sont consultables et amendables que lors de la séance suivante du conseil d'administration »⁽¹³⁵⁾.

Il a été aussi précisé que les réunions du Conseil d'administration sont « pilotées » par les chefs de file des « groupes politiques ». Ainsi, pour l'achat des Éditions de l'Avenir, lors du Conseil d'administration du 17 septembre 2013, un administrateur précise :

« Quand vous voulez prendre la parole et que votre chef de file – je peux comprendre – dit clairement : « Nous, pour les éditions de L'Avenir, il n'y a pas de problème, on est d'accord. Je comprends que certains administrateurs soient plus réticents »⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³²⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 148 (2016-2017) - Jeudi 6 avril 2017.

⁽¹³³⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 149 (2016-2017) - Jeudi 13 avril 2017.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*.

Lors de ce même Conseil d'administration, il ressort à la lecture du procès-verbal que des administrateurs ont déposé une série de questions sur ce rachat, que le président leur a refusé de poser oralement lors de la séance. A la lecture du procès-verbal du Conseil d'administration suivant, le 12 novembre 2013, il apparaît que le président refuse de les inscrire au procès-verbal, ces questions n'ayant pas été exprimées oralement le 17 septembre 2013. De plus, le président est accompagné par deux avocats, chargés notamment de rappeler aux administrateurs leurs droits et devoirs, ainsi que les poursuites y compris pénales dont ils peuvent faire l'objet en cas de non-respect de la confidentialité des débats si ce non-respect entraîne un préjudice pour l'intercommunale ⁽¹³⁷⁾.

Enfin, il ressort que la double-casquette administrateur PUBLIFIN-NETHYS de certains renforçait leur rôle au sein du Bureau exécutif de PUBLIFIN et semblait dédouaner, en quelque sorte, les autres de leur responsabilité.

5.1.7. Rôle limité du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS

Le service juridique du groupe PUBLIFIN-NETHYS est composé de quatre services : une composante pré-contentieux responsabilité civile; une composante judiciaire; une composante marché public; une composante relative aux télécommunications, au droit intellectuel et à la protection du consommateur ⁽¹³⁸⁾. Le service juridique intervient dans PUBLIFIN, NETHYS et RESA et relève de l'autorité du Secrétaire général de NETHYS. Les autres sociétés du groupe ne sont pas couvertes par ce service juridique ⁽¹³⁹⁾. Le service juridique peut néanmoins être consulté ponctuellement sur des questions précises ⁽¹⁴⁰⁾.

En toutes hypothèses, le service juridique n'est pas systématiquement associé à la préparation des actes des instances du groupe. Cette tâche ne relève d'aucun service juridique particulier puisqu'il « n'y a pas un comité juridique d'instance »⁽¹⁴¹⁾.

En ce qui concerne certaines matières spécifiques et techniques, le service juridique fait parfois appel à des consultants et juristes extérieurs. Plus interpellant, pour tous les actes juridiques de portée stratégique, il semble que le service ait systématiquement été contourné par le management. Ainsi, par exemple, le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS précise que : « les conventions de service entre les sociétés [...] ont été externalisées »⁽¹⁴²⁾.

La commission d'enquête constate que les actes juridiques de portée stratégiques dont la restructuration du Groupe en 2013 se sont faits sans l'appui du service juridique interne. Malgré les diverses sollicitations tant écrites que verbales, la commission ne dispose d'aucun élément lui permettant de conclure qu'ils ont été soumis à une validation juridique extérieure.

Dans un rapport adressé au Comité de Direction en mars 2015, le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS écrit que « le département juridique, dans l'état actuel, ne semble pas être reconnu comme un interlocuteur de référence en matière juridique au sein du groupe et, force est de constater que son association effective aux questions juridiques traitées par les départements, reste encore largement lacunaire de manière transversale »⁽¹⁴³⁾. Dans le même document, il indique encore que « cette organisation expose par ailleurs le Groupe et/ou les départements concernés à des risques juridiques potentiels ». Le Secrétaire général de NETHYS a cependant indiqué que : « il y a eu beaucoup de réunions internes avec le département juridique pour déjà mieux s'organiser et mieux répartir les choses »⁽¹⁴⁴⁾.

Un point de vue divergent a été développé par le Directeur du service juridique.

5.1.8. Conflits d'intérêts

Au moins deux dossiers laissent voir une apparence de conflit d'intérêt au sein du groupe PUBLIFIN-NETHYS.

L'article 523 du Code des sociétés stipule que le conflit d'intérêt est : « un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration ».

Premièrement, la société AGM chargée du paiement des rémunérations des membres de la direction de NETHYS a été choisie par deux administrateurs en juillet 2012. Cette société appartient à trois personnes qui ont été désignées comme administrateurs dits « externes » de NETHYS en septembre 2014. Depuis cette désignation, ceux-ci se trouvent de facto en situation de conflit d'intérêt, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la facture pour les services rendus à NETHYS.

Deuxièmement, la s.a. Electricité du Bassin d'Ivugha (ci-après s.a. EBI) est une société constituée le 17 août 2016 par quatre associés : la société ELICIO, filiale de NETHYS, l'administrateur délégué de NETHYS, un administrateur dit « externe » de NETHYS (devenu Président du Conseil d'administration de NETHYS depuis lors), et le responsable de

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁸⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017

⁽¹³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴²⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴³⁾ Yves BERNARD, *Legal et gestion interne*, Liège, 9 mars 2015.

⁽¹⁴⁴⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017.

la diversification à l'international de NETHYS, tous trois agissant à titre personnel ⁽¹⁴⁵⁾. L'objet de cette société est de construire des unités de production d'électricité au Nord-Kivu (Congo).

Au sein d'ELICIO, la décision de prendre une participation dans la s.a. EBI a été prise par le Conseil d'administration. Les deux administrateurs de NETHYS investissant à titre privé au sein de la s.a. EBI ne siègent pas dans ce conseil. Toutefois, vu l'interposition de filiales, vu le fait qu'au sein du Conseil d'administration d'ELICIO siègent des administrateurs côtoyant au sein du conseil d'administration et/ou du Comité de direction de NETHYS ceux qui investissent à titre privé dans la société en question, et vu l'éloignement par rapport à l'objet social de l'intercommunale maison-mère (question traitée par ailleurs), cette situation interpelle la commission d'enquête.

Il faut d'ailleurs constater que lors du Conseil d'administration de NETHYS tenu en novembre 2016, les deux administrateurs de NETHYS participant à titre privé au capital de la s.a. EBI ont, conformément à l'article 523 du Code des sociétés, signalé cette disposition du Code des sociétés visant la notion du conflit d'intérêt, tout en soulignant qu'en l'espèce, il n'y avait pas d'intérêts opposés entre eux et NETHYS.

C'est lors de cette réunion que le conseil d'administration a marqué son accord de principe « quant à l'engagement de la société dans une collaboration industrielle à définir », plus particulièrement par rapport à un important investissement financier de NETHYS dans les projets menés par la s.a. EBI ⁽¹⁴⁶⁾. Plus récemment, dans le courant du deuxième trimestre 2017, le comité stratégique de NETHYS a recommandé au conseil d'administration de NETHYS d'investir sept millions de dollars dans le projet. A la date du 22 juin 2017, le Conseil d'administration n'avait pas délibéré sur ce dossier ⁽¹⁴⁷⁾.

L'analyse de la situation de conflits d'intérêts doit ici être menée au regard du bénéfice que retirent ou que pourraient retirer les actionnaires de EBI s.a. de l'intervention financière de NETHYS, alors même que ces actionnaires :

- sont, pour certains, des administrateurs de NETHYS;
- ont, pour certains, eux-mêmes présenté le point au Conseil d'administration de NETHYS fin 2016;
- sont, pour certains, prestataires de service de NETHYS et voient l'ensemble de leurs notes de frais remboursées par NETHYS via AGM, en ce compris des frais vraisemblablement exposés pour le compte d'EBI s.a.

En outre, l'investissement dont question expose NETHYS à des risques règlementaires, sécuritaires et politiques.

5.1.9. *Constats*

Plus généralement, la structure mise en place au sein du groupe PUBLIFIN permet de constater que :

- la délégation de la gestion opérationnelle et stratégique à NETHYS éloigne le pouvoir de décision de l'intercommunale;
- les organes principaux de décision en matière de stratégie de l'ensemble du Groupe sont concentrés chez NETHYS;
- la politique de distribution du dividende est établie par le Conseil d'administration et l'Assemblée générale de NETHYS, où plusieurs membres du comité de direction de NETHYS sont présents, avec pour conséquence que l'Assemblée générale de PUBLIFIN ne dispose plus d'aucune marge de décision sur le dividende octroyé par FINANPART, qui lui est dévolu par NETHYS;
- les orientations principales du groupe PUBLIFIN sont définies au sein de NETHYS, ne permettant pas aux associés d'être correctement et préalablement informés des décisions stratégiques;
- certains mandataires élus estiment qu'ils exercent à titre privé leurs mandats dans les filiales du groupe, organisant ainsi une concentration des pouvoirs aux mains de quelques mandataires élus ou non-élus.

5.2. Recommandations

1. Renforcer la capacité effective des membres du conseil d'administration des intercommunales en matière de contrôle des filiales, directes ou indirectes;
2. Attribuer au Conseil d'administration de l'intercommunale la compétence exclusive de la proposition de désignation des administrateurs des filiales représentant l'intercommunale;
3. Limiter le processus de délégation au bénéfice du management tant au niveau de son objet que de sa durée et rappeler au management qu'il ne peut en aucun cas se substituer aux administrateurs puisqu'il est soumis à la surveillance du Conseil d'administration;
4. Prévoir la création systématique d'un comité d'audit émanant du Conseil d'administration de l'intercommunale maison-mère ainsi que la création d'un département d'audit au sein de l'intercommunale maison-mère pour les intercommunales visées à l'article L3122-3bis CDLD;
5. Inclure dans les Conseils d'administration d'intercommunales au maximum deux administrateurs indépendants. Ceux-ci seraient proposés par le Conseil d'administration (majorité de $\frac{3}{4}$ des membres) puis approuvés par l'Assemblée générale (par $\frac{3}{4}$ de ses membres);

⁽¹⁴⁵⁾ Société créée lors d'une Assemblée générale du 17 août 2016, publiée au *Moniteur belge* du 23 août 2016.

⁽¹⁴⁶⁾ Procès-verbal du Conseil d'administration de NETHYS du 9 novembre 2016.

⁽¹⁴⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 211 (2016-2017) - 22 juin 2017.

6. Introduire la faculté pour 1/3 des conseillers communaux de demander une audition d'un représentant d'intercommunale au sein du conseil communal, en tout temps;
7. Fournir aux conseils communaux devant approuver les points de l'ordre du jour des Assemblées générales d'intercommunales des notes synthétiques et didactiques claires sur les points en question;
8. Renforcer le rôle de l'administrateur en étendant l'application du décret du 12 février 2004 sur le statut de l'administrateur public pour les intercommunales, dont la liste est établie par le Gouvernement (article L3122-3bis), au sein du CDLD;
9. Prévoir un renforcement des mécanismes de publicité active et passive de l'administration prévus par le CDLD aux filiales des intercommunales et prévoir un mécanisme pour assurer le respect effectif des règles d'accès aux documents administratifs;
10. Permettre aux conseils communaux de délibérer sur les points de l'ordre du jour de l'Assemblée générale de l'intercommunale et pas seulement sur l'ordre du jour;
11. Permettre le droit de vote libre des délégués pour l'ensemble des points en cas d'absence de délibérations du conseil communal dont ils sont issus;
12. Assurer une plus grande information des associés communaux de l'intercommunale et de ses filiales dans l'élaboration des plans stratégiques et prévoir leur évaluation régulière ainsi que leur adaptation à échéance régulière. Dans ce cadre, organiser des séances préparatoires au renouvellement de ces plans, notamment avec la présence des délégués communaux, des échevins concernés, des membres du management et du conseil d'administration;
13. Systématiser l'envoi des documents préparatoires à l'assemblée générale, qui devront comporter une note de synthèse et une proposition de décision pour chacun des points, afin de permettre aux conseils communaux de prendre position en connaissance de cause;
14. Publier le cadastre centralisé de l'ensemble des mandats publics et rémunérations des mandataires sur le site internet de la Région, avec une déclinaison de cette publication sur le site internet de chacune des institutions publiques (Parlement, Gouvernement, provinces, communes, CPAS) pour ce qui concerne les mandataires qui siègent au sein de ces institutions, accompagnée de la composition des organes, de la présence effective aux réunions...;
15. Prévoir un reporting des délégués aux conseils communaux après l'assemblée générale;
16. Restaurer la présence de représentants des travailleurs au sein du Conseil d'administration de PUBLIFIN et de PUBLIFIN-NETHYS;
17. Renforcer la formation des administrateurs;
18. Réduire le nombre d'administrateurs, compris entre 10 et 20;
19. Prévoir un minimum de six réunions du conseil d'administration par année;
20. Introduire des délais de convocation et d'information préalable aux réunions du conseil d'administration, en ce compris des propositions de décision pour chaque point inscrit à l'ordre du jour, et la diffusion des projets de procès-verbaux aux membres;
21. Supprimer le mécanisme de prépondérance provinciale prévu actuellement par l'article 1523-19 du CDLD;
22. Étendre les incompatibilités prévues pour les intercommunales aux filiales et, pour ce qui concerne le management, les élargir aux cadres dirigeants, au-delà du seul directeur général;
23. Réévaluer la pertinence de la structure et le fonctionnement du Groupe PUBLIFIN-NETHYS, pour remettre les moyens décisionnels aux mains des associés;
24. Permettre aux associés de reprendre le contrôle effectif et direct de NETHYS par la suppression de FINANPART;
25. Engager le Conseil d'administration de PUBLIFIN à renouveler intégralement le Conseil d'administration de NETHYS (et de FINANPART dans l'attente de sa suppression);
26. Engager le Conseil d'administration de NETHYS à renouveler son Comité de direction;
27. Écarter les personnes dont la responsabilité est engagée dans les manquements et dysfonctionnements identifiés dans le présent rapport des organes de l'ensemble des filiales du Groupe PUBLIFIN;
28. Objectiver le recrutement du management des intercommunales via un décret (profil de fonction, appel public, sélection objectivée);
29. Faciliter l'accès aux ordres du jour et procès-verbaux des Assemblées générales et Conseils d'administration pour l'ensemble des élus locaux, y compris par voie électronique;
30. Assurer une publicité en ligne des décisions des réunions de l'Assemblée générale et du Conseil d'administration à destination de la population;
31. Organiser un mécanisme permettant aux conseils communaux, en amont de l'Assemblée générale, de proposer, ou moyennant par exemple un quorum, d'imposer l'ajout de points à l'ordre du jour de l'Assemblée générale d'une intercommunale.

Partie 6. Les marchés publics dans le Groupe PUBLIFIN

6.1. Constats

6.1.1. *Remarque préliminaire*

La commission d'enquête a été amenée à examiner la manière dont le Groupe PUBLIFIN gérait les marchés publics dans leurs relations externes (avec des prestataires tiers au groupe) et internes (entre les différentes entités du groupe).

Il ressort des pièces déposées que la manière de respecter la réglementation relative aux marchés publics a, contrairement à d'autres questions importantes, été examinée par un cabinet d'avocats externe. La réorganisation du groupe a pour conséquence que les différentes entités de celui-ci sont régies par des règles différentes sous l'angle du droit des marchés publics.

6.1.2. *Droit des marchés publics applicable aux différentes entités du groupe*

Si PUBLIFIN, intercommunale pure, est régie par le régime le plus contraignant, celui des secteurs classiques, cela n'a que très peu d'impact puisqu'étant devenue une Holding, elle n'a quasiment « plus de chiffres d'affaires propres ni d'activité opérationnelle », selon le Professeur Durviaux. RESA, une personne morale de droit privé détenue à 100% par NETHYS, GRD ⁽¹⁴⁸⁾ et active dans le secteur de l'énergie, est assujettie au droit des marchés publics des secteurs spéciaux en sa qualité d'entreprise publique.

En revanche, dans la logique du groupe – et de l'avis de leurs conseils externes – FINANPART (S.A.) et NETHYS ne seraient pas assujetties au droit des marchés publics, leur objet social ayant été adapté, pour la seconde entité, à cette fin. Ils estiment, d'une part, que FINANPART n'a pas été créée pour satisfaire un besoin d'intérêt général et qu'elle supporte les risques de ses activités ⁽¹⁴⁹⁾, d'autre part, ils estiment que NETHYS, n'est pas contrôlée par PUBLIFIN en raison des éléments suivants : les membres du conseil d'administration de NETHYS sont nommés par FINANPART (qui, dans leur analyse, n'est pas un pouvoir adjudicateur et n'est donc pas assujetti au droit des marchés publics), les statuts de NETHYS ne prévoient pas que les administrateurs doivent être majoritairement publics.

6.1.3. *Relations intragroupes et droit des marchés publics*

Cette politique de gestion voulue et poursuivie par le groupe a cependant des conséquences sur le fonctionnement concret des différentes entités qui ne semblent pas avoir été perçues par les personnes en charge de la gestion.

En effet, il existe plusieurs conventions d'exploitation conclues entre les différentes entités du groupe : convention NETHYS/PUBLIFIN, prestations réciproques ⁽¹⁵⁰⁾; conventions RESA/PUBLIFIN – RESA/NETHYS ⁽¹⁵¹⁾; convention PUBLIFIN/RESA.

Ces conventions ont été conclues avant les apports de branches d'activités de PUBLIFIN à NETHYS et RESA en 2014 et 2015. Elles s'inscrivent au demeurant dans la logique de déplacement du contrôle et de confiscation du pouvoir au bénéfice de NETHYS de manière encore plus flagrante puisque NETHYS a été mise dans la position de préparer toutes les décisions stratégiques du Groupe PUBLIFIN et de ses filiales, de décider de la stratégie commerciale pour toutes les entités du Groupe, de disposer de l'expertise et de la connaissance pratique et des contacts nécessaires pour mener ces activités, d'avoir la connaissance de toutes les données confidentielles du Groupe PUBLIFIN tout en prétendant s'exonérer, parce qu'elle est une filiale privée, de toute contrainte de droit public.

Il serait vain de prétendre que ces éléments permettent de justifier une attribution sur base d'une procédure négociée sans publicité à NETHYS puisque ces éléments sont la conséquence d'une violation du droit des marchés publics.

Il serait tout aussi vain de prétendre que les avenants intervenus en juin 2014 n'apportent pas de modifications substantielles puisque ce sont bien certaines conventions initiales qui sont illégales. Ces conventions pourraient être légales dans une autre configuration du groupement, mais certainement pas dans la structuration actuelle du Groupe PUBLIFIN.

⁽¹⁴⁸⁾ L'activité de GRD est visée par l'article 26 du titre II de la loi du 15 juin 2006.

⁽¹⁴⁹⁾ Elle ne peut dès lors être considérée comme une entité assujettie au sens de l'article 2, 1^od de la loi du 15 juin 2006.

⁽¹⁵⁰⁾ Avenant du 23 juin 2004 à la Convention de services d'exploitation du 29 juin 2012 conclue entre NETHYS et PUBLIFIN. Selon Durviaux, « Elle s'inscrit (comme les autres conventions de services) dans le prolongement d'acte juridique antérieur soit une décision du Conseil d'administration de PUBLIFIN du 28 juin 2011 (à l'époque TECTEO) décidant de confier à NETHYS (à l'époque TECTEO services GROUP) au nom et pour le compte de PUBLIFIN, l'ensemble des tâches opérationnelles et journalières de la plupart de ses activités et de celles de ses filiales (missions de support) ».

⁽¹⁵¹⁾ Avenant du 23 juin 2014 à deux conventions de services du 29 juin 2012. La convention entre PUBLIFIN (à l'époque TECTEO) et RESA du 29 juin 2012 a délégué à RESA la mission d'accomplir l'ensemble des tâches journalières nécessaires ou utiles à l'exploitation et au développement optimal des activités qu'elle exerce en qualité de GRD gaz et électricité et à NETHYS la gestion opérationnelle des activités qu'elle exerce dans les autres domaines que ceux de l'électricité et du gaz notamment dans le secteur des télécommunications ainsi que la gestion opérationnelle des activités de ses filiales. Par une convention du 29 juin 2012 (du même jour donc), RESA a confié à NETHYS les missions qui venaient de lui être confiées par PUBLIFIN.

De l'avis unanime des experts, ces conventions ne respectent pas le droit européen des marchés publics ce qui devrait conduire, pour cette seule raison, à repenser le fonctionnement et la structure du groupe ⁽¹⁵²⁾. Le Professeur Durviaux indique à ce sujet :

« Si la volonté (assumée) était que NETHYS échappe à l'application du droit des marchés publics, conséquence de son projet économique qui implique de poursuivre des activités concurrentielles, il ne semble pas que le top management ait pris conscience d'une conséquence indirecte de ce chemin, déduite de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux relations dites « in house » ou « quasi in house », aujourd'hui consolidée dans la dernière version des directives relatives aux marchés publics (et dans la future loi de transposition), à savoir l'impossibilité de bénéficier de la possibilité de conclure des contrats entre les différentes entités du groupe relevant pour certaines clairement du champ d'application du droit des marchés publics (à savoir PUBLIFIN et RESA) ».

En quelques mots, la relation in house implique de qualifier en droit un rapport ⁽¹⁵³⁾ qui se noue entre deux ou plusieurs autorités publiques. Elle s'est renouvelée en droit européen des marchés publics ⁽¹⁵⁴⁾, et plus généralement des contrats publics ⁽¹⁵⁵⁾ compte tenu de l'étendue de l'obligation générale de mise en concurrence dégagée par la Cour de justice.

Cette jurisprudence de la Cour de justice est fondée sur les directives de marchés publics (pour les marchés publics) et sur le droit primaire (notamment les articles 12, 43 et 49 Traité CE – aujourd'hui, respectivement, art. 18, 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou « TFUE ») (pour les concessions de services publics).

Un marché public est, d'après les directives applicables, un « contrat à titre onéreux »⁽¹⁵⁶⁾. Or, l'existence d'un contrat présuppose qu'il y ait une convention entre deux personnes distinctes. Par conséquent, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier ⁽¹⁵⁷⁾ – qui peut donc être un autre pouvoir adjudicateur.

La règle est donc l'application du droit des marchés publics à tout rapport contractuel (à titre onéreux), y compris entre des autorités publiques juridiquement distinctes.

Ne sont pas reprises dans ce principe, les relations internes, dites « organiques » : un rapport (organique, par exemple) entre deux services ou départements de la même administration (aucun de ceux-ci ne disposant d'une personnalité juridique distincte) ne sera pas soumis à la réglementation : il ne constitue pas un contrat puisqu'il n'y a juridiquement qu'une seule et même personne morale : « Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics »⁽¹⁵⁸⁾.

Dans le cadre de l'exception « in house », la Cour de justice assimile un rapport entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte de celui-ci à une relation interne audit pouvoir adjudicateur; la réglementation des marchés publics est alors réputée ne pas s'appliquer, faute de contrat. Ceci revient à (feindre d') ignorer qu'il y a juridiquement deux personnes distinctes (ou plus).

Il faut pour cela que l'autorité publique « exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités publiques] qui la détiennent »⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵²⁾ Lors de son audition, le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS a indiqué ne pas avoir été consulté pour l'élaboration de ces conventions.

⁽¹⁵³⁾ Il peut s'agir, selon le droit national concerné, d'un rapport contractuel ou d'un rapport organique, hiérarchique, etc.

⁽¹⁵⁴⁾ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, L.134, 30 avril 2004, p. 1; directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, L.134, 30 avril 2004, p. 114.

⁽¹⁵⁵⁾ Obligation consacrée à propos des contrats publics à titre onéreux échappant au champ d'application des directives citées à la note précédente (tels que les concessions de services publics) : C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-10745.

⁽¹⁵⁶⁾ Art. 1.2. a) de la directive 2004/18/CE; art. 1.2. a) de la directive 2004/17/CE.

⁽¹⁵⁷⁾ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, points 49 et 50; C.J.C.E., 13 janvier 2005, *commission c. Espagne*, C-84/03, point 38; C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, point 58; C.J.C.E., 11 mai 2001, *Cabotermo*, C-340/04, points 32 et 33; C.J.C.E., 10 avril 2008, *Termoraggi*, C-327/03, point 18.

⁽¹⁵⁸⁾ C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, point 48; C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, point 61; C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, point 48; C.J.C.E., 9 juin 2009, *commission c. Allemagne*, C-480/06, point 45; C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, point 57.

⁽¹⁵⁹⁾ Jurisprudence constante : C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, point 50; C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, point 49; C.J.C.E., 13 janvier 2005, *commission c. Espagne*, C-84/03, point 38; C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, points 58 et 62; C.J.C.E., 20 octobre 2005, *commission c. France*, C-264/03, point 50; C.J.C.E., 10 novembre 2005, *commission c. Autriche*, C-29/04, point 34; C.J.C.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, C-410/04, point 24; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, point 33; C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, C-220/05, point 63; C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, C-295/05, point 55; C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, point 58; C.J.C.E., 8 avril 2008, *commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, point 36; C.J.C.E., 10 avril 2008, *Termoraggi*, C-323/07, point 18; C.J.C.E., 17 juillet 2008, *commission c. Italie (Mantoue)*, C-371/05, point 22; C.J.C.E.,

Ces deux conditions distinctes sont cumulatives : si l'une n'est pas remplie, cela dispense la Cour de vérifier si l'autre est satisfaite ⁽¹⁶⁰⁾ et entraîne l'application du droit des marchés et contrats publics.

Elles ont « notamment pour but d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé » ⁽¹⁶¹⁾.

Comme toute exception, celle de l'« in house » est d'interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement ⁽¹⁶²⁾. Quelle que soit la structure du capital de NETHYS, le problème réside dans ses activités concurrentielles ou dites parfois de marchés.

En effet, la Cour ne conclut à l'existence d'un contrôle analogue que si la société adjudicataire n'a pas une « vocation de marché rendant précaire le contrôle » ⁽¹⁶³⁾ des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Parfois, elle parle également à ce sujet d'« autonomie caractérisée » ⁽¹⁶⁴⁾. Cette vérification tend en somme à s'assurer que l'activité de l'adjudicataire est bien circonscrite à des activités d'intérêt général, qu'elle n'est pas exercée à des fins commerciales et ne poursuit pas un intérêt distinct de celui des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent.

À cet égard, la Cour recourt à plusieurs indices pour conclure à l'existence d'une « vocation de marché ». Tel est le cas si : la société adjudicataire doit ouvrir (ou envisage d'ouvrir) son capital à des actionnaires privés ⁽¹⁶⁵⁾; l'organisation interne de la société adjudicataire est celle d'une société à forme commerciale (société anonyme), sans mécanismes supplémentaires ⁽¹⁶⁶⁾; l'objet social de la société adjudicataire est élargi à des activités commerciales et/ou dépasse le cadre du marché attribué ⁽¹⁶⁷⁾; le domaine géographique d'activités de la société adjudicataire dépasse le cadre du territoire du ou des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent ⁽¹⁶⁸⁾; la société adjudicataire a la possibilité d'exercer ses activités au profit d'opérateurs économiques privés ⁽¹⁶⁹⁾.

L'ensemble de ces indices est manifestement réuni dans le chef de NETHYS. Partant, NETHYS ne peut se voir confier des prestations directement par contrat de la part de PUBLIFIN, pas plus qu'elle ne peut se voir confier des prestations directement par contrat, de la part de RESA. D'autant que, seconde condition de la relation in house, l'essentiel des activités de NETHYS ne sont pas accomplies au bénéfice de PUBLIFIN.

L'interposition de NETHYS entre PUBLIFIN et les autres filiales dont RESA, empêche dans la logique du Groupe, de considérer qu'il existe un contrôle analogue de PUBLIFIN sur RESA.

En conclusion, l'analyse de la légalité des conventions d'exploitation permet de mettre en évidence que la restructuration du Groupe PUBLIFIN conçue uniquement au regard du droit des sociétés, ne tient pas compte des contraintes du droit des marchés publics. Elle devrait être repensée pour cette seule raison.

6.1.4. Droit des marchés publics dans les relations avec quelques tiers

A plusieurs reprises, la commission a tenté d'obtenir des explications relatives à la politique du Groupe PUBLIFIN au sujet des nombreux consultants intervenant pour les différentes entités, et singulièrement sur les marchés de révisorat en raison de l'augmentation significative des honoraires versés au Réviseur PricewaterhouseCoopers ⁽¹⁷⁰⁾.

Selon les annexes c.5.15 aux comptes, lors de l'exercice 2014, PUBLIFIN a commandé des missions complémentaires à son réviseur à hauteur de 577.560 euros, dont 566.560 euros de missions autres que des missions d'attestation, alors que le montant des émoluments est à la base de 100.000 euros. Des pratiques similaires dans des proportions moindres sont observées en 2015. Les comptes de PUBLIFIN et de NETHYS font ainsi état de missions « extérieures à la mission révisorale » pour des montants importants. De manière cumulée pour PUBLIFIN et NETHYS, pour les années 2013 à 2015, le groupe a dépensé pour 1.802.000 d'euros en la matière.

13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 26; C.J.C.E., 9 juin 2009, commission c. Allemagne, C-480/06, point 34; C.J.C.E., 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, point 36; C.J.U.E., 22 décembre 2010, Mehiläinen et Terveystalo Healthcare, C-215/09, point 32.

⁽¹⁶⁰⁾ C.J.C.E., 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas (Correos), C-220/06, point 59 (condition de l'« essentiel de l'activité » pas remplie, donc pas de vérification de la condition du contrôle analogue); C.J.C.E., 8 avril 2008, commission c. Italie (Agusta), C-337/05, points 40 et 41 (absence de « contrôle analogue », donc pas de vérification de la condition de l'« essentiel de l'activité »).

⁽¹⁶¹⁾ C.J.C.E., 11 mai 2001, Cabotermio, C-340/04, point 59.

⁽¹⁶²⁾ C.J.C.E., 11 janvier 2005, Stadt Halle, C-26/03, point 46; C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 63; C.J.C.E., 12 janvier 2006, ANAV, C-410/04, point 26.

⁽¹⁶³⁾ C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 67; C.J.C.E., 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 36; C.J.C.E., 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, point 57.

⁽¹⁶⁴⁾ C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 70; C.J.C.E., 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, points 36 et 38.

⁽¹⁶⁵⁾ C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 67.

⁽¹⁶⁶⁾ C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 67; C.J.C.E., 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 37.

⁽¹⁶⁷⁾ C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 67; C.J.C.E., 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 38; C.J.C.E., 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, points 74 et 76.

⁽¹⁶⁸⁾ C.J.C.E., 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 67; C.J.C.E., 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, points 75 et 76.

⁽¹⁶⁹⁾ C.J.C.E., 10 septembre 2009, Sea, C-273/07, point 77.

⁽¹⁷⁰⁾ La Cour de justice considère en effet qu'une nouvelle passation de marché public s'impose en cas de modification substantielle du marché notamment lorsqu'elle modifie le marché dans une mesure importante, selon le Professeur Durviaux.

Interrogé à ce sujet, le directeur financier a déclaré : « En 2010, quand on a attribué le marché à PwC, quelques mois plus tard, on absorbait l'ALG qui avait aussi déjà PwC comme commissaire réviseur et, en 2013, lors de cette assemblée générale, on avait intégré Interrosane secteur I dans les comptes de RESA. C'est cela qui a créé une augmentation des honoraires du réviseur, simplement par reconduction du mandat de commissaire en 2013 jusque 2016 »⁽¹⁷¹⁾.

La commission d'enquête a demandé des explications complémentaires, plus précisément une note reprenant les justifications des honoraires complémentaires alloués aux réviseurs d'entreprises de 2013 à 2015 et détaillant les marchés publics passés à cet égard. Par un courrier du 20 avril 2017, NETHYS a adressé un listing pour les trois années concernées, reprenant les différents honoraires (montant, nature de la prestation, débiteur). Il convient de noter que les prestations ont été faites pour PUBLIFIN, NETHYS, FINANPART, RESA, et différentes sous-filiales de NETHYS.

Des renseignements complémentaires ont été produits : un tableau détaillé financier reprenant tous les paiements réalisés au bénéfice de PwC pour des prestations accomplies pour les différentes entités du groupe, sans ventilation totale par entités du Groupe ⁽¹⁷²⁾ et des décisions d'attribution de différents marchés publics par l'ALG, par TECTEO, par PUBLIFIN, par RESA ⁽¹⁷³⁾.

Il est cependant impossible de relier les différents éléments entre eux, ni de comprendre les extensions des marchés publics confiés initialement par PUBLIFIN et RESA à PwC dans le cadre d'une procédure de marchés publics puisqu'aucune décision de modifications ou d'extensions de marché n'a été produite par le Groupe pour expliquer les montants des prestations payées à PwC.

6.1.5. Droit des marchés publics et les sociétés de management

Selon le Professeur Durviaux :

« Depuis la directive 92/50/CEE, les contrats d'emploi ne sont pas assujettis au droit des marchés publics ⁽¹⁷⁴⁾ : le lien de subordination qui est lié au concept exclut la qualification de marché. Par contre, dès qu'une relation de travail ne repose pas sur un contrat d'emploi, le droit des marchés publics est censé s'appliquer. Aussi, l'exercice d'une activité professionnelle en personne physique ou en société n'est pas neutre sur l'application des procédures de sélection : appel à candidatures et procédure de recrutement objectif pour l'engagement par contrat ou sous statut pour une structure publique ou application du droit des marchés publics en dehors d'un lien de subordination (pour les entités assujetties au droit des marchés publics). Cet aspect du droit des marchés publics est largement ignoré dans la pratique par les pouvoirs publics et l'a été dans le Groupe PUBLIFIN».

6.2. Recommandations

1. Mettre le groupe et son fonctionnement en conformité avec le droit des marchés publics; cela semble devoir inévitablement amener à revoir le périmètre des activités poursuivies par NETHYS et l'affectation des ressources humaines dans le groupe;
2. Procéder à l'évaluation concrète du respect du droit des marchés publics en ce qui concerne les marchés de réviseurs, de consultants et les sociétés de management.

⁽¹⁷¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 145 (2016-2017) - Mardi 28 mars 2017.

⁽¹⁷²⁾ Cf. les cahiers des charges relatifs aux marchés des réviseurs et autres justifications expliquant les montants.

⁽¹⁷³⁾ Annexe au rapport établi par le Directeur du service juridique de NETHYS en 2015 sur le dispositif juridique du Groupe PUBLIFIN.

⁽¹⁷⁴⁾ Article, 1, a, VIII, 8ème considérant.

Partie 7. Le Gestionnaire de Réseau de Distribution gaz et électricité « RESA »

7.1. Constats

7.1.1. Évolution du gestionnaire de réseau

La société anonyme RESA résulte schématiquement de l'évolution suivante :

1923	Création de l' ALE SCiRL (Association liégeoise d'électricité)
2005	Changement de nom : TECTEO SCiRL
2010	Fusion par absorption de l'ALG par TECTEO
2012	Création de « RESA Services S.A. » par TECTEO SCiRL et TECTEO Services Group S.A. »
19 décembre 2013	Projet d'apport des 5 branches d'activité de PUBLIFIN au bénéfice de sa filiale opérationnelle d'exploitation, NETHYS. Ce projet prévoyait que l'apport des branches d'activité GRD gaz et électricité étaient notamment subordonnés à la modification, avant l'Assemblée générale de NETHYS devant accepter ces apports, des modifications des décrets gaz et électricité. Ces modifications ont toutefois fait entrave au projet initial de PUBLIFIN-NETHYS qui était d'apporter les branches d'activités GRD gaz et électricité au sein de NETHYS.
11 avril 2014	Adoption du décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité. Possibilité pour le GRD-électricité de prendre la forme d'une personne morale de droit privé.
7 mai 2014	Dépôt auprès du Tribunal de Commerce d'un projet d'apport de la branche d'activités « Electricité » par TECTEO SCiRL à RESA S.A.
3 juillet 2014	Apport de la branche d'activités « électricité » par TECTEO SCiRL à RESA S.A. La Valorisation de l'apport se chiffre à 485.147.212 euros. ⇒ RESA S.A. devient le GRD « électricité » avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2014
28 janvier 2015	Dépôt auprès du Tribunal de Commerce d'un projet d'apport de la branche d'activités « Gaz » par PUBLIFIN SCiRL à RESA S.A.
21 mai 2015	Adoption du décret modifiant le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz. Possibilité pour le GRD-gaz de prendre la forme d'une personne morale de droit privé.
25 juin 2015	Apport de la branche d'activités « Gaz » par PUBLIFIN SCiRL à RESA S.A. La Valorisation de l'apport se chiffre à 422.671.780 euros. ⇒ RESA S.A. devient le GRD « gaz » avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2015

7.1.2. Conformité de la structuration du groupe

7.1.2.1. Les négociations autour du décret du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et la transformation du groupe TECTEO

Dans le contexte de négociation autour du projet de décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, les demandes de TECTEO, mais aussi ORES, ont fait l'objet de l'attention du Gouvernement qui en a débattu en interne ⁽¹⁷⁵⁾. La principale demande de TECTEO était de pouvoir faire du gestionnaire de réseau (GRD) une personne morale de droit privé.

L'ancien Ministre de l'Énergie a expliqué à ce propos que : « si l'on fait la somme des balises gouvernance, des balises indépendance, des balises renforcement de la CWaPE, des balises majorité spéciale, et cetera, il y en a 40 qui ont été amenées notamment par les amendements »⁽¹⁷⁶⁾. Ces balises ont notamment permis, selon l'ancien Ministre de l'Énergie, d'empêcher la dilution du GRD dans NETHYS ⁽¹⁷⁷⁾. Cette ambition peut en effet être déduite du projet d'apport de branche déposé au greffe du tribunal à Liège.

⁽¹⁷⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 146 (2016-2017) - Jeudi 30 mars 2017.

⁽¹⁷⁶⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 146 (2016-2017) - Jeudi 30 mars 2017.

⁽¹⁷⁷⁾ *Ibidem*.

Du point de vue du régulateur énergétique, la CWaPE, l'évolution du GRD RESA et sa situation au sein du Groupe PUBLIFIN-NETHYS ont été suivies *a posteriori*. Ainsi, le Président du Comité de Direction et ancien directeur juridique de la CWaPE affirme :

« La structure PUBLIFIN-NETHYS est une structure que nous avons découverte au fil de l'actualité. Pour la première fois, le 4 juin 2014, une présentation a été faite dans nos bureaux des projets poursuivis par le gestionnaire de réseau liégeois, par rapport à la transformation de ses structures. »⁽¹⁷⁸⁾.

Parmi les documents remis par PUBLIFIN à la commission se trouve ce courrier adressé par RESA à la CWaPE le 10 juillet 2014. Dans ce courrier portant sur l'évolution de la structuration du groupe, RESA informe le régulateur sur « les apports de branches d'activités régulées GRD Electricité et GRD gaz à la société bénéficiaire RESA S.A. ». Dans ce courrier figure un schéma illustrant la cascade de sociétés au départ de PUBLIFIN. RESA est placé en-dessous de NETHYS qui elle-même est placée en-dessous de FINANPART. En guise de conclusion, le membre du comité de direction de RESA qui signe le courrier écrit que :

« compte tenu de l'opération d'apport intervenue au bénéfice de RESA S.A., et de la reprise par cette dernière de l'ensemble des droits et obligations de la sclr TECTEO, agissant en qualité de GRD d'électricité (et à terme de gaz après modification du cadre décretaal) sur l'ensemble du territoire des communes dont elle a fait l'objet de désignations par le Gouvernement wallon, nous avons l'honneur de vous informer officiellement de changements intervenus dans la structuration de notre groupe et vous sollicitons, en vertu de l'article 17, pour connaître l'éventuelle démarche officielle complémentaire à la présente à entreprendre afin d'opérer le transfert de la qualité de GRD de TECTEO SCiRL (devenue PUBLIFIN SCiRL) vers RESA S.A. ».

La CWaPE ne donnera aucune suite formalisée à ce courrier, précisant devant la commission d'enquête que le transfert de la qualité de GRD s'opérait de plein droit en vertu du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et que les instances de RESA et du Groupe PUBLIFIN-NETHYS avaient déjà pris les décisions visées par le courrier. Le Président du Comité de Direction de la CWaPE précise lors de son témoignage en commission d'enquête :

« On a quand même toujours eu l'impression de courir derrière les évolutions observées chez RESA, NETHYS, Tecteo. On les reçoit le 4 juin à leur demande. À ce jour-là, la convocation de leurs instances avait déjà été programmée. Ils décident le 20 juin et tout est confirmé par un courrier qui nous parvient quelques jours plus tard. »⁽¹⁷⁹⁾.

Enfin, dans un document intitulé « document de la CWaPE validant la titularisation en tant que GRD », envoyé par NETHYS à la commission d'enquête, NETHYS indique que :

« A l'occasion de l'apport de branches d'activités « GRD » d'une intercommunale vers une personne morale de droit privé, le décret électricité modifié le 11 avril 2014 indique bien que la qualité de GRD est transférée de plein droit à la personne morale de droit privé.

Il n'y avait donc pas, à notre connaissance, d'acte formel à poser par la CWaPE validant la titularisation en tant que GRD de RESA S.A. ».

7.1.2.2. Violation des articles 6 et 7 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité

Concernant la qualité de filiale de NETHYS endossée par le GRD RESA, le Professeur Durviaux estime que « la structure du capital de RESA ne respecte pas les décrets gaz et électricité ».

Pour étayer cette analyse, le Professeur Durviaux développe le raisonnement suivant :

« Si l'article 6, §1^{er}, 2^o du décret électricité dispose que le GRD peut être « une personne morale de droit privé, détenue et contrôlée, directement ou indirectement, au minimum à 70 pour cent par des personnes morales de droit public », l'article 7 dispose quant à lui dans son paragraphe 1^{er} qu' « Au minimum 70% des parts représentatives du capital du gestionnaire du réseau de distribution sont détenues par les communes et, le cas échéant, par les provinces », le dernier alinéa précise que « les parts détenues par les communes et les provinces, en application du présent paragraphe, peuvent l'être, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une intercommunale pure de financement. ».

La combinaison des deux dispositions et du pourcentage réservé aux personnes morales de droit public (dans l'article 6) et aux communes (dans l'article 7), soit 70%, implique nécessairement que l'expression « indirectement » de l'article 6 ne peut viser que l'intercommunale pure de financement (de l'article 7).

Partant, dans le cas d'espèce, l'interposition de FINANPART et de NETHYS entre les communes et provinces et leur intercommunale (PUBLIFIN) (indépendamment de la question de savoir si PUBLIFIN peut être considérée comme une intercommunale de financement) est contraire aux dispositions précitées.

Le même raisonnement vaut, *mutatis mutandis*, pour les articles 5 et 6 du décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz. ».

⁽¹⁷⁸⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 196 (2016-2017) - Jeudi 1^{er} juin 2017.

⁽¹⁷⁹⁾ *Ibidem*.

A ce sujet, le Directeur du service juridique de PUBLIFIN-NETHYS précise a contrario qu'il avait soutenu l'idée que RESA pouvait être effectivement détenue indirectement puisqu'elle était dans les conditions de l'article 6 ⁽¹⁸⁰⁾.

Quant au Président du Comité de Direction de la CWaPE et ancien directeur juridique, il développe une réflexion similaire tout en pointant une prétendue anomalie dans le décret :

« Nous avons un article 7 dans le décret qui stipule que les GRD doivent être détenus à 70% par des communes ou des provinces; le cas échéant, indirectement par une intercommunale pure de financement.

On constate effectivement une contrariété, une anomalie entre cet article 6 qui vise spécialement les personnes morales de droit privé et qui parle d'une détention de parts à hauteur de 70% au profit de personnes morales, sans autre précision et puis cet article 7 qui est plus restrictif mais qui vise plus largement les gestionnaires de réseaux.

Mon sentiment est que, malgré tout, quand on lit les travaux préparatoires, encore une fois, l'on se rend compte que la volonté du législateur était clairement de valider un montage connu qui circulait à propos de TECTEO, NETHYS, PUBLIFIN, RESA. C'était vraiment la volonté. Si cette anomalie existe, c'est probablement une erreur de plume du législateur, à un moment donné, un oubli. »⁽¹⁸¹⁾.

L'ébauche d'argumentation consiste à construire, a posteriori, une contradiction entre l'article 6, §1^{er}, 2^o du décret et son article 7, en prétendant que le doute conduit à faire prévaloir le texte postérieur (soit, dans cette construction, l'article 6 issu de la réforme de 2014) pour valider en quelque sorte, la structure actuelle du Groupe PUBLIFIN et du capital de RESA invoquant « des erreurs de plume du législateur », et les « travaux préparatoires ».

L'ébauche d'argumentation ne résiste pas à l'analyse : d'une part, les dispositions ne sont en rien contradictoires, mais au contraire, se complètent harmonieusement, et d'autre part, les travaux parlementaires confirment la volonté claire du législateur.

Enfin, l'audition du Ministre de l'Énergie de l'époque, met en évidence l'ensemble des demandes formulées par les GRD – dont ORES et TECTEO –, les différentes interventions du Cabinet du Ministre de l'Économie sur ce point en particulier, à l'époque, pour illustrer précisément que si certaines ont été traduites parce qu'estimées légitimes et nécessaires ⁽¹⁸²⁾, elles ont été accompagnées de balises claires afin de préserver le contrôle des pouvoirs locaux notamment et les activités d'intérêt général et de service public ⁽¹⁸³⁾.

Quant à la validation d'un modèle qu'aurait voulu PUBLIFIN, cette hypothèse est démentie par les faits puisque le décret de 2014 a précisément conduit l'intercommunale à revoir ses plans par rapport au projet qu'elle avait déposé au Greffe du Tribunal de commerce.

Le Professeur Durviaux développe cette argumentation de la manière suivante :

A. L'absence de contradiction entre les articles 6 et 7 du décret

L'article 6, §1^{er}, 2^o du décret dispose que le GRD est « une personne morale de droit privé, détenue et contrôlée, directement ou indirectement, au minimum à 70 pour cent par des personnes morales de droit public »⁽¹⁸⁴⁾.

L'article 7, §1^{er} dispose quant à lui qu'« Au minimum 70% des parts représentatives du capital du gestionnaire du réseau de distribution sont détenus par les communes et, le cas échéant, par les provinces »⁽¹⁸⁵⁾.

Le dernier alinéa de la même disposition précise que « les parts détenues par les communes et les provinces, en application du présent paragraphe, peuvent l'être, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une intercommunale pure de financement »⁽¹⁸⁶⁾.

Les trois précisions se complètent harmonieusement et sans contradiction puisque le contrôle direct ou indirect de la personne morale de droit privé, par 70% des personnes morales de droit public (article 6, §1^{er}, 2^o), est précisé par l'article 7, §1 : pour le contrôle direct, les 70% des parts représentatives du capital du GRD sont détenus par les communes et le cas échéant par des provinces; pour le contrôle indirect, les parts des communes et provinces doivent être logées dans une intercommunale pure de financement (personne morale de droit public).

B. La volonté du législateur ne fait aucun doute

Pour mémoire, les articles 6 et 7 du décret ont été modifiés par le décret du 11 avril 2014. Les modifications ne figuraient pas dans le texte élaboré initialement par le ministre, mais résultent d'amendements déposés par les parlementaires Tachenion, Desgain et Fourny (Doc. Parl., Doc 1020 (2013-2014) n°4) et par les parlementaires Tachenion, Desgain et Prévot (Doc., Parl., Doc 1020 (2013-2014) – n°13).

⁽¹⁸⁰⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 184 (2016-2017) - Jeudi 18 mai 2017

⁽¹⁸¹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 196 (2016-2017) - Jeudi 1^{er} juin 2017.

⁽¹⁸²⁾ Ce qui peut toujours être critiqué *a posteriori*. Ainsi, la nécessité d'être coté en bourse pour une filiale d'une intercommunale, ou l'explication qui consiste à soutenir qu'il est plus facile d'avoir accès aux marchés des capitaux laisse perplexe. L'emprunt obligataire réalisé illustre bien l'importance pour les banques d'une structure dont 70% des actionnaires sont publics.

⁽¹⁸³⁾ P.W.- C.R.I.C. N°146 (2016-2017) – Jeudi 30 mars 2017.

⁽¹⁸⁴⁾ Ainsi remplacé par le Décr./W. du 11 avril 2014, art. 3, 1^o, qui ne contient aucune disposition spécifique relative à l'entrée en vigueur de cet art. et a été publié le 17 juin 2014.

⁽¹⁸⁵⁾ Ainsi remplacé par le Décr./W. du 17 juillet 2008, art. 7, qui entre en vigueur le 7 août 2008 en vertu de son art. 92, al 1^{er}.

⁽¹⁸⁶⁾ Ainsi inséré par le Décret-progr. du 22 juillet 2010, art. 16, qui produit ses effets le 7 août 2008 en vertu de son art. 123, 4^o.

Ils n'ont été examinés ni par la section législation du Conseil d'État ni par la CWaPE. Cependant, les justifications explicites de ces amendements convergent et soutiennent le texte clair du décret.

Par l'amendement n°1 ⁽¹⁸⁷⁾, dans les deux documents, il s'agissait de permettre que des personnes morales de droit privé soient désignées comme GRD pour leur permettre de rechercher des capitaux, tout en insérant des garanties, compte tenu de l'importance et la spécificité des activités des GRD. La plus importante étant l'obligation de détention et de contrôle direct ou indirect, au minimum à 70% par des communes et le cas échéant des provinces. Il s'agit de leur assurer une capacité de contrôle certaine et pérenne au cours de la vie de la nouvelle structure en vue d'assurer le respect de l'intérêt général et le respect des missions de service public.

Par l'amendement n°2 déposé le 24 mars 2014 (Doc. 1020, n°4), il est d'abord proposé de modifier l'article 7 pour préciser que « les règles spécifiques d'acquisition et de représentativité des parts organisés à l'article 7 du décret « électricité » sont uniquement applicables pour les GRD constitués sous la forme d'une personne morale de droit public ». Par l'amendement n° 2 déposé le 11 avril 2014 (Doc. 1020, n° 13), il est finalement proposé de supprimer cette limitation, afin de « maintenir un tronc commun le plus large possible de règles applicables aux GRD quelles que soient leurs formes juridiques ». La justification de l'amendement est donc limpide : l'exigence de composition du capital prévue à l'article 7 a été examinée par le législateur de 2014, et il a explicitement souhaité qu'elle reste applicable pour les GRD constitués sous la forme d'une personne morale de droit privé. ».

Les amendements 1, 4, 5 et 6 complètent le dispositif en introduisant des balises pour protéger les actifs des GRD et instaurer des règles pour assurer une bonne gouvernance.

C. Confirmation de la volonté du législateur dans le décret «gaz»

Les articles 5, §1^{er} du décret du 19 décembre 2002 dispose également que le GRD peut être une personne morale de droit public, qui peut notamment prendre la forme d'une intercommunale, ou une personne « de droit privé, détenue et contrôlée, directement ou indirectement, au minimum à 70 pour cent par des personnes morales de droit public ».

Cette disposition a été remplacée par le Décr./W. du 21 mai 2015, art. 3, 1°, qui produit ses effets le 31 décembre 2014 en vertu de son article 55.

L'article 6, §1^{er} dispose également qu'« Au minimum 70% des parts représentatives du capital du gestionnaire de réseau sont détenus par les communes et, le cas échéant, par les provinces »⁽¹⁸⁸⁾.

L'article 6 §1^{er}, in fine dispose de manière tout aussi claire que « Les parts détenues par les communes et les provinces, en application du présent paragraphe, peuvent l'être, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une intercommunale pure de financement. »⁽¹⁸⁹⁾.

Contrairement aux dispositions analogues figurant dans le décret électricité, ces dispositions ont été transmises à la section législation du Conseil d'État qui n'a fait aucune observation sur celles-ci et n'a donc décelé aucune « erreur de plume », ni contradiction.

La commission d'enquête ne peut que constater que la structure du capital de RESA ne respecte pas les articles 6 et 7 du décret électricité et les articles 5 et 6 du décret gaz et invite le Groupe PUBLIFIN à se conformer sans délai à la législation.

7.1.2.3. Le personnel de RESA

Le problème du personnel propre de RESA est lié à l'article 16 du décret électricité, à l'article 17 du décret gaz et à l'article 26, §2, c) de la directive européenne 2009/72 ⁽¹⁹⁰⁾. A la lecture des travaux préparatoires, ces articles doivent s'interpréter comme : soit permettant au GRD de créer une filiale, soit imposant au GRD de disposer de personnel propre en suffisance. « La volonté de l'auteur du projet est que les gestionnaires de réseaux se réapproprient l'activité de gestion des réseaux et ne constituent pas simplement des coquilles vides »⁽¹⁹¹⁾. Dans le cadre des questions sur la structuration du groupe et la place du GRD dans celui-ci, à la faveur des auditions des responsables de NETHYS et de RESA, il est vite apparu que la gestion quotidienne du réseau du GRD RESA était réalisée au sein de NETHYS, ainsi que par le personnel de PUBLIFIN.

Cela ressort en effet des conventions de services de 2012 et 2014 signées par RESA avec PUBLIFIN, d'une part, et NETHYS, d'autre part. Ces conventions, de même que les présentations du Groupe PUBLIFIN exposées au début des travaux de la commission d'enquête, attestent du fait que tant le personnel de PUBLIFIN que celui de NETHYS prestent des services en faveur de RESA, en ce compris certains services considérés comme stratégiques et confidentiels pour un GRD, les demandes de raccordement, la gestion des actifs, l'administration des ventes, l'éclairage public,...

Questionné à ce sujet, le Président du Comité de Direction de la CWaPE, et ancien directeur juridique, a indiqué que l'article 16 concernait le GRD qui a confié l'exploitation à une filiale. Ce n'est pas le cas de RESA, dont certaines opé-

⁽¹⁸⁷⁾ Doc., Parl., Doc 1020 (2013-2014) – n°s 4 et 13, amendement n° 1.

⁽¹⁸⁸⁾ Ainsi remplacé par le Décr./W. du 17 juillet 2008, art. 7, qui entre en vigueur le 7 août 2008 en vertu de son art. 67, al. 1^{er}.

⁽¹⁸⁹⁾ Ainsi inséré par le Décret-progr. du 22 juillet 2010, art. 20, qui produit ses effets le 7 août 2008 en vertu de son art. 123, 4°.

⁽¹⁹⁰⁾ L'art. 26, §2, c) de la directive européenne 2009/72 impose au GRD de disposer d'un personnel propre en suffisance lorsque le GRD fait partie d'une entreprise verticalement intégrée – entendez d'un groupe commercial tel le groupe PUBLIFIN-NETHYS.

⁽¹⁹¹⁾ Doc., Parl.wallon, sess. 2007-2008, n° 813/1, p. 26.

rations remontent par contre au niveau de la maison-mère. Il a également indiqué qu'un avis était en préparation et que la structure de RESA n'avait pas, selon lui, « été envisagée par le décret »⁽¹⁹²⁾.

Or, à l'opposé de la logique présentée par la CWaPE et comme déjà exposé, le décret n'a expressément envisagé que le scénario d'une délégation opérationnelle des réseaux au travers d'une filiale, à l'article 16, §1^{er}, du décret électricité. C'est la seule situation dans laquelle le GRD ne doit pas disposer d'un personnel propre. Dès lors que la délégation opérée par RESA ne concerne pas une filiale, elle ne respecte pas les prescrits du décret en la matière.

En outre, lorsque le GRD n'a pas créé de filiale (et qu'il dispose donc en principe d'un personnel propre), il est soumis à des obligations plus strictes « si un producteur, fournisseur ou intermédiaire détient, directement ou indirectement des parts représentatives du capital d'un gestionnaire de réseau n'ayant pas confié l'exploitation journalière de ses activités à une filiale »⁽¹⁹³⁾. Dans ce cas, une série d'activités doivent être confiées, au sein du GRD, aux mains exclusives d'administrateurs indépendants. C'est notamment le cas du développement du réseau, du relevé des compteurs et du traitement des données résultant de ce relevé, ou de la comptabilité relative à la gestion du réseau. Or, en l'espèce, eu égard aux tâches confiées à NETHYS par la convention de service de 2014, ces activités semblent en grande partie exercées par le personnel de NETHYS, sous la responsabilité du management de NETHYS. Et NETHYS est plus que vraisemblablement un producteur, fournisseur ou intermédiaire au sens des décrets électricité et gaz, notamment au travers de ses activités énergétiques (ELICIO, SOCOFE, PUBLILEC,...).

Curieusement, NETHYS semble avoir été consciente dès l'origine de ce problème. Une des conventions intragroupes transmises à la commission d'enquête semble l'avoir été dans une version provisoire, et contient la phrase suivante : « la collaboration entre RESA Services et TECTEO Services Group peut-elle se concevoir sans contrevenir aux contraintes de confidentialité qu'impose le Décret ? ». La réponse est incontestablement négative mais la convention a néanmoins été conclue sans rencontrer ni résoudre le problème.

Une mise en conformité sans délai par RESA, et à défaut une intervention impérative de la CWaPE, relative aux conventions de services de 2012 et de 2014 conclues avec NETHYS et PUBLIFIN est donc indispensable pour assurer le respect des articles 12 et 16 du décret électricité et des articles 13 et 17 du décret gaz relatifs aux activités stratégiques et confidentielles du GRD, et visant à garantir l'indépendance de celui-ci.

7.1.3. Politique de distribution de dividendes de RESA

RESA, agissant en tant que GRD, exerce des missions régulées et monopolistiques. La commission d'enquête a donc examiné l'affectation des flux financiers provenant de RESA.

La figure n°1 ci-dessous illustre les montants des dividendes in fine versés aux actionnaires de PUBLIFIN, soit à la province et aux communes (colonnes 1 et 5). Il ne s'agit donc pas des montants des dividendes octroyés par RESA à ses actionnaires. En effet, en 2015, alors que RESA a décidé d'octroyer un dividende de 48.399.546 euros⁽¹⁹⁴⁾ à ses actionnaires (NETHYS à 99,9%), on remarque dans le tableau ci-dessous que le montant revenant in fine aux actionnaires publics est de 25.450.000 euros (déduction faite de la redevance de voirie), soit un peu plus de la moitié (52,6%) du montant distribué par RESA.

	1 - Resa élec	2 - VOO	3 - Invest	4 - Energy	5 - Resa gaz	Total général
2010	8.000.000		8.100.000	3.700.000	23.386.639	43.186.639
2011	8.000.000		8.100.000	3.700.000	22.087.381	41.887.381
2012	8.000.000		8.100.000	3.700.000	11.000.000	30.800.000
2013	8.950.000		8.100.000	3.700.000	22.000.000	42.750.000
2014	8.950.000		8.100.000	3.700.000	16.500.000	37.250.000
2015	8.950.000		8.100.000	3.700.000	16.500.000	37.250.000
Total	50.850.000		48.600.000	22.200.000	111.474.020	233.124.020

Figure n°1 : Dividendes versés aux actionnaires, Présentation Power Point du Secrétaire général de NETHYS, 20 février 2017, slide n°34. Ce tableau n'illustre pas les dividendes versés par les différentes filiales à NETHYS et FINANPART.

⁽¹⁹²⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 196 (2016-2017) - Jeudi 1^{er} juin 2017.

⁽¹⁹³⁾ Art. 16, §1^{er}, al. 2 décret électricité et art. 17, §1^{er}, al. 2 décret gaz – voy. aussi les art. 12, §2, du décret électricité et 13, §2, du décret gaz.

⁽¹⁹⁴⁾ Comptes annuels 2015 de RESA S.A.

Au départ du GRD, il faut distinguer deux sources de profits permettant le versement d'un dividende à l'actionnaire de RESA, c'est-à-dire NETHYS : l'activité GRD-électricité d'une part, GRD-gaz d'autre part.

Concernant le GRD-électricité, les dividendes correspondent à une somme légèrement supérieure à l'équivalent de la redevance voirie pour la partie « électricité ». Cela signifie qu'au-delà de la redevance voirie que RESA verse à PUBLIFIN, le dividende se limite à des montants très bas, soit environ 1 million d'euro/an entre 2013 et 2015 pour le secteur 1 électricité.

Bien que cette politique de distribution n'a pas fait l'objet de contestations provenant des actionnaires publics, la structure mise en place éloigne ceux-ci de la décision. En effet, après avoir intégré le dividende de RESA dans son chiffre d'affaires, le Conseil d'administration de NETHYS affecte celui-ci à ses activités ou investissements (notamment le développement de VOO ou ELICIO, par exemple), et ensuite seulement fait une proposition à son Assemblée générale pour l'affectation de son bénéfice et, le cas échéant, pour le distribuer en dividendes. Ces dividendes remontent ensuite dans FINANPART et arrivent enfin dans PUBLIFIN. Dès lors, quand les actionnaires publics, à l'Assemblée générale de PUBLIFIN, se prononcent sur la distribution des dividendes vers les communes et la province, ils ne sont pas saisis de l'ensemble des bénéfices du groupe, et ne peuvent donc pas prendre position sur les montants qui ont été réservés successivement par NETHYS et FINANPART.

Pour la CWaPE, le contrôle est opéré au niveau de la proposition tarifaire du GRD qui inclut une rémunération du capital investi. Par contre, le régulateur n'a pas de vue sur l'utilisation des dividendes dans le cas d'un GRD au sein d'un groupe. Selon l'ancien Président du comité de direction de la CWaPE lors de son audition ⁽¹⁹⁵⁾, « les coûts-dividendes et les coûts-redevance de voiries, c'est tout à fait normal que cela soit payé aux communes. Si les communes le mettent dans PUBLIFIN et que PUBLIFIN l'utilise à toute autre chose, c'est permis et nous ne le contrôlons pas. ».

Il ajoute, au sujet de l'utilisation de dividendes du GRD au bénéfice d'activités de la maison-mère NETHYS, que :

« ce n'est pas considéré comme une subsidiation croisée. Effectivement, nous ne contrôlons pas cet aspect-là. (...) Une subsidiation croisée, c'est quand des coûts sont payés par le consommateur du réseau pour autre chose que pour le réseau. Or, ici, ce que je vous dis, c'est qu'il n'y a pas des coûts qui servent à autre chose que pour le réseau, sauf que le dividende, c'est pour cela qu'il est investi, lui, peut être utilisé à autre chose... »⁽¹⁹⁶⁾.

Le Directeur de la Direction socio-économique et tarifaire de la CWaPE a développé un raisonnement semblable lors de son témoignage :

« Concernant les remontées de dividendes, il faut savoir que RESA Électricité et RESA Gaz disposent de dividendes qui sont calculés conformément à la méthodologie tarifaire en vigueur en Région wallonne. Il n'y a pas eu plus ou moins de dividendes qui ont été générés par l'activité réseau que ce qui n'aurait pu être fait chez ORES et chez d'autres petits GRD.

Il y a bien une formule. La formule à l'heure actuelle qui calcule ce que l'on appelle cette marge bénéficiaire équitable est une formule qui tient compte des paramètres propres à chaque gestionnaire de réseau de distribution. Il n'y pas là, malice.

À la question de l'affectation des dividendes, je vous rappelle qu'en tant que régulateur, je contrôle que le montant des dividendes qui est répercuté dans les tarifs est bien correct (...). L'affectation de la marge bénéficiaire, pour moi, est une décision du conseil d'administration du GRD qui en décide de l'affectation.

Un régulateur pourrait dire à une commune que par rapport à des dividendes qui ressortent de ses activités de réseau, il doit plutôt investir dans une piscine, plutôt qu'un centre culturel. Nous, nous contrôlons vraiment le niveau de ce dividende et que celui-ci est correct et est en affectation. » ⁽¹⁹⁷⁾.

En revanche, la remontée des dividendes au sein du groupe pose aussi la question de la taxation multiple pratiquée à chaque étage. Toutefois, selon l'analyse des Professeurs Wilfried Niessen et Henry Olivier : « PUBLIFIN déduit de sa base taxable les revenus définitivement taxés (RDT) (95% des dividendes qui ont déjà été taxés à l'ISOC dans les sociétés qui les attribuent) ». Une simplification de la structure permettrait d'alléger la taxation du groupe. Plusieurs personnes auditionnées ont présenté FINANPART comme un véhicule permettant d'envisager l'accueil d'actionnaires publics comme BRUTÉLÉ. Il faut constater que cet étage est désormais dénué d'intérêt.

7.1.4. Risque de subsidiation croisée

Le décret du 11 avril 2014 modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité assigne une tâche à la CWaPE en matière de subsidiation croisée, libellée comme suit à l'article 43, §2, du décret du 12 avril 2001 :

« 16° lorsque le GRD, ou la filiale désignée conformément à l'article 16, réalise d'autres activités que la gestion des réseaux électrique ou gazier, la CWaPE est habilitée à vérifier qu'il n'y a aucune subsidiation croisée entre les activités de gestion des réseaux électrique et gazier et les autres activités, à cette fin le gestionnaire ou la filiale est tenu de répondre à toute question ou demande de documents émanant de la CWaPE. ».

⁽¹⁹⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 144 (2016-2017) - Lundi 27 mars 2017.

⁽¹⁹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 196 (2016-2017) - Jeudi 1^{er} juin 2017.

Le décret du 19 janvier 2017 interdit du reste toute subvention croisée, sans la définir, en son article 4 :

« §2. La méthodologie tarifaire respecte les principes suivants : [...] 18° la subvention croisée entre activités régulées et non régulées est interdite ».

Le projet « James », mené en juillet 2016 au sein de RESA consiste en un emprunt obligataire souscrit à hauteur de 500 millions d'euros par le GRD et a suscité de nombreuses questions. L'emprunt obligataire a notamment permis à RESA de ⁽¹⁹⁸⁾ :

- procéder au remboursement d'un prêt intra-groupe à long terme octroyé par NETHYS à RESA pour un montant de 154 millions d'euros lié principalement au secteur gaz et à la problématique de 2010-2011;
- procéder au remboursement d'un prêt intra-groupe à court terme octroyé par NETHYS à RESA pour un montant de 41 millions d'euros;
- opérer une réduction de capital de RESA pour un montant de 250 millions d'euros via un remboursement en numéraire à ses actionnaires NETHYS (99,9%) et WBCC.

Au sujet de cette opération, l'ancien Président du Comité de direction de la CWaPE a déclaré à la commission d'enquête que « cela n'a rien à voir avec la [subvention] croisée, c'est pour diminuer le coût pour le consommateur final »⁽¹⁹⁹⁾. Il précisa également que « [le] fait de rembourser une partie des fonds propres ne génère pas de bénéfices. Il n'y a pas de bénéfices générés. Il n'y a pas le moindre centime en plus qui est payé par le consommateur »⁽²⁰⁰⁾.

Le Directeur de la Direction socio-économique et tarifaire de la CWaPE a également concentré les commentaires à l'égard de cette opération James autour de la notion de ratio de fonds propres par rapport à l'endettement, soulignant les effets bénéfiques de l'opération sur la rémunération des capitaux.

Les 445 millions d'euros reçus en NETHYS de RESA sont utilisés comme suit, au 31/12/2016 ⁽²⁰¹⁾ :

- remboursement des avances en trésorerie des filiales : 50,8 millions d'euros;
- remboursement des billets de trésorerie à échéance : 60,5 millions d'euros;
- avances dans les projets ELICIO (éolien offshore) : 185 millions d'euros;
- prises de participation dans de nouvelles sociétés (achat de l'Intégrale) : 60,7 millions d'euros.

La commission d'enquête observe que :

- La diminution de capital de 250 millions d'euros permet à RESA de transformer sa structure bilantaire et de diminuer ses fonds propres, ce qui améliore la rémunération du capital selon les paramètres définis par le régulateur. Il demeure par contre la question du remboursement en numéraire au bénéfice de NETHYS : en principe, les actionnaires publics (communes et province) auraient dû être consultés.
- Une juste application des articles 6 et 7 du Décret électricité (et des dispositions analogues du Décret gaz) aurait en effet impliqué la remontée des capitaux vers ces actionnaires publics ⁽²⁰²⁾;
- Au contraire, la diminution de capital a été utilisée par NETHYS pour se diversifier dans des secteurs non-régulés et concurrentiels. Ainsi, NETHYS a octroyé des avances de fonds à ELICIO dans le cadre de projets éoliens offshore en Mer du Nord. Les liquidités dégagées par la diminution de capital ont également permis l'acquisition de l'Intégrale, société d'assurances. Sans préjudice des enjeux posés en termes de respect de l'intérêt communal et de contrôle par la tutelle, les pouvoirs locaux auraient dû pouvoir délibérer de l'affectation de ces moyens et de tous les objets de la diversification;
- L'emprunt obligataire a été conclu sous certaines conditions.

A ce sujet, voici ce que déclarait le Directeur financier de NETHYS lors de sa première audition ⁽²⁰³⁾ : « Les obligataires ont imposé à RESA que son actionnaire soit à plus de 50% NETHYS, dans le cadre de l'emprunt obligataire. ».

Toutefois, après une analyse du prospectus d'émission d'obligations, il s'avère que ces propos n'étaient pas conformes à la réalité. Si les présentations aux investisseurs faisaient état de l'actionnariat actuel de RESA, et qu'aucun changement en la matière n'a été évoqué à leur égard (ce qui n'étonne pas vu qu'on se situe alors au premier semestre 2016), cela ne signifie pas pour autant qu'un tel changement serait rendu impossible au regard des conditions dans lesquelles l'emprunt a été conclu, pour autant que le capital de RESA demeure in fine aux mains d'actionnaire(s) public(s).

Le Directeur financier de NETHYS l'a reconnu dans un courrier adressé à la commission d'enquête en date du 23 mai 2017 et lors de sa deuxième audition.

En conclusion, le Professeur de Broux observe que « le législateur européen n'a pas interdit la réaffectation libre des bénéfices de l'activité de GRD par son actionnaire : il a uniquement imposé la séparation des métiers et l'indépendance du GRD (directive 2009/72). Selon le législateur européen, ce GRD indépendant peut financer, au travers de ses divi-

⁽¹⁹⁸⁾ Slide 103 de la présentation de l'Administrateur-délégué de NETHYS, lors de la séance du 10 mars 2017 de la commission d'enquête.

⁽¹⁹⁹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 144 (2016-2017) - Lundi 27 mars 2017.

⁽²⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰¹⁾ Slide 105 de la présentation de l'Administrateur-délégué de NETHYS, lors de la séance du 10 mars 2017 de la commission d'enquête. Le chef comptable de PUBLIFIN-NETHYS a confirmé ces éléments.

⁽²⁰²⁾ Voir supra.

⁽²⁰³⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 145 (2016-2017) - Mardi 28 mars 2017.

dendes, n'importe quelle autre activité : cela relève exclusivement de la responsabilité de l'actionnaire. Le législateur belge n'a donc pas explicitement interdit non plus cette réaffectation des bénéfices.

Ceci étant, le malaise provoqué par une subsidiation indirecte de VOO ou ELICIO grâce aux bénéfices de l'activité monopolistique de RESA serait inexistant si les articles 6 et 7 (voire 12 et 16) du décret électricité (et ses équivalents gaz) avaient été respectés. En ce sens, l'articulation des deux problématiques permet de conclure que le législateur wallon a empêché cette forme de subsidiation croisée ou, à tout le moins, a imposé que les bénéfices repassent par les communes, le cas échéant via leur intercommunale de financement, pour leur permettre d'effectuer démocratiquement le choix de l'affectation des dividendes perçus grâce au GRD. Tel n'a pas été le cas en l'espèce ».

Cette pratique doit être corrigée sans délai.

7.1.5. Indépendance du GRD

La problématique de l'indépendance du GRD a été instruite en commission d'enquête, tant au regard des activités menées par le groupe dans les activités de production et de fourniture via participations d'énergie, qu'au regard de la composition des organes de gestion.

7.1.5.1. Séparation des métiers

La directive européenne 2009/72/CE encadre strictement la séparation des métiers énergétiques en vue de garantir l'indépendance des métiers monopolistiques que sont le transport et la distribution d'électricité.

Dans ce contexte, elle prévoit les garde-fous suivants :

- Considérant 11 de la directive : « [...] il ne devrait pas être possible d'exercer un contrôle ou des pouvoirs sur une entreprise de production ou de fourniture en même temps qu'un contrôle sur un réseau de transport ou un gestionnaire de réseau de transport [...] ».
- Considérant 15 : « [...] afin d'assurer l'indépendance totale de la gestion des réseaux par rapport aux structures de fourniture et de production, et d'empêcher les échanges d'informations confidentielles, une même personne ne devrait pas être à la fois membre des organes de direction d'un gestionnaire de réseau de transport ou d'un réseau de transport et membre des organes de direction d'une entreprise assurant une des fonctions suivantes : production ou fourniture. [...] ».

Ce qui s'applique au transport vaut *mutatis mutandis* pour la distribution.

L'article 26 de ladite directive traduit ces objectifs en dispositions légales, et prévoit notamment une série d'exigences lorsque le gestionnaire de réseau de distribution (GRD) fait partie d'une entreprise verticalement intégrée, ce qui est le cas de RESA. En particulier, et outre la question de la composition du Conseil d'administration, le GRD doit établir un « programme d'engagements, qui contient les mesures prises pour garantir que toute pratique discriminatoire est exclue », et « des mesures appropriées doivent être prises pour que les intérêts professionnels des responsables de la gestion du GRD soient pris en considération de manière à leur permettre d'agir en toute indépendance ».

En outre, l'État membre (la Région wallonne en l'espèce) doit veiller à ce que ses activités soient surveillées par les autorités de régulation.

En l'espèce, le respect de ces exigences n'est pas établi, ni par RESA, ni par la CWaPE qui est chargée d'en garantir le respect. La situation est donc problématique quant à la séparation des activités énergétiques voulue par la libéralisation du secteur.

7.1.5.2. Composition du Conseil d'administration

Selon une note de RESA à l'agence de notation MOODY's, trois administrateurs du Conseil d'administration de RESA sont des « administrateurs indépendants » au sens du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité ⁽²⁰⁴⁾. En réalité, ce faisant, RESA confond les notions d'administrateur indépendant et d'expert indépendant visées par le décret du 12 avril 2001.

A l'article 7ter, al. 1, 4^o du décret, il est exigé que « le Conseil d'administration [du GRD] compte au minimum 20 pour cent d'experts indépendants au sens de l'article 526ter du Code des sociétés ».

⁽²⁰⁴⁾ Il faut par ailleurs signaler que ces trois administrateurs se sont déjà présentés comme « indépendants » au sein du conseil d'administration de NETHYS, par exemple dans un courrier destiné au Parlement wallon (Courrier des trois administrateurs externes de NETHYS au Parlement wallon, Liège, 17 janvier 2017). Un administrateur s'est cependant qualifié « d'externe » lors de son audition, et non d'indépendant au sein du conseil d'administration de NETHYS (P.W.- C.R.I.C. N° 206 (2016-2017) - Jeudi 15 juin 2017).

A l'article 2, 20°, dudit décret, l'administrateur indépendant est en revanche défini comme suit :

« l'administrateur du gestionnaire de réseau [...] qui :

a) n'exerce aucune fonction ou activité, rémunérée ou non, au service d'un producteur, d'un fournisseur ou d'un intermédiaire et n'a pas exercé une telle fonction ou activité au cours des vingt-quatre mois précédant sa nomination en tant qu'administrateur, et

b) ne bénéficie d'aucun avantage matériel octroyé par l'une des personnes visées au littéra a), ni par l'une de leurs entreprises associées ou liées, qui, de l'avis de la CWaPE, est susceptible d'influencer son jugement ».

A l'article 13 de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux, il est exigé que le GRD soit « administré par un conseil d'administration dont la moitié au moins des membres sont des administrateurs indépendants », au sens de l'article 2, 20° précité. Or, dès la première audition de l'ancien Président de PUBLIFIN, de NETHYS, et de RESA, la commission d'enquête a pu constater qu'il était simultanément :

- Président de la S.A. NETHYS, maison-mère d'ELICIO N.V., société active dans la production d'électricité (éolien, biomasse, ...) active entre autres en Wallonie;
- Président de RESA S.A., GRD désigné par le Gouvernement wallon pour les territoires de 73 communes wallonnes;
- Président de la SOCOFE S.A., holding financier propriétaire d'une multitude de participations principalement au sein d'entreprises énergétiques en Wallonie (transport, production, fourniture);
- Administrateur d'EDF Luminus, producteur et fournisseur ayant reçu la licence de fourniture pour être active en Wallonie.

D'autres administrateurs de RESA étaient ou sont dans des situations analogues. En outre, les Conseils d'administration de RESA et de NETHYS étaient et sont toujours des Conseils d'administration quasi-miroir.

Or, selon le Professeur de Broux, « tout administrateur de NETHYS doit nécessairement être considéré comme une personne qui bénéficie d'un avantage octroyé par une entreprise « liée » (NETHYS) à un producteur ou à un fournisseur (ELICIO, SOCOFE, PUBLILEC,...).

La notion d'entreprise liée est elle-même définie à l'article 11 du Code des sociétés, comme visant les sociétés contrôlées par une autre société ou les sociétés qui la contrôlent. Sous réserve de l'appréciation de la CWaPE exigée par l'article 2, 20°, il résulte dès lors des Conseils d'administration miroirs de RESA et NETHYS qu'il n'y a aucun administrateur indépendant au sein de RESA, en violation des articles 13 et 15 de l'AGW du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux, des articles 12 et 16 du décret électricité et des articles 13 et 17 du décret gaz. Il n'est pas davantage certain que le Conseil d'administration de RESA respecte la composition majoritaire de représentants des actionnaires publics exigée par l'article 7ter, al. 1, 3° du décret électricité et à l'article 6ter, al. 1, 3° du décret gaz ».

7.1.5.3. Responsabilité de la CWaPE

En vertu notamment de l'article 26, §3, de la directive européenne, il revient à la CWaPE de contrôler le respect de la séparation des métiers et en particulier la composition des organes de RESA.

Le Président du Comité de Direction du régulateur et ancien directeur juridique de la CWaPE a expliqué que la CWaPE opérait des contrôles ponctuels, par phase.

Ainsi, après s'être concentré en 2015 et en 2016 sur le contrôle du respect des obligations de service public par les GRD, le régulateur précise qu'il axera son travail en 2017 sur l'indépendance et la gouvernance :

« il y a un vaste contrôle qui est réalisé auprès des gestionnaires de réseaux pour vérifier, justement, le respect par ceux-ci des obligations prévues en termes d'indépendance, de gouvernance, de structure des instances, pas seulement au niveau théorique parce qu'on connaît les statuts des GRD, mais on aimerait bien voir dans les faits comment cela se passe. On réclame donc des rapports des conseils d'administration pour voir comment se positionnent les administrateurs qui ne sont pas indépendants. Ce travail est en cours et on attend des résultats pour le mois de décembre. Oui, nous faisons des travaux préventifs aussi. Le problème, très honnêtement, c'est qu'on ne peut pas travailler sur tous les volets en même temps. On doit faire des choix parce que la CWaPE, de façon responsable, doit planifier ses contrôles. Une année, c'est tel volet qui est contrôlé. Une autre année, c'est tel autre volet qui est contrôlé. »⁽²⁰⁵⁾.

Le non-respect de ces conditions d'indépendance du GRD est une cause de « manquement grave », du GRD au sens de l'article 10, §2 des décrets électricité et gaz, qui peut conduire à la révocation du GRD (art. 26 et suivants de l'AGW du 21 mars 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux). La vérification par la CWaPE de la capacité de NETHYS à influencer le jugement des administrateurs de RESA était donc indispensable pour s'assurer le respect de l'indépendance du GRD; l'absence de contrôle sur ce point constitue indéniablement un manquement du régulateur. Cette compétence spécifique du régulateur doit être mise en œuvre de manière prioritaire.

⁽²⁰⁵⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 196 (2016-2017) - Jeudi 1^{er} juin 2017.

7.1.6. Redevance de voirie « électricité »

La redevance de voirie pour le réseau électrique est prévue par l'article 20 du décret électricité du 12 avril 2001 et l'AGW du 28 novembre 2002. L'article 20 du décret stipule que « Le gestionnaire de réseau doit s'acquitter d'une redevance régionale annuelle auprès des communes pour occupation du domaine public par le réseau dont il assure la gestion. [...] ». Au commentaire de l'article 31 du décret du 17 juillet 2008 modifiant le décret du 12 avril 2001 spécifiant le caractère régional de la redevance, il est aussi expliqué que :

« Cette disposition vise à adapter le régime de la redevance due par les gestionnaires de réseaux aux communes pour l'occupation du domaine public. Dans la mesure où la redevance dont il s'agit est créée par la Région, que les critères de calcul de la redevance sont déterminés par le décret et que c'est l'administration régionale qui en fixe le montant, il s'agit d'une redevance régionale. [...] ».

La redevance électricité a été transférée statutairement le 20 décembre 2002 à l'intercommunale dans les termes suivants :

« Chaque commune associée fait apport pour la section géographique en vue de laquelle elle est affiliée : [...] dans les limites légales, des redevances pour occupation du domaine public par le réseau électrique (...) »⁽²⁰⁶⁾.

Selon le Directeur financier de NETHYS :

« les associés communaux [...] ont accepté [...] que la répartition entre elles de cette redevance voirie soit calculée non plus par rapport aux longueurs de réseau, aux kilowatts, mais par rapport au grid fee, et ce, pour essayer d'instaurer, entre ces communes, ces associés, une solidarité entre les réseaux dits ruraux et les réseaux urbains. »⁽²⁰⁷⁾.

Ceci implique une modification du calcul de la redevance puisqu'elle est alors redistribuée en fonction de l'importance des parts de chaque commune dans l'intercommunale et non plus en fonction de l'utilisation effective du réseau.

Néanmoins, bien que cette modification statutaire ait été acceptée par la tutelle ⁽²⁰⁸⁾, il y a lieu de considérer, selon l'analyse du Professeur de Broux, que « la légalité d'un tel apport est susceptible de faire l'objet d'un débat juridique ». Selon l'art. 13, al. 2 de l'AGW du 28 novembre 2002, « le paiement est effectué auprès de chaque commune ou de toute autre personne morale désignée par elle ». Selon lui et en s'appuyant sur le principe de légalité, il ne s'agit pas d'un fondement légal qui permet aux communes de transférer le produit de la redevance régionale; cela permettrait seulement d'en concéder la perception.

Plus fondamentalement, l'apport statutaire de 2002 a été supprimé des statuts en 2015. Le transfert direct de la redevance à PUBLIFIN ne peut dès lors même plus se fonder sur les statuts. Selon le Directeur financier de NETHYS, le retrait de la clause en 2015 ne vient pas supprimer l'effet du transfert de la perception de la redevance des communes vers l'intercommunale ⁽²⁰⁹⁾. Cette argumentation ne repose toutefois sur aucun fondement juridique, en particulier lorsqu'il s'agit de déroger à un décret. Aucun document reçu par la commission d'enquête ne vient du reste étayer l'affirmation du Directeur financier de NETHYS.

Dès lors et dans l'état actuel des choses, la redevance voirie doit être directement versée aux communes associées.

Au demeurant, selon l'analyse des Professeurs Wilfried Niessen et Henry Olivier, la contribution directe aux communes permettra d'éviter la taxation à l'ISOC et du précompte mobilier résultant de la transformation du montant de la redevance en dividendes.

La commission d'enquête souligne encore que la perception de la redevance ne pourrait être confiée à une personne juridique distincte des communes que dans le cadre d'une relation in house supposant le respect du droit des marchés publics ou des concessions.

7.1.7. Plafonnement des rémunérations des dirigeants de GRD

L'article 7ter du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, tel que modifié en 2014, vise spécifiquement à encadrer les rémunérations des administrateurs et directeurs des gestionnaires de réseau ⁽²¹⁰⁾.

Il y est clairement prévu que le Gouvernement détermine un montant minimal et maximal entre lesquels les rémunérations imputables à l'activité de GRD devront être fixées. Or, la disposition en question n'a pas été exécutée.

⁽²⁰⁶⁾ Article 2 des statuts tel que modifié par l'Assemblée générale du 20 décembre 2002 de l'ALE et tel qu'en vigueur jusqu'au 29 juin 2015.

⁽²⁰⁷⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 145 (2016-2017) - Mardi 28 mars 2017.

⁽²⁰⁸⁾ Arrêté ministériel du 10 février 2003.

⁽²⁰⁹⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 211 (2016-2017) - Jeudi 22 juin 2017.

⁽²¹⁰⁾ Doc. 1020 (2013-2014) - N° 13. Le commentaire de l'article amendé précise que : « [...] le présent amendement délègue au gouvernement la compétence de fixer un plafond maximum et minimum de la rémunération admissible au titre de l'activité de GRD. Par référence à la circulaire du 3 avril 2014 fixant l'encadrement et le plafonnement de la rémunération des gestionnaires publics dans les organismes publics : 1° le montant annuel maximal de la rémunération en ce qui concerne l'activité de gestionnaire de réseau de distribution pourra être fixé à 245 000,00 EUR brut [...] ».

7.1.8. Charges de pension

Le 25 mai 2016, la Cour constitutionnelle rendait un arrêt suite au recours de la CWaPE, dont la conclusion annule l'article 12.2° qui établit la méthodologie et détermine les modalités d'intégration et de contrôle des coûts non gérables constitués par les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau ou de la filiale ayant une activité régulée de gestion de réseau de distribution ⁽²¹¹⁾. Le principe est donc admis que la qualification des coûts comme gérables ou non gérables est une compétence exclusive du régulateur de l'énergie en Région wallonne, la CWaPE.

Toutefois, la qualification d'un coût comme « non-gérable » a un impact sur les tarifs de distribution appliqués dans la facture des clients finaux. Cela s'applique particulièrement à RESA puisqu'une convention de service permet au personnel statutaire de PUBLIFIN, dont les pensions sont donc définies légalement, de prester au bénéfice de RESA.

7.1.9. Régulateur

Le témoignage du Président du Comité de Direction et ancien Directeur juridique de la CWaPE a permis de constater que le régulateur énergétique n'opère pas de contrôle permanent de plusieurs dispositions fondamentales des décrets gaz et électricité, ce qui relève de ses missions.

Ainsi en va-t-il notamment du contrôle du respect des articles 6 et 7 du décret électricité, ou encore du contrôle de l'indépendance des gestionnaires des GRD. Sur ce dernier aspect, il répond que :

« Sur la situation [du Président du Conseil d'administration de RESA], on n'avait peut-être pas connaissance de tous ses mandats à l'époque. Par contre, on a mis le doigt sur une difficulté dans le chef de [l'Administrateur délégué de NETHYS], à un moment donné, administrateur d'EDF Luminus. On l'avait interpellé à l'époque, il a fallu un certain temps avant qu'il nous réponde. C'est à ce moment-là que l'on a découvert toute une argumentation qui permet de contourner un peu l'obstacle, mais qui nous pose problème et qui devrait, à mon avis, être clarifié dans les textes à l'avenir. C'est cette question de « je ne suis pas administrateur, mais je suis le représentant d'une personne morale ». Les règles qui s'appliquent à l'administrateur-personne physique ne sont donc pas applicables. »⁽²¹²⁾.

7.2. Recommandations

1. Mettre la structure du groupe en conformité à l'égard des décrets « gaz » et « électricité » et prendre toutes les mesures permettant d'assurer la légalité des actes posés par chaque entité et notamment le GRD. En conséquence, prendre toutes les mesures utiles à cette fin et notamment remonter les actions, voire les actifs, de RESA dans PUBLIFIN – sans coût pour celle-ci – afin de lier directement le GRD à son actionnariat public et en assurer la stricte indépendance à l'égard des autres activités menées au sein du groupe;
2. A défaut pour les organes compétents de prendre les mesures reprises au point 1, prendre une mesure coercitive de tutelle pour arriver à ce résultat;
3. Désigner au sein du Conseil d'administration et des autres organes de gestion de RESA des administrateurs siégeant exclusivement au sein de PUBLIFIN et des administrateurs et des experts indépendants conformément aux législations en vigueur (en particulier, aux articles 2, 20° et 7ter du décret électricité et aux articles 13 et 15 de l'AGW du 22 novembre 2002 relatif aux gestionnaires de réseaux);
4. Garantir intégralement pour les administrateurs et les cadres dirigeants des GRD l'incompatibilité avec tout emploi ou mandat au sein d'une entreprise de production ou de fourniture d'énergie, en ce compris en qualité de représentant d'une personne morale;
5. Solliciter la CWaPE afin :
 - a. qu'elle procède effectivement à l'analyse des différents dispositifs de transferts financiers réalisés au sein du groupe dont RESA fait partie, notamment l'impact du projet « James », au regard de sa mission définie à l'article 43, §2, 16° du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, au regard des dispositions similaires prévues dans le décret du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz et au regard de l'article 4, §2, 18° du décret du 19 janvier 2017 relatif à la méthodologie tarifaire applicable aux gestionnaires de distribution de gaz et d'électricité et qu'elle veille au respect des décrets du 12 avril 2001 et 19 décembre 2002 dans leur intégralité;
 - b. de vérifier l'indépendance de RESA, en particulier ses organes de gestion, au regard de l'article 26 Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la Directive 2003/54/CE, au regard des articles 12 et 16 du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et au regard de l'AGW du 21 mars 2002;
 - c. qu'elle estime l'impact des charges de pension sur les tarifs suite à l'arrêt du 25 mai 2016 de la Cour constitutionnelle pour tous les GRD concernés par l'impact de l'arrêt.

⁽²¹¹⁾ Arrêt de la Cour constitutionnelle du 25 mai 2016, Doc. 514 (2015-2016) N° 1.

⁽²¹²⁾ P.W.- C.R.I.C. N° 196 (2016-2017) - Jeudi 1^{er} juin 2017.

6. Inviter la CWaPE à remettre au Parlement, pour le 30 juin 2018 au plus tard, un rapport spécifique portant :
 - a. sur l'évolution de son mode de fonctionnement sur la base des constats et recommandations de la commission d'enquête;
 - b. sur le suivi des recommandations de la commission d'enquête.
7. Renforcer l'indépendance de la CWaPE notamment au niveau de son financement et du mode de désignation de sa direction;
8. Rappeler à la CWaPE le respect impératif des délais dans la remise de son rapport annuel;
9. Engager RESA à verser directement la redevance voirie aux communes, dans l'état actuel des statuts de PUBLIFIN;
10. Exécuter la disposition visée à l'article 7ter du décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité visant à déterminer un montant minimal et un montant maximal pour la fonction dirigeante des GRD entre lesquels les rémunérations imputables à l'activité de GRD sont fixées, ainsi que les critères objectifs appropriés;
11. Étudier la mise en œuvre d'un dispositif légal visant à protéger le câble en tant qu'actif public à l'instar des garanties prévues pour les GRD électricité et gaz.

Partie 8. Recommandations générales

Sans préjudice des décisions et actes illégaux évoqués dans ce rapport et qui devront faire l'objet de poursuites par les autorités compétentes, la commission d'enquête a constaté l'absence de sanctions administratives ou pénales spécifiques en cas de non-respect de certaines dispositions légales.

Cela n'exonère d'aucune responsabilité les personnes qui ont pris des décisions, qui ont commis des actes ou qui ont adopté des comportements contraires à la loi et à l'éthique. Cela contribuera toutefois à prévenir d'autres dérives à l'avenir.

En conséquence, la commission d'enquête adresse une recommandation générale au Gouvernement wallon et demande de produire une étude sur l'instauration de sanctions administratives ou pénales en cas de violation du cadre légal.

Cette étude devra notamment contribuer à la création d'un nouveau chapitre de sanctions dans le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et dans les décrets relatifs aux marchés régionaux de l'électricité et du gaz.

Par ailleurs, pour assurer le suivi des recommandations formulées dans ce rapport, la commission d'enquête invite l'intercommunale PUBLIFIN à remettre au Parlement, trimestriellement et pour la première fois en date du 31 octobre 2017, un rapport spécifique portant sur le suivi des recommandations de la commission d'enquête qui la concerne.

De même, la commission d'enquête recommande aux ministres compétents de faire rapport au Parlement, pour décembre 2017 au plus tard, sur la mise en oeuvre des recommandations de la commission, en indiquant de manière détaillée les motifs qui auront éventuellement justifié de s'écarter en tout ou en partie de chaque recommandation de la commission.

Enfin, un certain nombre de recommandations du présent rapport s'adressent aux organes du groupe PUBLIFIN-NETHYS. A défaut d'une action de ces organes, la commission d'enquête engage le Gouvernement, et si besoin le législateur, à prendre toutes les mesures de tutelle requises.

VOTES

Le rapport a été approuvé à l'unanimité des membres votants. Les membres avec voix consultative ont soutenu le rapport.

RAPPORT

À l'unanimité des membres, il a été décidé de faire confiance à la Présidente et aux Rapporteurs pour l'élaboration du rapport.

Les Rapporteurs,

G. MOUYARD

P. BAURAIN

B. LEFEBVRE

La Présidente,

O. ZRIHEN

ANNEXES

Annexe 1 : Résolution visant à instituer une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin

Annexe 2 : Règlement d'ordre intérieur de la commission

Annexe 3 : Statistique des réunions

Annexe 4 : Liste des abréviations

742 (2016-2017) — N° 4

742 (2016-2017) — N° 4

PARLEMENT WALLON

SESSION 2016-2017

15 FÉVRIER 2017

RÉSOLUTION

**visant à instituer une commission d'enquête parlementaire
chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin ***

TEXTE ADOPTÉ EN SÉANCE PLÉNIÈRE

4^e session de la 10^e législature

* Voir Doc. **742** (2016-2017) — N^{os} 1 à 3

site internet : www.parlement-wallonie.be
courriel : courriel@parlement-wallonie.be

TEXTE ADOPTÉ EN SÉANCE PLÉNIÈRE

RÉSOLUTION

visant à instituer une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin

Le Parlement de Wallonie,

- A. Vu l'article 40 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles;
- B. Vu la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires;
- C. Vu le décret de la Région wallonne du 15 septembre 1982 relatif aux enquêtes parlementaires;
- D. Vu l'article 55 du Règlement du Parlement de Wallonie;
- E. Vu la résolution du 1^{er} février 2017 portant création d'une commission spéciale chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin;
- F. Considérant que le Groupe Publifin s'entend comme étant composé de la SCRL Publifin, de la S.A. Nethys, de toutes ses filiales, sous-filiales et participations significatives ainsi que de toute société ou association y liée, directement ou indirectement.

Décide,

- 1. d'instituer une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin;

I. En particulier, la mission de la commission d'enquête consiste à :

- procéder à un inventaire complet des décisions des organes du Groupe Publifin en lien avec les comités de secteur;
- analyser le mode de désignation, les mécanismes de décisions et le fonctionnement des organes du Groupe Publifin et de contrôle de celui-ci et du respect des pouvoirs et délégations;
- évaluer les rémunérations octroyées aux différents organes de décision et/ou consultatifs et aux cadres dirigeants du Groupe Publifin, en ce compris le fonctionnement du comité de rémunération et des comités de secteur, et les mécanismes de contrôle de ces rémunérations, y compris celles des cadres dirigeants, ainsi que les éventuelles pratiques d'ingénierie fiscale;
- examiner l'évolution de l'organisation, de la composition et du fonctionnement de la structuration et des organes de l'ensemble du Groupe Publifin, à savoir de cette intercommunale, de ses filiales et sous-filiales, en ce compris son actionnariat;

– évaluer l'ensemble des activités du Groupe Publifin et les éventuelles conséquences, notamment financières, en ce compris les flux intra-groupe, sur le prix de l'énergie et la rémunération des actionnaires.

II. Elle est aussi chargée d'étudier les éventuels dysfonctionnements au sein des organes de contrôle tels que, entre autres, la tutelle régionale sur les intercommunales et la Direction du Contrôle des mandats locaux.

III. La commission est également chargée d'établir la liste de tous les services ou organes divers qui, de quelque manière que ce soit, ont pu constater ou permettre les dysfonctionnements éventuels constatés et n'en ont ou n'en auraient pas informé les services ou autorités compétents.

IV. Enfin, elle est chargée de formuler des recommandations, en lien avec les éventuels dysfonctionnements que ses travaux auraient mis en lumière. Ces recommandations devront conduire à l'élaboration de toute proposition de modification décrétole ou réglementaire ou de toute proposition de résolution dans le but d'améliorer les mécanismes de fonctionnement, de bonne gouvernance, de transparence et de contrôle du Groupe Publifin et, le cas échéant, le contrôle d'activités publiques sous forme d'intercommunale ou de toute autre structure publique.

- 2. que la commission d'enquête :
 - est investie de tous les pouvoirs prévus par la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires;
 - peut entendre toute personne qu'elle estime devoir faire comparaître;
 - peut disposer de toutes les pièces qu'elle juge nécessaires à l'exécution de sa mission;
 - peut procéder à des constatations sur place;
 - doit veiller à ce que son travail n'interfère pas avec d'éventuelles enquêtes judiciaires;
- 3. que la commission d'enquête est composée, par la séance plénière, de 12 membres effectifs et de 12 membres suppléants, désignés suivant le système de la représentation proportionnelle des groupes politiques reconnus, ainsi que de trois membres avec voix consultative, ces derniers pouvant consulter les pièces, intervenir dans les débats et poser des questions;
- 4. que la commission d'enquête élit en son sein un président et trois vice-présidents;

5. que les débats et auditions sont publics, la commission d'enquête pouvant en décider autrement à tout moment;
6. que la commission d'enquête arrête son règlement d'ordre intérieur;
7. que la commission d'enquête peut, dans les limites budgétaires et aux conditions fixées par le Bureau du Parlement, faire appel à des experts indépendants;
8. que la commission d'enquête fait rapport au Parlement dans les cinq mois de son installation, sauf décision expresse du Parlement de lui accorder un délai supplémentaire pour déposer son rapport;
9. que le mandat de la Commission spéciale chargée d'examiner la transparence et le fonctionnement du Groupe Publifin prend fin le 15 février 2017 au soir.

REGLEMENT D'ORDRE INTERIEUR

A. Publicité

Les séances sont publiques, à moins que la commission d'enquête ne décide le contraire.

Chaque membre du Parlement peut assister aux réunions de la commission, y compris celles qui se tiennent à huis clos.

Un collaborateur par groupe politique peut assister aux réunions qui se tiennent à huis clos pour autant qu'un membre de son groupe soit présent. Chaque président de groupe communique au début des travaux de la commission le nom du collaborateur de son groupe.

Les dates et heures des réunions de la commission et des auditions ainsi que la liste des témoins convoqués pour être entendus en séance publique sont publiés sur le site web du Parlement. Si un témoin demande l'anonymat, celui-ci est garanti.

B. Réunions, convocations et auditions

Le Bureau de la commission prépare l'agenda des réunions.

Il est composé du Président de la commission et des trois vice-présidents. Les membres avec voix consultative appartenant à un groupe politique sont invités aux réunions.

Les témoins et les experts sont convoqués par simple lettre, dans un délai raisonnable, et ne sont cités par huissier de justice qu'au cas où, sans raison valable, ils ne se rendent pas à la convocation.

Avant chaque audition, le président de la commission rappelle au témoin les dispositions de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires et l'invite à prêter serment.

Pendant son audition, le témoin ne peut être assisté.

Peuvent seuls prendre la parole pendant une réunion de la commission, outre les témoins et les experts :

- les membres effectifs de la commission ;
- les membres de la commission avec voix consultative ;
- les suppléants des membres effectifs et des membres avec voix consultative pour autant que le membre qu'ils suppléent soit absent.

C. Serment

Conformément à l'article 8 de la loi du 3 mai 1880 :

- les témoins prêtent le serment suivant : « Je jure de dire toute la vérité et rien que la vérité » ;
- les experts prêtent le serment suivant lorsqu'ils témoignent : « Je jure de dire toute la vérité et rien que la vérité » ;
- les experts prêtent le serment suivant lorsqu'ils confirment leurs rapports : « Je jure avoir accompli ma mission en honneur et conscience, avec exactitude et probité » ;
- le personnel du Greffe et les collaborateurs des groupes politiques concernés prêtent le serment suivant : « Je jure de conserver le secret des délibérations et des documents et déclarations dont j'aurai à connaître ».

D. Procès-verbaux et comptes rendus

Un procès-verbal de chaque réunion de la commission est établi par le secrétariat de la commission. Sans préjudice de ce qui est prévu pour les auditions à huis clos, les procès-verbaux sont consultables au secrétariat de la commission par tout membre du Parlement ainsi que par les collaborateurs des groupes politiques ayant prêté serment.

Le témoin ou l'expert est invité à signer le procès-verbal de son audition après lecture et après avoir confirmé qu'il persiste dans ses déclarations.

Ce procès-verbal comprend la déposition ainsi que les questions et réponses qui s'en sont suivies.

Un compte rendu intégral des réunions est publié.

Il n'est pas établi de compte rendu avancé.

Quand un témoin a été entendu à huis clos, le compte rendu intégral fait une simple mention de l'audition et le compte rendu intégral de celle-ci est déposé au secrétariat de la commission où il peut être consulté par tout membre de la commission, par tout membre avec voix consultative, par tous les suppléants ainsi que par les collaborateurs des groupes politiques ayant prêté serment.

Les membres du Parlement n'appartenant pas à la commission peuvent consulter au secrétariat les comptes rendus des auditions à huis clos auxquelles ils ont assisté.

Il est tenu un registre de la consultation des procès-verbaux et des comptes rendus en rapport avec une audition à huis clos.

E. Consultation et diffusion des documents

Les documents communiqués à la commission sont consultables au Greffe du Parlement par tout membre de la commission, par tout membre avec voix consultative et par les collaborateurs des groupes politiques ayant prêté serment. Un collaborateur ne peut consulter un document qu'en présence d'un député de son groupe.

La consultation intervient les jours de la semaine entre 9h et 17h moyennant un préavis de 15 minutes.

Pour toute autre période de consultation, un préavis de 2 heures est nécessaire.

Il est tenu un registre de consultation.

La consultation se fait en présence d'un fonctionnaire du Parlement.

Les téléphones portables et tablettes doivent être déposés à l'entrée de la salle.

Aucune copie ne peut être prise mais la prise de notes est autorisée.

A l'unanimité, le Bureau de la commission peut décider de délivrer des copies de documents.

Il précise à chaque fois le nombre d'exemplaires et si du papier numéroté doit être utilisé.

F. Relations avec la presse

A l'issue de chaque réunion à huis clos, la commission d'enquête se concerta sur les données qui peuvent être communiquées à la presse.

Le président fait cette communication aux journalistes immédiatement après la réunion, en présence des membres de la commission qui le souhaitent.

STATISTIQUE DES RÉUNIONS

La commission d'enquête a consacré au total 29 réunions (réunions de travail et auditions) à ses travaux.

Elle a siégé 180 heures et 47 minutes en séance publique et 19 heures et 48 minutes à huis clos.

Le bureau de la commission a consacré 33 réunions à ses travaux pour un total de 58 heures et 45 minutes en réunion à huis clos.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AGW	Arrêté du Gouvernement wallon
ALE	Association liégeoise d'Electricité
ALG	Association liégeoise du Gaz
BRUTÉLÉ	Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision
C.R.I.C.	Compte rendu intégral de commission
CDLD	Code de la démocratie locale et de la décentralisation
CNR	Comité de nomination et de rémunération
CPAS	Centre public d'action sociale
CWaPE	Commission wallonne pour l'Energie
DGO5	Direction générale opérationnelle des Pouvoirs locaux, de l'Action sociale et de la Santé
DGPL	Direction Générale des Pouvoirs Locaux
GRD	Gestionnaire de réseau de distribution
ISOC	Impôt des sociétés
ORES	Opérateur de réseaux d'énergies
P.W.	Parlement de Wallonie
ROI	Règlement d'ordre intérieur
SCiRL	Société coopérative intercommunale à responsabilité limitée
SOCOLIE	Société Coopérative Liégeoise d'Electricité
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
WBCC	Wallonie Bruxelles Contact Center